

5



# **LAS NORMAS GENERALES DEL ESTADO EN 2009-2010**

**J. A. Montilla Martos**

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada

**J. L. Rodríguez Candela**

Abogado. Profesor Asociado de Derecho Penal

1. Introducción.
2. El traspaso de las autorizaciones de trabajo de los extranjeros.
3. El régimen de los familiares extracomunitarios de los ciudadanos de la Unión Europea en España.
4. La nueva Ley de Asilo.
5. La ratificación de tratados internacionales de protección de derechos con incidencia en inmigración.
6. La composición del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes.
7. Los inmigrantes en el mercado de trabajo en época de crisis.
8. La creación de un Área de Trabajo e Inmigración en las delegaciones del Gobierno.
9. La creación de un fichero de datos sobre permisos y autorizaciones a extranjeros.
10. Conclusiones.

## RESUMEN

Una vez probada la reforma de la Ley de Extranjería durante el pasado ejercicio, y en espera del reglamento de desarrollo correspondiente previsto para 2011, el artículo está dedicado a hacer balance de las distintas iniciativas relativas a la normativa estatal sobre inmigración, entre ellas: el traspaso a las comunidades de las autorizaciones de trabajo a los extranjeros; la modificaciones del reglamento sobre entrada, permanencia y salida de los ciudadanos de la unión; la nueva Ley de Asilo; y la ratificación de tratados internacionales con incidencia en el fenómeno migratorio, entre otros. Los autores subrayan una ralentización de la actividad normativa en materia migratoria y destacan que la disparidad de actuaciones normativas impide ofrecer un balance coherente de la política migratoria española durante el período analizado.

## 1. INTRODUCCIÓN

Tras la importante reforma de la Ley de Extranjería derivada de la LO 2/2009, que ya fue objeto de análisis en la anterior edición de este Anuario,<sup>1</sup> apenas se han producido modificaciones

**DESDE LA APROBACIÓN DE LA REFORMA DE LA LEY DE EXTRANJERÍA LAS ACTUACIONES NORMATIVAS SE HAN RALENTIZADO Y HAN SIDO DISPARES, HECHO QUE NOS IMPIDE OFRECER CONCLUSIONES COMUNES SOBRE LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN**

relevantes en la normativa estatal sobre inmigración, acaso a la espera de la necesaria reforma del reglamento de desarrollo, que lo adapte a ese importante cambio legislativo. Sobre este período entre la modificación legislativa y la reforma de su reglamento de desarrollo apenas podemos destacar las siguientes cuestiones.

En primer lugar, el efectivo traspaso a Cataluña de las autorizaciones de trabajo a los extranjeros, previsto en su Estatuto de Autonomía (LO 2/2006), con la aprobación del Real Decreto de traspasos, a lo que debe vincularse también la

reforma del reglamento de extranjería producida por el Real Decreto 1162/2009. Ese traspaso plantea el reto de la gestión conjunta entre administraciones de un importante aspecto del fenómeno migratorio cual es la gestión de las autorizaciones de residencia y trabajo de los extranjeros.

En segundo lugar, la modificación del reglamento sobre entrada, permanencia y salida de los ciudadanos de la Unión y, especialmente, la declaración de nulidad por parte del Tribunal Supremo de diversos contenidos de ese Real Decreto 240/2007 que ha supuesto importantes cambios en el régimen de los familiares extracomunitarios de ciudadanos de la Unión.

En tercer lugar, la nueva Ley de Asilo, pues, aunque pueda diferenciarse política de inmigración y política de asilo, resulta evidente que la segunda está directamente influida por la primera en cuanto las políticas de control de los flujos migratorios influyen en el derecho de asilo.

<sup>1</sup> E. Aja, «La reforma de la Ley de Extranjería». En: Aja, E.; Arango, J.; Oliver Alonso, J. (eds.) *La inmigración en tiempos de crisis. Anuario de la inmigración en España*. Barcelona: CIDOB edicions, 2009. P. 18-40.

En cuarto lugar, la ratificación de tratados internacionales con incidencia en el fenómeno migratorio, en especial la entrada en vigor en España en los Protocolos 4 y 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, varios decenios después de su elaboración.

Más allá de estos cambios en la normativa general del Estado, de especial relevancia, mencionamos también los cambios en la composición del Foro para la integración social de los inmigrantes, algunas consecuencias de la crisis sobre el mercado de trabajo, la creación de un Área de Trabajo e Inmigración en las delegaciones de Gobierno, en un intento de centralizar la actuación de la administración periférica del Estado en este ámbito o la creación de un fichero de datos informático sobre permisos y autorizaciones a extranjeros.

## **2. EL TRASPASO DE LAS AUTORIZACIONES DE TRABAJO DE LOS EXTRANJEROS**

Es conocido que una de las novedades más notorias de los estatutos de Cataluña y Andalucía, desde la perspectiva competencial, ha sido el reconocimiento estatutario de la competencia autonómica de ejecución sobre las autorizaciones de trabajo a los extranjeros (art. 138 EAC; art. 62 EAAAnd).<sup>2</sup> En concreto, incluye tres aspectos: la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo; la tramitación y resolución de los recursos presentados a dichas autorizaciones y, en tercer lugar, la aplicación del régimen de inspección y sanción. Esa facultad se ejerce, nos dicen ambos estatutos, «en necesaria coordinación» con la competencia estatal en materia de entrada y residencia.

Más allá de que en los primeros estatutos no se mencionaba esa facultad competencial, las autorizaciones de trabajo eran concedidas hasta aquí por el Estado por lo que la previsión estatutaria debía dar lugar al correspondiente traspaso.

En el caso de Cataluña, el traspaso de las autorizaciones iniciales de trabajo fue aprobado por la Comisión Mixta de Transferencias Administración del Estado-Generalitat de Cataluña, el 12 de febrero de 2009 y se incorpora al ordenamiento jurídico a través del Real Decreto 1463/2009,

---

<sup>2</sup> En otros estatutos reformados aparece una referencia más lábil. Así, en el artículo 76.2 del Estatuto de Castilla y León se incluyen entre las competencias de ejecución «la fijación, en colaboración con el Estado, de las necesidades del mercado laboral que determinen la concesión de las autorizaciones de trabajo de los extranjeros». En un sentido similar, en el Estatuto de Illes Balears el artículo 33.18 se incluye como competencia de ejecución «la inmigración en los términos previstos en la Constitución y en la legislación del Estado». Por tanto, sin decirlo de forma expresa, abre el cauce para reconocimiento de la competencia autonómica sobre ejecución de autorizaciones de trabajo. En el caso de Aragón, como en el de Valencia, nada se dice, de manera expresa o implícita, sobre una competencia de ejecución que pueda incorporar las autorizaciones de trabajo para los extranjeros no comunitarios, al margen de la aplicación de las cláusulas de cierre, como el artículo 80.1 del Estatuto de Aragón.

de 18 de septiembre, que traspasa funciones y servicios a la Generalitat de Cataluña en materia de autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña (con la corrección de errores publicada en BOE de 30 de octubre). Se traspasan a la Generalitat de Cataluña las funciones que venía desempeñando la Administración General del Estado y los servicios relativos al inicio, instrucción y resolución de procedimientos y notificación de resoluciones; así como a los procedimientos de recurso administrativo –en su caso– sobre los tipos de autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña, conforme a la legislación estatal vigente. Las resoluciones de autorización inicial de trabajo se dictarán de forma conjunta y coordinada con las resoluciones sobre autorización de residencia de la Administración General del Estado, ya que la competencia de la Generalitat de Cataluña se ejercerá en coordinación con la que corresponde al Estado en materia de entrada y residencia de extranjeros, como indica expresamente el propio Estatuto de Autonomía.

Todo ello comprende los siguientes aspectos: a) la recepción de solicitudes de ofertas de trabajo y, en su caso, la solicitud a la Dirección General de Inmigración de modificación o reasignación de contingente; b) la verificación de las ofertas; c) Verificaciones de las obligaciones tributarias y Seguridad Social; d) la comprobación de que las ofertas se corresponden con las ocupaciones indicadas en el contingente; e)

**LOS ESTATUTOS DE CATALUÑA Y ANDALUCÍA CONTEMPLAN EL RECONOCIMIENTO ESTATUTARIO DE LA COMPETENCIA AUTONÓMICA DE EJECUCIÓN SOBRE LAS AUTORIZACIONES DE TRABAJO A LOS EXTRANJEROS**

la valoración de los expedientes y la emisión, en su caso, de informe favorable; f) el traslado del expediente a la Administración General del Estado para proseguir su tramitación; g) la resolución de la autorización inicial de trabajo, que, como se ha dicho, se dictará de forma

conjunta y coordinada con la resolución sobre la autorización de residencia de la autoridad competente de la Administración General del Estado; h) la notificación a los interesados del procedimiento, incluida la organización o la empresa solicitante y los órganos indicados en la normativa vigente, con excepción de la notificación a los propios trabajadores extranjeros en sus respectivos países; i) la tramitación y resolución del procedimiento de recurso administrativo en su ámbito de competencias, que se resolverá conjunta y coordinadamente con la Administración General del Estado. También se traspasan las funciones que viene desempeñando la Administración General del Estado y los servicios en lo que se refiere a trámites de carácter laboral respecto de las autorizaciones mediante los visados de búsqueda de empleo, de con-

formidad con la normativa estatal aplicable, que comprenden la recepción de solicitudes y de los contratos de trabajo; la resolución sobre las autorizaciones de trabajo y la notificación al solicitante y al trabajador.

La Administración General del Estado se reserva las siguientes funciones: 1) la legislación aplicable en materia de autorizaciones de trabajo a los extranjeros; 2) la negociación y celebración de los instrumentos internacionales en el ámbito de extranjería e inmigración y que afecten a regulación de flujos migratorios, incluida la autorización inicial de residencia y trabajo, y la representación en los ámbitos de la Unión Europea o en cualquier foro internacional, bilateral o multilateral referido a inmigración y extranjería, sin perjuicio de las competencias y facultades reconocidas en el Estatuto de Autonomía de Cataluña; 3) en relación con la gestión del contingente de trabajadores extranjeros, la decisión sobre la orientación de las ofertas a determinados países, y la relación con las autoridades de estos en las fases de preselección y selección en origen, sin perjuicio de que la Generalitat de Cataluña actúe en representación del empleador; 4). la tramitación y resolución de todas aquellas autorizaciones de residencia y trabajo que no constituyen el objeto de este traspaso; y 5) en relación con la gestión electrónica de los procedimientos de autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena de los extranjeros, y en coordinación con la Generalitat de Cataluña, el establecimiento de los formatos y estándares comunes que aseguren la interoperabilidad, la seguridad, la conservación y la normalización de la información.

Al tratarse de una actuación conjunta de ambas administraciones, consecuencia de la «necesaria coordinación» a la que se refiere el Estatuto de Autonomía de Cataluña, resultan especialmente importantes las fórmulas institucionales de cooperación. Así, en relación con la gestión electrónica de los procedimientos se regula el uso de la aplicación informática actualmente implantada, así como el intercambio de información entre ambas administraciones. A los efectos de asegurar la necesaria coordinación de los órganos competentes de la Administración General del Estado con los de la Generalitat de Cataluña, ambas administraciones celebrarán un convenio para establecer aquellos órganos u otros instrumentos de colaboración que faciliten la actuación conjunta en la gestión. Además, adoptarán las medidas necesarias para asegurar que por un mismo órgano jurisdiccional se conozcan los recursos contencioso-administrativos contra los actos administrativos resolutorios de los procedimientos afectados por este acuerdo de traspaso.

Pero, para la adecuada inserción de ese traspaso en nuestro ordenamiento jurídico, resultaba imprescindible la modificación del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000. En este sentido, se

ha aprobado el Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio, de modificación del Real Decreto 2393/2004. Debe recordarse, en este sentido, que la LO 2/2009 ya adaptaba la Ley de Extranjería a las reformas estatutarias al señalar que «la concesión de la autorización inicial de trabajo corresponderá a las CCAA en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de residencia» (arts. 37.3, 38.8 y 68.2). En concreto, la finalidad de la reforma reglamentaria que ahora nos ocupa es adaptar la regulación de los procedimientos de autorización inicial de residencia y trabajo que se regulan en el mismo a los requerimientos derivados del traspaso a las CCAA de la competencia ejecutiva que, en materia de autorización inicial de trabajo de los extranjeros, reconocen los estatutos de autonomía, y ya se había hecho efectivo en el caso de Cataluña.

Resulta pertinente recordar que en nuestro ordenamiento jurídico la concesión a un extranjero de la posibilidad de trabajar se vincula a la posibilidad de que dicho extranjero sea residente en España. Por tanto, una vez efectivo el traspaso de las referidas competencias en materia de autorización inicial de trabajo de los extranjeros a las CCAA concurren en el correspondiente procedimiento administrativo dos administraciones públicas; por un lado, la autoridad laboral autonómica, que resolverá sobre la concesión de la posibilidad de trabajar, por cuenta ajena o propia, al amparo de la autorización de residencia y trabajo solicitada; por otro, la autoridad estatal competente en materia de residencia de extranjeros, que resolverá sobre la posibilidad de que el extranjero resida en España, al amparo de dicha solicitud de autorización de residencia y trabajo. La intervención de dos administraciones públicas diferentes en el procedimiento de autorización inicial de residencia y trabajo no debe producir, en ningún caso, alteración o deterioro del servicio que se presta a la ciudadanía, ni afectar tampoco, por otra parte, al ejercicio de las competencias que tienen reconocidas específicamente cada una de las administraciones públicas. En consecuencia, aunque en el procedimiento intervengan dos administraciones públicas diferentes, el empresario o empleador que pretenda contratar a un trabajador extranjero sólo deberá presentar una única solicitud de autorización de residencia y trabajo y lo hará ante una única administración a través del órgano que sea competente para su tramitación. Asimismo, los interesados recibirán una única resolución en respuesta a su solicitud de autorización de residencia y trabajo, en la que se contendrán los pronunciamientos concretos de cada una de las administraciones públicas. Teniendo en cuenta lo anterior, los aspectos más relevantes del procedimiento de autorización de residencia y trabajo que se aplica cuando en el mismo intervengan la Administración General del Estado y la administración autonómica correspondiente, conforme a lo establecido en el Reglamento, son los siguientes: a) la iniciación del procedimiento corresponderá al órgano competente de la comunidad autónoma, que deberá coordinarse ne-

cesariamente con el órgano competente de la Administración General del Estado en relación con el ámbito de la residencia y garantizarle asimismo el conocimiento en tiempo real de las solicitudes; b) la resolución de la indicada solicitud corresponderá en cada caso a la administración que sea competente, aunque las autoridades a quienes corresponda resolver de cada una de ellas deberán dictar de manera coordinada y concordante una resolución conjunta, concediendo o denegando la autorización de residencia y trabajo solicitada. Dicha resolución conjunta será expedida por el órgano competente de la comunidad autónoma y firmada por los titulares de cada uno de los órganos competentes de cada una de las administraciones; c) la resolución conjunta será notificada a los interesados por el órgano competente de la comunidad autónoma en los plazos y forma establecidos en la normativa vigente; y d) la resolución podrá ser impugnada ante los órganos que la firmen si bien se resolverá de forma conjunta y concordante por los titulares de los órganos competentes de ambas administraciones y se notificará a los interesados por el órgano competente de la comunidad autónoma correspondiente.

Similares criterios se aplicarán en relación con la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta propia, si bien con la particularidad de que en este caso el inicio e impulso de la tramitación corresponderá inicialmente a la misión diplomática o consular correspondiente.

Nos encontramos, en puridad, ante una actuación normativa conjunta de las administraciones estatal y autonómica, que resulta sumamente novedosa en España. El adecuado funcionamiento de esta actuación coordinada resulta difícil. Por un lado, por la complejidad ínsita a cualquier actuación conjunta de dos administraciones; por otro lado, por la ausencia en España de una tradición de tareas conjuntas entre administración cuya relación se ha advertido hasta aquí en el devenir del Estado autonómico sobre todo en clave de conflicto. La LO 2/2009 ya apuntaba la necesidad de «celeridad de los procedimientos y el intercambio de información entre las administraciones necesario para el desarrollo de las respectivas competencias» (art. 68.2). En este sentido, el RD 1162/2009 prevé, en su Disposición Adicional cuarta, la gestión informática en los procedimientos con intervención de las CCAA a los efectos de asegurar la necesaria coordinación. Para ello, la gestión electrónica de los procedimientos de autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena de los extranjeros se realizará por dichas administraciones mediante aplicaciones informáticas que respondan a formatos y estándares comunes, y que aseguren la interoperabilidad, la seguridad, la conservación y la normalización de la información y de los datos necesarios para el ejercicio de las competencias.

En cualquier caso, más allá de la coordinación informática, en la puesta en marcha de este modelo «coordinado» se están advirtiendo estas dificultades pues cualquier retraso en la actuación de una de las administraciones, voluntaria o involuntaria, ralentiza todo el proceso. A ello se añaden las dificultades de adaptación del personal de la Administración General del Estado a la administración autonómica a la que ha sido traspasado y la falta de experiencia de esa administración en la materia. En ese sentido, la fase más complicada ha sido la de la negociación de los expedientes en trámite. En cualquier caso, debemos apuntar, por último, que este modelo de gestión debe ser necesariamente «coordinado», por la vinculación de autorización de residencia y autorización de trabajo en nuestro ordenamiento y la ubicación de estas materias en espacios competenciales distintos conforme a nuestro sistema de reparto competencial. Solo resta recordar que un modelo coordinado solo puede funcionar de forma adecuada si ambas administraciones sustentan su actuación en el principio de «lealtad institucional».

Finalmente, debe recordarse que la previsión del Estatuto de Cataluña sobre la asunción de la gestión de autorizaciones de trabajo de extranjeros había sido recurrida ante el Tribunal Constitucional, aunque no la del Estatuto de Andalucía pese a su idéntico contenido. La STC 31/2000 ha determinado la constitucionalidad de esta previsión estatutaria, y con ello del traspaso competencial al incluirlo en la competencia autonómica en materia de ejecución de la legislación laboral.<sup>3</sup> En el fundamento 83 se indica, de forma ciertamente lacónica, que «si al Estado ha de corresponder, con carácter exclusivo, la competencia en cuya virtud se disciplina el régimen jurídico que hace del extranjero un inmigrante y atiende a las circunstancias más inmediatas vinculadas a esa condición, a la Generalitat puede corresponder aquella que, operando sobre el extranjero así cualificado, se refiere estrictamente a su condición como trabajador en Cataluña».

Pero de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional resulta una consecuencia más trascendente. Al vincular la previsión estatutaria de la gestión autonómica de las autorizaciones de trabajo de extranjeros a la competencia de ejecución laboral supone que esa facultad competencial autonómica «en necesaria coordinación con el Estado» puede ser traspasada a todas las comunidades autónomas pues en todos los estatutos se recoge esa competencia autonómica sobre ejecución laboral.

---

<sup>3</sup> Acaso no sea baladí recordar, si tenemos en cuenta lo que luego dirá la STC 31/2010, que en la corrección de errores del Decreto de traspasos se eliminó la referencia a la inmigración.

### 3. EL RÉGIMEN DE LOS FAMILIARES EXTRACOMUNITARIOS DE CIUDADANOS DE LA UNIÓN EUROPEA EN ESPAÑA

El Real Decreto 240/2007 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 ha sufrido alteraciones en este período a través de dos vías que afectan a la situación de los familiares de ciudadanos de la Unión, nacionales de terceros países y, con ello, al fenómeno migratorio. Por un lado, ha sido modificado el conocido como reglamento de comunitarios a través del Real Decreto 1161/2009, de 10 de julio; por otro lado, y de manera más trascendente, numerosos incisos de varios artículos han sido anulados por la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010 (recurso 114/2007).<sup>4</sup>

La modificación introducida por el RD 1161/2009 en el RD 240/2007 es aparentemente menor. Como se sabe, este reglamento, en desarrollo de la Directiva 2004/38/CE, regula los derechos de entrada y salida, libre circulación, estancia, residencia, residencia de carácter permanente y trabajo en España para parte de los ciudadanos de otros estados miembros de la Unión Europea y de los restantes estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, así como las limitaciones a los derechos anteriores por razones de orden público, seguridad pública o salud pública.

No obstante, el legislador detecta una contradicción con la citada Directiva con relación a los familiares de ciudadanos de la Unión Europea que son nacionales de terceros países. En concreto a los familiares nacionales de terceros países de ciudadanos de la Unión Europea de un Estado miembro en cuyo territorio no se aplica el Convenio de Schengen no se les permitía la entrada en España por las autoridades del control de fronteras sin la obtención previa de un visado de entrada, a pesar de ser titulares de una tarjeta de residencia familiar de ciudadano de la Unión. Esta situación había sido puesta de manifiesto en el recurso contencioso-administrativo presentado contra este Real Decreto, y que ha dado lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, que ya hemos mencionado y en la que nos detenemos a continuación. Se entendía que esa limitación de entrada a familiares de ciudadanos comunitarios

---

<sup>4</sup> La sentencia tiene su origen en el recurso planteado por las asociaciones Andalucía Acoge y Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía. Son anuladas hasta diecisiete expresiones en seis preceptos distintos del RD 240/2007. Cfr. sobre esta sentencia el trabajo de J.L. Rodríguez Candela (coordinador del equipo jurídico de Andalucía Acoge) y D. Boza Martínez (asesor jurídico Asociación Pro Derechos Humanos Andalucía), «Los españoles también son ciudadanos de la Unión y otras consecuencias de la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010» (en prensa), que hemos tomado como referencia para este comentario.

nacionales de terceros países contraviene lo establecido en el artículo 5.2 de la Directiva 2004/38/CE, estableciendo condiciones más restrictivas y perjudiciales. La Directiva recoge que la tarjeta de residencia válida para ejercer el derecho de entrada será la expedida por un Estado miembro, sin limitarse a los que aplican plenamente el Acuerdo Schengen, pues de esta forma quedarían excluidos la mayoría de los doce nuevos países miembros, en los que no se aplica plenamente el Acuerdo Schengen. Consciente de ello el legislador, a través del RD 1161/2009, modifica el artículo 4.2 del RD 240/2007 a los efectos de que la posesión de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión expedida por cualquier Estado miembro de la Unión Europea o por otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo exima a estos familiares de la obligación de la obtención del visado de entrada.

Pero, aún más relevancia que este cambio normativo ha tenido la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, que declara la nulidad de diversos apartados e incisos de sus artículos 2, 3.2, 4.2, 8.1, 2 y 4, 18.2, Disposición Final tercera Uno y Dos. Considera el Tribunal que la transposición de la Directiva 2004/38/CE había incluido una regulación más restrictiva, vulnerando con ello lo establecido en esa Directiva, sin necesidad siquiera de plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Los aspectos anulados por la sentencia, que deberán tenerse en cuenta al configurar el régimen jurídico de los familiares extracomunitarios de los ciudadanos de la Unión, son los siguientes.

En primer lugar, y seguramente el aspecto más importante, es la anulación del inciso del artículo 2 que limitaba la aplicación de este Real Decreto a los familiares de los ciudadanos de «otro Estado miembro» de la Unión, excluyendo de esta forma a los familiares de los españoles. De esta forma, se considera que se discriminaba a los españoles con relación a otros ciudadanos de la Unión en cuanto a los derechos de entrada, residencia y trabajo en España de sus familiares extracomunitarios. En concreto, señala el Fundamento jurídico Segundo que «la vuelta o regreso de un ciudadano español a su país de origen desde otro Estado miembro de la Unión Europea con su familiar no puede afectar al régimen europeo de la misma familia del que ya disfrutaba en ese otro Estado miembro, por cuanto dicho estatuto comunitario que la Directiva 2004/38/CE proyecta y regula, no puede verse limitado o menoscabado por una regulación interna de uno de los Estados miembros». En puridad, aunque el Tribunal Supremo no utiliza en sus fundamentos la vulneración del principio de igualdad (art. 14), al discriminarse a los familiares extracomunitarios de españoles respecto a los de otros estados de la Unión, su voluntad es equiparar el ejercicio de derechos con relación a sus familiares como demuestra la anulación completa de la Disposición Adicional Vigésima en la que se establece la normativa aplicable a

miembros de la familia de ciudadano español que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

En segundo lugar, con relación a las parejas de hecho de los ciudadanos comunitarios, a partir de esta sentencia podrán acogerse al régimen de familiar de ciudadano de la Unión pues se otorga validez a los registros de parejas de hecho autonómicos al declararse nula la referencia a que se impide «la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado» (art. 2 b). Se supera con ello la situación, ciertamente absurda, derivada del reglamento según la cual al no existir en España un registro único estatal, las parejas de hecho inscritas en los registros autonómicos (los competentes para inscribir según la normativa española) no tenían derecho a la obtención del permiso de residencia como familiar de comunitario. El Tribunal Supremo considera que ese límite de la existencia de dos registros simultáneos es incompatible con la Directiva pues la norma europea se refiere a «la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada con arreglo a la legislación del Estado miembro y en España la legislación establece que los Registros públicos de parejas de hecho son competencia de las Comunidades Autónomas y los municipios».

En tercer lugar, se garantiza tras la sentencia el mantenimiento de la residencia del nacional de un tercer país en caso de separación legal de un ciudadano comunitario, frente a la situación prevista en el RD 240/2007, en virtud del cual resultaba automática la pérdida de la residencia también en este supuesto, al equiparar la separación al divorcio. En este sentido se anulan las referencias de los artículos 2, letras a), c) y d), 9.1, 9.4, 9.4 a) y d) y la Disposición final tercera, Dos. En todos estos preceptos se excluían del régimen jurídico aplicable a la entrada y residencia en España de los familiares de ciudadanos de la Unión al cónyuge separado legalmente. El motivo de la anulación es claro. La Directiva se refiere a cónyuges, sin mencionar la separación legal, y la separación legal no extingue el vínculo matrimonial por lo que les resulta aplicable el régimen de familiares de comunitarios. Para alcanzar esta conclusión el Tribunal Supremo simplemente apela al Código civil pues, como resulta conocido, la situación de separación legal no conlleva la disolución definitiva del vínculo matrimonial.

En cuarto lugar, resultan anuladas también las limitaciones establecidas en el Real Decreto en el derecho a trabajar de los descendientes y los ascendientes a cargo de un ciudadano de la Unión que sean nacionales de terceros países. Cuando estas personas quisieran desarrollar una actividad laboral continuada debían renunciar a su estatus de familiar de ciudadano de la Unión y cambiar al régimen general. La contradicción con la Directiva resulta palmaria pues en

ella se establece que «los miembros de la familia del ciudadano de la Unión, independientemente de su nacionalidad, beneficiarios del derecho de residencia permanente en un Estado miembro, tendrán derecho a trabajar por cuenta propia o ajena» (art. 23) y, en consecuencia, no resulta posible las limitaciones que ha pretendido el legislador reglamentario español al incorporarla para descendientes y ascendientes.

En quinto lugar, en caso de fallecimiento del ciudadano de la Unión se elimina la exigencia de que los miembros de su familia nacionales de un tercer país tengan que solicitar autorización de residencia, transcurridos seis meses, demostrando, además, que disponen de medios suficientes para el mantenimiento de su familia, así como que están en alta en el régimen correspondiente de Seguridad Social. El Tribunal Supremo entiende que esta regulación resulta contraria a la Directiva en cuanto que esta reconoce el derecho de residencia a los familiares del ciudadano de la Unión fallecido siempre que hubieran residido en condición de familiares de ciudadano de la Unión durante un año antes de su fallecimiento. Por tanto, la regulación del RD 240/2007 era también en este punto más restrictiva que la Directiva.

En sexto lugar, se declara la nulidad del inciso «hasta el segundo grado» de la Disposición Adicional XIX. Hacía referencia a los familiares que, fuera de los casos establecidos en el artículo 2.2 del Real Decreto, podían obtener ciertos beneficios en la tramitación de visados o en la obtención de autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales, precisamente por su relación con el ciudadano comunitario. La restricción se plantea en este caso en cuanto la Directiva hablaba de «otros familiares», sin más limitaciones, y el RD 240/2007 lo restringe a familiares «con parentesco hasta segundo grado». Considera el Tribunal Supremo que la Directiva ya establece restricciones al concepto de «otros familiares» puesto que exige que «en el país de procedencia, o bien ha de estar a cargo del ciudadano de la Unión Europea, o bien han de concurrir en el mismo motivos graves de salud o discapacidad, y, además, que resulte estrictamente necesario que dicho ciudadano se haga cargo de su cuidado personal». Por ello, no cabe introducir otras limitaciones por parte de la norma nacional.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Como explican J.L. Rodríguez Candela y D. Boza Martínez, también de la DA diecinueve se impugnó el inciso referido a que dicha disposición se aplicase a los ciudadanos de «otro Estado miembro», lo que dejaba fuera a esos otros familiares de los ciudadanos españoles no recogidos en el artículo 2 del Real Decreto. El Tribunal Supremo acoge la impugnación pero por error anula el inciso «otro» referido a otro familiar, no a otro Estado miembro, como pedíamos. Este error, entendemos que material, está pendiente de corregir, según se ha solicitado al Tribunal Supremo. La cuestión tiene su importancia, ya que de lo contrario la extensión por motivos excepcionales a otros familiares diferentes a los del artículo 2, solo les sería aplicable a familiares de otros ciudadanos de la Unión y, por lo tanto, no a los de los españoles» (p. 16).

Finalmente, en séptimo lugar, se ha anulado la posibilidad de ejecución inmediata de las resoluciones de expulsión en casos de urgencia debidamente justificados (art. 18.2). Se mantiene, por tanto, que en cualquier circunstancia se fijará un plazo para que el interesado abandone el territorio español, que no puede ser inferior a un mes. El Tribunal Supremo sostiene que la ejecución inmediata de la expulsión es contraria a las garantías jurisdiccionales; la urgencia «no puede impedir el régimen de control jurisdiccional de la medida de expulsión y la posibilidad de suspensión cautelar» (Fundamento jurídico Décimo).

Como se advierte, los cambios derivados de esta sentencia para la situación de los familiares extracomunitarios de ciudadanos de la Unión son relevantes y deben suponer la definitiva superación del tratamiento diferenciado de los familiares de españoles respecto a los de otros estados miembros, que resulta discriminatorio al carecer de una justificación objetiva y razonable.<sup>6</sup>

#### **4. LA NUEVA LEY DE ASILO**

Debemos destacar también como una de las novedades normativas más destacadas de este período la aprobación de una nueva Ley de Asilo. Es la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, que sustituye a la anterior Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, posteriormente modificada en 1994. Sin poder detenernos ahora en el debate sobre la distinción entre la política de asilo y la política de inmigración, en cuanto la primera es esencialmente una política de protección y defensa de derechos, más que de control de flujos, es evidente que ambas realidades están imbricadas y la política de inmigración de un determinado país condiciona su política de asilo, de la misma forma que resulta posible la utilización fraudulenta, con fines de inmigración, del sistema de protección de los refugiados. Todo ello en un país en el que el número de solicitantes de asilo es relativamente bajo, sobre todo si lo comparamos con la tasa de inmigración irregular. Con estos presupuestos nos acercamos a la Ley 12/2009.

La justificación de la nueva Ley se vincula a la configuración de una política europea de asilo, que tiene su origen en el Tratado de Amsterdam de 1997 y ha dado lugar a diversas normas comunitarias que deben ser incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico en la denominada

---

<sup>6</sup> J.L. Rodríguez Candela y D. Boza Martínez concluyen en su trabajo citado que «de momento el Tribunal Supremo ha obligado a que se mantenga el mismo régimen para los familiares de unos y otros pero no ha cerrado las puertas para nuevas aventuras discriminatorias del legislador reglamentario» al no haberse pronunciado expresamente sobre la incompatibilidad con el artículo 14 de la «discriminación inversa» de los familiares de los ciudadanos españoles respecto a los de otros estados miembros (p. 19).

Primera Fase del Sistema Europeo Común de Asilo. Destacan especialmente tres Directivas: la Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida,<sup>7</sup> la Directiva 2005/85/CE, del Consejo, de 1 de diciembre, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado y el capítulo V de la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho de reagrupación familiar relativo a los refugiados. En estas directivas se establecen normas mínimas de protección permitiéndose a los estados la introducción o el mantenimiento de disposiciones más favorables siempre que sean compatibles con lo establecido en dichas directivas. Por todo ello, en la nueva Ley encontramos numerosos preceptos que coinciden literalmente con lo establecido en las directivas.

Con relación a la concreta regulación del asilo en España tras la Ley 12/2009 respecto a la situación anterior parece claro que se producen algunos avances significativos, aunque también retrocesos.<sup>8</sup> Vamos a comprobarlo al hilo del análisis de los aspectos más destacados de la nueva regulación.

Un aspecto basilar de la nueva Ley es la incorporación del concepto de protección internacional, que equipara prácticamente en contenido, procedimiento y derechos el tradicional estatuto de refugiado al de los beneficiarios de la protección subsidiaria, referida a aquellas personas a la que no alcanza la definición de refugiado definida en la Convención de Ginebra pero que temen regresar a sus países de origen por correr el riesgo de sufrir daños graves. En este sentido, en cuanto al objeto material de la regulación el contenido de la protección internacional está integrado por el derecho de asilo y el derecho a la protección subsidiaria. Este tipo de protección se introduce por primera vez de forma explícita, con entidad propia en nuestro ordenamiento y con la voluntad de unificar en su totalidad ambos regímenes de protección. La razón es clara: con esta regulación se pretende que las personas beneficiarias reciban una protección frente a los riesgos para su vida, integridad física o libertad, que no pueden encontrar en sus países de origen.

<sup>7</sup> La no incorporación al ordenamiento interno en el plazo establecido por la Directiva provocó la condena del Estado español en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Sala Quinta, de 9 de julio de 2009, recurso C-272/2008.

<sup>8</sup> Cfr. en este sentido, R. García MAhamut, J. Galparsoro, *Régimen jurídico del derecho de asilo en la Ley 12/2009*, Madrid: CEPC, 2010, con las ponencias desde perspectivas distintas de ambos autores presentadas en el Foro Inmigración y Ciudadanía del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y un relato del interesante debate posterior entre los asistentes al Foro.

Desde la perspectiva de la seguridad jurídica resulta también relevante que se detallan y delimitan por primera vez todos los elementos que integran la clásica definición de refugiado: persecución, motivo de persecución y agente perseguidor. En cuanto al contenido sustantivo se han ampliado los motivos que constituyen presupuesto habilitante de la solicitud de asilo, incluyendo expresamente la protección frente a la persecución por motivos de género y de orientación sexual, que no estaba prevista en la Convención de Ginebra. Ciertamente, la regulación plantea dudas sobre si funcionan como motivo independiente de persecución o como requisito de valoración dentro del grupo social; la atención a estos nuevos motivos de persecución «en función de las circunstancias imperantes en el país de origen», lo que resulta una redundancia, o incluso la indeterminación de lo que significan motivos de género y de orientación sexual, al no definirse en la Ley como las otras causas. Incluso pueden plantearse dudas en torno a la efectiva aplicación de esta causa de persecución, por la ingente cantidad de personas que la sufren, por ejemplo el riesgo de mutilación genital, y que, por tanto, podrían solicitar asilo amparándose en la persecución por razón de género. No obstante, debe recordarse que nuestros órganos jurisdiccionales habían aceptado ya en casos precisos estos supuestos, en concreto la persecución por razón de género, y que, en fin, resulta positivo que España sea el único país europeo que ha ampliado los motivos que permiten solicitar la protección internacional a la persecución por razón de género u orientación sexual. También resulta positivo que desde el concepto de agente perseguidor se haya previsto la protección frente a la persecución procedente de agentes no estatales como causantes de daños que puedan dar lugar a protección de asilo.

## **LA JUSTIFICACIÓN DE LA NUEVA LEY DE ASILO SE VINCULA A LA CONFIGURACIÓN DE UNA POLÍTICA EUROPEA DE ASILO, QUE TIENE SU ORIGEN EN EL TRATADO DE AMSTERDAM DE 1997**

Por otro lado, también parece claro que se mejora el tratamiento de derechos instrumentales, fundamentales para el ejercicio efectivo del derecho a la protección internacional. Es el caso de los derechos a ser documentado, a la asistencia jurídica gratuita, al intérprete, a que se comunique su solicitud a ACNUR, a la suspensión de cualquier proceso de devolución, expulsión o extradición que pudiera afectar al solicitante, a conocer el contenido del expediente en cualquier momento o a la atención sanitaria en las condiciones expuestas o a recibir prestaciones sociales específicas.

En cuanto a la tramitación de solicitudes se mantiene la posibilidad de inadmisión a trámite incorporada en la reforma de 1994, pero regulándose ahora de forma expresa y tasada las

causas de inadmisión a trámite cuando la solicitud se realiza dentro del territorio español. Las causas de inadmisión se ciñen a elementos formales, no sustantivos, de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sin embargo, con relación a las solicitudes presentadas en puestos fronterizos la Ley prevé la posibilidad de que el ministro del Interior deniegue directamente la solicitud sin sustanciar la tramitación a través del procedimiento ordinario o de urgencia en los supuestos establecidos en el artículo 21. No se trata, por tanto, de su supuesto de inadmisión en frontera sino de una denegación pero que se hace sin adentrarse en el fondo del asunto. Conforme a la Ley 12/2009, la denegación se produce cuando no aparecen indicios suficientes de persecución o de daños graves. Sin embargo, en las solicitudes en los puestos fronterizos para la denegación basta con que se advierta por parte de la autoridad administrativa incoherencia, contradicción, inverosimilitud o insuficiencia puesta «claramente de manifiesto».<sup>9</sup>

También debe destacarse que desaparece la posibilidad de solicitar asilo en las misiones diplomáticas o embajadas españolas en el extranjero, lo que puede limitar en la práctica el alcance de esta protección internacional. Ciertamente, la Directiva 2005/85/CE había abierto la puerta a esta posibilidad al establecer que esa regulación no será aplicable a las solicitudes en embajadas y consulados (art. 3.2) pero no impide expresamente que los estados lo prevean. Como sustitutivo, el artículo 38 de la Ley 12/2009 establece que «cuando el solicitante no sea nacional del país en que se encuentre la representación diplomática y corra peligro su integridad física, los embajadores españoles podrán promover el traslado del o los solicitantes de asilo a España para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en la Ley. En el desarrollo reglamentario deberá concretarse en qué circunstancias puede producirse esta actuación del embajador. En cualquier caso, se trata de una actuación discrecional del embajador que no supone el mantenimiento de la vía diplomática y de la que quedan excluidos, sin que pueda entenderse bien la causa, los nacionales del país en el que se encuentre la legación diplomática.

En cuanto a otros aspectos novedosos de la Ley de Asilo, esta incorpora un procedimiento especial y preferente de reagrupación familiar que garantiza el derecho a la vida en familia de las personas refugiadas o beneficiarias de protección subsidiaria amparado en las previsiones de la Directiva 2003/86/CE, sobre el derecho a la reagrupación familiar. El procedimiento se

---

<sup>9</sup> Para una visión crítica de este tratamiento diferenciado de la solicitud en frontera, cfr. J. Galporsoro, «Una nueva ley para el asilo en tiempos de crisis», en *op. cit.* pp. 128-129. En su opinión, «la disparidad de argumentos de inadmisión a trámite –y denegación– según la solicitud de asilo tenga lugar en territorio o en puesto fronterizo atenta contra el derecho a la igualdad ante la ley al suponer un trato discriminatorio que no encuentra argumento alguno que lo sustente» (p. 129).

configura como una alternativa a la extensión familiar del derecho de asilo, hasta ahora la única opción para los refugiados, y pretende dar una respuesta más eficaz a los casos en que las personas integrantes de la unidad familiar de la persona protegida no requieran ellas mismas de protección, pero sí de un régimen de residencia y prestaciones que permitan el mantenimiento de la unidad familiar en condiciones óptimas.

También se regulan las figuras de la revocación y el cese de la protección internacional. De esta forma se pretende dar respuesta a las nuevas exigencias de la Unión Europea introduciendo medidas para evitar que quienes puedan suponer un peligro para la seguridad del Estado, el orden público o que desarrollen actuaciones incompatibles con el estatuto de protección internacional puedan beneficiarse de esta.

Finalmente, ha sido destacado unánimemente como positiva la adopción en la Ley de un cupo anual de reasentamientos de refugiados en el marco de programas de reasentamiento en solidaridad con la Comunidad Internacional en la búsqueda de soluciones duraderas para los refugiados.

En conclusión, la Ley incorpora una adecuada regulación de la protección internacional de las personas perseguidas aunque lastrada por la incidencia del control de fronteras y el control de flujos migratorios que en determinados aspectos prima sobre la protección internacional.

## **5. LA RATIFICACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS CON INCIDENCIA EN INMIGRACIÓN**

Durante el año 2009 se han ratificado, publicado en el Boletín Oficial del Estado y, en consecuencia, han entrado en vigor dos protocolos adicionales al Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales que datan de 1963 (Protocolo número 4) y de 1984 (Protocolo número 7), pero aún no habían sido ratificados por España. Ambos son importantes a nuestro objeto.

El 16 de septiembre de 2009 ha entrado en vigor el Instrumento de ratificación del Protocolo número 4, publicado en el BOE de 13 de octubre. En este importante protocolo se establece la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros. En concreto, su artículo 4 indica, de forma taxativa, que «quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros». También se prohíbe la expulsión de las nacionales. Conforme a su artículo 3, «nadie puede ser expulsado,

en virtud de una medida individual o colectiva, del territorio del Estado del cual sea nacional» (art. 3.1) y «nadie puede verse privado del derecho de entrar en el territorio del Estado del cual sea nacional» (art. 3.2).

Por otro lado, el 1 de diciembre de 2009 ha entrado en vigor el Protocolo número 7 al Convenio. Es también un protocolo importante a nuestro objeto, especialmente su artículo 1. En ese precepto se establece que el extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado solamente podrá ser expulsado en ejecución de una resolución adoptada conforme a la ley y deberá poder: a) hacer valer las razones que se opongan a su expulsión, b) hacer que se examine su caso y c) hacerse representar en esas acciones ante la autoridad competente o ante una o varias personas designadas por dicha autoridad. El extranjero solo podrá ser expulsado antes de hacer valer esos derechos cuando su expulsión sea necesaria en interés del orden público o se base en motivos de seguridad nacional.

Debe destacarse el retraso con el que se ha producido esta incorporación de España a los protocolos. En el caso del Protocolo número 7 son varios los estados del Consejo de Europa que aún no lo han ratificado, entre ellos Alemania y Holanda. Sin embargo, el Protocolo número 4 había sido ratificado, aún con reservas y declaraciones, por todos los estados parte con la excepción de Reino Unido y Turquía. Acaso, huelga recordar la importancia de esta incorporación de los protocolos a nuestro ordenamiento especialmente cuando el nuevo Tratado de la Unión Europea prevé, conforme a lo establecido en el Tratado de Lisboa, la adhesión de la Unión Europea al Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Debemos mencionar también, en el ámbito de la protección internacional de derechos con incidencia en inmigración, el Instrumento de Ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo de 2005. Este convenio entró en vigor de forma general el 1 de febrero de 2008 y, para España, el 1 de agosto de 2009. Su objeto es triple. En primer lugar, prevenir y combatir la trata de seres humanos, garantizando la igualdad de género; en segundo lugar, proteger los derechos humanos de las víctimas de la trata, diseñar un marco global de protección y de asistencia a las víctimas y a los testigos, garantizando la igualdad de género, y asegurar investigaciones y actuaciones penales eficaces. Finalmente, en tercer lugar, promover la cooperación internacional en el ámbito de la lucha contra la trata de seres humanos. Estamos ante un convenio muy completo que pretende una protección integral de las víctimas de este fenómeno, vinculada a la igualdad de género. En este sentido pueden destacarse distintos aspectos.

Se prevén medidas para proteger y promover los derechos de las víctimas. Así, la identificación de las víctimas, la protección de su vida privada, la asistencia a las víctimas con un mínimo que incluye tratamiento médico de urgencia, servicio de traducción e interpretación o acceso a la educación de los menores, el permiso de residencia, la indemnización y reparación legal. También se acuerdan medidas comunes de derecho penal sustantivo como la tipificación de la trata de seres humanos, la tipificación de la utilización de los servicios de una víctimas, la tipificación de los actos relativos a los documentos de viaje o de identidad, la complicidad e inducción y la tentativa o la responsabilidad de personas jurídicas. Se prevé en el convenio la cooperación internacional y la cooperación con la sociedad civil. La cooperación internacional resulta absolutamente imprescindible en la lucha contra la trata de seres humanos. En este sentido, se prevén en el convenio tanto los instrumentos de información entre los distintos países como las medidas relativas a personas amenazadas o desaparecidas. Finalmente, nos parece relevante la previsión en el convenio de mecanismos de seguimiento. En este sentido se crea el Grupo de expertos en la lucha contra la trata de seres humanos (GRETA) que determinará los medios más adecuados para evaluar la actuación de los estados partes, podrá solicitar información de la sociedad civil, organizar visitas a distintos países y adoptar informes y conclusiones en relación con las medidas tomadas por los estados parte para aplicar las disposiciones del presente convenio.

**LA NUEVA LEY DE ASILO INCORPORA UNA ADECUADA REGULACIÓN DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LAS PERSONAS PERSEGUIDAS, AUNQUE LASTRADA POR LA INCIDENCIA DEL CONTROL DE FRONTERAS Y EL DE FLUJOS MIGRATORIOS QUE EN CIERTOS ASPECTOS PRIMA SOBRE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL**

## **6. LA COMPOSICIÓN DEL FORO PARA LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS INMIGRANTES**

El artículo 70 de la Ley de Extranjería regula el Foro para la integración social de los inmigrantes como el órgano de consulta, información y asesoramiento en materia de integración de los inmigrantes constituido por representantes de las administraciones públicas, de las asociaciones de inmigrantes y refugiados y de las organizaciones sociales de apoyo, remitiendo a un reglamento su composición, competencias, régimen de funcionamiento y adscripción administrativa (Real Decreto 3/2006). Sin embargo, los cambios en la estructura de los distintos departamentos ministeriales hace necesario adaptar a la nueva situación la composición del grupo de voca-

les de la Administración General del Estado, mediante la modificación del citado Real Decreto 3/2006. En este sentido, el RD 1164/2009 establece que los seis representantes de la Administración General del Estado serán: la persona titular de la Dirección General de Asuntos y Asistencia Consulares por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación; la persona titular de la Dirección General de Política Interior por el Ministerio del Interior; la persona titular de la Dirección General de Evaluación y Cooperación Territorial por el Ministerio de Educación; la persona titular de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes por el Ministerio de Trabajo e Inmigración; la persona titular de la Dirección General de Organización Administrativa y Procedimientos por el Ministerio de Presidencia y la persona titular de la Dirección General contra la discriminación por el Ministerio de Igualdad.

## **DURANTE 2009 SE HAN RATIFICADO DOS PROTOCOLOS EN MATERIA MIGRATORIA DEL CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LAS LIBERTADES FUNDAMENTALES**

Además, se introduce una mínima modificación en las convocatorias del Foro de manera que se reduce de ocho a siete días el plazo mínimo para las convocatorias extraordinarias.

Por otro lado, se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado la Resolución de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración por la que se publican las entidades propuestas para cubrir las diez vocalías en representación de las asociaciones de inmigrantes y las diez vocalías que corresponden a las organizaciones sociales de apoyo. Todo ello de acuerdo a un proceso selectivo convocado y desarrollo en virtud de la Orden TIN/1924/2009. Como conclusión de este proceso las entidades propuestas en representación de las asociaciones de inmigrantes son: Asociación de Trabajadores Inmigrantes Marroquíes en España (ATIME), America-España Solidaridad y Cooperación (AESCO), Asociación de Cooperación Bolivia-España (ACOBE), Asociación de Refugiados e Inmigrantes Peruanos (ARI-PERU), Asociación Socio-Cultural Ibn-Batuta (ASCIB), Asociación Rumiñahui Hispano-Ecuatoriana para colaboración al desarrollo de África y América Latina, Asociación de Chinos en España (ACHE), Asociación de Inmigrantes Búlgaros en España (AIBE-BALCAN), Federación de Asociación de Inmigrantes Rumanos en España (FEDROM) y Asociación Nacional de Asociaciones de Ecuatorianos en España (FENADEE).

En cuanto a las organizaciones sociales de apoyo a los inmigrantes, las diez vocalías serán ocupadas conforme a este proceso selectivo por Cruz Roja Española, Consorcio de Entidades para la Acción Integral con Inmigrantes (CEPAIM), Cáritas Española, Asociación Comisión Cató-

lica Española de Migración (ACCEM), Red Acoge, Movimiento por la Paz, el Desarme y la Libertad (MPDL), UGT, CCOO, CEOE y CEPYME, quedando fuera, entre otras organizaciones, la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR).

## **7. LOS INMIGRANTES EN EL MERCADO DE TRABAJO EN ÉPOCA DE CRISIS**

La incidencia de la crisis económica en la presencia de las personas migradas en el mercado de trabajo ha tenido diversas manifestaciones normativas.

Por un lado, se advierte en la atención prestada por el legislador reglamentario a la situación de las personas que han podido perder el empleo y ello afecta también a su permiso de residencia, por la interdependencia de ambos permisos. El Real Decreto 1162/2009 establece dos vías para poder renovar ese permiso de residencia pese a no mantener el puesto de trabajo. En primer lugar, se introduce en el Reglamento de extranjería un nuevo artículo 54.5 bis) según el cual la autorización de residencia y trabajo se renovará también a su expiración cuando el trabajador acredite que se ha encontrado trabajando y en alta en Seguridad Social durante un mínimo de nueve meses en un período de doce, o de dieciocho meses en un período de veinticuatro, siempre que su última relación laboral se hubiese interrumpido por causas ajenas a su voluntad y haya buscado activamente empleo. En segundo lugar, también procederá la renovación cuando el cónyuge cumpliera con los requisitos económicos para reagrupar al trabajador, esto es, cuando al menos uno de los cónyuges se mantenga en el mercado de trabajo.

Por otro lado, esta incidencia de la crisis económica en el fenómeno migratorio se advierte también en la reducción al mínimo de los distintos catálogos trimestrales de ocupaciones de difícil cobertura. Apenas se ofrecen unas decenas de puestos de trabajo en toda España, por lo que su incidencia en los flujos migratorios es nula. Además, se concentran en determinados territorios. Muchas CCAA no ofertan desde hace años puestos de trabajo ante la situación de crisis económica y aumento del desempleo. Por poner un ejemplo, en Andalucía en el primer trimestre de 2010 no se ofreció ni una sola ocupación y en el segundo trimestre, solo la de patrón de embarcaciones deportivas a motor. Otra característica de la situación actual de los catálogos es que las ocupaciones ofertadas se refieren a profesiones cualificadas. En concreto, médicos y enfermeros suelen copar más de la mitad del listado, frente a una inmigración económica que presenta un perfil bastante diferente. En consecuencia, los catálogos de difícil cobertura no están teniendo incidencia alguna en la gestión de los flujos migratorios.

## **8. LA CREACIÓN DE UN ÁREA DE TRABAJO E INMIGRACIÓN EN LAS DELEGACIONES DEL GOBIERNO**

En el RD 942/2010, de 23 de julio, de reestructuración de diversas áreas funcionales integradas en las delegaciones del Gobierno, se prevé la creación en las delegaciones de Gobierno de una nueva Área de Trabajo e Inmigración, con la finalidad de concentrar en torno a sí otras competencias relativas a los derechos y libertades de los extranjeros y su integración social. Así, en cada delegación del Gobierno se creará un Área de Trabajo e Inmigración. Pero lo más destacado es que las oficinas de extranjeros, dependientes orgánicamente de la Delegación o Subdelegación del Gobierno, se encuadran en esa Área de Trabajo e Inmigración. Su dependencia funcional será del Ministerio de Trabajo e Inmigración y del Ministerio del Interior, ambos en el ámbito de sus respectivas competencias. En este sentido, se modifica el artículo 160.1 del Reglamento de la Ley de Extranjería, aprobado por RD 2393/2004.

## **9. LA CREACIÓN DE UN FICHERO DE DATOS SOBRE PERMISOS Y AUTORIZACIONES A EXTRANJEROS**

A través de la Orden TIN/258/2010, de 2 de febrero, se ha creado un fichero de datos de carácter personal denominado «Permisos y autorizaciones a extranjeros», gestionado por la Dirección General de Inmigración. Su origen está en el artículo 20.1 de la LO 15/1999, de protección de datos de carácter personal, según el cual la creación, modificación o supresión de los ficheros de las administraciones públicas solo podrá hacerse por medio de disposición general o acuerdo publicados en el Boletín Oficial del Estado o en el Diario Oficial correspondiente.

La finalidad de este fichero es la tramitación de permisos y autorizaciones que se conceden a extranjeros para residir y trabajar en España. Permite la gestión de la estadísticas internas y también permite advertir a extranjeros y empleadores de la necesidad de renovación de permisos. Se prevé la comunicación de estos datos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, a los órganos judiciales, a otros órganos de la Administración del Estado, a otros órganos de la comunidad autónoma, a la Tesorería General de la Seguridad Social, a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, al Ministerio de Justicia y al Defensor del Pueblo.

En este sentido, procede recordar que la Disposición adicional tercera del Real Decreto 1162/2009 señalaba que el Ministerio de Trabajo e Inmigración, coordinando a los restantes departamentos competentes, impulsará la implantación definitiva de una aplicación informática común, a la que hace referencia el RD 2393/2004.

## 10. CONCLUSIONES

En el período que transcurre entre la aprobación de la importante modificación de la Ley de actuaciones normativas han sido dispares, con naturaleza diversa y nos impiden, por ello, alcanzar algunas conclusiones comunes sobre la política de inmigración, más allá de advertir que parece haberse ralentizado la actividad normativa en la materia. Extranjería y la aprobación de su reglamento, prevista para el año 2011, las

La única Ley que ha sido objeto de este comentario, al soslayar la de modificación de la Ley de Extranjería, ha sido la nueva Ley de Asilo, que sustituye a la de 1984, incorporando el contenido de distintas directivas comunitarias. Hemos destacado que pese a algunos aspectos criticables en su contenido, como el tratamiento diferenciado de las solicitudes presentadas en frontera, amplía los motivos de persecución que habilitan la solicitud de asilo y, sobre todo, establece un régimen común de protección internacional que incluye, equiparándolos, el asilo y la protección subsidiaria.

También resulta relevante, en un orden bien distinto, el traspaso a la Comunidad Autónoma de Cataluña de la gestión de las autorizaciones de trabajo de los extranjeros dando origen a una actuación administrativa conjunta con la Administración del Estado en cuanto el permiso de residencia y trabajo está unificado y las competencias sobre residencia se incluyen en el espacio competencial del Estado, al incidir directamente en el control de fronteras. No hemos podido soslayar la referencia a las dificultades que plantea en la práctica esta gestión conjunta, pero resulta derivada de la propia naturaleza de la actuación, su constitucionalidad ha sido legitimada por el Tribunal Constitucional en la STC 31/2010 y, posiblemente, se extenderá a otras comunidades autónomas, aunque no lo indique expresamente su Estatuto, al vincularse esa facultad competencia a la competencia autonómica sobre ejecución laboral en la citada sentencia.

Finalmente, la tercera novedad en el ordenamiento general a la que nos hemos referido no deriva de la aprobación de normas, legales o reglamentarias, sino de la anulación de diversas normas reglamentarias por el Tribunal Supremo. Así, el régimen jurídico de los familiares extra-

**SE HA ESTABLECIDO LA CREACIÓN EN LAS DELEGACIONES DE GOBIERNO DE UNA NUEVA ÁREA DE TRABAJO E INMIGRACIÓN, CON LA FINALIDAD DE CONCENTRAR EN TORNO A SÍ OTRAS COMPETENCIAS RELATIVAS A LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL**

comunitarios de ciudadanos de la Unión ha quedado reforzado en España, especialmente si son familiares de ciudadanos españoles, por la anulación de diversos incisos del denominado Reglamento de comunitarios (RD 240/2007). Parece haberse eliminado la discriminación de los familiares de españoles respecto a los de otros estados de la Unión, aunque se mantienen algunas dudas; los separados legalmente pueden mantener el régimen jurídico de familiar de comunitario al mantenerse el vínculo conyugal; se aplica a las parejas de hecho el régimen de familiar de comunitarios o se eliminan las trabas para trabajar a ascendientes y descendientes, por destacar los cambios más significativos, que no los únicos, derivados de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de junio de 2010, que resuelve el recurso presentado por Andalucía Acoge y la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía.