Manuel Cavero Gómez

SENADO

EL SECRETARIO GENERAL

Excma. Sra. Adina-Ioana Valean
Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior
PARLAMENTO EUROPEO

Palacio del Senado, a 2 de octubre de 2008.

Señora Diputada:

Tengo el placer de adjuntarle la contestación del Senado al cuestionario sobre transposición de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo.

Reciba el testimonio de mi más distinguida consideración,

FdR 752294

PE 415.209

RESPUESTA AL CUESTIONARIO DE LA COMISIÓN DE LIBERTADES CIVILES, JUSTICIA Y ASUNTOS DE INTERIOR DEL PARLAMENTO EUROPEO

Cuestiones generales

- Transposición de la directiva.

La directiva 38/2004 ha sido integrada en el Derecho nacional español por medio del 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.

- Datos sobre la aplicación de la directiva.

A 31 de marzo de 2008 residen en España 4.192.835 extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor.

Según régimen de residencia, 2.230.180 extranjeros (el 53,19% del total) están incluidos en el Régimen General y 1.962.655, el 46,81%, en el Régimen Comunitario, del que forman parte los nacionales de países de la Europa Comunitaria, así como sus familiares y los familiares de españoles.

De los extranjeros incluidos en el Régimen General con tarjeta en vigor el 31 de marzo de 2008, el 38,40% (856.423 personas) dispone de una autorización de residencia permanente y el 61,60% de una autorización temporal. De estas 1.373.757 autorizaciones temporales, 304.004 son iniciales, 744.468 han sido renovadas por primera vez, 287.067 se han renovado por segunda vez y otras 38.218 pertenecen a un conjunto residual de autorizaciones temporales y autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales.

Cuestiones específicas

1. **Definiciones de cónyuge y parejas registradas respecto al libre movimiento.**

- Reconocimiento como cónyuge a parejas del mismo sexo.
  Sí.
- Reconocimiento como pareja a parejas registradas de diferente o igual sexo.
  Sí.
- Reconocimiento como miembro de la familia de cónyuges posteriores.
  Sí, si ha habido acuerdo o declaración legal de nulidad, divorcio o separación de la primera unión.

- Facilidades de entrada y residencia para otros miembros de la familia y parejas.

No se facilita, sino que se permite la entrada y residencia si se cumplen los requisitos legales, normalmente, para la entrada la posesión de pasaporte o documento de identidad y para la residencia permanente, la obtención de la tarjeta de residencia.

Las parejas, sea cual sea su sexo, tienen igual régimen que los cónyuges si están inscritas en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o un Estado parte en el Espacio Económico Europeo. Tampoco hay discriminación respecto de los hijos.

2. **Derecho de salida y entrada.**

- Restricciones al derecho de salida
  Sólo en los supuestos legales de prohibición de salida por razones de seguridad nacional o salud pública o los previstos en el Código Penal.

- Documentos reconocidos para la libertad de movimiento

Además de los arriba citados, la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, expedida por un Estado que aplica el Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, sobre la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes.

- Obligación de disponer de una tarjeta de identidad o pasaporte.

Está prevista y se aplica tanto a extranjeros como a nacionales.

- Obligaciones a las aerolíneas o empresas de viajes.

No se dispone de información al respecto.

- Facilidades en caso de incumplimiento de los requisitos de entrada.

Las autoridades responsables del control fronterizo darán a las personas que no dispongan de los documentos de entrada o residencia, antes de proceder a su retorno, las máximas facilidades para que puedan obtener o recibir, en un plazo razonable, los documentos necesarios, o para que se pueda confirmar o probar por otros medios que son beneficiarias de aquellos documentos.

3. Notificación de presencia.

El precepto del artículo 5.5 de la directiva no se ha integrado en el Real Decreto 240/2007 de transposición, por lo que no está previsto ese deber de notificar la presencia en territorio español. Existe, en cambio, cuando se reside más de tres meses en territorio español, la obligación de solicitar, en el plazo de tres meses desde la fecha de entrada en España, la inscripción en el Registro Central de Extranjeros, para los ciudadanos de la Unión Europea o de un Estado del Acuerdo del Espacio Económico Europeo, y la tarjeta de residencia de familias, para los miembros de la familia de uno de aquellos que no ostenten la nacionalidad de aquel Estado.

4. Derecho de residencia y condiciones.

- Cálculo del periodo de tres meses
  No se dispone de información suficiente al respecto.
- Condición de "recursos suficientes".
  Esta condición no se ha recogido en el texto del Real Decreto 240/2007.
- Condición de no ser una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida.
  Esta condición no se ha recogido en el texto del Real Decreto 240/2007.
- Condición de tener un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos.
  Esta condición no se ha recogido en el texto del Real Decreto 240/2007.

5. Registro de los ciudadanos de la Unión Europea y los miembros de su familia. Tarjeta de residencia.

España exige, para una residencia superior a tres meses, que los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo se inscriban en el Registro Central de Extranjeros. La solicitud, que ha de ser personal, se hace ante la Oficina de Extranjeros de la provincia donde se pretenda permanecer o fijar la residencia, o ante al Comisaría de Policía correspondiente. Con la solicitud debe presentarse el pasaporte o documento nacional de identidad válidos y en vigor.

Los miembros de la familia de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo que no ostenten la nacionalidad de uno de dichos Estados, cuando le acompañen o se reúnan con él, podrán residir en España por un periodo superior a tres meses. Habrán de solicitar una "tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión". Se solicita en el

mismo plazo y ante los mismos órganos que el registro de los ciudadanos de la Unión.

Con la solicitud debe presentarse:

a) pasaporte válido y en vigor;
b) documentación acreditativa, en su caso debidamente traducida y apostillada o legalizada, de la existencia del vínculo familiar, matrimonio o unión registrada, que otorga derecho a la tarjeta;
c) certificado de registro del familiar ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea, o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo al que acompañan o con el que van a reunirse;
d) documentación acreditativa, de que el solicitante de la tarjeta vive a cargo de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo del que es familiar;
e) tres fotografías.

En cuanto a las posibles sanciones por incumplimiento, es aplicable la siguiente norma:

> "Art. 15. nº 8. "El incumplimiento de la obligación de solicitar la tarjeta de residencia o del certificado de registro conllevará la aplicación de las sanciones pecuniarias que, en idénticos términos y para supuestos similares, se establezca para los ciudadanos españoles en relación con el Documento Nacional de Identidad."

Además se prevén sanciones por razones de orden público, seguridad y salud públicas (que se ven más adelante).

La información estadística, sobre las anteriores cuestiones es, esencialmente, la proporcionada en respuesta a las cuestiones generales.

6. Limitaciones al libre movimiento y expulsiones por razones de orden público, seguridad pública y salud pública.

Se establecen, principalmente, en los preceptos del Real Decreto 240/2007 que se transcriben seguidamente.

- "Artículo 15. Medidas por razones de orden público, seguridad y salud pública.

1. Cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se podrá adoptar alguna de las medidas siguientes en relación con los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o con los miembros de su familia:

a) Impedir la entrada en España, aunque los interesados presenten la documentación prevista en el artículo 4 del presente real decreto.

b) Denegar la inscripción en el Registro Central de Extranjeros, o la expedición o renovación de las tarjetas de residencia previstas en el presente real decreto.

c) Ordenar la expulsión o devolución del territorio español. Únicamente podrá adoptarse una decisión de expulsión respecto a ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o a miembros de su familia, con independencia de su nacionalidad, que hayan adquirido el derecho de residencia permanente en España, si existen motivos graves de orden público o seguridad pública. Asimismo, antes de adoptarse una decisión en ese sentido, se tendrán en cuenta la duración de la residencia e integración social y cultural del interesado en España, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, y la importancia de los vínculos con su país de origen.

2. Aquellas personas que hayan sido objeto de una decisión de prohibición de entrada en España, podrán presentar, en un plazo no inferior a dos años desde dicha prohibición, una solicitud de levantamiento de la misma, previa alegación de los motivos que demuestren un cambio material de las circunstancias que justificaron la prohibición de entrada en España.

La Autoridad competente que resolvió dicha prohibición de entrada deberá resolver dicha solicitud en un plazo máximo de tres meses a partir de su presentación.

Durante el tiempo en el que dicha solicitud es examinada, el afectado no podrá entrar en España.

3. La continuidad de la residencia referida en el presente real decreto se verá interrumpida por cualquier resolución de expulsión ejecutada válidamente contra el interesado.

4. En los casos en los que una resolución de expulsión vaya a ejecutarse más de dos años después de haberse dictado, las autoridades competentes deberán comprobar y valorar posibles cambios de circunstancias que pudieran haberse producido desde el momento en el que se adoptó la decisión de expulsión, así como la realidad de la amenaza que el interesado representa para el orden público o la seguridad pública.

5. La adopción de una de las medidas previstas en los apartados anteriores 1 a 4 se atendrá a los siguientes criterios:

a) Habrá de ser adoptada con arreglo a la legislación reguladora del orden público y la seguridad pública y a las disposiciones reglamentarias vigentes en la materia.

b) Podrá ser revocada de oficio o a instancia de parte cuando dejen de subsistir las razones que motivaron su adopción.

c) No podrá ser adoptada con fines económicos.

d) Cuando se adopte por razones de orden público o de seguridad pública, deberán estar fundadas exclusivamente en la conducta personal de quien sea objeto de aquéllas, que, en todo

caso, deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad, y que será valorada, por el órgano competente para resolver, en base a los informes de las Autoridades policiales, fiscales o judiciales que obren en el expediente. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá, por sí sola, razón para adoptar dichas medidas.

6. No podrá adoptarse una decisión de expulsión o repatriación respecto a ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, salvo si existen motivos imperiosos de seguridad pública, en los siguientes casos:

a) Si hubiera residido en España durante los diez años anteriores, o:

b) Si fuera menor de edad, salvo si la repatriación es conforme al interés superior del menor, no teniendo dicha repatriación, en ningún caso, carácter sancionador.

7. La caducidad del documento de identidad o del pasaporte con el que el interesado efectuara su entrada en España, o, en su caso, de la tarjeta de residencia, no podrá ser causa de expulsión.

8. El incumplimiento de la obligación de solicitar la tarjeta de residencia o del certificado de registro conllevará la aplicación de las sanciones pecuniarias que, en idénticos términos y para supuestos similares, se establezca para los ciudadanos españoles en relación con el Documento Nacional de Identidad.

9. Las únicas dolencias o enfermedades que pueden justificar la adopción de alguna de las medidas del apartado 1 del presente artículo serán las enfermedades con potencial epidémico, como se definen en los instrumentos correspondientes de la Organización Mundial de la Salud, así como otras enfermedades infecciosas o parasitarias contagiosas, de conformidad con la legislación española vigente.

Las enfermedades que sobrevengan tras los tres primeros meses siguientes a la fecha de llegada del interesado, no podrán justificar la expulsión de territorio español.

En los casos individuales en los que existan indicios graves que lo justifiquen, podrá someterse a la persona incluida en el ámbito de aplicación del presente real decreto, en los tres meses siguientes a la fecha de su llegada a España, a un reconocimiento médico gratuito para que se certifique que no padece ninguna de las enfermedades mencionadas en este apartado. Dichos reconocimientos médicos no podrán exigirse con carácter sistemático."

7. Garantías procesales y procedimiento de recurso.

Estas garantías las establece la legislación general de extranjería y la legislación sobre el procedimiento administrativo común. Concretamente, la Disposición adicional segunda del Real Derecho 240/2007 prevé:

"Normativa aplicable a los procedimientos.

En lo no previsto en materia de procedimientos en el presente real decreto, se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su Reglamento, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, y en su normativa de desarrollo, con carácter supletorio y en la medida en que no se oponga a lo dispuesto en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y el derecho derivado de los mismos."

Además de las esas normas generales, el Real Decreto 240/2007 contiene normas especificas de garantía para los supuestos de expulsión. Son los siguientes:

"Artículo 16. Informe de la Abogacía del Estado.

1. La resolución administrativa de expulsión de un titular de tarjeta o certificado requerirá, con anterioridad a que se dicte, el informe previo de la Abogacía del Estado en la provincia, salvo en aquellos casos en que concurran razones de urgencia debidamente motivadas.

2. Sin perjuicio de los recursos administrativos y judiciales legalmente procedentes, la resolución de la Autoridad competente que ordene la expulsión de personas solicitantes de tarjeta de residencia o certificado de registro será sometida, previa petición del interesado, a examen de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado o de la Abogacía del Estado en la provincia. El interesado podrá presentar personalmente sus medios de defensa ante el órgano consultivo, a no ser que se opongan a ello motivos de seguridad del Estado. El dictamen de la Abogacía del Estado será sometido a la autoridad competente para que confirme o revoque la anterior resolución.

Artículo 17. Garantías procesales.

1. Cuando la presentación de recurso administrativo o judicial contra la resolución de expulsión vaya acompañada de la solicitud de una medida cautelar de suspensión de la ejecución de dicha resolución, no podrá producirse la expulsión en sí hasta el momento en que se haya adoptado la decisión sobre la medida cautelar, excepto si se da una de las siguientes circunstancias:

a) Que la resolución de expulsión se base en una decisión judicial anterior.

b) Que las personas afectadas hayan tenido acceso previo a la revisión judicial.

c) Que la resolución de expulsión se base en motivos imperiosos de seguridad pública según lo señalado en el artículo 15.5.a) y d) del presente real decreto.

2. Durante la sustanciación del recurso judicial, el interesado no podrá permanecer en territorio español, salvo en el trámite de vista, en que podrá presentar personalmente su defensa, excepto que concurran motivos graves de orden público o de seguridad pública o cuando el recurso se refiera a una denegación de entrada en el territorio.

Artículo 18. Resolución.

1. Las resoluciones de expulsión serán dictadas por los Subdelegados del Gobierno o Delegados del Gobierno en las comunidades autónomas uniprovinciales.

2. Las resoluciones de expulsión fijarán el plazo en el que el interesado debe abandonar el territorio español. Excepto en casos de urgencia debidamente justificados, en los que la resolución se ejecutará de forma inmediata, en los demás supuestos se concederá al interesado un plazo para abandonarlo, que no podrá ser inferior a un mes a partir de la fecha de la notificación de la resolución. Las citadas resoluciones deberán ser motivadas, con información acerca de los recursos que se puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien se debe formalizar."

8. Otras cuestiones.

- Pena de expulsión.

El Código Penal español, en su artículo 89.1 prevé, para los extranjeros no residentes legalmente en España, la sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a seis años que les hayan sido impuestas por su expulsión del territorio español. El extranjero expulsado no podrá regresar a

España en un plazo de 10 años contado desde la fecha de su expulsión y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena.

- Supuestos de "abuso de Derecho" o "fraude".

En cuanto a la aplicación de los posibles "abuso de Derecho" o "fraude", ello no se contempla en el Real Decreto 240/2007 y solo cabría su alegación y aplicación según lo dispuesto en la legislación civil ordinaria.

- Carácter efectivo y proporcionado de las sanciones.

En cuanto al carácter efectivo y proporcionado de las sanciones, ello deriva de las garantías procesales, de los procedimientos de inscripción en los registros, de la concesión de las tarjetas de residencia y, de la aplicación de las limitaciones por razones de orden público, seguridad pública y salud pública y de las garantías del proceso penal en los casos de expulsión sustitutiva de la pena de prisión.

9. Otras informaciones.