



# 18 ENCUENTRO ABOGACÍA SOBRE DERECHO DE EXTRANJERÍA Y ASILO



## SUMARIO

### I TRANSPOSICIÓN DE DIRECTIVAS

### II TRABAJADORES EXTRANJEROS: POSICIÓN JURÍDICA Y SITUACIÓN LABORAL

### III APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA DEL MENOR Y EL DERECHO DE EXTRANJERÍA

### IV INMIGRACIÓN Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL. LA EXPERIENCIA HISPANO MARROQUÍ

### V REPRESENTACIÓN Y LEGITIMIDAD EN LOS PROCESOS DE EXTRANJERÍA

• SUBCOMISIÓN DE  
EXTRANJERÍA DEL CGAE

## CONCLUSIONES 18 ENCUENTRO

### I.- TRANSPOSICIÓN DE DIRECTIVAS

**1º.-** Expresamos nuestro rechazo a los términos en que ha sido aprobado, por el Consejo, la Directiva sobre retorno de inmigrantes en situación irregular.

- El periodo de internamiento de hasta 18 meses resulta inadmisibles en una Europa de los derechos humanos. Resulta aún más intolerable en un contexto de Centros de Internamiento que no reúnen las mínimas condiciones .

- El derecho a la asistencia jurídica forma parte de la dignidad humana.

**2º.-** La transposición de la Directiva de residentes de larga duración mediante una mera instrucción, adopta la más restrictiva de las posibles alternativas y consideramos que debiera haberse permitido una postura de mayor igualdad de trato.

**3º.-** La Directiva de reagrupación familiar esta vacía de contenido debido a su carácter dispositivo, y expresa la temerosa postura de la Unión en reconocer derechos humanos elementales a los extranjeros, como es el derecho a vivir en familia.

**4º.-** La Directiva 2004-81 C sobre concesión de permisos a víctimas de trata, debe transponerse adecuadamente, y recoger legalmente el deber de informar a las víctimas de sus derechos, en ese sentido, y respetar un período de reflexión.

**5º.-** España debe demostrar mayor celo y diligencia en la transposición al derecho interno de Directivas pendientes como la de estudiantes y la de investigadores; así como hacerlo con normas de rango adecuado.

**6º.-** El nuevo enfoque de la Unión de vincular la inmigración y desarrollo es correcto siempre que no sustituya nunca las formas de cooperación ya iniciadas. Los acuerdos con los países emisores de flujos migratorios, deben centrarse en facilitar su desarrollo como prevención de la inmigración irregular, no sólo en forzar la readmisión.

**7º.-** Instamos a la Subcomisión de Extranjería a remitir a la Comisión Europea y al Parlamento quejas por la mala o nula transposición de las directivas pendientes. (Queda pendiente un análisis detenido de Directiva de persecución de la economía sumergida).

## II.- TRABAJADORES EXTRANJEROS: POSICIÓN JURIDICA Y SITUACION LABORAL

PRIMERA.- La aplicación de lo dispuesto en el art. 36.3 LOE continúa planteando muchos problemas interpretativos y de alcance efectivo en relación con derechos de índole laboral material y procesal, así como en el ámbito específico del acceso a las prestaciones de Seguridad Social. Resulta imprescindible la unificación de doctrina por parte del Tribunal Supremo para una deseable homogenización de criterios. Asimismo, una intervención legislativa puntualizando las consecuencias derivadas de la innovación allí introducida permitiría despejar muchas dudas e interrogantes, especialmente, en materia de protección social.

SEGUNDA.- La reciente jurisprudencia creada por el Tribunal Constitucional ha venido a robustecer el estatuto jurídico de los extranjeros no comunitarios, en particular, ampliando la dimensión, alcance y contenido de los derechos fundamentales en la relación de trabajo, pese a que puedan encontrarse en situación de irregularidad administrativa. La corrección sobre los derechos de libertad sindical y de huelga redefine y reconstruye su carácter de derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico español.

TERCERA.- En algunas provincias se constata una utilización discrecional del mecanismo del arraigo social como instrumento para restringir la concesión de autorizaciones de residencia temporal, en función de la decisión política del momento.

CUARTA.- La intervención de algunos ayuntamientos en la emisión del Informe de inserción social va más allá de la simple valoración del grado de arraigo del extranjero en España, exigiendo como requisito previo para su valoración favorable, el cumplimiento de los demás requisitos que recoge el artículo 45, 2.b), del Reglamento para la obtención de la residencia temporal.

QUINTA.- Se constata la existencia de condiciones laborales claramente inferiores en la contratación a través de la autorización de trabajo en la marco de prestaciones transnacionales de servicio. Exigimos el cumplimiento integro de las condiciones laborales recogidas en la legislación española y el control de su cumplimiento por parte de la Administración competente para ello.

SEXTA.- Ante las dificultades constatadas en la obtención del Certificado de antecedentes penales de determinados países, proponemos que desde el CGAE se inste a la Administración española a fin de que articule mecanismos alternativos para facilitar la obtención del certificado de antecedentes penales de determinados países de origen.

SEPTIMA.- Proponemos la ampliación de la Instrucción del a DGI de 1 de Julio de 2.005m por la que se determina el procedimiento para autorizar el desarrollo de actividades laborales por parte de presos extranjeros, a aquellos extranjeros que se encuentran cumpliendo condena bajo el régimen de vida establecidos en el artículo 100 del Reglamento Penitenciario y para aquellos que han sido condenados a una medida de seguridad.

### III.- APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA DEL MENOR Y EL DERECHO DE EXTRANJERIA

#### MANIFESTAMOS

PRIMERO.- QUE LOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN EL DERECHO DE EXTRANJERIA AFRONTAMOS EL MANDATO CONSTITUCIONAL DE DEFENSA VELANDO POR EL RESPETO Y CUMPLIMIENTO DE LOS PRINCIPIOS Y GARANTIAS QUE VERTEBRAN EL ORDENAMIENTO JURIDICO DE NUESTRO ESTADO DE DERECHO.

SEGUNDO.- QUE EN MODO ALGUNO ES NUESTRO INTERES NI NUESTRA MISION FAVORECER CON NUESTRO TRABAJO LA LLEGADA DE CIUDADANOS EXTRANJEROS A NUESTRO PAIS, YA SEAN MAYORES O MENORES DE EDAD.

#### CONCLUIMOS.

PRIMERO.- Que los menores extranjeros no acompañados que llegan a nuestro país son menores y por el hecho de serlo son residentes legales. No pueden ser considerados y tratados como inmigrantes en situación de residencia irregular.

SEGUNDO.- Que ser extranjero no puede suponer para un menor no acompañado elemento de discriminación negativa a la hora de aplicarle la legislación española de menores y todo el abanico de protección y garantías que establece.

TERCERO.- Que los menores no acompañados están amparados por el principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la Constitución Española, ya que están tutelados por los servicios de protección de menores de nuestras Comunidades Autónomas.

CUARTO.- Que los grandes olvidados son los niños y niñas traficados para la explotación sexual y laboral.

QUINTO.- Que un menor extranjero no acompañado puede solicitar la protección del estatuto del refugiado.

SEXTO.- Que el menor extranjero no acompañado es un sujeto en todos los procedimientos administrativos que la Administración inicie a partir de su detección, no es un objeto. Han de velar por el interés del menor, cumpliendo todas las garantías que la legislación aplicable establece.

SEPTIMO.- Que la Administración ha de velar por la promoción y formación integral de los menores sin ser discriminados.

#### DENUNCIAMOS.

PRIMERO.- Que cada Comunidad Autónoma, al ser la materia de menores una competencia autónoma, aborda la acogida y protección de los menores extranjeros no acompañados sin coordinación alguna con el resto de Comunidades Autónomas, lo que va en detrimento de la efectiva protección del menor.

SEGUNDO.- Que la Administración no está utilizando pruebas fiables de determinación de la edad.

TERCERO.- Que la Administración no está dando validez a pruebas documentales para determinar al edad de los menores no acompañados, argumentando que no son pruebas fiables, sin realizar investigación alguna en este sentido.

CUARTO.- Que no existe un Registro Nacional de Menores No Acompañados, lo cual impide saber efectivamente cuantos menores extranjeros no acompañados tenemos entre nosotros, quienes son, sus datos de filiación y edades, y la fecha de detección y puesta a disposición de los servicios de protección de la Administración, datos imprescindibles en pos de una cooperación interautonómica en la materia que facilite la efectiva protección y documentación del menor.

QUINTO.- Que las Comunidades Autónomas aplican la legislación de manera discrecional: algunas protegen a los menores, pero no les declaran en desamparo, no les documentan, intenta su repatriación sin seguir garantía alguna en el procedimiento, con unos objetivos más de control de flujos migratorios que de protección de los intereses del menor.

SEXTO.- La Administración que tiene la tutela de los menores no acompañados que se fugan de los centros o casas de acogida no denuncia la desaparición del menor a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, dejándolo a su suerte. Es habitual que llegue a otro centro con al misma o distinta identidad, comenzando de nuevo todo el proceso de determinación de la edad, de declaración desamparo y protección de la nueva Comunidad Autónoma que pasa a tutelarle. Vuelve a contar el plazo de 9 meses desde que el menor es puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, a partir del cual se le otorgará autorización de residencia. La consecuencia es que el menor pueda llegar a la mayoría de edad sin ser documentado.

SEPTIMO.- Que en muchas ocasiones la administración no documenta al menor nunca, abordando su mayoría de edad en situación de residencia irregular; situación de la que es responsable la administración, pero a quien perjudica gravemente es al menor que ha devenido mayor de edad.

OCTAVO.- Que los menores no tienen una asistencia jurídica independiente e integral desde su detección por los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, que le informe de sus derechos y le defienda sus intereses. Actualmente se han firmado dos Convenios de colaboración que le garantizan la defensa jurídica de letrado independiente en los procedimientos de repatriación ( Caso de Cantabria) y en el caso de Guipúzcoa desde que es puesto a disposición de los servicios sociales de protección e la Diputación guipuzcoana. PERO DEBEMOS AVANZAR Y SER MAS AMBICIOSOS EN CUANTO A SU EXTENSION A TODO EL ESTADO Y A SU UNIFORMIDAD DE CONTENIDOS EN ASPECTOS ESENCIALES.

#### **REINVIDICAMOS.**

PRIMERO.- Que la Administración utilice todas las pruebas de determinación de la edad que sean posibles des un punto de vista técnico poniendo a disposición de los profesionales que han de realizarlas los medios necesarios, sin escatimar inversión.

SEGUNDO.- Que se inste a todas las administraciones competentes en la materia para que se cumpla escrupulosamente las leyes: en concreto, hacer incidencia a que se cree de una vez el Registro de ámbito nacional de menores extranjeros no acompañados, declare el desamparo del menor, se le tutele por las Comunidades Autónomas y se les documente, garantizando que el menor no devenga residente irregular cuando devenga mayor de edad.

TERCERO.- Que se inste la elaboración de un protocolo de atención a los menores extranjeros no acompañados en el que se contemple la asistencia profesional multidisciplinar (médicos, interpretes, mediadores culturales, abogados...etc), desde el mismo momento de la localización y primera entrevista, garantizándole desde el inicio el derecho a la información de sus derechos, de los procedimientos a seguir con el menor y de qué va a pasar con su vida en el futuro, en el que deberá tener un apartado específico el tráfico de menores para la explotación sexual y laboral.

CUARTO.- Que se coordine desde el Consejo General de la Abogacía, mientras se elabore y ponga en marcha el anterior Protocolo, Convenios de colaboración con un marco de mínimos con la Administración estatal y las autonómicas, que garantice la asistencia letrada y la defensa jurídica del menor des su localización.

QUINTO.- Que se trasponga la Directiva 2004/81/CE, del Consejo, de 29 de Abril de 2.004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que son víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades competentes.

Que se firme por España del Convenio Europeo contra la Trata de Seres Humanos, que adopta un enfoque no ya de control migratorio sino de protección de los derechos humanos..

#### IV.- INMIGRACIÓN Y COOPERACIÓN INTERNACIONAL. LA EXPERIENCIA HISPANO MARROQUÍ

- Legislación e instituciones marroquíes en materia de control de flujos migratorios, con especial atención a la Ley 02/03, de Noviembre de 2003.
- Legislación marroquí sobre tutela de menores y estatuto personal, con especial referencia a la Kafala y la Mudwana.
- La protección del menor y los movimientos migratorios.
- Causas de la inmigración y el esfuerzo del Reino de Marruecos en la lucha contra la inmigración ilegal.
- La diferencia en la renta de ambos Estados.
- Proyectos de cooperación en materia jurídica en ejecución, y propuestos.
- Garantías de los derechos fundamentales de las personas migrantes en las políticas de regulación de los flujos migratorios.

Tras un animado debate, las personas participantes pudieron **CONCLUIR**:

**Primero.**-En relación a la cooperación encaminada al control de flujos migratorios desde el continente africano a través de Marruecos, dirigida en la mayor parte de las veces hacia la Unión Europea, este grupo de participantes entendió necesario:

- Accionar la cooperación entre ambos Estados con apoyo de la Unión Europea, dirigida al fomento de la protección de los Derechos Humanos de las personas migrantes, en la legislación de extranjería e instituciones encargadas de la gestión de los flujos migratorios del país vecino.
- Cooperar con Marruecos en el impulso de un efectivo sistema de control de flujos migratorios, implementando el adecuado respeto a los instrumentos jurídicos de protección internacional y asilo político.
- Inclusión de mecanismos de protección y garantía de derechos humanos de las personas migrantes, solicitantes de asilo, desplazadas y refugiadas, en los acuerdos y convenios bilaterales de readmisión y para la repatriación.
- Evitar que las acciones de cooperación en materia de migración se traduzcan en la llamada "externalización de las fronteras de la Unión Europea".

**Segundo.**- En relación a la cooperación orientada a la integración de las personas migrantes procedentes del Reino de Marruecos residentes en España, se entiende como indispensable:

- Asegurar el conocimiento del ordenamiento jurídico marroquí aplicable a los súbditos de este Estado por los órganos judiciales españoles, así como por los/as abogados/as y otros operadores jurídicos de extranjería del Estado español, mediante acciones conjuntas de investigación y formación en materia de legislación marroquí.

Especial atención debe ser prestada, a aquellas instituciones o normativas marroquíes, que por el juego de las reglas del propio Derecho Internacional Privado español resulten de aplicación, como podría ser el caso de la Kafala y la Mudwana.

- Insistir en la creación de un marco jurídico, que permita una más fluida cooperación para la potenciación e inversión en programas de formación profesional cualificada para jóvenes y menores marroquíes.

**Tercero.**- En relación con la perspectiva que, a juicio de las personas participantes en este portal, debe presidir las acciones que se lleven a cabo en ejecución de las propuestas mantenidas en los párrafos anteriores, declarar como pertinente:

- El reconocimiento del esfuerzo del Reino de Marruecos en la lucha contra la inmigración ilegal, así como en la integración social de las personas marroquíes inmigradas en España.
- La visión de los movimientos migratorios como fenómeno social natural, necesario y consustancial a la evolución de la humanidad, desterrando cualquier forma de estigmatización de las personas migrantes.

## V.- REPRESENTACIÓN Y LEGITIMIDAD EN LOS PROCESOS DE EXTRANJERÍA

1. Dos indicaciones a los letrados/as:

- La importancia de los Tratados Internacionales sobre Derechos y Libertades Fundamentales como "fuente de expresión del Ordenamiento Jurídico". Son normas directamente aplicables y por tanto, "invocables" ante los Tribunales. Tratados como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y El Convenio Europeo sobre Derechos y Libertades son verdaderas normas jurídicas y deben, por tanto, ser invocadas ante la Administración y ante los órganos jurisdiccionales por los/las profesionales del Derecho. Asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos es considerado como parámetro de interpretación de las normas.

- Las "normas de representación" si bien quedan fuera de los Tratados Internacionales, vincula a quienes están encargados de la interpretación de las normas. El problema reside en que esta interpretación no es homogénea, sino que existe una DIVERGENCIA INTERPRETATIVA entre Tribunales y Juzgados que crean o pueden crear inseguridad jurídica: Debería existir un cierto orden en la materia: que existan criterios coincidentes que den seguridad jurídica.

La cuestión a discutir es si el abogado/a que asiste en un primer momento al extranjero/a en los procedimientos que llevan a su denegación de entrada, devolución o expulsión mantienen esa representación en vía contenciosa:

- En vía administrativa no se plantea este problema pues establece el ordenamiento jurídico un amplísimo concepto de legitimación que permite la intervención no sólo del destinatario directo sino de las personas afectadas. Asimismo, La Ley 30/92, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común en conjunto con la ley de extranjería admite la personación de asociaciones y/o organizaciones legitimadas para intervenir en estos procesos. Incluso, la falta de representación puede ser subsanada por cualquier medio válido en Derecho.
- En vía judicial corresponde la legitimación a aquellas personas físicas que ostentan un derecho o interés legítimo. La ley exige la exteriorización de la voluntad de optar por la Asistencia jurídica gratuita, debiendo distinguir entre la asistencia de oficio prestada en el momento de la incoación del procedimiento de denegación de entrada/devolución /expulsión de la asistencia jurídica gratuita, necesitada de un procedimiento.

La posición de los juzgados y Tribunales de Canarias es unánime: Si bien no existe ningún obstáculo legal para que continúe la defensa en vía contencioso-administrativa, el TSJ de Canarias exige la exteriorización del actor de conceder el poder de postulación. El letrado no puede asumir esa defensa sin la exteriorización del actor, bien por la manifestación de voluntad o por el sistema de asistencia jurídica gratuita. La posición del TS confirma la de la sala.

Podría existir un cauce para aceptar en vía judicial la designación en vía administrativa:

- Si existe documento de designación en el procedimiento de denegación de entrada/expulsión/devolución se deduce que el actor no renuncia a la interposición del recurso
- Porque el proceso contencioso administrativo es una vía de revisión del procedimiento administrativo previo: una continuación de la vía administrativa. Es un único ejercicio del Derecho de defensa.

**CONCLUSIÓN GLOBAL.-** Atendiendo a la situación de disparidad existente en esta materia:

- INSTAR AL CGAE PARA QUE ÉSTE INSTE A SU VEZ A LAS AUTORIDADES LEGISLADORAS A ADOPTAR LÍNEAS HOMOGÉNEAS DE ACTUACIÓN: NORMAS CLARAS PARA LA INTERPRETACIÓN DEL APODERAMIENTO EN LOS PROCESOS DE EXTRANJERÍA A FIN DE VITAR LAS DISFUNCIONES.
- INSTAR AL CGAE PARA QUE SE DÉ VALOR DE "MANDATO REPRESENTATIVO" AL PODER QUE EL EXTRANJERO/A LE HA DADO AL ABOGADO/A EN EL MOMENTO DE LA INCOACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE DENEGACIÓN DE ENTRADA/EXPULSIÓN/DEVOLUCIÓN CONFORME A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN 5ª DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TS DE 11 DE MARZO DE 2008.