



La integración social laboral

DE LAS MUJERES INMIGRANTES

Análisis de la doble discriminación

Jornada celebrada en Burgos 13 de octubre de 2005



Realizado por:

Secretaría para la Igualdad UGT Castilla y León
C/ Gamazo, 13 - 1ª Planta • 47004 VALLADOLID
Tels.: 983 329 022 / 001 • Fax: 983 329 035
e-mail: asocial@castyleon.ugt.org

UGT Castilla y León

C/ Gamazo, 13 • 47004 VALLADOLID
Tel.: 983 329 001 • Fax: 983 329 035
e-mail: ugt@castyleon.ugt.org

Portada, maquetación e Impresión:

FE.RE.COR. S.COOP.
Avda. de Asturias, 14 • 24008 LEÓN
Tel.: 987 084 591 • Fax: 987 084 592
e-mail: ferecor@ferecor.com

Depósito Legal:
LE-1580-2006

**MUJER Y ADEMÁS MIGRANTE ¿IMPACTO DE GÉNERO EN LA
LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE EXTRANJERÍA?**

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN: MUJER Y MOVIMIENTOS MIGRATORIOS.

II. MUJER EXTRANJERA Y SU TRATAMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL:

1. Importancia de la inmigración femenina y ausencia de un régimen específico de carácter global para las mujeres extranjeras
2. Preceptos de la ley y del reglamento de extranjería vigente en los que la mujer inmigrante es destinataria o beneficiaria de los mismos:
 - A) *Protección de la mujer inmigrante embarazada:* a) asistencia sanitaria: Art. 12. LOEX; b) procedimientos de devolución y expulsión
3. Régimen jurídico de las mujeres inmigrantes:
 - A) *Reagrupación y violencia doméstica;*
 - B) *Régimen aplicable a las madres de hijos españoles.*
 - C) *Violencia domésticas y asilo.*
4. Inmigración femenina y divorcio.
5. Inmigración femenina y Código Penal.

III. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS JUECES Y TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA CONOCER DE LOS DELITOS DE MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA AUNQUE SE COMETAN EN EL EXTRANJERO.

1. Motivos de la nueva redacción del Art. 23.4.g) LOPJ;

2. Antecedentes inmediatos:

A) *Ausencia de regulación en la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros;*

B) *Ausencia de regulación en la Ley Orgánica 1/2004, de 29 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.*

3. Puesta en marcha de la reforma.

4. Retos de la LO 3/2005: ¿cumplimiento de las obligaciones internacionalmente asumidas por España?

IV. BIBLIOGRAFÍA. V. ANEXO LEGISLATIVO:

V. ANEXO LEGISLATIVO:

1. Normas internas españolas aplicables a las mujeres nacionales de terceros países;

2. Instrucción número 14/2005, de la Secretaría de Estado de Seguridad.

I. INTRODUCCIÓN: MUJER Y MOVIMIENTOS MIGRATORIOS

El 15 de octubre de 2003 entraba en vigor la Ley 30/2003, de 13 octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore en el futuro el Gobierno (1). Mediante esta nueva Ley, el Ordenamiento jurídico español trata no sólo de erradicar la discriminación por razón de sexo sino que, además, pretende lograr otros objetivos mucho más amplios, entre los que se destaca la igualdad entre los géneros, el desarrollo y la paz para todas las mujeres.

Con esta Ley, como manifiesta su Exposición de Motivos, nuestro país incorpora en el Ordenamiento interno algunos de los compromisos internacionales adquiridos tanto en el ámbito de la Unión Europea como en el seno de las Naciones Unidas. En concreto, se señala que

"La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer que tuvo lugar en Pekín (Beijing), 4-15 de septiembre de 1995... se invitó a los gobiernos y a los demás agentes a "integrar la perspectiva de género en todas las políticas y los programas para analizar sus consecuencias para las mujeres y los hombres respectivamente, antes de tomar decisiones".

En el Ordenamiento comunitario, desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam -1 de mayo 1999-, se inició una nueva etapa en el proceso de construcción europea y especialmente en materia de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. En este contexto, la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres en todas las políticas se considera el reto a lograr. Por ello, la eliminación de las desigualdades constituye una de las prioridades a tener en cuenta en el diseño de las políticas de Europa comunitaria (2). De un lado, la Comisión de la Unión Europea constata que algunas decisiones políticas, en principio, no sexistas, pueden tener un diferente impacto en las mujeres y en los hombres, a pesar de que dicha consecuencia ni estuviera prevista ni se deseara. Por ello, se aprobó una comunicación sobre la transversalidad «*mainstreaming*» como un primer paso hacia la realización del compromiso de la Unión Europea de integrar la perspectiva de género en el conjunto de las políticas

1. BOE, 14-X-2003, núm. 246, p. 36770. Mediante esta Ley se modifican los arts. 22.2 y 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (RCL, 1997, 2817; Vid. Nota 9). La Disposición Final última establece que la presente Ley entrará en vigor al día siguiente de su publicación oficial.

2. La proclamación solemne por el Parlamento, el Consejo y la Comisión de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con ocasión de la Cumbre Europea que tuvo lugar en Niza, supuso un avance más en la consecución de la igualdad respecto al Tratado de Ámsterdam. En el seno de la Unión Europea y como complemento a los objetivos de la acción comunitaria prevista para la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres, se aprobó la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitaria sobre la estrategia a seguir en materia de igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005), destacando que en la misma se articula la evaluación del impacto en función del sexo en distintos ámbitos de intervención de la estrategia marco comunitaria (vida económica, social, vida civil, roles, etc.), como una de las acciones a emprender para el logro de los objetivos mencionados en el referido programa (LCEur, 2000, 3950). La Comisión Europea ha elaborado una Comunicación denominada "Hacia una estrategia marco comunitaria sobre la igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005)" (Comisión Europea, Bruselas, COM (2001) 119 final, 2 de marzo de 2001). (CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA)

comunitarias⁽³⁾; y, además, se elaboró una «Guía para la Evaluación del Impacto en Función del Género», diseñada para proyectarse en el seno de la Comisión con objeto de evitar consecuencias negativas no intencionales que favorezcan situaciones de discriminación. Por otra parte, el Consejo Europeo, haciéndose eco de los objetivos de igualdad entre hombres y mujeres de la agenda de Lisboa, manifestó su apoyo a favor de la creación de un Instituto Europeo de la Igualdad de Género e invitó a la Comisión a presentar una propuesta que ha sido elaborada de forma conjunta con el Parlamento Europeo⁽⁴⁾. En todo caso, tanto los Gobiernos no sólo los de la UE⁽⁵⁾ sino los de toda la Comunidad internacional⁽⁶⁾, el sistema de las Naciones Unidas y la sociedad civil han ido realizando considerables esfuerzos a fin de lograr la equidad entre los géneros en todos los ámbitos. No obstante, el proceso ha sido lento y errático, las preocupaciones de la mujer aún tienen una prioridad secundaria en algunas partes del mundo.

(CONTINUACIÓN. 2) En dicha Comunicación se reconoce: "Se han hecho progresos considerables en cuanto a la situación de la mujer en nuestros países, si bien en la vida cotidiana dicha igualdad sigue viéndose mermada porque hombres y mujeres no gozan, en la práctica, de los mismos derechos. La infrarrepresentación persistente de las mujeres y la violencia contra ellas, entre otros aspectos, ponen de manifiesto que continúa existiendo una discriminación estructural por razones de sexo" (*ibid.*, p. 3). Debe verse en todo caso, la estrategia marco comunitaria sobre la igualdad de hombres y mujeres (2001-2005) (COM (2000) 335 final); los programas de trabajo de la Comisión correspondientes a 2001, 2002, 2003, 2004 y 2005 (COM (2001) 119 final; COM (2001) 773 final; COM (2003) 47 final, SEC (2004) 911 y SEC (2005)1044); y también los informes anuales sobre la igualdad entre mujeres y hombres de 2000, 2001, 2002, 2004 y 2005 (COM (2001) 0179 final; COM (2002) 258 final, COM (2003) 98 final, COM (2004) 115 final y COM (2005) 44 final, de 14 de febrero de 2005.

3. Vid. M. Bustelo Ruesca y E. Lombardo, "Mainstreaming" de género y análisis de los diferentes "marcos interpretativos" de las políticas de igualdad en Europa: el proyecto MAGEEQ", *AequAlitaS (Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres)*, núm. 17, 2005, pp. 15-26; E. Lombardo, "El mainstreaming: la aplicación de la transversalidad en la Unión Europea", *AequAlitaS (Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres)*, núm. 13, 2003, pp. 6-11.

4. Vid. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea un Instituto Europeo de la Igualdad de género (Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 8.3.2005 COM (2005) 81 final).

5. En el ámbito de la igualdad entre hombres y mujeres, se han adoptado nueve directivas y sus respectivas modificaciones/ampliaciones: Directiva 75/117/CEE relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos; Directiva 76/207/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, modificada por la Directiva 2002/73/CE; Directiva 79/7/CEE relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social; Directiva 86/378/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social; Directiva 97/80/CE relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, ampliada por la Directiva 98/52/CE; Directiva 92/85/CEE relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia; Directiva 96/34/CE relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, ampliada por la Directiva 97/75/CE; Directiva 86/613/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad, y, por último la Directiva 2004/113/CE por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

6. Vid. Notas 8, 14 y 102. Del 5 al 9 de junio de 2000, se llevó a cabo un período extraordinario de sesiones de la Asamblea General a fin de hacer una evaluación quinquenal, conocida como Beijing+5, cuyo tema fue «La mujer en el año 2000: igualdad entre los géneros, desarrollo y paz en el siglo XXI», y durante la misma se analizaron los mecanismos para incrementar la responsabilidad de los gobiernos en el cumplimiento del mandato que figura en la Plataforma de Acción, reiterando la necesidad de aplicar de manera completa y rápida dicha Plataforma.

Esta finalidad, de carácter general, de erradicar al máximo cualquier tipo de discriminación debería proyectarse con mayor intensidad para un grupo de mujeres especialmente vulnerables (7). Un colectivo especialmente débil y con unas particularidades lo tienen las mujeres inmigrantes (8). Por ello vamos a examinar si verdaderamente, en las normas relativas a los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, existen o no normas en las que se tenga en cuenta el impacto de género; y, ante su eventual inexistencia, debemos proponer una interpretación flexible de las mismas; además, debemos dar algunas pautas tanto al legislador como al ejecutivo, para la elaboración de una normativa en materia de extranjería en la que se tenga en cuenta y se pueda cumplir lo previsto en los arts. 1 y 2 de la Ley 30/2003 (9).

7. En algunos trabajos se exponen con claridad que las mujeres migrantes se encuentran con unas dificultades añadidas (Vid. S. Parella, Rubio, *Mujer, inmigrante y trabajadora: la triple discriminación*, Anthropos Editorial, 2004). En todo caso, no debemos olvidar que esta triple discriminación puede ser duplicada por razones de raza, lugar de nacimiento y también por la actividad realizada. Amma Darko en alguna monografía ha resaltado que el mayor grado de vulnerabilidad lo está padeciendo la "mujer" "migrante" "trabajadora" "negra" "subsahariana" y "prostituta" (Vid. A. Darko, *Mas allá del horizonte*, traducido por M. García-Vinuesa, Barcelona, El Cobre ediciones, 2003). Como se puede observar la degradación va por escalas y desde luego la mayor debilidad es para el colectivo menos protegido de la sociedad. No en vano la prostitución hoy en día en España esta siendo ejercida en un altísimo porcentaje de mujeres inmigrantes en situación irregular. España se ha convertido bruscamente en un imán para las bandas que trafican con extranjeros destinados a explotarles en el mercado del sexo. De los controles policiales se deduce que tres de cada diez personas dedicadas a la prostitución proceden del Este de Europa y una de África. El resto son latinoamericanas, además de una minoría de españolas. El Instituto Europeo para la Prevención y el Control del Crimen (Heuni, con sede en Helsinki y vinculado a Naciones Unidas) intentó cuantificar el número de personas dedicadas a la prostitución en Europa, en un trabajo cerrado en 2003 y reproducido más recientemente en el informe de un grupo de trabajo del Parlamento Europeo. En ese estudio se asignaba a España entre 45.000 y 300.000 personas dedicadas a la prostitución; la horquilla es similar a la señalada para Alemania, entre 60.000 y 300.000. La aproximación es imprecisa, pero al menos ofrece una indicación clara: tanto si se da por buena la hipótesis más alta como la más baja, la prostitución se mueve en volúmenes semejantes en ambos países, si bien en España hay más en proporción a la población de cada uno de estos países (Vid. J. Prieto, "El nuevo burdel de Europa", *El País*, 26 septiembre 2005). Desde luego el tráfico de mujeres con el fin de explotación sexual se observa en las diversas notas de prensa relativas a datos sobre que la policía desarticula una red de tráfico de mujeres, en una de las últimas aparecida se dice: "las jóvenes vivían en un "estado de semiesclavitud", aunque no se atrevían a denunciar los hechos. Dos de ellas explicaron a los agentes que tenían que hacer frente a una deuda contraída de 45.000 euros" (EFE. 21/01/2006).

8. En el informe presentado por el Secretario General de Naciones Unidas a los Estados miembros denominado "Violence against women migrant worker" de 4 de septiembre de 2001 (A/56/329) se constata que son muy pocos los Estados que han colaborado en esta cuestión. Así, el Secretario General recabó información acerca de la situación de las mujeres migrantes de los respectivos Estados miembros. Únicamente habían contestado quince Estados a fecha 15 de agosto de 2001 (Argelia, Antigua and Barbuda, Costa Rica, El Salvador, Finlandia, Alemania, Georgia, Grecia, Kuwait, Malasia, México, Perú, Filipinas, Federación Rusa y Katar), señalando que las formas de violencia contra la mujer más frecuentes son los abusos, la explotación sexual, el maltrato doméstico, la explotación laboral, la dependencia de la pareja para obtener el permiso de residencia, etc.

9. Vid. Nota 1. Artículo 1. Modificación del artículo 22.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, que quedará redactado de la siguiente forma: "2. El procedimiento de elaboración de proyectos de ley a que se refiere el apartado anterior, se iniciará en el ministerio o ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente anteproyecto, que irá acompañado por la memoria, los estudios o informes sobre la necesidad y oportunidad del mismo, un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo, así como por una memoria económica que contenga la estimación del coste a que dará lugar. En todo caso, los anteproyectos de ley habrán de ser informados por la Secretaría General Técnica". Artículo 2. Modificación del artículo 24.1.b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, con la siguiente redacción: "En todo caso, los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo".

diciembre" (11).

II. LA MUJER EXTRANJERA Y SU TRATAMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. Importancia de la inmigración femenina y ausencia de un régimen específico de carácter global para las mujeres extranjeras

La incorporación del art. 14 CE y su desarrollo no nos permite concluir que todas las diferencias por razones de sexo, raza u origen étnico hayan sido erradicadas del Ordenamiento jurídico

Antes de analizar las disposiciones en las que se hace mención especial a la mujer inmigrante en el Ordenamiento jurídico español debemos hacer dos tipos de reflexiones: de un lado, una de carácter legal; y otra sociológica, para ubicar el estudio en sus justos términos.

En cuanto a la cuestión legal, solamente mencionar el lugar exacto dónde nos encontramos y cuales son las disposiciones actualmente vigentes y que diseñan el estatuto jurídico de los extranjeros extracomunitarios en nuestro país. Tras las múltiples reformas habidas en esta materia podemos a modo de síntesis señalar que dichas disposiciones se hallan todas ellas en una Ley Orgánica y en su reglamento de ejecución. A nivel legal, la normativa se encuentra recogida, en su totalidad, en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (12). Dicha Ley ha sido desarrollada por el nuevo Reglamento de Extranjería, aprobado por el RD 2393/2004, de 30 de diciembre (13). Por ello, todas las

12. Las disposiciones actualmente vigentes se encuentran recogidas en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE, 12-I-2000, pp. 1139-1150; *ibid.*, 24-I-2000, p. 3065) modificadas por tres Leyes Orgánicas posteriores: en primer lugar, por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE, 23-XII-2000; *ibid.*, 23-II-2001, pp. 6991-6992); en segundo término, por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros (BOE, núm. 234, 30-IX-2003, pp. 35398-35404) y, por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (BOE, núm. 279, 21-XI-2003, pp. 41193-41204 (Vid. P. Aguado Navarro y A. Álvarez Rodríguez, *V Curso de iniciación a la práctica de Derecho de Extranjería*, Valladolid, Lex Nova, octubre 2005-mayo 2006; D. Beneyto Calabuig, *Los trabajadores extranjeros: análisis y comentario del nuevo Reglamento de Extranjería de 30 de diciembre de 2004*, Valencia, CISS, 2005; J.A. Caballero Gea, *Asilo. Extranjería. Inmigración. Homologación de títulos extranjeros. Nacionalidad. Síntesis y ordenación de la doctrina de los tribunales. Nuevo Reglamento de extranjería 2393/2004, de 30 de diciembre*, Madrid, Dykinson, 2005; M^a.L. Trinidad García y J. Martín Martín, *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España. Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, Valladolid, Lex Nova, 2005).

13. Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE, 7-I-2005, pp. 485-539; *correc. ibid.*, 1-VI-2005, pp. 18353-18354). Este RD entró en vigor el 7 de febrero de 2005 salvo el art. 45.2.a) que se aplica a partir del 7 de agosto. (CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA)

menciones que hagamos en este trabajo en relación a la Ley Orgánica de extranjería quedan referidas a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, con las sucesivas reformas incluida la última, es decir, la operada por la Ley Orgánica 14/2003, que entró en vigor el 22 de diciembre de 2003.

Por otra parte, debemos tener en cuenta otro factor, el sociológico. Ciertamente vamos a realizar unas matizaciones previas, desde este punto de vista, en concreto, nos referiremos al número de mujeres migrantes tanto a nivel mundial, pasando por un análisis del número existente en España para luego ver el índice de inmigración femenina de Castilla y León.

A nivel internacional, con respecto a los que emigran por motivos económicos, cabe destacar el reciente hecho de la "feminización" del fenómeno, es decir, la creciente presencia en él de la mujer. En efecto, en el pasado, quienes emigraban eran sobre todo los hombres, aunque no faltaban nunca las mujeres; sin embargo, ellas emigraban sobre todo para acompañar a sus respectivos maridos o padres, o para reunirse con ellos donde se encontraban ya. Hoy, aun siendo todavía numerosas esas situaciones, la emigración femenina tiende a ser cada vez más autónoma: la mujer cruza por sí misma los confines de su patria en busca de un empleo en el país de destino. Tomando como referencia un dato proporcionado por la ONU que viene a afirmar que 51% de los inmigrantes internacionales son mujeres. Así, se señala expresamente en el estudio denominado "La mujer y la migración internacional". En este informe, el Departamento de Asuntos Sociales y Económicos de la ONU analiza la situación general de las mujeres que emigran y su repercusión en el desarrollo de sus países de origen. Además, en el mismo estudio se apunta que casi 90 millones de mujeres viven fuera de su país de origen y contrario a lo que sucede con los varones, ellas están cada vez más motivadas ⁽¹⁴⁾.

En cuanto al porcentaje de inmigración femenina actualmente en España podemos decir que aún no ha llegado a tener el impacto que tiene a nivel mundial, pero la metamorfosis de los flujos migratorios hacia la feminización se observa en el balance sobre el proceso de normalización finalizado el 7 de mayo de 2005 ⁽¹⁵⁾; aunque, en todo caso, las estadísticas publicadas oficialmente afirman "que según sexo, el

(CONTINUACIÓN. 13) Entre los comentarios al último reglamento de extranjería: Vid. M^a.B. Fernández Collados y M. Cardenal Carro, "Novedades introducidas por el nuevo Reglamento en el régimen de entrada, permanencia, trabajo y salida de los extranjeros", *Actualidad Jurídica Aranzadi Social*, año XV, núm. 659, 3 de marzo de 2005, pp. 1-7; J. Martín Martín, "Análisis de las principales novedades del actual Reglamento de extranjería", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 9, julio 2005, pp. 87-131; M^a.L. Martínez Alarcón, "El nuevo Reglamento de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Principales novedades", *Actualidad Administrativa*, núm. 6, 2^a quincena de marzo de 2005, pp. 644-653; M^a.L. Trinidad García, "Residencia temporal por circunstancias excepcionales: el arraigo laboral y social", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 9, julio 2005, pp. 133-158.

14. Vid. Naciones Unidas, "Estudio Mundial sobre el Papel de la Mujer en el Desarrollo. Informe del Secretario General. Adición: La mujer y la migración internacional", Asamblea General, Quincuagésimo noveno período de sesiones. Tema 89 b) del programa. Erradicación de la pobreza y otras cuestiones de desarrollo: la mujer en el desarrollo, 30 de septiembre de 2004, pp. 1-100.

54,13% de los extranjeros con tarjeta o autorización de residencia en vigor el 30 de septiembre de 2005 eran varones y el 45,87% mujeres. Ciertamente, los varones eran mayoría en casi todas las comunidades autónomas con la excepción de Melilla, Asturias, Ceuta, Galicia y Cantabria, en las que más del cincuenta por ciento eran mujeres. Según sexo por continente, sólo en el colectivo iberoamericano eran mayoritarias las mujeres, mientras que en los colectivos nacionales con más de diez mil personas con tarjeta o autorización de residencia en vigor eran mayoría las mujeres en el caso de Brasil (68,43%), Rusia, República Dominicana, Venezuela, Colombia, Filipinas, Bolivia, Cuba, Suecia, Perú, Suiza, Ucrania, Ecuador, Bélgica, Francia y Alemania. Por el contrario, sólo el 32,61% de los africanos eran mujeres, y la mayoría de varones resulta muy patente en los nacionales de Pakistán (86,62%) y Senegal (81,88%) (16).

A la hora de analizar las normas de extranjería y la referencia que en ellas se hace a la mujer inmigrante, compartimos con la magistrada del Tribunal Constitucional Profa. Dña. Elisa Pérez Vera, que las mujeres inmigrantes sufren una doble discriminación, por el hecho de que llegan a un país nuevo y por el de ser mujer, ya que las leyes españolas en materia de inmigración están pensadas para un "estereotipo de inmigrante varón" (17). Es más, en todo caso, cuando se toma en consideración el género tan sólo es para hacer una especial referencia de la mujer migrante, en su papel de esposa o como madre, o como ambas cosas simultáneamente (18). Ahora bien, en estos momentos, la mujer emigrante en muchos casos se ha convertido en la principal fuente de ingresos para su familia. "En efecto, la presencia femenina se da sobre todo en los sectores que ofrecen salarios bajos. Por eso, si los trabajadores emigrantes son particularmente vulnerables, entre ellos las mujeres lo son más aún. Los ámbitos de empleo más frecuentes para las mujeres son, además de los quehaceres domésticos, la asistencia a los ancianos, la atención a las personas enfermas y los servicios rela-

15. En el balance hecho el 22 de diciembre de 2005, mujeres que han sido autorizadas y han sido dadas de alta en la Seguridad Social se elevan a un total de 242.145 de un total de 548.720 lo que supone un 44,13 del total (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Balance del proceso de normalización de trabajadores extranjeros. Altas en la Seguridad Social a 23 de diciembre de 2005, p. 9). Y en la comunidad de Castilla y León las altas ascienden a un total de 9.662 personas, de las cuales 5.183 son hombres (53,62%) y 4.480 son mujeres (46,37%) (*ibid.*, p. 9).

16. *Vid. Extranjeros con tarjeta o autorización de residencia en vigor a 30 de septiembre de 2005* (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría de Estado para la Inmigración y la Emigración, Observatorio Permanente para la Inmigración, Madrid, 3 de octubre 2005, p. 5).

17. Conferencia de la Profa. E. Pérez Vera, sobre "La doble discriminación de la mujer inmigrante" impartida en el seminario sobre "Integración social y derechos de los extranjeros" organizado por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (UIMP). La magistrada del Tribunal Constitucional indicó, que una vez que llegan a España estas mujeres el problema es que muchas veces las leyes están pensando en ese estereotipo de inmigrante varón que, además, realiza una actividad fuera del hogar y que no es acorde con la situación que se encuentran las mujeres. En dicha intervención también resaltó que "lo que se encuentra muchas veces la mujer inmigrante es el trabajo dentro del servicio doméstico" un ámbito en el que "se arrastran también una serie de discriminaciones" y que se acentúan además en los supuestos en los que "la única salida" que encuentran es la de la prostitución "que ya de por sí implica discriminación para las españolas y aún más para las inmigrantes" (Europa Press, 4 de septiembre de 2003).

18. Algunas autoras, piensan que la actual Ley de Extranjería no contempla las especificidades de las mujeres y relega el papel de las inmigrantes a ser madres y esposas (Cf. R. Sipi y M. Araya, *Mujeres Inmigrantes*, Barcelona, Institut Català de la Dona (ICD) de la Generalitat, octubre 2005).

cionados con el hospedaje en hoteles. No se puede por menos de mencionar, en este contexto, el tráfico de seres humanos, sobre todo de mujeres, que prospera donde son escasas las oportunidades de mejorar la propia condición de vida, o simplemente de sobrevivir. En algunos casos, hay mujeres generalmente muy jóvenes que son destinadas a ser explotadas, en el trabajo, casi como esclavas, y a veces incluso en la industria del sexo" (19).

España debe replantearse la importancia de los flujos migratorios de las mujeres, pues la mayoría de las mujeres extranjeras que han llegado a España permanecerá entre nosotros durante un periodo de tiempo prolongado. Por lo que ha llegado el momento de favorecer su inclusión social, así como la de sus familias (20). Ciertamente, desde la Administración, se advierte que el número de extranjeros que inmigran a España cada vez presenta menos diferencia en cuanto al género, ahora bien, por el momento la invisibilidad de la mujer sigue siendo una constante (21). Además, como se ha señalado, "Si los extranjeros deben padecer los efectos de una legislación orientada más sobre la base de formulaciones negativas, cuya única finalidad es evitar nuevos flujos y permeabilizar las fronteras antes que sobre la base de la solidaridad y la integración, las mujeres, en tanto que extranjeras padecen una mayor discriminación como consecuencia de estereotipos desvalorizados arraigados en la sociedad de acogida y en las severas normas en torno a la reagrupación familiar" (22). Por ello, debemos tratar de recoger en nuestra legislación en favor del trato justo para todos los trabajadores migrantes con reconocimiento de sus derechos iguales, y en relación a la mujer emigrante siempre debe ser respetada su feminidad.

19. Cf. Mensaje del Santo Padre Benedicto XVI para la XCII Jornada mundial del emigrante y el refugiado (15 de enero de 2006), "Migraciones: signo de los tiempos", Vaticano, 18 de octubre de 2005. Sobre las nuevas formas de esclavitud: Vid. Cl. De Castro Sánchez, "Nuevas formas de esclavitud: mujeres inmigrantes y trabajo doméstico. Comentario de la Sentencia del TEDH, Siliadin c. Francia, de 26 de julio de 2005", *Revista General de Derecho europeo*, núm. 8, octubre de 2005.

20. La idea clave de que "visibilizar" a las mujeres es "visibilizar" los abusos que se cometen contra ellas, y considera esencial promover los registros, diagnósticos y estudios porque "la situación de la mujer sólo puede ser susceptible de identificación y mejora si se dispone de datos estadísticos desglosados y de otros tipos de información. Esa información dista mucho de ser una realidad en el caso de los grupos vulnerables, como las mujeres víctimas de violencia (doméstica o ejercida por su país de origen, por ejemplo). Una consecuencia de esa falta de información cualitativa y cuantitativa es la pérdida de eficacia de los programas de ejecución (Cf. Amnistía Internacional, Sección Española, "Mujeres invisibles, abusos impunes". Mujeres migrantes indocumentadas en España ante la violencia de género en el ámbito familiar, julio 2003, p. 9).

21. Cf. T.L. Vicente, "La importancia de los flujos migratorios de mujeres", *Migraciones. Observación y análisis de tendencias contemporáneas, Conferencia internacional*, celebrada en Bilbao del 31 al 2 de junio, Observatorio Vasco de la Inmigración, p. 9.

22. Cf. M^a.H. Bedoya, "Mujer extranjera: una doble exclusión. Influencia de la ley de extranjería sobre las mujeres inmigrantes", *Papers*, 60, 2000, 242-256.

2. Preceptos de la ley y del reglamento de extranjería vigente en los que la mujer inmigrante es destinataria o beneficiaria de los mismos

A) Protección de la mujer inmigrante embarazada

a) Asistencia sanitaria: art. 12. LOEx

Entre los derechos previstos para los extranjeros en España, se recoge la asistencia sanitaria, según el art. 12.1 el extranjero debe hallarse empadronado, ahora bien, si se trata de una extranjera embarazada nuestro Ordenamiento no impone ni que se encuentre legalmente en España ni tan siquiera el empadronamiento. En este sentido, debemos retener lo previsto en el párrafo 4 del art. 12 de la LOEx, que establece:

"Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto" ⁽²³⁾.

Interesa resaltar el término "que se encuentren" en España. El tenor literal viene a avalar que es suficiente para aplicar el precepto que la mujer extranjera embarazada se halle físicamente en territorio español, el ámbito de aplicación de esta norma queda bien claro que no está subordinado a una situación de regularidad administrativa. La única cuestión que se podría plantear queda referida al supuesto de las mujeres encontradas en las costas españolas con relación si verdaderamente se ha accedido al territorio. Se puede ver la cuestión con relación a las inmigrantes que son recogidas tras haber zozobrado la embarcación en la que venían con intención de entrar en nuestro país ⁽²⁴⁾. Desde luego, el tema no es de Derecho de extranjería sino de Derecho internacional público, pero las normas relativas al Derecho del mar nos permiten decir que el mar territorial es territorio perteneciente a España, es más, hasta las doce millas estaríamos ante suelo de soberanía española.

b) Medidas especiales para la mujer embarazada en los procedimientos de expulsión o de devolución

En las normas relativas a las sanciones por incumplimiento de las normas de extranjería nos encontramos que si bien la multa es la sanción de base, en numerosos supuestos, es posible la imposición de una expulsión; y, en caso de no haber entrado con prohibición de entrada o por lugar no habilitado se puede proceder a una devolución. Obviamente, en estos supuestos la mujer inmigrante aparece especialmente protegida si va a ser madre. Podemos referirnos a dos disposiciones legales que

23. Nota 12. Este precepto no ha sido objeto de modificación, por tanto, el art. 12 está redactado de conformidad a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

24. Cf. M.A. Asín Cabrera, "Una variable singular de extranjería en España: La situación y protección jurídica de las mujeres inmigrantes embarazadas y de los nacidos en territorio español", *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 18, noviembre 2001, pp. 79-97.

cuentan con sendos preceptos de desarrollo en el nuevo Reglamento de Extranjería, aprobado por el RD 2393/2004, de 30 de diciembre ⁽²⁵⁾.

En concreto, el art. 57.6 LOEx dispone que:

"Tampoco podrán ser expulsados... ni las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre".

Por su parte el párrafo 3 del art. 58, de la LOEx para el supuesto de devolución prevé que:

"Tampoco podrán ser devueltas las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre".

Estas dos disposiciones han sido desarrolladas en los arts. 141.9 apartado 2 y 157. RELOEx. La primera de estas disposiciones prevé que:

"Igualmente, se suspenderá la ejecución de la expulsión en los casos de mujeres embarazadas cuando suponga un riesgo para la gestación o para la vida o la integridad física de la madre".

Y, por su parte el art. 157.6 del RELOEx en el que se establece actualmente que:

"Aún cuando se haya adoptado una orden de devolución, esta no podrá llevarse a cabo y quedará en suspenso su ejecución cuando: a) Se trate de mujeres embarazadas y la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre" ⁽²⁶⁾.

25. *Vid.* Nota 13.

26. El tenor literal es una copia del art. 138.4.a) RD 864/2001 en el que se establecía la suspensión de la ejecución de la devolución. en estos términos: "Aun cuando se haya adoptado orden de devolución, ésta no podrá llevarse a cabo, quedando en suspenso su ejecución, cuando: a) Se trate de mujeres embarazadas y la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre".

3. Especialidades en el régimen jurídico de las inmigrantes

A) Reagrupación familiar y violencia doméstica

La reagrupación familiar se recoge en la actualidad en cuatro preceptos, en concreto los arts. 16 a 19 LOEx. Esta reagrupación tan sólo se reconoce como un derecho del residente, no del familiar reagrupable. En el actual art. 19.1 LOEx aparece una norma específica sobre violencia doméstica al prever los efectos de la reagrupación familiar en circunstancia especiales. Esta disposición establece que:

"El cónyuge reagrupado podrá obtener una autorización de residencia independiente cuando obtenga una autorización para trabajar. En caso de que el cónyuge fuera víctima de violencia doméstica, podrá obtener la autorización de residencia independiente desde el momento en que se hubiera dictado una orden de protección a favor de la misma" (27).

Este precepto fue introducido en la redacción dada por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre. De todas formas, la incorporación de este texto no parte del Proyecto de Ley de reforma enviado por el Gobierno al Congreso de los Diputados, sino que se trata de un texto propuesto por la oposición. En concreto, se debe a la aceptación de la Enmienda núm. 137 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista que solicitaba la adicción del siguiente texto:

".... En caso de que el cónyuge fuera víctima de violencia doméstica, podrá obtener la autorización de residencia independiente desde el momento en que se hubiera dictado una orden de protección a favor de la misma" (28).

Dicha petición se argumentaba con la siguiente justificación

"Resulta imprescindible introducir la posibilidad de que el cónyuge pueda obtener un permiso de residencia independiente cuando se ponga de manifiesto la existencia de malos tratos. De no aceptarse la propuesta podría darse lugar a situaciones aberrantes en las que una víctima de malos tratos no podría denunciar los malos tratos y solicitar su separación sin que ésta conllevara la revocación de su permiso de residencia" (29).

El art. 19.1 LOEx ha sido reiterado en el art. 41 RELOEx al establecer que:

"1. El cónyuge reagrupado podrá obtener una autorización de residencia temporal, independiente de la del reagrupante, cuando obtenga la corres-

27. BOE, núm. 234, 30-IX-2003, pp. 35398-35404.

28. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 160-5, 17 de septiembre de 2003, p. 82.

29. *Ibid.* Cf. A. Álvarez Rodríguez, "La reagrupación familiar. Residencia no laboral.", *IV Curso de iniciación a la Práctica de Derecho de extranjería*, Valladolid, Lex Nova, enero 2005, pp. 345-422.

pondiente autorización para trabajar. En todo caso, el cónyuge reagrupado que no se encuentre separado, podrá solicitar una autorización de residencia independiente cuando haya residido en España durante cinco años.

2. Asimismo, el cónyuge reagrupado podrá obtener una autorización de residencia temporal independiente cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:

- a) Cuando se rompa el vínculo conyugal que dio origen a la situación de residencia, por separación de derecho o divorcio, siempre y cuando acredite la convivencia en España con el cónyuge reagrupante durante al menos dos años.
- b) Cuando fuera víctima de violencia de género, una vez dictada a su favor una orden judicial de protección" (30).

Ciertamente, no hace referencia expresa a la mujer inmigrante, sin embargo, debemos tener en cuenta que con este precepto se cumple con el mandato de la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica (31) que en su Exposición de Motivos apunta que:

"La violencia ejercida en el entorno familiar y, en particular, la violencia de género constituye un grave problema de nuestra sociedad que exige una respuesta global y coordinada por parte de todos los poderes públicos. La situación que originan estas formas de violencia trasciende el ámbito meramente doméstico para convertirse en una lacra que afecta e involucra a toda la ciudadanía. Resulta imprescindible por ello arbitrar nuevos y más eficaces instrumentos jurídicos, bien articulados técnicamente, que atajen desde el inicio cualquier conducta que en el futuro pueda degenerar en hechos aún más graves. Es necesaria, en suma, una acción integral y coordinada que aúne tanto las medidas cautelares penales sobre el agresor, esto es, aquellas orientadas a impedir la realización de nuevos actos violentos, como las medidas protectoras de índole civil y social que eviten el desamparo de las víctimas de la violencia doméstica y den respuesta a su situación de especial vulnerabilidad.

...La orden judicial de protección supondrá, a su vez, que las distintas Administraciones públicas, estatal, autonómica y local, activen inmediatamen-

30. BOE, 7-I-2005, pp. 485-539; correc. *ibíd.*, 1-VI-2005, pp. 18353-18354. Vid. E. López Barba, "El ejercicio del derecho a la reagrupación familiar en el Real Decreto 2393/2004", C. Sánchez-Rodas Navarro C. (Dir.) y C. Alonso Burón (Coord.): *Aspectos puntuales del nuevo Reglamento de Extranjería*, Murcia, Ed. Laborum, 2005, pp. 167-203; A. Quirós Fons, "Derecho a la reagrupación familiar", M^a.A. Sánchez Jiménez (Coord), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y Formularios)*, Murcia, Diego Marín Librero Editor, 2005, pp. 199-226.

31. RCL 2003, núm. 1994.

te los instrumentos de protección social establecidos en sus respectivos sistemas jurídicos. En ello consiste, precisamente, su elemento más innovador" (32).

Normalmente, muchas de las mujeres inmigrantes vienen por reagrupación familiar. Estas se reúnen de nuevo con sus maridos y se traen con ellas a sus hijos. A su llegada a España, un tema que preocupa, acerca de la autorización de residencia conseguida por la inmigrante como reagrupada, no es sólo esa dependencia de carácter administrativo vinculada a su marido reagrupante, sino sobre todo, por la práctica imposibilidad de lograr su propia independencia económica ya que la legislación española no permite la posibilidad de trabajar a los reagrupados hasta que no consiguen una autorización para trabajar, lo que viene a decirnos que se les prohíbe trabajar cuando llegan a España por esta vía (33).

En todo caso, era necesario incorporar una norma específica para conseguir que el reagrupado dejara de estar vinculado a la dependencia del reagrupante para conseguir la autorización de residencia, hecho que se logra con la LO 14/2003, pero que en realidad respondía a unos hechos claros (34). El Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) se ha hecho eco, de la importancia en relación a la población inmigrante femenina, al poner de manifiesto, que el cuarenta por ciento de las solicitantes de protección contra la violencia doméstica son extranjeras. En concreto, "en Madrid, desde la entrada en vigor de la Ley, entre diez y quince mujeres de media diaria habían solicitado la orden de protección, de las cuales entre el 40 y el 50 por ciento eran extranjeras". Según el CGPJ "esta acogida entre las ciudadanas extranjeras del nuevo instrumento supone un éxito de la orden de protección, ya que demuestra que su existencia ha calado en un estrato de la población, como son los inmigrantes, a los que es más difícil que llegue la acción de la justicia" (35).

32. Cf. B. Saura Alberdi, "Aspectos civiles de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica", *La Ley*, núm. 5925, 2 de enero de 2004.

33. Esta denuncia se incluye en un cuaderno escrito por la guineana Remei Sipi y la uruguaya Mariel Araya por encargo del Institut Català de la Dona (ICD) de la Generalitat, con el título '*Mujeres Inmigrantes*'; el libro realiza una radiografía sobre este colectivo. En esta monografía se afirma que "cuando la mujer inmigrante llega a España debe pasar un año hasta que la ley le permite pedir un permiso laboral, cuya tramitación puede durar nueve meses, y empezar a trabajar.

34. Amnistía Internacional muestra su preocupación porque de las 55 mujeres asesinadas (hasta el 15 de noviembre de 2005), según datos ofrecidos por los medios de comunicación, más del 30% son extranjeras. Las inmigrantes indocumentadas víctimas de violencia son invisibles para la administración, porque no existen datos, sobre la situación administrativa de las asesinadas, de cuantas inmigrantes indocumentadas han presentado denuncia, si han recibido orden de protección o han obtenido una sentencia favorable. No hay que olvidar, que según el Consejo General del Poder Judicial (estadísticas de octubre del 2005), el 24 por ciento de las órdenes de protección solicitadas son denegadas (Amnistía Internacional, *Inmigrantes indocumentadas: ¿hasta cuándo sin protección frente a la violencia de género?*, Madrid, 24 noviembre de 2005, ([http://www.es.amnesty.org/cms/index.php?&cid=12&no_cache=1&tx_ttnews\[tt_news\]=359&tx_ttnews\[backPid\]=10](http://www.es.amnesty.org/cms/index.php?&cid=12&no_cache=1&tx_ttnews[tt_news]=359&tx_ttnews[backPid]=10)).

35. *Europa Press*, 27 de agosto de 2003. En la actualidad, se debe tener en cuenta que "la proporción de mujeres extranjeras víctimas de la violencia doméstica no para de crecer. Si en el 2000 significaban el 15% del total, cinco años más tarde hasta un tercio de las fallecidas no son españolas. Según datos del Instituto de la Mujer, 62 mujeres perdieron la vida en el 2005 a manos de su pareja o ex pareja...". "En el 2004, la tasa de víctimas por millón de mujeres ya era seis veces más alta entre las extranjeras que entre las españolas (13,61 frente a 2,59). De las mujeres extranjeras asesinadas por sus parejas o ex parejas, un 35% procedían de Latinoamérica y otro 30% pertenecían a la Unión Europea, mientras que dos de cada diez eran africanas" (*La Vanguardia*, 3 de enero de 2006).

La incidencia de violencia de género y la vulnerabilidad de las inmigrantes se debe fundamentalmente, como hemos dicho, a la de dependencia de la autorización de residencia del marido, y en otras ocasiones de su pareja de nacionalidad española o extranjero residente, lo que provoca una actuación especial de las autoridades españolas. Ciertamente, se toma en consideración, que para poner fin a la complejidad y gravedad del fenómeno de la violencia de género y doméstica en nuestro país, el legislador a través de sucesivas reformas legales, realizadas en los últimos años, fundamentalmente mediante la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género que entró en vigor en su totalidad el día 29 de junio de 2005 ⁽³⁶⁾. En concreto, el art. 17 de esta Ley garantiza los derechos reconocidos en ella a todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Las mujeres inmigrantes con permiso de residencia independiente, o dependiente a la hora de pedir protección gozan de un tratamiento similar a la de la víctima de nacionalidad española. Ahora bien, no está tan claro cuál es la situación de las mujeres inmigrantes en situación irregular que denuncian ser víctimas de violencia doméstica. Estas mujeres al carecer de autorización de residencia están cometiendo una infracción de las previstas en el art. 53.1.a) LOEx, que puede incluso ser sancionada con la expulsión. Obviamente, las mujeres inmigrantes irregulares, por miedo de ser expulsadas del territorio español, se ven obligadas a soportar a su agresor.

Para poner fin a esta situación, la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio de Interior aprobó la Instrucción 14/2005, de 29 de julio, sobre actuación de dependencias policiales en relación con mujeres extranjeras víctimas de violencia doméstica o de género en situación administrativa irregular ⁽³⁷⁾. En esta Instrucción se prevén las actuaciones que deben desarrollar los agentes de las Fuerzas de Seguridad ante un caso de violencia de género en el que la víctima sea extranjera en situación irregular. En esta Instrucción se menciona claramente que el funcionario policial debe dar cumplimiento a lo dispuesto en Ley Orgánica de protección integral pero en todo caso debe cumplir con la normativa de extranjería. Desde luego, este mandato conlleva la apertura de procedimiento sancionador en los supuestos de estancia irregular. La existencia real o simplemente presunta de esta forma de actuar implica la poca sensibilidad por la eliminación de la violencia de género en un país como España. Ahora bien, la citada Instrucción señala que:

“impone la necesidad de conjugar los intereses protegidos por el legislador en ambos casos y, a la vez, dar cumplimiento a lo establecido en las cita-

36. *BOE*, 29-XII-2004; corrección de errores (*Ibid*, 12-IV-2005). Para su desarrollo se ha dictado el Real Decreto 1452/2005, de 2 de diciembre, por el que se regula la ayuda económica establecida en el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (*BOE*, 17-XII-2005, pp. 41341-41344). En todo caso debe tenerse en cuenta que Contra esta Ley recientemente ha sido presentada una cuestión de inconstitucionalidad por considerarla discriminatoria: Cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Instrucción núm. 24 de Madrid, de 16 de diciembre 2005. Ponente: Velasco Núñez, Eloy (*La Ley*, núm. 6399, 13 de enero de 2006).

37. *Vid.* Anexo Legislativo.

das disposiciones legales, cuando comparezcan ante las dependencias policiales mujeres extranjeras para denunciar haber sufrido actos de violencia de género y, como consecuencia de su identificación por el funcionario policial que las asista, se ponga de manifiesto su situación irregular en nuestro país. Es obvio que, en estas situaciones, el interés prioritario e inmediato que ha de ser atendido por el funcionario policial no es otro que el de proporcionar a la víctima la asistencia y protección que pueda demandar o necesitar, así como informarle de sus derechos y tramitar las diligencias policiales a la autoridad judicial -entre las cuales se incorporará la solicitud de orden de protección que se formule-, poniendo un especial cuidado en informarle de forma clara y accesible de su derecho a solicitar la autorización de residencia temporal, tan pronto como le sea concedida la medida judicial de protección”.

Del tenor literal transcrito podemos deducir que, la Instrucción 14/2005, ordena a los agentes policiales que, una vez realizadas las actuaciones dirigidas a informar y atender a la víctima de violencia de género, averiguen la situación administrativa en la que se encuentra, y en caso de que su situación sea “irregular” inicien las actuaciones que pueden derivar en una sanción administrativa o incluso en un expediente de expulsión. Ahora bien, existe también la obligación de informar a estas mujeres sobre las vías previstas para suspender al procedimiento de expulsión y obtener un permiso de residencia por motivos excepcionales. En todo caso, como se señala en el Informe de Amnistía Internacional sobre Inmigrantes indocumentadas: ¿hasta cuándo sin protección frente a la violencia de género?. Desde luego, debe tenerse presente que esta vía de regularización requiere que la mujer interponga una denuncia, solicite y obtenga una orden de protección, y una sentencia positiva que condene al agresor. En dicho informe se hace especial mención a que “con esta medida el Estado español ha subordinado los derechos humanos de las mujeres víctimas de tales abusos a sus políticas de control migratorio, condición que sin duda agravará la invisibilidad, la desprotección y la vulnerabilidad de este sector”. Además, se añade que las mujeres inmigrantes indocumentadas, han percibido en muchos casos a las instituciones policiales con desconfianza y miedo. “Esta medida lo que provocará es que sean más reacias a pedir protección, y por tanto sean más invisibles de cara a la administración” (38).

Por tanto, con esta Instrucción se ha logrado que las mujeres inmigrantes irregulares sean las más vulnerables y las más desatendidas. Las extranjeras indocumentadas víctimas de violencia de género se encuentran expuestas a distinciones arbitrarias, dificultando que este colectivo presente denuncias contra sus agresores. Además, se las excluye del acceso a ayudas económicas por carecer de permiso de residencia; se las deniega el acceso a las plazas de los centros de acogida y se las envía a recur-

38. Amnistía Internacional, *Inmigrantes indocumentadas: “¿Hasta cuándo sin protección frente a la violencia de género?”*, op. cit..

sos sociales no especializados en violencia de género. En definitiva, siguiendo el Informe de Amnistía Internacional “el Estado no cumple con su obligación de proteger los derechos humanos de todas las mujeres víctimas de violencia de género”, y contribuye a la discriminación de aquellas que están en una situación de “irregularidad” (39). Por esta misma razón, la Comisión Mixta de Derechos de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades adoptó el acuerdo de enviar a la Mesa del Congreso la Proposición no de Ley relativa a mujeres inmigrantes víctimas de violencia doméstica presentada por el Grupo Parlamentario Mixto (40). En esta Proposición se solicita expresamente que:

“El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a:
Revisar la instrucción número 14/2005 de la Secretaría de Estado de Seguridad, de manera que se eliminen aquellas directrices de actuación que además de discriminatoria con las mujeres inmigrantes, pueden impedir que aquellas que están en situación de irregularidad no denuncien situaciones de violencia de género, violencia doméstica, por temor a ser expulsadas.

Que en la mencionada instrucción, y en lo que puede estar relacionado con denuncias de violencia que no sean veraces, se actúe de manera sancionadora solamente en los casos que fehacientemente se constate la falsedad de la denuncia”.

En definitiva, como se pone de manifiesto por parte de la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, al establecer los criterios básicos ante la violencia de género se tiene presente que:

“En el caso de las mujeres inmigrantes, creemos que cualquier norma contra la violencia sexista, también por tanto la Ley integral, debe contemplar su realidad y establecer políticas específicas dirigidas a este colectivo.
Nuestra propuesta es que al menos se contemple:

39. En todo caso, cabe recordar, como hace Amnistía Internacional, que el Gobierno español debería realizar las siguientes acciones: en primer lugar, eliminar los obstáculos que impiden a las inmigrantes indocumentadas contar con la plena protección de los derechos humanos ante la violencia de género; en segundo lugar, retirar la Instrucción 14/2005 de la Secretaría de Estado de Seguridad y la sustituya por otra que garantice la protección efectiva de los derechos humanos de todas las personas, sin discriminación alguna en función de circunstancias como la situación administrativa de residencia; y que no se realicen actuaciones sistemáticas de control y sanción de las infracciones de la Ley de extranjería cuando asistan a una víctima de violencia de género; en tercer lugar, asegurar que el principio de no discriminación enunciado en la Ley Integral sea una realidad y todas las mujeres, con independencia de su situación administrativa, accedan a todos los recursos y ayudas económicas previstos para las víctimas”. Tampoco debemos olvidar las recomendaciones de Amnistía Internacional a los gobiernos autonómicos y locales, en concreto se pide, por un lado, la modificación de la naturaleza jurídica de las ayudas económicas destinadas a las víctimas de violencia de género, de modo que prevalezca únicamente la condición de ser víctima en situación de dependencia económica, para recibir dicha ayuda; y por otro que eliminen cualquier normativa o práctica discriminatoria que impida el acceso a un centro o recurso especializado a una víctima, cualquiera que sea su situación administrativa (Amnistía Internacional, *Inmigrantes indocumentadas: “¿Hasta cuándo sin protección frente a la violencia de género?”*, op. cit. p. 19).

40. BOCG. Sección Cortes Generales, VIII Legislatura, Serie A, núm. 208, de 2 diciembre 2005, p. 2.

a) Explicitar en la ley integral que incluye a todas las mujeres, también a las migrantes. Hacer constar la especial vulnerabilidad de las mujeres inmigrantes ante todo tipo de abusos contra los derechos humanos, y en concreto ante la violencia por parte de su pareja, en particular la de las mujeres indocumentadas.

b) Que el maltrato sea motivo de regularización especial extensible a toda inmigrante que lo sufra y no reservado exclusivamente a las que han venido por la vía de "reagrupación familiar" como contempla la norma actual.

c) Poner en marcha medidas legales que garanticen el disfrute de los derechos contemplados en la ley y el acceso a los recursos, a toda mujer maltratada con independencia de su situación administrativa" (41).

B) Reagrupación fam

La situación de los ascendientes progenitores extracomunitarios de un menor español ha sido abordada recientemente por la STS (Sala 3^a. Sección 5^a) de 26 de enero de 2005 (42). En el caso resuelto nos encontramos ante un supuesto de anulación de la expulsión de una brasileña para evitar que se la separase de su hijo menor español. La recurrente impugnó la resolución del Sr. Subdelegado del Gobierno en Burgos que decretó su expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada en España por un periodo de tres años, obligándole con ello a separarse de su hijo, de nacionalidad española, nacido dos años antes. Esta decisión administrativa fue confirmada, por la Sent. Trib. Just. de Castilla y León, Burgos (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única) de 19 de enero de 2001, en la que se afirma que:

"Circunstancia de *convivencia a expensas del español que no se da* en el presente caso, ya que estamos hablando de *un hijo menor de edad* de la recurrente siendo la mera circunstancia del *nacimiento en España* de aquel hijo *no atribuye al nacido la nacionalidad española* de no concurrir las circunstancias exigidas por el artículo 17 del Código Civil, carga de la prueba que corresponde a la ahora demandante, de acuerdo al artículo 1124 de dicho Código Civil, y que no ha verificado, por lo que procede la desestimación íntegra del presente recurso" (43).

La orden de expulsión acordada contra esta ciudadana brasileña provocaría la separación de su hijo, violando así los preceptos constitucionales reguladores de la protec-

41. Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, *Criterios básicos de la Asociación pro Derechos Humanos de Andalucía ante la violencia de género* (<http://www.apha.org>).

42. *La Ley*, núm. 6214, 21 de marzo de 2005; *Actualidad Administrativa*, núm. 7, 1^a quincena de abril de 2005, Ref. @ núm. 6; RAJ, 2005, núm. 1520.

43. *JUR*, 2001/72447.

ción a la familia y a la infancia. La recurrente compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, al tiempo que formuló el escrito de interposición del recurso de casación basándose fundamentalmente la "Infracción de los artículos 17 y 22 del Código Civil y concordantes".

Dichos argumentos han sido tenidos en cuenta en la STS (Sala 3^a. Sección 5^a) de 26 de enero de 2005 al apuntar que:

"La Sala de instancia se equivoca cuando dice que "estamos hablando de un hijo menor de edad de la recurrente, siendo la mera circunstancia del nacimiento en España de aquel hijo no atribuye al nacido la nacionalidad española de no concurrir las circunstancias exigidas por el artículo 17 del Código Civil, carga de la prueba que corresponde a la ahora demandante, de acuerdo al artículo 1124 de dicho Código Civil" (44).

La base de esta decisión se encuentra claramente, en el hecho de que el hijo tiene la nacionalidad española por el hecho de haber nacido en España. Ello se acredita mediante la presentación de la certificación de nacimiento del menor –hijo de la recurrente- en la que consta una anotación marginal que dice literalmente así:

"En virtud de auto de fecha 14 de septiembre de 1999 dictada en expediente administrativo n.º 41.07A/99, tramitado en el Registro Civil de Madrid, se ha declarado con valor de simple presunción la nacionalidad española de origen del menor inscrito, al amparo del artículo 17.c) del Código Civil (...)".

Desde luego, esta afirmación es totalmente válida pues el caso de los nacidos en España de progenitores brasileños fue analizado por primera vez en la Res. DGRN 2^a de 28 de abril de 2000 en la que llega a concluir que:

"De acuerdo con el conocimiento adquirido de la legislación brasileña aplicable, se ha puesto de relieve que el hijo de brasileños nacido fuera de Brasil no adquiere automáticamente la nacionalidad brasileña, porque es un requisito imprescindible que alguno de los padres solicite la inscripción en el Registro Civil brasileño correspondiente durante la minoría de edad del hijo. Este requisito, mantenido por la actual Constitución Brasileña de 1988, es imprescindible -y no hay que calificarlo como meramente formal- para la adquisición de la nacionalidad brasileña. Consiguientemente el nacido en España en estas condiciones es español de origen por aplicación del artículo 17 del Código Civil. Aunque todavía pueda el hijo adquirir iure sanguinis la nacionalidad brasileña esta adquisición no ha de producir el efecto de que desaparezca la nacionalidad española de origen del interesado, pues ello supondría crear una forma de pérdida no prevista por el legislador español,

44. Vid. Nota 42.

que pretende por el contrario que, quienes de otro modo fueran apátridas, sean españoles *iure soli* y desde su nacimiento, por aplicación del principio del *favor nationalitatis* (45).

En consecuencia, ni la Administración ni los Tribunales de Justicia pueden, mientras no existan pruebas en contrario, dudar de la nacionalidad española de origen del nacido en España de una progenitora brasileña. La existencia de ese hijo español es fundamental para la resolución del recurso de casación examinado en la STS (Sala 3^a. Sección 5^a) de 26 de enero de 2005, si se tienen en cuenta las siguientes ideas:

1.^a La Constitución Española establece como principios rectores de la política social el de la protección social, económica y jurídica de la familia (artículo 39.1), así como el de la protección integral no sólo de los hijos, sino también de las madres (art. 39.2).

En consecuencia con ello, el artículo 11.2 de la Ley 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, dispone que serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos los siguientes: a) La supremacía del interés del menor; b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su interés, y c) Su integración familiar y social.

Así pues, puede decirse que, aunque no esté literalmente dicho en las normas (aunque sí lo está en su espíritu), el primer derecho del hijo menor de edad es estar, crecer, criarse y educarse con su madre. Se trata de un derecho derivado de la propia naturaleza, y, por lo tanto, más fuerte y primario que cualquier otro derecho de configuración legal.

2.^a El ordenamiento jurídico español no permite la expulsión del territorio nacional de ciudadanos españoles.

3.^a La orden de expulsión de la madre, que aquí se recurre, o bien es también una orden implícita de expulsión de su hijo menor, que es español (lo que infringe el citado principio de no expulsión de los nacionales) o bien es una orden de desmembración cierta de la familia, pues la expulsión decretada provoca ineludiblemente la separación del hijo y de la madre, (lo que viola los preceptos que hemos citado de protección a la familia y a los menores" (46).

Amparándose en el Art. 154 CC que impone a los padres el deber (y les reconoce el derecho) de velar por sus hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación así como el derecho del hijo menor de edad es estar, cre-

45. *BIMJ*, núm. 1874, 2000, pp. 2656-2658.

46. *Vid.* Nota 42.

cer, criarse y educarse con su madre, el Alto Tribunal entiende que *"ni las normas sobre extranjería ni el sólo sentido común pueden admitir (...) que pueda expulsarse a la madre de España como una simple extranjera y quede en España el menor con todos los derechos, pero solo y separado de su madre"* (47).

El TS en su decisión final ha seguido, casi al pie de la letra, las pautas incluidas en las Conclusiones presentadas el 18 de mayo de 2004 por el Abogado General, Sr. Antonio Tizzano y que se materializaron en la *STJCE (Pleno) de 19 de octubre de 2004* (48). En concreto, el TJCE al examinar la postura de las autoridades inglesas que se negaban a documentar en el régimen de los nacionales de la Unión a una ciudadana irlandesa "Catherine", y a su madre "Señora Chen". La progenitora presentó, ante las autoridades británicas para ella y para su hija, solicitudes de permiso de residencia, alegando que su hija goza de la nacionalidad irlandesa.

La niña, nació en Belfast (Irlanda del Norte), el 16 de septiembre de 2000, por lo que adquirió la nacionalidad irlandesa y con ella la ciudadanía de la Unión. Las mencionadas solicitudes fueron rechazadas, por lo que las interesadas interpusieron un recurso. El órgano jurisdiccional competente declaró que la resolución impugnada, en principio, se ajustaba al Derecho nacional aplicable al caso. Sin embargo, una serie de circunstancias le obligaron a preguntarse si se atenia también al Derecho comunitario. Por ello, se suscita ante el TJCE el asunto, que da lugar a la Sentencia aludida en la que se concluye que:

"En circunstancias como las del asunto principal, el artículo 18 CE y la Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia, confieren a un nacional menor de corta edad de un Estado miembro, titular de un seguro de enfermedad adecuado, y que está a cargo de un progenitor que, a su vez, es nacional de un Estado tercero y dispone de recursos suficientes para evitar que el primero se convierta en una carga para el erario del Estado miembro de acogida, el derecho a residir por tiempo indefinido en el territorio de este último Estado. En ese caso, las mismas disposiciones permiten que el progenitor que se encarga del cuidado efectivo de dicho nacional resida con él en el Estado miembro de acogida".

Desde nuestra perspectiva, con esta decisión del TJCE se produce un cambio importante y trascendente para entender el concepto "estar a cargo" incluido en la normativa comunitaria para delimitar quiénes son los ascendientes que pueden beneficiarse de la libre circulación. Ahora bien, por el momento, se trata de una interpretación jurisprudencial, y la Directiva 2004/38/CE no regula el supuesto de hecho que ha tenido

47. *Ibid.*

48. Para el texto de dicha sentencia al igual que las Conclusiones del Abogado General en este asunto, A. Tizzano, presentadas el 18 de mayo de 2004 (<http://curia.eu.int/es/index.htm>); comentada por J. Ferrer Lloret, "El ejercicio de los derechos de la ciudadanía en la UE: libre circulación y residencia. Comentario a la Sentencia del TJCE de 19 de octubre de 2004 (Chen contra Secretary of State Departament. Asunto C-200/02)", *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 6, enero 2005.

que resolver Tribunal de Luxemburgo ⁽⁴⁹⁾. Mientras no exista una norma expresa, corresponderá al TJCE garantizar el ejercicio de la libre circulación y residencia de un nacional comunitario menor de edad, cuyos padres son nacionales de un tercer Estado ⁽⁵⁰⁾. No existe ninguna duda que un supuesto de estas características debe ser asumido por nuestras autoridades, pues de otro modo estaríamos incumpliendo la interpretación del TJCE. Es decir que ante un menor nacional de uno de los otros Estados de la Unión Europea nuestros operadores jurídicos deben proyectar la libre circulación. Ahora bien, a nosotros nos preocupa otra cuestión: ¿goza del mismo derecho el ascendiente -nacional de terceros países- que tenga un hijo menor dependiente de nacionalidad española? ⁽⁵¹⁾. Desde luego, la cuestión tiene una gran trascendencia si tenemos en cuenta que España otorga la nacionalidad por el hecho de nacer en España a los hijos de cierto/as extranjero/as incluso aunque esto/as se encuentren de forma irregular en territorio español- ⁽⁵²⁾.

De estas consideraciones y sobre todo de la lectura de los arts. 1 y 2 del RD 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo ⁽⁵³⁾, nos han llevado a reflexionar sobre su eventual aplicación a los nacionales de terceros países por el hecho de ser progenitores de un español.

49. Esta omisión ha sido criticada (Cf. J. Ferrer Lloret, "El ejercicio de ...*op. cit.*.. máxime cuando el legislador comunitario debería haberlo contemplado expresamente, como así lo ha hecho en el caso de los menores refugiados protegidos por la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar (Cf. I. García Rodríguez, "The Right to Family Reunification in the Spanish Law System", *Spanish Yearbook of International Law*, vol. VII (1999-2000), 1-37, pp. 10-15).

50. Ahora bien, a pesar de lo dicho, recientemente se ha dictado una decisión, -que imagino haya sido recurrida-, similar a mencionada anteriormente, dictada por el *Trib. Sup. Just. de Castilla y León*, en la que se afirma que se debe cumplir la orden de expulsión aunque el recurrente de nacionalidad ecuatoriana haya alegado ser el progenitor de un español. Se trata de la *Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Madrid de 7 de marzo de 2005* (<http://www.icam.es>).

51. Debe retenerse que la libre circulación de trabajadores, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios no alcanza a los familiares de los propios nacionales que no hayan ejercido el Derecho a la libre circulación. Esta afirmación ha sido avalada por el TJCE en varias ocasiones, y más recientemente en la *STJCE de 23 de septiembre de 2003* (Vid. A. Álvarez Rodríguez, "Nacionales de terceros países familiares de un ciudadano comunitario en el territorio de su propio Estado: ¿régimen de extranjería general o aplicación de la normativa comunitaria relativa a la libre circulación? (A propósito de la *STJCE de 23 de septiembre de 2003*)"; A.L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz, *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: Aspectos Internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 23-41; E. Pérez Martín, "La entrada y residencia de los cónyuges de nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea (STJCE de 23 de septiembre de 2003, asunto Akrich, C-109/01), *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 3, primer trimestre 2004, pp. 121-153; R. Plender, "Quo vadis?. Nouvelle orientation des règles sur la libre circulation des personnes suivant l'affaire Akrich", *Chaiers de Droit européen*, 2004, núm. 1-2, pp. 261-288).

52. Vid. A. Álvarez Rodríguez y Observatorio Permanente de la Inmigración, *Nacionalidad de los hijos de extranjeros nacidos en España (Regulación legal e interpretación jurisprudencial sobre un análisis de datos estadísticos de los nacidos en territorio español durante el período 1996-2002)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Observatorio Permanente de la Inmigración, 2006 (en prensa).

53. BOE, 22-II-2003. Vid. A. Álvarez Rodríguez, "Análisis crítico del RD 178/2003, de 14 de febrero, sobre régimen jurídico de los nacionales de la Unión Europea y sobre su necesaria reforma", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 3, julio 2003, pp. 29-59; id, "Régimen aplicable a los nacionales de la Unión Europea, asimilados y sus familiares", Sánchez Jiménez, M^a.A. (Coord), *Derecho de extranjería*. (CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA)

El examen del ámbito de aplicación personal del RD 178/2003 nos permite apuntar que éste tiene como destinatarios a los familiares de los españoles, entre los que se incluyen expresamente a los ascendientes⁽⁵⁴⁾. Concretamente, en su art. 2, extiende su ámbito de aplicación a los ascendientes de los nacionales de los países mencionados y los ascendientes de su cónyuge –siempre que éstos no se encuentren separados de derecho- que vivan a sus expensas”.

Teniendo en cuenta, que los progenitores de españoles son beneficiarios de ese RD, debemos pasar a abordar qué requisitos se van a exigir a esos padres de españoles para que puedan permanecer de forma regular en territorio español. Las exigencias, todas ellas, vienen establecidas en el art. 5.2 RD 178/2003, en el que se explicita que los familiares necesitarán, además, el correspondiente visado, también, precisarán solicitar y obtener una tarjeta de residencia (art. 6.1.b) RD 178/2003). Ahora bien, debe tenerse presente que para la entrada únicamente se habrá exigido un visado de estancia como mucho y que la permanencia no se puede denegar al familiar por el hecho de no estar en posesión de dicho documento o porque éste se encuentre caducado.

En principio, a modo de síntesis, los familiares del titular del derecho a la libre circulación, que no posean la nacionalidad de un Estado miembro, deben justificar el vínculo de parentesco y el hecho de vivir a expensas o estar a cargo del nacional con el que tengan dicho vínculo. Inicialmente, también se les imponía la exigencia del visado salvo la existencia de un tratado o convenio que les exima del mismo. Ahora bien, a raíz de la *STJCE (Sala 2^a) de 14 de abril de 2005* este no es necesario⁽⁵⁵⁾. En este sentido, en la Instrucción de la Dirección General de Inmigración de 6 de junio de 2005, se sugiere que:

(CONTINUACIÓN. 53) *Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y Formularios)*, Murcia, Diego Marín Librero Editor, 2005, pp. 105-157. Otros comentarios que pueden ser consultados; Vid. Fr. Alonso Pérez, "Entrada y permanencia en España de ciudadanos de países miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo y de nacionalidad suiza: innovaciones introducidas por el Real Decreto 178/2003 de 14 de febrero", *La Ley*, núm. 5826, 17 julio de 2003, pp. 1-8; J. García Murcia, "La singular relación entre Derecho Comunitario y Derecho Interno: A propósito del Real Decreto 178/2003, sobre entrada y permanencia de ciudadanos comunitarios", *Aranzadi Social*, núm. 10/2003; P. Jiménez Blanco, "Las libertades de circulación y residencia en los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea", *La Ley*, núm. 5771, de 30 de abril de 2003, pp. 1-13; *id.*, "Las libertades de circulación y de residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea", M.A. Presno Linera (Coord.), *Extranjería e Inmigración: Aspectos jurídicos y Socioeconómicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 71-146; J. Martín Martín, "Novedades del tratamiento legal a los ciudadanos comunitarios", *Economist & Jurist*, año XII, núm. 55, noviembre 2003; A. Ortega Giménez "Real Decreto 178/2003. El nuevo estatuto administrativo de los ciudadanos comunitarios", *Iuris. Actualidad y Práctica del Derecho*, núm. 85, julio-agosto 2004, pp. 42-49; A. Quirós Fons, "Familiares extracomunitarios, protagonistas del RD 178/2003. Futura incidencia de la Propuesta de Directiva sobre libre circulación", *Migraciones*, núm. 15 (2004), pp. 223-260; *id.*, "Entrada y residencia de trabajadores comunitarios y asimilados en España: RD 178/2003", *Sentencias de TST y AP y otros Tribunales*, núm. 2/2004.

54. Vid. A. Álvarez Rodríguez, "Derecho a residir en España de los ascendientes de los no nacionales: de la flexibilidad de la jurisprudencia del TJCE y del TS a la rigidez de la normativa vigente y futura", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 9, julio 2005, pp. 9-43.

“....debe considerarse no aplicable, de acuerdo con lo establecido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su sentencia de 14 de abril de 2005, el contenido del artículo 11.3.C) del Real Decreto 178/2003, por el que se establece el requisito, en relación con los familiares de ciudadanos comunitarios o de nacionales de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando éstos no sean a su vez ciudadanos comunitarios o nacionales de los citados Estados, de acompañar la correspondiente solicitud de tarjeta de familiar de residente comunitario, entre otra documentación, de “*el visado de residencia en el pasaporte, o solicitud de exención de éste, que deberá presentarse conjuntamente con la solicitud de tarjeta de residencia*”.

En cuanto a la exigencia de vivir a expensas o estar a cargo del hijo español -el titular del derecho a la libre circulación-, en principio, parece poco probable dada su minoría de edad. Ahora bien, en la *STJCE (Sala 2^a) de 19 de octubre de 2004* se resalta que los medios de vida los posee la progenitora, y además tiene un seguro de asistencia que cubre los gastos que se pudieran ocasionar.

C) Asilo y violencia doméstica

Con relación a los temas relativos a la violencia de género y asilo político hay que poner de manifiesto que son ya muchos los casos denunciados aunque son pocas las decisiones judiciales en las que se ha abordado el tema. En principio, el TS no aceptó como causa de admisión del asilo la denuncia hecha por una camerunesa que divorciada de su marido era perseguida y maltratada por éste. En concreto, este supuesto fue objeto de análisis en la *STS (Sala de lo Contencioso-Sección 5^a) de 7 de julio de 2005* al afirmar que:

"La actora alega que fue abandonada por su marido, al negarse ella a aceptar que otra mujer viviera también en casa,..... Considera que la mujer africana, como sexo está discriminada, por lo que concurrirían razones humanitarias que justificarían la concesión del Asilo en España [...]"

..La recurrente hace especial mención a las circunstancias socio-culturales existentes en su país de origen, Camerún, que por lo demás y por lo que se refiere al papel subordinado de la mujer son comunes en la mayoría de los países africanos, pero las circunstancias de ese género, globalmente consi-

55. *La Ley, supl. Unión Europea*, núm. 6350, 31 de octubre de 2005; comentada por R. Arenas García, "La incompatibilidad del Derecho español con el comunitario en materia de reagrupación de familiares de comunitarios (Comentario a la *STJCE (Sala 2^a) de 14 de abril de 2005*)", *ibid.*

deradas, pese a la necesaria sensibilización que tiene que provocar en cualquier ánimo, en cuanto exponente de una mujer oprimida en sus derechos, no sirven para deducir una persecución individualizada, en la que pueda fundarse la concesión del Asilo y que no puede hacerse derivar de la concepción de la familia o de las vicisitudes de una relación conyugal. Es por ello que deviene ajustada a derecho la Resolución impugnada, basada en el apartado b) anteriormente mencionado.

... De las alegaciones expuestas y de su claro carácter cultural y de relación familiar, es obvio que tampoco se desprende la concurrencia de razones humanitarias que tal y como señala la *Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de julio de 2001* impongan el deber de autorizar la permanencia en territorio español de la recurrente, a pesar de haberse inadmitido a trámite su solicitud de asilo en aplicación concordada de lo dispuesto en el Art. 17.2 de la Ley 5/84 modificada en ese extremo por la Ley 9/94 y el Art. 31.3 de su Reglamento, por todo lo cual, procede la desestimación del recurso interpuesto”

...Por lo demás, aún admitiendo que la mujer en numerosos países no haya podido alcanzar un nivel de equiparación en sus derechos cívicos y sociales respecto de los hombres, el solo hecho de ser mujer, sin más consideraciones, no puede dar lugar a la concesión del asilo salvo que se asocie a una situación de desprotección y marginación social, política y jurídica en el país de origen, que vulnere de forma evidente y grave sus derechos humanos o le impida continuar su vida en ese país. La recurrente ni siquiera expuso en su solicitud de asilo encontrarse en ese caso; sin que pueda admitirse como "hecho notorio" que las mujeres de Camerún, como tal colectivo, tan solo por el hecho de ser mujeres, o por ser mujeres y divorciadas, estén institucionalmente discriminadas o desprotegidas en términos tales que se vean obligadas a abandonar su país y solicitar asilo en terceros Estados” (56).

En concreto, los medios de comunicación en los últimos meses se han hecho eco de algunos supuestos dramáticos en los cuales las mujeres inmigrantes han solicitado el asilo en base a esta situación de violencia. En concreto, el día 18 de julio de 2005 ha pedido asilo, Aicha Ramdán, esposa del defensor de los derechos humanos Ali Salem Tamek. En su solicitud consta que puede volver a su tierra porque fue violada por cinco policías marroquíes en 2003 cuando regresaba de visitar a su marido preso en la cárcel de Añadir (57).

56. Cendoj, 28079130052005100613.

57. *Diario El Mundo*, 22 de julio de 2005. En este artículo periodístico se apunta que “La violación de mujeres saharauis como arma de presión es utilizada habitualmente por las fuerzas de seguridad marroquíes, según han denunciado en reiteradas ocasiones los representantes del Frente Polisario”.

Debemos hacer mención, no sólo por actualidad sino también por su importancia, a la *Sent. TS (Sala 3^a. Sección 5^a) de 11 de octubre de 2005* ⁽⁵⁸⁾. En esta decisión, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo concedió asilo político en España a la ciudadana de Guinea Ecuatorial, por entender que la violencia doméstica a la que le sometía su marido fue causada por motivos políticos. La mujer alegó que su pareja, afiliado del gubernamental Partido Democrático de Guinea (PDG), la empezó a maltratar cuando se enteró de que ella se había hecho del Partido Popular (PP) guineano, situado en la oposición al régimen del presidente Teodoro Obiang. De esta forma, el Alto Tribunal anula la *Sent. Aud. Nacional (Sala de lo Contencioso-Sección 8^a) de 16 de abril de 2002*, y la resolución del Ministerio del Interior, del año 2000, que denegaron el asilo a la mujer, al considerar que la violencia que padeció a manos de su marido estaba al margen de ideologías políticas, y era un caso común de violencia doméstica.

Sin embargo, en la decisión del TS se destaca que de la solicitud de asilo de la mujer se deduce claramente que el maltrato del que fue víctima por parte de su marido no fue un caso más de violencia doméstica, sino que tuvo "raíces políticas". Por supuesto, que el Alto Tribunal señala que no hay duda de que los maltratos nacieron a causa de las ideas políticas de la mujer, configurando así una persecución protegible mediante la institución del asilo, de acuerdo con el art. 3.1 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado ⁽⁵⁹⁾, en relación con el art. 1.A.2) del Convenio de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, de 28 de julio de 1951 ⁽⁶⁰⁾. Finalmente, el TS considera irrelevante que el marido de la recurrente no sea un alto cargo del Gobierno guineano, al señalar que:

"Y, frente a ello, carece de relevancia el dato de que el marido de la solicitante sea o no un alto cargo del Gobierno Guineano, porque aunque no lo sea (y en este sentido ha informado la Embajada de España en Malabo, folio 3.8 del expediente administrativo), puede someter a su mujer a vejaciones y malos tratos, de los que, siendo él afiliado al partido del Gobierno, es presumible que tenga ella difícil defensa..." ⁽⁶¹⁾.

No hay duda, de que la existencia de este fallo ha sido tenida en cuenta durante el proceso de elaboración de la próxima reforma del derecho español de asilo. En este sentido, se ha apuntado que "el borrador del anteproyecto de la ley de asilo que ha elaborado el Gobierno recoge las características de género y de orientación sexual como causas que pueden dar lugar al reconocimiento de los extranjeros como refugiados....". En concreto, "Junto a los conceptos de raza, religión y nacionalidad como

58. *La Ley*, año XXVI, núm. 6372, 2 de diciembre de 2005; *Actualidad Administrativa*, núm. 1, 2006, primera quincena de enero 2006.

59. *BOE*, 27-II-1984. Esta Ley ha sido parcialmente modificada por la modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo (*ibid*, 23-V-1994).

60. *BOE*, 21-X-1978.

61. *Vid.* Nota 58.

motivos de persecución a valorar para la concesión del derecho de asilo, el anteproyecto concreta otro: la pertenencia a un determinado grupo social. Además, "Se considerará que un grupo constituye un grupo social", señala el artículo 7, "si los miembros de dicho grupo comparten una característica innata o unos antecedentes comunes que no pueden cambiarse, o bien (...) una característica o creencia que resulta tan fundamental para su identidad o conciencia que no se les puede exigir que renuncien a ella". Y añade: "Dicho grupo posee una identidad diferenciada en el país de que se trate por ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea o por el agente o agentes perseguidores". Es ahí donde cabe la razón de género: "En función de las circunstancias imperantes en el país de origen, podrá incluirse en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual. (...) Asimismo, (...) podrán considerarse grupos sociales los basados en características de género" (62).

62. *El País*, 2 de enero de 2006, p. 1. Por otra parte, pensamos el nuevo Proyecto de Ley se hace eco de la recomendación hecha por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer al afirmar que: "336. A la vez que encomienda al Estado Parte por las medidas jurídicas y de otra índole que ha adoptado contra la trata de mujeres y niñas, ... al Comité le preocupa la situación de las mujeres que son objeto de ese comercio, en particular las que invocan la condición de refugiadas por motivos de persecución basada en el género.....337. "El Comité insta al Estado Parte a que redoble sus esfuerzos por entablar cooperación internacional con los países de origen y de tránsito, dentro y fuera de la Unión Europea, tanto para lidiar con las fuerzas económicas que hacen que las mujeres sean víctimas de la trata como para prevenir la trata de mujeres mediante el intercambio de información..... Insta asimismo al Estado Parte a que otorgue plena protección, en virtud de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, entre otras a las mujeres víctimas de la trata que pidan asilo por motivos de persecución basada en el género, de acuerdo con la evolución reciente del derecho internacional de los refugiados y la práctica de otros Estados" (Asamblea General de Naciones Unidas, "Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer", 30º período de sesiones (12 a 30 de enero de 2004) y 31º período de sesiones (6 a 23 de julio de 2004), Documentos Oficiales. Quincuagésimo noveno período de sesiones. Suplemento No. 38 (A/59/38), núm. 336 y 337, p. 160).

4. Inmigración femenina y divorcio

En numerosas ocasiones tanto el Defensor del Pueblo como el Secretario de Estado de Justicia, en algunos de sus informes señalaban que el progresivo aumento en la sociedad española de población de origen musulmán, había incrementado el número de litigios relativos a separación y divorcio en los cuales deberán ser aplicadas las normas de Derecho Internacional Privado. En todo caso, si ambos cónyuges tenían la misma nacionalidad, el ordenamiento extranjero correspondiente a esta nacionalidad debía ser utilizado por el juez para dictaminar si era o no procedente la separación o el divorcio, en su caso. Pues, el art. 107.1 Cc, redacción dada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, modificando el Código Civil en materia de matrimonio, nulidad, separación y divorcio, estipulaba que:

"la separación judicial y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda" ⁽⁶³⁾.

La aplicación de esta disposición y la eventual remisión hecha a un Ordenamiento extranjero podría provocar la aplicación de legislaciones que no admiten la figura legal de la separación. Así por ejemplo, se da la circunstancia de que la ley marroquí no contempla la figura legal de la separación, sino exclusivamente el divorcio y el repudio. En este sentido, podemos poner como ejemplo, la *Sent. Audiencia Provincial de Madrid (Civil. Sección 22^a) de 21 de febrero de 2000*. Recurso de Apelación núm. 2041/1998, al abordar la separación matrimonial de cónyuges que ostentan la nacionalidad marroquí, se declara la improcedencia de la solicitud por aplicación de la legislación sustantiva marroquí, la cual en aquellos momentos no contemplaba la separación matrimonial como estado civil intermedio entre la plena vigencia del matrimonio y la disolución del vínculo conyugal.

"...En efecto, dentro de las normas de conflicto recogidas en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, se viene a determinar, en conexión con la naturaleza de las diversas relaciones jurídicas, la legislación que debe ser aplicada en cada supuesto, y que, en lo que concierne a la crisis matrimonial sometida a regulación judicial, encuentra su plasmación específica en el segundo párrafo del artículo 9.2, que remite, si bien en lo que afecta exclusivamente a la separación y al divorcio, a lo prevenido en el artículo 107 del mismo Texto Legal, que establece la aplicabilidad de la ley nacio-

63. BOE, 20-VII-1981. En el art. 107.1 Cc, redacción dada por la Ley 30/1981, establecía expresamente que: "La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual del matrimonio y, si los esposos tuvieran su residencia habitual en diferentes estados, por la ley española, siempre que los Tribunales españoles resulten competentes". En todo caso, la utilización residual de la ley española como *lex civilis foris* se justificaba desde el momento en que, a falta de las conexiones anteriores y, dado que nuestros tribunales son competentes, a tenor del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ninguna ley mejor que la española para ser aplicada a la separación o al divorcio (*Vid. C. Espluges Mota, El divorcio internacional. Jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras*), Valencia, Tirant lo blanch, 2003, pp. 111-120).

nal común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda, sin perjuicio, en su defecto, de la ley de la residencia habitual del matrimonio o, finalmente, de la ley española, siempre que los Tribunales españoles resulten competentes.

TERCERO.- Proyectadas tales básicas previsiones normativas sobre el caso que hoy se somete a la consideración del Tribunal, en el que ambos cónyuges ostentan la nacionalidad marroquí, sin que conste haber adquirido ninguno de ellos la española, nos llevan a la legislación sustantiva de dicho país en materia de crisis matrimonial, y que se contiene en el Código del Estatuto Personal y de las Sucesiones, cuyo Libro Segundo se ocupa de la disolución del matrimonio y sus efectos.

Llama la atención, en relación con la cuestión que hoy se somete a la consideración de la Sala, que dicha normativa no contemple, al contrario que la legislación española, la separación matrimonial, en cuanto estado civil intermedio entre la plena vigencia del matrimonio y la disolución del vínculo conyugal; ello podría plantear, *ab initio*, una problemática incidente en la exclusión de la Legislación de origen de los litigantes, para aplicar la española, por entender que aquélla pudiera ser contraria al orden público, de conformidad con lo prevenido en el artículo 12.3 del Código Civil. Sin embargo no puede llegarse a tan excepcional criterio de exclusión, dado que la legislación marroquí contempla específicamente soluciones a la crisis matrimonial que no cabe calificar de anómalas, en cuanto contrarias al orden público, ya sea el interno español, ya el internacional, pues se encauzan aquéllas a través bien del repudio, bien del divorcio judicial (artículo 44), que produce la disolución del vínculo conyugal (artículo 70)".

...

Se impone, en consecuencia, el rechazo de la pretensión revocatoria articulada, si bien sobre bases jurídicas distintas de las reflejadas en la Sentencia de instancia" (64).

Ante esta y otras decisiones similares así como por la recomendación hecha por el Defensor del Pueblo el 30 de mayo de 2003, para evitar estos casos de discriminación de mujeres musulmanas en procesos de separación, el Ministerio de Justicia anunció la modificación del art. 107 del Cc. Así se atendía a la recomendación realizada para eliminar con carácter general la problemática existente sobre los casos de mujeres extranjeras sometidas a derechos desiguales, que no obtienen una respuesta eficaz

64. *Actualidad Civil*, 2000\111. Esta decisión no es la única sino que también se han puesto como ejemplo otras, como la *Sent. Aud. Provincial de Barcelona de 6 de abril de 2000 (Actualidad Civil, 2000\1088; M^a.L. Trinidad García, "La reforma del artículo 107 del Código Civil", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería. Derecho de las personas en movimiento transnacional*, núm. 4, noviembre 2003, p. 146); también con los mismos argumentos podemos ver la *Sent. Aud. Provincial de Madrid de 22 de junio de 2001 (Actualidad Civil, 2001\1539)*.*

por parte de los órganos judiciales españoles. Ciertamente, como hemos apuntado se había detectado que este problema afectaba a todas las mujeres inmigrantes, pero es especialmente acuciante en el caso de las musulmanas. Desde el texto del Anteproyecto pasando por el Proyecto de Ley hasta el precepto finalmente aprobado se ha mantenido el mismo tenor literal ⁽⁶⁵⁾. Incluso fue apoyado por el Informe del Consejo del Poder Judicial al apuntar que:

"Justificada suficientemente la necesidad de la reforma del apartado 2 del art. 107 en la memoria que acompaña al anteproyecto, sólo queda afirmar que este Consejo General del Poder Judicial valora positivamente la modificación especialmente en cuanto supone el permitir, a través de la ley española, el acceso a la separación y el divorcio en aquellos casos en los que la ley aplicable no lo hacía posible o lo hacía de forma discriminatoria, pues con ello se da cumplimiento a cuanto establecen los artículos 2 y 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos al reconocer la igualdad de derechos y libertades sin distinción alguna por razón de sexo, también en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio y a lo previsto en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 34/180, de 18 de diciembre de 1979, en cuyo art. 16 se obliga a los Estados Partes a adoptar medidas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y, en particular, asegurar los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución".

Desde luego, se da una nueva redacción al art. 107 del Cc en la Ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros ⁽⁶⁶⁾. Con dicha Ley se pretende la adecuación de las instituciones civiles a las nuevas culturas que conviven en nuestro país. En la Exposición de Motivos de esta Ley 11/2003 se argumentan las razones de la reforma en estos términos:

"..Con el objetivo de mejorar la integración social de los inmigrantes en España y de garantizar que disfrutaran de semejantes derechos a los nacionales, se aborda una reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio para garantizar la protección de la mujer frente a nuevas realidades sociales que aparecen con el fenómeno de la inmigración. En concreto, se modifica, siguiendo los trabajos realizados por la Comisión General de Codificación, el artículo 107 del Código Civil para solventar los problemas que encuentran ciertas mujeres extranjeras, fundamentalmente de origen musulmán, que solicitan la separación o el divorcio" ⁽⁶⁷⁾.

65. *BOCG. Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, Serie A, de 21 marzo 2003, pp. 1-8.

66. *BOE*, 30-IX-2003.

67. *Ibid.*

El nuevo art. 107 Cc establece que:

"2. La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado.

En todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España:

- a) Si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas.
- b) Si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.
- c) Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público" ⁽⁶⁸⁾.

El interés de una persona de lograr la separación o el divorcio, siendo expresión de su autonomía personal, debe primar sobre el criterio que supone la aplicación de la ley nacional. Y sucede que, en algunos casos, bajo el amparo de la legislación anterior, la aplicación de la ley nacional común de los cónyuges dificultaba el acceso a la separación y al divorcio de determinadas personas residentes en España. Para ello, procedió a la reforma el art. 107 del Código Civil estableciendo que se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o residente en España, con preferencia a la ley que fuera aplicable si esta última no reconociera la separación o el divorcio, o lo hiciera de forma discriminatoria o contraria al orden público ⁽⁶⁹⁾.

68. Vid. R. Arenas García, "La nueva redacción del artículo 107 del Código civil", *REDI*, vol. 56, 2004-1, pp. 205-224; F. Calvo Babio, "Reforma del artículo 107 del Código Civil: divorcio, separación y nulidad "internacional", *Juris: Actualidad y práctica del derecho*, núm. 86, 2004, pp. 48-63; A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, "El divorcio internacional y el nuevo artículo 107.2 del Código Civil", *La Ley*, núm. 6024, 24 de mayo de 2004, pp. 1-6; *ibid*, núm. 6025, 25 de mayo de 2004, pp. 1-6; B. Campuzano Díaz, "Consideraciones acerca de la reforma del artículo 107 del Código Civil", A.L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz (Dir.): *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: Aspectos Internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 177-192; M^a. P. Diago Diago, "La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad", A.L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz, *op. cit.*, pp. 271-294; J. Carrascosa González, "Crisis matrimoniales internacionales: Foro de necesidad y derecho extranjero", *REDI*, vol. 56, 2004-1, pp. 225-250 J.M^a. Espinar Vicente, "Sobre la urgente necesidad de reformar la regulación jurídica del matrimonio", *Actualidad Civil*, núm. 19, semana del 5 al 11 de mayo de 2003, pp. 477-493; M^a.J. Hernández Caballero, "Virtualidad actual del principio de equiparación de status del extranjero nacional ante los derechos civiles", *La Ley*, núm. 6266, de 2 de junio de 2005, pp. 1-4; J.A. Tomás Ortíz de la Torre, "Ante la anunciada reforma del artículo 107 del Código Civil", *Actualidad Civil*, núm. 3, semana del 13 al 19 de enero 2003, pp. 75-97; M^a.L. Trinidad García, "La reforma del artículo 107 del Código Civil", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería. Derecho de las personas en movimiento transnacional*, núm. 4, noviembre 2003, pp. 141-159.

El texto final procede del tenor literal propuesto por el Gobierno en el Proyecto que remitió al Congreso de los Diputados. En todo caso se debe aludir a las Enmiendas que se presentaron para mejorar la redacción del mismo. En el Congreso de los Diputados se destacan tres Enmiendas, las núms. 160 y 161 presentadas por el GP Catalán (Convergència i Unió) y la Enmienda núm. 189 presentada por el GP Socialista. En el Senado se presentaron tres Enmiendas: la núm. 122 de Entesa Catalana del Progrés, la núm. 159 del GP Socialista y la núm. 180 de GP CIU.

La primera de ellas, la Enmienda núm. 160, proponía el siguiente texto:

“Nueva redacción del art. 9 Cc....:

"4. La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado.

En todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España:

- a) Si no resultare aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas.
- b) Si en la demanda presentada ante Tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.
- c) Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público” (70).

Por su parte, la Enmienda núm. 189 presentada por el GP Socialista que proponía el siguiente texto:

69. En el debate en el Pleno del Congreso, la Diputada Sr. Torme Pardo, en nombre del Grupo Popular, puso de manifiesto que: “muchas de las modificaciones que se incorporan tienen la clara finalidad de garantizar la integración social de los extranjeros...” “Que protejamos a las mujeres extranjeras que vienen a nuestro país y les concedamos la protección para que tengan la posibilidad de disfrutar de los mismos derechos que las mujeres españolas; no me negarán que eso no es integración social de los extranjeros en nuestro país. O cuando se introducen modificaciones para que se aplique la legislación española en lo supuestos de separación o de divorcio en los que se aplicaban leyes de los países de origen de las personas extranjeras absolutamente machistas, que se oponen claramente al principio de igualdad consagrado en nuestra Constitución. Por tanto, podemos afirmar con rotundidad y con satisfacción que muchas de estas medidas tienen esa clara vocación de favorecer la integración social. Igualmente, aquellas medidas tendentes a luchar contra el tráfico de personas, algo terrible que no podemos permitir” (BOCG, Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, VII Legislatura, núm. 264, Sesión núm. 255, de 26 de junio de 2003, pp. 13741).

70. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 136-8, 13 de mayo de 2003, p. 79.

"2. La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado.

En todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España en el momento de la presentación de la demanda si:

- a) No resultare aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas.
- b) Lo solicitan ambos cónyuges en la demanda presentada de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro.
- c) Lo solicita el demandante que haya residido en España al menos durante seis meses con anterioridad a la presentación de la demanda.
- d) El hecho aplicable conforme al primer párrafo de este apartado no reconociere la separación o el divorcio solicitados en la demanda o el contenido de tal derecho fuese contrario al orden público español" (71).

71. *Ibid.*, p. 90. Dicha Enmienda se justificaba con los siguientes argumentos: "En cuanto a la Ley aplicable a la separación y divorcio las conexiones que se mantienen responden al criterio habitual de nuestro sistema y los inconvenientes que plantea su carácter rígido se salvan a través de la flexibilización de criterios en los apartados a), b), c) y d). El inciso «en el momento de presentar la demanda» que se añade al final del apartado 2 tiene por objeto evitar un conflicto móvil, lo que se consigue fijando en el tiempo el momento en que uno de los cónyuges debe ser español o tener residencia en España. Resulta además congruente con la determinación que acompaña a las conexiones que anteceden. Con las previsiones contenidas en los apartados a), b), c) y d) se quiere dar respuesta a los problemas señalados por el Defensor del Pueblo en el sentido básicamente de garantizar, salvando la articulación rígida de los puntos de conexión del artículo 107 actual, que las personas residentes en España puedan separarse o divorciarse aún cuando su derecho nacional no lo prevea. Tanto en el informe del Defensor del Pueblo como en el texto del proyecto planea constantemente la prevención frente al derecho musulmán, aunque no sea éste siempre contrario a nuestro orden público, ni el único que no admite el divorcio o la separación. Las enmiendas que hemos propuesto garantizan justamente esa finalidad y mejoran el Proyecto de ley en dos sentidos, uno, porque introducen supuestos no previstos (tales como el apartado c) y dos, porque eliminan de la reforma un enfoque innecesariamente cargado de prejuicios sobre el derecho (musulmán) extranjero. El derecho español resulta así aplicable no sólo en defecto de las conexiones nacionalidad común y residencia habitual común, sino también por voluntad de la(s) parte(s) bajo determinadas circunstancias, lo que resulta importante no sólo desde la perspectiva de poder aplicar la ley del medio social y favorecer las expectativas de las partes mediante el ejercicio de la autonomía de la voluntad, sino también evitar los costes procesales —tanto económicos como en dilación del proceso— que supone la necesaria prueba del derecho extranjero traído al proceso. La letra b) del apartado 2 del art. 107 Cc lleva en realidad al absurdo de que a los cónyuges extranjeros que presenten solicitud de separación o divorcio de mutuo acuerdo se les imponga el derecho español, lo que no tiene sentido ni se justifica ni es congruente con el apartado 2 del artículo. En cambio la enmienda que proponemos acoge la autonomía de la voluntad, son las partes quienes de mutuo acuerdo pueden, facultativamente, optar por que se aplique el derecho español. En este caso entendemos que el mutuo acuerdo junto con la actuación de los criterios de competencia judicial del artículo 22 LOPJ son garantía suficiente frente a un hipotético fraude a la ley. El apartado 2 c) es un apartado totalmente nuevo que introduce un supuesto no previsto en el Proyecto y sin el cual no se daría satisfacción plena a la petición del Defensor del Pueblo. (CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA)

Las dos Enmiendas trascritas fueron reiteradas por los mismos Grupos Parlamentarios en el Senado. En concreto, la núm. 160 pasó a ser la Enmienda núm. 180 en el Senado ⁽⁷²⁾, y por su parte, la núm. 189 se reitera en la núm. 154 ⁽⁷³⁾. La única Enmienda que se añade es la presentada con el núm. 122 presentada por el Grupo de Entesa Catalana del Progrés en la que se proponía el siguiente texto:

"La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de ésta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado.

En todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España en el momento de la presentación de la demanda si:

a) No resultare aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas.

b) Lo solicitan ambos cónyuges en la demanda presentada de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro.

c) Lo solicita el demandante que haya residido en España al menos durante seis meses con anterioridad a la presentación de la demanda.

d) El hecho aplicable conforme al primer párrafo de este apartado no reconociera la separación o el divorcio solicitados en la demanda o el contenido de tal derecho fuese contrario al orden público español" ⁽⁷⁴⁾.

(CONTINUACIÓN. 71) El supuesto quiere dar cobertura a la posibilidad de que la parte actora (generalmente la mujer y generalmente parte débil —pensando siempre en la actora musulmana—, aunque no sólo ella sea beneficiaria) pueda invocar el derecho español. Vale aquí todo lo dicho en relación a la ley del medio social y costes procesales. Se ha introducido la cautela de exigir una residencia mínima de 6 meses para evitar la utilización de la facultad que abre el supuesto en fraude de ley y no se ha considerado un plazo más largo en garantía de los muy sensibles intereses involucrados en los procesos matrimoniales. Lo dicho respecto a la competencia del tribunal español vale también aquí. En el apartado 2 d) lo más relevante de la enmienda responde a criterios técnicos, cambiar «leyes» por «derecho» así como, en relación al último inciso, eliminar la calificación «discriminatorios» por innecesaria y estigmatizadora. De serlo, ya quedaría cubierto por la excepción de orden público. De hecho, incluso el último inciso podría ser perfectamente suprimido puesto que de producirse una incompatibilidad con nuestro orden público, el artículo 12.3 del Cc sería aplicable (*ibid.*, pp. 90-91).

72. *BOCG, Senado*, VII Legislatura, Serie II, núm. 138 (c), de 10 de septiembre de 2003, pp. 82-83.

73. *Ibid.*, pp. 70-72.

74. *Ibid.*, pp. 57-59.

5. Inmigración femenina y Código Penal

En la misma ley que se introdujo la reforma del art. 107 Cc, que hemos acabado de examinar, también con la misma finalidad de integración de los extranjeros en la sociedad española. Efectivamente, en la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, se pone de manifiesto la existencia de formas delictivas surgidas de prácticas contrarias a nuestro ordenamiento jurídico. En concreto, en dicha reforma se reconoce que con la integración social de los extranjeros en España aparecen nuevas realidades a las que el ordenamiento debe dar adecuada respuesta. Así, como novedad igualmente reseñable, se tipifica el delito de mutilación genital o ablación. Y ello porque la mutilación genital de mujeres y niñas es una práctica que debe combatirse con la máxima firmeza, sin que pueda en absoluto justificarse por razones pretendidamente religiosas o culturales. Esta reforma ya había sido planteada en el seno de las Cortes a través de una proposición de ley que pretendía introducir una cláusula interpretativa sobre la represión de la mutilación genital femenina.

Con la LO 11/2003 se modifica el artículo 149 del Código Penal, mencionando expresamente en su nuevo apartado 2 la mutilación genital, en cualquiera de sus manifestaciones, como una conducta encuadrable entre las lesiones de dicho artículo, castigadas con prisión de seis a 12 años. Se prevé, además, que, si la víctima fuera menor de edad o incapaz, se aplicará la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, si el juez lo estima adecuado al interés del menor. En la mayoría de las ocasiones, son los padres o familiares directos de la víctima quienes la obligan a someterse a este tipo de mutilaciones aberrantes, por lo cual la inhabilitación especial resulta absolutamente necesaria para combatir estas conductas y proteger a la niña de futuras agresiones o vejaciones.

"Artículo 149.2. El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz".

A partir de la aprobación de esta ley nos encontramos con un problema, qué ocurre con la mutilación genital de las niñas inmigrantes residentes en España que son sometidas a dicha extirpación en el país de origen. Los responsables de dicho delito no podían ser juzgados en España puesto que se había producido fuera de España y las víctimas carecen de la nacionalidad española. Este problema ha sido eliminado a través de la entrada en vigor la Ley Orgánica 3/2005, que vamos a examinar en la segunda parte, que iniciamos a continuación ⁽⁷⁵⁾.

III. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS JUECES Y TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA CONOCER DE LOS DELITOS DE MUTILACIÓN GENITAL FEMENINA AUNQUE SE COMETAN EN EL EXTRANJERO

1. Motivos de la nueva redacción del art. 23.4.g) LOPJ

El pasado día 9 de julio se publicaba en el BOE la Ley Orgánica 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina ⁽⁷⁶⁾. La trascendencia de esta nueva Ley Orgánica no debe pasar desapercibida, ya que por primera vez se otorga competencia a los jueces y tribunales españoles en el orden penal para conocer de los litigios relativos a la mutilación genital femenina aunque no hayan sido cometidos en España.

La aprobación de esta ley responde a una realidad: poner fin a un problema de gran consideración que afecta a más de dos millones de niñas al año, 6.000 mujeres y niñas cada día, cinco cada minuto, calculando que 130 millones de mujeres y niñas ya han sufrido estas mutilaciones con el consiguiente trastorno físico y psíquico para todas ellas ⁽⁷⁷⁾. Los medios de comunicación han colaborado mucho al conocimiento de este tipo de prácticas. En los últimos años han dado numerosas noticias sobre casos en los que se practican ablaciones entre las hijas de inmigrantes, consiguiendo sensibilizar a la opinión pública sobre un tema de tanta importancia. Las denuncias cursadas en España, por el momento son pocas, con escaso éxito por el silencio de las familias inmigrantes, porque ante el peligro de denuncia en nuestro territorio, los inmigrantes, se llevan a las niñas a sus países de origen a visitar a los abuelos y regresan ya mutiladas, por lo que muchas denuncias han sido archivadas al esgrimir los padres que la extirpación se hizo fuera de España.

La integración social de los extranjeros en España está derivando en nuevas realidades a las que nuestro ordenamiento debe dar respuesta y ésta es una de ellas. El derecho va por detrás de la sociedad, debe amoldarse a los hechos. Por supuesto, que la inexistencia de la norma no ha dejado impasibles a nuestras autoridades. Por

75. Esta parte II se encuentra publicada con un análisis más extenso (*Vid. A. Álvarez Rodríguez, "Competencia judicial internacional de los jueces y tribunales españoles para conocer de los delitos de mutilación genital femenina aunque se cometan en el extranjero: la nueva redacción del art. 23.4.g) LOPJ", Revista de Derecho Migratorio y Extranjería. Derecho de las personas en movimiento transnacional*, núm. 9, julio 2005, pp. 223-237).

76. *BOE*, núm. 163, 9-VII-2005, p. 24457. La LO 3/2005 entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE. Es de obligado cumplimiento desde el día 10 de julio de 2005. En cuanto a las razones de la necesidad de unas normas de competencia judicial internacional (*Vid. M^a.D. Adam Muñoz, La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del derecho internacional privado*, Córdoba, Junta de Andalucía (Instituto Andaluz de la Mujer) y Universidad de Córdoba, 2003). Sobre esta monografía: *Vid. E. Pérez Martín, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 10, noviembre 2005, pp. 281-283).

77. La Organización Mundial de la Salud (OMS) estima que en el mundo hay 130 millones de mujeres víctimas de mutilaciones genitales practicadas en nombre de culturas y tradiciones religiosas (*Vid. Preámbulo de la Ley Orgánica 3/2005: ibid*, p. 24457).

ello, ante la necesidad de eliminar estas prácticas, los jueces y tribunales judiciales españoles han impedido o prohibido la salida de España a algunas niñas menores de edad para viajar a su país de origen -los casos que se conocen se refieren a Gambia-. En concreto, podemos ver esta actuación en varias decisiones. Por un lado, en el *Auto de la Audiencia Provincial de Girona núm. 24/2004 (Sección 2^a) de 11 de febrero* al afirmar que:

“Lo que se plantea a este Tribunal es la situación puntual de inmediata salida del territorio español de las tres menores y su madre con dirección a Gambia, donde es habitual la ablación de órganos genitales a la mujer, para que se prohíba la salida ante el riesgo evidente de mutilación que ello comporta.

Hay circunstancias sobrevenidas que permiten apreciar la situación en sus justos términos; así, el matrimonio ya dejó en el país de origen a las dos hijas mayores, llevándose ahora la madre al resto de las hijas (del sexo femenino), no así a los hijos varones. De las seis hijas del matrimonio, tres ya sufrieron la ablación genital en el país de origen; según los padres, mientras ellos no estaban con las niñas.

Todo lo expuesto conduce a generar el convencimiento de la Sala, de la realidad del riesgo lesivo para las menores ..., y por ello, .. acordar la prohibición de salida del territorio español de las hermanas menores de edad, como medida urgente promovida por el Ministerio Fiscal” (78).

Por su parte, más recientemente, la misma postura, se observa en el *Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza núm. 142/2005, de 13 de mayo* al afirmar que:

“Como consecuencia de diligencias penales abiertas al matrimonio, originario de Gambia, ...se averiguó que sus dos hijas mayores habían sido sometidas en el país de origen de ambos a un proceso de “ablación genital”. Ante la sospecha de que pudieran sufrir idéntico trato las dos hijas menores ...se acordó, primero por el Juzgado de Instrucción y después por el Juzgado de

78. AC 2004\ 845. En este auto se sigue la misma postura que la ya mantenida por el *Auto Audiencia Provincial Girona núm. 7/2004 (Sección 2^a), de 26 enero*, al señalar que: “De las pruebas practicadas, consistentes en las declaraciones efectuadas tanto por las menores como por sus hermanas mayores, la madre y el compañero de la misma, tío de dichas niñas, así como los distintos informes médicos, todas ellas en el seno del antecedente proceso penal por violencia doméstica.. De tales pruebas resulta que las dos hermanas mayores de las niñas respecto de las que se han acordado las medidas recurridas, ya sufrieron la ablación del clítoris en vida de su difunto padre. Igualmente se demuestra que tanto la madre, de forma implícita, como el tío de aquéllas, de manera totalmente abierta y explícita, han puesto de relieve que una vez en su país de origen poco o nada pueden hacer para evitar que, según la costumbre del mismo, se efectúe a aquéllas tres la indicada mutilación genital, aún cuando ni la madre (que también la ha padecido) ni él sean partidarios de dicha práctica, habida cuenta de la tradición religiosa que se viene siguiendo. Que existe el riesgo de que a las tres hijas de la recurrente se les practique dicha mutilación caso de que acudan al país de origen de su madre, es algo tan evidente como incuestionable con base a las pruebas practicadas. En consecuencia, las medidas acordadas en el auto impugnado con la única finalidad de que se llegue a practicar la ablación, son adecuadas y proporcionales a la entidad del riesgo y a la naturaleza misma de la mutilación que se pretende evitar” (*JUR*, 2004\90814).

familia, una medida de protección respecto a las mismas, consistente en ordenar el cierre del territorio nacional para dichas menores, prohibiendo la concesión de pasaporte para las mismas" (79).

De la lectura de estas decisiones se pone de manifiesto que se debe impedir la salida de las niñas del territorio español para que no se les practique la ablación genital, pues se trata de evitar la mutilación y que ésta sea impune. Obviamente, se deberá en todo caso prevenir su comisión; ahora bien, con la nueva reglamentación los responsables del delito si se encuentran en España podrán ser juzgados y condenados por la jurisdicción penal española (art. 23.4.g) LOPJ).

2. Antecedentes inmediatos

Hasta el día 10 de julio de 2005 carecíamos de una norma que permitiera conocer a nuestros jueces y tribunales de un supuesto de mutilación genital practicado en el extranjero. Desde luego, la atribución de dicha competencia estaba totalmente clara cuando se aprobó la reforma de la Ley Orgánica 11/2003 (80), aunque hemos tenido que esperar casi dos años para incorporar esta norma. No obstante, en aquel momento, se reguló específicamente este delito (81), aunque algunos Grupos Parlamentarios pensaban que ya estaba recogido de alguna manera en el Código Penal (82); pero, se produjo un olvido, respecto a las normas relativas a la competencia judicial internacional de nuestros tribunales, para el supuesto de que el delito se hubiese cometido fuera del territorio español. Esta laguna, obviamente, debida no a un desconocimiento o lapsus sino a la falta de claridad sobre la cuestión básica: la determinación de la jurisdicción española para conocer de dichos delitos es previa a la eventual aplicación de la ley penal española por nuestros jueces o tribunales. Ahora bien, la norma de competencia judicial debería haber sido, en orden de prioridades, la primera en ser introducida en nuestro Ordenamiento. En todo caso, esta evidente necesidad fue puesta de manifiesto durante la elaboración de la mencionada Ley Orgánica tanto en el Congreso de los Diputados como en el Senado. Esta cuestión se abordó en la Enmienda núm. 39 al señalar que: "con el texto del proyecto no se salvan los proble-

79. JUR 2005\ 121602.

80. Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros (BOE, núm. 234, 30-IX-2003, pp. 35398-35404).

81. La LO 11/2003 introdujo el párrafo 2º del art. 149 del Código Penal con la siguiente redacción: "El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a 12 años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a 10 años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz" (*ibid*).

82. Vid. La justificación de la Enmienda núm. 39 presentada por el Grupo Parlamentario Vasco que pedía la supresión del delito en el Código Penal y justificaba esta petición con los siguientes argumentos: "Se crea un delito específico de ablación del clítoris, con la misma pena que la forma en que se castiga cualquier delito de lesiones graves del 149 Código Penal. Cumple una función meramente simbólica sin ninguna eficacia práctica, puesto que el delito ya está castigado y con la misma pena" (BOCG, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, núm. 136-8, de 13 de mayo de 2003, p. 39).

mas de competencia de las mutilaciones realizadas en el extranjero (ver artículo 23 LPOJ), ya que seguirá sin ser aplicable salvo que el autor/a del delito tuviera nacionalidad española" (83).

También durante los trabajos legislativos previos a la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (84) se planteó incorporar a la misma esta regulación, pero la mayoría parlamentaria decidió posponerlo para un debate posterior.

A pesar de todas las peticiones realizados durante la tramitación de las leyes mencionadas, finalmente ni en la LO 11/2003 ni en la LO 1/2004 lograron la tan ansiada reforma de la LOPJ. En realidad la modificación se produce con la entrada en vigor de la LO 3/2005, tras su aprobación y publicación (85). Esta ley ha podido ser adoptada gracias a la audacia de un Grupo Parlamentario minoritario que presentó una Proposición no de Ley que ha dado lugar a la incorporación de una nueva letra al art. 23.4 LOPJ. Ciertamente, en el proceso de elaboración -que ha durado más de un año- en realidad ha pasado sin pena ni gloria. Sin embargo, hoy ya en el BOE y además vigente desde el día 10 de julio de 2005, debemos hacer un repaso por su elaboración y así como por sus objetivos, en definitiva, sobre cuáles son los retos perseguidos por la nueva reglamentación.

3. Puesta en marcha de la reforma

En cuanto a la elaboración, el primer paso lo dio el Grupo de Convergencia i Unió enviando el 16 de abril de 2004 al Congreso de los Diputados una Proposición de Ley (86). Dicha proposición no fue aceptada hasta el 14 de diciembre de 2004 (87) una vez que se toma en consideración llevar a cabo la reforma, en relación al tema que estamos abordando, se parte del texto de la proposición en la que se establecía que serían competentes los jueces y tribunales españoles para conocer de los litigios:

"g) Los relativos a la mutilación genital, cuando sea cometido *por personas que residen legalmente en España*".

Desde luego, esta redacción fue objeto de varias Enmiendas tanto en el Congreso como en el Senado. Desde luego la discusión sobre el tenor literal de la letra g) del art.

83. *Vid.* Nota anterior.

84. *BOE*, 29-XII-2004; corrección de errores (*Ibid.*, 12-IV-2005).

85. *Vid.* Nota 1.

86. Proposición de Ley Orgánica presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital (*BOCG. Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie B, núm. 29-1, 16 de abril 2004, pp. 1-2). Corrección de errores (*ibid.*, núm. 29-2, 26 de abril de 2004, pp. 3-4).

87. Admisión de la propuesta por 322 votos a favor y una abstención (*BOCG, Congreso de los Diputados*. Pleno y Diputación Permanente, VIII Legislatura, núm. 58, Sesión plenaria núm. 54, de 14 de diciembre de 2004, pp. 2702-2712).

23.4 LOPJ fue amplia en ambas Cámaras, es más se debatió prácticamente hasta su aprobación definitiva. Podemos apuntar que en el Senado, en el debate de la Comisión de Justicia ⁽⁸⁸⁾ se llegó a una Enmienda transaccional ⁽⁸⁹⁾, aunque el Grupo Parlamentario Socialista mantuvo su texto ⁽⁹⁰⁾, dando lugar a en el Dictamen de dicha Comisión se propusiera el siguiente tenor:

“g) Los relativos a la mutilación genital femenina, *cuando sean cometidos por personas que residan legal o ilegalmente en España*” ⁽⁹¹⁾.

En todo caso, en el seno de la Comisión de Justicia del Senado, algunos de los senadores se mostraron contrarios a que apareciese el término legal o ilegal con relación a la residencia en España, por lo que se pedía la vuelta a la redacción que había salido del Congreso de los Diputados. Durante el debate en la sesión plenaria celebrada en el Senado el 8 de junio de 2005 se pusieron de acuerdo todos los Grupos Parlamentarios para lograr un cambio en la redacción llegada del Congreso ⁽⁹²⁾, por lo que el texto final ⁽⁹³⁾ se aprobó el tenor literal de la Enmienda del Grupo Parlamentario Socialista ⁽⁹⁴⁾, y finalmente, al remitir el texto de nuevo al Congreso de los Diputados en el Pleno se aprobó por unanimidad ⁽⁹⁵⁾ con el siguiente tenor literal:

“g) Los relativos a la mutilación genital femenina, *siempre que los responsables se encuentren en España*” ⁽⁹⁶⁾.

88. *BOCG, Senado*, VIII Legislatura, Serie II, núm. 7 (c), de 30 de mayo de 2005, pp. 7-8.

89. *Cortes Generales. Diario de Sesiones. Senado. Comisión de Justicia*, VIII Legislatura, núm. 171, de 31 de mayo de 2005, pp. 11-17.

90. La Senadora del Grupo Socialista, Sra. Martínez García, en su intervención señalaba: “¿Pero por qué mantengo que es mejor la nomenclatura que viene del Congreso? Porque entiendo que cuanto menos distingamos, más capacidad de actuación tiene un tribunal cuya jurisdicción estamos declarando universal, y me parece que el hecho de que conste en los términos en que se encuentra en la ley, donde dice que se encuentre en España, es más acorde con la capacidad que estamos reconociendo a la jurisdicción española al tiempo que omitimos esa distinción entre residentes legales e ilegales por cuya experiencia de erradicación estamos pasando en este país de una forma muy reciente. A mí tampoco me parece correcto que en un texto legal con rango orgánico aparezca como categoría jurídica la residencia ilegal” (*ibid.*, p. 16).

91. *BOCG, Senado*, VIII Legislatura, Serie II, núm. 7 (d), de 3 de junio de 2005, p. 10.

92. *BOCG, Senado*, VIII Legislatura, núm. 44, de 8 de junio de 2005, pp. 2377-2384.

93. *BOCG, Senado*, VII Legislatura, Serie II, núm. 7 (e), de 14 de junio de 2005, pp. 13-14.

94. Aprobación por el Congreso de las Enmiendas presentadas en el Senado (*BOCG. Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie B, núm. 29-12, de 14 de junio de 2005, pp. 25-27). Aprobación definitiva por el Pleno del Congreso (*BOCG, Congreso de los Diputados*. Pleno y Diputación Permanente, VIII Legislatura, núm. 100, Sesión plenaria núm. 95, de 23 de junio de 2005, pp. 5055-5058).

95. Aprobación definitiva por el Pleno del Congreso por 326 votos a favor y de los 326 votos emitidos (*Ibid.*, p. 5075).

96. *BOCG. Congreso de los Diputados*, VIII Legislatura, Serie B, núm. 29-13, de 6 de julio de 2005, pp. 29-30.

4. Retos de la LO 3/2005:
¿cumplimiento de las obligaciones internacionalmente asumidas por España?

En la Exposición de Motivos de la LO 3/2005 se afirma que: “La mutilación genital femenina constituye un grave atentado contra los derechos humanos, es un ejercicio de violencia contra las mujeres que afecta directamente a su integridad como personas. La mutilación de los órganos genitales de las niñas y las jóvenes debe considerarse un trato “inhumano y degradante” incluido, junto a la tortura, en las prohibiciones del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos” (97).

Con esta Ley se trata de avanzar en la protección de los derechos de las mujeres, y en todo caso, nuestro país intenta dar cumplimiento a normas internacionalmente consagradas. En concreto, se debe aludir a la obligatoriedad para nuestro país de la Convención de las Naciones Unidas para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. En concreto, su art. 2.f) prevé que los Estados parte adopten medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan una discriminación contra las mujeres (98). Y, también, debemos tener presentes otros avances realizados en el ámbito internacional (99). Entre los mismos se debe destacar la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de violencia contra la mujer, aprobada por su Asamblea General mediante la Resolución 48/104 de 20 de diciembre de 1993, señala expresamente la responsabilidad de los Estados y de la Comunidad internacional en la protección de los derechos humanos de las mujeres. Dicha Declaración contribuye a precisar el alcance de la noción de violencia, entendiendo por tal “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada” (art. 1). Para la determinación de los actos que son constitutivos de violencia, el art. 3 dispone que: “A tal efecto, se enten-

97. BOE, núm. 163, 9-VII-2005, p. 24457. Un tema a resaltar por su trascendencia actual, es de la trata de personas, por ello, para el desarrollo de la Convención sobre delincuencia transnacional se elaboró el Segundo Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000 (BOE, 11-XII-2003, pp. 44083-44089). El presente Protocolo entró en vigor de forma general y para España el 25 de diciembre de 2003. Con respecto a este texto y a la Directiva podemos ver (RED ACOGE.: *Esclavas en tierra de nadie. Acercándonos a las víctimas de trata de mujeres*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría General de Políticas de igualdad, Instituto de la Mujer, 2005).

98. El Convenio para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Mujeres hecho en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, en vigor desde el 3 de diciembre de 1981, ha sido ratificado por España el 5 de enero de 1984 (BOE, 21-III-1984). Este texto convencional es de obligatorio cumplimiento para más de ciento cincuenta Estados. El Convenio, en su art. 1, define lo que ha de entenderse por no discriminación, señalando que: “Para los efectos de la presente Convención, la expresión discriminación contra la mujer denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.

99. Para un examen de la evolución de las normas internacionales, comunitarias y españolas de protección de la mujer (Vid. M^a.D. Adam Muñoz, “Inmigración y violencia doméstica”, *Actualidad Penal*, núm. 34, 2002, pp. 865-900).

derá que la violencia contra la mujer abarca la violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, *la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer*, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación...”.

Finalmente, en la propia Exposición de Motivos, se hace referencia al Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (Cairo, 1994) y al Programa de Pekín (1995). Con respecto a este último se está haciendo alusión a la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer que tuvo lugar en Pekín (Beijing), 4-15 de septiembre de 1995 (China). En ambos Programas se incluyen recomendaciones a los Estados a fin de erradicar las mutilaciones genitales femeninas y para modificar los comportamientos sociales y culturales y acabar así con los prejuicios y prácticas lesivos para las personas. En concreto, en el párrafo 232 (d) de la Plataforma de acción de Beijing, se instaba a los Estados a “... revocar cualesquiera leyes restantes que discriminen por razón de sexo” y a derogar “toda ley discriminatoria antes del 2005” ⁽¹⁰⁰⁾.

El hecho de que las mutilaciones sexuales sean una práctica tradicional en algunos países de los que son originarios los inmigrantes de los países de la Unión Europea, no puede considerarse una justificación para no prevenir, perseguir y castigar semejante vulneración de los derechos humanos. En todo caso, España con la LO 3/2005, como el resto de los Estados miembros de la Unión Europea, cuyas Constituciones reconocen el derecho a la integridad personal, tanto física como mental, como un derecho fundamental, trata de poner fin al fenómeno de exportación de la práctica de mutilaciones genitales femeninas, de personas procedentes de países donde estas prácticas constituyen una costumbre tradicional aún en vigor. Por ello, el primer objetivo concreto que pretende la nueva redacción del art. 23.4.g) LOPJ es que la práctica de la mutilación genital se pueda perseguir por las autoridades judiciales españolas, aún cuando se realiza en el extranjero incluso por extranjeros. Y ello, con la finalidad de lograr una mejor defensa de los derechos humanos de las mujeres y de las niñas. Por tanto, aquellas personas que vienen a España en el caso de haber cometido este delito en el extranjero, pueden ser perseguidas cuando se encuentren en nuestro país, incluso aunque meramente estén en tránsito hacia otro Estado. Es decir, que aquellos que vengan a España, en tanto no esté prescrita la comisión del delito con arreglo a la ley española, pueden ser sometidos al enjuiciamiento penal español. En definitiva, se trata de perseguir extraterritorialmente a los que cometen este delito, que es absolutamente abominable y no podemos más que definir de práctica de tortura. Frente a otras prácticas clásicas de tortura que se producen con la intervención

100. En la Declaración de Beijing los Gobiernos reafirman su compromiso de defender los derechos y la dignidad humana e intrínseca de las mujeres y los hombres... (punto 8), están convencidos de que “los derechos de la mujer son derechos humanos” (punto 14) y están decididos a “prevenir y eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas” (punto 29).

de las autoridades o sus agentes, aquí resulta -y ello lo hace más dramático- que en su práctica o en su colaboración tienen que ver particulares y allegados a alguien que está en una situación de desamparo, como son las niñas. No perdiendo de esta forma la perspectiva de que hay muchas clases de violencia sobre las mujeres y ésta, la mutilación genital, es una de ellas.

Las buenas prácticas judiciales o de la fiscalía para prevenir la comisión de la mutilación genital femenina, que hemos apuntado al principio de este comentario, se ven respaldadas hoy a nivel legislativo al permitir que nuestros jueces y tribunales no dejen impune dicho delito una vez cometido, incluso en el extranjero. En todo caso, este cambio legal para que pueda representar un papel fundamental, debe ir acompañado de una amplia difusión entre los interesados y los responsables de educación, de sanidad y de inmigración que están en contacto con los colectivos afectados.

Además, el análisis que hemos hecho debe romper el tópico de que la inmigración es masculina, pues siguiendo las cifras de la ONU el 51 % de la población inmigrante son mujeres. Desde luego, la inmigración femenina quiere hacerse visibles y romper viejos tópicos, para ello es necesario que las acciones políticas tengan en cuenta “esta mirada particular” para “reducir el estereotipo uniformador” del hecho de la inmigración y evitar la discriminación. En todo caso, debemos felicitarnos por la entrada en vigor del art. 4 de Ley 27/2005, de 30 de noviembre, de fomento de la educación y la cultura de la paz, que impone al Gobierno español “Promover las acciones y actuaciones necesarias para desarrollar los contenidos de las Convenciones internacionales sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial, discriminación contra la mujer y discriminación derivada de la orientación sexual” (101).

Y en todo caso, nuestro país debe tener muy presente las propuestas hechas tanto a nivel de Organizaciones internacionales como de la propia UE. En primer lugar, se debe tomar en consideración la recomendación hecha por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas, tras apuntar que: “la inmigración en España se ha cuadruplicado desde 1999, al Comité le preocupan las múltiples formas de discriminación de que pueden ser objeto las inmigrantes mujeres, incluso las indocumentadas, por parte de las autoridades públicas, los empleadores privados y otras personas, así como sus dificultades para integrarse en la sociedad española”. Por ello, “el Comité insta al Estado Parte –España- a que adopte medidas eficaces para eliminar la discriminación contra las inmigrantes mujeres, tanto dentro de las comunidades de inmigrantes como en la sociedad en general, y a que garantice que esas mujeres sean informadas de los servicios sociales y recursos legales de que disponen y reciban apoyo para tener acceso a esos servicios y recursos”¹⁰². Por otra parte, se debe tomar en cuenta la recientemente aprobada

101. *BOE*, 1-XII-2005, p. 39419.

102. Asamblea General de Naciones Unidas, “Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer”, 30º período de sesiones (12 a 30 de enero de 2004) y 31º período de sesiones (6 a 23 de julio de 2004), Documentos Oficiales. Quincuagésimo noveno período de sesiones. Suplemento No. 38 (A/59/38), núm. 338 y 339, pp. 160-161).

Resolución del Parlamento Europeo de 19 de enero de 2006 sobre el futuro de la Estrategia de Lisboa desde la perspectiva de género (2004/2219 (INI)) que parte del hecho de que por el momento la perspectiva de género está bastante ausente de las políticas de integración. Y, para tratar de erradicar esta falta en el Considerando M de la mencionada Resolución se apunta que: "Considerando que, en tanto que la integración efectiva y responsable de los inmigrantes en el mercado de trabajo y en la sociedad es uno de los factores clave para alcanzar los objetivos de Lisboa, la perspectiva de género está bastante ausente de las políticas de integración, lo que impide utilizar plenamente el potencial de las inmigrantes en el mercado de trabajo". Por ello, en el punto 6 se afirma expresamente que: "Pide a los Estados miembros que tengan en cuenta la perspectiva de género en las políticas de integración de los inmigrantes a fin de utilizar plenamente el potencial de las mujeres inmigrantes en el mercado de trabajo y contribuir de esta forma a lograr los objetivos de Lisboa".

IV. BIBLIOGRAFIA

ABELLÁN GARCÍA, Cl.: *Manual sobre violencia contra las mujeres. Guía de Información para la mujer en situación de abuso*, Valencia, Generalitat Valenciana. Consellería de Benestar Social, 2001.

ACALE SÁNCHEZ, M.: *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Valencia, 2000.

ADAM MUÑOZ, M^a.D.: *La protección de los Derechos de las mujeres en una sociedad multicultural, Córdoba/Sevilla*, Universidad de Córdoba e Instituto Andaluz de la mujer, 2001.

☞ "Inmigración y violencia doméstica", *Actualidad Penal*, núm. 34, 2002, pp. 865-900.

☞ *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde la perspectiva del derecho internacional privado*, Córdoba, Junta de Andalucía (Instituto Andaluz de la Mujer) y Universidad de Córdoba, 2003.

☞ "La importancia de la normativa de extranjería en el acceso de las mujeres inmigrantes extranjeras al mercado laboral español", FERNÁNDEZ LE GAL, A. y GARCÍA CANO, S. (Dir.), *Inmigración y Derechos de los extranjeros*, Córdoba, Servicio de Publicaciones, 2005, pp. 105-152.

AGUELO NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: *V Curso de iniciación a la práctica de Derecho de Extranjería, Valladolid*, Lex Nova, octubre 2005-mayo 2006.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: *Nacionalidad y Emigración*, Madrid, La Ley, 1990.

☞ "Algunas reflexiones urgentes relativas a la reagrupación familiar en el Derecho Comunitario (A propósito de la publicación de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre derecho el derecho a la reagrupación familiar" (http://www.icam.es/aula_migración.htm/doctrinacientifica/revista).

☞ "Derecho a residir en España de los ascendientes de los no nacionales: de la flexibilidad de la jurisprudencial del TJCE y del TS a la rigidez de la normativa vigente y futura", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 9, julio 2005, pp. 9-43.

☞ "Régimen aplicable a los extranjeros comunitarios y asimilados", SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a.A. (Coord), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y juris-*

prudencial del Régimen jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y Formularios), Murcia, Diego Marín Librero Editor, 2005, pp. 105-157.

- ↔ "Competencia judicial internacional de los jueces y tribunales españoles para conocer de los delitos de mutilación genital femenina aunque se cometan en el extranjero: la nueva redacción del art. 23.4.g) LOPJ", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería. Derecho de las personas en movimiento transnacional*, núm. 9, julio 2005, pp. 223-237.
- ↔ "La reagrupación familiar como vehículo de integración", E. Álvarez Conde y E. Pérez Martín (Dir.), *Estudios sobre Derecho de Extranjería*, Madrid, Instituto de Derecho Público, 2005.
- ↔ *La trasposición de directivas UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración*, Barcelona, Documentos CIDOB, Serie Migraciones, núm. 8, febrero 2006.

ARENAS GARCÍA, R.: "La nueva redacción del artículo 107 del Código civil", *FEDI*, vol. 56, 2004-1, pp. 205-224

ASÍN CABRERA, M.A.: "Una variable singular de extranjería en España: La situación y protección jurídica de las mujeres inmigrantes embarazadas y de los nacidos en territorio español", *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 18, noviembre 2001, pp. 79-97.

BEDOYA, M^a.H.: "Mujer extranjera: una doble exclusión. Influencia de la ley de extranjería sobre las mujeres inmigrantes", *Papers*, 60, 2000, 242-256.

BEJERANO GUERRA, F.: "Ley integral contra la violencia de género (I). Reformas penales", *Iuris. Actualidad y Práctica del Derecho*, núm. 94, mayo 2005, pp. 51-59.

BELGRANO LEDESMA, M.: "Ley integral contra la violencia de género (II). Vínculos con el Derecho de extranjería", *Iuris. Actualidad y Práctica del Derecho*, núm. 95, junio 2005, pp. 41-45.

BENDRELL, C.: "La violencia doméstica en el mundo", *Violencia doméstica: su enfoque en España y en el Derecho comparado*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Editorial del Consejo General del Poder Judicial, 2005, pp. 241-250.

BERNARDO RODENAS, S.: "Mujer e Inmigración", *Aequalitas, Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, núm. 6, enero-abril 2001.

- BONILLA CORREA, J.A.:** "La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica y de género", *BIMJ*, núm. 2002, 2005, pp. 4829-4862.
- BOSCH FIOL, E. y FERRER PÉREZ, V. A.:** "La violencia de género. De cuestión privada a problema social", *Rev. De Igualdad y calidad de vida*, vol. 9, núm. 1, pp. 7-19.
- BUSTELO RUESCA, M. y LOMBARDO, E.:** "Mainstreaming" de género y análisis de los diferentes "marcos interpretativos" de las políticas de igualdad en Europa: el proyecto MAGEEQ", *AequAlitaS (Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres)*, núm. 17, 2005, PP. 15-26.
- CALVO BABIO, F.:** "Reforma del artículo 107 del Código Civil: divorcio, separación y nulidad "internacional", *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, núm. 86, 2004, pp. 48-63.
- CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.:** "El divorcio internacional y el nuevo artículo 107.2 del Código Civil", *La Ley*, núm. 6024, 24 de mayo de 2004, pp. 1-6; *ibid*, núm. 6025, 25 de mayo de 2004, pp. 1-6.
- CAMPUZANO DÍAZ, B.:** "Consideraciones acerca de la reforma del artículo 107 del Código Civil", A.L. CALVO CARAVACA y CASTELLANOS RUIZ, E. (Dir.): *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: Aspectos Internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 177-192.
- CANEDO ARRILLAGA, M^a. P.:** "Reflexiones sobre la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados en la Unión Europea", A-L. CALVO CARAVACA y CASTELLANOS RUIZ, E. (Dir.): *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: Aspectos Internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 193-211.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.:** "Crisis matrimoniales internacionales: Foro de necesidad y derecho extranjero", *REDI*, vol. 56, 2004-1, pp. 225-250
- CASTRO-RIAL GARRONE, F.:** "Los derechos de las personas en situación vulnerable: mujeres, niños, inmigrantes", VVAA.: *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Madrid, 2002.
- CORTÉS BECHIARELLI, E.,** *El delito de malos tratos familiares. Nueva regulación*, Madrid, 2000.
- CUADRA FERNÁNDEZ, L.:** "Derecho a la reagrupación familiar en la legislación española", *AequAlitaS (Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres)*, núm. 6, enero-abril 2001.

- DE CASTRO SÁNCHEZ, Cl.:** "Nuevas formas de esclavitud: mujeres inmigrantes y trabajo doméstico. Comentario de la Sentencia del TEDH, Siliadin c. Francia, de 26 de julio de 2005", *Revista General de Derecho europeo*, núm. 8, octubre de 2005.
- DE VAL TENA, A.L.:** "Poligamia y pensión de viudedad: a propósito de la "extensión" del concepto de beneficiario. Comentario a la STSJ de Galicia 2 abril 2002", *Actualidad Laboral*, núm. 3, Semana del 13 al 19 enero 2003, pp. 47-58.
- ↔ "Matrimonio poligámico y pensión de viudedad: comentario a la STSJ de Galicia de 2 de abril de 2002", *AequAlitaS (Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres)*, núms. 10-11, 2002, pp. 68-70.
- DIAGO DIAGO, M^a.P.:** "La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad", A.L. CALVO CARAVACA y CASTELLANOS RUIZ, E. (Dir.): *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: Aspectos Internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 271-294.
- ELOSEGUI, M., GONZÁLEZ. CORTÉS, M. T. y GAUDÓ, C. (Eds.):** *El rostro de la violencia: más allá del dolor de las mujeres*, Barcelona, 2002.
- ESPINAR VICENTE, J.M.:** "Sobre la urgente necesidad de reformar la regulación jurídica del matrimonio", *Actualidad Civil*, núm. 19, Semana del 5 al 11 de mayo de 2003, pp. 477-493.
- FUENTES SORIANO, O.:** "La constitucionalidad de la Ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género", *La Ley*, núm. 6362, 18 de noviembre de 2005.
- GARCÍA CALDERÓN, J.:** "Maltrato e inmigración ilegal", Comunicación presentada en el *Seminario de Derecho Comparado sobre maltrato familiar*. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Octubre de 2001.
- GASPAR BLANCH, R.A.:** "Violencia doméstica y la mujer inmigrante", *Boletín Aranzadi Penal*, núm. 1/2003.
- GASPAR BLANCH, R.A.:** "La violencia habitual en el ámbito familia", *Rev. Aequalitas*, núm. 9, 2002, pp. 33-39.
- HERNÁNDEZ CABALLERO, M^a.J.:** "Virtualidad actual del principio de equiparación de status del extranjero nacional ante los derechos civiles", *La Ley*, núm. 6266, de 2 de junio de 2005, pp. 1-4.

- HERRERO MORENO, M.:** "Multiculturalismo y tutela penal: a propósito de la problemática sobre mutilación genital femenina", *Revista de Derecho Penal*, núm. 5, 2002, pp. 49-86.
- LOMBARDO, E.:** "El mainstreaming: la aplicación de la transversalidad en la Unión Europea", *AequAlitaS (Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres)*, núm. 13, 2003, pp. 6-11.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, M^a. L.:** "El inmigrante irregular. Especial referencia a la mujer inmigrante objeto de explotación sexual", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 23, núm. 68, (mayo-agosto 2003), pp. 265-282.
- MORENO CARRASCO, F.:** "Extranjeros emigrantes y prostitución. Ideas "criminológicas". Realidades delictivas", PALOMAR OLMEDA, A. (Coord.): *El tratamiento de género en el ordenamiento español (Una visión multidisciplinar del tratamiento de la mujer en los distintos ámbitos sociales)*, Valencia, CCOO-Tirant lo blanch, 2005, pp. 58-646).
- MOYA ESCUDERO, M.:** "El Derecho a la reagrupación familiar en la Ley de extranjería", núm. 4982, de 1 de febrero de 2000, pp. 1-8.
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES:** *Anuario Estadístico de Extranjería 2004*, Madrid, Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, Observatorio Permanente de la Inmigración, 2005.
- NACIONES UNIDAS.:** "Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer", 30º período de sesiones (12 a 30 de enero de 2004) y 31º período de sesiones (6 a 23 de julio de 2004), Documentos Oficiales. Quincuagésimo noveno período de sesiones. Suplemento No. 38 (A/59/38).
- ↔ "Estudio Mundial sobre el Papel de la Mujer en el Desarrollo. Informe del Secretario General. Adición: La mujer y la migración internacional", Asamblea General, Quincuagésimo noveno período de sesiones. Tema 89 b) del programa. Erradicación de la pobreza y otras cuestiones de desarrollo: la mujer en el desarrollo, 30 de septiembre de 2004, pp. 1-100.
- OLMEDO CARDENETE, M.:** *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico: análisis teórico y jurisprudencial*, Barcelona, 2001.
- PALAO MORENO, G.:** "La separación y el divorcio de extranjeros en España: entre su integración y el respeto de su identidad cultural", *Actualidad Civil*, núm. 15 (2001), pp. 529-576.

- PARELLA RUBIO, S.:** *Mujer, inmigrante y trabajadora: la triple discriminación*, Anthropos Editorial, 2004.
- PALOMAR OLMEDA, A. (Coord.):** *El tratamiento de género en el ordenamiento español (Una visión multidisciplinar del tratamiento de la mujer en los distintos ámbitos sociales*, Valencia, CCOO-Tirant lo blanch, 2005.
- PÉREZ CEPEDA, A.I.:** *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal: Ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de integración social de los extranjeros*, Granada, Comares, 2004.
- PUNZÓN MORALEDA, J. y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Fr.:** "El velo islámico - hiyab- como elemento de debate en torno a los derechos fundamentales y la Constitución Europea", *Revista General de Derecho europeo*, núm. 8, octubre de 2005
- QUIÑONES ESCÁMEZ, A.:** "La disolución del matrimonio: especial referencia al repudio islámico", *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Madrid, Cuadernos de Derecho judicial, 2002-VIII, pp. 261-342.
- ↔ "Limitaciones infundadas al *ius nubendi*: El repudio revocable. En torno a la Resolución de la DGRN de 4 de junio de 2001, sobre autorización de matrimonio civil", *Derecho registral Internacional. Homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003, pp. 297-304.
- ↔ "La reception du nouveau Code de la Famille Marocain (Moudawana, 2004) en Europe", *Riv. dir. int. pr. proc.*, 2004-3, pp. 877-900.
RED ACOGE.: *Esclavas en tierra de nadie. Acercándonos a las víctimas de trata de mujeres*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría General de Políticas de igualdad, Instituto de la Mujer, 2005.
- RIBAS, N., ALMEDA, E. y BODELÓN, E.:** *Rastreado lo invisible: Mujeres extranjeras en la cárceles*, Madrid, Anthropos, 2005.
- RODRÍGUEZ PALOP, M^a.E., CAMPOY CERVERA, I., y REY PÉREZ, J.L. (Ed.):** *Desafíos actuales a los derechos humanos. La violencia de género, la inmigración y los medios de comunicación*, Madrid, Universidad Carlos III-Dykinson, 2005.
- ROLDÁN BARBERO, H.:** "La mujer como víctima de delitos. La influencia del pensamiento feminista en el Derecho Penal y la Criminología", *Perspectivas sociales y jurídicas de la mujer: del presente hacia el futuro*, Ed. M. J. PORRO HERRERA y M. D. ADAM MUÑOZ, Córdoba, 2000, pp. 176-177.

- SALAZAR BENÍTEZ, O.:** "Las mujeres en la Constitución Europea", ADAM MUÑOZ, M^a.D. y BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I.: *Nacionalidad, extranjería y ciudadanía de la Unión Europea*, Madrid, Colex, 2005, pp. 199-228.
- SAURA ALBERDI, B.:** "Aspectos civiles de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica", *La Ley*, núm. 5925, 2 de enero de 2004.
- SIPI, R. y ARAYA, M.:** *Mujeres Inmigrantes*, Barcelona, Institut Català de la Dona (ICD) de la Generalitat, octubre 2005.
- SOLANA RUIZ, J.L.:** *Prostitución, tráfico e inmigración de mujeres*, Granada, Comares, 2003.
- TOMÁS ORTÍZ DE LA TORRE, J.A.:** "Ante la anunciada reforma del artículo 107 del Código Civil", *Actualidad Civil*, núm. 3, semana del 13 al 19 de enero 2003, pp. 75-97.
- TRINIDAD GARCÍA, M^a.L.:** "La reforma del artículo 107 del Código Civil", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería. Derecho de las personas en movimiento transnacional*, núm. 4, noviembre 2003, pp. 141-159.
- UGT.:** "Mujeres inmigrantes: factores de exclusión e inserción en una sociedad multiétnica. La situación en España", febrero de 2001 (*Vid. <http://www.ugt.es>*).
- VICENTE, T.L.:** "La importancia de los flujos migratorios de mujeres", *Migraciones. Observación y análisis de tendencias contemporáneas, Conferencia internacional*, celebrada en Bilbao del 31 al 2 de junio, Observatorio Vasco de la Inmigración,

V. ANEXO LEGISLATIVO

1. Normas internas españolas aplicables a las inmigrantes nacionales de terceros países

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de Diciembre.

Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros.

Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Instrucción número 14/2005, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre actuación de dependencias policiales en relación con mujeres extranjeras víctimas de violencia doméstica o de género en situación administrativa irregular (Ministerio del Interior. Secretaria de Estado de Seguridad. Secretario de Estado).

Real Decreto 1452/2005, de 2 de diciembre, por el que se regula la ayuda económica establecida en el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

2. Instrucción número 14/2005, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre actuación de dependencias policiales en relación con mujeres extranjeras víctimas de violencia doméstica o de género en situación administrativa irregular (Ministerio del Interior. Secretaría de Estado de Seguridad. Secretario de Estado ⁽¹⁰³⁾).

La complejidad y gravedad del fenómeno de la violencia de género y doméstica en nuestro país ha sido abordada por el legislador a través de sucesivas reformas legales, realizadas en los últimos años, que han culminado con la de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, Ley Integral), que ha entrado en vigor en su totalidad el día 29 de junio de 2005.

El artículo 17 de la Ley Integral garantiza los derechos reconocidos en ella a todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

El artículo 31, referido específicamente a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, establece que, en su actuación, éstas habrán de tener en cuenta el Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los Órganos Judiciales para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género, y el artículo siguiente señala que los planes de colaboración de los poderes públicos y los protocolos de actuación que los desarrollen han de contemplar la situación de las mujeres que puedan tener mayor riesgo de sufrir la violencia de género o mayores dificultades para acceder a los servicios previstos en esa Ley, entre las cuales se cita a las inmigrantes.

Esta misma sensibilidad y especial protección hacia las mujeres inmigrantes víctimas de la violencia de género y doméstica, ha sido recogida por el legislador de extranjería, respecto de las que no se hallan regularmente en nuestro país, estableciendo la posibilidad de obtener autorizaciones de residencia temporal que podrán solicitar cuando se haya dictado en su favor una orden judicial de protección (artículo 46.3 del Reglamento de Extranjería, en relación al 45.4.a), in fine, del mismo y con el art. 31.3 de la Ley).

Por otra parte, la obligación del funcionario policial de dar cumplimiento a lo dispuesto en Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y en la propia normativa de extranjería conlleva igualmente la apertura de procedimiento

103. Esta Instrucción ha sido objeto de múltiples críticas, por ello se ha solicitado su sustitución o su retirada. En concreto la sustitución se ha sido pedida por la Comisión Mixta de Derechos de la Mujer y de la Igualdad de Oportunidades adoptó el acuerdo de enviar a la Mesa del Congreso la Proposición no de Ley relativa a mujeres inmigrantes víctimas de violencia doméstica presentada por el Grupo Parlamentario Mixto (*BOCG. Sección Cortes Generales, VIII Legislatura, Serie A, núm. 208, de 2 diciembre 2005, p. 2*). Por su parte, Amnistía ha solicitado directamente su retirada (*Vid. Nota 37*).

sancionador en los supuestos de estancia irregular, por lo que se impone la necesidad de conjugar los intereses protegidos por el legislador en ambos casos y, a la vez, dar cumplimiento a lo establecido en las citadas disposiciones legales, cuando comparezcan ante las dependencias policiales mujeres extranjeras para denunciar haber sufrido actos de violencia de género y, como consecuencia de su identificación por el funcionario policial que las asista, se ponga de manifiesto su situación irregular en nuestro país.

Es obvio que, en estas situaciones, el interés prioritario e inmediato que ha de ser atendido por el funcionario policial no es otro que el de proporcionar a la víctima la asistencia y protección que pueda demandar o necesitar, así como informarle de sus derechos y tramitar las diligencias policiales a la autoridad judicial -entre las cuales se incorporará la solicitud de orden de protección que se formule-, poniendo un especial cuidado en informarle de forma clara y accesible de su derecho a solicitar la autorización de residencia temporal, tan pronto como le sea concedida la medida judicial de protección.

En cuanto al cumplimiento por los funcionarios policiales de las obligaciones que la normativa de extranjería les impone al hallarse ante una supuesta infracción a esta normativa, con objeto de garantizar a la víctima los derechos que le reconocen la Ley Integral y el Reglamento de Extranjería y evitarle en la medida de lo posible una mayor victimización, parece necesario que la apertura y, posteriormente, la tramitación del expediente sancionador queden en suspenso, en tanto se dictan la resolución judicial sobre la orden de protección y la resolución administrativa sobre la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, respectivamente.

En consecuencia esta Secretaría de Estado de Seguridad, considera oportuno dictar la presente

☞ INSTRUCCIÓN

Cuando una mujer extranjera se presente en las dependencias policiales a denunciar la situación de violencia de género que padece y, como consecuencia de su identificación, se aprecie que se encuentra en situación irregular en España, se seguirán las siguientes **ACTUACIONES**:

1. Con carácter prioritario se prestará a la denunciante las medidas de asistencia y protección que por su propia situación fueren necesarias o pudiese demandar, tramitándose las correspondientes diligencias policiales dirigidas a la Autoridad Judicial por la infracción penal denunciada. La actuación policial se ajustará a lo dispuesto en el "Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los Órganos Judiciales para la protección de las víctimas de violencia de género".

Especialmente, se informará a la víctima, de forma clara y accesible, del derecho que le asiste a solicitar a la Autoridad Judicial la adopción de alguna o algunas de las medidas de protección o seguridad que la legislación contempla, entre ellas, la orden de protección, a cuyo fin se cumplimentará el modelo de dicha solicitud.

También se le informará de su derecho a solicitar la autorización de residencia temporal tan pronto como le sea concedida dicha medida por el Juez.

2. Una vez que se haya proporcionado a la víctima la asistencia y protección adecuada y finalizadas las actuaciones de índole penal, el funcionario actuante comunicará, al responsable de la Dependencia policial o a aquél en quien haya delegado, el hecho concreto de la denuncia y la solicitud de orden de protección que hubiese formulado la interesada, así como la situación administrativa de la denunciante en España.

3. El titular de la Dependencia policial o aquél en quien hubiese delegado, a la vista de la comunicación del funcionario, procederá a dictar acuerdo por el que se disponga la Práctica de Actuaciones Previas a la incoación de expediente sancionador, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 114 del Reglamento de ejecución de la Ley de Extranjería, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, conforme al modelo que se adjunta como Anexo I.

4. La resolución que la Autoridad Judicial haya dictado resolviendo la solicitud de Orden de Protección, una vez se tenga constancia de la misma en la Dependencia policial, conllevará la finalización de las Actuaciones Previas, salvo que se considere preciso realizar otras actuaciones preliminares. Finalizadas esas actuaciones, el órgano competente, a la vista de la resolución judicial indicada, dictará, en caso de Acuerdo de Iniciación de expediente sancionador, en alguno de los siguientes sentidos:

4.1. Si la resolución de la Autoridad Judicial acordó NO ADOPTAR MEDIDA DE PROTECCIÓN ALGUNA, el Acuerdo de Iniciación contendrá las menciones establecidas en el artículo 131 del Reglamento de ejecución de la Ley de Extranjería, siguiéndose el expediente por el procedimiento preferente, a cuyo fin podrá tomarse como modelo el elaborado y remitido por la Comisaría General de Extranjería y Documentación, a todas las unidades policiales en el Manual de Procedimientos.

4.2. Si la resolución de la Autoridad Judicial acordó ADOPTAR ALGUNA MEDIDA DE PROTECCIÓN, se demorará durante el plazo de UN MES, desde que la Dependencia tenga constancia de la misma, la medida de dictar Acuerdo de Iniciación del procedimiento sancionador, con el fin de constatar si durante dicho período la interesada ha formulado o no solicitud de residencia temporal por circunstancias excepcionales, en aplicación de lo establecido en el artículo 46.3 del Reglamento de Extranjería. En este caso, se puede dar uno de los siguientes supuestos:

4.2.1. Que la interesada HAYA PRESENTADO LA SOLICITUD DE RESIDENCIA TEMPORAL EXCEPCIONAL, en cuyo caso se dictará Acuerdo de Iniciación del procedimiento sancionador, conforme el modelo que se adjunta como Anexo II. En este caso, como consta en el Anexo, se suspenderá, tanto el plazo para que la interesada formule alegaciones, como la prosecución del propio procedimiento, quedando a resultas de la decisión que se pueda adoptar sobre la petición de residencia temporal:

- Si la resolución concede la autorización de residencia, se reabrirá y proseguirá el procedimiento, en el cual el instructor formulará propuesta de resolución sustituyendo la de expulsión por la de multa, cuya cuantía será la inferior de las señaladas como posibles por la ley para la infracción cometida.
- Si la resolución es denegatoria, se levantará la suspensión del procedimiento, prosiguiéndose su tramitación, en la cual el instructor formulará propuesta de resolución de expulsión, salvo que el instructor aprecie otras circunstancias que aconsejen la propuesta de multa.

En todos los casos se dictará expresamente y notificará la propuesta de resolución, concretando la sanción que se propone como de imposición procedente al órgano resolutor, todo ello independientemente de la resolución que pueda adoptar la Autoridad Gubernativa competente.

- Si al levantar la suspensión del procedimiento se apreciara que éste ha caducado, se reiniciará, aplicando los criterios establecidos en este apartado en lo referente a la propuesta de resolución.

4.2.2. Que la interesada NO HAYA PRESENTADO LA SOLICITUD DE RESIDENCIA TEMPORAL EXCEPCIONAL, en cuyo caso se dictará Acuerdo de Iniciación del procedimiento sancionador, conforme el modelo que se adjunta como Anexo 111. Si durante la tramitación de este procedimiento existe constancia de que la interesada ha presentado la solicitud de residencia temporal excepcional, se actuará conforme al punto anterior.

La presente Instrucción entrará en vigor tan pronto sea recibida por sus destinatarios.

Los destinatarios difundirán la presente Instrucción con la mayor publicidad en sus unidades, a fin de que alcance la máxima eficacia.

Madrid, a 29 de julio de 2005

EL SECRETARIO DE ESTADO DE SEGURIDAD
Antonio Camacho Vizcaíno

ANEXO I ACUERDO DE ACTUACIONES PREVIAS

Vista la denuncia, formulada por el funcionario del Cuerpo Nacional de Policía con carné profesional número _____, atendiendo a los hechos que en la misma se mencionan y que son:

1. (Se hará una breve descripción del delito denunciado, de la solicitud de protección, con referencia al nº de atestado, así como del hecho de que la denunciante no presentó documentación que acredite que se halle en situación regular en España).

2. Dado el contenido de los hechos transcritos, en uso de las facultades que le son conferidas, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 114 del real Decreto 393/2004, de 30 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social,

ACUERDO

Que se realicen actuaciones previas a la iniciación del procedimiento sancionador con el fin de poder determinar, con carácter preliminar, si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación, y que se orientarán a determinar las circunstancias relevantes que concurren en la persona indicada, en especial, la resolución inicial que pueda dictarse sobre la petición de orden de protección y cuantas otras fueren e interés.

Nombrar a los funcionarios con carnés profesionales números y Instructor y Secretario, respectivamente, para la práctica de las presentes actuaciones.

Lugar, fecha y firma

ANEXO II ACUERDO DE INICIACIÓN

Vista la denuncia, formulada por el funcionario del Cuerpo Nacional de Policía con carné profesional número , atendiendo a los hechos que en la misma se mencionan y que son:

1. (Breve descripción del delito denunciado, de la solicitud de protección, con referencia al nº de atestado, así como del hecho de que la denunciante no presentó documentación que acredite que se halle en situación regular en España).

2. Que por resolución de este órgano de fecha _____ se acordó la práctica de Actuaciones Previas al presente procedimiento, resultando de las mismas que el Titular del Juzgado de _____ (Violencia Sobre la Mujer o Juzgado de Instrucción) número: _____ de _____ dictó, con fecha _____, Resolución por la que adoptaba la Orden de Protección a favor de la denunciante consistente en _____ Resolución en base a la cual, la interesada, con fecha _____ presentó ante (la Delegación o Subdelegación del Gobierno de _____), solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales en aplicación de lo dispuesto en el artículo 46.3 del Reglamento de ejecución de la Ley de extranjería aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

3. Los expresados hechos pudieran ser constitutivos de la infracción administrativa prevista en el artº 53, letras a), de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la LO. 8/2000, de 22 de diciembre, que establece: (Transcribir el apartado correspondiente).

4. Que, de los mismos hechos la persona presuntamente responsable es la anteriormente indicada: (nombre y demás datos y circunstancias personales de la expedientada).

5. En atención a los hechos expuestos y el precepto supuestamente infringido, la sanción que puede llegar a imponerse es la de multa o expulsión del territorio nacional que conllevará el efecto de prohibirle la entrada en España por un período mínimo de tres años y máximo de diez, de conformidad con el art. 57.1 en relación con el 58.1, de la expresada LO.4/2000, modificada por la LO. 8/2000.

Prohibición de entrada que será extensiva por el expresado plazo a los territorios de Francia, Alemania, Portugal, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Italia, Austria, Grecia, Finlandia, Dinamarca, Suecia, Noruega e Islandia, de conformidad con el artº 96 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen.

6. Los derechos que, de conformidad con el arto 22.1 de la LO. 4/2000 modificada por LO. 8/2000, le asisten a la expedientada son el de la asistencia jurídica gratuita así como el de intérprete, si no comprende o habla el castellano.

7. El Órgano competente para la dictar la resolución definitiva del presente procedimiento, es el (Delegado o Subdelegado del Gobierno correspondiente). conforme el art. 55.2 de la LO. 4/2000 modificada por LO. 8/2000, Y artículo 119 de su Reglamento de ejecución, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

Vistos los hechos expresados, las investigaciones practicadas y los preceptos reseñados y demás de general y pertinente aplicación, en uso de las facultades que me confiere artículo 115.2 del citado R.D. 2393/2004, de 30 de diciembre,

ACUERDO

I. La iniciación del procedimiento administrativo sancionador conforme a los trámites previstos en el artículo 130 y siguientes del Real Decreto 2393/2004, de 30 (diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, (derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social).

Adviértase a la interesada de que, de conformidad con lo establecido en el artículo 63.2 de la Ley Orgánica citada dispone de un plazo de CUARENTA y OCHO HORAS desde recepción del presente acuerdo para aportar cuantas alegaciones, documentos o información estime convenientes y, en su caso, proponer prueba concretando los medios de que pretenda valerse, significándole que de no efectuar alegaciones sobre el contenido de este acuerdo en dicho plazo o si no se admitiesen por improcedentes o innecesarias, de forma motivada, por el instructor las pruebas propuestas, sin cambiarse la calificación de los hechos, el presente acuerdo de iniciación será considerado como propuesta de resolución con remisión a la autoridad competente para resolver.

II. La suspensión del cómputo del inicio del plazo referido en el punto anterior, en atención a los hechos que concurren en el presente supuesto, transcritos en el punto 2, así como la suspensión del presente procedimiento sancionador, quedando el mismo a resultas de la resolución que pueda dictarse sobre la petición de residencia temporal formulada por la interesada, en cuyo momento, y según la decisión que en el mismo se dicte, se levantará la suspensión.

III. Nombrar como Instructor y como Secretario del presente procedimiento a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía de esta Dependencia con carnés profesionales números _____ y _____, respectivamente, siendo su régimen de recusación el contemplado en los arts. 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por Ley 4199, de 13 de enero.

Comuníquese el presente acuerdo al órgano instructor, con traslado de todas las actuaciones practicadas, y notifíquese al interesado, con la menciones expresas legalmente establecidas y con indicación de los recursos que procedan.

Lugar, fecha y firma (Comisario o Titular de la Comisaría)

(NOTA: Si se hubiese delegado la firma, se indicará la fecha del Acuerdo de Delegación de firma y seguidamente se firmará).

ANEXO III ACUERDO DE INICIACIÓN

Vista la denuncia, formulada por el funcionario del Cuerpo Nacional de Policía con carné profesional número _____, atendiendo a los hechos que en la misma se mencionan y que son:

1. (Breve descripción del delito denunciado, de la solicitud de protección, con referencia al nº de atestado, así como del hecho de que la denunciante no presentó documentación que acredite que se halle en situación regular en España).

2. Que por resolución de este órgano de fecha se acordó la práctica de Actuaciones Previas al presente procedimiento, resultando de las mismas que el Titular Juzgado de Instrucción número _____ de _____ dictó, con fecha _____, Resolución por la que adoptaba la Orden de Protección a favor de la denunciante consistente en _____, sin que exista constancia de que la interesada haya presentado, con fundamento en la citada Resolución, solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

3. Los expresados hechos pudieran ser constitutivos de la infracción administrativa prevista en el artº 53, letras a), de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la LO. 8/2000, de 22 de diciembre, que establece: (Transcribir el apartado correspondiente).

4. Que, de los mismos hechos la persona presuntamente responsable es la anteriormente indicada: (nombre y demás datos y circunstancias personales de la expedientada)

5. En atención a los hechos expuestos y el precepto supuestamente infringido, la sanción que puede llegar a imponerse es la de multa o expulsión del territorio nacional que conllevará el efecto de prohibirle la entrada en España por un período mínimo de tres años y máximo de diez, de conformidad con el art. 57.1 en relación con el 58.1, de la expresada LO. 4/2000, modificada por la LO. 8/2000.

Prohibición de entrada que será extensiva por el expresado plazo a los territorios de Francia, Alemania, Portugal, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Italia, Austria, Grecia, Finlandia, Dinamarca, Suecia, Noruega e Islandia, de conformidad con el art. 96 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen.

6. Los derechos que, de conformidad con el artº 22.1 de la LO. 4/2000 modificada por LO. 8/2000, le asisten a la expedientada son el de la asistencia jurídica gratuita así como el de intérprete, si no comprende o habla el castellano.

7. El Órgano competente para la dictar la resolución definitiva del presente procedimiento, es el (Delegado o Subdelegado del Gobierno correspondiente) conforme el art. 55.2 de la LO. 4/2000 modificada por LO. 8/2000, y artículo 119 de su Reglamento de ejecución, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.