



*Revista del Ministerio
de Empleo y Seguridad Social*

Migraciones Internacionales



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE EMPLEO
Y SEGURIDAD SOCIAL

125

2016

Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

Migraciones Internacionales

CONSEJO ASESOR

- Serie Derecho del Trabajo: **Alfredo Montoya Melgar**, Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Complutense de Madrid. **Nuria Paulina García Piñeiro**, Vocal Asesora del Gabinete de la Ministra.
- Serie Seguridad Social: **José M^a Marín Correa**, Magistrado del Tribunal Supremo. **Pilar González de Orduña Cereijo**, Directora del Gabinete de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social.
- Serie Derecho social Internacional y Comunitario: **Luis Enrique de la Villa Gil**, Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid. **Miguel Colina Robledo**, Vocal Asesor Subdirección General de Relaciones Internacionales Sociolaborales.
- Serie Economía y Sociología: **Gerardo Meil Landwerlin**, Catedrático de Sociología. Universidad Autónoma de Madrid. **Raquel Peña Trigo**, Vicesecretaria General Técnica.
- Serie Migraciones Internacionales: **Emiliano García Coso**, Decano Internacional del Centro de Estudios Superiores Sergio Arboleda, adscrito a la Universidad Rey Juan Carlos. Profesor Agregado de Derecho de la UE. **M^a Belén Roel de Lara**, Jefa del Gabinete Técnico de la Secretaría General de Inmigración y Emigración.

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNO

Maximino Carpio García, Catedrático de Hacienda Pública. Universidad Autónoma de Madrid.

Joaquín García Murcia, Catedrático y Director del Departamento de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Universidad Complutense.

Angel Blasco Pellicer, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia.

Cristina Gortazar Rotaeche, Titular de la Cátedra Jean Monnet de Derecho de la UE. Universidad Pontificia de Comillas-ICADE.

DIRECTOR

Pablo Hernández-Lahoz Ortiz
Secretario General Técnico

SUBDIRECTOR

Francisco Javier Andrés González
Subdirector General de Información
Administrativa y Publicaciones

SECRETARÍA

Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones
del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

Agustín de Bethencourt, 11

28003 Madrid

Telf: 91 363 23 05

Fax: 91 363 23 49

Correo Electrónico: proproeditorial@meyss.es

Internet: <http://www.meyss.es>

La Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social no se responsabiliza de las opiniones expresadas por los autores en la redacción de sus artículos.

Se permite la reproducción de los textos siempre que se cite su procedencia.

RET: 16-2.349

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado
<http://publicacionesoficiales.boe.es/>



Edita y distribuye:

Ministerio de Empleo y Seguridad Social

Subdirección General de Información

Administrativa y Publicaciones

Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid

NIPO Papel: 270-16-002-5

NIPO Internet: 270-15-069-X

ISSN Papel: 2254-3295

ISSN Electrónico: 2254-3511

Depósito legal: M-12.168-1998

Diseño cubierta: CSP

Diseño interior: C & G

Imprime: Estilo Estugraf Impresores, S.L. • Telf. 91 808 62 00

Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

Migraciones Internacionales

SUMARIO

EDITORIAL, *Emiliano García Coso*, 9

ESTUDIOS

O reconhecimento de direitos derivados de imigração em Direito Internacional e Europeu. *Ana Rita Gil*, 15

La supresión de barreras migratorias para *start-ups* en la competencia global por el talento. *Sara Corres Armendáriz*, 53

La atracción de talento en Europa: la revisión de la Directiva de tarjeta azul. *Carmen Blanco Gaztañaga*, 93

Recent CJEU developments in the field of access to social rights and their impact in selected Member States. *Paul Minderhoud and Sandra Mantu*, 119

Los flujos migratorios de carácter temporal. La migración circular marroquí en las campañas agrícolas de Huelva. *Carlos Mora Almudí*, 137

La Muestra Continua de Vidas Laborales (MCVL) en el estudio del empleo asalariado de la inmigración latinoamericana en España. *Talina Contreras Dávila*, 167

Journal of the Ministry of Employment and Social Security

International Migrations

CONTENTS

EDITORIAL, *Emiliano García Coso*, 9

STUDIES

Recognition of immigration rights on International and European Law. *Ana Rita Gil*, 15

The removal of migration barriers for *start-ups* in the global competition for talent. *Sara Corres Armendáriz*, 53

Talent attraction in Europe: Review of the Blue Card Directive. *Carmen Blanco Gaztañaga*, 93

Recent CJEU developments in the field of access to social rights and their impact in selected Member States. *Paul Minderhoud and Sandra Mantu*, 119

Temporary migrations circular flows. Moroccan migration in agricultural campaigns in Huelva. *Carlos Mora Almudí*, 137

Continuous Sample of Working Lives (MCVL) for the study of paid employment among Latin American immigrants in Spain. *Talina Contreras Dávila*, 167

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

Editorial

El presente número de la Revista gira entorno a varias cuestiones que pretenden ser respondidas por los diversos autores que participan en ella. La primera de las preguntas se centra en el alcance y contenido de los derechos de las personas migrantes desde el Derecho Internacional y el Derecho Europeo. La segunda pregunta, se suscita ante el reto de la Unión Europea y de sus Estados miembros de atraer talento que permita sostener la competitividad de la economía europea y garantizar la viabilidad del estado de bienestar que caracteriza a los Estados miembros de la Unión Europea y a la propia Unión Europea como ente con entidad propia. La tercera cuestión responde a la compatibilidad o no, al amparo de la libre circulación de personas garantizada por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y su derecho derivado, de las reacciones acontecidas en algunos Estados miembros de la Unión Europea durante la crisis económica que han optado por limitar a los ciudadanos de otros Estados miembros los Derechos sociales para reducir los gastos que el acceso a tales Derechos generaba en los presupuestos nacionales. La cuarta cuestión gira sobre si es viable o no la migración circular o migración temporal atendiendo a la especial naturaleza de la misma. Por última, se da respuesta a cuál ha sido el impacto de la crisis económica en España al colectivo de inmigrantes latinoamericanos.

La autora Ana Rita Gil realiza una profunda reflexión sobre la existencia de tales derechos para las personas migrantes contraponiendo el margen que tienen los Estados soberanos para decidir si optan por un *ius includiendi* o, por el contrario, se aferran al concepto de *ius excludiendi*.

Ana Rita Gil realiza un análisis detallado de las corrientes doctrinales a favor de uno y otro, sin desconocer las eventuales limitaciones que ambas concepciones disfrutaban a la luz del Derecho Internacional y del Derecho Europeo. Una vez ancladas ambas visiones, tanto en el marco doctrinal, como en el marco normativo internacional, considera que ha llegado el momento que el *ius includiendi* sea considerado como una opción realista para los modelos migratorios actuales garantizando así el respeto de los Derechos Humanos. Para sustentar esta opción en política migratoria, realiza un detallado análisis de cómo la existencia de un derecho a la migración se puede derivar de la necesaria protección de los Derechos Humanos. Su posición se sostiene a la luz del análisis detallado de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos

¹ Decano Internacional del Centro de Educación Superior Sergio Arboleda, adscrito a la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid y profesor de Derecho de la UE. Miembro de la Odyssey Network de expertos en inmigración y asilo.

Humanos de Estrasburgo y, en paralelo, complementándose con las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de Luxemburgo. El detallado análisis de ambas líneas jurisprudenciales le permite abogar por la necesidad de plantearse la existencia de un derecho a la migración a nivel internacional que deriva de la necesaria protección que se debe otorgar a los Derechos Humanos en toda sociedad liberal.

La respuesta a la cuestión de cómo la Unión Europea y sus Estados miembros pueden atraer talento e incrementar el porcentaje actual (31%) de trabajadores altamente cualificados de la OCDE que eligen la Unión Europea como destino, es objeto de dos contribuciones que, además, se hacen eco de las palabras del Comisario de Asuntos de Interior, Dimitris Avramopoulos, cuando señaló que *«If we want to manage migration in the long-term, we have to start making those investments now, in the interest of us all. The early and effective integration of third-country nationals is key to making migration a benefit for the economy and cohesion of our society. At the same time, we have to better equip our systems to deal with labour market and skills shortages in the future. The revised EU Blue Card scheme will make it easier and more attractive for highly skilled third-country nationals to come and work in the EU and strengthen our economic growth»*.

La primera a cargo de Sara Corres que desde su experiencia en el sector público realiza un meticuloso y acertado diagnóstico de las debilidades que presenta el modelo implantado por la Unión Europea y por algunos de sus Estados miembros. La autora realiza un riguroso examen de los modelos comparados de la situación migratoria para emprendedores, innovadores y fundadores de start-ups en los principales ecosistemas mundiales (EEUU, Chile, Canadá y Australia). Y, finalmente, se aborda el estudio de la situación en la Unión Europea. El resultado de su análisis permite afirmar la necesidad de replantear el modelo existente para facilitar que este colectivo de personas con inquietudes empresariales se instale en la Unión Europea y genere riqueza y empleo. Es significativo cómo en la radiografía que nos ofrece la autora mediante la comparación de los modelos existentes, el sistema español se acerca considerablemente a los más avanzados y debe ser referente a la hora de adoptar uno más flexible y dinámico en el conjunto de la Unión Europea.

La segunda aportación al debate sobre cómo atraer talento la plantea Carmen Blanco, quién se adentra en el enriquecedor debate de cómo debemos reformar la denominada Directiva «Blue Card» o Tarjeta Azul, para que cumpla el objetivo que se fijó en la misma de crear un marco legal común en el conjunto de la Unión Europea para facilitar la entrada, trabajo y residencia de trabajadores de terceros Estados altamente cualificados. Carmen Blanco, nos sitúa en el contexto internacional de modelos migratorios propicios o flexibles para atraer trabajadores altamente cualificados y nos ilumina con los modelos aplicados en Canadá, Australia y EEUU, como sistemas que compiten activamente con la Unión Europea para atraer a esa tipología de trabajadores y pone de manifiesto como el modelo del Reino Unido e Irlanda son también de los más flexibles. Una vez analizados estos modelos entra de lleno al análisis del modelo implementado en el conjunto de la Unión Europea mediante la Directiva «Blue Card» y demuestra cómo no ha podido cumplir los objetivos para los que se creó. El escaso grado de implementación y la existencia de modelos nacionales de atracción de trabajadores altamente cualificados ha supuesto un freno para lograr un sistema común. Esta situación es lo que ha llevado a la Unión Europea a plantear una profunda reforma de la Directiva, que también es objeto de análisis por la autora, con el objetivo de mostrarnos si la reforma logrará en segunda instancia lo que no se ha logrado con el primer intento de la Unión Europea de transformarse en un destino preferente para trabajadores altamente cualificados.

El tercer interrogante suscitado en el presente número de la Revista atiende a la reacción por parte de algunos Estados miembros de la Unión Europea a reconocer a los ciudadanos de un

Estado miembro de la Unión Europea que han ejercido su derecho a la libre circulación el acceso a beneficios sociales. La respuesta nos la ofrecen Paul Minderhoud y Sandra Mantu, quienes abordan un análisis exhaustivo de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales adoptados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y que a juicio de los autores supone un cambio de línea jurisprudencial favorable a los Estados que han optado por limitar el acceso a tales beneficios sociales. Los autores consideran que este cambio de línea jurisprudencial puede ser un guiño del alto tribunal de la Unión Europea para tratar de contener el descontento que se está produciendo ante la ecuación de crisis económica-beneficios sociales para ciudadanos de la Unión Europea, citando como ejemplo lo acontecido en el *Brexit*.

La cuarta pregunta relativa a la viabilidad de la migración circular o temporal, teniendo en cuenta que hay defensores¹ y detractores² de este concepto o conceptos, es objeto de respuesta positiva atendiendo a la experiencia española sobre la migración circular marroquí en las campañas agrícolas de Huelva. La contribución a cargo de Carlos Mora, nos sitúa en la situación migratoria de España en los últimos decenios para adentrarse en el concepto de migración temporal y su eventual diferencia con migración circular, concepto que fue acuñado en 1982 por Hugo Graeme. Una vez situados en el contexto, realiza un análisis cuantitativo y cualitativo de lo que podría denominarse el modelo de éxito español. En concreto, el autor analiza cómo una adecuada colaboración institucional y de los actores implicados en la provincia de Huelva, junto con una adecuada gestión de las relaciones con Marruecos y sus instancias competentes ha creado un modelo muy satisfactorio de migración circular que ha permitido hacer viable las campañas agrícolas en la provincia de Huelva. Esta visión la complementa con datos y cifras relativas a los contingentes laborales de los últimos años, así como los datos oficiales de autorizaciones de residencia y trabajo de carácter temporal que nos permite tener una visión completa de esta modalidad migratoria en España.

Finalmente, Talina Contreras nos ofrece, a través del análisis de la Muestra Continua de Vidas Laborales y otros datos oficiales, cuál ha sido el impacto que la crisis económica española ha generado en el colectivo de trabajadores latinoamericanos asalariados. Tal y como sostiene la autora, los datos objeto de análisis entre 2005 y 2014, demuestran una clara incidencia negativa en este colectivo de trabajadores que han visto mermados sus niveles de empleo y salariales. En estas evidencias quizás se pueda encontrar la causa del por qué muchas personas de este colectivo han decidido acogerse a los programas de retorno voluntario implementados por el gobierno español, esperando que una vez superada la situación del mercado laboral español, retornar para seguir desarrollando su vida en nuestra sociedad.

¹ Circular migration is frequently viewed as one form of temporary migration (WICKRAMASEKARA, P. (2011) «Circular Migration: A Triple Win or a Dead End» Global Union Research Network (GURN) Discussion Paper No. 15. See also: TRIANDAFYLIDOU, A. (2011) «Attempting the Impossible? The Prospects and Limits of Mobility Partnerships and Circular Migration», in which temporary stay in the host society may be repeated at a later date. It has been heralded by policymakers and researchers alike as a migration «tool» which creates a «triple win» situation, producing three beneficiaries: the host society whose labour shortages will be filled; the migrant who will have greater opportunities to increase his/ her employability; and the country of origin which will benefit from remittances as well as newly-acquired skills of returning migrants.

² On the contrary, the Intergovernmental Consultations on Migration, Asylum and Refugees (IGC)'s workshop on Circular Migration, (NEWLAND K., et al. (2008)) has argued that «many of the existing (temporary / circular migration) program conditions intended to «enforce» circularity seem to encourage illegal migration. These include short contract periods and non-renewable visas tied to particular employers».

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

Estudios

O reconhecimento de direitos derivados de imigração em Direito Internacional e Europeu

Recognition of immigration rights on International and European Law

ANA RITA GIL*

1. INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, tem-se referido que o direito internacional e europeu não reconhecem um «direito à imigração», como um direito de um estrangeiro entrar num país da sua escolha, independentemente dos motivos para tal, e de aí permanecer. Esse direito seria negado por força de um princípio, tido como «geralmente aceite», nos termos do qual os Estados seriam totalmente soberanos no que toca ao controlo do acesso e permanência de estrangeiros nos seus territórios. As únicas exceções a este paradigma diriam respeito ao direito de asilo e outras formas de proteção internacional, bem como ao direito de liberdade de circulação dos cidadãos nacionais de Estados-Membros da União Europeia. Esse paradigma necessita, porém, de ser revisto, como o demonstram as evoluções jurisprudenciais mais recentemente produzidas pelas instâncias internacionais de proteção dos direitos

humanos, os quais têm recebido algum acolhimento no Direito da União Europeia. Tais evoluções permitem que se fale da proteção, em alguns casos, de direitos de imigração. É sobre esses casos que versa o presente artigo.

A análise das situações em que assentam os mencionados direitos de imigração será feita em quatro partes. Em primeiro lugar, enunciaremos aquela que constitui a doutrina tradicional na matéria. Em segundo lugar, estudaremos as premissas que permitem ultrapassar a referida doutrina, e que assentam no reconhecimento do estrangeiro enquanto sujeito de direitos humanos. Seguidamente, estudaremos os vários casos em que se tem reconhecido direitos de imigração. Finalmente, ensaiaremos uma teoria geral referente às condições de surgimento e proteção dos mencionados direitos.

2. A DOUTRINA TRADICIONAL

2.1. Doutrina tradicional: surgimento e persistência

Fundada nos poderes soberanos do Estado, podemos identificar uma doutrina tradicional

* Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e Investigadora do CEDIS, Centro de I&D da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Assessora do Gabinete de Juizes do Tribunal Constitucional Português.

que nega o reconhecimento de um «direito a migrar». Os Estados possuiriam dois poderes incontornáveis e discricionários: o chamado *ius includendi* (poder determinar que estrangeiros entrem no território) e o *ius excludendi* (poder de pôr fim à estadia de estrangeiros no território). Como contrapartida da afirmação da mencionada prerrogativa, nega-se o reconhecimento de qualquer direito à *imigração*, ou mesmo *de imigração*.

Apesar de apelidarmos esta doutrina de «tradicional», importa sublinhar que a mesma não coincide necessariamente com os inícios da divisão da Europa em comunidades políticas. De facto, antes do Tratado de Vestefália, interessadas em potenciar o desenvolvimento das trocas comerciais, as comunidades eram abertas à circulação de pessoas e a favorecer a aproximação social e jurídica entre naturais e estrangeiros. Assim, por exemplo, a *Magna Charta* reconhecia ampla liberdade aos mercadores para ingressar no Reino, e reconhecia a liberdade de emigração. E, em meados do séc. XVI surgiram várias teorias sobre o *ius communicationis*, por parte dos escritores europeus desejosos de apoiar a emigração de parte da população para o Novo Mundo¹. Neste contexto inserem-se as obras de Francisco de Vitória ou de Hugo Grotius.

O Tratado de Vestefália de 1648 criou um novo equilíbrio de poderes na Europa, levando à absolutização do Estado nacional. A generalização da ideia de identidade nacional levou a uma nova tomada de consciência da diferença entre nacionais e estrangeiros, potenciada pela organização política do espaço em Estados territoriais independentes e mutuamente exclusivos. As novas correntes filosóficas vieram lançar as bases para o surgimento da doutrina tradicional. Samuel von Pufendorf referia que cada Estado se devia reger pelo seu próprio interesse no que

toca à admissão de estrangeiros², no que foi seguido por Christian Wolff, que advogava a existência de um poder discricionário no que toca à admissão de estrangeiros no território³. A obra de Emmerich de Vattel, discípulo de Wolff, é apontada por muitos autores como sendo aquela que consagra o nascimento das teorias absolutas do *ius includendi et excludendi*⁴. O autor defendia a existência de um direito, derivado da soberania territorial, de o Estado se *defender* da entrada de estrangeiros no território, direito esse que poderia ser usado para os fins que entendesse convenientes⁵.

Estas doutrinas tiveram uma profunda influência na doutrina posterior, bem como na jurisprudência nacional e internacional. O princípio do *ius includendi et excludendi* propaga-se, e passa a ser repetido de obra em obra, passando a constituir um dogma auto-fundamentado e generalizado em várias obras dos séc. XIX e do início do séc. XX. Mas foi na jurisprudência da *Supreme Court* dos EUA que estas correntes doutrinárias encontraram a sua expressão máxima. Se antes da Guerra Civil a imigração para os EUA era livre e encorajada, com o desemprego, a depressão económica e a crescente xenofobia e racismo, assistiu-se à adoção de várias leis restritivas da imigração, das quais são paradigma as leis de exclusão da imigração chinesa de 1882 e 1892. Concomitantemente, nos finais do séc. XIX, a *Supreme Court* começou a desenvolver a chamada «*plenary power doctrine*», através da qual se lançaram as bases para a afirmação de um poder absoluto do Congresso no que toca à regulação

² SAMUEL PUFENDORF, *Le Droit de la nature et des gens*, Livro III, J. Barbeyrac (trad.), Bibliothèque de Philosophie Politique et Juridique, Université de Caen, 1987, p. 337 (Capítulo III).

³ CHRISTIAN WOLFF, *Principes du Droit de la Nature et des Gens – extraits du grand ouvrage latin*, M. Formey (trad.), Tome III, Chez Marc Michel Rey, 1758, p. 80, §148.

⁴ GERASSIMOS FOURLANOS, *Sovereignty and the Ingress of Aliens*, Almquist & Wiksell International, 1987, p. 24.

⁵ EMMERICH DE VATTEL, *The Law of Nations or the Principles of the Law of Nature*, Book II, Joseph Chitty (trad.), T.& J.W. Johnson & Co., Law Booskellers, 1883, p. 170, Cap. VII, §94.

¹ ANDREAS HANS ROTH, *Minimum Standard of International Law Applied to Aliens*, A.W. Sijthoff, 1949, p. 40.

da recusa de entrada ou expulsão de estrangeiros do território, e a afirmação de que as vinculações constitucionais comuns não se aplicavam aos casos de imigração. Nos anos 50 e 90, tal doutrina voltou a ganhar novo fôlego – como instrumento para a luta contra o comunismo, em primeiro lugar, e, por fim, contra o terrorismo.

Os finais do séc. XIX e inícios do séc. XX, marcados pelo desenvolvimento máximo da doutrina tradicional, coincidiram com a generalização dos controlos migratórios e da regulação sistemática da entrada e permanência de estrangeiros nos Estados. Na Europa, o desenvolvimento sistemático do controlo da imigração coincidiu com o final do século XIX e inícios do século XX, tendo na altura vários países industrializados introduzido medidas legislativas destinadas à proteção da mão-de-obra local. Mas terá sido a partir da Iª Guerra Mundial que o postulado soberano de admissão dos estrangeiros foi erigido em verdadeiro paradigma, a que a IIª Guerra Mundial e a Grande Depressão deram um novo impulso. A partir de então, generalizou-se a ideia de que a estadia de estrangeiros no território era um *privilégio* concedido unilateralmente, em regra limitado no tempo, e de qualquer forma sempre sujeito a um *alias* de evolução da lei, ou de outros factores externos.

Tal paradigma está longe de ser abandonado. Os desafios atuais têm levado a que a tendência das práticas internas seja, aliás, o reforço dos poderes de controlo da imigração. O séc. XXI tem sido marcado pela preocupação com a «luta contra a imigração ilegal», a criminalidade transnacional e o terrorismo. Após os ataques do 11 de setembro, vários Estados não só tornaram mais restritivas as suas leis de imigração, como ainda passaram a fazer da origem nacional, raça, etnia e religião, as componentes-chave em matéria de controlo da imigração. Alguns estudos apontam inclusivamente que se tem preferido usar o direito da imigração para combater o terrorismo, ao invés do direito criminal, de forma a evitar

a aplicação das garantias impostas por este último ramo do direito⁶. Estes novos desafios levaram a que outra nota caracterizadora dos controlos da imigração passasse a ser a da *securitização*⁷, tendência que tem acompanhado na opinião pública, que, seguindo discursos muitas vezes veiculados pelos *media*, vê no estrangeiro o perigo exterior. Por fim, a crise económica e a escassez de trabalho, contribuem também para a visão geral de que o discurso político deve ser o de restrição da imigração⁸.

Por outro lado, continua a ser vital para os Estados manter o mais possível os seus poderes de soberania. Este aspecto tem sido particularmente notório no contexto da política de imigração comum da União Europeia, em que os instrumentos jurídicos de concretização das políticas europeias de imigração demonstram a cada momento a vontade de os Estados conservarem o máximo de liberdade possível para a definição das suas próprias estratégias de imigração⁹.

⁶ DANIEL MOECKLI, *Human Rights and Non-discrimination in the «War on Terror»*, Oxford University Press, 2008, p. 168 e ss., IDIL ATAK ET FRANÇOIS CRÉPEAU, «National Security, Terrorism and the Securitization of Migration», in AA.VV., *Research Handbook on International law and Migration*, Vincent Chetail, Céline Bauloz (dir.), Edward Elgar, 2014, p. 102 e ss.

⁷ CATHERINE DAUVERGNE, «Irregular Migration, State Sovereignty and the Rule of Law», in AA.VV., *Research Handbook on International law and Migration*, cit., p. 82, IDIL ATAK ET FRANÇOIS CRÉPEAU, *op. cit.*, p. 94, JÖRG MONAR, «The Problems of Balance in EU Justice and Home Affairs and the Impact of 11 September», in AA.VV. *Police and Justice Co-operation and the New European Borders*, Malcolm Anderson, Joanna Apap (edit), Kluwer, 2002, p. 167. Ilustrativa neste contexto é a passagem de JOSÉ M. M. SILVA, quando refere que «na aldeia global em que o mundo hoje se tornou – e sobretudo depois dos trágico acontecimentos de 11 de Setembro – também a segurança externa do país pode ser ameaçada por uma imigração descontrolada». Cf. «Imigração Ilegal – Responsabilidade Penal», *Maia Jurídica*, ano III, n.1, Janeiro-Junho de 2005, p. 34.

⁸ Sobre as influências da conjuntura económica na maior ou menor abertura em matéria de política de imigração, v. JOÃO CARVALHO, *A Política de Imigração do Estado Português entre 1991 e 2004*, ACIDI, 2009, p. 10 e ss.

⁹ Para esse efeito, são usados vários mecanismos nos atos de direito derivado, que visam permitir aos Estados-Membros manter margens de apreciação: desde logo, a maior parte dos

2.2. A doutrina tradicional no Direito Internacional e Europeu

As actuais normas internacionais e europeias em matéria de movimentos internacionais de pessoas não deixaram de ser influenciadas pela afirmação dos poderes soberanos do *ius includendi et excludendi*, de tal forma que é tido como aceite que o direito internacional atual não protege um direito de entrada ou de permanência de estrangeiros no território estadual. Esta afirmação é válida mesmo no que respeita a estrangeiros com estatuto regular no Estado de acolhimento – e, acrescentando-se, mesmo que esse estatuto tenha carácter de permanência. Os organismos destinados à salvaguarda do respeito pelos instrumentos de proteção dos direitos humanos têm também negado o reconhecimento de um direito geral à imigração e, inclusivamente, afirmado expressamente os postulados da doutrina tradicional.

Do direito positivo internacional e europeu decorrem, porém, várias normas respeitantes aos movimentos transnacionais de pessoas. Desde logo, importa mencionar os vários instrumentos adoptados no seio do desenvolvimento de uma política europeia de imigração comum. Alguns instrumentos consagram direitos subjectivos à entrada, permanência ou circulação nos territórios dos Estados-Membros para os estrangeiros que cumpram as condições exigidas nos mesmos¹⁰. No entanto, o legislador da União é livre para alterar ou mesmo eliminar os referidos direitos, desde que verificados os limites resultantes dos Tratados e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a qual também não prevê

textos apenas contém normas mínimas, permitindo aos Estados estabelecer níveis de proteção superiores. Depois, são inúmeras as remissões para as legislações internas e possibilidades de derrogações. Por fim, são usados conceitos vagos, que cabe às legislações nacionais preencher.

¹⁰ Assim, no nosso entender, a Diretiva respeitante ao direito ao reagrupamento familiar (Diretiva 2003/86/CE), a Diretiva respeitante a entrada para efeitos de estudos (Diretiva 801/2016) e a Diretiva referente à entrada para efeitos de investigação científica (Diretiva 2005/71/CE)

um direito à imigração para nacionais de países terceiros.

Por seu turno, os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos dão, de certa forma, acolhimento à doutrina tradicional, já que são omissos quanto ao reconhecimento de um direito a imigrar, embora prevejam um direito de entrada no território para os nacionais¹¹, a proibição de expulsão de nacionais¹², um direito de circulação e residência no interior do território estadual¹³, bem como um direito a sair de qualquer Estado, *i.e.*, um direito à emigração¹⁴. Este último direito é inclusivamente considerado como um atributo essencial da liberdade individual, intimamente ligado ao direito à autodeterminação pessoal¹⁵. A consagração desse direito aliada à falta de reconhecimento de

¹¹ Veja-se o artigo 13.º, n.º 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), o art. 12.º, n.º 4 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), o art. 5.º, al. d), (ii) da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, o art. 9.º, n.º 2 da Convenção dos Direitos da Criança, o n.º 2 do art. 8.º da Convenção das Nações Unidas de Proteção dos Direitos de todos os Trabalhadores Migrantes e Membros das suas Famílias e o art. 3.º, n.º 2 do Protocolo n.º 4 anexo à Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH).

¹² O art. 3.º, n.º 1 do Protocolo n.º 4 anexo à CEDH determina: «Ninguém pode ser expulso, em virtude de disposição individual ou colectiva, do território do Estado de que for cidadão»

¹³ Assim, o art. 13.º, n.º 1 da DUDH, o art. 12.º, n.º 1 do PIDCP, o art. 39.º da Convenção das Nações Unidas para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, e o art. 2.º, n.º 1 do Protocolo n.º 4 anexo à CEDH.

¹⁴ Assim, o art. 13.º, n.º 2 da DUDH, o art. 12.º, n.º 2 do PIDCP, o art. 10.º, n.º 2 da Convenção dos Direitos da Criança, o art. 2.º, n.º 2 do Protocolo n.º 4 anexo à CEDH.

¹⁵ Neste contexto são bem ilustrativas as palavras de LAUTERPACHT: «a State which denies to its citizens the right to emigrate reduces itself to the level of prison». Cf. HERSCH LAUTERPACHT, *An International Bill of the Rights of Man*, Columbia University Press, 1945, p. 130. Sobre as raízes desse direito, ancoradas no direito natural, v. VINCENT CHÉTAIL, «The Transnational Movement of Persons under General International Law – Mapping the Customary Law Foundations of International Law», in AA.VV., *Research Handbook on International Law and Migration*, cit., p. 10, ALAN DOWTY, *Closed Borders – The Contemporary Assault on Freedom of Movement*, Yale University Press, New Haven, 1989, p. 4.

um *direito à imigração* não deixa, porém, de levantar algumas perplexidades, já que leva a uma certa *assimetria* das normas de direito internacional positivo no que toca a regras sobre movimentos de pessoas. Tal assimetria deriva do facto de se consagrar um direito de saída do território nacional sem se consagrar, em contrapartida, um direito de entrada noutra Estado, quando, em termos práticos, a saída de qualquer país pressupõe logicamente a entrada noutra.

2.3. As tentativas de superação da doutrina tradicional

A chamada doutrina tradicional é criticada por vários autores contemporâneos. Alguns adoptam uma perspectiva juspositiva, defendendo que um direito à imigração deriva da proteção de um direito à emigração, ou, mais amplamente, do direito geral à liberdade de movimentos. Luigi Ferrajoli defende que o art. 13.º da DUDH comporta não só a proibição de os Estados negarem a emigração, mas ainda a proibição, para a comunidade internacional, de *impedir a imigração* e o correlativo dever, do Estado de destino, de *acolher o estrangeiro*¹⁶. Outros autores reconhecem que semelhante direito não deriva ainda do estado atual de desenvolvimento do Direito, mas defendem, de *iure condendo*, a proteção do mesmo. Joseph Carens defende que a liberdade de movimento é um direito fundamental numa sociedade liberal, já que permite a igualdade de oportunidades¹⁷. Noutra escrito, defende que um direito à imigração derivaria ainda do princípio

da liberdade¹⁸. Em sentido semelhante, Javier de Lucas refere que o não reconhecimento de um direito a imigrar é incoerente com a conceção liberal que está na origem da doutrina dos direitos humanos¹⁹. Por seu turno, Ayelet Shachar, defende que a atribuição de um direito a residir num determinado território por força do local de nascimento ou da ascendência é tão arbitraria como a escolha de critérios como a raça, o género ou a cor da pele²⁰.

Ora, estas doutrinas não têm conseguido qualquer reconhecimento prático. Um reconhecimento generalizado de um direito à imigração depara, de facto, com as mais diversas objeções, alicerçadas em fundamentos que se interligam à própria essência da figura do Estado-Nação. De facto, tem-se entendido que a imigração tem influências profundas quer nos próprios elementos constitutivos do Estado (população e território), quer no próprio conceito de cidadania nacional, quer ainda nos interesses públicos mais prementes que ao Estado incumbe prosseguir, no quadro dos seus fins. Assim, qualquer doutrina que advogue a superação da perspectiva tradicional através da defesa de uma liberdade geral e universal de movimentos deparará sempre com inúmeros obstáculos que se acreditam profundamente enraizados.

Julgamos que uma forma de ultrapassar a doutrina tradicional passa pelo aprofundamento de alguns passos levados já a cabo pelo direito positivo. De facto, ainda que não se possa falar de uma *liberdade geral de movimentos*, o direito positivo permite já que se possa falar, em determinados casos, de *direi-*

¹⁶ LUIGI FERRAJOLI, *Diritti Fondamentali – un Dibattito Teorico*, 3ª Edição, Editora Laterza, 2008, p. 152. Essa é, também, a posição de ANN DUMMET, «The Transnational Migration of People seen from within a Natural Law Tradition» in *Free Movement: Ethical Issues in the Transnational Migration of People and Money*, Brian Barry & Robert E. Goodin, Pensilvania State University Press, University Park, P.A., 1992, p. 173.

¹⁷ JOSEPH CARENS, «Migration and Morality: a Liberal Egalitarian Perspective», in *Free Movement: Ethical Issues in the Transnational Migration of People and Money*, Brian Barry & Robert E. Goodin, Pensilvania State University Press, University Park, P.A., 1992, p. 25.

¹⁸ JOSEPH CARENS, «Aliens and Citizens: The Case for Open Borders» in AA.VV., *Theorizing Citizenship*, Ronald Beiner (ed.), State University of New York Press, 1995, p. 240.

¹⁹ JAVIER DE LUCAS, *El Desafío de las Fronteras. Derechos Humanos y Xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, 1994, p. 117 e ss. em sentido semelhante, v. também, PAUL A. PASSAVANT, «The Paradox of Human Rights», in AA.VV. *Critical Beings – Law, nation and the Global Subject*, Peter Fitzpatrick, Patricia Tuitt (eds.), Hants, Ashgate, 2003, p. 137 e ss.

²⁰ AYELET SHACHAR, «Earned Citizenship: Property Lessons for Immigration Reform», *Yale Journal of Law and the Humanities*, vol. 23, 2011, p. 1 e ss.

tos de imigração. Serão direitos a reconhecer em certos casos, e através dos quais o Estado fica obrigado a autorizar a entrada ou a permanência de estrangeiro no território, ou ainda a abster-se de expulsar. Tais direitos distinguem-se de uma liberdade geral de movimentos por carecerem de acto estadual. Os mesmos são, pois, reconhecidos ainda dentro do respeito por alguns axiomas da doutrina tradicional. Quando muito o Estado ficará obrigado a autorizar a entrada de estrangeiros ou a reconhecer um estatuto, não sendo suficiente a autónoma vontade do indivíduo para exercer o direito de imigração que lhe caiba em concreto.

Tais possibilidades alicerçam-se em duas premissas: em primeiro lugar, no reconhecimento do estrangeiro como sujeito de direitos humanos e fundamentais pelos instrumentos de direito internacional e europeu. Em segundo lugar, na perspectiva de que os Estados estão permanentemente vinculados ao respeito pelos direitos humanos ou fundamentais no exercício dos seus poderes de soberania – incluindo, portanto, também no exercício do *ius includendi et excludendi*. Começemos por analisar o primeiro aspeto mencionado.

3. O RECONHECIMENTO DO ESTRANGEIRO COMO SUJEITO DE DIREITOS

3.1. O princípio da universalidade

O surgimento, no pós Guerra, do direito internacional dos direitos humanos lançou as bases para se reconhecer o estrangeiro –tal como o indivíduo, em geral– como verdadeiro sujeito de direitos de direito internacional. Embora a sua condição até então não fosse totalmente ignorada no direito internacional, o mesmo era ainda tratado como que um «terceiro beneficiário» dos acordos negociados numa base interestadual, bem como no contexto do instituto da proteção diplomática. O novo direito internacional também não se

desinteressou sobre a condição dos estrangeiros, tendo-se plasmado, no art. 6.º da DUDH o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica dos estrangeiros. Mas a importância destes novos instrumentos foi muito além desse reconhecimento, garantindo todos os direitos aí previstos a todas as pessoas. O âmbito de aplicação dos novos instrumentos de direito internacional, alicerçados em princípios como o da universalidade ou da proibição da discriminação veio permitir a afirmação e reconhecimento desse estatuto do estrangeiro, como pessoa dotada de direitos, em qualquer parte do mundo.

Em primeiro lugar, os vários instrumentos normativos de proteção dos direitos do ser humano assumiram-se, precisamente, como instrumentos de proteção dos direitos de *qualquer ser humano*. Um dos seus pilares é o *princípio da universalidade*, pelo que considerações ligadas a nacionalidade, residência, ou legalidade do estatuto são irrelevantes para ditar o campo de aplicação desses instrumentos. Tal princípio resulta do texto dos vários instrumentos. A título de exemplo, o PIDCP dispõe no art. 2.º que «[c]ada Estado Parte no presente Pacto compromete-se a respeitar e a garantir a todos os indivíduos que se encontrem nos seus territórios e estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto». O Comentário n.º 15 do Comité dos Direitos Humanos, relativo à situação dos estrangeiros em face do Pacto, dispõe que, em geral, os direitos garantidos no PIDCP se aplicam independentemente de nacionalidade ou apatridia, afastando-se as dúvidas resultantes da inexistência de referência expressa aos estrangeiros nos trabalhos preparatórios do texto²¹.

²¹ Comentário Geral n.º 15, *The position of aliens under the Covenant*, de 30/09/1986. Nesse comentário o PIDCP sublinhou: «[t]he general rule is that each one of the rights of the Covenant must be guaranteed without discrimination between citizens and aliens», abrindo assim a porta para um princípio de proibição da discriminação em função da nacionalidade. Esse entendimento foi depois seguido em várias decisões referentes a queixas individuais. Veja-se, assim, o caso *Gueye e outros c. França*, em que o Comité considerou que o

Por seu turno, a aplicabilidade *ratione personae* da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) é também independente de considerações respeitantes a nacionalidade, devendo os direitos garantidos ser respeitados no que concerne a «*qualquer pessoa dependente da jurisdição*» dos Estados-Parte. A Comissão Europeia dos Direitos do Homem (ComEDH) assim o reconheceu expressamente, afirmando que, quando um Estado se torna parte na CEDH, reconhece os respetivos direitos e liberdades não apenas aos seus próprios nacionais e aos dos Estados-Parte, como também aos nacionais de Estados não parte na CEDH, bem como aos apátridas²².

Se os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos se aplicam a todas as pessoas independentemente da nacionalidade, as considerações relacionadas com a legalidade da do estatuto administrativo dos estrangeiros são também irrelevantes. No que toca ao PIDCP, várias têm sido as decisões do Comité dos Direitos Humanos que dizem respeito a cidadãos em situação irregular num determinado território²³. Assim, em regra, o Pacto aplica-se a imigrantes em situação irregular, com exceção das normas que referem expressamente que apenas são aplicáveis a estrangeiros em situação *regular*²⁴. Por seu turno, o art. 1.º da CEDH também não faz referência a quaisquer critérios referentes à regularidade da presença no território dos Estados. A prática das instituições é também a de que considerações relativas à legalidade

ou regularidade da permanência do estrangeiro são irrelevantes para o reconhecimento do gozo dos direitos²⁵. Quando a CEDH pretende diferenciar as situações de legalidade e de ilegalidade da permanência, fá-lo expressamente²⁶. Mais recentemente, o TEDH tem também sancionado as discriminações em função do estatuto legal dos estrangeiros²⁷.

Por seu turno, o Comité Europeu de Direitos Sociais, órgão de garantia da Carta Social Europeia já teve, por diversas vezes, oportunidade de afirmar que determinados direitos, devido à sua fundamentalidade e à sua ligação com a dignidade humana, beneficiam todas as pessoas presentes no território, incluindo os imigrantes em situação irregular. Nesses direitos incluem-se o direito à assistência médica e o direito à educação²⁸.

²⁵ Por exemplo, no caso *D. c. Reino Unido*, o TEDH refutou expressamente os argumentos do Governo Britânico no sentido da inaplicabilidade da CEDH pelo facto de o estrangeiro ter entrado irregularmente no território. Cf. Ac. de 02/05/1997, *D. c. Reino Unido*, queixa n.º 30240/96.

²⁶ Esse é o caso do art. 2.º do Protocolo Adicional n.º 4 e do art. 1.º do Protocolo Adicional n.º 7.

²⁷ Cfr. Dec. de 10/03/2009, *Anakomba Yula c. Bélgica*, queixa n.º 45413/07. No caso, respeitante à negação de apoio judiciário a uma estrangeira ilegalmente residente na Bélgica, o TEDH afirmou serem necessárias razões particularmente imperiosas para justificar uma diferença de tratamento entre pessoas que possuam um título de residência e as pessoas que não possuam semelhante título. Mais recentemente, porém, o TEDH veio relativizar esta jurisprudência, afirmando que pode ser reconhecido um interesse legítimo aos Estados em limitar o acesso a alguns direitos sociais, que constituam um encargo público, a imigrantes temporários ou em situação irregular, já que, de uma forma geral, estes não contribuem para o financiamento do mesmo (Dec. de 21/06/2011, *Ponomaryov c. Bulgária*, queixa n.º 5335/05). Apesar destas considerações, não podemos, porém, deixar de referir que o reconhecimento efetivo de direitos humanos aos imigrantes em situação irregular ainda se encontra numa fase muito incipiente, já que se tem reconhecido que os Estados detêm uma margem de apreciação mais ampla no que toca a restringir o gozo efetivo desses direitos.

²⁸ V., respectivamente, a Dec. de 08/09/2004, *International Federation of Human Rights Leagues c. França*, queixa n.º 14/2003, Dec. de 20/10/2009, *Defence for Children International c. Holanda*, queixa n.º 47/2008. Neste último caso, o Comité analisou o caso de uma legislação que privava as crianças em situação irregular do direito à habitação e de outros direitos previstos na Carta.

facto de a lei francesa prever uma forma diferente de cálculo das pensões para os militares de carreira de nacionalidade senegalesa que haviam servido a França constituía uma discriminação proibida pelo Pacto (comunicação n.º 196/1985). No caso *Karakurt c. Áustria* considerou que uma lei austríaca que reservava aos austríacos e aos nacionais de Estados-Membros da UE e do EEE a possibilidade de pertencerem a um conselho de empresa era discriminatória para os efeitos do art. 26.º do PIDCP (comunicação n.º 965/2000).

²² Dec. de 11/01/1961, *Áustria c. Itália*, queixa n.º 788/60.

²³ V., por exemplo, a Dec. de 09/04/1981, *Ameeruddy Cziffra e outros c. Mauritânia*, comunicação n.º 35/197.

²⁴ Esse é o caso do art. 13.º, que garante um processo equitativo ao estrangeiro que tenha sido objeto de uma decisão de expulsão.

Também o direito da União Europeia tem contribuído para a consagração dos direitos fundamentais dos estrangeiros – nesse contexto designados «nacionais de países terceiros». De facto, apesar de a Carta dos Direitos Fundamentais da UE (CDFUE) não conter nenhuma disposição que o mencione expressamente, ela baseia-se no princípio da universalidade²⁹. A maioria dos preceitos relativos aos direitos fundamentais estão, tal como os demais instrumentos de proteção dos direitos humanos, redigidos em termos gerais. Nesse sentido, alguns autores defendem um princípio geral de interpretação da CDFUE, de acordo com o qual um direito consagrado na mesma se deverá aplicar a todas as pessoas, a não ser que circunscreva o seu âmbito de aplicação aos *cidadãos da UE* ou aos *residentes*³⁰.

3.2. Os instrumentos especificamente destinados à proteção de direitos dos estrangeiros

Para além destes instrumentos de âmbito universal de proteção dos direitos humanos, o movimento de codificação de direitos humanos por parte do direito internacional veio beneficiar o estrangeiro por outra via –através da celebração de convenções especificamente destinadas a protegê-lo. Estão nessa situação as várias convenções da OIT³¹, bem como a Con-

venção das Nações Unidas sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias de 1990. Esta última procurou afirmar –se como o mais completo tratado internacional em matéria de direitos dos estrangeiros, mas acabou por ter pouco sucesso na prática, devido à falta de ratificações por parte dos países receptores dos fluxos migratórios. Por fim, também no Conselho da Europa desenvolveu um instrumento especificamente destinado à proteção dos direitos humanos dos imigrantes – a Convenção Europeia relativa ao Estatuto Jurídico do Trabalhador Migrante, que foi considerada um dos maiores progressos no que toca à proteção dos trabalhadores estrangeiros a nível internacional, já que protege um amplo leque de direitos, não se limitando aos direitos derivados da relação de trabalho. É interessante, contudo, denotar que os grandes desenvolvimentos relativos ao reconhecimento de direitos derivados de imigração foram alcançados através dos *instrumentos gerais de proteção dos direitos humanos*, e não dos instrumentos especificamente vocacionados para a proteção dos direitos dos estrangeiros.

Por fim, também o Direito da União Europeia, através das competências em matéria de política comum de imigração e de asilo, tem também desenvolvido instrumentos especificamente destinados aos nacionais de países terceiros. Não obstante, dificilmente se pode concluir existir, em Direito da União, um *estatuto uniforme* do estrangeiro. De facto, os direitos que aí lhe são reconhecidos dependem de várias condicionantes, como o motivo da estadia do estrangeiro ou o cumprimento de requisitos vários³². Contrariamente ao que se passa com os cidadãos da UE, eles não podem, sem mais, invocar o estatuto de nacional

²⁹ Vários autores defendem que ela acaba, a final, por ser uma concretização desse princípio. Assim, STEVE PEERS, «Immigration, Asylum and the European Union Charter of Fundamental Rights», *European Journal of Migration and Law*, n.3, 2001, p. 146, MARIONA ILLAMOLA DAUSÀ, «Égalité et Intégration», AA. VV., *La Politique Européenne d'Immigration et d'Asile : Bilan Critique Cinq Ans Après le Traité d'Amsterdam*, François Julien Laferrière, Henry Labayle, Örjan Edström (dir.), Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 179, ELSPEETH GUILD, «The Variable Subject of the EU Constitution, Civil Liberties and Human Rights», *European Journal of Migration and Law*, vol. 6, 2005, p. 389.

³⁰ DEIDRE CURTIN, «The Sting is Always in the Tail. The Personal Scope of Application of the EU Charter of Fundamental Rights», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2001, vol. 8, n.1, p. 104.

³¹ Merece particular referência a Convenção n.º 97 relativa aos Trabalhadores Migrantes e a Convenção n.º 143 relativa às Migrações em Condições Abusivas e à Promoção da Igual-

dade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes.

³² ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A Igualdade e a Não Discriminação dos Nacionais de Estados Terceiros Legalmente Residentes na União Europeia – Da Origem na Integração Económica ao Fundamento na Dignidade do Ser Humano*, Almedina, 2010, p. 149.

de país terceiro (mesmo que residente) para beneficiarem de direitos uniformes em todo o espaço da UE.

3.3. A «jurisdição» como critério de determinação dos beneficiários dos direitos

Por fim, importa ainda tecer algumas considerações no que respeita ao âmbito de aplicação *ratione loci* dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.

O art. 1.º da CEDH estabelece como campo de aplicação da Convenção «qualquer pessoa dependente da jurisdição» dos Estados-Membros. Assim, o TEDH considerou que a CEDH era aplicável em casos de interceção, por parte de navios estaduais, de barcos com estrangeiros em alto mar³³. O TEDH considerou que os fins da CEDH —em particular no que toca à proibição de expulsões coletivas de estrangeiros— não se compadeciam com uma aplicação restrita aos casos em que as referidas expulsões apenas se realizam dentro do território do Estado³⁴. Com esta jurisprudência, o TEDH confirmou que, para que a CEDH seja aplicável a uma situação concreta, é suficiente que a violação das suas normas tenha tido origem numa ação das autoridades de um dos Estados-Parte. Exemplos de órgãos estaduais que atuem no estrangeiro podem ser, por exemplo, os agentes diplomáticos ou consulares, nomeadamente no que toca aos casos relativos a pedidos de entrada no território. Por seu turno, apesar de o PIDCP mencionar, no artigo 1.º, como âmbito de aplicação o território, o Comi-

té tem também analisado as queixas que se referem a violações ocorridas na jurisdição dos Estados-Parte³⁵.

Por força destes vários instrumentos, os Estados-Parte estão obrigados a reconhecer aos estrangeiros um conjunto de direitos, independentemente de considerações ligadas a nacionalidade, reciprocidade, regularidade do estatuto e ainda, por vezes, de localização da ação estadual. Estas premissas não deixarão de ser decisivas para efeitos de superação da doutrina tradicional.

4. A SUPERAÇÃO DA DOCTRINA TRADICIONAL ATRAVÉS DO RECONHECIMENTO DO ESTRANGEIRO COMO SUJEITO DE DIREITOS: A PROTEÇÃO DERIVADA DE DIREITOS DE IMIGRAÇÃO

O contributo do reconhecimento do estrangeiro enquanto sujeito de direitos humanos não foi logo assumido para efeitos de mitigação da doutrina tradicional. É que os mesmos instrumentos que consagram os princípios da universalidade e da não discriminação em matéria de direitos humanos, excluem os estrangeiros da titularidade de um direito à entrada e permanência no território, reservando os direitos de livre relação com o território estadual aos cidadãos nacionais. Esse facto fez surgir algumas orientações que apontavam no sentido de que, assim sendo, os Estados não estavam vinculados a reconhecer quaisquer direitos humanos aos estrangeiros que se apresentassem perante os

³³ Dec. de 11/01/2001, *Xhavara e outros c. Itália e Albânia*, queixa n.º 39473/98, Dec. de 23/02/2012, *Hirsi Jamaa e outros c. Itália*, queixa n.º 27765/09. Sobre este ponto, v. THOMAS GAMMELTOFF-HANSEN, «Extraterritorial Migration Control and the Reach of Human Rights», in AA.VV., *Research Handbook on International Law and Migration*, cit., p. 120 e ss.

³⁴ O TEDH teve em conta a evolução dos fluxos migratórios, a intensificação dos mesmos pela via marítima, bem como os acontecimentos políticos e sociais ocorrentes em África e no Médio Oriente.

³⁵ V. as várias dec. de 29/07/1981, *Lopez Burgos c. Uruguai*, comunicação n.º 72/1989, *Lilian Celeberti de Casariago c. Uruguai*, comunicação n.º 56/1979, *Delia Saldías Lopez c. Uruguai*, comunicação n.º 52/1979. Na Dec. de 08/04/1987, *H. v. d. c. Países Baixos*, comunicação n.º 217/1986, o Comité referiu, ilustrativamente: «*The reference in Article 1 of the Optional Protocol to «individuals subject to its jurisdiction» (...) is not to the place where the violations occurred, but rather to the relationship between the individuals and the State.*»

respetivos órgãos em processo de imigração –principalmente quando pretendessem entrar no território. Enfim, surgiu uma tendência para não se encarar o estrangeiro como sujeito de direitos no contexto do exercício do *ius includendi et excludendi*. Apenas a partir do momento em que os Estados aceitassem a entrada de estrangeiros no seu território –e, para alguns autores, apenas quando a permanência dos estrangeiros no território fosse pacífica–, estariam obrigados a garantir os direitos humanos dos estrangeiros³⁶. A distinção entre o tratamento a aplicar aos estrangeiros que se encontrem em processo de imigração e os que possuem uma relação estável com o território veio implicar, enfim, que o tratamento dos estrangeiros em matéria de imigração fosse levado a cabo «fora do direito», relevando aí exclusivamente o poder discricionário do Estado³⁷.

³⁶ Veja-se, por exemplo, KAY HAILBRONNER, *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union*, The Hague: Kluwer Law International, 2000, p. 158, ROBERT KOGOD GOLDMAN Et SCOTT MARTIN, «International Legal Standards Relating to the Rights of Aliens and refugees and United States Immigration Law», in *Human Rights Law Quarterly*, vol. 5, n.3 (Aug. 1983), p. 308, RICHARD PLENDER, «Human Rights of Aliens in Europe», in Council of Europe – Directorate of Human Rights, *Human Rights of Aliens in Europe*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1985, p. 69, JEAN-FRANÇOIS FLAUSS, «L'Étranger, entre Souveraineté nationale et Droits de l'Homme », in AA. VV., *L'Étranger face au Droit*, J.Y. Carlier (org.) Bruylant, 2010, p. 47. Referindo esta *divisio*, GUY S. GOODWIN-GILL, *International Law and the Movement of Persons Between States*, Clarendon Press, Oxford, 1978, p. 22, J.L. BRIERLY, *Direito Internacional*, 4ª Edição, Tradução de M.R. Crucho de Almeida, Fundação Calouste Gulbekian, 1979, p. 277, RICHARD LILLICH, *The Human Rights of Aliens in Contemporary International Law*, Manchester University Press, 1984, p. 119, ANDREW DRZEMCEWSKI, «The Position of Aliens in Relation to the European Convention on Human Rights: A General Survey», in Council of Europe – Directorate of Human Rights, *Human Rights of Aliens in Europe*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1985, p. 353, ANN DUMMET Et ANDREW, *Subjects, Citizens, Aliens and Others – Nationality and Immigration Law*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1990, p. 14, DAVID MARTIN, «The Authority and Responsibility of States», in AA.VV., *Migrations and International Legal Norms*, T. Alexander Aleinikoff, Vicent Chetail (ed.), T.M.C. Asser Press, 2003, p. 32.

³⁷ SYLVIE SAROLÉA, «La Souveraineté en Droit Belge : Mythe et Réalité », in AA. VV., *L'Étranger face au Droit*, J.Y. Carlier (org.) Bruylant, 2010, p. 93.

Ora, o facto de os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos não reconhecerem um direito à imigração não significa aceitar que o estrangeiro, quando atua enquanto *imigrante*, seja privado dos direitos humanos de que beneficia. Embora não se possa falar de direitos humanos à imigração *proprio sensu*, sempre se tem de afirmar que os Estados estão *permanentemente* vinculados ao respeito de todos os direitos humanos da pessoa – mesmo no exercício do *ius includendi et excludendi*. Isso tem como consequência o facto de os referidos direitos se impõem como verdadeiras *limitações* ao exercício do *ius includendi et excludendi*.

E, de facto, tem sido esse o entendimento dos organismos destinados à garantia dos direitos humanos. Assim, a antiga ComEDH, que após um período inicial –bastante breve– de negação da aplicabilidade da CEDH em matéria de imigração³⁸, generalizou depois o entendimento de que os Estados tinham aceitado restringir o exercício dos poderes de soberania que lhes são reconhecidos pelo direito internacional geral por virtude da assinatura da CEDH³⁹.

O reconhecimento da necessidade de respeito pelos direitos humanos do estrangeiro em processo de imigração implica que, ao decidir da entrada ou da expulsão de um estrangeiro do seu território, o Estado tenha sempre de analisar os possíveis efeitos que dessa decisão possam advir para os referidos direitos. Tais direitos podem, inclusivamente, requerer para a sua proteção efetiva a entrada, a permanência ou a obtenção de estatuto legal no território. Se se estiver perante uma dessas situações, tratar-se-á, aí, de um caso de *proteção derivada de um direito de imigração*: i.e., de

³⁸ Sobre este ponto, v. INES ARRIAGA IRABURU, *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, EUNSA – Ediciones Universidade de Navarra, 2003, p. 21 e ss. V. Dec. sobre a admissibilidade X. c. *Dinamarca*, queixa n.º 238/56.

³⁹ Dec. de 30/09/1974, X c. *RFA*, queixa n.º 6315/73. V. ainda FRÉDÉRIC SUDRE, *Droit Européen et International des Droits de l'Homme*, 12ème Édition, Puf, 2015, p. 593 e ss.

uma situação em que, para se proteger outros direitos fundamentais que são reconhecidos ao estrangeiro, se acaba por reconhecer indiretamente um direito de entrada, permanência ou aquisição de estatuto legal no território

Tomemos como exemplo o facto de a expulsão de um estrangeiro do território acarretar a separação do estrangeiro dos membros da família. O Estado, que está vinculado a respeitar o direito à unidade familiar do estrangeiro, poderá ter o dever de aceitar a permanência do estrangeiro no seu território, sob pena de incorrer em violação desse direito à unidade familiar. Ao estrangeiro será assim reconhecido um direito à imigração, não por ser, *a se*, titular *desse direito*, mas porque lhe é reconhecido um *outro direito fundamental*— o direito à unidade familiar— que tem de ser exercido através da imigração. O direito à imigração aparece, assim, como um meio necessário para o estrangeiro exercer o direito à unidade familiar. Trata-se, enfim, daquilo que, na terminologia francófona, se apelida de «*protection par ricochet*»⁴⁰, e na castelhana, «*protección de rebote*»⁴¹.

Esta técnica foi desenvolvida sobretudo pelos órgãos de controlo da CEDH, muito devido aos métodos interpretativos usados pelos mesmos. Desde logo, o princípio da interpretação teleológica, já que estes órgãos têm sempre procurado interpretar os direitos garantidos à luz do objetivo da CEDH de «desenvolvimento» dos direitos humanos. Depois, o princípio da máxima eficácia, através do qual a interpretação dos direitos garantidos pela Convenção se deve dirigir à sua máxima efetividade,

⁴⁰ VINCENT CHÉTAIL, «Migration, Droits de l'Homme et Souveraineté: Le Droit International dans tous ses États», in AA.VV., *Mondialisation, Migration et Droits de l'Homme: le Droit International en Question*, Vincent Chetail (dir.), Bruylant, 2007, p. 75, FRÉDÉRIC SUDRE, *Droit Européen...*, p. 593. Note-se, contudo, que este último autor prefere referir-se, por vezes, a «direitos indiretos derivados».

⁴¹ MAX ADAM ROMERO, «El Derecho a la Familia y la Inmigración Irregular en España», in AA.VV., *Aspectos Jurídicos de la Inmigración Irregular en la Unión Europea*, Cristina Sánchez-Rodas Navarro (coord.), Ediciones Laborum, 2009, p. 111.

e não à limitação das obrigações dos Estados⁴², já que uma interpretação restritiva dos direitos seria contrária ao objetivo e fim da CEDH⁴³. Estes princípios interpretativos permitiram, assim, ao TEDH, chegar ao resultado de proteção de direitos não expressamente garantidos pelo catálogo da CEDH (e que primitivamente não eram entendidos como fazendo parte da mesma), mas que se afiguram necessários para tornar efetivos os direitos aí expressos.

O desenvolvimento da teoria da proteção derivada, aplicada a situações de imigração, não foi levado ao ponto de se considerar que basta o estrangeiro invocar a titularidade de um direito humano para o Estado de acolhimento ser obrigado a aceitar a sua entrada ou permanência no território. E assim é porque, paralelamente à afirmação dos princípios destinados ao desenvolvimento dos direitos plasmados na CEDH, o TEDH tem lançado mão de outros que acabam por proteger a soberania dos Estados-Parte, e que se podem qualificar como verdadeiros «elementos-travão» à proteção derivada de direitos de imigração. A jurisprudência do TEDH nesta matéria é resultado da conjugação entre estas duas forças em presença: uma «aceleradora» em direção ao reconhecimento desses direitos, e uma «travão», em direção à proteção das soberanias estaduais.

Tais «elementos-travão» são sobretudo dois: o reconhecimento do princípio do *ius includendi et excludendi* —afirmado permanentemente em todos os arestos em matéria de contencioso da imigração— e a teoria da margem de apreciação. Esta teoria tem como objectivo conciliar as esferas de autoridade do TEDH e dos Estados contratantes. Ela implica que as autoridades nacionais possuam cer-

⁴² Assim, a Dec. de 27/06/1978, *Wemhoff c. Alemanha*, queixa n.º 2122/64, onde se afirmou que os órgãos de garantia da CEDH procuravam realizar a interpretação mais adequada para atingir o fim e realizar o objeto da mesma, e não aquela que daria o entendimento mais limitado dos compromissos das partes.

⁴³ Tal concepção foi afirmada expressamente na Dec. de 21/02/1975, *Golder c. Reino Unido*, queixa n.º 4451/70.

ta liberdade no que toca a escolher as medidas necessárias para respeitarem os direitos enunciados na Convenção, pelo que os órgãos de controlo só devem intervir quando essa margem de apreciação for ultrapassada. Ora, é precisamente em matérias fortemente ligadas ao núcleo duro das soberanias estaduais –como tem sido entendido o *ius includendi et excludendi*– que se tem reconhecido uma margem de apreciação mais ampla.

A proteção derivada de direitos de imigração tem-se desenvolvido precisamente através do labor jurisprudencial dos órgãos de controlo da CEDH e do esforço permanente de equilíbrio entre os vários princípios enunciados. E, apesar dessas condicionantes, é já vasta a jurisprudência de reconhecimento desses direitos. Tal jurisprudência acabou por influenciar outros organismos internacionais, como os diversos comités responsáveis pela monitorização do respeito pelas convenções assinadas no contexto das N.U. Também o direito da UE não foi imune a estes desenvolvimentos, consagrando, quer na CDFUE, quer no direito derivado, verdadeiras manifestações de direitos fundamentais derivados de imigração, que se vieram juntar aos direitos subjetivos de imigração previstos em alguns instrumentos.

No ponto seguinte iremos analisar, precisamente, os principais casos de proteção derivada de direitos de imigração, afirmados e desenvolvidos por este labor jurisprudencial.

5. CASOS DE PROTEÇÃO DERIVADA DE DIREITOS DE IMIGRAÇÃO

Reconhecendo muito embora o *ius includendi et excludendi* dos Estados, as várias fontes de direito objeto do presente estudo têm permitido a afirmação da proteção derivada de direitos de imigração em três casos: nos casos em que o mesmo surge como necessário para efetivar a proibição de tortura, de tratamentos desumanos e degradantes (5.1.), no caso de proteção da unidade familiar do estrangeiro (5.2.) e no caso de proteção da vida privada do

estrangeiro (5.3.). Finalmente, existem ainda outras manifestações, ainda que tímidas e esparsas, desta proteção derivada (5.4.).

5.1. Proibição de tortura, de tratamentos desumanos e degradantes

A proibição de tortura tem permitido chegar a uma das formas mais acabadas de proteção de um direito derivado de imigração, nomeadamente na vertente de direito a permanecer no país de acolhimento. O caso mais comum em que da proibição de tortura, tratamentos desumanos ou degradantes se pode retirar um direito derivado à imigração diz respeito a casos de expulsão de estrangeiros para países onde há razões para crer que serão sujeitos a esses tratamentos. De forma a proteger o direito do estrangeiro a não ser sujeito a esses tratamentos, reconhece-se que o Estado expulsante fica vinculado a abster-se de expulsar e, por isso, a aceitar a permanência do estrangeiro no seu território. Esta forma de proteção derivada de um direito de permanência no território tem origem no princípio de direito internacional do *non refoulement*, que encontra as suas raízes históricas na Convenção de 28 de outubro de 1933 relativa ao estatuto internacional dos refugiados russos, arménios e assimilados.

Através desta forma de proteção, o Estado fica impedido de expulsar se o estrangeiro sofrer um risco de sujeição a tortura ou tratamentos desumanos e degradantes no seu país de origem. O *leading case* –o famoso caso *Soering*– respeitava a uma extradição, na qual o estrangeiro iria ser sujeito a pena de morte⁴⁴. O TEDH considerou que a sujeição do extraditando ao fenómeno do corredor da morte poderia ser considerado um tratamento desumano e degradante, pelo que sancionou o mesmo. Esta jurisprudência cedo foi alargada para os casos de expulsão, através do caso *Cruz Va-*

⁴⁴ Dec. de 07/07/1989, *Soering c. Reino Unido*, queixa n.º 14038/88.

ras⁴⁵, em que o recorrente invocava que, ao ser expulso para o seu país de origem seria sujeito a tortura por parte das autoridades do mesmo, devido à sua filiação partidária⁴⁶. O TEDH veio assim permitir a construção de um direito a não ser expulso ou a ser admitido no território de forma a evitar que o estrangeiro incorra em tratamentos desumanos ou degradantes no país de destino. Este âmbito da proteção derivada de direitos de imigração tem sido ainda mais reforçado com a recente evolução jurisprudencial do TEDH. Exemplo disso são as situações em que o Estado é condenado por enviar estrangeiros para outro Estado que, por sua vez, os remeterá a um terceiro onde sofrerão tratamentos contrários ao art. 3.^º⁴⁷.

A proibição de expulsão –e, assim, o reconhecimento de um direito derivado à permanência– pode decorrer de várias situações. A situação mais comum corresponde àquela em que o risco de maus-tratos provém de actos das autoridades públicas, seja por existir um receio de perseguição devido à pertença a determinado grupo, situação que consubstanciará uma manifestação do princípio do *non*

*refoulement*⁴⁸, seja até por força do próprio sistema jurídico interno do Estado, em razão, por exemplo, da previsão de penas incompatíveis com o art. 3.^º, como as penas corporais⁴⁹ ou, em certos casos, a pena de prisão perpétua⁵⁰. Ultimamente, o TEDH tem considerado, contrariamente às primeiras decisões na matéria, que a pena de morte pode ser considerada, em si, um tratamento contrário ao art. 3.^º, atendendo às circunstâncias específicas da sua aplicação, forma de punição usada e método de execução da mesma⁵¹. No entanto, o art. 3.^º também oferece proteção quando provier de entidades privadas, caso o poder instituído não oferecer proteção suficiente⁵². Note-se que este tipo de proteção foi estendido a vários tipos de situações. No caso *Collins e Akaziebie*⁵³, havia risco de mutilação genital feminina caso se efetivasse uma expulsão para a Nigéria, e no caso *N. c. Suécia*, o risco de maus tratos derivava de violência conjugal⁵⁴.

Mas a jurisprudência do TEDH foi ainda mais longe, protegendo, em alguns casos, situações em que o risco de sujeição a tratos proibidos deriva de condições objetivas do país de destino, independentes da conduta das autoridades. Assim o decidiu em alguns casos quando estava em causa a degradação das

⁴⁵ Dec. de 20/03/1991, *Cruz Varas c. Suécia*, queixa n.º 15576/89.

⁴⁶ Este entendimento foi depois seguido na Dec. de 30/10/1991, *Vilvarajah e outros c. Reino Unido*, queixas n.º 13163/87, 13164/87 e 13165/87, na Dec. de 15/11/96, *Chahal c. Reino Unido*, queixa n.º 22414/93. Este último caso foi particularmente importante por nele se ter afirmado a natureza absoluta da proteção oferecida pelo art. 3.^º da CEDH, ainda que estivesse em causa a expulsão de alegado terrorista.

⁴⁷ Esse segundo Estado pode, inclusivamente, ser um Estado-parte da CEDH. Tome-se, ainda, como exemplo o caso *M.S.S. c. Bélgica e Grécia* (21/01/2011, queixa n.º 30696/09), respeitante a um cidadão de nacionalidade afegã que tinha entrado no território da União Europeia pela Grécia, tendo apresentado na Bélgica um pedido de asilo. Por aplicação das regras da UE em matéria de determinação do Estado responsável para a análise do pedido de asilo, o requerente foi reenviado para a Grécia. No processo perante o TEDH demonstrou-se que este Estado não oferecia garantias efetivas contra a não repulsão do requerente para o seu país de origem – em particular, não assegurava um exame do pedido com acesso a um recurso efetivo. A Bélgica foi condenada por violação do art. 3.^º da CEDH pelo facto de ter reenviado o requerente para a Grécia, expondo-o aos riscos mencionados.

⁴⁸ Assim, entre outras, a dec. de 11/01/2007, *Salah Sheekh c. Holanda*, queixa n.º 1948/04, a dec. de 20/07/2010, *A c. Holanda*, queixa n.º 4900/06, a dec. de 18/02/2010, *Baysakov e outros c. Ucrânia*, queixa n.º 54131/08.

⁴⁹ V. assim, no que toca à expulsão de uma mulher iraniana que invocava a sua sujeição, no país de destino, à pena de morte por lapidação por cometido adultério, a dec. de 11/07/2000, *Jabari c. Turquia*, queixa n.º 40035/98.

⁵⁰ Dec. de 04/09/2014, *Trabelsi c. Bélgica*, queixa n.º 140/10.

⁵¹ Dec. de 12/04/2005, *Chamaiev e outros c. Geórgia e Rússia*, queixa n.º 36378/02.

⁵² Foi na Dec. de 29/04/1997, *H.L.R. c. França*, queixa n.º 24573/94, que o TEDH afirmou pela primeira vez a possibilidade de violação do art. 3.^º devido a atuações de privados. No caso, um colombiano que havia sido detido pela polícia francesa no aeroporto de Roissy por trazer consigo cocaína, alegava que no país de origem iria ser exposto à perseguição dos traficantes de droga.

⁵³ Dec. de 08/03/2007, *Akaziebie c. Suécia*, queixa n.º 23944/05.

⁵⁴ Dec. de 20/07/2010, *N. c. Suécia*, queixa n.º 23505/09.

condições de saúde de pessoas com doenças terminais⁵⁵. No entanto, o TEDH tem referido que apenas circunstâncias muito excepcionais ou considerações humanitárias prementes podem fazer com que o agravamento da saúde do estrangeiro impeça uma expulsão⁵⁶. É determinante a gravidade do estado de saúde, bem como as insuficientes condições do país de origem⁵⁷. O progresso da medicina e as diferenças socioeconómicas entre os países fazem com que o nível de tratamentos disponíveis no Estado de acolhimento e no Estado de origem possam divergir consideravelmente. Assim, o art. 3.º da CEDH não pode ser interpretado no sentido de obrigar o Estado de acolhimento a colmatar tais disparidades através da proibição de expulsar estrangeiros que se encontrem a beneficiar dos seus serviços de saúde⁵⁸. O mesmo se diga, de resto, no que toca à diferença de condições sociais e económicas. O TEDH tem afirmado que, por exemplo, uma situação de pobreza generalizada, ou de falta de recursos no país de destino não atinge o grau de gravidade suficiente para que uma

expulsão para o mesmo constitua uma violação do art. 3.º da CEDH⁵⁹. Por fim, o TEDH tem vindo também a alargar os casos de proteção às situações em que o risco deriva de uma situação de violência generalizada no país de origem. Em alguns casos o TEDH considerou que, sendo os maus tratos sistemáticos no país, mesmo que o expulsando não corra um risco qualificado em relação aos demais cidadãos e habitantes do mesmo, ainda assim poderia ser protegido⁶⁰. Esse poderá ser o caso, por exemplo, de um membro de um grupo que seja sistematicamente sujeito a maus-tratos⁶¹. Mais recentemente, o TEDH referiu que tal proteção apenas deveria valer nos casos de violência geral mais extrema⁶².

Para aferir da necessidade de proteção em cada um dos casos mencionados, o TEDH tem em conta vários factores. Apesar de se bastar com a existência de um «risco» de o estrangeiro ser sujeito aos tratamentos em causa, o TEDH exige a comprovação de «motivos fortes» («*substantial grounds*») para crer que tais tratamentos irão ocorrer⁶³. Para além do mais,

⁵⁵ Assim, a Dec. de 02/05/1997, *D. c. Reino Unido*, queixa n.º 30240/96, em que estava em causa um cidadão da ilha de St. Kitts em fase terminal de sida.

⁵⁶ Assim, na dec. de 06/02/2001, no caso *Bensaid c. Reino Unido*, queixa n.º 44599/98, o Tribunal considerou que o art. 3.º não seria violado com a expulsão de um estrangeiro para a Argélia, pois embora este sofresse de graves problemas de saúde, o país de destino dispunha de cuidados médicos adequados.

⁵⁷ Assim, a dec. de 15/02/2000, no caso *S.C.C. c. Suécia*, queixa n.º 46553/99. No caso, uma cidadã nacional da Zâmbia infetada com HIV pretendia regressar à Suécia, onde havia residido como esposa de um diplomata. Tendo o pedido sido rejeitado, a recorrente invocou que, devido ao seu estado de saúde, tinha existido violação do art. 3.º da CEDH. O TEDH não considerou a queixa admissível, uma vez que havia tratamentos adequados na Zâmbia e a recorrente tinha aí família e amigos que a podiam auxiliar. Assim, o TEDH considerou que dificilmente se podia considerar que a Suécia tinha alguma responsabilidade em providenciar-lhe tratamento médico. Já diferente foi a solução em 16/04/2013, no caso *Aswat c. Reino Unido*, queixa n.º 17299/12. O recorrente invocava que a extradição para os EUA levaria a uma considerável degradação da sua saúde, visto que sofria de esquizofrenia paranoide e seria sujeito a um longo período de detenção antes do julgamento numa prisão de alta segurança

⁵⁸ Assim, a dec. de 27/05/2008, *N. c. Reino Unido*, queixa n.º 26565/05.

⁵⁹ O TEDH tem afirmado, nesta sequência, que a CEDH se destina principalmente a garantir direitos civis e que não incumbe aos Estados-Parte a responsabilidade de aliviar as várias disparidades socioeconómicas entre os países do mundo. Assim, v. dec. de 29/01/2013, *S.H.H. c. Reino Unido*, queixa n.º 60367/10.

⁶⁰ Assim, a já citada decisão da Com EDH de 16/03/1990, *M. c. Suécia*. V., ainda as seguintes recentes decisões do TEDH: a dec. de 28/06/2011, *Sufi e Elmi c. Reino Unido*, queixas n.º 8319/07 e 11449/07, dec. de 18/09/2012, *Umirov c. Rússia*, queixa n.º 17455/11, a dec. de 05/02/2013, *Zokhidov c. Rússia*, queixa n.º 67286/10, e a dec. de 20/06/2013, *Sidikovy c. Rússia*, queixa n.º 73455/11.

⁶¹ Assim, na dec. de 11/01/2007, *Salah Sheek c. Holanda*, queixa n.º 1948/04, em que o recorrente e a família tinham sido alvo de maus-tratos por pertencerem a um grupo minoritário, não dispo de meios para se protegerem.

⁶² Dec. de 21/07/2015, *H.S. e outros c. Chipre*, queixa n.º 41753/10.

⁶³ Tem-se assinalado, porém, que, ao contrário da ComEDH, que exigia um risco «sério», o TEDH não exige uma «probabilidade particularmente elevada» desse risco suceder. Veja-se, a título de exemplo, as decisões da ComEDH de 12/01/1991, *A. & F. c. Turquia*, queixa n.º 14401/88, e de 14/10/1991, *R. c. Dinamarca*, queixa n.º 16381/90. No caso *Soering*, o TEDH assinalou inclusivamente que não era certo que o recorrente fosse condenado à pena de morte. O TEDH bastou-se assim, com um

o risco tem de ser *atual*⁶⁴. O mau trato previsível deve ainda revestir um *nível mínimo de gravidade*⁶⁵. A apreciação da gravidade do tratamento depende das circunstâncias do caso, como a natureza ou o contexto do tratamento ou punição, a forma e método de execução, a sua duração, os efeitos físicos e psíquicos na vítima, bem como o sexo, idade e estado de saúde desta⁶⁶.

Esta jurisprudência do TEDH tem sido exemplar para outros organismos internacionais, como o Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas. Algumas comunicações individuais deste organismo têm-se debruçado sobre o respeito pelo art. 7.º do PIDCP por decisões de expulsão de indivíduos para países onde exista risco de submissão a tortura ou a tratamentos desumanos e degradantes.

risco real de aplicação dessa pena. RALF ALLEWELDT refere que, ao ter escolhido adotar a expressão «risco» ao invés de «perigo», como o faz a Convenção das N.U. para Prevenção da Tortura, a CEDH pretendeu fixar um grau de proteção menos exigente. Cf. «Protection Against Expulsion Under Article 3 of the European Convention on Human Rights», *European Journal of International Law*, n. 4 (1993), p. 366.

⁶⁴ Assim, a já citada dec. de 15/11/1996, no caso *Chahal*, e ainda a dec. de 17/02/2004, *Venkadajalasarma c. Holanda*, queixa n.º 58510/00.

⁶⁵ Nas dec. de 28/06/2012, *A.A. e outros c. Suécia*, queixa n.º 14499/09 e de 27/06/2013, *D.N.M. c. Suécia e S.A. c. Suécia*, queixas n.ºs 28379/11 e 66523/10, o TEDH considerou que os tratamentos não alcançavam o grau de gravidade suficiente. No primeiro caso, o TEDH considerou que o afastamento para os respetivos países de origem, onde os recorrentes sofriam um risco de serem perseguidos por terem cometido «crimes de honra» não constituía um tratamento contrário ao art. 3.º da CEDH. No primeiro caso, tratava-se de uma mãe e de filhos provenientes do lémén, que invocavam ter desobedecido ao respetivo marido / pai, por terem saído do território de origem sem autorização deste. No segundo caso, os requerentes alegavam que, se expulsos para o Iraque, seriam sujeitos a «crime de honra» por se terem envolvido com mulheres sem a aprovação das respetivas famílias.

⁶⁶ Assim, a dec. de 10/07/2001, *Price c. Reino Unido*, queixa n.º 33394/96, dec. de 14/11/2002, *Mouisel c. França*, queixa n.º 67263/01, e mais, recentemente, dec. de 11/07/2006, *Jalloh c. Alemanha*, queixa n.º 54810/00. Sobre o peso destes critérios na análise do TEDH, v. JOÃO MADUREIRA, «La Jurisprudence des organes de la Convention Européenne des Droits de L'Homme et de la Charte Sociale Européenne concernant l'entrée et la sortie des étrangers du territoire d'un État», *Revista de Documentação e Direito Comparado*, 1989, p. 158.

O Comité adotou também o entendimento de que, embora o Pacto não disponha de disposições específicas sobre extradição ou expulsão, contém normas que podem ser violadas com uma aplicação dessas medidas⁶⁷. Assim, na decisão *Kindler c. Canadá*, o Comité afirmou que se um Estado enviava um indivíduo para um país em que um direito protegido pelo PIDCP era violado, seria o próprio Estado extraditante que violaria o Pacto⁶⁸. Estas decisões foram reforçadas pelos Comentários Gerais ao Pacto, como o comentário n.º 20, em que o Comité referiu que os Estados-Parte não deviam expor indivíduos ao risco de sujeição a tortura ou a tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes em caso de afastamento para outro país por extradição, expulsão ou *refoulement*⁶⁹, ou o mais recente Comentário n.º 31, sobre a natureza das obrigações legais gerais impostas aos Estados pelo Pacto, em que se referiu a obrigação de não extraditar, deportar, expulsar ou aplicar outra medida que implique o afastamento de uma pessoa do seu território quando existam fundamentos suficientes para acreditar que isso implica um risco de danos irreparáveis, quer no país para onde a pessoa será afastada, quer ainda em qualquer outro país subsequente.

Por seu turno, a Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes pode também oferecer proteção neste contexto. A jurisprudência

⁶⁷ Assim, também num caso relativamente a um refugiado, a dec. de 02/04/1990, *Torres c. Finlândia*, comunicação n.º 291/1988.

⁶⁸ Dec. de 30/07/1993, *Joseph Kindler c. Canada*, n.º 470/1991. Sobre este ponto, v. ROSALYN HIGGINS, «Extradition, the Right to Life, and the Prohibition against Inhuman Punishment and Treatment: Similarities and Differences under the ECHR and ICCPR», in AA.VV., *Protection des Droits de l'Homme: la perspective Européenne - Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Paul Mahoney, Franz Matscher, Herbert Petzold, Luzius Wildhaber (ed.), Heymanns, Köln, 2000, p. 610.

⁶⁹ Comentário Geral n.º 20, *Prohibition of torture, or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, de 30/09/1992: «States parties must not expose individuals to the danger of torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment upon return to another country by way of their extradition, expulsion or refoulement».

do TEDH em relação ao art. 3.º da CEDH inspirou o art. 3.º, n.º1 da Convenção, de acordo com o qual «*nenhum Estado Parte expulsará, entregará ou extraditará uma pessoa para um outro Estado quando existam motivos sérios para crer que possa ser submetida a tortura*». Para esses efeitos, o n.º2 determina que «*as autoridades competentes terão em conta todas as considerações pertinentes, incluindo, eventualmente, a existência no referido Estado de um conjunto de violações sistemáticas, graves, flagrantes ou massivas dos direitos do homem*». Uma parte bastante significativa das queixas apresentadas ao Comité contra a Tortura (CAT) tem versado, precisamente, sobre os casos aqui analisados⁷⁰. Esse facto levou o CAT a escrever o seu primeiro comentário geral sobre normas da Convenção, o qual especifica quais as considerações o Estado deve ter como relevantes numa situação de afastamento de um estrangeiro para um país onde exista risco de o mesmo ser sujeito a tratamentos contrários à Convenção⁷¹.

Também do direito da UE decorre o reconhecimento de um direito derivado a permanecer no território através da proibição de tortura, tratamentos desumanos e degradantes. Essa proteção é concedida, desde logo, na CDFUE, que prevê, no artigo 19.º que «*ninguém pode ser afastado, expulso ou extraditado para um Estado onde corra sério risco de ser sujeito*

a pena de morte, a tortura ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes». Consagra-se aí, desde logo, a proibição de *non refoulement*, princípio que é, de resto, tido como um princípio essencial de enquadramento da política comum de asilo da União Europeia⁷². Por força da consagração deste princípio também na CDFUE, ele vale ainda no que toca à aplicação e desenvolvimento da política comum de *imigração*. Nesse último contexto, ela tem um papel muito relevante no que respeita ao desenvolvimento das políticas de combate à imigração ilegal, nomeadamente as que se traduzem em medidas de retorno, nos termos da alínea *c*) do n.º 2 do art. 79.º do TFUE – norma essa que elege a devolução ao país da nacionalidade (retorno) ou a qualquer outro país terceiro como o meio privilegiado para pôr fim a uma situação de imigração ilegal⁷³. Ora, esse meio deverá ser usado apenas se não puser em causa as proibições resultantes do art. 19.º da Carta⁷⁴.

⁷² Assim, o n.º 1 do art. 78.º do TFUE dispõe que a «*União desenvolve uma política comum em matéria de asilo, de proteção subsidiária e de proteção temporária, destinada a conceder um estatuto adequado a qualquer nacional de um país terceiro que necessite de proteção internacional e a garantir a observância do princípio da não repulsão*». A obrigação de respeito por este princípio vale, assim, por imposição também do TFUE, para todas as vertentes da política comum de asilo: asilo, proteção subsidiária e proteção temporária.

⁷³ NUNO PIÇARRA, «Comentário ao artigo 79.º» in AA.VV., *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, Gonçalo Anastácio, Manuel Lopes Porto (coord.), Almedina, 2012, ANA RITA GIL, «Artigo 19.º – Proteção em caso de Afastamento, Expulsão ou Extradicação», *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 244.

⁷⁴ Note-se que apenas alguns dos instrumentos emanados em matéria de luta contra a imigração ilegal mencionam especificamente a necessidade de tomar em consideração a possibilidade de sujeição dos estrangeiros a tortura ou tratamentos / penas desumanos e degradantes. Assim, a Diretiva 2001/40/CE do Conselho, de 28 de maio de 2001, relativa ao reconhecimento mútuo de decisões de afastamento de nacionais de países terceiros (art. 3.º, n.º2 e art. 6.º), a Diretiva 2003/110/CE relativa ao apoio em caso de trânsito para efeitos de afastamento por via aérea (art. 8.º) e a Diretiva 2008/115/CE que estabelece normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular (art. 5.º).

⁷⁰ V., a título de exemplo, a dec. de 15/05/1998, *G.R.B. c. Suécia*, comunicação n.º 83/97, a dec. de 25/05/1999, *Sadiq Shek Elmi c. Austrália*, comunicação n.º 129/98, entre muitas outras. Sobre a jurisprudência abundante do CAT sobre a matéria v., em detalhe, VINCENT CHÉTAIL, «Le Comité des Nations Unies contre la torture et l'éloignement des étrangers : dix ans de jurisprudence (1994-2004)», *Revue Suisse de Droit International et Européen*, 2006, n.1, p. 63-104. Merece especial menção o caso *Paez* (dec. de 08/05/1996, *Gorki Ernesto Tapia Paez c. Suécia*, comunicação n.º 39/1996), em que o CAT concluiu que a Suécia não podia expulsar um estrangeiro para o Perú, onde a sua vida e integridade física estariam ameaçadas, pelo facto da sua pertença ao Partido comunista peruano. Neste caso existiram decisões não coincidentes por parte do CAT e também dos órgãos de garantia da CEDH.

⁷¹ Comentário Geral n.º 1, *Implementation of Article 3 of the Convention in the Context of Article 22 (Refoulement and Communications)*, de 21/11/1997

5.2. Proteção da unidade familiar

A proteção da unidade familiar do estrangeiro tem constituído um dos exemplos mais desenvolvidos de proteção derivada de direitos de imigração, nos casos em que a entrada ou permanência de estrangeiros no território de acolhimento se afigura necessária para garantir a coesão do núcleo familiar. De forma a proteger-se a unidade familiar, reconhece-se que o Estado de acolhimento pode ficar vinculado a permitir a entrada de estrangeiros no seu território, de forma a poderem reunir-se aos familiares aí residentes (reagrupamento familiar), bem como a abster-se de expulsar estrangeiros quando essa medida acarrete a separação da família. Nos casos de expulsão, a família encontra-se unida no território de acolhimento, podendo o Estado ficar privado de usar o *ius excludendi* se isso implicar a separação da mesma. Já no caso de reagrupamento, a família já se encontra separada, devido a uma primeira imigração de um dos membros dessa família, e o que se requer é que o Estado de acolhimento permita a entrada dos demais membros no território, o que pode implicar uma compressão do seu *ius includendi*. O reagrupamento familiar, que é hoje reconhecido por todas as legislações dos Estados-Membros da UE, é um mecanismo que visa precisamente efetivar o direito de estrangeiros entrarem no território de um Estado de forma a poderem reunir-se aos membros da sua família aí residentes⁷⁵. No entanto, os autores encon-

tram-se ainda divididos no que toca a saber se se pode falar de um verdadeiro direito humano ao reagrupamento familiar⁷⁶.

Neste contexto, a jurisprudência dos órgãos de controlo da CEDH, desenvolvida a partir do art. 8.º da CEDH que consagra o direito à vida privada e familiar afigura-se, uma vez mais, paradigmática. O art. 8.º tem como fim primordial proteger o indivíduo contra ingerências arbitrárias do Estado na família, e o TEDH tem considerado que tais ingerências podem decorrer quer da violação de obrigações negativas (*de non facere*) quer de obrigações positivas (*de facere*). No primeiro grupo inserir-se-iam os casos de impedimento de expulsão, e no segundo os casos de reagrupamento familiar. A abordagem do TEDH varia consoante o tipo de obrigação que está em causa, sendo bastante mais exigente nos casos referentes a obrigações positivas. Não obstante, o TEDH tem sustentado permanentemente que, do art. 8.º da CEDH, não decorre automaticamente um direito a entrar ou a permanecer no

and Refugee Protection», in AA.VV., *Refugee Protection in International Law. UNCHR's Global Consultations on International Protection*, Cambridge University Press, 2003, p. 556 e 581 e ss, DALLAL STEVENS, «The Asylum-seeking Family», in AA.VV. *Family Life and the Law*, Rebecca Probert (ed.), Ashgate, 2007, p. 225.

⁷⁶ KATE JASTRAM, por exemplo, defende já existir semelhante reconhecimento. Cf. «Family Unity», in AA. VV., *Migration and International Legal Norms*, T. Alexander Aleinikoff, Vicent Chetail (ed.), T.M.C. Asser Press, 2003, p. 186. Já T. ALEXANDER ALEINIKOFF refere que ainda não se pode falar de um consenso no que toca a esse reconhecimento. Cf. «International Legal Norms on Migration: Substance without Architecture», in AA.VV., *International Migration Law – Developing Paradigms and Key Challenges*, Ryszard Colewinski, Richard Perruchoud, Evan McDonald (ed.), T.M.C. Asser Press, the Hague, 2007, p. 18. V. ainda, no mesmo sentido, HENRI LABAYLE, «Le droit des étrangers au regroupement familial, regards croisés du droit interne et du droit européen», *Revue Française de Droit Administratif*, Paris, a.23, n.1 (jan-fev. 2007), p. 103. Já VINCENT CHÉTAIL fala de um direito, reconhecido pelo direito internacional geral ou comum, ao reagrupamento familiar dos filhos menores com seus progenitores, quando se revista como a única forma de a família ser levada a cabo. Cf. «The Transnational Movement of Persons under General International Law – Mapping the Customary Law Foundations of International Law», in AA.VV., *Research Handbook on International law and Migration*, cit., p. 43.

⁷⁵ INTERNATIONAL ORGANISATION FOR MIGRATION, *Glossary on Migration*, Richard Perruchoud Et Jillyanne Redpath-Cross (eds.), 2nd Edition, IOM, 2011, p. 24. O instituto do reagrupamento familiar é definido, na alínea d) do art. 2.º da Diretiva 2003/86/CE relativa ao reagrupamento familiar, como «a entrada e residência num Estado-Membro dos familiares de um nacional de um país terceiro que reside legalmente nesse Estado, a fim de manter a unidade familiar (...)». No caso dos refugiados o reconhecimento de um direito ao reagrupamento familiar pode ainda decorrer da sua especial condição de imigrantes forçados. Sobre este aspeto, v. FRÉDÉRIC BONNOT, «Les principes généraux du droit applicables aux réfugiés et le principe de l'unité de famille», *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, n. 5 (1996), p. 1380 e ss., KATE JASTRAM, Et KATHLEEN NEWLAND, «Family Unity

território, devido ao princípio do *ius includendi et excludendi*. O reconhecimento em cada caso de uma limitação dos poderes de controlo da imigração por força da protecção do direito à vida familiar decorrerá da realização de uma ponderação entre os interesses individuais e os da comunidade.

Em cada caso, o TEDH trata de averiguar se existe vida familiar digna de protecção, se a medida se traduz numa ingerência nessa vida familiar, e seguidamente, se essa ingerência é ilegítima. No que toca ao conceito de vida familiar, o TEDH tem adoptado um conceito *dinâmico* da mesma. Para determinar se está perante «vida familiar», o TEDH aprecia a qualidade e intensidade dos laços que unem os vários membros da relação⁷⁷. Assim, um casamento heterossexual é sempre considerado «vida familiar»⁷⁸, enquanto que as uniões de facto estão dependentes de vários factores que atestem a existência de laços reais entre as pessoas, tais como a existência de coabitação, a duração da relação, a intenção das partes, a dependência mútua e a existência de filhos comuns⁷⁹. No que toca às uniões de pessoas do

mesmo sexo, desde a recente decisão no caso *Pajic*, o TEDH lançou as bases para que os Estados tenham de tratar da mesma forma os casais de sexo diferente e os casais do mesmo sexo em matéria de imigração⁸⁰. No que toca à relação entre pais e filhos menores, o TEDH firmou, no Acórdão *Berrehab*, o entendimento, depois generalizado⁸¹, de que existe sempre relação familiar entre os mesmos pelo simples facto do nascimento, independentemente de coabitação⁸². Já no que toca a outras relações como a de filhos adultos, irmãos e família alargada, as dúvidas já são maiores, dependendo da demonstração de laços adicionais⁸³.

Seguidamente, o TEDH verifica se a medida se pode considerar uma ingerência na vida familiar. Na averiguação de tais ingerências tem-se distinguido consoante se trate de medida relativa à entrada de estrangeiros no território ou relativa a expulsão. Quanto às medidas de expulsão, a ingerência deduz-se

⁷⁷ Sobre o conceito de família na jurisprudência do TEDH v, mais detalhadamente, SUSANA ALMEIDA, *Família a la Luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Juruá Editorial, 2015.

⁷⁸ Neste ponto, o TEDH preocupa-se em verificar se a união em causa é não uma «união de conveniência» e se foi contraída de acordo com a lei aplicável. Se for esse o caso, o TEDH não se preocupa em procurar critérios adicionais que demonstrem a existência de vida familiar entre os cônjuges. Não obstante, o casamento poligâmico cairá, em princípio, fora do âmbito de protecção do art. 8.º [v. Dec. de 06/01/1992, *Alilouch El Abasse c. Holanda*, queixa n.º 14501/89].

⁷⁹ O TEDH reconheceu relevância a estas relações várias vezes. Fê-lo, desde logo, no Ac. *Abdulaziz*, considerando existir vida familiar entre o casal Cabales, cujo casamento o Reino Unido considerara inválido, mas em que os visados se consideravam marido e mulher. V. Dec. de 28/05/1985, *Abdulaziz, Cabales and Balkandali c. Reino Unido*, queixas n.º 9214/80 e outras. Este entendimento tem vindo a ser confirmado pela jurisprudência mais recente. Assim, a dec. de 04/09/2002, *Mikulic c. Croácia*, queixa n.º 53176/99, em que se referiu: «*la notion de «vie familiale» visée par l'article 8 ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage mais peut englober d'autres «liens familiaux» lorsqu'une relation a suffisamment de constance*». V. ainda a recente dec. de 27/08/2013,

Mohammed e outros c. Holanda e Itália, queixa n.º 40524/10 e outros.

⁸⁰ Dec. de 23/02/2016, *Pajic c. Croácia*, queixa n.º 68453/13. No caso, o TEDH sancionou uma lei croata que não permitia o reagrupamento familiar de parceiros do facto do mesmo sexo, quando permitia o referido reagrupamento no que respeita a parceiros de sexo diferente. Sobre este caso, v. ANA RITA GIL E SUSANA ALMEIDA, «Family reunification for same-sex couples: a step forward in times of crisis- comments on the Pajic ruling of the ECtHR», in <http://eumigrationlawblog.eu/>.

⁸¹ Assim, as Dec. de 19/02/1996, *Gül c. Suíça*, queixa n.º 23218/94, Dec. de 28/11/1996, *Ahmut c. Holanda*, queixa n.º 21702/93 e Dec. de 21/12/2001, *Sen c. Holanda*, queixa n.º 31465/96.

⁸² Dec. no caso *Berrehab*, cit.

⁸³ Dec. de 08/03/1985, *Berrehab e Koster c. Holanda*, queixa n.º 10730/84, Dec. de 09/10/2003, *Slivenko c. Letónia*, queixa n.º 48321/99. V, ainda, a dec. de 13/02/2001, *Ezzouhdi c. França*, queixa n.º 47160/99, a dec. de 17/01/2003, *Aoulmi c. França*, queixa n.º 50278/99, a dec. de 22/06/2006, *Kaftailova c. Letónia*, queixa n.º 59643/00, e a dec. de 03/07/2011, *Javeed c. Holanda*, queixa n.º 47390/99. Assim, por exemplo, No caso *Uppal*, considerou admissível uma queixa respeitante a uma medida de expulsão que interferiria com a vida familiar entretida entre crianças, pais, avós, e irmãos casados, considerando que estas pessoas formavam uma unidade próxima. Cf. Dec. de 02/05/1979, *Singh and Uppal c. Reino Unido*, queixa n.º 8244/78.

*ipso facto*⁸⁴. O mesmo não se verifica nos casos de entrada, considerados como eventuais obrigações positivas dos Estados e em que estes detêm, de acordo com o TEDH, maior margem de apreciação⁸⁵. Nesses casos, o TEDH verifica se o Estado ultrapassou essa margem de apreciação, convocando o princípio da proporcionalidade para a própria determinação de *existência* de obrigação positiva⁸⁶. Assim, nos casos relativos a reagrupamento familiar, para considerar que existiu *a se* uma ingerência na vida familiar, o TEDH averigua se este deixou possibilidades, razoáveis e não ilusórias, de o indivíduo exercer o seu direito de levar a cabo uma vida familiar –por outras palavras, verifica se o indivíduo pode levar a cabo a vida familiar noutro local⁸⁷. Trata-se da chamada «*elsewhere approach*»⁸⁸ e que tem sido criticada por fazer com que o direito ao reagrupamento familiar seja configurado como um direito de *ultima ratio* – a reconhecer apenas quando se demonstrar não ser possível levar-se a cabo a vida familiar no país de origem⁸⁹.

Finalmente, o TEDH verifica se a ingerência pode ser justificada, *i.e.*, se é legítima. Para tal, a medida tem de estar prevista na lei, visar

um fim legítimo (enumerados como compreendendo a segurança nacional, segurança pública, bem-estar económico do país, defesa da ordem e prevenção das infracções penais, protecção da saúde ou da moral, protecção dos direitos e das liberdades de terceiros⁹⁰), e ser necessária numa sociedade democrática – factor este último que remete para a necessidade de efectuar um controlo da proporcionalidade da mesma, ponderando os custos que estrangeiro terá com a aplicação da medida e os benefícios para a sociedade. Neste exercício do controlo da proporcionalidade – e no que toca à protecção da vida familiar do estrangeiro, o TEDH tem tido em consideração vários factores, que foram enumerados Ac. *Boultif*, de 2001 e *Üner*, de 2006. Do lado dos interesses do recorrente, tem-se em conta a sua situação pessoal e familiar. Desde logo, no país de acolhimento, *i.e.*, o grau de inserção nesse país ou a solidez da ligação entretida com o mesmo, o seu estatuto legal⁹¹, a duração da permanência no país⁹², a frequência do sistema de ensino e a atividade profissional desenvolvida⁹³. O TEDH avalia depois a importância dos laços familiares em causa: a existência de relação conjugal ou de união de facto com nacional do país de acolhimento (ou mesmo com estrangeiro residente)⁹⁴, a duração da união, a nacionalidade do cônjuge, bem como o facto de este ter conhecimento da situação legal do recorrente à data da união ou da prática de delitos da parte deste⁹⁵, a existência de filhos menores nascidos e aí residen-

⁸⁴ Cf. Dec. de 18/02/1991, *Moustaquim c. Bélgica*, queixa n.º 12313/86, Dec. de 26/03/1992, *Beldjoudi c. França*, queixa n.º 12083/86, Dec. de 13/07/1995, *Nasri c. França*, queixa n.º 19465/92.

⁸⁵ JACQUES VELU ET RUSEN ERGEC, *La Convention européenne des Droits de l'Homme*, 2ème édition, Bruylant, 2014, p. 535.

⁸⁶ Foi a Dec. de 17/10/1986, *Rees c. Reino Unido*, queixa n.º 9532/81, que introduziu a noção do princípio da proporcionalidade na determinação de existência de obrigações positivas. Sobre este ponto, v. «Les «Obligations Positives» dans la jurisprudence européenne des droits de l'Homme», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 1995, n. 23, p. 378.

⁸⁷ O TEDH tem em conta, para esse efeito, variados factores, como por exemplo a idade dos menores envolvidos, os laços com o país de origem, o grau de dependência em relação aos pais, a voluntariedade da decisão de deixar os familiares no país de origem e o tempo que medeia a instalação do imigrante no país de acolhimento e o pedido de reagrupamento familiar.

⁸⁸ HUGO STOREY, «The Right to Family Life and Immigration Case Law at Strasbourg», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, n. 2 (1990), p. 336.

⁸⁹ Veja-se, por exemplo, os casos *Gül* e *Ahmut*, acima citados.

⁹⁰ Note-se que o fim de «controlo da imigração» não está, em si, contemplado na enumeração do n.º 2 do art. 8.º da CEDH. Assim, as medidas estaduais adotadas nesse âmbito e que interfiram com a vida familiar dos imigrantes têm de ser reconduzidas a um dos fins enumerados, de forma a poderem ser consideradas «legítimas».

⁹¹ Veja-se, neste ponto, a Dec. de 29/01/1997, *Bouchelkia c. França*, queixa n.º 23078/93.

⁹² Assim, as dec. nos casos *Moustaquim*, cit. Dec. de 24/04/1996, *Boughanemi c. França*, queixa n.º 22070/93.

⁹³ Assim, a dec. de 27/10/2005, *Keles c. Alemanha*, queixa n.º 32231/02.

⁹⁴ Assim, a dec. no referido caso *Beldjoudi*.

⁹⁵ Na dec. de 17/02/2009, *Onur c. Reino Unido*, queixa n.º 27319/07, o TEDH tomou em consideração o facto de o cônjuge do recorrente ter conhecimento do percurso criminal deste último quando decidiu começar uma família com o mesmo.

tes, bem como a idade dos mesmos⁹⁶. São depois valorizados os laços que o recorrente mantém com o seu país de origem: por exemplo, se a nacionalidade do estrangeiro se resume apenas a uma ligação jurídica sem qualquer correspondência sociológica ou se corresponde a uma realidade alicerçada em factos afetivos e culturais, o conhecimento da língua⁹⁷, o seguimento dos costumes e tradições⁹⁸, o cumprimento de serviço militar⁹⁹, a realização de viagens e de visitas ao país de origem e a existência de familiares próximos a residirem no mesmo¹⁰⁰ e a facilidade ou dificuldade de integração dos familiares no país de origem do estrangeiro¹⁰¹. Do lado dos interesses estaduais, o TEDH considera a natureza e gravidade da infração cometida, as circunstâncias concretas dos factos, o concreto envolvimento do estrangeiro no crime, a data em que as infrações foram cometidas, a idade que o estrangeiro tinha¹⁰², as circunstâncias

atenuantes do crime, bem como a conduta dos recorrentes anterior e posteriormente à prática dos atos¹⁰³. Por fim, preocupado em analisar se o recorrente consubstancia uma ameaça à ordem pública, o TEDH tem em conta não apenas o cometimento de crimes por parte do mesmo, mas também o comportamento do recorrente em geral. O estatuto ilegal do estrangeiro no território pode também ser um fator que confere mais peso aos interesses do Estado, como foi reafirmado no caso *Konstantinov*¹⁰⁴. No entanto, se a expulsão é apenas motivada por irregularidade da presença no território, os interesses estaduais terão um peso menor¹⁰⁵.

Caberá ao TEDH pesar todos os critérios mencionados. Ora, uma vez que o TEDH não realiza uma verdadeira hierarquia entre os vários interesses em presença, apenas dando prevalência a um ou outro valor de acordo com o peso que os mesmos revistam no caso concreto, a abordagem é necessariamente casuística.

Apesar dos inúmeros casos em que o TEDH reconheceu a necessidade de proteção de direitos derivados de imigração por força do direito à unidade familiar, a verdade é que esta jurisprudência não está isenta de críticas.

A conceção de que a imigração apenas deve ser protegida nos casos em que for efetivamente necessária para salvaguardar a vida familiar levou os órgãos de garantia da CEDH a adotar posições demasiado restritivas sobre o que deve ser entendido como «necessário para salvaguardar a vida familiar». Quer nos casos de entrada, quer nos casos de expulsão do território, é determinante para o TEDH saber se existem obstáculos ao desenvolvimento da vida

⁹⁶ Dec. de 27/10/2005, *Keles c. Alemanha*, queixa n.º 32231/02.

⁹⁷ Dec. de 31/10/2002, *Yildiz c. Áustria*, queixa n.º 37295/97.

⁹⁸ No caso *Nasri*, tomou-se em consideração o facto de o recorrente ter seguido os costumes muçulmanos em vários momentos da sua vida privada. No caso *Boughanemi*, o TEDH considerou, como um fator desfavorável para o recorrente, o facto de o mesmo não invocar desconhecer a língua do país de origem nem ter cortado os laços com o mesmo.

⁹⁹ Dec. de 30/11/1999, *Baghli c. França*, queixa n.º 34374/97.

¹⁰⁰ No caso *Bouchelkia*, o TEDH tomou em consideração o facto de o recorrente manter contactos regulares com os membros da família e deslocar-se em férias à Argélia.

¹⁰¹ No caso *Beldjoudi*, como já se referiu, o TEDH considerou que seria muito oneroso para a mulher do recorrente segui-lo para o país de origem. Quando estão em causa filhos menores já residentes há bastante tempo no local e que tenham crescido de acordo com a cultura do mesmo, o seu interesse tem tido consideração primacial, como se realçou na Dec. de 18/10/2006, *Úner c. Holanda*, queixa n.º 46410/99. Sobre este ponto, v. em detalhe, BETTY DE HART, «Love Thy Neighbour: Family Reunification and the Rights of Insiders», *European Journal of Migration and Law*, vol. 11 (2009), p. 147. A autora refere que quando está em causa a expulsão de um estrangeiro para um país islâmico, o TEDH considera que uma mulher ocidental enfrenta graves dificuldades em seguir o marido para esse país, o que não se verifica se estiver em causa uma expulsão para um país ocidental.

¹⁰² Assim, a dec. de 06/02/2003, *Jakupovic c. Áustria*, queixa n.º 36757/97, e a recente dec. de 25/03/2014, *Palanci c. Suíça*, queixa n.º 2607/2008.

¹⁰³ Assim, no caso *Moustaquim*, foi determinante o facto de o recorrente ter limitado a sua conduta criminosa ao período da sua adolescência. Já no caso *Boughanemi*, os antecedentes criminais do recorrente constituíram um fator desfavorável para o mesmo.

¹⁰⁴ Dec. de 26/04/2007, *Konstantinov c. Holanda*, queixa n.º 16351/03.

¹⁰⁵ Assim, na dec. de 27/09/2011, *Alim c. Rússia*, queixa n.º 39417/07, em que o TEDH considerou que, apesar de a situação de irregularidade do recorrente se dever à incúria do mesmo, ainda assim a expulsão do território era desproporcionada.

familiar noutra local. Nos casos de entrada, esse critério mostra-se prejudicial aos interesses do recorrente, já que nesses casos parte da família ainda se encontra no país de origem, pelo que se revela difícil demonstrar que a mesma não se pode desenvolver nesse país¹⁰⁶. Ora, o reagrupamento familiar é um direito que deriva da proteção concedida à família pelo art. 8.º da CEDH. São os Estados em cuja jurisdição se encontram os indivíduos em determinado momento que têm de respeitar o direito à unidade familiar, ao invés de procurarem saber se existe outro Estado onde esse direito possa ser exercido¹⁰⁷. A doutrina do «local de residência alternativo» depara ainda com objeções, alicerçadas em princípios morais como os enunciados por Joseph Carens, no sentido de que ninguém deveria ser colocado na posição de ter escolher entre manter a residência («home») ou a família¹⁰⁸. Para além do mais, em muitos casos, a *localização* da vida familiar em determinado país faz parte integrante do conteúdo da mesma. Nesses casos, a manutenção da vida familiar *naquele local* integra como que o conteúdo *daquela unidade familiar*, pelo que o direito de imigração se afigura como um corolário necessário para garantir o respeito por esse direito, tal como ele é configurado no caso concreto. A isto acresce que em algumas situações não deveria considerar-se existir sequer qualquer «local de residência alternativo» –por exemplo, quando os membros da família possuem a nacionalidade do país de acolhimento, pelo que não deveriam ser forçados a escolher entre residir no *país da sua nacionalidade* ou seguir o estrangeiro para o país deste, de forma a manter a unidade familiar– hipótese essa que implica como que uma *expulsão consequen-*

cial, ainda que indireta, de um cidadão nacional, o que pode contender com a proibição de expulsão nacionais, prevista no art. 3.º, n.º1 do Protocolo n.º4 anexo à CEDH¹⁰⁹.

Outra crítica que se tem apontado é ainda o facto de o TEDH tomar em consideração os laços com o país de origem como um fator que pesa em desfavor do recorrente. A jurisprudência do TEDH parece, de facto, não ter em consideração a realidade das migrações internacionais contemporâneas, em que os indivíduos mantêm laços sociais e culturais com uma pluralidade de países¹¹⁰. Finalmente, é ainda criticável a diferente abordagem entre obrigações positivas e negativas, já que a distinção é difícil de se fazer na prática¹¹¹. A

¹⁰⁹ No mesmo sentido, *The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 125.

¹¹⁰ ANUSCHEH FARAHAT, «The Exclusiveness of Inclusion: On the Boundaries of Human Rights in Protecting Transnational and Second Generation Migrants», in *European Law Journal*, vol.11, n.3, 2009, p. 255.

¹¹¹ De facto, alguns casos em que o TEDH considerou tratar-se de obrigações positivas aproximam-se muito na sua configuração de casos respeitantes a obrigações negativas. Tomemos como exemplo o caso *Rodrigues da Silva* (Dec. de 31/01/2006, *Rodrigues da Silva e Hoogkamer c. Holanda*, queixa n.º 50435/99) em que estava em causa a recusa de emissão de uma autorização de residência a uma cidadã brasileira ilegalmente residente na Holanda e mãe de uma menor. O TEDH analisou o caso à luz da teoria das obrigações positivas, procurando saber se as autoridades holandesas tinham a obrigação de emitir um título de residência à recorrente. Já diferente foi a abordagem no caso *Berrehab*, em que estava em causa a recusa de renovação de um visto após o divórcio de um estrangeiro, o que implicaria a sua saída do país de acolhimento e consequente separação da filha. Nesta última situação, o TEDH já considerou estar perante uma obrigação negativa. A similitude dos casos é notória, já que em ambos a decisão recorrida implicaria a saída dos recorrentes do território. No entanto, não foi o suficiente para se terem usado iguais critérios de decisão. Alguns autores apontam, neste seguimento, a arbitrariedade dos critérios usados pelo TEDH. V. MARTINE DENIS-LINTON, «L'extension du champ d'application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme», *Revue Française de Droit Administratif*, Paris, a.9 n.3 (mai-juin 1993), p. 543, CARLO RUSSO, «Article 8», in AA.VV., *La Convention Européenne des Droits de l'Homme – Commentaire Article par Article*, Louis Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux. Pierre-Henri Imbert (dir.), Economica, 1999, p. 330, FRÉDÉRIC SUDRE, «La «Construction» par le Juge Européen du Droit au Respect de la Vie Familiale», in.

¹⁰⁶ No mesmo sentido, HÉLÈNE LAMBERT, *The Position of Aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, 3rd Edition, 2006, p. 41.

¹⁰⁷ Assim, também GORAN CVETIC, «Immigration Cases in Strasbourg: The Right to Family Life under Article 8 of the European Convention» *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 36, n. 3 (1987), p. 655 e MILÈNE NYS, *L'Immigration Familiale à l'épreuve du droit*, Bruylant, 2002, p. 262.

¹⁰⁸ JOSEPH CARENS, «Who Should Get In? The Ethics of Immigration Admissions», *Ethics and International Affairs*, vol. 17, 2003, issue 1, p. 95.

consequência do desrespeito dos dois tipos de obrigações é a mesma – o estrangeiro é afastado para o seu país de origem¹¹².

Influenciado por esta jurisprudência, o Comité dos Direitos Humanos tem vindo a afirmar que as decisões de expulsão poderão ser incompatíveis com o art. 17.º do PIDCP se levarem a «*mudanças substanciais na vida familiar estabelecida*»¹¹³. Incumbirá ao Estado que pretende aplicar as medidas demonstrar que existem factores adicionais que justificam as mesmas.

Outros instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos têm também contribuído para a afirmação de direitos derivados de imigração por força da proteção do direito à unidade familiar e, em particular, da afirmação da importância do instituto do reagrupamento familiar. Assim, *inter alia*, o art. 9.º e 10.º da Convenção dos Direitos da Criança, o art. 44.º da Convenção das Nações Unidas para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros das suas Famílias, algumas convenções da OIT, o art. 19.º, n.º6 da Carta Social Europeia, e o art. 12.º da Convenção Europeia de 1977 relativa ao Estatuto Jurídico do Trabalhador Migrante.

O direito da UE também oferece bases para a proteção da unidade familiar dos es-

trangeiros. Antes da adoção da CDFUE, o Tribunal de Justiça da União (TJ) já defendia que o respeito pela vida familiar, tal como garantido pelo art. 8.º da CEDH e tal como resulta das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, era um dos princípios e um dos direitos fundamentais reconhecidos pelo Direito Comunitário¹¹⁴. Hoje tal princípio encontra-se consagrado nos artigos 7.º e 24.º da CDF e por alguns instrumentos de direito derivado. Destes, destaca-se a Diretiva 2003/86/CE, que reconhece um verdadeiro *direito subjetivo ao reagrupamento familiar*. A referida Diretiva foi bastante criticada pela doutrina por consagrar vários limites e condições a esse direito, nomeadamente por prever um conceito de família restrito, limitado ao cônjuge e filhos menores (permitindo inclusivamente a sujeição destes a testes de integração), por prever um período de espera para o imigrante antes de poder pedir o reagrupamento da família, entre outros requisitos que tornam o reagrupamento mais difícil de exercer na prática¹¹⁵. No entanto, cumpridos os requisitos exigidos, reconhece um direito de entrada no território do Estado para efeitos de reagrupamento familiar, afastando-se qualquer possibilidade de

¹¹⁴ V., entre muitos outros, e a título de exemplo, o Ac. de 28/10/1975, *Rutili*, proc. 36/75 e o Ac. de 18/05/1989, *Comissão das Comunidades Europeias c. República Federal da Alemanha*, proc. 249/86. As referências à CEDH são múltiplas, em particular no que toca à necessidade de interpretar o Regulamento n.º 1612/68 de 15 de outubro de 1968, relativo à livre circulação dos trabalhadores na Comunidade à luz do respeito pela vida familiar nos termos do art. 8.º CEDH. Sobre este ponto, v. EUGENIA CARACCILO DI TORELLA & ANNICK MASSELOT, «Under Construction: EU Family Law», *European Law Review*, vol. 29, n. 1 (February 2004), p. 32.

¹¹⁵ Não obstante, o TJ referiu que os mencionados requisitos não invalidam necessariamente a Diretiva por violação dos instrumentos internacionais de direitos humanos a que os Estados-Membros se vincularam, sendo possível transpô-la no respeito pelos mencionados instrumentos. Cfr. Ac. de 27/06/2006, *Parlamento Europeu c. Conselho*, proc. n.º C-540/2003. Para mais comentários ao regime da Diretiva e ao acórdão referido, v. ANA RITA GIL, «Um Caso de Europeização do Direito Constitucional Português – A Afirmação de um Direito Fundamental ao Reagrupamento Familiar», *Revista de Direito Público*, ano I, 2009, n.º2, p. 45 e ss.

AA.VV., *Le Droit au Respect de la Vie Familiale au sens de la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Frédéric Sudre (dir.), Bruylant, 2002, p. 46, JENS VEDSTED-HANSEN, «Migration and the Right to Family and Private Life», *Mondialisation, Migration et Droits de l'Homme: Le Droit International en Question*, vol. II, Vincent Chetail (dir.), Bruylant, 2007, p. 705.

¹¹² Nesse sentido, também HÉLÈNE LAMBERT, «The European Court of Human Rights and the right of refugees and other persons in need of protection to family reunion», *International Journal of Refugee Law*, vol.11 n.3 (1999), p. 442.

¹¹³ Dec. de 09/04/1981, *Aumeeruddy Cziffra e outros c. Mauritânia*, comunicação n.º 35/1978, Dec. de 18/03/1994, *Stewart c. Canadá*, comunicação n.º 538/1993, Dec. de 02/07/2001, *Winata c. Austrália*, comunicação n.º 930/2000, Dec. de 26/07/2001, *Madafferi c. Austrália*, comunicação n.º 101/2001, Dec. de 06/11/2003, *Bakhtiyari c. Austrália*, comunicação n.º 1069/2002, Dec. de 09/12/2004, *Byahuranga c. Dinamarca*, comunicação n.º 1222/2003

decisão discricionária¹¹⁶. Por outro lado, os acórdãos do TJ em interpretação da Diretiva têm sublinhado que a aplicação das referidas condições ou limitações deve ser sempre precedida de um exame de proporcionalidade que implica a convocação de vários critérios de ponderação. Tais critérios correspondem à consagração de alguma da jurisprudência do TEDH sobre a avaliação da *necessidade da ingerência* na vida familiar. Por outro lado, correspondem também à consagração de alguma jurisprudência referente às restrições dos direitos de livre circulação dos cidadãos da UE¹¹⁷. Da jurisprudência do TJ resulta, aliás, que, nos casos em que a Diretiva deixa alguma margem de apreciação aos Estados-Membros, essa margem de apreciação deve ser aplicada restritivamente¹¹⁸.

Por tudo isto, e apesar da opinião maioritária da doutrina, consideramos que o surgimento desta Diretiva contribuiu para a afirmação da existência de um direito ao reagrupamento familiar¹¹⁹. Por contraste com o raciocínio do TEDH, baseado na ponderação casuística entre os vários interesses em presença, a Diretiva veio retirar margem de discricionariedade aos Estados, assim conferindo maior segurança jurídica aos interessados e generalizando o entendimento de que, em

alguns casos, se pode falar de verdadeiros direitos de imigração.

5.3. Proteção da vida privada

O direito à vida privada, como compreendendo os laços sociais existentes entre as pessoas e a comunidade em que vivem, pode também ser fonte de proteção derivada de direitos de imigração. Tais direitos decorreriam do reconhecimento que as pessoas possuem, na formulação de Joseph Carens, um interesse «profundo e vital» em poderem continuar a viver numa sociedade onde se estabeleceram, se integraram e criaram raízes¹²⁰. Um direito de imigração por via da proteção da vida privada traduzir-se-ia na proibição de expulsão que implicasse retirar uma pessoa do meio social e cultural em que a mesma está integrada¹²¹. Mas tal direito poderia ainda impor obrigações positivas, como a concessão de um estatuto estável ao estrangeiro, ou a permissão de entrada de um estrangeiro no território, onde reside, depois de se ter ausentado do mesmo. Esta via de proteção de direitos derivados de imigração abrange apenas, pois, estrangeiros que já possuem previamente uma ligação com o território de acolhimento.

Ora, a jurisprudência do TEDH tem vindo, paulatinamente, a dar acolhimentos à ideia acima exposta, através da interpretação do art. 8.º da CEDH, o qual que abrange não só a vida familiar, mas também a vida privada. Tal jurisprudência foi fruto de uma evolução. Inicialmente, a situação dos estrangeiros integrados era analisada apenas do ponto de vista da salvaguarda da sua *vida familiar*¹²². Em casos relativos a medidas de expulsão, a

¹¹⁶ Sobre este ponto, v. ainda HENRI LABAYLE, « La Diversité des Sources du Droit à un vie Familiale », in AA.VV., *Le Droit à Une Vie Familiale*, Jean-Jacques Lemouland, Monique Luby (dir.), Dalloz, 2007, p. 13.

¹¹⁷ Assim, Ac. de 04/03/2010, *Chakroun*, proc. n.º C-578/08 o TJ baseou-se na sua jurisprudência em matéria de livre circulação de cidadãos da UE no que toca ao cumprimento do requisito de suficiência de meios económicos (Ac. *Eind*) e no que toca à não distinção entre formação e manutenção da família para efeitos de reagrupamento (Ac. *Metock*).

¹¹⁸ V. Ac. de 04/03/2010, *Chakroun*, proc. n.º C-578/08, Ac. de 06/12/2012, *O. e S.*, proc. n.º C-356/11 e C-357/11, e Ac. de 09/07/2015, *K e A*, proc. n.º C-153/14.

¹¹⁹ Nas palavras de JENS VEDSTED-HANSEN, a Diretiva por um lado reforçou e por outro enfraqueceu a proteção concedida pelo art. 8.º da CEDH. Cf. «Migration and the Right...», p. 718. Em sentido semelhante, VINCENT CHÉTAIL, refere que se o princípio em si da afirmação do reagrupamento familiar se tornou incontestado, mas, por outro, a sua implementação é já duvidosa. «Migration...», cit., p. 79.

¹²⁰ JOSEPH CARENS, «Who Should Get In?...», cit., p. 95.

¹²¹ SYLVIE SAROLÉA, *Droits de l'Homme et Migrations*, Bruylant, 2006, p. 227.

¹²² Esse facto é particularmente notório no caso *Yilmaz*, em que o TEDH situa no contexto da vida familiar circunstâncias como o facto de o recorrente ter nascido no país de acolhimento, aí ter residido toda a vida e ser detentor de um título de residência permanente. Cf. Dec. de 17/04/2003, *Yilmaz c. Alemanha*, queixa n.º52853/99.

duração da estadia no Estado de acolhimento ou a intensidade dos laços com a respetiva sociedade não eram, só por si, considerados motivos suficientes para evitar a expulsão, sendo necessário combinar os elementos relativos à vida familiar com os elementos respeitantes à proteção da vida privada.

Não obstante, com o surgimento de vários votos de vencido¹²³, o TEDH começou a atribuir cada vez mais peso aos critérios respeitantes aos laços do estrangeiro no território de acolhimento¹²⁴. Foi no caso *C. c. Bélgica* que se invocou pela primeira vez, perante uma medida de expulsão, não apenas uma violação do direito à *vida familiar*, mas também do direito à *vida privada*¹²⁵. O juiz europeu considerou que o recorrente tinha tecido laços sociais fortes no país de acolhimento, onde vivia desde os 11 anos de idade, onde havia concluído a formação escolar e profissional, e onde desenvolvia, há vários anos, uma atividade assalariada, pelo que havia aí estabelecido a sua *vida privada*. A medida de expulsão constituía, assim, uma ingerência na *vida privada e familiar*¹²⁶. Mais recentemente, o TEDH começou a dar proteção a situações em que o estrangeiro expulsando apenas mantinha relações sociais estáveis com o relatório de acolhimento, mesmo na ausência de relações familiares, *i.e.*, a situações em que estava apenas em causa o respeito pela *vida privada* do estrangeiro. Tome-se como exemplo o caso

*Slivenko*¹²⁷, o TEDH considerou que uma medida de expulsão de três membros da família consubstanciava uma ingerência na vida privada e domicílio, e não na vida familiar. Nesse caso, todos os membros da família tinham sido objeto da medida de expulsão, pelo que a *unidade familiar*, em si, não era posta em causa. Cabe referir seguidamente o caso *Sisojeva*¹²⁸, em que três recorrentes, mãe, pai e filha, a primeira apátrida e os segundos de nacionalidade russa, residentes irregularmente na Letónia, recorreram para o TEDH invocando que a recusa deste Estado em regularizar o seu estatuto consubstanciava uma violação do art. 8.º da CEDH. O TEDH considerou que, atentos os contornos particulares do caso, a recusa prolongada das autoridades em reconhecerem aos recorrentes um direito de residência na Letónia constituía uma ingerência na *vida privada* dos mesmos. O TEDH referiu que, para um gozo efetivo da vida privada pelos estrangeiros, não era suficiente que o Estado de acolhimento se limitasse a abster de expulsar os mesmos, sendo ainda necessário que lhe assegurasse, através de medidas positivas, a possibilidade de um exercício efetivo desse direito¹²⁹. Este caso foi revolucionário, já que o TEDH reconheceu que a proteção da vida privada podia exigir o direito de obtenção de um título de residência dotado de particular estabilidade¹³⁰. Por seu turno, no caso *Jenuesse*, o Tribunal de Estrasburgo censurou a inércia das autoridades holandesas em tomar

¹²³ A primeira dessas opiniões foi emitida no caso *Nasri*, já citado, onde alguns juízes sugeriram que era necessário tomar em consideração os efeitos da expulsão na *vida privada* do estrangeiro. A vida privada seria, de acordo com estas opiniões, uma categoria maior, na qual se inseriria a vida familiar como subcategoria.

¹²⁴ Assim, também, CYNTHIA ANDERFUHREN-WAYNE, «Family Unity in Immigration and Refugee Matters: United States and European Approaches» *International Journal of Refugee Law*, n. 8, 1996, p. 366.

¹²⁵ Dec. de 07/08/1996, *C. c. Bélgica*, queixa n.º 21794/93.

¹²⁶ Note-se, porém, que a ingerência não foi considerada ilegítima. Para um comentário, v. CÉLINE VAN MUIJLDER, «Le Droit au Respect de la Vie Privée des Étrangers», *Revue Française de Droit Administratif*, n.4, 2001, p. 801 e ss. A este aresto seguiram-se a Dec. de 13/02/2001, *Ezzouhdi c. França*, queixa n.º 47160/99.

¹²⁷ Dec. de 09/10/2003, *Slivenko c. Letónia*, queixa n.º 48321/99.

¹²⁸ Dec. de 16/06/2005, *Sisojeva e outros c. Letónia*, queixa n.º 60654/00.

¹²⁹ De notar que, apesar estar em causa uma obrigação positiva (a concessão de determinado estatuto legal aos imigrantes), o TEDH não levou a cabo, contrariamente ao que se passa nos casos de reagrupamento familiar, uma ponderação entre os interesses públicos e privados em presença em sede da determinação da própria existência de ingerência. A ponderação desses interesses foi feita em sede de aplicação do n.º2 do art. 8.º.

¹³⁰ V., no mesmo seguimento, a Dec. de 17/01/2006, *Aristimuno Mendizabal c. França*, queixa n.º 51431/99, a Dec. de 15/06/2006, *Shevanova c. Letónia*, queixa n.º 58822/00 e a Dec. de 26/06/2012, *Kuri e outros c. Eslovénia*, queixa n.º 26828/06.

medidas em relação a um imigrante em situação ilegal, considerando que os laços que o recorrente entretanto estabelecera com o país de acolhimento eram merecedores de proteção¹³¹.

Não obstante, noutros casos o TEDH tem tentado evitar um alargamento excessivo da proteção de um direito a permanecer no território por força da proteção do direito à vida privada. Assim, no recente caso *A.S. c. Suíça*¹³², afirmou que um estrangeiro que se encontrasse à espera de um título de residência temporário não podia invocar uma expectativa legítima para obter o mesmo, não obstante ter, entretanto, desenvolvido laços com a comunidade. O TEDH afirmou, contudo, que estas situações deviam ser distinguidas das dos estrangeiros «integrados» no país de acolhimento. No que toca a estes últimos, o TEDH afirmou que seriam «raros» os casos em que os estrangeiros integrados não conseguissem demonstrar que uma medida de expulsão interferiria com o seu direito a levar a cabo uma vida privada¹³³. Por seu turno, no caso *Muradeli c. Rússia*, considerou que, apesar dos laços que o recorrente possuía com o país de acolhimento, os mesmos tinham sido criados apesar das inúmeras situações de violação da lei de imigração interna, e das inúmeras possibilidades de regularização oferecidas pelas autoridades. Assim, não se afigurava desrespeitadora do art. 8.º da CEDH uma decisão de não atribuição de título de residência ao recorrente¹³⁴.

Importa assinalar, por outro lado, que, apesar da evolução no sentido de se conceder uma proteção crescente aos laços entretecidos pelo estrangeiro com a sociedade de acolhimento, o TEDH ainda não foi ao ponto de considerar que determinados estrangeiros, por força da sua especial integração no território, não po-

dem ser expulsos do mesmo. No caso *Üner*, o Tribunal afirmou que, mesmo nos casos de estrangeiros profundamente enraizados no território, a sua posição não podia ser equiparada à do nacional quando se trata do exercício do *ius excludendi*¹³⁵. O TEDH continua ter como referência para estes efeitos o conceito formal de «nacionalidade», recusando remeter para um conceito material, assente, por exemplo, num critério de «nacionalidade efetiva»¹³⁶.

É de aplaudir o desenvolvimento desta jurisprudência relativa à proteção de direitos derivados de imigração por força da garantia do direito à vida privada. Através da mesma, os residentes de longa duração, os que nasceram no território ou os que aí estejam profundamente integrados, têm o direito a que a sua vida privada, composta pelo seu lar e por todas as ligações sociais e pessoais, seja protegida independentemente da existência de relações familiares. A proteção da vida privada propicia um reconhecimento mais pragmático das realidades sociais, para além de permitir incluir um maior número de pessoas no campo de proteção do art. 8.^º¹³⁷.

No entanto, note-se que, contrariamente aos demais direitos até agora estudados, os estrangeiros só têm um direito à proteção da vida privada depois de decorrido um certo período de tempo que lhes permita criar e desenvolver as relações estáveis que constituem a referida vida privada no território¹³⁸. Por outro lado, os critérios de decisão usados pelo TEDH nestes casos –que correspondem aos usados nos casos de proteção da vida familiar– merecem alguma crítica. Desde logo, o critério do «*elsewhere approach*» não deveria, pura e simplesmente, ser usado nestes casos. De

¹³⁵ Dec. de 18/10/2006, *Üner c. Holanda*, cit.

¹³⁶ Sobre este ponto, v. SYLVIE SAROLÉA, *Droits de l'Homme...*, cit., p. 576 e ss.

¹³⁷ JENS VEDSTED-HANSEN, «Migration and the Right...», cit., p. 697.

¹³⁸ Assim, também, DANIEL THYM, «Respect for Private and Family Life under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 57, January 2008, p. 93.

¹³¹ Dec. de 03/10/2014, *Jeunesse c. Holanda*, queixa n.º 12738/10.

¹³² Dec. de 30/06/2015, *A.S. c. Suíça*, queixa n.º 39350/13.

¹³³ V. dec. de 23/04/2015, *Khan c. Alemanha*, queixa n.º 38030/12.

¹³⁴ Dec. de 09/04/2015, *Muradeli c. Rússia*, queixa n.º 72780/12.

facto, quando estão em causa «imigrantes de segunda geração» ou fortemente integrados, é difícil considerar que existe um local que se possa considerar como de «residência alternativa», uma vez que o centro da vida do estrangeiro corresponderá ao país de acolhimento. Mas mesmo que o estrangeiro mantenha laços com outro território (*v.g.*, mantém familiares noutra território, fazendo visitas ao mesmo), ainda assim a própria proteção da sua vida privada deveria permitir, precisamente, que o mesmo mantivesse essas mesmas ligações sem perder, em contrapartida, a possibilidade de manter o centro da sua vida no país de acolhimento. Nesse sentido, merece referência o caso *İletmiş*, em que o TEDH reconheceu que a liberdade de movimentos é essencial para o completo desenvolvimento da vida privada, especialmente quando a pessoa tem laços familiares, profissionais e económicos em vários países¹³⁹. Apenas deveria ser relevante saber qual o Estado onde o estrangeiro tem o *centro da sua vida*, e proteger essa relação, independentemente de o mesmo poder manter laços com outros países. Por fim, a aplicação da pena de expulsão a estrangeiros profundamente integrados não deixa de colocar questões referentes à «dupla punição» pela prática dos mesmos factos, proibida pelo art. 14.º do Protocolo n.º 7 anexo à CEDH¹⁴⁰.

Alguns juízes do TEDH têm também defendido, nos respetivos votos de vencido, que as leis penais deveriam ser suficientes para punir os factos praticados por estrangeiros integrados no território, da mesma forma que são consideradas suficientes para punir crimes praticados por cidadãos nacionais¹⁴¹. E, de facto, os estrangeiros «integrados» acabam

por estar na mesma posição que os nacionais no que toca à ligação com a sociedade de acolhimento¹⁴². Se é suficiente para os Estados, no que toca aos fins das penas, a simples aplicação da pena principal *x* ou *y* aos cidadãos nacionais, também o deveria ser para os estrangeiros que se encontram ligados à comunidade estadual. Assim, consideramos que deveria ser adotada uma perspetiva gradualista, de acordo com a qual o estrangeiro iria sendo cada vez mais protegido contra medidas de expulsão, consoante a duração da estadia¹⁴³.

Outros instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos têm também contribuído para a afirmação de direitos de imigração derivados através da proteção da vida privada. O Comité dos Direitos Humanos das N.U. tem desenvolvido tal proteção no que toca especificamente ao alargamento da interpretação do art. 12.º do PIDCP, que estipula o direito a entrar «no seu próprio país». Se inicialmente o Comité negava que esta norma pudesse proteger o direito de cidadãos estrangeiros profundamente integrados manterem relações com o território de acolhimento¹⁴⁴, tem vindo a inverter essa jurisprudência. Em 1999, o Comité fez o Comentário Geral n.º 27 ao PIDCP, no qual sublinhou que a redação do art. 12.º, n.º4 não distingue entre nacionais e

and with family ties in that country». V. ainda o voto do juiz MORENILLA no já citado caso *Nasri*.

¹⁴² Assim, também, RUTH RUBIO MARIN & RORY O'CONNELL, «The European Convention and the Relative Rights of Resident Aliens», *European Law Journal*, vol. 5, n.1 (1999), p. 10.

¹⁴³ Assim, também PIETER BOELES, «Introduction: Freedom, Security and Justice for All», AA.VV., *Implementing Amsterdam*, Elspeth Guild, Carol Harlow (ed.), Hart Publishing, 2002, p. 10.

¹⁴⁴ V. Dec. de 16/12/1996, *Stewart c. Canadá*, em que o Comité referiu que o direito a entrar no seu próprio país não se aplicava a uma pessoa que tinha nascido na Escócia mas que vivia no Canadá com a família desde os sete anos de idade. esta decisão não foi unânime, tendo vários membros defendido que o Comité havia adotado uma interpretação restritiva do art. 12.º do PIDCP, não tendo em conta a *ratio* do preceito. E. EVATT e C. MEDINA QUIROGA referiram, nos respetivos votos de vencido, que o objetivo do preceito em causa é garantir que uma pessoa não possa ser arbitrariamente privada dos contactos com a família, amigos e, de uma forma geral, com o conjunto de pessoas que constituem o seu ambiente social

¹³⁹ Dec. de 06/12/2005, *İletmiş c. Turquia*, queixa n.º 29871/96.

¹⁴⁰ O TEDH tem recusado os recursos que se fundam na violação dessa norma Assim, o caso *Slivenko*, cit., nesta parte, e ainda a dec. de 15/05/2003, *Gribenko c. Letónia*, queixa n.º 76878/01.

¹⁴¹ Assim, o Juiz COSTA no caso *Üner*: «*as a matter of principle, I am against exclusion orders, which constitute a double punishment, specially in the case of aliens who have been staying in the host country from a young age,*

estrangeiros, pelo que o âmbito da expressão «seu próprio país» é mais amplo que o conceito de «país da nacionalidade»¹⁴⁵. O Comité referiu que essa expressão abrangeria, pelo menos, o indivíduo que, devido aos laços especiais com um certo país, não poderia ser considerado um estrangeiro ordinário. Mas foi no caso *Warsame c. Canadá*¹⁴⁶ que o alargamento da proteção foi decisivamente efetivado. Tratava-se da expulsão de um nacional da Somália, que residia desde os quatro anos de idade no Canadá. O recorrente não tinha quaisquer laços com o país de origem, nunca aí tinha residido, não possuindo prova da sua cidadania e tinha dificuldades em falar a língua. Por outro lado, tinha crescido e recebido toda a educação no país de acolhimento. Face a essas circunstâncias, o Comité considerou que o Canadá devia ser entendido como o «seu próprio país». Acarretando a expulsão a impossibilidade de o mesmo regressar ao Canadá, tal medida constituía uma violação do art. 12.º, n.º 4 do PIDCP.

A ideia de proteção da vida privada dos imigrantes começa a receber um acolhimento alargado em outros instrumentos. O Comité para a Eliminação da Discriminação Racial sublinha, no Comentário Geral n.º 30, que os Estados devem assegurar que, na expulsão de não cidadãos, se tenha em conta em conta a duração da residência dos mesmos no território e a solidez dos laços sociais e direitos adquiridos daí resultante¹⁴⁷. No seio do Conselho da Europa, cabe ainda mencionar a jurisprudência do Comité de Peritos da Carta Social Europeia. O art. 19.º, n.º 8 da Carta proíbe a expulsão dos trabalhadores migrantes que residam legalmente no território de um Estado-Parte, a não ser por razões de ameaça à segurança do Estado, à ordem pública e aos bons costumes. O referido Comité afirmou já que

esta garantia deveria abranger os estrangeiros que tivessem residido durante um período de tempo suficiente no território, quer legalmente, quer com a «aceitação tácita da sua situação irregular pelas autoridades, em função das necessidades do país de acolhimento»¹⁴⁸.

Por seu turno, o direito da UE prevê vários instrumentos, no âmbito da política comum de imigração, que se destinam, precisamente, a proteger o direito à vida privada dos titulares. O instrumento mais importante neste contexto é a Diretiva 2003/109/CE sobre residentes de longa duração, a qual cria um estatuto jurídico para todos os nacionais de países terceiros que residam de forma estável no território de um dos Estados-Membros. O objetivo da Diretiva é precisamente, como decorre dos considerandos n.º 6, n.º 7 e n.º 12, a integração dos nacionais de países terceiros que estão instalados de forma duradoura nos Estados-Membros¹⁴⁹, através da concessão de um estatuto particularmente estável e de proteção acrescida contra as medidas de expulsão.

5.4. Outros direitos

Encontram-se em surgimento outras manifestações mais esparsas da proteção de direitos de imigração, derivadas de outros direitos humanos.

5.4.1. Proteção da Criança

Em algumas decisões dos organismos relevantes decorre que o direito da criança à proteção do Estado pode justificar um direito derivado de imigração, em atenção ao seu su-

¹⁴⁵ Comentário Geral n.º 27, *Freedom of movement*, de 01/11/1999.

¹⁴⁶ Dec. de 21/07/2011, *Warsame c. Canadá*, comunicação n.º 1959/2010.

¹⁴⁷ Recomendação Geral n.º 30, de 2004, *Discrimination Against Non Citizens*.

¹⁴⁸ COMITÉ EUROPEU DOS DIREITOS SOCIAIS, Conclusões 2011, Introdução Geral, p. 9.

¹⁴⁹ O mesmo foi já afirmado, de resto, várias vezes pelo TJ. V., a título de exemplo, o Ac. de 26/04/2012, *Comissão c. Países Baixos*, proc. n.º C-508/10. Sobre este objetivo, v. KEES GRONENDIJK, «Security of Residence and Access to Free Movement for Settled Third Country Nationals under Community Law», in AA.VV., *Implementing Amsterdam*, Elspeth Guild, Carol Harlow (ed.), Hart Publishing, 2002, p. 225 e ss.

perior interesse, quando o mesmo esteja materializado, por exemplo, nas oportunidades de educação, bem-estar e futuro que a residência num determinado país lhe proporciona¹⁵⁰.

Nos casos *Jakupovic* e *Maslov*¹⁵¹, referentes a medidas expulsão de menores, o TEDH sublinhou a importância da tomada em consideração da idade do expulsando e do interesse superior da criança, os quais funcionariam como *critérios primordiais*. Nos casos de expulsões de menores delinquentes, esse interesse exigiria que se facilitasse a reintegração social da criança, como prevê o art. 40.º da Convenção dos Direitos da Criança, a qual seria impedida se os laços familiares e sociais fossem rompidos devido à expulsão da mesma. Nesse sentido, o Tribunal referiu que apenas razões muito fortes poderiam justificar a expulsão de um menor¹⁵². Para além dos casos mencionados, numa decisão recente, o TEDH sublinhou que os Estados têm a responsabilidade de cuidar dos menores não acompanhados e de não os abandonar quando os libertam da detenção¹⁵³.

São, por fim, várias as manifestações relativas à proteção específica da criança nos instrumentos destinados ao desenvolvimento de uma política europeia comum de imigração. Veja-se, a título de exemplo, a Diretiva do Retorno, de onde decorre que, nos termos do art. 5.º, a salvaguarda da proteção do superior interesse da criança pode constituir um dos motivos que determinam a concessão de uma autorização de residência por motivos humanitários, nos termos do art. 6.º, n.º4. Por seu turno, nos termos do n.º 2 do art. 10.º, antes de afastar um menor não acompanhado para

fora do seu território, o Estado-Membro tem de garantir que o mesmo é entregue no Estado de regresso a um membro da sua família, a um tutor designado ou a uma estrutura de acolhimento adequada. O mesmo se diga, de resto, da Diretiva do Reagrupamento Familiar, onde se refere que o interesse superior das crianças envolvidas deve ser um fator a ter em conta em todas as decisões respeitantes à permissão de entrada ou expulsão de imigrantes no território¹⁵⁴.

5.4.2. *Proteção das vítimas de certos crimes*

Tem-se assistido ainda à proteção das vítimas de certos crimes através de medidas de imigração. Estão nessa situação, desde logo, as vítimas de tráfico de seres humanos e de auxílio à imigração ilegal. Alguns instrumentos reconhecem deveres de proteção que podem incluir o dever de aceitar a permanência das mesmas no território dos Estados em que se encontrem. Neste contexto, cabe mencionar a Convenção do Conselho da Europa relativa à luta contra o Tráfico de Seres Humanos, que determina que os Estados-Parte devem conceder às vítimas de tráfico um período de reflexão durante o qual não podem ser expulsas (art. 14.º). Por seu turno, o art. 7.º do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças insta os Estados-Membros a adotar medidas que permitam às vítimas de tráfico permanecer nos seus territórios, temporária ou permanentemente.

No direito da UE são também alguns instrumentos que prevêm o tipo de proteção mencionado. Assim, a Diretiva 2004/81/CE do Conselho, relativa a um título de residência concedido aos nacionais de países terceiros que sejam vítimas de tráfico de seres humanos ou objeto de uma ação de auxílio à imigração

¹⁵⁰ DAVID B. THRONSON, «Kids Will Be Kids? Reconsidering Conceptions of Children's Rights Underlying Immigration Law», *Ohio State Law Journal*, n. 63, 2002, p. 990.

¹⁵¹ Dec. de 23/06/2008, *Maslov c. Áustria*, queixa n.º 1638/03.

¹⁵² Esta jurisprudência foi posteriormente seguida na dec. de 23/09/2010, *Bousarra c. França*, queixa n.º 25672/07 e a dec. de 20/09/2011, *AA. c. Reino Unido*, queixa n.º 8000/08.

¹⁵³ Dec. de 05/04/2011, *Rahimi c. Grécia*, queixa n.º 8687/08.

¹⁵⁴ Assim, o considerando n.º 11, e o art. 5.º, n.º 5.

ilegal prevê um prazo de reflexão durante o qual a vítima não pode ser expulsa. Por outro lado, exige a emissão de um título de residência para as pessoas que colaborem com as autoridades (art. 6.º e 8.º), que deve ter o prazo de duração mínimo de seis meses e ser renovável. Por fim, cabe ainda mencionar a Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, que determina, no art. 59.º, várias medidas em matéria de imigração destinadas à proteção das vítimas dos crimes de violência contra as mulheres¹⁵⁵.

5.4.3. Princípio da proibição da discriminação

De seguida, importa referir o princípio da proibição da discriminação. À partida, poder-se-ia pensar que este princípio apenas substanciaria um limite ao *modo de exercício* do *ius includendi et excludendi*. No entanto, o mesmo pode, em certas circunstâncias, implicar a proteção de direitos derivados de imigração. Senão, atente-se na jurisprudência dos órgãos de controlo da CEDH.

A ComEDH começou por considerar que uma discriminação no âmbito dos controlos migratórios poderia, em algumas circunstâncias, ser tão séria que constituiria, em si mesma, um tratamento contrário ao art. 3.º da CEDH. Esta afirmação foi feita a propósito de uma lei de imigração do Reino Unido, considerada discriminatória em função da cor ou da raça no que respeita aos cidadãos que provinham de colónias da África oriental de origem asiática. Num caso semelhante, a Comissão voltou a reconhecer a aplicabilidade do art.

¹⁵⁵ Nos termos do art. 3.º da Convenção, «*violência contra as mulheres é entendida como uma violação dos direitos humanos e como uma forma de discriminação contra as mulheres e significa todos os actos de violência baseada no género que resultem, ou sejam passíveis de resultar, em danos ou sofrimento de natureza física, sexual, psicológica ou económica para as mulheres, incluindo a ameaça do cometimento de tais actos, a coerção ou a privação arbitrária da liberdade, quer na vida pública quer na vida privada*».

3.º, em conjugação com o art. 14.º da CEDH, em relação a imigrantes da etnia cigana e de nacionalidade incerta, por lhes terem sido negados documentos de identificação e, nessa sequência, terem sido forçados a deixar o território¹⁵⁶. Nestes casos, as decisões de recusa de entrada ou de expulsão, por violarem o princípio da proibição da discriminação, pura e simplesmente, *não deveriam ter sido tomadas*. Tratou-se, assim, de uma jurisprudência que estabeleceu limites quanto ao próprio «an» do exercício do *ius includendi et excludendi*.

Mais tarde, no caso *Kiyutin*¹⁵⁷, o TEDH sancionou uma recusa de autorização de residência pelo facto de o estrangeiro ser seropositivo. O TEDH considerou que o recorrente tinha sido vítima de discriminação devido ao seu estado de saúde, e por isso, que o Estado tinha incorrido em violação do art. 14.º da CEDH em conjugação com o art. 8.º.

Já no que toca às distinções de tratamento baseadas na nacionalidade, os órgãos de garantia da CEDH têm considerado que um Estado pode estabelecer condições de entrada ou de permanência no território aos nacionais de um país com o qual mantenha relações mais estreitas¹⁵⁸. Neste ponto, são particularmente ilustrativas as decisões do TEDH nos casos *Moustaquim* e *C. c. Bélgica*¹⁵⁹, sobre tratamento preferencial dos cidadãos da UE no que toca ao acesso aos territórios dos demais

¹⁵⁶ Cf. dec. de 06/07/1977, *Kalderas Gypsies c. República Federal da Alemanha e Holanda*, queixas n.º 7823/77 e 7824/77. Para mais desenvolvimentos, v. HÉLÈNE LAMBERT, *The Position of Aliens...*, cit., p. 34 e ss.

¹⁵⁷ Dec. de 10/03/2011, *Kiyutin c. Rússia*, queixa n.º 2700/10.

¹⁵⁸ Assim a decisão da ComEDH de 06/03/1982, *X c. Reino Unido*, queixa n.º 9088/80, e, da mesma data, a dec. sobre a queixa n.º 8231/78, ambas respeitantes a preferências em matéria de entrada no território concedidas pelo Reino Unido aos cidadãos da Commonwealth. V., sobre estas decisões, JOÃO MADUREIRA, «La Jurisprudence...», cit., p. 143 e VINCENT COUSSIRAT-COUSTÈRE, «Les Politiques Migratoires au Sein de l'Union Européenne et la Convention Européenne des Droits de l'Homme», in AA. VV., *Mélanges en Hommage à Louis Edmond Pettitti*, Bruylant, 1998, p. 212.

¹⁵⁹ Dec. de 18/02/1991, *Moustaquim c. Bélgica*, cit., e Dec. de 07/08/1996, *C. c. Bélgica*, cit.

Estados-Membros. O TEDH considerou que a referida distinção de tratamento tinha uma justificação objetiva e razoável, já que a UE constituía uma ordem jurídica específica, tendo inclusivamente instituído uma cidadania própria. Assim, nestes casos, o TEDH afastou-se da consideração do critério da nacionalidade como um critério de distinção suspeito, desenvolvido noutros domínios. No entanto nem sempre são aceitáveis as distinções com base na nacionalidade. Assim, no caso *Kuri* o TEDH sancionou a eliminação do registo esloveno de residentes permanentes dos antigos cidadãos da República Socialista Federal da Jugoslávia¹⁶⁰. Já no caso *Biao c. Dinamarca*, o TEDH considerou discriminatório o tratamento de cônjuges de nacionais da Dinamarca, para efeitos de reagrupamento familiar, que era mais facilitado nos casos em que o cidadão possuía a nacionalidade dinamarquesa há 28 ou mais anos¹⁶¹.

Ainda no seio do Conselho da Europa, o Comité Europeu dos Direitos Sociais tem também sancionado decisões discriminatórias em matéria de imigração. No caso *COHRE c. França*¹⁶² considerou que as ações de despejo de cidadãos estrangeiros da etnia cigana das suas habitações e a sua expulsão de França constituíam uma violação do art. E, em conjugação com o art. 19.º, n.º 8 da Carta Social Europeia.

Já o direito da UE constitui um exemplo dúbio no que toca à consagração de um princípio da proibição da discriminação em função da nacionalidade em matéria de imigração. Apesar de as Diretivas pertinentes mencionarem a necessidade de as mesmas serem aplicadas no respeito pelo princípio da proibição da discriminação¹⁶³, a política de vistos não deixa

de colocar sérias dúvidas ao proceder a uma divisão do «mundo em duas categorias»¹⁶⁴: a dos Estados cujos nacionais necessitam de visto para entrar no território da União (a chamada «lista negra»), e aquela cujos nacionais não necessitam de tal visto¹⁶⁵.

5.4.4. Liberdade de Expressão

A proteção do direito à liberdade de expressão é um dos meios mais desenvolvidos da proteção derivada de direitos de imigração na jurisprudência da *Supreme Court* dos EUA, que se inaugurou com a expulsão de um professor universitário anarquista, precisamente devido às ideias que o mesmo difundia¹⁶⁶. Depois de uma evolução em que se afirmava que os estrangeiros não podiam invocar pretender

n.º 7 da Diretiva 2004/81/CE, o considerando n.º 5 da Diretiva 2004/114/CE, o considerando n.º 24 da Diretiva 2005/71/CE, o considerando n.º 21 da Diretiva 2008/115/CE e o considerando n.º 29 da Diretiva 2011/98/UE.

¹⁶⁴ Assim, ELSPEITH GUILD, *The Legal Elements of European Identity – EU Citizenship and Migration Law*, Kluwer Law, The Hague, 2004, p. 202 e DANIEL MOECKLI, *Human Rights and Non-Discrimination...*, cit., p. 175.

¹⁶⁵ Regulamento n.º 539/2001 do Conselho, de 15 de Março de 2001, que enumera os países terceiros cujos nacionais devem possuir um visto quando atravessam as fronteiras externas e aqueles cujos nacionais estão isentos dessa obrigação. Sobre este ponto, v. ainda RYSZARD CHOLEWINSKI, «Borders and Discrimination in the EU» in AA.VV., *Police and Justice Co-operation and the New European Borders*, Malcolm Anderson, Joanna Apap (edit), Kluwer, 2002, p. 83. O autor refere que nem todos os critérios usados são imunes à possibilidade de discriminação. Assim, para além das relações internacionais existentes, tem-se ainda em conta a origem dos fluxos de imigração ilegal, já que a avaliação desse risco não é precedido de uma análise individualizada, mas sim do recurso a critérios gerais, como a nacionalidade. V., ainda, entre nós, NUNO PIÇARRA, «Direito da União Europeia: o Espaço de Liberdade, segurança e Justiça – Relatório com o Programa. Os Conteúdos e os Métodos de Ensino da Cadeira», *Themis*, Ano x, n. 19, 2010, p. 286 e ss. V. ainda o Regulamento n.º 810/2009, de 13/07, que estabelece o Código Comunitário de Vistos. O art. 39.º deste último dispõe que, no exercício das suas funções, os funcionários consulares não podem exercer qualquer discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual.

¹⁶⁶ *United States ex. rel. Turner c. Williams*, 194 U.S. 279 (1904).

¹⁶⁰ Dec. de 26/06/2012, *Kuri* c. *Eslovénia*, queixa n.º 2628/06.

¹⁶¹ Dec. de 25/03/2014, *Biao* c. *Dinamarca*, queixa n.º 38590/10.

¹⁶² Dec. de 28/06/2011, *COHRE* c. *França*, queixa n.º 63/2010.

¹⁶³ Assim, o considerando n.º 5 da Diretiva 2003/86/CE, o considerando n.º 5 da Diretiva 2003/109/CE, o considerando

exercer direitos constitucionais para entrar ou permanecer no território, passou a ser tido como aceite que, em processo de imigração, eram invocáveis os direitos da 1ª Emenda¹⁶⁷. No caso *Cox c. Turquia*, o TEDH teve também oportunidade de se pronunciar sobre um caso muito semelhante¹⁶⁸, em que a recorrente foi proibida de reentrar na Turquia devido às opiniões que havia expressado, no contexto das suas atividades académicas, em relação à violação de direitos humanos dos curdos. O TEDH considerou que a proibição de reentrada constituía uma ingerência na liberdade de expressão da recorrente¹⁶⁹.

5.4.5. Liberdade Religiosa

A jurisprudência referente à violação do direito à liberdade religiosa reveste os mesmos contornos que a proteção decorrente do direito à liberdade de expressão. Ela poderá ocorrer nos casos em que o estrangeiro pretenda estabelecer ou prosseguir residência no território e o Estado usar do seu *ius includendi* ou *excludendi* com o único objetivo de impedir o exercício daquele direito. O TEDH também já teve ocasião de se pronunciar sobre esta questão no caso *Perry*, em que considerou que a recusa, por parte da Letónia, de conceder a um pastor evangélico uma autorização de residência permanente «para atividades religiosas», com fundamento na salvaguarda da segurança nacional, constituía uma interferência no direito à liberdade religiosa do recorrente¹⁷⁰. No mesmo sentido, considerou que a proibição de reentrada de um estrangeiro no território devido às suas atividades religiosas constituía uma violação do mesmo direito, não

se podendo justificar com a salvaguarda da segurança nacional¹⁷¹.

5.4.6. Direito de Propriedade

Por fim, um caso de proibição de expulsão tradicionalmente invocado tem sido o referente à violação do direito de propriedade. No entanto, a existência de propriedade privada no território também não tem sido considerada como comportando limites ao *ius excludendi*. Nos casos *Ilic c. Croácia* e *Georgia c. Rússia*, o TEDH não considerou que as expulsões de estrangeiros que possuíam propriedade no território tinham acarretado violação do direito à propriedade privada protegido pelo art. 1.º do Protocolo n.º 1 anexo à CEDH¹⁷².

6. BASES PARA UMA DOUTRINA GERAL DA PROTEÇÃO DERIVADA DE DIREITOS DE IMIGRAÇÃO

Após a análise de vários casos em que hoje se reconhece, de forma mais ou menos pacífica, a proteção derivada de direitos de imigração, é altura de ensaiar as bases que podem desenvolver uma teoria geral sobre a mesma.

A proteção derivada de direitos de imigração está sujeita à verificação de várias condições. Em primeiro lugar, é necessário demonstrar que o estrangeiro é titular de um determinado direito humano: ou porque esse direito é especificamente garantido a estrangeiros, ou porque dele beneficiam todos os seres humanos, por força do princípio da universalidade.

Em segundo lugar, há que demonstrar que, para a garantia desse direito, é necessário reconhecer-se um derivado de imigração. *I.e.*, o estrangeiro tem de demonstrar que o primeiro

¹⁶⁷ *Kleindienst c. Mandel*, 408 U.S. 753 (1972). V., sobre este ponto, GERALD L. NEUMAN, *Strangers to the Constitution: Immigrants, Borders and Fundamental Law*, Princeton University Press, 1996, p. 129 e ss.

¹⁶⁸ Dec. de 20/05/2010, *Cox c. Turquia*, queixa n.º 2933/03.

¹⁶⁹ V. também a Dec. mais antiga, de 27/04/1995, *Piermont c. França*, queixas n.º 15773/89 15774/89.

¹⁷⁰ Dec. de 08/11/2007, *Perry c. Letónia*, queixa n.º 30273/03.

¹⁷¹ Dec. de 12/02/2009, *Nolan e K. c. Rússia*, queixa n.º 2512/04.

¹⁷² Dec. de 19/09/2000, *Ilic c. Croácia*, queixa n.º 42389/98 e dec. de 03/07/2014, *Georgia c. Rússia*, queixa n.º 13255/07.

direito (*direito-fim*) só poderá ser eficazmente protegido se lhe for reconhecido um direito de entrar ou permanecer no território estadual, ou à titularidade de um estatuto legal (*direito-meio*).

Ora, é neste segundo requisito que se têm feito sentir as maiores limitações ao reconhecimento de uma proteção derivada de direitos de imigração. De facto, são ainda restritos os casos em que se considera que um direito de imigração *se afigura necessário* para se efetivar um outro direito fundamental. Desde logo, este requisito, levado às últimas consequências, pode desembocar na já referida teoria da «*elsewhere approach*», que remete o direito derivado de imigração para *ultima ratio*.

O requisito da instrumentalidade pode ainda ser alcançado de outra forma: nos casos em que pretende exercer o *ius includendi et excludendi* apenas com o intuito de desrespeitar um direito fundamental de que o estrangeiro seja titular, como se passa com o direito à propriedade ou à liberdade de expressão. Por exemplo, porque se pretende usar a expulsão ou recusa de entrada para violar o *direito-fim*, então a *proibição* de expulsão ou de recusa de entrada são necessárias para que esse direito-fim seja respeitado. Também neste caso se pode falar de instrumentalidade pois, caso não se esteja perante uma situação de *violação intencional* do *direito-fim* correspondente, não bastará ao estrangeiro simplesmente invocar pretender exercer no território o direito à liberdade religiosa, por exemplo, para ter um direito a entrar no mesmo.

Por fim, o direito de imigração pode ainda ser um direito-meio nos casos em que o estrangeiro necessita de proteção internacional e se coloca sob a jurisdição do Estado. Esse é o campo por excelência do direito de asilo ou da proteção subsidiária, mas também o direito da criança estrangeira à proteção do Estado, da potencial vítima de tortura ou tratamentos cruéis ou desumanos ou degradantes ou de certos crimes.

Cumpridas as condições até agora alcançadas, pode falar-se de um direito *prima facie* de imigração. Ora, alguns direitos humanos são protegidos de forma absoluta, pelo que se reclamarem, para a sua efetivação, a proteção de um direito-meio de imigração, não poderá haver qualquer restrição ao exercício deste último. Está nessa situação, por exemplo, o direito a não ser submetido a tortura, ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Já diverso será o caso em que o direito de imigração é reconhecido para salvaguarda de um direito-fim restringível. Nesse último caso, o direito de imigração pode ser também ele restringido, se isso for necessário para salvaguardar outros direitos ou bens públicos conflituantes. Estaremos, porém, num segundo nível: o do conflito de direitos ou bens.

Ora, o que se deve ponderar com os interesses conflituantes é, então não o *direito-meio*, mas sim o *direito-fim*, com o qual outro bem entra em conflito. De facto, o direito de imigração é apenas o instrumento que serve para efetivar o direito-fim. Assim, o que se deve ponderar é, por exemplo, o direito ao respeito pela vida familiar com a necessidade de salvaguarda do valor segurança nacional, e não o direito a permanecer no território com a medida de expulsão. Pondera-se, enfim, «bem com bem» e não «meio com meio».

Para que essas restrições possam ser consideradas legítimas, têm de respeitar vários princípios, os quais decorrem, em especial, do art. 8.º, n.º 2 da CEDH, do art. 52.º da CDFUE, e do art. 18.º, n.º 2 da CRP. Em primeiro lugar, as mesmas devem estar previstas na lei, a qual deve oferecer as características de clareza e determinabilidade. Em segundo lugar, devem justificar-se para a salvaguarda de bens legítimos. O recurso à fórmula usada pela CEDH –*sociedade democrática*– pode funcionar, neste quadro, como guia. A limitação imposta pela mesma visa dar relevo à posição central que cabe aos direitos fundamentais num Estado de Direito. Tal posição exige que as restrições aos direitos fundamentais tenham assento em valorações independentes de particularismos

e subjetivismos. A mesma ideia pode ainda ser encontrada no art. 29.º da DUDH, que dispõe que o exercício dos direitos e o gozo das liberdades estejam apenas sujeitos às limitações estabelecidas pela lei, exclusivamente com vista a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros, e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática. No que toca à CDFUE, o art. 52.º, n.º1 dispõe que as restrições aos direitos aí garantidos só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros.

Tradicionalmente são invocados vários bens coletivos para justificar a adoção de medidas restritivas no contexto da imigração. Neste contexto, Bruno Nascimbene adota um conceito amplo de *ordem pública*, como compreendendo o conjunto de princípios políticos, económicos e morais considerados essenciais para a manutenção de uma determinada estrutura social¹⁷³. De uma forma geral, tem-se entendido que tal conceito amplo de ordem pública engloba, no presente âmbito, os seguintes bens públicos: a ordem moral, a segurança nacional, a saúde pública, o bem-estar geral da comunidade e a ordem pública em sentido estrito¹⁷⁴. Eles reconduzem-se, enfim, aos fins que incumbe ao Estado prosseguir e que são uma das justificações últimas do próprio *ius includendi et excludendi*. O fim visado em concreto carece de um escrutínio rigoroso. De facto, como

assinala Stephen Legomsky, em matéria referente às políticas de imigração, muitos dos fins formalmente invocados funcionam como simples pretextos para prosseguir outros motivos, como o do protecionismo económico ou social ou o securitarismo infundado¹⁷⁵. Assim, terá de se proceder a um escrutínio rigoroso das reais motivações da intervenção estadual para se determinar se a limitação em causa se funda verdadeiramente num bem com a mesma dignidade dos direitos humanos ou se, pelo contrário, se justifica apenas com uma determinada orientação política particular ou conjuntural.

O exercício de ponderação dos bens em conflito deverá respeitar vários princípios constitucionais, de entre os quais se destaca o princípio da proporcionalidade. A jurisprudência *supra* analisada do TEDH no que toca à densificação do princípio da proporcionalidade contido no n.º 2 do art. 8.º é considerada, para alguns autores, como um dos mais elaborados exemplos de funcionamento desse princípio¹⁷⁶, pelo que importa tê-la presente. A CDFUE contém, por seu turno, uma cláusula geral de restrição no art. 52.º, n.º1 nos termos da qual qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela Carta deve ser *«prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades»*. Prescreve ainda que, *«na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efectivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de prote-*

¹⁷³ BRUNO NASCIBENE, *Il Trattamento dello Straniero nel Diritto Internazionale ed Europeo*, Giuffrè Editore, 1984, p. 199.

¹⁷⁴ Assim, JUAN MANUEL GOIG MARTÍNEZ, «El Derecho a la Reagrupación Familiar de los Inmigrantes» in *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 14, 2004, p. 257. Já RICHARD PLENDER, delimita o círculo de bens públicos em causa à segurança nacional, saúde pública, criminalidade e «indigência». Cf. *International Migration Law*, A.W. Sijthoff, 1972, p.257. Em sentido semelhante, v. ainda AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, *The Movement of Persons Across Borders*, Louis B. Sohn and Thomas Buergenthal (ed.), 1992, p. 71 e 91.

¹⁷⁵ V. STEPHEN LEGOMSKY, «Rationing Family Values in Europe and America: an Immigration Tug of War Between States and their Supra-National Associations», in *Georgetown Immigration Law Journal*, vol 25, 2011, n.4, p. 851. Nesses casos pode-se considerar, ainda, que o poder de expulsão não é exercido de «boa-fé», na terminologia de GUY S. GOODWIN-GILL. Cf. *International Law and the Movement of Persons Between States*, Clarendon Press, Oxford, 1978, p.262

¹⁷⁶ HÉLÈNE LAMBERT, «Family Unity in Migration Law: The Evolution of a More Unified Approach in Europe», in *AA.VV., Research Handbook on International law and Migration*, cit., p. 204.

ção dos direitos e liberdades de terceiros»¹⁷⁷. Todos estes instrumentos, pois, apontam para a necessidade de qualquer restrição aos direitos protegidos respeitar o princípio da proporcionalidade. Esse princípio desdobra-se tradicionalmente em três subprincípios: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.

No que toca ao primeiro, há que demonstrar que as medidas restritivas em causa são aptas ou constituem um *meio adequado* ou *idóneo* para alcançar o fim em vista. No que toca, por exemplo, à segurança nacional, é necessário demonstrar que, *da presença daquele estrangeiro no território*, advêm determinados perigos *em concreto*, pelo que a restrição de entrada é adequada à proteção da segurança nacional. O mesmo se diga, de resto, no que toca aos demais bens públicos referidos. Em suma, cabe ao Estado identificar não só qual o fim público cuja proteção é necessária com a intervenção restritiva, como também justificar *de que forma a imigração daquele indivíduo concreto põe em causa o referido fim*¹⁷⁸. No que toca à salvaguarda da ordem pública, a jurisprudência do TJ em matéria de liberdade de circulação de pessoas oferece algumas orientações neste ponto, já que tem permanentemente afirmado que uma restrição apenas poderá ser idónea se tiver em consideração a situação individual do visado, afastando a possibilidade de se usar a exceção de ordem pública com fins de prevenção geral ou de dissuasão¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Sobre esta cláusula v., em detalhe, STEVE PEERS, «Immigration, Asylum and the European Union Charter of Fundamental Rights», in AA.VV., *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, Elspeth Guild, Paul Minderhoud (ed.), Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 445.

¹⁷⁸ Importa mais uma vez ter presente a jurisprudência do TEDH que afirmou ilustrativamente, no já citado caso *Slivenko*: «it seems that in this context the authorities did not examine whether each person concerned presented a specific danger to national security or public order. Nor has any allegation been made in this particular case that the applicants presented such a danger. The public interest instead seems to have been perceived in abstract terms underlying the legal distinctions made in domestic law».

¹⁷⁹ Ac. de 26/02/1975, *Bonsignore*, proc. n.º 67/74, Ac. de 28/10/1975, *Rutili*, cit. A Diretiva n.º 64/221, respeitante às dis-

A jurisprudência de outros organismos internacionais aponta, de resto, para o mesmo entendimento¹⁸⁰. Na síntese de DUCROQUETZ, decorre do direito internacional que, para a adopção de medidas restritivas, a ameaça ao interesse público que é constituída pela presença do estrangeiro deve ser *certa* e não hipotética, *iminente* e não passada ou aleatória, assim como verdadeiramente *grave*¹⁸¹.

O princípio da necessidade, por seu turno, exige a demonstração de que o meio escolhido é aquele, de entre os meios disponíveis que gozem de idoneidade similar, que implica menos danos para o direito-fim visado com a salvaguarda dos direitos de imigração. Em particular, quando estão em causa direitos fundamentais, as condições de entrada ou formalidades procedimentais não se devem tornar demasiado onerosas ou ir para além do necessário para proteger o fim legítimo visado¹⁸².

Por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito visa sopesar a importância do fim a alcançar com a gravidade do sacri-

posições relativas à expulsão do território, tomadas por razões de ordem pública ou de segurança pública, dispunha no art. 3.º que tais medidas se deviam fundar exclusivamente no comportamento pessoal do indivíduo. Essa regra foi retomada pelo art. 27.º §2 da Diretiva 2004/38.

¹⁸⁰ Assim, a dec. do CAT de 04/09/2000, *T.P.S. c. Canadá*, comunicação n.º 99/1997, em que esse Comité considerou que a recusa de prolongamento da permanência do estrangeiro por mais uns meses no país não podia ser feita sem qualquer consideração sobre a *ameaça concreta* que aquele indivíduo em específico representava para a segurança nacional do Estado expulsante.

¹⁸¹ ANNE LISE DUCROQUETZ, *L'Expulsion des Étrangers en Droit International et Européen*, Université Lille 2, 2007, p. 79. Neste ponto, algumas medidas da UE levantam dúvidas. Assim, o art. 24.º, n.º2, b) do Regulamento SIS II, que prevê a possibilidade de inserir uma indicação para efeitos de não admissão baseada unicamente em «fortes razões para crer» que o nacional de país terceiro «praticou factos puníveis graves ou indícios reais para supor que tenciona praticar tais factos no território de um Estado-Membro» é uma possibilidade bastante vaga que faz temer por um escrutínio rigoroso do princípio da proporcionalidade.

¹⁸² AMERICAN SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, *The Movement of Persons...*, cit., p. 25.

fício imposto ao particular¹⁸³. Tal tarefa tem imanente a necessidade de realização de um juízo de prognose, já que implica a necessidade de se prever os efeitos que a medida estadual (*v.g.*, de expulsão, ou de recusa de entrada) pode produzir no contexto da situação fáctica do estrangeiro. Neste ponto, a referência à jurisprudência do TEDH afigura-se mais uma vez importante, nomeadamente no que toca aos fatores que devem servir para avaliar a importância de cada bem em conflito, salvaguardadas as críticas que oportunamente tecemos quando da análise do respeito pela vida familiar e pela vida privada. Mas também a jurisprudência do TJ em matéria de limites à liberdade de circulação de pessoas tem sublinhado permanentemente que a restrição ao direito de entrada / permanência tem de ser levada a cabo através de medidas que não se afigurem desproporcionadas ao fim prosseguido¹⁸⁴.

O reconhecimento de direitos derivados de imigração através da proteção derivada de outros direitos fundamentais coloca, assim, a imigração no contexto dos *direitos oponíveis e exigíveis* ao Estado. Assim, nos casos concretos em que tais direitos sejam desrespeitados, os particulares podem sindicá-los judicialmente tal violação. Por outro lado, a caracterização desses direitos como *direito subjetivos* implica o reconhecimento de *vários deveres correlativos* do Estado, a quem incumbe garantir a realização do direito de imigração, de forma a respeitar o direito-fim que o mesmo visa efetivar.

De forma a respeitar e garantir um direito derivado de imigração, o Estado-administra-

¹⁸³ Assim, também, EDUARDO ROIG MOLÉS, «Los Derechos de los Extranjeros: titularidad e limitación», in AA.VV. *Problemas Constitucionales de la Inmigración: una visión desde Italia y España*, Miguel Revenga Sánchez (coord.), Giuffrè Editore, 2005, p. 617. Para desenvolvimentos sobre este subprincípio, *inter alia*, GREGORIO PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de Derechos Fundamentales – Teoría General*, Boletín Oficial del Estado, p. 593 e ss., ROBERT ALEXY, *Teoría dos Direitos Fundamentais*, Virgílio Afonso da Silva (trad.), Malheiros Editores, 2008, p. 593 e ss.

¹⁸⁴ Ac. de 08/04/1976, *Royer*, proc. n.º C-48/75, Ac. de 22/05/1980, *Santillo*, proc. 131/79.

ção (ou o Estado-juiz) pode ficar vinculado a diferentes medidas. Desde logo, a permitir a entrada no território, através da concessão de um título de residência¹⁸⁵. Esse pode ser o caso, por exemplo, do direito da criança à proteção do Estado, nos casos de crianças que cheguem desacompanhadas e em que não seja possível localizarem-se os familiares respetivos. Seguidamente, os direitos derivados de imigração pode exigir um dever correlativo de abstenção de expulsão, de forma a salvaguardar o direito-fim.

Finalmente, a proteção dos direitos-fim pode impor ainda o reconhecimento de um direito derivado de imigração na modalidade «obtenção de estatuto legal». A necessidade de obtenção de estatuto legal pode ocorrer quando o estrangeiro, não podendo embora ser expulso, não possui tal estatuto. Nessas situações, estando o Estado vinculado a permitir a permanência do mesmo no seu território, terá também o dever de conceder ao estrangeiro um estatuto legal, já que sem esse estatuto, o estrangeiro dificilmente poderá atuar em sociedade, e exercer os direitos de que é titular¹⁸⁶. Assim, nos casos em que um estrangeiro não pode ser expulso, a concessão de um estatuto legal deve ser vista como um corolário necessário do seu direito derivado a permanecer no território.

A proteção derivada de direitos de imigração, ao impor os mencionados deveres estaduais de admissão de entrada de estrangeiros no território, de concessão de estatuto legal ou de abstenção de expulsão, traduz-se num verdadeiro limite no que toca ao «an» do exercício do *ius includendi et excludendi*. De facto, nesses casos o Estado-decisor está vinculado a emanar uma decisão com um conteúdo determinado, não podendo exercer discricionariamente o *ius includendi et excludendi*. É esta

¹⁸⁵ Entendemos, neste contexto, «título de residência» em sentido lato, como qualquer título renovável ou permanente, que autorize o estrangeiro a residir ou permanecer no território.

¹⁸⁶ Assim, COMITÉ EUROPEU DE DIREITOS SOCIAIS, Conclusões 2011, Introdução Geral, p. 9.

a grande mudança que a afirmação de direitos derivados de imigração vem provocar em relação à doutrina tradicional.

7. CONCLUSÃO

Em síntese, no presente artigo procurá-mos demonstrar que atualmente decorre do direito positivo o reconhecimento, em certos casos, de direitos de imigração, e, assim, uma superação da doutrina tradicional. Com base no reconhecimento do estrangeiro enquanto sujeito de direitos pelas normas estudadas, e com a consideração de que, verificadas certas circunstâncias, a entrada, permanência ou obtenção de estatuto legal por parte de estrangeiros no território é necessária para efetivar um direito humano de que os mesmos sejam titulares, pode afirmar-se que, atualmente, resultam do direito positivo vários direitos derivados de imigração que reclamam, para o seu exercício, diversas garantias que incumbe ao Estado respeitar e efetivar. Trata-se de obrigações internacionais que permitem, assim,

ultrapassar a consideração da imigração como domínio alheio à necessidade de respeito pelos direitos humanos.

A doutrina da proteção derivada implica, enfim, uma nova formulação do *ius includendi et excludendi*. Este poder estadual deve ser compreendido no sentido de que os Estados têm o poder de controlar a entrada e permanência de estrangeiros nos seus territórios, exceto quando sejam obrigados a respeitar um determinado direito fundamental da titularidade de estrangeiros que exija a entrada e permanência dos mesmos no seu território. O reconhecimento de direitos derivados de imigração muda, assim, completamente a perspectiva tradicional do exercício do *ius includendi et excludendi* – esse poder deixa de ser totalmente discricionário, já que não só o Estado tem de reconhecer, em alguns casos, direitos de imigração, como ainda, no caso de pretender restringir os mesmos, tem de o fazer com respeito por vários princípios, restrição essa que tem de ser justificada e pode ser controlada jurisdicionalmente.

RESUMEN

Un derecho a inmigrar no es, como tal, garantizado por el derecho internacional, que todavía se basa en el principio de que los Estados son soberanos en lo que respecta al control de la entrada y permanencia de extranjeros en el territorio. Sin embargo, una lectura más atenta de la jurisprudencia de los órganos internacionales que vigilan el respeto de los derechos humanos requiere una reanálisis de este paradigma. De hecho, se ha reconocido que, en algunos casos, los Estados deben reconocer el derecho de los extranjeros a ingresar, a permanecer en el territorio o incluso a obtener un estatus legal. Esto abre la posibilidad de hablar de «derechos de inmigración.» Sin embargo, eso sólo sucede donde los extranjeros invocan que la denegación de entrada o estancia en el territorio va a privarlos del disfrute de derechos humanos básicos, como el derecho a no ser sometido a tortura, tratos inhumanos o degradantes, el derecho al respeto de la vida familiar y el derecho al respeto de la vida privada, entre otros.

Palabras-Clave: Inmigración, Derechos Humanos

ABSTRACT

A right to immigration is not guaranteed as such by international law, which is still based on the principle according to which States are sovereign in regard to the control of the entry and stay of foreigners in the territory. But a closer look at the international jurisprudence leads us to rethink this assumption. This case-law has recognized that, in certain cases, States are obliged to admit foreigners into their territory, or prevented to expel them or even bound to grant them a legal status. This may represent the recognition of «rights to immigration». Currently, though, such rights would be only recognized in cases where foreigners claim that the refusal of entry or stay in the territory will deprive them of the enjoyment of basic human rights, such as the right not to be subjected to torture, inhuman or degrading treatment, the right to respect for family life as well as the right to private life.

Keywords: Immigration, Human Rights

La supresión de barreras migratorias para *start-ups** en la competencia global por el talento

The removal of migration barriers for *start-ups** in the global competition for talent

SARA CORRES ARMENDÁRIZ**

1. INTRODUCCIÓN: EL CONTEXTO ACTUAL

Transcurridos más de ocho años desde que se iniciase la gran crisis económica mundial, los paradigmas económicos han cambiado.

La innovación y la tecnología se han erigido como los principales sectores que impulsan el crecimiento. As, se percibe si se observa el ranking de las empresas con mayor valor bursátil en 2016 y se comparan con las del año 2009.

FIGURA 1. RANKING DE COMPAÑÍAS GLOBALES POR VALOR BURSÁTIL

Compañía	Origen	Sector	Variaciones en ranking +/-	31 marzo 2016		31 marzo 2009	
				Ranking	Capitalización bursatil (\$bn)	Ranking	Capitalización bursatil (\$bn)
Apple Inc	EEUU	Tecnológico	32	1	604	33	94
Alphabet Inc	EEUU	Tecnológico	20	2	518	22	110
Microsoft Corp	EEUU	Tecnológico	3	3	437	6	163
Berkshire Hathaway Inc	EEUU	Tecnológico	8	4	350	12	134
Exxon Mobil	EEUU	Petróleo y gas	-4	5	347	1	337
Facebook Inc	EEUU	Tecnológico	-	6	325	-	-
Johnson & Johnson	EEUU	Cuidado personal	1	7	298	8	145

* El, cada día más generalizado, término anglosajón *start-up* engloba a aquellas empresas de nueva creación que presentan, con carácter general, un fuerte componente tecnológico y que están relacionadas con el mundo de Internet y las TICs. Las *start-ups* poseen una estructura de costes iniciales

menores y presentan grandes posibilidades de crecimiento y, en ocasiones, un modelo de negocio escalable.

** Subdirectora adjunta de la Subdirección General de Régimen Jurídico. Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Compañía	Origen	Sector	Variaciones en ranking +/-	31 marzo 2016		31 marzo 2009	
				Ranking	Capitalización bursátil (\$bn)	Ranking	Capitalización bursátil (\$bn)
General Electric Co	EEUU	Industrial	16	8	295	24	107
Amazon.com	EEUU	Servicios consumidores	-	9	280	-	31
Wells Fargo & Co	EEUU	Financiero	45	10	245	55	60
AT&T Inc	EEUU	Telecomunicaciones	-4	11	241	7	149
Nestle SA	Suiza	Bienes de consumo	3	12	239	15	129
China Mobile	Hong Kong	Telecomunicaciones	-8	13	228	5	175
ICBC	China	Financiero	-10	14	228	4	188
Procter & Gamble Co	EEUU	Bienes de consumo	-5	15	223	10	138
Verizon Communications Inc	EEUU	Telecomunicaciones	23	16	221	39	86
JPMorgan Chase & Co	EEUU	Financiero	11	17	217	28	100
Wal-Mart Stores Inc	EEUU	Servicio consumidores	-15	18	215	3	204
Roche Holding AG	Suiza	Cuidados personal	-1	19	214	18	119
Petrochina	China	Petróleo y gas	-18	20	205	2	287

Fuente: Bloomberg y PwC analysis.

Por primera vez, en 2016, las empresas del sector tecnológico han superado a las entidades financieras en capitalización bursátil. De acuerdo con el informe *Global Top 100 Companies by market capitalisation*¹, mientras que la cotización de los grandes grupos tecnológicos creció un 7% en 2016 –hasta alcanzar los 2,9 billones de dólares–, la de las compañías del sector financiero ha caído un 13% –para quedarse en 2,6 billones de dólares–. Además, en este ranking de compañías globales, «*los gigantes tecnológicos –Apple, Alphabet (Google) y Microsoft–, ocupan las tres primeras posiciones del ranking, y Facebook escala hasta el sexto puesto desde la posición 17º*»². Ahora bien, ¿recordamos cuál fue el origen de estos *gigantes tecnológicos*?

En 1976, Steve Jobs, Steve Wozniak y Ronald Wayne fundaron Apple, una pequeña empresa desarrollada en una era en la que los jóvenes creaban y se preparaban para revolu-

cionar el mundo desde los garajes de sus casas. El iPod, iPhone y iPad han revolucionado nuestro mundo.

Larry Page y Sergey Brin, se conocieron en el campus de Stanford mientras estudiaban en el año 1995. Pese a su juventud (rondaban los veinte años) tenían claro que el proyecto de crear el motor de búsqueda definitivo los iba a llevar a hacer grandes cosas. Hoy en día Google es la herramienta esencial para búsquedas en Internet y forma parte de Alphabet uno de los proyectos más ambiciosos de los últimos años.

La Universidad también unió a William Gates y Paul Allen que, en 1975, fundarían Microsoft.

Y en Harvard, nació Facebook. La red social fue creada el 4 de febrero de 2004 desde la habitación universitaria de Mark Zuckerberg. La idea era simple, compartir las vivencias del día a día, pero revolucionó nuestra forma de compartirlas.

De estos breves apuntes se podría afirmar que los actuales *gigantes tecnológicos* podrían considerarse, en el momento de su creación, como start-ups: por su reducido tamaño ini-

¹ Global Top 100 Companies by market capitalisation. PwC. 31 de marzo 2016 (actualización).

² «Sorpaso» bursátil de las tecnológicas. Rocío Fernández Funcia. Socia responsable de Mercados de Capitales en PwC. Julio 2016.

cial, su fuerte componente tecnológico y las específicas necesidades de financiación.

• **¿Cuál es el impacto en la economía de estas nuevas compañías?**

Se estima que las compañías de carácter digital contribuyeron en 2011 con 193 mil millones de dólares a la producción económica mundial y crearon seis millones de trabajo en cómputo global³.

Si bien, la cuestión sobre su capacidad para generar empleo es compleja. Por ejemplo, en 2013, IBM y Dell, las dos grandes corporaciones que surgieron al inicio de la revolución tecnológica, tenían 431.212 y 108.800 trabajadores respectivamente; mientras que la plantilla de Facebook tan solo alcanzaba los 7.185 trabajadores.

En este sentido, ciertos estudios (Thor Berger y Carl Benedikt Frey)⁴ apuntan a una menor capacidad de generar empleo por estas nuevas compañías tecnológicas en comparación con los empleos creados por compañías pertenecientes a sectores tradicionales (antes de la crisis) o a este mismo sector tecnológico pero surgidas en los inicios del siglo XXI y respondiendo, por tanto, a lo modelos tradicionales de negocio (como IBM y Dell). Pese a ello, lo cierto es que, en la actualidad, aquellas zonas o ecosistemas con capacidad de adaptación a las nuevas tecnologías y que cuentan con un potente sistema universitario (*skilled cities*) poseen unas tasas de creación de empleo mayores que aquellas que no son capaces de adaptarse a estos cambios. En EEUU, por ejemplo, la tasa de creación de empleo en Silicon Valley, ecosistema emprendedor por excelencia, es de 1,8%, notablemente superior a la media nacional (del 0,5%) o a la de otras

áreas del país como en Grand Rapids, Michigan (0,2%). Además, las compañías jóvenes se están consagrando, tras la crisis, como los mayores creadores de empleo (OECD⁵).

Por tanto, en aquellas zonas que cuentan con abundante capital humano de alta educación y poseen la capacidad de atraer y retener a los innovadores y más talentosos, la presencia de estas nuevas compañías de carácter tecnológico estimula la creación de empleo.

Volviendo al ranking de estas empresas globales, se observa que sus sedes se encuentran concentradas geográficamente. De las 100 mayores empresas por capitalización bursátil en 2015, 53 proceden de EEUU, 15 de la Eurozona, 11 de China, 8 de Reino Unido y 1 de BRIC. Ninguna de las 20 empresas que lideran este ranking se encuentran en la Unión Europea y las principales tecnológicas se concentran en EEUU. De acuerdo con las proyecciones de crecimiento en 2017 elaboradas por el Fondo Monetario Internacional⁶, la economía estadounidense mostraría un mayor dinamismo en comparación con la de la Eurozona (estimándose una tasa de crecimiento del 2.5 frente al 1.4 de la zona Euro). Y, las perspectivas de crecimiento para ambas economías son notablemente inferiores a las previstas para China (6.2) o India (7.4).

Cuando en el *Cuento de Navidad* de Charles Dickens, el fantasma de las navidades futuras lleva a Scrooge hasta su solitaria tumba le pregunta: *¿Es todo eso la imagen de lo que será o solamente la imagen de lo que puede ser?* Para que Europa recupere su posición de liderazgo, debe trabajar duro para competir por el talento y la innovación. Debe adoptar decisiones firmes en esta línea de las que dependerá su futuro. Algunas decisiones ya han sido adoptadas.

La Agenda Digital Europea, una de las siete iniciativas emblemáticas de la estrate-

³ Roman Friedrich, Bahjat El-Darwiche, Milind Singh y Alex Koster, Digitization for economic growth and job creation. Regional and industry perspectives. Booz & Company.10 de abril de 2013.

⁴ Thor Berger y Carl Benedikt Frey (2015): Industrial Renewal in the 21st Century: Evidence from US Cities, Regional Studies, DOI: 10.1080/00343404.2015.1100288.

⁵ Young SMEs, growth and job creation. OECD.

⁶ Informe WEO, Fondo Monetario Internacional. Julio 2016.

gia Europa 2020, ha marcado el rumbo para maximizar el potencial económico y social de las TIC, y en particular de internet, como soporte esencial de la actividad económica y social europea; y la más reciente iniciativa del mercado único digital⁷ (6 de mayo de 2015) se ha presentado como uno de los principales *flagships* de la Unión: Europa asume la revolución digital y ofrece oportunidades digitales a los particulares y las empresas. ¿Cómo? Con la fuerza del mercado único de la UE.

El mercado único tiene que reactivarse y modernizarse. A tal fin, la Comisión ha lanzado una estrategia⁸ con el fin de crear oportunidades para los consumidores, los profesionales y las empresas; y, fomentar y permitir la innovación que Europa necesita.

En el marco de esta estrategia del mercado único, la Comisión y los Estados miembros reconocen a las pymes y, dentro de ellas: **los emprendedores y start-ups, como la espina dorsal de la economía europea** debido a su contribución al empleo y la innovación. Por ello, es preciso **abordar un conjunto de reformas para crear un ecosistema óptimo que permita su crecimiento en el mercado europeo y mejore su competitividad a nivel global.** Mejorando, de esta forma, el atractivo de la UE para innovadores⁹ y optimizando su contribución al empleo y al crecimiento.

Este mensaje engloba no solo a los emprendedores innovadores y fundadores de start-ups europeos sino también a los de origen extranjero.

⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo, y al Comité de las Regiones. Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa.

⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo, y al Comité de las Regiones. Mejorar el mercado único: más oportunidades para los ciudadanos y las empresas.

⁹ Conclusiones del Consejo Europeo de competitividad de 29 de febrero de 2016 sobre la Estrategia del mercado único.

• **Migración y emprendimiento: una larga relación**

Migración y emprendimiento han mantenido tradicionalmente una relación estrecha. De acuerdo con el estudio de la OCDE *Open for business: Migrant Entrepreneurship in OECD Countries*¹⁰, los extranjeros presentan, con carácter general, tasas de emprendimiento más altas que los nacionales: el 13.5 % de los extranjeros lanzan su propio negocio frente al 12% de los nacionales.

Además, hay claros ejemplos de cómo las empresas tecnológicas más importantes han sido fundadas por extranjeros. En concreto, más del 40% de las start-ups de Silicon Valley han sido fundadas por extranjeros, entre ellos se encuentran: Sergey Brin, cofundador de Google que era un inmigrante ruso; Elon Musk, fundador de Tesla, de origen sudafricano; Andrew Grove, nacido en Hungría, cofundador de Intel; Steve Chen de YouTube y Jerry Yang de Yahoo llegaron a Estados Unidos desde Taiwán; o, Mike Krieger, brasileño, que se trasladó a California en 2004 donde conoció a Kevin Systrom con quien años después lanzaría Instagram.

Si atendemos al ranking de las 25 principales compañías tecnológicas en Estados Unidos, el 60% han sido fundadas por extranjeros.

El impacto de las start-ups más innovadoras en el conjunto de la economía podría contribuir a la reactivación de la economía europea. Y ante la estrecha relación entre emprendimiento y migración, la política migratoria de la Unión debería tratar de suprimir las barreras migratorias existentes que obstaculizan el emprendimiento extranjero con el fin de atraer y retener a los emprendedores más innovadores y start-ups e impulsar, así, su impacto en la economía. La política migratoria de la Unión debería operar, por tanto, como un verdadero elemento de competitividad.

¹⁰ Open for Business: Migrant Entrepreneurship in OECD Countries. OECD, noviembre 2010.

FIGURA 2. COMPAÑÍAS TECNOLÓGICAS EN EEUU FUNDADAS O COFUNDADAS POR INMIGRANTES Y ORDENADAS POR SU CAPITALIZACIÓN BURSÁTIL

Ranking	Compañía	Capitalización bursátil (\$MM)	Trabajadores	1ª o 2ª generación de inmigrantes	
				Fundador/ Cofundador	Generación
1	Apple	529.000	80.300	Steve Jobs	2ª, Siria
2	Google	376.536	47.756	Sergey Brin	1ª, Rusia
3	Microsoft	331.408	99.000	–	–
4	IBM	188.205	431.212	Herman Hollenth	2ª, Alemania
5	Oracle	187.942	120.000	Larry Ellison/ Bob Miner	2ª, Rusia/ 2ª Irán
6	Facebook	157.448	6.337	Eduardo Saverin	1ª, Brasil
7	Amazon.com	143.683	117.300	Jeff Bezos	2ª, Cuba
8	Qualcomm	134.827	31.000	Andrew Viterbi	1ª, Italia
9	Intel	130.867	107.600	–	–
10	Cis co	125.608	75.049	–	–
11	eBay	65.927	33.500	Pierre Omidyar	1ª, Francia
12	Hewlett-Packard	63.903	317.500	–	–
13	Priceline	62.767	9.500	–	–
14	EMC	54.458	63.900	Roger Marino	2ª, Italia
15	Texas Instruments	49.920	32.209	Cecil Green / J. Erik Jonsson	1ª, RU/ 2ª, Suecia
16	VMware	41.549	14.300	Edouard Bugnion	1ª, Suiza
17	Automatic Data Processing	38.014	60.000	Jerry Yang	2ª, Polonia
18	Yahoo!	35.258	12.200	Henry TAub	1ª, Taiwan
19	Salesforce.com	32.004	13.300	–	–
20	Adobe Systems	32.004	11.847	–	–
21	Cognizant Technology	29.583	171.400	Franciso D'souza / Kumar Mahadewa	1ª, India/ 1ª Sri
22	Micron	29.253	30.900	–	–
23	Netflix	24.120	2.327	–	–
24	Intuit	22.595	8.000	–	–
25	Sandisk	21.325	5.459	Eli Harari	1ª, Israel
Total vinculados a generaciones de inmigrantes		2.053.676	1.226.873		

Fuente: Cap IQ, Factset as of 5/14. «The New American Fortune 500», a report by the Partnership for a New American Economy; «America Made, The Impact of Immigrants founders and professionals on U.S. corporations».

• ***La revisión de la política migratoria de la Unión: ¿hacia un permiso europeo para start-ups?***

La Agenda Europea de Migración adoptada en mayo de 2015¹¹, documento que trata de recoger las principales líneas de la política migratoria de la UE, afirma que Europa debe seguir siendo un refugio seguro para los que huyen de las persecuciones, de ahí la necesidad de trabajar para resolver la crisis migratoria y de refugiados; pero también, un destino atractivo para los estudiantes, investigadores y trabajadores que desean expresar su talento y su espíritu emprendedor. Así, **unas normas para atraer a emprendedores extranjeros, facilitando su residencia, combinadas con medidas de apoyo que les ayuden a operar en el mercado único, podrían hacer de Europa un destino más atractivo para los innovadores de fuera de la UE.**

Tras el fuerte impulso de la Presidencia holandesa del Consejo (primera parte de 2016), en las Conclusiones del Consejo Europeo sobre Competitividad celebrado en mayo de 2016 se afirma que es necesario actuar con más fuerza para impulsar la economía europea a través de dos elementos clave: la investigación y la innovación; y en esta labor, las start-ups se consagran como verdaderos agentes del cambio.

Ante la necesidad de hacer de Europa un destino atractivo para los fundadores de start-ups, estas Conclusiones de mayo de 2016 apelan a la necesidad concreta de **establecer un permiso para start-ups europeo**, avalando, de esta forma, lo previsto en la Agenda Europea de Migración.

En esta labor la Unión Europea no partirá de cero.

Aun cuando en EEUU no existe una *start-up visa* como tal (se encuentra discutiendo a nivel legislativo) existen varias vías, no todas

sencillas, que han permitido a emprendedores extranjeros lanzar sus negocios allí y configurarse como la cuna de las start-ups: conocer la experiencia estadounidense puede permitir identificar algunos elementos útiles a la hora de abordar el debate en el marco de la Unión.

En el 2010 Chile lanzó su conocido programa Start-up Chile. Muy focalizado en la atracción de las conocidas como *early-stage start-ups*¹², este programa ha cambiado radicalmente el ecosistema chileno de emprendimiento mediante un abanico de medidas de apoyo a estas start-ups en fase temprana de desarrollo.

Hace tres años, Canadá creó su visado para start-ups; en Australia, se remonta a la década de los 70; y, por su parte, siete Estados de la Unión, entre ellos España, han aprobado en los últimos años visados o permisos de residencia nacionales específicamente diseñados para atraer y retener a las start-ups más innovadoras; aprovechándose así de su aportación a la innovación y tecnología y del impacto que tienen en la renta y generación de empleo del país.

Dando cumplimiento al mandato contenido en estas Conclusiones, la Comisión Europea está empezando a analizar el impacto y viabilidad de este futuro *start-up visa* o permiso de residencia a nivel europeo. La cuestión, sin embargo, no es pacífica.

¿Es necesario diseñar un permiso a nivel europeo para este colectivo? ¿Cuáles serían sus requisitos de admisión? ¿Cómo se relacionarían con las legislaciones nacionales de los Estados miembros? ¿Se cumple con el principio europeo de subsidiariedad? ¿Realmente se potenciaría la capacidad de Europa para atraer y retener a los fundadores de start-ups? O ¿se requieren más acciones para crear en Europa *Silicon Valleys*?

¹² El término anglosajón *early stage start-ups* se refiere a aquellas start-ups que se encuentran en la fase temprana de su ciclo de vida. En esta fase ya existe un producto pero se requiere de un impulso financiero, a menudo, difícil de obtener.

¹¹ Agenda Europea de Migración.

Estos interrogantes son solo algunos de los que se están planteando en el debate europeo y este artículo pretende aportar una serie de elementos que permitirán abordar este debate.

2. LA RESPUESTA MIGRATORIA PARA EMPRENDEDORES Y START-UPS: UN ANÁLISIS COMPARADO

2.1. Emprendedores y *start-ups*: ¿misma realidad?

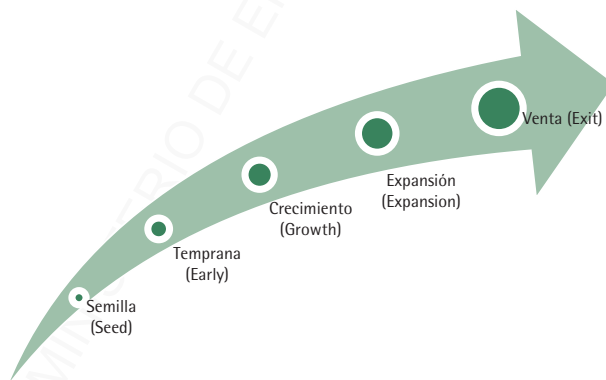
Aunque emprendedores y *start-ups* suelen emplearse como términos para referirse a una misma realidad (de hecho, en este artículo aparecen de forma conjunta en numerosas ocasiones); en sentido estricto, la noción de emprendedor es mucho más amplia que la noción de *start-up* (atendiendo a la realidad a la que hace referencia). Además, todas las compañías, en sus inicios, podrían calificarse como *start-ups* puesto que están dando comienzo a su actividad.

Conviene pues efectuar una pequeña labor de definición de estos conceptos a los solos efectos de comprender el objeto de este artículo y, en consecuencia, de comprender el ámbito de las actuaciones impulsadas por los Estados para abrirse al emprendimiento extranjero más innovador.

Con carácter general, los rasgos definitivos de una *start-up* se concretan, básicamente, en el modelo de negocio, el tipo de financiación requerida, así como el fuerte componente tecnológico que conlleva, a su vez, unos menores costes de desarrollo en las fases iniciales de su ciclo de vida.

Los ciclos de vida de las *start-ups* presentan ciertas diferencias respecto de los modelos de negocio clásicos. Una de las posibles clasificaciones teóricas del ciclo de vida de las *start-ups* sería el siguiente: (1) semilla, *seed stage*; (2) temprana, *early stage*; (3) crecimiento, *growth stage*; (4) expansión, *expansion stage*; y (5) venta, *exit*. La capacidad de la compañía y sus necesidades de financiación aumentan de una a otra fase.

FIGURA 3. EL CICLO DE VIDA DE UNA START-UP



En la etapa inicial, semilla, se parte de una idea de negocio pendiente de desarrollo y no se dispone de un plan de negocio definido en su totalidad. Habitualmente, la financiación requerida en este momento, de carácter reducido, se obtiene de los propios fundadores,

familiares y amigos¹³, mecanismos de *equity*

¹³ En inglés se utiliza la expresión FFF para referirse a este tipo de financiación que parte de las aportaciones de familias y amigos. Las siglas FFF provienen de los términos *family, friends and fools*.

*crowdfunding*¹⁴ o *business angels*¹⁵ que invierten un capital semilla¹⁶ para impulsar su desarrollo. Aceleradoras e incubadoras también participan en estas fases iniciales tratando de acompañar el proceso de lanzamiento y de minimizar el alto riesgo que existe en esta fase del ciclo de vida.

En la siguiente fase, *early stage*, la compañía empieza a crecer y se requiere de un impulso financiero a menudo difícil de obtener. Las dificultades derivan, en buena parte, de la todavía alta probabilidad de riesgo debido a que el modelo de negocio todavía no se ha consolidado. Sin embargo, la falta de financiación impediría a la compañía crecer y expandirse.

En las fases de crecimiento y, sobre todo, expansión, la financiación externa es fundamental y el *venture capital*¹⁷ desempeña un papel clave.

El emprendimiento más innovador (tanto en su producto o servicio como en su modelo gestión) podría equiparse a una start-up; si bien, otro tipos de emprendimiento, no tan

¹⁴ El *equity crowdfunding* es una fórmula de financiación colectiva, a través del cual el emprendedor logra la inversión necesaria para su proyecto a través de aportaciones de muchos pequeños inversores. Estos pequeños inversores obtienen, como contraprestación, una participación en el capital de la empresa, con un retorno a través de beneficios, rentas, acciones o participaciones de la firma. Esta contraprestación diferencia al *equity crowdfunding* del *crowdfunding* más general.

¹⁵ El *Business Angel* es una persona, física o jurídica, que aporta dinero, experiencia, contactos o una combinación de estos factores a emprendedores con nuevas iniciativas empresariales. Se les conoce también como inversores privados, informales o de proximidad en contraposición con el capital riesgo (*venture capital*).

¹⁶ El capital semilla ofrece financiación a aquellas start-ups que se encuentran en su fase de creación y que no tienen un claro modelo de negocio o éste todavía no es capaz de generar sus propios flujos de caja.

¹⁷ El término *Venture Capital* podría traducirse al español como capital riesgo. Se trata de un tipo de operación financiera en la que se aporta capital a start-ups y empresas con un alto potencial de crecimiento y elevados niveles de riesgo a cambio de un porcentaje de participación en la empresa. Es, hoy en día, una de las principales formas de financiación de las start-ups, especialmente en su fase temprana, de crecimiento y expansión.

innovadores, propios de pequeños negocios o autoempleo, escaparían del ámbito de las start-ups.

Precisamente, el mayor impacto y estímulo en la economía y en el empleo vienen asociados a las start-ups o emprendedores innovadores, con fuerte contenido tecnológico, siendo éstos a quienes se dirigen los programas o visados creados en estos últimos años; sin perjuicio de que, con carácter general, los países cuenten con permisos o autorizaciones para trabajo por cuenta propia, que no gozan de la agilidad, flexibilidad y rapidez de los conocidos como *start-ups visas*.

Tras esta breve delimitación conceptual, ¿cuál es la respuesta migratoria a los emprendedores más innovadores o fundadores de start-ups?

2.2. El sueño americano

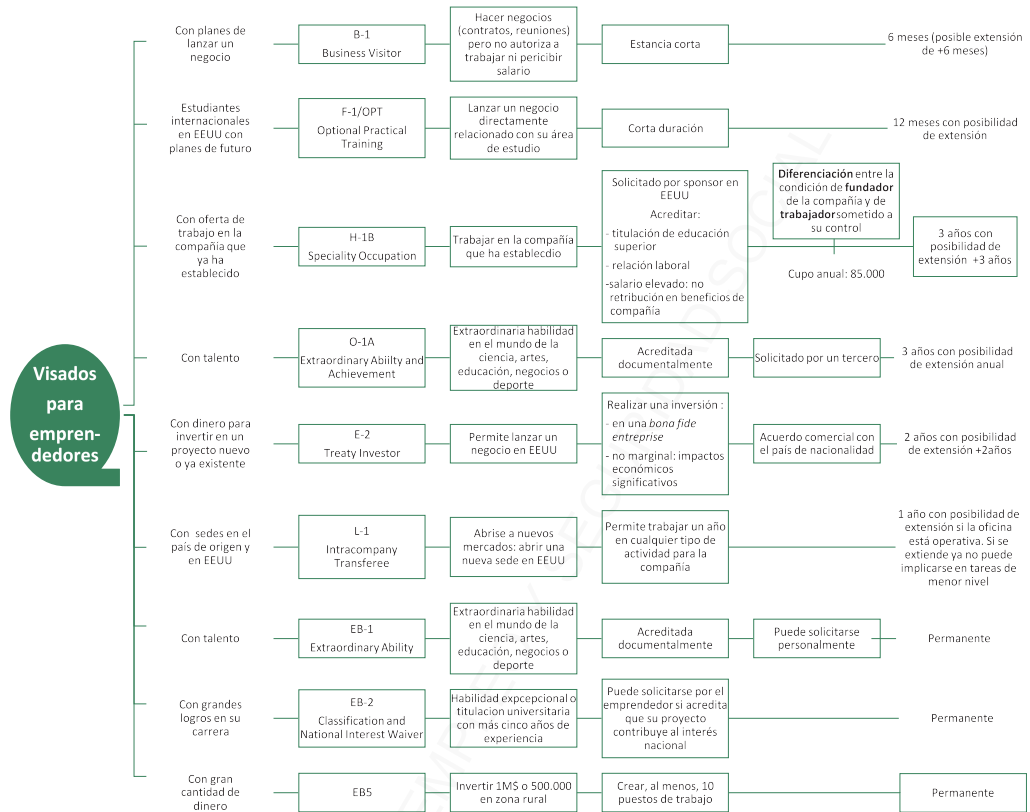
De acuerdo con la Fundación Kauffman, en EEUU entre 2006 y 2012, el 24% de las compañías tecnológicas y de ingeniería fueron creadas por extranjeros. Un porcentaje que, como se señalaba en la introducción de este artículo, se eleva hasta el 40% en Silicon Valley.

Estas tasas son elevadas si se considera que el porcentaje de población extranjera en EEUU es del 13% y que las opciones para conseguir un visado o permiso de residencia en el país norteamericano no son siempre fáciles.

En EEUU no existe un visado específicamente diseñado para emprendedores. Aunque se han planteado diversas propuestas legislativas al respecto¹⁸, ninguna ha culminado en su aprobación. De modo que los emprendedores extranjeros que quieren lanzar su negocio en EEUU deben analizar cuál de las distintas vías migratorias existentes se ajusta más a su perfil.

¹⁸ <https://www.congress.gov/bill/114th-congress/senate-bill/181>

FIGURA 4. LAS POSIBLES VÍAS DE ACCESO DE EMPRENDEDORES INNOVADORES EXTRANJEROS



Fuente: Guía de visados elaborada por el *U.S. Citizenship and Immigration Services* así como de la información migratoria disponible en <https://www.uscis.gov/working-united-states/working-us>

• Las barreras migratorias al sueño americano

En el cuadro anterior se describen brevemente nueve vías de entrada a las que podrían acogerse los emprendedores extranjeros en EEUU. Algunas de ellas no son sencillas. La dilatada experiencia impide a los recién graduados o fundadores de start-ups más jóvenes solicitar un visado EB-1, EB-2 o O-1A. Y la magnitud de la inversión inicial, así como el número de puestos de trabajo que deben ser creados dificultan la obtención del visado EB-5 para un emprendedor si tenemos en cuenta que el 80% de ellos requieren de un

préstamo para iniciar sus actividades y muy pocos, quizá ninguno, dispongan de esa fuerte suma de dinero.

La selección de la mejor vía de entrada en el país es, por tanto, una labor compleja. De hecho, la guía de visados para emprendedores, publicada en la página web de los servicios migratorios, aconseja contar con el asesoramiento de un abogado experto en migración¹⁹.

¹⁹ Note: *There are a variety of options that may be available to you as an entrepreneur to come to the United States to start or expand a business. To plan accordingly for your particular circumstances, you should consider*

Además, requiere tiempo (el plazo para obtener el visado se extiende a unos seis meses) y, en numerosas ocasiones, se traduce en un alto coste económico, personal y profesional. En términos estimados, el coste puede alcanzar los 10.000 dólares²⁰.

Pese a esta complejidad y el coste derivado de regularizar el estatus en EEUU, un alto porcentaje de los emprendedores más innovadores y fundadores de start-up quieren estar en EEUU. Pocos sitios parecen tener el *allure* de Silicon Valley. Y, en cierta medida, esta impresión es cierta.

Silicon Valley es el ecosistema emprendedor por excelencia²¹ y no deja de atraer nuevas ideas. El mercado es mayor y las *venture capitals* están ahí y, por tanto, el acceso a financiación también es mayor.

Podría pensarse que, si esta capacidad de atracción se ha generado pese a la existencia de una normativa migratoria compleja, la aprobación de un visado específicamente diseñado para emprendedores innovadores no sería necesaria o no añadiría ningún valor añadido, siendo otros, los elementos que mejoran el ecosistema emprendedor. Si bien, tres argumentos nos pueden hacer pensar lo contrario.

1. La posición de Silicon Valley como el principal *hub* tecnológico y emprendedor es, hoy en día, incuestionable. Pero esta primacía puede verse afectada en el medio y largo plazo ante la competencia por el talento en la que vivimos inmersos.

your immigration options as early as possible when conceptualizing your business plans and goals. To identify the visa pathways that are most appropriate for your circumstances and plans, it may be helpful to consult with an immigration attorney. <https://www.uscis.gov/eir/visa-guide/entrepreneur-visa-guide>

²⁰ Esta estimación se ha extraído del artículo *How tech start-up founders are hacking immigration* Ellen Huet para BloombergBusinessweek.

²¹ *Start-up Ecosystem Report 2015.*

Como se describirá a continuación, Canadá, Chile, Australia y también otros Estados de la Unión Europea han entrado en esta competencia con atractivos programas que combinan facilidades en los procedimientos de obtención de los visados y permisos de residencia con acceso a financiación, ventajas fiscales y otras medidas de *softlanding*²² como espacios físicos para iniciar las actividades o la participación en redes de expertos y mentores.

Estos programas por sí solos no generan un ecosistema equiparable al existente en Silicon Valley pero plantean nuevos escenarios con facilidades que pueden dinamizar las decisiones de localización de las start-ups y atraer a aquellos que no logran superar las barreras migratorias estadounidenses.

Por ejemplo, Kunal Bahl se vio obligado a volver a su país de origen, India, para lanzar su compañía de comercio electrónico, Snapdeal, después de no haber podido obtener un visado en EEUU tras finalizar sus estudios en Wharton. Hoy: Snapdeal tiene más de 4.000 empleados y un valor de 5 mil millones de dólares. Y éste es sólo un ejemplo. Ya en el año 2013, la revista Time cuantificaba en decenas de miles los extranjeros que, con un futuro prometedor, se veían obligados a abandonar el país tras la finalización de sus estudios debido a una normativa migratoria desactualizada²³.

2. El coste de oportunidad para EEUU derivado de no disponer de un visado para start-ups y el retraso en las tramitaciones normativas para su creación es elevado. De acuerdo con un informe

²² El término anglosajón *softlanding* engloba un conjunto de medidas que tienen como fin facilitar el proceso de establecimiento de una compañía o persona extranjera en un país y en una economía distinta al de su nacionalidad o residencia.

²³ <http://business.time.com/2013/04/12/why-mark-zuckerberg-is-pushing-in-immigration-reform/>

de la fundación *Kauffman*²⁴, si se hubiese adoptado la propuesta *Start-up Act 3.0* (que ofrecía 75.000 *start-ups visas* para los titulares de visados H-1B y F-1 que quisieran lanzar un proyecto, exigiendo que en el primer año se creasen 2 puestos de trabajo y se invirtiesen, al menos, 100.000 dólares) se podría haber generado hasta 1,6 millones de empleos en EEUU en los próximos 10 años.

3. Las barreras migratorias y, en especial, los límites numéricos que se imponen al visado H-1B (85.000 visados al año: 20.000 para personas con estudios avanzados y 65.000 de categoría general; que suele agotarse en la primera semana) y su coste (4.000 dólares de tasa) impiden a las *start-ups* ya establecidas en EEUU contratar al talento que precisan cuando éste sea extranjero. Los requisitos del visado y su procedimiento, privilegian, en su acceso, a las grandes empresas para obtener visados H-1B para sus profesionales extranjeros y ponen, a las *start-ups*, en una posición de desventaja. Ello puede limitar la capacidad de crecimiento de la *start-up* y constreñir su evolución. Pudiendo acudir, ante estas limitaciones, a otros entornos que faciliten la contratación de talento extranjero y el crecimiento y expansión de la compañía.

La reforma migratoria en EEUU es un tema de gran complejidad. Si bien, centrando el objeto de la reforma en la figura de los emprendedores, la supresión de barreras migratorias parece más que necesaria atendiendo a los anteriores tres argumentos.

A tal fin, la organización FWD.us, creada en 2013, por Mark Zuckerberg y otros fun-

dadores de Google, Yahoo o LinkedIn, viene haciendo lobby para impulsar la reforma migratoria en EEUU y concentran parte de sus esfuerzos en este visado para emprendedores innovadores. En su documento *Recommendation from the Tech Community. Entrepreneur Pathways brief*²⁵, tratan de trasladar las necesidades de la comunidad tecnológica con el fin de que la futura normativa migratoria elimine las actuales barreras para esta categoría migratoria.

Y mientras la reforma llega, iniciativas locales están tratando de captar a los mejores innovadores superando, en cierta medida, las limitaciones migratorias. A finales de julio de 2016 la ciudad de Nueva York ha lanzado el programa IN2NYC²⁶ que otorgará 80 de visados H-B1 para emprendedores extranjeros que trabajen en las universidades junto con innovadores de estos centros educativos. Ya hay una fuerte competencia puesto que desde que se anunció el lanzamiento del programa se han recibido más de 800 peticiones de información y peticiones de participar. La peculiaridad del programa es que estos visados escapan del cupo anual.

- ***¿Y qué están haciendo los demás países?***

Sin el atractivo de Silicon Valley, ni la concentración de *venture capital* de ciertas partes de EEUU, otros Estados, como se señalaba anteriormente, han lanzado programas atractivos para atraer a los emprendedores más innovadores.

Si se observa el ranking de los 20 primeros ecosistemas para emprendedores publicado en el informe *Start-up Ecosystem Report 2015*, pese a que Silicon Valley mantiene un liderazgo incontestable y la presencia de ciudades estadounidenses es mayor, los mejores ecosistemas se extienden a lo largo de la geografía mundial.

²⁴ Give your entrepreneurs, your innovators: Estimating the Employment Impact of a Start-up Visa. Dane Stangler y Jared Konczal. Ewing Marion Kauffman Foundation. Febrero 2013.

²⁵ <http://www.fwd.us/pathways>

²⁶ <http://www.in2.nyc/application-process/>

FIGURA 5. RANKING GLOBAL DE ECOSISTEMAS PARA START-UPS

1	Silicon Valley	2	Nueva York	3	Los Ángeles	4	Boston	5	Tel Aviv
6	Londres	7	Chicago	8	Seattle	9	Berlín	10	Singapur
11	París	12	Sao Paulo	13	Moscú	14	Austin	15	Bangladesh
16	Sídney	17	Toronto	18	Vancouver	19	Ámsterdam	20	Montreal

Fuente: Start-up Ecosystem Report 2015.

Este informe califica como uno de los principales escollos de los ecosistemas estadounidenses las cuestiones migratorias. De ahí que los programas que están lanzando otros países para competir con EEUU en la atracción y retención de los emprendedores más inno-

vadores, suelen combinar diversos tipos de medidas que tratan de mejorar el ecosistema y que incluyen, ya de forma específica, la aprobación de visados y/o permisos de residencia para emprendedores innovadores y fundadores de start-ups.

FIGURA 6. VISADOS O PERMISOS DE RESIDENCIA PARA START-UPS O EMPRENDEDORES INNOVADORES

Fuente: Migreat. <https://blog.migreat.com/entrepreneur-start-up-visas/>

2.3. De Silicon Valley a Chilecon Valley: Start-up Chile

Podría decirse que Start-up Chile es, hoy en día, una de las iniciativas más reconocibles e innovadoras en el panorama internacional.

El programa fue creado en 2010 por el Gobierno chileno. Precisamente con el impulso de un joven chileno, Nicholas Shea, que estudió en Stanford, EEUU, y que vio como no había un visado que les permitiese, a él y a otros amigos chilenos, montar su compañía en Silicon Valley.

El programa, como señaló el conocido artículo del *The Economist*²⁷ en 2012, se aprovecha, por tanto, de la mayor debilidad del modelo estadounidense: su *nonentrepreneurs-friendly migration system*.

La idea inicial era clara: ofrecer incentivos a emprendedores de alto potencial, provenientes del mundo entero, para que sus iniciativas empresariales, todavía en fase temprana, se lanzaran en Chile con el fin no solo de que éstas permaneciesen, en su caso, en el país sino con el fin de inspirar a los nacionales y mejorar sus habilidades emprendedoras y posicionar a Chile como el núcleo innovador y emprendedor de América Latina.

Los elementos que ofrecía inicialmente el programa eran: 40.000 dólares de capital semilla, sin requerir participación del emprendedor en el capital; un visado que les permitiría registrar su empresa en Chile; y, disponer de una oficina compartida, en el centro de Santiago. A cambio, los emprendedores deberían residir en el país durante los 6 meses de duración del programa durante los cuales ejecutarían su proyecto emprendedor, participarían en actividades que despertaran el interés de los inversores y promoverían el emprendimiento local, sirviendo de inspiración a los nacionales chilenos.

De esta configuración inicial, el programa se ha ido reajustando a lo largo de las distintas generaciones de emprendedores hasta llegar a su concepción actual²⁸, más sofisticada, organizada en torno a tres programas diferenciados en función de la fase del ciclo de vida en la que se encuentra la start-up.

- *S Factory*: un programa de pre-aceleración para el lanzamiento inicial de unas 40-60 start-ups al año impulsadas por mujeres. Las seleccionadas reciben unos 14.000 dólares y un periodo de tres meses de aceleración.

- *Seed*: un programa de aceleración para start-ups en etapa inicial en su ciclo de vida. En este caso entre 160-200 compañías se benefician anualmente del programa que se extiende por un total de 6 meses y ofrece unos 30.000 dólares.
- *Scale*: las start-ups más innovadoras pueden seguir siendo beneficiadas de este programa para que sus actividades sean escalables al conjunto de Latinoamérica. El número de start-ups beneficiadas se reduce, entre 40-60 anualmente, y reciben 86.000 dólares a condición de establecer sus operaciones en Chile.

Desde un punto de vista migratorio, y para superar las dificultades que se presentaron en el programa piloto, ya para la primera generación (junio 2011-enero 2012), se solicitó al Ministerio de Relaciones Exteriores y a los Consulados, que los visados de los participantes, de duración un año, fueran procesados mediante una ventanilla rápida. Además, se solicitó a la Oficina de Registro Civil y la Oficina de Inmigración, para que los participantes recibieran un trato especial. Y, se adoptaron otras medidas de *softlanding* para facilitar el ingreso al país como el registro con la policía o la obtención de un documento de identificación local.

Este conjunto de medidas administrativas impulsan el atractivo del programa y evitan retrasos administrativos.

La financiación del programa con cargo a los presupuestos del país así como la limitación inicial a la participación directa en el programa de los chilenos (aunque sí participaban, indirectamente, en aquellas sesiones que se organizaban desde el programa) despertaron ciertas críticas internas: se premiaba a emprendedores extranjeros con recursos de los contribuyentes chilenos sin que adquiriesen ninguna deuda o aceptasen participación en el capital y se acusaba de creer más en el talento extranjero que en el nacional.

²⁷ The lure of Chilecon Valley. The Economist, 13 de octubre de 2012.

²⁸ Para más información: <http://startupchile.org/>

En la actualidad, algunas voces siguen dudando de la eficacia del programa. Sin embargo, estas críticas prescinden del impacto global (directo e indirecto) del programa en el país y parecen desconocer sus objetivos. Veamos brevemente algunos resultados.

- ✓ Start-up Chile se ha consolidado como la primera aceleradora en Latinoamérica y la cuarta a nivel mundial con 250 start-ups (*Global Accelerator Report*, 2015).
- ✓ Este *Chilecon Valey* permitió que Santiago entrase, en el año 2012, dentro del ranking de los 20 primeros ecosistemas emprendedores mundiales (*Start-up Ecosystem Report* 2012). Y, aunque Santiago ya no figura entre los 20 primeros en la última edición de este ranking (2015), debido a que su capacidad para atraer talento se ha estabilizado frente al crecimiento más intenso de otras ciudades, el informe mantiene múltiples referencias a este programa como referente para el resto de los elaboradores de políticas públicas que deseen mejorar el ecosistema emprendedor.
- ✓ La mejora del ecosistema se ha producido, entre otros elementos, porque este programa trata de satisfacer una de las necesidades básicas de la primera fase del ciclo de vida de una start-up: el acceso a la financiación. Muchas *venture capital* invierten en start-ups ya consolidadas. Sin embargo, las *early-stage start-ups* tienen grandes dificultades para acceder a la financiación debido a, en cierta medida, su alta probabilidad de fracaso. Precisamente, son este tipo de start-ups a las que se dirige el programa. De ahí la gran capacidad de atraer a las ideas más innovadoras (que, en otros lugares, encuentran grandes dificultades para empezar).
- ✓ Además, la experiencia chilena pone de manifiesto que equipos diversos gene-

ran mayor innovación: el programa se ha traducido en una mejora de la capacidad y habilidades emprendedoras de los nacionales chilenos que han participado en el programa respecto de los que no han participado (Michael Leatherbee y Charles E. Eesley, 2014).

Start-up Chile es una muestra de cómo un programa público, innovador y con capacidad de adaptación, ha contribuido al desarrollo del ecosistema emprendedor chileno que atrae no solo a emprendedores internacionales sino en el que participan también emprendedores nacionales, mejorando sus habilidades y capacidades.

Gracias a este programa, Chile se ha posicionado en el panorama internacional como una meca para los innovadores y *early-stage start-ups* que no logran, por ejemplo, obtener el visado estadounidense para lanzar su proyecto en Silicon Valley ni la financiación de las grandes *venture capitals*.

2.4. Canadá: el modelo de colaboración público-privada

En el año 2013, Canadá lanzó su visado para start-ups²⁹. En su configuración, ver figura 7, las principales entidades que financian, hoy en día, a las start-ups desempeñan un papel protagonista puesto que, para solicitar el visado, es necesario contar con el apoyo previo de una o varias de estas entidades, que, a su vez, son previamente reconocidas por el gobierno canadiense. Este apoyo se concreta a través de dos elementos. De un lado, una carta de apoyo que se presentará como documento para la obtención del visado. De otro lado, la obtención de una financiación mínima por parte de estas entidades.

Las cuantías de financiación mínima varían de la siguiente forma:

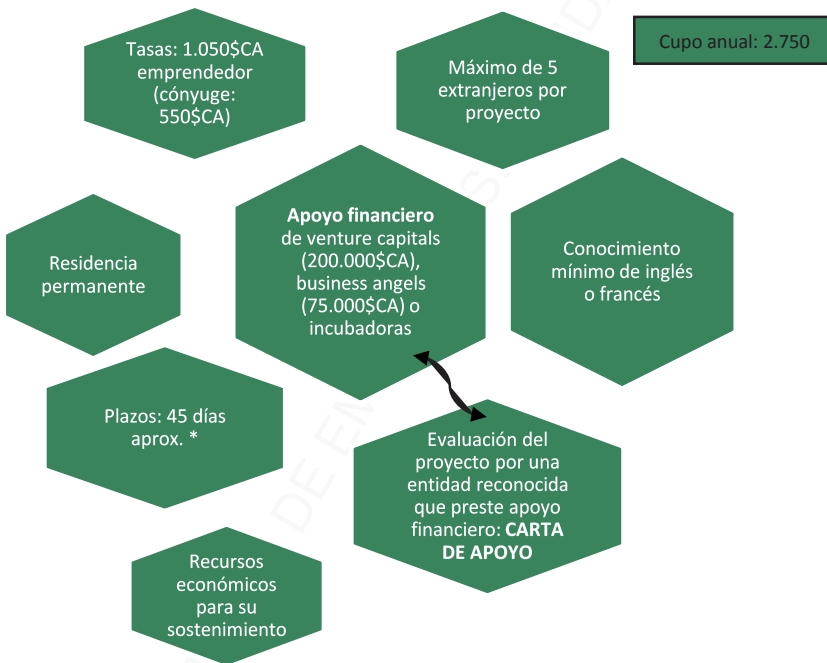
²⁹ Para más información: <http://www.cic.gc.ca/english/immigrate/business/start-up/>

- ✓ *Venture Capitals*: respecto de los que debe obtenerse un apoyo de, al menos, 200.000 dólares canadienses.
- ✓ Grupos inversores y *business angels*: obteniéndose un apoyo de, al menos, 75.000 dólares canadienses.
- ✓ Incubadoras: en este caso, es suficiente con ser aceptado en alguno de los pro-

gramas desarrollados por las incubadoras.

Aunque este modelo no exige que el emprendedor invierta dinero directamente en su proyecto (más allá de la disponibilidad de recursos propios suficientes para su sostenimiento y el de su familia), se exige contar con el apoyo de estas organizaciones plasmado en una inversión mínima. Además, son estas entidades las que evalúan la viabilidad y atractivo del proyecto.

FIGURA 7. EL MODELO MIGRATORIO CANADIENSE PARA START-UPS: PRINCIPALES ELEMENTOS



* El cómputo es estimado por la aplicación disponible en la página web del modelo canadiense. <http://www.cic.gc.ca/english/information/times/index.asp> (acceso el 9 de agosto de 2016)

A diferencia del modelo chileno, este programa no ofrece medidas adicionales de *softlanding* pero, desde el punto de vista migratorio, otorga un visado de residencia permanente en Canadá. Siendo éste uno de sus principales atractivos.

Los resultados del programa han sido modestos en comparación con las expectativas

creadas (pensemos que se ha fijado una cuota anual de 2.750 visados). Tras tres años desde su entrada en vigor, 100 personas se han beneficiado de este visado (incluido a familiares). En 2014, solo cuatro emprendedores obtuvieron el visado y, en 2015, 22. Pese a que estos programas no son, con carácter general, masivos, estos tímidos resultados pueden es-

conder determinados desafíos para el propio modelo.

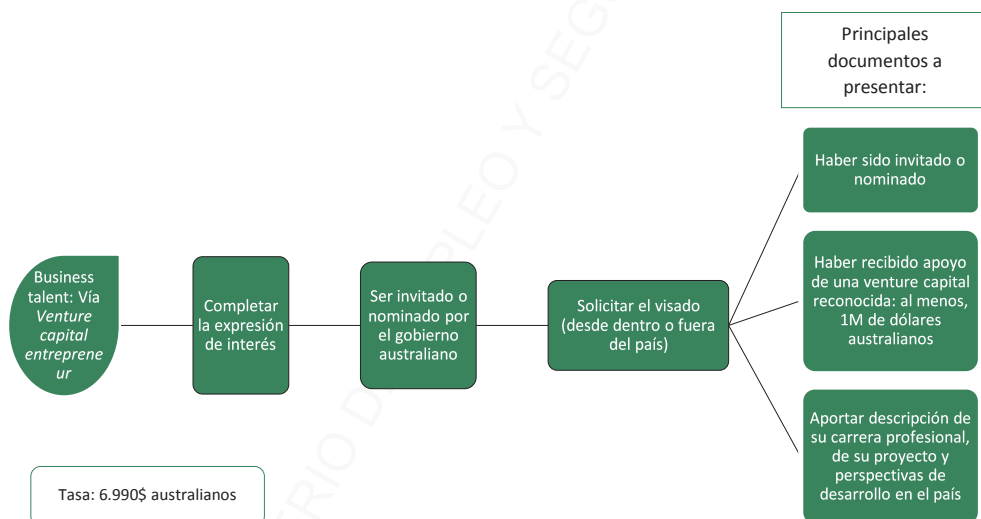
Las voces más críticas señalan la participación exclusiva de entidades privadas en la evaluación del proyecto³⁰ como uno de los elementos que más desafíos genera: no siempre el proceso de evaluación es rápido y convencerles para que financien el proyecto no siempre parece sencillo, especialmente para las *early-stage start-ups*. Este elemento podría estar operando como una fuerte barrera de entrada ya que sin su carta de apoyo, el emprendedor no puede continuar con el proyecto.

De otro lado, el reducido conocimiento del visado y de sus beneficios entre los emprendedores más innovadores podría ser otro factor que explicase estas reducidas cifras.

2.5. Australia, el doble apoyo: del gobierno y de *venture capitals*

El modelo migratorio australiano se ha orientado tradicionalmente a la atracción del talento extranjero. Este objetivo de captación de talento impregna también a su visado para *Business Talent*³¹, de carácter permanente.

FIGURA 8. PASOS PARA LA OBTENCIÓN DEL VISADO PARA BUSINESS TALENT EN AUSTRALIA



* El cómputo es estimado por la aplicación disponible en la página web del modelo canadiense. <http://www.cic.gc.ca/english/information/times/index.asp> (acceso el 9 de agosto de 2016).

Para poder lanzar un negocio en Australia, se han previsto dos vías. La primera de ellas (*Significant Business History*) se orienta a empresarios más experimentados que quieran hacer negocios en el país austral; mientras

que la segunda vía (*Venture Capital Entrepreneur*) se orienta a emprendedores innovadores, con menor experiencia que los primeros, que hayan obtenido el apoyo financiero (1 millón de dólares australianos) de una *venture*

³⁰ <http://www.cbc.ca/news/canada/windsor/start-up-program-disappointment-lawyer-says-1.3443956>

³¹ Para más información: <https://www.border.gov.au/Trav/Visa-1/132->

capital previamente reconocida por el gobierno australiano.

Además, y como elemento propio del modelo migratorio australiano, el emprendedor debe completar la *expresión de interés*³² y ser invitado por el gobierno o una agencia pública a solicitar el visado. Sin este paso previo, el visado no podrá ser solicitado.

El coste del visado es elevado y la tasa base es de 6.990 dólares australianos. De otro lado, se ha previsto una vía para la reagrupación familiar.

3. LA SITUACIÓN EN EL CONTINENTE EUROPEO: ESFUERZOS NACIONALES PARA LA ATRACCIÓN DE EMPRENDEDORES INNOVADORES

El análisis de los visados y permisos para emprendedores innovadores y fundadores de start-ups se traslada ahora al continente europeo. Como se señalaba anteriormente, 7 países de la Unión Europea han creado, en los últimos años, programas y/o visados específicos para emprendedores innovadores y start-ups: Reino Unido, Irlanda, España, Italia, Dinamarca, Francia y Países Bajos. Y otros se encuentran trabajando en la figura: Estonia, Finlandia, Eslovaquia y Portugal. Por su parte, Alemania ha facilitado ciertos aspectos de su permiso de residencia y trabajo por cuenta propia pero no ha llegado a crear un visado propio para esta categoría migratoria.

El estudio de estos visados se iniciará con Reino Unido y continuará con una descripción

³² Australia dispone de un sistema en línea «SkillSelect» a través del cual las personas interesadas en ir a trabajar como profesionales cualificados o a emprender a Australia registran sus datos. Este registro se conoce como «expresión de interés» y los datos quedan almacenados en una base a la que empleadores o el propio gobierno de un estado o territorio australiano pueden acceder. Si encuentran a un candidato de su interés, pueden nominar a la persona en cuestión para que presenten su solicitud de visa. También, el gobierno australiano puede invitar a candidatos a presentar una solicitud de visa.

de los sistemas prestando una especial atención a la experiencia española.

3.1. Reino Unido: el principal ecosistema emprendedor de Europa

Reino Unido aprobó en 2008 el conocido como *Tier 1 Entrepreneur Visa*³³, que ha experimentado sucesivas reformas (en 2012, 2013, 2014 y 2015) con el principal objetivo de reforzar el control del fraude y abuso detectado en esta vía.

Como consecuencia de estos ajustes, todos los solicitantes deben aportar obligatoriamente un plan de negocio detallado del proyecto que pretenden desarrollar y deben superar un test sobre la credibilidad del proyecto (*genuine entrepreneur test*) en el que se efectúa un exhaustivo análisis del plan de negocio, de la procedencia de los fondos y de otros elementos que permitan asegurar que la persona que solicita este visado se encuentra en disposición de lanzar realmente un negocio en el Reino Unido.

El modelo británico exige, además, que el proyecto tenga una inversión mínima de 200.000 libras, cantidad que se reduce a 50.000 libras en caso de que el proyecto sea financiado por una *venture capital*, incubadora o departamento estatal. Como se viene detectando, la obtención de financiación por una *venture capital* opera como presunción de una cierta viabilidad del proyecto puesto que, en caso contrario, no habría confiado su dinero en esa idea.

En cuanto a los requisitos personales que se imponen al solicitante, se exige conocimiento de inglés, recursos suficientes para su residencia en Reino Unido, seguro médico. Estos elementos son objeto de puntuación de acuerdo con los parámetros fijados por el gobierno británico. Es necesario, por tanto, alcanzar una puntuación mínima para poder obtener este visado.

³³ Para más información: <https://www.gov.uk/tier-1-entrepreneur/overview>

La decisión sobre el visado puede obtenerse en el plazo de unas tres semanas pero se recomienda solicitar el visado en un plazo de, al menos, tres meses antes de viajar a Reino Unido. El visado supone un desembolso inicial de £1,204 si se solicita por vía postal o electrónica o de £963 si se solicita personalmente fuera de Reino Unido.

Su vigencia se extiende en un plazo de tres años, renovables por otros dos. Si bien, para la renovación deberán cumplirse con una serie de requisitos, entre ellos: haberse registrado como director o trabajador por cuenta propia en los 6 meses siguientes a la obtención del visado; haber invertido las cantidades mínimas exigidas en el proyecto; y, haber creado, al menos, 2 puestos de trabajo durante un periodo de, al menos, doce meses.

El modelo británico posee, además, una vía específica para los jóvenes graduados (*the Tier 1 Graduate Entrepreneur*). Esta vía específica pretende servir como una vía de acceso facilitado a los jóvenes graduados con ideas genuinas y creíbles. Si el estudiante, recién graduado, opta por esta vía específica, no deberá cumplir el requisito de efectuar una inversión mínima pero sí superar el «test de credibilidad». Este test se efectúa, con carácter general, por una universidad británica o el departamento de comercio e inversión que apoyará al joven en el proceso de solicitud del visado. En estos casos, además, las tasas se reducen (entre £342 y £465).

El *Tier 1* ha contribuido a que Londres, abierta tradicionalmente al talento, sea uno de los principales ecosistemas mundiales para emprendedores y el primero en Europa. Solo en 2015 se emitieron 5.576 visados. Si bien, esta posición podría verse afectada tras los resultados del referéndum sobre la permanencia de Reino Unido en la Unión Europea. La incertidumbre de los próximos años podría afectar las decisiones de localización de las start-ups que necesitan un entorno de certidumbre para crecer y evolucionar rápidamente, para atraer más inversión y avanzar así

hacia las sucesivas fases de su ciclo de vida (crecimiento y expansión)³⁴.

3.2. Irlanda³⁵: la evolución de una iniciativa migratoria para proyectos de gran potencial

El programa STEP (*Start-up Entrepreneur Programme*) fue lanzado en 2012 con el fin de estimular la inversión productiva en Irlanda, ofreciendo un conjunto de ventajas, entre ellas, el acceso facilitado a emprendedores innovadores de alto potencial (*high potential start-ups*).

El ámbito objetivo del programa se encuentra, por tanto, bien delimitado. Sólo aquellas start-ups que dispongan de una inversión mínima de 50.000 € y muestren un gran potencial podrán ser beneficiarias de este permiso de residencia. Para ello, debe cumplirse alguno de los siguientes parámetros.

- ✓ La creación de un producto o servicio novedoso o innovador que se ofrecerá al mercado internacional desde Irlanda, lugar donde se radicará la sede de la empresa.
- ✓ La creación de, al menos, 10 puestos de trabajo en Irlanda y la generación de un producto por valor de 1 millón de euros durante los tres a cuatro años siguientes a la creación de la start-up.
- ✓ Contar con una dirección experimentada.

³⁴ Varios artículos han comenzado ya a considerar las implicaciones del Brexit para Londres y su ecosistema emprendedor.

They're building some of Britain's most promising young companies. After Brexit, they're thinking of leaving. 4 julio 2016.

³⁵ Para más información

<http://www.inis.gov.ie/en/INIS/Guidelines%20for%20Start-up%20Entrepreneur%20Programme.pdf/Files/Guidelines%20for%20Start-up%20Entrepreneur%20Programme.pdf>

http://www.citizensinformation.ie/en/employment/types_of_employment/self_employment/coming_to_set_up_a_business_in_ireland.html

Para evitar cualquier tipo de confusión, todas las páginas oficiales del gobierno irlandés advierten que esta autorización de residencia no se dirige a extranjeros que quieran lanzar un negocio en Irlanda de catering o venta al por menor y reorientan estas actividades a otros permisos existentes en el país. Se trata, por tanto, de un programa de carácter selectivo.

El proceso se articula en dos fases diferenciadas: en un primer momento, el proyecto debe ser sometido a la evaluación de un Comité que analiza el plan de negocio. Y, una vez que el Comité se ha pronunciado positivamente sobre el proyecto, podrá obtenerse una autorización de residencia cuya validez será de dos años, prorrogables durante otros tres. Transcurridos 5 años podrá accederse a una residencia de carácter permanente.

El Comité se encuentra integrado por expertos comerciales procedentes de agencias públicas relacionadas, por ejemplo, con la atracción de inversión extranjera o el asesoramiento para el establecimiento de una empresa en Irlanda, pero, en ningún caso, por las autoridades migratorias.

La tasa que se ha establecido es de 350 euros y se ha creado un régimen de admisión facilitada para los familiares del emprendedor.

Durante sus dos primeros años de vida, se presentaron 35 solicitudes a este programa, de las cuales 20 fueron aprobadas, estimándose una inversión de 6 millones de euros y la creación de más de 220 empleos vinculados al desarrollo de estos proyectos.

Precisamente, tras los dos años de vida del proyecto, el gobierno irlandés introdujo una serie de ajustes en el programa a la luz de la evaluación desarrollada³⁶. La experiencia irlandesa, al igual que la española como posteriormente se analizará, ponen de manifiesto un elemento clave para este tipo de visados y permisos y que ya se reflejó igualmente en el

*Informe elaborado por la Red Europea de Migraciones sobre la admisión de nacionales de terceros países con fines de negocio*³⁷: la necesidad de ajustar de forma continua el programa para garantizar su eficacia.

Entre estos ajustes, se redujo el importe mínimo de la inversión (de 75.000 a 50.000€) y se creó una autorización para actividades prospectivas dirigida a aquellos extranjeros que participen en campamentos de innovación o incubadoras en Irlanda. Esta experiencia les permitirá, llegado el momento, solicitar la autorización para emprendedores anteriormente descrita.

Aunque esta autorización se encuentra abierta a cualquier extranjero que participe de tales actividades, se refiere expresamente a estudiantes internacionales en Irlanda que obtengan sus títulos en Ciencias, Tecnología, Ingeniería y Matemáticas. De nuevo, se percibe la importancia de los estudiantes internacionales en el país como fuente de emprendimiento y la necesidad de facilitar su transición al emprendimiento a través de este tipo de figuras.

Además, esta evaluación afirmó la importancia de intensificar los esfuerzos en materia de marketing y conocimiento del esquema migratorio. Es necesario hacer llegar la existencia de estos programas a los emprendedores, labor no siempre sencilla pero crucial para la supervivencia de los programas y para optimizar el impacto del mismo en términos de inversión y empleo en el conjunto de la economía.

3.3. Italia³⁸: la tramitación electrónica de los visados para los emprendedores más innovadores

En 2012, Italia aprobó la denominada *Start-up Law* que pretendió impulsar y me-

³⁷ European Migration Network . Admitting third-country nationals for business purposes. A Study from the European Migration Network, 2015.

³⁸ Para más información: http://italiastart-upvisa.mise.gov.it/media/documents/summary_of_the_application_process.pdf

³⁶ <http://www.inis.gov.ie/en/INIS/Pages/Minister%20Shatter%20announces%20targeted%20changes%20in%20the%20Start-up%20Entrepreneur%20Programme>

jorar, a través de un amplio elenco de medidas, el ecosistema emprendedor del país. Entre estas medidas destacan las de tipo financiero como la consagración del modelo de *crowdfunding* así como medidas fiscales para promover las inversiones mediante capital semilla y *venture capital*. De acuerdo con el gobierno italiano, la eficacia de estas medidas sería mayor si se eliminasen las barreras administrativas y se impulsasen procedimientos más rápidos y simplificados para los emprendedores extranjeros más innovadores³⁹. De ahí, que otra de las medidas propuestas fuese la creación de un visado para start-ups (*Italian Start-up visa*) así como la facilitación de los cambios de estatus para aquellos extranjeros ya residentes que quisieran lanzar una start-up en Italia (*Italia Start-up Hub programme*).

Estas dos propuestas se materializaron en el año 2014 a través de la creación de un procedimiento simplificado en el que intervienen una pluralidad de actores (públicos y privados) y que otorga un fuerte peso a la administración electrónica, tratando así de reducir los plazos de tramitación. Además, se ha creado una muy atractiva página web en la que toda la información se encuentra disponible en inglés.

En ambos casos, se requiere la realización de un proyecto innovador con una inversión mínima inicial de 50.000 euros que puede obtenerse a través de cualquier fuente de financiación.

De forma similar al modelo irlandés, Italia ha articulado un procedimiento en varias fases. A grandes rasgos, el emprendedor debe obtener, en primer lugar, un certificado sobre el carácter innovador del proyecto emitido por el Comité creado a tal efecto en el Ministerio de Economía italiano. Este Comité valora el cumplimiento del umbral mínimo de inversión y analiza la idea y el plan de negocio pre-

sentado por el emprendedor. Y, tras su obtención, debe dirigirse bien a la embajada para solicitar el visado (de un año de duración) o bien a la autoridad migratoria para solicitar el cambio de estatus. A estas fases, se añadiría lo que podría calificarse como un tercer paso: la solicitud del permiso de residencia una vez se entre en el país (con una validez de un año) o la recepción del permiso para el autoempleo como start-up en el caso del cambio de estatus.

Del modelo italiano conviene destacar el modo en el que se ha articulado la participación de incubadoras, así como de otras asociaciones relacionadas con el ecosistema emprendedor. El emprendedor puede, en el modelo italiano, obtener una carta de apoyo emitida por alguna incubadora reconocida; carta que facilitará el proceso de evaluación desempeñado por el Comité. Además, las principales asociaciones representativas de estas incubadoras forman parte del propio Comité.

Los resultados del modelo italiano son tímidos. De acuerdo con el informe de evaluación de la ley de apoyo a los emprendedores italiana⁴⁰, a 31 de agosto de 2015 (más o menos un año después de su creación) se habían recibido 37 solicitudes (18 en 2014 y 19 en 2015). Por países de origen, el principal país fue Rusia (10 solicitudes) seguido de Ucrania (5) y Pakistán (4). De todas estas solicitudes, 24 fueron aprobadas.

El análisis del caso italiano ofrece también una serie de desafíos sobre los que se deberá trabajar como la coordinación de todas las partes implicadas, las dificultades de los emprendedores extranjeros para establecerse en Italia (no se exige conocimiento del idioma pero, una vez que se está en Italia, el porcentaje de uso de inglés es reducido) y el refuerzo de las actividades de promoción.

³⁹ http://italiastart-upvisa.mise.gov.it/media/documents/linee_guida_ISV.pdf

⁴⁰ Annual Report on Innovative Start-ups and SMEs - Italia, 2015.

3.4. Dinamarca⁴¹: uno de los visados más recientes

Start-up Denmark es la denominación empleada por el gobierno danés para identificar su esquema migratorio para emprendedores. Lanzado en 2015 pretende atraer a Dinamarca a emprendedores innovadores, cuyo proyecto sea escalable y muestra una preferencia por proyectos de carácter tecnológico con un claro impacto en la economía del país. Al igual que en el modelo irlandés, la página web informativa clarifica que determinados tipos de negocios (restaurantes, venta al por menor...) no son los proyectos a los que se dirige el programa.

De forma similar a las autorizaciones que se han analizado hasta el momento en otros Estados de la Unión, el permiso danés se emite con una duración inicial de dos años pudiendo ser renovada por una duración de tres años adicionales y el procedimiento se articula en dos pasos diferenciados.

En concreto, el emprendedor debe presentar el plan de negocio al panel de expertos de *Start-up Denmark* creado por el programa y compuesto por expertos comerciales y en el mundo de los negocios; y, solo cuando el plan obtenga el visto bueno de este panel, podrá, en un segundo momento, dirigirse a la autoridad migratoria para presentar su solicitud de permiso de residencia y trabajo para start-ups.

A diferencia de los modelos descritos hasta ahora y siguiendo la configuración del modelo español (anterior al danés), el programa no exige una inversión mínima del proyecto ni la creación de un número mínimo de puestos de trabajos. Si bien, como requisito general y común a la mayor parte de los permisos de residencia, deberá acreditar que dispone de suficientes fondos para satisfacer sus necesidades y, en su caso, la de los miembros de su familia.

⁴¹ Para más información: <http://www.start-updenmark.info/>

El carácter reciente del modelo supone que no exista una práctica consolidada sobre las renovaciones. En principio se exige que el panel se pronuncie de nuevo sobre el proyecto y sobre su evolución, pero la articulación del proceso y el modo en el que el panel se pronunciará sobre su evolución son los principales desafíos de este joven programa.

En cuanto al tiempo de tramitación y de acuerdo con la información que se suministra en su página web, la evaluación del plan de negocio se efectúa dentro de las seis semanas siguientes a su presentación y la autorización se resuelve, generalmente, en un plazo de cuatro semanas.

Y por lo que respecta a las tasas, debe abonarse una tasa por la tramitación de la autorización DKK 1,750 (aproximadamente 235 euros), siendo la solicitud de informe sobre el plan de negocio gratuita.

Existe un cupo anual de 50 autorizaciones que podría operar como una debilidad del programa a medida que éste vaya despegando. Por el momento, 15 autorizaciones se emitieron en el año 2015.

De otro lado, y con el fin de facilitar el *softlanding* de aquellos emprendedores innovadores que se establezcan en Dinamarca, se han impulsado una serie de programas con el fin de mejorar el acceso a la información sobre negocios en Dinamarca, así como sobre las posibilidades existentes en aceleradoras, espacios de co-working así como posibilidades de inversión.

3.5. Francia: siguiendo la experiencia chilena

En 2015, Francia lanzó su programa «*French Tech Ticket*»^{42,43}: un verdadero paque-

⁴² Para más información: <http://www.frenchtechticket.com/>

⁴³ A start-up Visa in France. Josephine Goube. Migreat blog. 22 de mayo de 2015.

te de apoyo que ha mejorado el ecosistema emprendedor parisino.

En efecto, siguiendo la estela de Start-up Chile, Francia con este programa ha apostado por las *early-stage start-ups* o por ideas pendientes de desarrollo, a través de un paquete amplio de apoyo a los emprendedores que, como consecuencia del mismo, permanecerán un total de seis meses (ahora ampliados a 12) en una de las incubadoras del programa localizadas en París. La tramitación del visado se agiliza para los seleccionados mediante un *fast track*⁴⁴.

Los proyectos se presentan por equipos de hasta tres miembros pudiendo ser uno de ellos francés⁴⁵ y se desarrolla exclusivamente en inglés. La selección final se efectúa por un comité creado al efecto de naturaleza mixta (público-privada). En él se encuentran representantes del ayuntamiento de París, de Bpifrance y Business France, la Dirección General de la Empresa así como representantes de las incubadoras asociadas y personalidades vinculadas al mundo de la tecnología y del emprendimiento.

El programa ofrecía en su primera edición hasta 25.000 euros de capital, acceso gratuito a espacio físico (en el que se convive con mentores y otros emprendedores), participación en eventos, información útil para establecerse en Francia e incluso descuentos en vuelos de la aerolínea francesa Air France. Para su segunda edición (cuyo proceso de inscripción se encuentra abierto⁴⁶) el número de beneficiarios se ha ampliado, de 50 a 70 start-ups, y los beneficios se han mejorado: el apoyo financiero se eleva hasta 45.000 euros y se insertaran durante doce meses (en vez de durante los seis

iniciales) en una de las 41 incubadoras que forman parte del programa.

París es ya uno de los mejores ecosistemas mundiales para emprendedores. El atractivo de París, por tanto, ha contribuido al éxito del programa: en su primera edición durante el plazo para inscribirse (mayo-septiembre de 2015), 722 proyectos fueron presentados por un total de 1.372 personas⁴⁷.

Francia, por tanto, ha conseguido diseñar un programa exitoso de apoyo a las *early-stage start-ups* tratando de satisfacer las necesidades básicas de este tipo específico de start-ups (acceso a financiación, apoyo y establecimiento de redes), optimizando su ventaja competitiva frente a otros países europeos. En este programa la tramitación ágil y simplificada del visado para los seleccionados y sus familias es solo uno de los beneficios que se obtiene pero sin el cual el éxito del programa podría haberse visto mermado.

3.6. España: el cambio a un marco migratorio favorable al emprendimiento

En el año 2013, España aprobó la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Su sección de movilidad internacional contiene un conjunto de visados y autorizaciones de residencia que tienen, como fin principal, la atracción y retención del talento, la inversión y el emprendimiento extranjero.

Esta sección de movilidad internacional ha introducido en España la concepción de la política migratoria como elemento de competitividad y, con el elenco de autorizaciones y visados creados, se acompaña e impulsa el proceso de internacionalización de la economía española. Es necesario subrayar que esta

⁴⁴ El término anglosajón *fast track* implica una agilización en la tramitación de los procedimientos administrativos bien mediante la reducción del plazo de resolución bien mediante la supresión de la acreditación de determinados requisitos.

⁴⁵ <https://techcrunch.com/2015/06/29/france-launches-french-tech-ticket-a-start-up-visa-for-foreign-entrepreneurs/>

⁴⁶ A 10 de Agosto de 2016.

⁴⁷ French Start-up Visa: 1,400 Foreign Entrepreneurs knocking on the doors of Paris. Josephine Goube. Migreat blog. 21 de Septiembre de 2015.

apuesta por dinamizar e internacionalizar la actividad económica a través de, entre otros elementos, la normativa de extranjería se ha realizado en un momento clave en el que los viejos paradigmas económicos (centrados en el sector servicios y de la construcción) se han vuelto insuficientes y en el que la recuperación del empleo destruido por la crisis es uno de los principales retos.

La categoría del emprendedor innovador, por tanto, ha ganado en protagonismo al mostrarse como uno de los agentes de cambio que genera empleo y cuya actividad podría tener un impacto relevante en el conjunto de la economía.

- ***El emprendimiento innovador en España antes de 2013***

Las posibilidades de los extranjeros de emprender en España eran reducidas antes de la aprobación de esta Ley 14/2013. De acuerdo con el informe de la *OCDE Open for business*, España tenía la menor ratio de emprendimiento extranjero de todos los países de la OCDE cuando, tradicionalmente, los extranjeros tienen una mayor predisposición a emprender que la población nacional. La normativa migratoria estaba operando como una barrera al emprendimiento.

En efecto, España no tenía un visado ni una autorización específicamente diseñada para los emprendedores extranjeros. La tradicional autorización de residencia y trabajo por cuenta propia prescindía de cualquier análisis económico, todas las fases del procedimiento de concesión se encontraban concentradas en las autoridades migratorias y la tramitación era lenta. Por otro lado, presentaban una importante limitación a un ámbito geográfico, no superior al de una Comunidad Autónoma, y a un sector de actividad, lo que suponían barreras a la unidad de mercado. Además, los cambios de estatus se encontraban condicionados a un periodo de residencia previa en España que, en el caso de los estudiantes internacionales, era de tres años.

El caso particular de los estudiantes internacionales era una de las principales debilidades que presentaba el modelo español. España cuenta con escuelas de negocios, que gozan de reconocimiento internacional, pero se impedía que sus estudiantes internacionales (generalmente de cursos de emprendeduría) realizaran sus ideas de negocio y proyectos en el país una vez que finalizaban sus estudios (cuya duración era de 12 o 24 meses). Así una de las mejores estudiantes del Instituto de Empresa tuvo que trasladarse a Londres para lanzar su proyecto ante la denegación de su autorización de residencia⁴⁸. En la actualidad, los estudiantes de escuelas de negocios concentran el 27,4% de las concesiones de la autorización de residencia para emprendedores.

De modo que para poder competir en la búsqueda de los «*best and brightest*» España debía, entre otras medidas, eliminar estas barreras migratorias y simplificar los trámites migratorios para el establecimiento de emprendimientos innovadores.

- ***Hacia un visado y autorización para el emprendimiento más innovador***

En los trabajos preparatorios de este visado y autorización para emprendedores, los actores de la política migratoria española (Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Ministerio del Interior y Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación) trabajaron de forma coordinada con el Ministerio de Economía y Competitividad, así como con los representantes de la *business community*: se quería dar respuesta a las necesidades reales de los emprendedores. Además, se realizó un estudio comparado de los sistemas existentes con el fin de incorporar las buenas prácticas detectadas.

Tras la aprobación de la Ley 14/2013, el modelo español ofrece un visado y una autori-

⁴⁸ Este ejemplo se contiene en el Informe de evaluación de las secciones de movilidad internacional de la Ley 14/2013.

zación de residencia para emprendedores que pretendan iniciar, desarrollar o dirigir una actividad innovadora de especial interés económico para España a través de procedimientos rápidos, ágiles y flexibles. Poco después de su aprobación, el periódico internacional *The New York Times* describió el modelo español⁴⁹ como una «welcome door mat for entrepreneurs».

El modelo español no circunscribe estos visados o autorizaciones a un sector en concreto (pese a que el sector TIC concentra, en la actualidad, el mayor número de concesiones) ni tampoco excluye actividades a priori pero, en cualquier caso, son visados y autorizaciones de residencia de **carácter selectivo**. Ello supone que, para poder obtenerse, debe contarse con un informe favorable del Ministerio de Economía y Competitividad que analice el carácter innovador de la actividad, así como su especial interés económico para el país. Como puede observarse, al igual que el resto de modelos comparados, la autoridad migratoria se abstiene de este análisis.

Llama la atención que, en España, los criterios o parámetros para efectuar este **análisis caso a caso** se encuentran consagrados normativamente. Así, la Oficina Comercial (en el caso del visado) o la Dirección General de Comercio e Inversiones (en el caso de la autorización) analiza el potencial de creación de puestos de trabajo (sin exigirse un mínimo de puestos creados); el perfil profesional del solicitante, su formación y experiencia profesional así como su implicación en el proyecto; el valor añadido para la economía española, la innovación u oportunidades de inversión; y se evalúa su plan de negocio.

Igualmente, el contenido mínimo del plan de negocio se encuentra tasado legalmente:

- ✓ Descripción del proyecto: actividad empresarial a desarrollar, fecha de inicio,

⁴⁹ <http://www.nytimes.com/2014/11/23/business/international/at-spains-door-a-welcome-mat-for-entrepreneurs.html?hp&action=click&pgtype=Homepage&module=second-column-region®ion=top-news&WT.nav=top-news>

localización, forma jurídica prevista de la empresa, impacto económico potencial que supone la inversión, descripción del número de puestos de trabajo que se estima que puedan crearse y sus funciones y cualificación, actividades previstas de promoción y estrategia de venta.

- ✓ Descripción del producto o servicio: la descripción será detallada e incluirá los aspectos innovadores.
- ✓ Análisis de mercado: valoración del mercado y evolución esperada, descripción de los posibles competidores, valoración de los consumidores potenciales y análisis de oferta y demanda.
- ✓ Financiación: inversión requerida, fuentes de financiación y plan financiero.

El número de solicitantes por proyecto no se restringe. Si bien, en caso de que existan varios socios, se evaluará la participación de cada uno de ellos, tanto de los que solicitan un visado o autorización como de los que no requieran el mismo.

Como puede observarse, el modelo se caracteriza por su **flexibilidad** (no hay importes mínimos de inversión, aunque debe disponer de recursos suficientes para su mantenimiento y, en su caso, para el mantenimiento de los miembros de su familia; ni de creación de empleo). Y esta nota de flexibilidad se traslada también al momento de renovación que exige «el mantenimiento de las condiciones que generaron el derecho» (artículo 76 Ley 14/2013) para lo cual se podrán recabar los informes necesarios.

Por otro lado y de forma similar al modelo italiano, el modelo presta atención tanto a **extranjeros que se encuentran fuera de España como a aquellos que se encuentran en el país**.

El visado permite que el emprendedor resida en España durante un año para la rea-

lización de actividades prospectivas. Alguien que se encuentre fuera de España necesitará venir al país para realizar un conjunto de tareas, analizar el mercado, tejer una red de contactos que le permitan así lanzar, en un segundo momento, su negocio. Un visado, similar por tanto, al introducido en Irlanda pre-STEP, que recordemos, le permitía realizar actividades para preparar adecuadamente su solicitud del permiso STEP.

La autorización, por su parte, se dirige a extranjeros que ya se encuentran en España y que desean lanzar un negocio innovador siempre que se encuentren en una situación regular. La supresión de periodos mínimos de residencia previa como requisito **facilita**, por tanto, los **cambios de estatus** (especialmente para los estudiantes de escuelas de negocios).

El procedimiento se articula a través de dos pasos en el caso del visado (primero tendrá que solicitarse el informe a la oficina comercial y, una vez obtenido, debe solicitarse el visado en el consulado); y, de un paso en el caso de la autorización. En efecto, tras la reforma introducida en julio de 2015 (realizando así las recomendaciones previstas en el Primer informe de evaluación de la sección de movilidad internacional⁵⁰) se ha consagrado un principio de ventanilla única: solo se plantea una solicitud, la de la autorización, a la Unidad de Grandes Empresas y Colectivos Estratégicos, UGE, (unidad encargada de tramitar estas autorizaciones) y el informe del Ministerio de Economía se solicita como un informe interno.

Los **plazos de tramitación son breves**. El tiempo es dinero y, por tanto, obtener los permisos de forma rápida es clave para los emprendedores y fundadores de start-ups y para su proceso de establecimiento y crecimiento. Los visados de residencia se emiten en un plazo de 10 días hábiles y las autorizaciones en, aproximadamente 30 días, teniendo en cuenta que la UGE

dispone de un plazo legal máximo de 20 días para tramitar las autorizaciones a los que hay que sumar los 10 días en los que el Ministerio de Economía debe valorar la idea o el proyecto.

Para que estos plazos se cumplan es necesario que la información se encuentre completa y que el plan de negocio ofrezca toda la información necesaria que permita valorar adecuadamente el proyecto.

Por otro lado, las tasas son reducidas, con un importe menor al de otros Estados: 70,40 euros por la solicitud inicial y 75,60 para las renovaciones.

Además, se ha creado un **régimen facilitado para la reagrupación familiar** de estos emprendedores que podrán solicitar los permisos para los miembros de la familia de forma conjunta y que, como una de las diferencias respecto de otros modelos, **pueden acceder al mercado laboral sin restricciones**.

No obstante, el carácter reciente de la norma plantea la gestión de las renovaciones como uno de los principales desafíos del modelo español. A 30 de junio de 2016, 4 autorizaciones han sido renovadas. Otros desafíos son la necesidad de mejorar la comunicación para atraer verdaderos proyectos innovadores y de asegurar una adecuada coordinación entre todas las partes implicadas.

- **Facilidades para la contratación de talento extranjero**

El carácter abierto de la normativa migratoria española permite además que las start-ups que se establezcan en España puedan incorporar talento extranjero. A diferencia de lo expuesto en el modelo estadounidense, la autorización para profesionales altamente cualificados prevista en la Ley 14/2013 no se encuentra sometida a ningún cupo y las start-ups parten en igualdad de condiciones a otras compañías de gran tamaño en relación con los procedimientos. De hecho, se permite que start-ups que operen en un sector de interés general accedan a un *fast track* para la

⁵⁰ Informe de evaluación de la sección de movilidad internacional de la Ley 14/2013

tramitación de estas autorizaciones, previsto también para grandes empresas.

- **Impacto**

Desde la aprobación de este visado y autorización para emprendedores innovadores, 246 extranjeros han obtenido un visado o una autorización en España, procediendo el 20% de EEUU. El colectivo no es muy numeroso; sin embargo, de sus actuaciones deriva un importante impacto para la economía española. El Ministerio de Economía y Competitividad estima que el número de empleos que se crearán en los próximos 5 años vinculados a estos proyectos innovadores será de 3.995 y la inversión que se generará excede de los 262 millones de euros.

- **Del visado y autorización de emprendedores a la mejora del ecosistema emprendedor: *Rising Start-up Spain***

Con el objetivo de mejorar el ecosistema y facilitar el establecimiento de proyectos en España, *Invest in Spain* ha venido ofreciendo información sobre los pasos para establecer un negocio en España así como de otro tipo de información sobre acceso a financiación, ayudas, etc.

Además, la Ley 14/2013 de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, más allá de estas nuevas autorizaciones de residencia, tiene por objeto apoyar al emprendedor y la actividad empresarial, favorecer su desarrollo, crecimiento e internacionalización y fomentar la cultura emprendedora y un entorno favorable a la actividad económica, tanto en los momentos iniciales a comenzar la actividad, como en su posterior desarrollo, crecimiento e internacionalización.

Junto con ello, en los últimos años se han impulsado una serie de programas con la finalidad de apoyar la creación de un tejido de *business angels* y *venture capitals* en España y facilitar así, el acceso a la financiación de las start-ups en las distintas fases de su ciclo de vida.

Así, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo ha establecido una línea de ayudas con el fin de favorecer el desarrollo de las actividades de prestación de servicios realizadas por las redes de *business angels* contribuyendo a la profesionalización y regularización de sus actuaciones de intermediación⁵¹. Por su parte, el Instituto de Crédito Oficial⁵² posee un fondo para promover la creación de fondos de capital riesgo de gestión privada (*venture capitals*) que realicen inversiones en empresas españolas en todas sus fases de desarrollo. El Fondo Isabel La Católica⁵³ trabaja conjuntamente con los *business angels* ampliando su capacidad inversora en España coinvirtiéndose con ellos en empresas en fases semilla, *early stage* o expansión. Y las líneas de financiación ENISA⁵⁴ dotan de los recursos financieros necesarios a las pymes de reciente constitución, creadas por jóvenes, para que puedan acometer las inversiones que precisa el proyecto en su fase inicial.

Si bien, el **lanzamiento del programa *Rising Start-up Spain*⁵⁵ podrá marcar un antes y un después en los esfuerzos por mejorar el ecosistema emprendedor español** siguiendo los ejemplos de Start-up Chile o del FrechTechTicket.

El proyecto piloto de este programa ofrecerá a emprendedores y start-ups extranjeras que contribuyan a promover la actividad emprendedora en España con un proyecto escalable y de carácter innovador: 10.000 euros, espacio físico gratuito en Madrid o Barcelona, *mentoring* especializado para apoyar el proceso de financiación y otros servicios.

⁵¹ <http://www.minetur.gob.es/PortalAyudas/Business/Paginas/Index.aspx>

⁵² <http://www.ico.es/web/ico/fond-ico-global>

⁵³ <http://www.axispart.com/fondos-de-gestion/fondo-isabel-la-catolica/que-es-el-fondo-isabel-la-catolica-eaf-spain/>

⁵⁴ <http://www.enisa.es/es/financiacion/info/lineas-enisa/jovenes-emprendedores>

⁵⁵ <http://www.investinspain.org/invest/es/canal-de-informacion/servicios-de-acceso-a-informacion/Rising-Start-up-Spain/Convocatoria/index.html>

El programa se prevé con una duración inicial de seis meses desde que comience la incubación y los proyectos seleccionados deberán obtener el visado de emprendedores contando, además, con servicios específicos de apoyo para su obtención.

Para poder acogerse al programa las start-ups extranjeras que se constituyan en España, deberán cumplir con los siguientes requisitos:

1. Al menos un 10% del capital de la start-up constituida deberá estar en manos de una persona física o jurídica extranjera, o de un español no residente siempre que sea persona física.

2. La Start-up deberá estar constituida o en trámites de constitución en el momento de la concesión de la ayuda. En el caso de que la sociedad ya estuviese constituida en España, no podrá tener una antigüedad superior a 1 año.

El plazo de presentación de solicitudes culminará el 30 de septiembre. Habrá que analizar los resultados y el impacto de este proyecto piloto que trata de combinar: la ausencia de barreras migratorias y medidas de apoyo a las start-ups con el fin de optimizar su contribución al conjunto de la economía española y posicionar a Madrid y Barcelona como ecosistemas mundiales de emprendimiento.

3.7. Países Bajos: *Start-up Delta*, ¿de un visado nacional al permiso europeo?

Como se veía en la última edición del ranking mundial de los ecosistemas emprendedores, Ámsterdam se ha colado dentro de los 20 mejores ecosistemas en 2015.

Son varios los factores que han impulsado este crecimiento y mejora del ecosistema emprendedor neerlandés pero, desde el punto de vista institucional, la creación de *Start-up Delta* y el establecimiento de un visado específicamente diseñado para la atracción de em-

prendedores extranjeros innovadores, son dos de los elementos que han contribuido a tales resultados.

*Start-up Delta*⁵⁶ se identifica como el propio ecosistema emprendedor holandés. En esta organización: start-ups, inversores, así como instituciones y organizaciones públicas y privadas trabajan para impulsar y mejorar el ecosistema emprendedor holandés y conectarlos con otros *hubs* internacionales.

Conscientes de los beneficios asociados a la supresión de barreras migratorias, en enero de 2015, Países Bajos aprobó una nueva regulación sobre visados para emprendedores innovadores⁵⁷ y, durante la primera parte de 2016, ha liderado el debate dentro de la Unión Europea sobre la necesidad de crear un permiso europeo para start-ups.

• *El visado holandés*

La innovación es el elemento clave del visado holandés para start-ups y puede venir asociada a la tecnología o técnica empleada o a la propia organización del procedimiento. De ahí que se efectúe una evaluación previa del plan de negocio por una Agencia, en este caso, de naturaleza pública.

En este modelo, como en el danés o español, no se exigen umbrales mínimos de inversión (sí recursos suficientes para su sostenimiento) pero, como elemento diferenciador, exige que el emprendedor cuente con el apoyo de un facilitador (ya sea aceleradora, incubadora o *business angel* reconocido). De esta forma, el emprendedor podrá lanzar su negocio disponiendo del plazo de un año para ello y contando siempre con el apoyo o supervisión del facilitador que ejercerá funciones de *mentoring* y le guiará en el aterrizaje y establecimiento en el país. También la agencia se pronuncia sobre este facilitador.

⁵⁶ Para más información: <https://www.start-updelta.org/>

⁵⁷ <https://ind.nl/EN/business/investor-self-employment-start-up/Start-up>

Este visado se ha diseñado de tal forma que puede solicitarse también desde Países Bajos. La tasa para la obtención del permiso es de 307 euros⁵⁸ y el plazo máximo para resolver es de 90 días; si bien, estos permisos tienen prioridad y suelen notificarse antes (unas siete semanas).

En su primer año de vida se han recibido 95 solicitudes de las cuales han sido aprobadas 21 con una mayor concentración en nacionales de EEUU.

- **¿Un permiso europeo para start-ups?**

De otro lado, Países Bajos ha ejercido durante la primera parte de 2016 la Presidencia del Consejo de la Unión Europea y, dentro de su Presidencia, ha impulsado con fuerza, el debate sobre la conveniencia de adoptar un permiso europeo para start-ups dentro de la Unión.

4. DE LOS ESFUERZOS INDIVIDUALES AL VISADO O PERMISO DE RESIDENCIA EUROPEO PARA START-UPS

La atracción y retención de las start-ups más innovadoras, principalmente con componente tecnológico, se está configurando como una tónica habitual en esta parte del siglo XXI. Un amplio porcentaje de Estados son conscientes de que la retención de estas start-ups contribuye decisivamente en su renta y niveles de empleo, especialmente, en la era de la información y tecnologías; y, ante ello, están desplegando un conjunto de políticas para abrir sus puertas y recibir adecuadamente a los «*best and brightest*». A los mejores innovadores.

Estos innovadores acudirán a aquellas ciudades o zonas que le ofrezcan un mejor ecosistema para desarrollar su idea de nego-

cio y esta localización dependerá a su vez de la financiación a la que pueda acceder (clave para las start-ups en cada una de las fases de su ciclo), proximidad a los mercados, universidades y presencia de otros innovadores. En este ámbito, la existencia de unas normas abiertas al talento y al emprendimiento extranjero contribuyen positivamente al proceso de atracción y retención de los mejores innovadores y pueden operar como fortaleza o debilidad (recordemos las protestas de la comunidad tecnológica de EEUU) en los procesos de competencia mundial por el talento.

En el panorama europeo, se han detectado siete esfuerzos individuales que emplean la normativa migratoria como factor de atracción de estos emprendedores innovadores. La tramitación ágil y flexible junto con el elenco de derechos que se asocian a estos permisos sumará ventajas competitivas en los procesos de atracción de las start-ups.

En este contexto surge una pregunta, ¿no sería positivo unir los esfuerzos individuales de los Estados de la Unión y aprovechar las sinergias positivas que se generarían de un permiso europeo para start-ups y emprendedores innovadores?

- **Competitividad versus seguridad**

El debate ya ha comenzado. Como afirma la introducción de este artículo, es preciso abordar un conjunto de reformas en el ámbito europeo para crear un ecosistema óptimo que permita al emprendedor y start-up su crecimiento en el mercado europeo y mejore su competitividad a nivel global. Y ¿cómo permitir ese crecimiento en el mercado europeo?

La existencia de regímenes migratorios fragmentados, sometidos a distintos requisitos y cuyo ámbito territorial se limita al del territorio del Estado que emite el permiso de residencia no parece, desde luego, la respuesta adecuada a esta pregunta.

La Unión Europea y el conjunto de sus Estados miembros deben ser conscientes de su visión exterior como un todo. Los fundadores

⁵⁸ <http://www.iamsterdam.com/en/local/work/start-a-business/scheme-for-start-ups/scheme-for-start-ups-in-depth>

de start-ups y emprendedores innovadores se localizarán en la ciudad de un territorio de uno de los Estados miembros con el objetivo de operar en el mercado común europeo (por ejemplo, en el mercado único digital) y trasladarse a otros Estados para realizar allí sus actividades u ofrecer sus servicios. Sin embargo, la realidad con la que se encontrarán será más compleja ya que, una vez en Europa, solo podrán trabajar dentro del territorio que ha expedido la autorización, precisando, para trabajar en un segundo Estado miembro, de una nueva autorización emitida por este segundo Estado y sometida, por tanto, a sus requisitos, plazos... Estas limitaciones y barreras migratorias para operar en el conjunto del mercado de la Unión imponen restricciones a la actividad de las start-ups y limita su rápido crecimiento.

El acceso al mercado único con más de 500 millones de potenciales consumidores, por tanto, se vislumbra como la principal ventaja competitiva de la Unión Europea y podría hacer de Europa un destino más atractivo para los innovadores de fuera de la UE impulsando la creación de empleo y mejorando la competitividad.

Y para garantizar el acceso al mercado único de los emprendedores extranjeros se requiere la aprobación de un visado o permiso de residencia europeo. Tan sólo una iniciativa europea para regular las condiciones de admisión y residencia de estos emprendedores innovadores y start-ups procedentes de terceros países, podría reconocer como derecho la intramovilidad UE y, por tanto, el derecho a trabajar en otros Estados de la Unión sin necesidad de solicitar un nuevo permiso ni de someterse a un nuevo procedimiento de carácter migratorio, sin perder, eso sí, el control de la seguridad inherente a toda la política migratoria.

Además, esta iniciativa podría mejorar el régimen de reagrupación familiar (tratando el conocido tema de las *double careers* y permitiendo el acceso al mercado de trabajo del cónyuge) así como el acceso a la residencia de

larga duración (las facilitadas perspectivas de una residencia de carácter permanente, como la ofrecida por el modelo canadiense, otorga una mayor seguridad al emprendedor para poder desarrollar su proyecto sin condicionarlos a requisitos poco realistas para sus sucesivas renovaciones).

El esfuerzo europeo es, por tanto, necesario para cumplir de forma más eficaz el objetivo de atraer y retener a los mejores emprendedores y start-ups y, en definitiva, para recuperar la senda del crecimiento y del empleo en el conjunto de la Unión; dando así cumplimiento al principio de subsidiariedad que rige en el ámbito migratorio al no ser ésta una política exclusiva de la Unión (artículo 5.3 del Tratado de la Unión Europea).

Ahora bien, la discusión de esta futura Directiva no será sencilla y podrían esperarse años de discusión... Pero el tiempo apremia. Si, tras las elecciones estadounidenses, se reactiva el debate sobre la start-up visa en EEUU y se aprueba como tal, la Unión Europea habría perdido una oportunidad histórica para lanzar un mensaje claro sobre su capacidad real para atraer y retener emprendedores innovadores y debería redoblar sus esfuerzos para competir, en ese nuevo escenario, con el gran ecosistema estadounidense.

Las experiencias de otros Estados permitirán afrontar el diseño de un visado o permiso que responda adecuadamente a las necesidades europeas a la par que responda a las necesidades de los emprendedores innovadores. Pero, estas mismas experiencias y las diferencias entre ellas, dificultarán también el propio proceso de negociación.

- ***¿Qué elementos deberían tenerse en cuenta en su diseño?***

Carácter selectivo: la adecuada definición del ámbito de aplicación

La mayor parte de los modelos europeos tratan de captar a los emprendedores más innovadores y de componente tecnológico. Este deseo no es de extrañar si tenemos en

cuenta que son este tipo de negocios los que generan un mayor número de empleos en la actualidad.

De ahí que uno de los principales elementos que debería abordarse en el marco de esta negociación es la formulación de una adecuada definición de emprendedor y/o start-up que, partiendo del carácter selectivo de este permiso, no sea excesivamente restrictiva (lo que limitaría las posibilidades reales de su aplicación). Algunas notas definitorias podrían ser la realización de una actividad por cuenta propia, innovadora (en su producto o en su modelo u organización), con impacto en la economía o especial interés económico.

Este carácter selectivo, común a todos los modelos existentes, se define a través de dos elementos principales: (1) el establecimien-

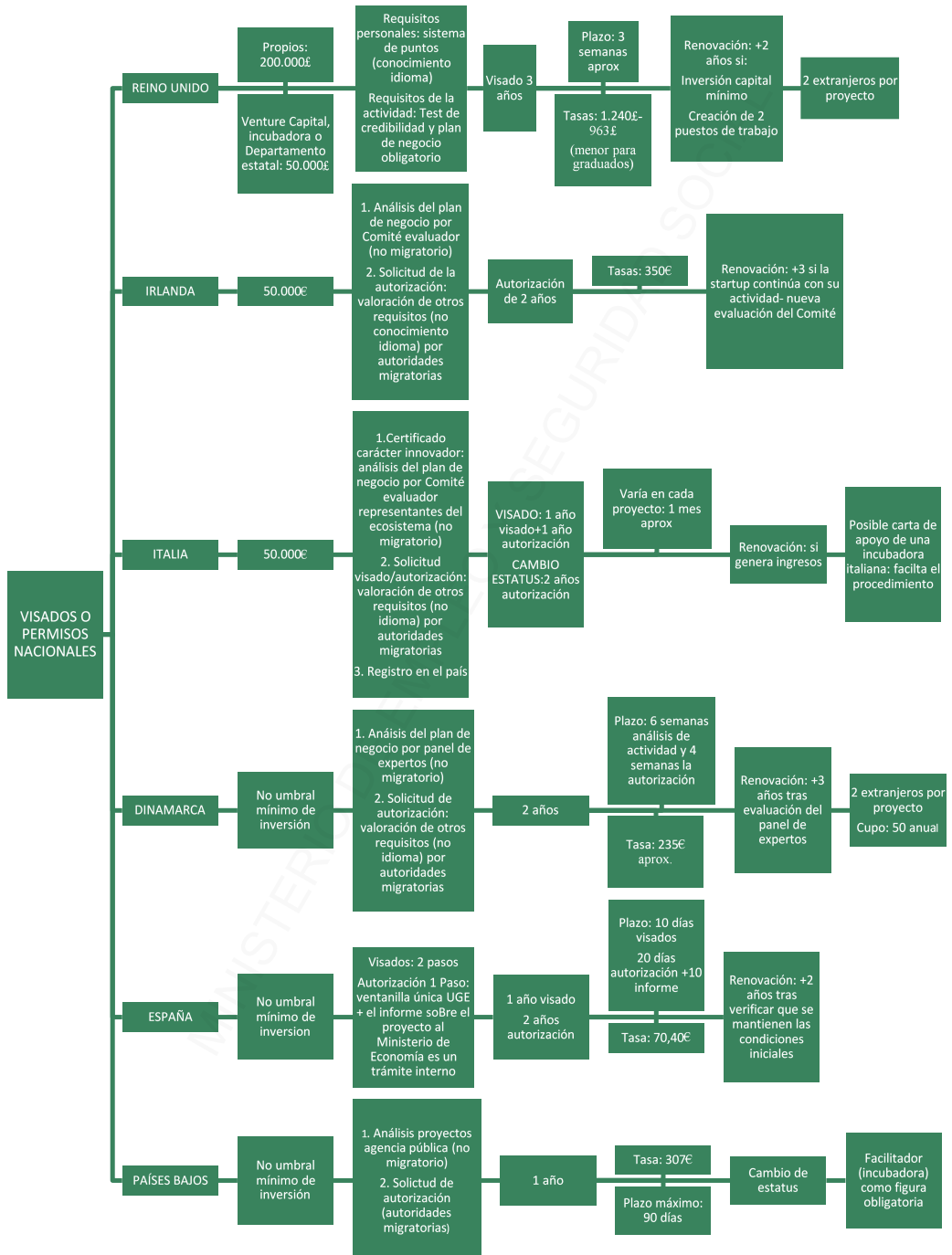
to de un umbral mínimo de inversión y (2) el análisis del proyecto o idea de negocio.

¿Umbrales de inversión o análisis caso a caso?

La fijación de un umbral mínimo de inversión se encuentra presente en Irlanda, Canadá o Reino Unido. Otros países, como España, Países Bajos o Dinamarca han preferido efectuar un análisis caso a caso. Como se observa, la exigencia de este umbral no siempre es pacífica. A la dificultad de reunirlos, especialmente por las *early-stage start-ups* y más cuando se vincula su obtención a una *venture capital*, se une la exclusión de ciertas ideas que pueden tener un gran impacto en la economía pero que requieren una inversión menor.

En algunas ocasiones, estos umbrales mínimos se reducen (como en Reino Unido) si la idea cuenta con un previo apoyo de un inversor reconocido.

FIGURA 9. ESTUDIO COMPARADO DE LOS VISADOS Y PERMISOS NACIONALES PARA EMPRENDEDORES INNOVADORES EN LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA



La fijación de este umbral mínimo sería, sin lugar a duda, uno de los aspectos que más discusión generaría en el ámbito UE. Los modelos de análisis caso a caso se muestran más flexibles en el panorama internacional y, si se optase, por la fijación de un umbral mínimo de inversión para obtener este permiso UE y disfrutar de la intramovilidad habría que ser cautelosos con las cuantías que se empleen, más aún cuando el permiso sería solicitado por perfiles y proyectos muy dispares que no responden a parámetros comunes. Recordemos, además, que los umbrales salariales elevados de la Directiva de tarjeta azul se han configurado como una de las principales mermas de su eficacia para atraer talento a la UE⁵⁹.

En definitiva, algunas de las alternativas que podrían discutirse serían: la ausencia de umbrales mínimos de inversión; el establecimiento de un umbral mínimo para cualquier proyecto que se presente; o, la previsión de distintos umbrales en función de ciertas situaciones: recién graduados en algún país de la Unión; participantes en programas de aceleración e incubadoras o nacionales de terceros países que pidan su admisión inicial en el país por esta vía; exigiéndose a los primeros menores límites que a los últimos.

Análisis de la idea o proyecto: plan de negocio

Más allá del establecimiento de este umbral, todos los modelos efectúan una evaluación de la idea de negocio. Los planes de negocio se exigen por parte de las autoridades con el fin de conocer la idea y efectuar un análisis del modo en el que se pretende implementar.

Los planes de negocio se han consolidado como los documentos base para evaluar las ideas de negocio. Sin embargo, ciertas voces ya han comenzado a poner de manifiesto la dificultad para los fundadores de *start-ups* de trasladar en un documento cerrado con unos epígrafes que se adecuan más a los modelos

de negocio clásicos, los principales aspectos de sus ideas innovadoras en proyectos que responden a nuevos (y a menudo) inciertos parámetros y que no se encuentran, en su etapa inicial (semilla), ni siquiera definidos al 100% (por ejemplo, FrenchTechTicket y Start-up Chile han admitido ya videos de presentación de las ideas de negocio en las primeras fases de sus procesos selectivos). Pese a ello, lo cierto es que la posibilidad de recoger en un documento los principales aspectos del negocio, su mercado, clientes, fuentes de financiación y organización de la compañía permite disponer de más información para la evaluación del negocio. Mientras se genera algún otro tipo de mecanismo, los planes de negocio seguirán siendo uno de los principales documentos a aportar en el proceso.

¿Quién evalúa el proyecto?

La dificultad en este punto proviene en las habilidades o capacidades o, mejor dicho, de la falta de habilidad o capacidad de las autoridades públicas, especialmente, de las autoridades migratorias para efectuar un análisis adecuado del plan de negocio. De ahí que todos estos modelos atribuyan esta labor a autoridades no migratorias. Si bien, el modo en el que este examen se efectúa presenta múltiples variables.

- Evaluación por autoridades públicas: el modelo español atribuye el análisis del plan de negocio al Ministerio de Economía y Competitividad que debe pronunciarse sobre el carácter innovador del proyecto bien antes de solicitar el visado o bien durante el proceso para emitir la autorización de residencia.
- Evaluación por agentes privados: el modelo canadiense atribuye esta labor en exclusiva a agentes privados reconocidos. Recordemos que el emprendedor debe obtener el apoyo de una *venture capital*, *business angel* o incubadora; sin este apoyo, que se concreta en la obtención de la financiación necesaria para lanzar la idea de acuerdo con los

⁵⁹ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2041_es.htm

parámetros prefijados, no podrá solicitarse la autorización de residencia.

- Evaluación por paneles o comités de naturaleza público-privada: Italia y Dinamarca integran en sus comités evaluadores a representantes de organismos y agencias públicas (vinculadas a la economía, comercio y empresa) y a representantes de asociaciones de emprendedores, *business angels* o *venture capital*. De la conjunción de la experiencia y habilidades de ambos perfiles, se trata de efectuar un análisis más acertado de la idea de negocio.

De estos tres modelos, se observa un elemento común: la necesidad de coordinar adecuadamente la participación de distintas autoridades (comerciales, en el análisis de la idea de negocio; migratorias, para la concesión final del visado o autorización) pero también la necesidad de articular convenientemente en el proceso a agentes privados, representantes de la *entrepreneurial-start-up community*.

En algunos modelos esta participación se encuentra más institucionalizada puesto que forman parte del panel de expertos y contar con un apoyo previo de una *venture capital*, *business angels* o incubadoras supone un apoyo extra (Italia) o permite reducir los umbrales mínimos e inversión (Reino Unido). Operarían, en este sentido, como los sponsor en los permisos de trabajo por cuenta ajena, de ahí que en muchos casos, estas organizaciones deben encontrarse previamente reconocidas por el Gobierno.

La propuesta europea podría establecer un mecanismo de análisis y evaluación a nivel europeo. No obstante, esta opción se torna compleja y contaría con la oposición de los Estados que desearán mantener la posibilidad de evaluar y, por tanto, controlar, los términos y elementos de los distintos proyectos que van a desarrollarse inicialmente en su territorio. Ante ello, una solución práctica podría ser la remisión a las legislaciones nacionales de la articulación de los procedimientos de evaluación así como de los procedimientos de recono-

cimiento. Apelando en la Directiva, de alguna forma, al perfil de los evaluadores y a la articulación conveniente de las organizaciones de la *business community* en el proceso.

Otros requisitos de admisión

El solicitante de este permiso, además, deberá acreditar que dispone de recursos suficientes para su sostenimiento y, en su caso, el de los miembros de su familia; de seguro médico; así como el no ser un riesgo para el orden público, la salud y seguridad pública.

Igualmente, el origen de su inversión debe ser lícito en cualquier caso.

El carácter flexible de este permiso debe ir unido a un control de la seguridad. Clave en el contexto europeo.

De otro lado, la previsión obligatoria de admitir solicitudes presentadas en el propio país o incluso sustituir las presentaciones personales por presentaciones a través de representante flexibilizarían el procedimiento.

Requisitos para la renovación:

¿qué hacer ante los fracasos?

La mayor parte de los visados o autorizaciones descritas conceden una residencia de carácter temporal, salvo Canadá o Australia, donde el permiso para start-ups posee un carácter permanente. Ello supone que, con carácter general, los Estados permiten que el emprendedor vaya desarrollando su actividad y autorizan las renovaciones de los permisos en función de la evolución del negocio o idea.

Ahora bien, el porcentaje de fracaso de las start-ups es elevado, incluso aquellas ideas buenas que han obtenido el apoyo de las *venture capital* presentan una probabilidad de fracaso del 75%.

Ante este panorama cambiante, ¿Cómo pueden fijarse unos parámetros preestablecidos para valorar el éxito del proyecto? ¿Cómo deberían valorarse estos parámetros en el momento de la renovación?

El carácter reciente de muchos de estos esquemas plantea, como principal desafío de estos modelos, los procesos de renovación. En algunos casos, como el modelo de Dinamarca o España exigen que haya una nueva revisión del modelo de negocio. En otros que, la inversión se haya efectuado o que el emprendedor se haya registrado.

Otros modelos, con mayor experiencia, fijan la necesidad de crear un número mínimo de puestos de trabajo, como el británico. Si bien, el número concreto de puestos o el tiempo de creación de los mismos pueden imponer requisitos poco realistas a los modelos de negocio, alterando su esencia y perjudicando al emprendedor (si no cumple estos requisitos se le retiraría el permiso). De ahí que tras su reforma, el modelo irlandés ya no exige como requisito para la renovación la creación de un número determinado de puestos de trabajo.

Parece que la opción de efectuar un nuevo análisis del proyecto y su evolución, de carácter cualitativo, sería la más flexible y se adapta, con carácter general, a las naturalezas dispares de cada proyecto y al peculiar ciclo de vida de las start-ups.

Si, como otra opción, se identifican requisitos cuantitativos para la renovación como la realización de la inversión y la creación de un determinado número de puestos de trabajo, la duración inicial del permiso debe ser suficiente como para permitir su cumplimiento. Duraciones iniciales de tres o dos años parecen adecuadas a tal efecto. Y, de otro lado, estos requisitos deberán ser realistas y flexibles, previéndose ciertas excepciones en función, por ejemplo, del tipo de negocio o del perfil del empleador.

Finalmente, la posibilidad de cambiar el negocio o ciertos elementos del proyecto debe preverse sin necesidad de solicitar una nueva autorización (realizándose, eso sí, las oportunas comunicaciones) y sin que este cambio pueda afectar a la renovación del permiso (siempre y cuando el negocio siga siendo inno-

vador y se mantengas las condiciones esenciales que dieron lugar al permiso inicial).

Cambios de status

Las redes de trabajo, experiencia en el país y el conocimiento del idioma son claves para el éxito del negocio (pensemos en el informe de evaluación de la Start-upAct italiana y la dificultad de lanzar un negocio por los fundadores de *start-up* debido al desconocimiento del italiano). De ahí que, junto con medidas de acompañamiento e impulso del *networking* a las que haremos referencia más adelante, la Unión Europea no puede desaprovechar el talento extranjero ya presente. Y, en concreto, los estudiantes internacionales son una fuente clave de emprendimiento y sus actividades pueden impactar con intensidad en la economía. Por ejemplo, por cada estudiante internacional con titulación superior que permanece en EEUU, 2,62 empleos adicionales son creados^{60, 61}.

De acuerdo con el estudio elaborado por la Red Europea de Migración⁶² uno de los principales factores que impulsa a los Estados la facilitación de los cambios de estatus es la atracción y retención del talento y, por tanto, sus consideraciones económicas. Son estas implicaciones las que han impulsado, en los últimos años, la supresión o reducción de los periodos previos de residencia a los que se encontraban condicionados los cambios de estatus desde la categoría migratoria estudiante internacional.

En España, por ejemplo, el cambio de estatus desde estudiantes internacionales se encontraba sometido con anterioridad a 2013 a un periodo de residencia previo de 3 años

⁶⁰ Report: New American Fortune 500 – Partnership for a New American Economy.15 junio 2011. Web. 26 febrero de 2015

⁶¹ Map the Impact of Immigration Across the Nation. Partnership for a New American Economy, n.d. Web. 26 febrero de 2015

⁶² Synthesis Report for the EMN Focussed Study 2015. Changes in immigration status and purpose of stay: an overview of EU Member States' approaches.

cuando la mayor parte de escuelas de negocios con programas de emprendimiento extendían sus cursos durante 12 o 24 meses. Ello impedía retener el talento y los estudiantes se veían obligados a salir del país y tramitar, desde fuera, un permiso de trabajo por cuenta propia. Tras la aprobación de su permiso para emprendedores estos hechos son agua pasada y el cambio de estatus se permite sin residencia previa.

Otros países, conscientes de la importancia de los estudiantes internacionales y su vinculación con el emprendimiento, han creado permisos start-up específicos para estos jóvenes graduados (Reino Unido).

En este aspecto, las instituciones europeas ya han comenzado a actuar. La reciente Directiva de estudiantes e investigadores⁶³ ha creado, de forma obligatoria para todos los Estados participantes, un nuevo permiso de permanencia tras la finalización de los estudios que permitirá, durante un periodo mínimo de 9 meses, efectuar las actuaciones necesarias para lanzar un negocio o crear una empresa.

Por su parte, la revisión de la Directiva de tarjeta azul⁶⁴, publicada el pasado 7 de junio, pese a que no ha incluido a los emprendedores innovadores dentro de su ámbito de aplicación (dejando pasar la oportunidad de empezar a negociar ya los elementos de un permiso para start-ups y emprendedores innovadores) incorpora una importante disposición para facilitar la transición al emprendimiento de los profesionales altamente cualificados titulares de una tarjeta azul. Estos profesionales podrán combinar su empleo como altamente

cualificados con ciertas actividades de emprendimiento.

En este contexto, la existencia de un permiso específico UE para emprendedores innovadores daría continuidad a ambas medidas.

En este punto, la propuesta para un permiso UE para emprendedores innovadores debería, por tanto, recoger de forma específica e individualizada la situación de los jóvenes, estudiantes internacionales en la Unión.

Cabrían, al menos, dos posibilidades: impulsar la creación de un permiso específico UE para esta categoría de jóvenes graduados o prever condiciones específicas para este colectivo dentro del permiso general UE para emprendedores innovadores, como umbrales de inversión inferiores, por ejemplo. De la experiencia europea, se intuye que esta última opción sería más factible.

Derechos

La intramovilidad UE sería el principal derecho asociado a este permiso para emprendedores innovadores UE. Del diseño de un sistema de intramovilidad ágil, dependerá el éxito del permiso. Las últimas Directivas aprobadas (como la Directiva ICT⁶⁵ y la de estudiantes e investigadores) han avanzado en el tema de la intramovilidad creando mecanismos de comunicación a las autoridades del segundo Estado miembro cuando vaya a ejercerse el derecho a la intramovilidad UE por un determinado periodo de tiempo, tratando de reducir así, las obligaciones de solicitar un segundo permiso de residencia.

El principio de *desconfianza mutua* que parece regir las relaciones entre los Estados, dificultará, sin lugar a duda, la previsión de este régimen de intramovilidad. Pero se debe tomar conciencia de que ésta, y no otra, sería la punta de lanza del sistema europeo para emprendedores innovadores.

⁶³ Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2016 relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair*.

⁶⁴ El documento de la propuesta se encuentra disponible en http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposal-implementation-package/docs/20160607/directive_conditions_entry_residence_third-country_nationals_highly_skilled_employment_en.pdf

⁶⁵ Directiva 2014/66/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales.

De otro lado, como antes se avanzaba, la previsión de un acceso facilitado a la residencia de larga duración como plantea la revisión de la Directiva de tarjeta azul y el tratamiento mejorado a la reagrupación familiar, permitiendo un acceso al mercado de trabajo de los familiares, sumarían puntos a favor de la Unión como destino atractivo para los emprendedores innovadores y start-ups.

Facilitaciones procedimentales

El procedimiento deberá ser ágil y flexible. Por lo que la propuesta debería limitar los plazos máximos de resolución y prever un *fast track* para cuando intervengan, por ejemplo, entidades registradas (como pueden ser incubadoras, business angels o venture capitals).

A su vez, deberían acompañarse los esfuerzos para avanzar en la tramitación telemática de las solicitudes. Y debe preverse, con carácter obligatorio, que se admitan las solicitudes presentadas dentro de los Estados miembros (favoreciendo, a su vez, los cambios de estatus).

Relación con las legislaciones nacionales

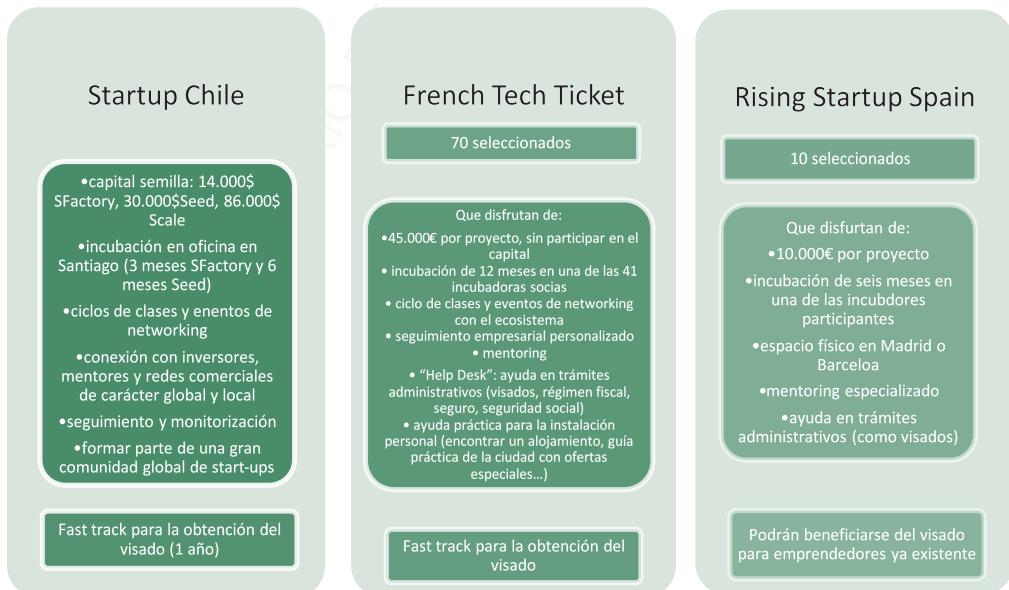
La propuesta del permiso UE no debería impedir que los Estados mantengan sus permisos nacionales para determinados tipos de emprendimientos de gran interés nacional pero que no entrarían dentro del ámbito de la propuesta.

Por ejemplo, si el permiso UE fija una serie de umbrales mínimos de inversión, sería positivo que los Estados tuviesen permisos nacionales para proyectos de umbrales inferiores. De esta forma, solo los proyectos más innovadores que cumplan requisitos más exigentes accederían al permiso UE y, por tanto, a la intramovilidad. Pero, paralelamente, se daría respuesta migratoria a otros proyectos interesantes con impacto en la economía y empleo a nivel nacional.

Medidas de acompañamiento

Ahora bien, las medidas migratorias no son suficientes. Pensemos por ejemplo en el reducido impacto del modelo canadiense y el éxito de programas como Start-up Chile o Frech Tech Ticket.

FIGURAL 10. PRINCIPALES ELEMENTOS DE LOS PROGRAMAS DE ATRACCIÓN DE EMPRENDEDORES INNOVADORES.



Los verdaderos paquetes y su difusión (el marketing en estos programas son básicos para optimizar sus resultados) son los que permiten atraer a los mejores emprendedores. La facilitación de financiación, acceso a redes, medidas de *softlanding* y programas de aceleración impulsan el atractivo del ecosistema emprendedor. Incluso el programa Erasmus para nuevos emprendedores⁶⁶ contribuye a ello. Por ello, la Unión Europea debe seguir trabajando en las mejoras de los ecosistemas, con la ventaja de que, la adopción de estas medidas, no requiere de las largas negociaciones de una Directiva. En estas medidas se puede actuar ya.

5. CONCLUSIÓN

En definitiva, la Unión Europea debe trabajar duro y rápido para disponer de las fortalezas necesarias para competir por los emprendedores más innovadores, para abrir sus puertas a los mejores y más brillantes y para beneficiarse de su contribución a la creación de empleo y riqueza; de su contribución a un crecimiento sostenible, inteligente e integrador.

La atracción y retención de los mejores y más innovadores emprendedores y un permiso específico para ellos con un acceso real al conjunto del mercado único contribuiría ese fin. Ahora bien, la mera presencia de estos innovadores en la Unión no presupone su contribución inmediata y automática al empleo y crecimiento.

Pensemos en el París de los años 20 del pasado siglo XX. París fue la cuna del arte por excelencia. Picasso, Matisse, Miró, Modigliani... artistas, escritores y poetas rompieron la tradición con técnicas y estilos nuevos. Sin embargo, no fue la mera presencia de estos artistas la que hizo de París ser cuna del arte. La presencia de una amplia red de marchantes de arte y de gente adinerada permitió la compra y venta de las obras. Gertrude Stein, por

ejemplo, coleccionó y promovió a estos artistas y en su casa se reunían los mejores Hemingway, F. Scott Fitzgerald... Ello atraía a más artistas, extranjeros y locales, que nutrieron la bohemia parisina y que en cafés como La Coupole o barrios como el de Montparnasse fueron enriqueciendo sus obras, cada vez más apreciadas por los marchantes...

Por ello, no será sólo este permiso UE para emprendedores innovadores, que abra la puerta de la Unión a los emprendedores más innovadores, sino la existencia de fuentes de financiación: públicas y privadas, especialmente para las *early-stage start-ups*; de una útil y renovada tarjeta azul que permita la incorporación de talento extranjero a las start-ups que se establezcan en territorio europeo; de potentes sistemas educativos de educación superior; de consumidores, de redes de emprendedores e inversores: *venture capital* y *business angels*; y, de certidumbre política y económica lo que hará de la Unión un verdadero ecosistema emprendedor, cuna de la innovación y vanguardia de la tecnología en los próximos años del siglo XXI.

REFERENCIAS Y BIBLIOGRAFÍA

- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE CAPITAL, CRECIMIENTO E INVERSIÓN y **Webcapitalriesgo.com**. Actividad de Venture Capital & Private Equity en España. 2016.
- BEAUCHAMP, MAGDALENA y KRUCZKOWSKA, ELIZA. Visa policy for start-ups. Start-up Poland report. 2016.
- BERGER, THOR y FREY, CARL BENEDIKT (2015). Industrial Renewal in the 21st Century: Evidence from US Cities, *Regional Studies*, DOI: 10.1080/00343404.2015.1100288.
- BLANCO GAZTAÑAGA, CARMEN. La política migratoria como elemento de competitividad. Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social: Migraciones internacionales. 2015.
- BRYNJOLFSSON, ERIK y MCAFEE, ANDREW. The second machine age. Work, progress, and prosperity in a time of brilliant technologies. 2016. Norton.
- CONCEPTOS DE ECONOMÍA. El blog Salmón. Mayo 2013.
- COMPASS. Start-up Ecosystem Report 2015.

⁶⁶ <http://www.erasmus-entrepreneurs.eu/?lan=es>

- EL CAPITAL RIESGO INFORMAL EN ESPAÑA. Financiación de Business Angels, Crowdfunding, Acelradoras, Otros. 2016.
- ESPAÑA, MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL, SECRETARÍA GENERAL DE INMIGRACIÓN Y EMIGRACIÓN. Informe de evaluación de las sección de movilidad internacional de la Ley 14/2013.
- EUROPEAN MIGRATION NETWORK. Admitting third-country nationals for business purposes. 2015.
- EUROPEAN MIGRATION NETWORK. Changes in immigration status and purpose of stay: an overview of EU Member States' approaches. 2015.
- FONDO MONETARIO INTERNACIONAL. Informe WEO. Julio 2016
- FRIEDRICH, ROMAN; EL-DARWICHE, BAHJAT; SINGH, MILIND y KOSTER, ALEX. Digitization for economic growth and job creation. Regional and industry perspectives. Booz & Company. 10 de abril de 2013.
- GOUBE, JOSEPHINE. A start-up Visa in France. Migreat blog. 22 de mayo de 2015
- GOUBE, JOSEPHINE. French Start-up Visa: 1,400 Foreign Entrepreneurs knocking on the doors of Paris. Migreat blog. 21 de Septiembre de 2015.
- ITALIA. MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO, Annual Report on Innovative Start-ups and SMEs – Italia, 2015.
- LEATHERBEE, MICHAEL y EESLEY, CHARLES. E. Boulevard of broken behaviours: Socio-Psychological Mechanisms of Entrepreneurship policies. Agosto 2014.
- NEW AMERICAN ECONOMY. Fortune 500, 15 junio 2011. Web. 26 febrero de 2015
- NEW AMERICAN ECONOMY. Map the Impact of Immigration Across the Nation, Web. 26 febrero de 2015.
- OCDE. Open for business: Migrant Entrepreneurship in OECD Countries. 2010.
- OCDE. Recruiting Immigrant Workers: Europe. 2016
- OCDE, Young SMEs, growth and job creation.
- SANTA CRUZ S.; MAXIMILIANO, BITRÁN C. y EDUARDO, NÚÑEZ, INTI, Start-up Chile. Septiembre 2014, Wipo Magazine.
- SHEA NICOLÁS. Start-up Chile: The story of chile's entrepreneurial revolution. 2016.
- STRANGLER, DANE y KONCZAL, JARED. Give your entrepreneurs, your innovators: Estimating the Employment Impact of a Start-up Visa. Ewing Marion Kauffman Foundation. Febrero 2013.
- SUMPTION, MADELEINE. Visas for Entrepreneurs: How Countries Are Seeking Out Immigrant Job Creators. Junio, 2012. MPI.
- PwC. Global Top 100 Companies by market capitalisation. 31 de marzo 2016 (actualización)
- THE LURE OF CHILECON VALEY. THE ECONOMIST, 13 de octubre de 2012.
- WADHWA, VIVEK y SALKEVER, ALEX. The Immigrant Exodus: Why America Is Losing the Global Race to Capture Entrepreneurial Talent. Octubre 2012.

RESUMEN

En la época de la post-recesión, los Estados de una y otra parte del mundo están abriendo sus puertas a los emprendedores más innovadores y fundadores de start-ups extranjeros. La creación de empleo asociada a estos nuevos modelos de negocio (vinculados, en buena parte, a la extensión de las nuevas tecnologías como el internet de las cosas y el *big data*) así como su impacto en el conjunto de la economía, han impulsado una carrera global por el talento. Una carrera global por el emprendimiento.

La reactivación de la economía europea y la creación de empleo son dos de los más importantes retos a los que se enfrenta la Unión Europea hoy en día. Para superarlos, la Unión Europea debe ser capaz de competir en esta carrera y de consolidarse como ecosistema* mundial de emprendimiento. Para ello la Comisión Europea ha iniciado ya el estudio sobre las posibilidades de adoptar un permiso europeo para start-ups que, a través de la supresión de barreras migratorias, actúe como fortaleza para competir en dicha carrera. Si bien, el tiempo juega en nuestra contra: países como Canadá, Australia y Chile ya han adoptado estos esquemas, en EEUU el debate sobre la adopción de una start-up visa se intensifica y 7 países europeos ya han aprobado sus visados o permisos de residencia nacionales para emprendedores innovadores y start-ups, entre ellos España.

Este artículo pretende contribuir a este estudio mediante ciertos elementos de reflexión. Así, en primer lugar, se reflexiona sobre el papel del emprendimiento en las actuales economías y sobre la estrecha relación entre migración y emprendimiento. A continuación, se efectúa un análisis comparado sobre la situación migratoria para emprendedores innovadores y fundadores de start-ups en los principales ecosistemas mundiales (EEUU, Chile, Canadá y Australia). Y, finalmente, se aborda el estudio de la situación en la Unión Europea, recogiendo los esquemas existentes en los Estados (con especial atención al modelo español) y relacionando los elementos que debería contener este visado o permiso a nivel europeo.

Palabras clave: Start-up, emprendedor innovador, visado, autorización, extranjero, ecosistema.

* El término ecosistema en el ámbito del emprendimiento integra al conjunto de elementos: sociales, económicos, organizacionales e institucionales, que pueden incentivar o, por el contrario, desincentivar las actividades emprendedoras. La noción, por tanto, es muy amplia y haría referencia, por ejemplo: a la presencia y actividad de inversores, universidades, redes de innovadores, estudiantes, agencias, así como a la certidumbre jurídica y un marco regulatorio favorable a la inversión (incluido, en este punto, elementos fiscales o migratorios, por ejemplo).

ABSTRACT In the post-recession era, States all over the world are opening their doors to the most innovative entrepreneurs and founders of foreign start-ups. The creation of employment associated with those new business models (linked to a large extent to new technologies, such as the internet of things and big data) as well as the impact on the whole economy, have prompted a global race for talent. A global race for entrepreneurship.

The reactivation of the European economy and the creation of employment are two of the most important challenges faced by the European Union nowadays. In order to overcome them, the European Union must be able to compete in this race and consolidate itself as a global ecosystem* for entrepreneurship. For that purpose, the European Commission has already started a survey about the possibilities of adopting a European Permit for start-ups that can act as a strong point to compete in that race through the suppression of migration barriers. Although time works against us, countries like Canada, Australia and Chile have already adopted these plans; in the USA there is much debate on adopting a start-up visa and 7 European countries have already approved their visas or national residence permits for innovative entrepreneurs and start-ups, including Spain.

This article aims to make a contribution to this study by means of some reflection elements. Therefore, the role of entrepreneurship in current economies and the close relation between migration and entrepreneurship is discussed in the first place. Then, a comparative analysis about the migration condition for innovative entrepreneurs and founders of start-ups in the main global ecosystems (USA, Chile, Canada and Australia) is carried out. Finally, a study on the situation within the European Union is performed by collecting the existing schemes in the Member States (paying special attention to the Spanish model) and relating the different elements that this visa or European permit should contain.

Keywords: Start-up, innovative entrepreneur, visa, authorization, foreigner, ecosystem.

* The term *ecosystem* in the field of entrepreneurship groups together several elements: social, economic, organizational and institutional, which may or may not promote entrepreneurial activities. Therefore, this definition is very wide and might refer to, for example, the presence and activity of investors, universities, innovator networks, students, agencies, as well as to the law certainty and a regulatory framework in favour of investment (including at this point, fiscal or migration elements, for example).

La atracción de talento en Europa: la revisión de la Directiva de tarjeta azul

Talent attraction in Europe: Review of The Blue Card Directive

CARMEN BLANCO GAZTAÑAGA*

1. INTRODUCCIÓN

El 6 de junio de 2016 la Comisión presentó su propuesta de revisión de la Directiva 2009/50/CE sobre condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado (Directiva de tarjeta azul, «blue card» en inglés).

Esta iniciativa responde al mandato del Consejo Europeo que, en junio de 2014, al fijar las líneas estratégicas de la política común de asilo e inmigración, dictaminó que *«para seguir siendo un destino atractivo para las personas con talento y capacidad, Europa tiene que desarrollar estrategias para aprovechar al máximo las oportunidades de la migración legal mediante normas coherentes y eficientes, informadas por el diálogo con la comunidad empresarial y los interlocutores sociales.»*

La necesidad de facilitar la migración cualificada obedece también a los objetivos de la

Estrategia de la Comisión «Europa 2020», de 3 de marzo de 2010, en la que se apuesta por convertir a la Unión Europea en una economía basada en el conocimiento y la innovación.

Situar a la UE en condiciones de competir con Australia, Canadá y EEUU en la atracción de talento es una de las prioridades políticas de la Comisión. Así, la Agenda Europea de la Migración publicada por la Comisión el 13 de mayo de 2015 incluye un eje específico sobre la necesaria reforma de la migración legal y, en concreto, de la directiva de tarjeta azul. De acuerdo con el texto de la Agenda:

«Europa compite con otras economías para atraer trabajadores con las competencias que necesita. La evolución de las competencias requeridas por la UE entre 2012 y 2025 debería traducirse en un fuerte aumento (del 23 %) de la proporción de puestos de trabajo que requieren mano de obra con estudios superiores» (...) La UE se enfrenta asimismo a una serie de retos económicos y demográficos a largo plazo. Su población envejece y su economía depende cada vez más de empleos altamente cualificados. Además,

* Subdirectora General de Régimen Jurídico. Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

sin la inmigración, la población en edad de trabajar en la UE disminuirá en 17,5 millones de personas en la próxima década. La migración constituirá pues un factor cada vez más importante para asegurar la sostenibilidad de nuestro sistema de prestaciones sociales y para garantizar un crecimiento sostenible de la economía de la UE. «

Consciente de que las actitudes de la opinión pública en muchos Estados miembros no son muy favorables hacia la migración, la Comisión justifica esta línea de actuación:

«Por este motivo, aunque la defensa de la migración legal siempre resulta difícil en un momento de elevado desempleo y mutaciones sociales, es importante contar con un sistema común riguroso y transparente, que refleje los intereses de la UE, en particular manteniendo a Europa como un destino atractivo para los migrantes.»

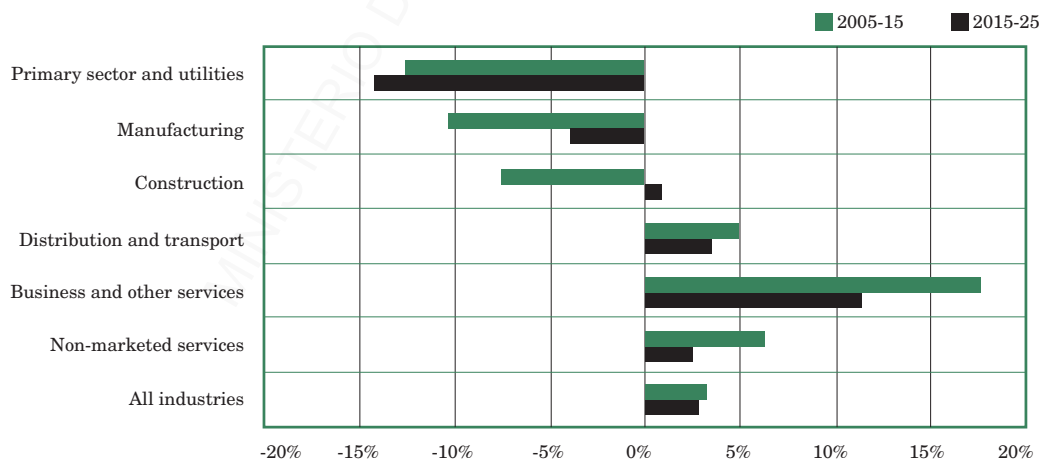
Cierto es que la crisis migratoria y de refugiados, la situación del mercado laboral y el incremento del proteccionismo puede dificultar la consecución de este reto...

2. ¿NECESITA EUROPA ATRAER INMIGRANTES CUALIFICADOS?

En los últimos años, la atención política y mediática se ha centrado en ofrecer una respuesta a la crisis migratoria y a evitar las muertes en las travesías por el Mar Mediterráneo. En este contexto de crisis humanitaria, abordar otras facetas del fenómeno migratorio no resulta sencillo. Además, el auge de actitudes reacias a la migración no es un acicate para estas políticas. Finalmente, la alta tasa de desempleo en muchos Estados miembros no sirve de estímulo para repensar la política de migración cualificada.

Sin embargo, hay numerosos estudios que muestran que aunque no hay un déficit cuantitativo de mano de obra con carácter general en la UE, sí existe un **déficit cualitativo** en determinadas ocupaciones o mejor dicho, de determinadas competencias y esta diferencia se irá incrementando en los próximos años. (OCDE, 2014). De acuerdo con la estimación de CEDEFOP, en la próxima década, la creación de empleo se concentrará en los servicios financieros y empresariales y requerirá alta cualificación, mientras que los empleos en el sector primario, especialmente los de baja cualificación, disminuirán.

TABLA 1. TENDENCIAS EN EL MERCADO LABORAL DE LA UE



Fuente: CEDEFOP 2016.

¿Debería la política migratoria orientarse a cubrir las necesidades actuales del mercado laboral o debería adoptarse un enfoque más amplio que permita atender y anticipar necesidades futuras?

La mayor parte de los Estados miembros de la UE combinan dos enfoques complementarios: para las ocupaciones de baja cualificación establecen un sistema de control y ajuste basado en cuotas o tests de mercado laboral y para las ocupaciones o competencias consideradas estratégicas (altamente cualificados, emprendedores) establecen una política activa de atracción al margen del test del mercado laboral (EMN, 2016). No obstante, las tendencias proteccionistas que comienzan a estar cada vez más presentes en muchos países están llevando a cambios, como en el caso de Reino Unido.

En una economía globalizada muy competitiva, el talento puede marcar la diferencia (Papademetriou, 2008). Un ligero incremento

en el talento puede suponer un aumento exponencial de los resultados de las empresas y del progreso económico.

Pero es que además el talento y la creatividad emergen en numerosas ocasiones cuando el extranjero abandona su país de origen y se instala en otro. Se señala a menudo que las economías más desarrolladas no producen el talento que requiere su economía y la innovación de sus empresas. Sin embargo, la realidad es aún más compleja. Cuando se analiza el ranking de los países con mayor tasa de emigración de personal altamente cualificado, nos encontramos con la sorpresa de que Reino Unido y Alemania ocupan la posición cuarta y quinta, mientras que Francia y EEUU se sitúan en la posición 11ª y 12ª respectivamente. Esto muestra que en la economía actual, la circulación del talento es una realidad inexorable. Los países con economías más avanzadas cuentan con una cifra considerable de emigración de profesionales altamente cualificados.

TABLA 2. PAÍSES DE ORIGEN DE LOS INMIGRANTES ALTAMENTE CUALIFICADOS

	Highly educated migrants				Emigration rates of the highly educated	
	2010/11	2000/01	Rank in 2000/01	Change between 2000/01 and 2010/11	2010/11	2000/01
India	2 238 100	1 002 300	2	123%	3%	3%
Philippines	1 545 200	889 100	3	74%	8%	7%
China	1 530 600	822 800	5	86%	2%	2%
United Kingdom	1 470 600	1 082 300	1	36%	11%	12%
Germany	1 219 500	865 400	4	41%	9%	7%
Poland	999 900	467 200	9	114%	17%	12%
Russian Federation	890 800	624 800	6	43%	1%	1%
Mexico	885 500	475 000	8	86%	6%	6%
Korea	809 400	517 100	7	57%	4%	4%
Ukraine	657 900	372 700	13	77%	4%	3%
France	596 600	377 400	12	58%	6%	4%
United States	596 000	418 200	11	43%	0%	0%
Canada	560 700	423 000	10	33%	5%	6%
Romania	557 100	268 200	18	108%	21%	16%
Viet Nam	539 100	348 100	14	55%	11%	18%
Iran	471 200	289 700	15	63%	4%	7%
Pakistan	451 600	202 700	23	123%	6%	3%
Italy	429 200	273 500	17	57%	8%	6%

	Highly educated migrants				Emigration rates of the highly educated	
	2010/11	2000/01	Rank in 2000/01	Change between 2000/01 and 2010/11	2010/11	2000/01
Morocco	424 900	233 700	20	82%	16%	14%
Colombia	375 200	173 700	27	116%	11%	6%
Japan	361 400	277 200	16	30%	1%	1%
Cuba	341 700	222 400	21	54%	20%	28%
Chinese Taipei	335 700	263 200	19	28%	4%	6%
Algeria	322 000	217 600	22	48%	10%	15%
South Africa	296 600	162 300	28	83%	12%	7%
Brazil	295 700	144 100	31	105%	3%	2%
Jamaica	292 200	190 700	24	53%	48%	47%
Netherlands	271 700	187 400	25	45%	8%	6%
Ireland	271 200	177 000	26	53%	20%	20%

Note: The population refers to persons aged 15 and above. Iceland is excluded from OECD destinations when comparisons between 2000/01 and 2010/10 are made.

Source: Database on Immigrants in OECD Countries (DIOC) 2000/01 and 2010/11.

La necesidad de atraer profesionales altamente cualificados extranjeros se fundamenta en la idea de que, precisamente por venir de otro país con otra cultura distinta, pueden aportar valor añadido y enriquecer especialmente en aquellos sectores que se fundamentan en la innovación. Por ello, no es extraño que los países que apuestan por la innovación sean los que estén más abiertos al talento, como es el caso de Irlanda y Países Bajos en la UE o Australia y Canadá y EEUU.

3. LA MIGRACIÓN CUALIFICADA EN LOS PAÍSES DE LA OCDE

Los países anglosajones se han caracterizado por contar con políticas de migración cualificada muy avanzadas. Estas políticas vienen de antiguo y están sujetas a evaluaciones periódicas y ajustes. A continuación, analizaremos los principales modelos.

3.1. Canadá

Canadá cuenta con un sistema de migración selectiva que prioriza a los extran-

jeros con alta cualificación. El 46% de los extranjeros en edad laboral tenían estudios superiores en 2013. En relación con la migración temporal en Canadá tienen gran importancia los programas de movilidad de jóvenes (161.000 permisos se concedieron en 2013 como el número de estudiantes internacionales (194.000 visados en 2013).

En cuanto a la migración permanente, Canadá ha puesto en marcha un sistema para seleccionar extranjeros altamente cualificados, (express entry). El sistema tiene dos fases. En la primera fase, los candidatos potenciales rellenan una solicitud online con sus competencias, incluyendo la experiencia laboral, idiomas, educación y capacidades... Las candidaturas se ordenan de acuerdo con un sistema de puntos. Los puntos se obtienen por sus competencias y habilidades, la experiencia laboral o contar con una oferta de trabajo. Aquellos que obtengan un mayor número de puntos pueden solicitar la residencia permanente. El plazo medio de tramitación de las solicitudes es inferior a seis meses.

3.2. Australia

Como sucede con Canadá, tanto los programas de movilidad de jóvenes (239.000 visados en 2013-14) como los de estudiantes internacionales (290.000 visados en 2013-14) son muy significativos. En el caso de los estudiantes internacionales, en 2013 se reformó la ley para facilitar su incorporación al mercado laboral.

En relación con los profesionales altamente cualificados cuentan con dos visados diferentes.

Existe un visado temporal (457) para aquellos altamente cualificados que cuentan

con un «sponsor», es decir una empresa registrada previamente que avala su solicitud y les ha realizado una oferta de trabajo. En principio se limitan a determinadas ocupaciones pero pueden concederse excepcionalmente para otras ocupaciones. Desde 2013, se exige un nivel de inglés alto para acceder a este visado. En 2013-14 se concedieron 98.600 «visados 457», siendo las principales nacionalidades India, Reino Unido y China.

Por otro lado, el visado de cualificado independiente (Skilled Independent visa subclass 189) permite acceder a la residencia permanentemente a extranjeros que no cuentan con un sponsor. Es un sistema de puntos.

TABLA 3. PUNTOS DEL SISTEMA AUSTRALIANO PARA CUALIFICADOS INDEPENDIENTES

Criterio	Descripción	Puntos
Edad	18-24 años	25
	25-32 años	30
	33-39 años	25
	40-44 años	15
	45-49 años	0
Inglés	Proficient english	10
	Superior english	20
Empleos cualificados previos	Experiencia fuera de Australia: 3 años <X<5 años	5
	5 años<x<8 años	10
	8 años>x>10 años	15
	Experiencia en Australia 1 año<x<3 años	5
	3 años <x<5 años	10
	5 años<x<8 años	15
	8 años<x<10 años	20
Titulaciones	Doctorado en Australia o un centro reconocido	20
	Licenciado en Australia o un centro reconocido	15
	Diploma o cualificación comercial en Australia	10
	Cualificación reconocida	10
Otros	Estudios en determinadas regiones de Australia	5
	Idioma regional	5

Fuente: Gobierno de Australia <http://www.border.gov.au/trav/Visa-189>.

3.3. EEUU

Estados Unidos es uno de los países que más inmigrantes recibe del mundo y con mayor atractivo tanto para inmigrantes cualificados como para los no cualificados.

En 2013, el número de estudiantes internacionales fue de 534.100. Ese mismo año se expidieron 86.400 de movilidad para jóvenes (working holidays) y 66.700 autorizaciones de movimientos intraempresariales.

Cuenta con un sistema de visados muy complejo en el que incluso se conceden anualmente 50.000 visados temporales por sorteo entre nacionales de países con un porcentaje de inmigración a los EEUU bajo.

Existe un tipo de visado especial para los sectores de arquitectura, ingeniería, ciencia y medicina. Requiere una oferta laboral y la solicitud la presenta el empresario. El visado es válido por 3 años renovables; transcurrido este tiempo se puede solicitar la residencia permanente (green card). Hay dos cupos anuales, el general de 65.000 visados y un cupo adicional de 20.000 para los graduados en EEUU. Los principales países de origen de los beneficiarios de la visa H1B son India y China.

3.4. Reino Unido¹

La política migratoria de Reino Unido está sufriendo un cambio de orientación muy relevante. Durante décadas, Reino Unido ha atraído a inmigrantes incluyendo profesionales altamente cualificados. Esto ha convertido a Londres en un «hub» mundial. Sin embargo, parece que el escenario futuro puede variar.

Hasta la fecha (agosto 2016) los visados válidos para inmigrantes cualificados son los siguientes:

- Tier 1, para inmigrantes con un talento excepcional (cupos anual de 1.000) y para emprendedores (cupos anual de 2.000)
- Tier 2, para inmigrantes cualificados con un sponsor y una oferta de trabajo. En esta categoría se incluyen los movimientos intracorporativos.

Además, existen visados para estudiantes y para programas de movilidad (working holidays)

El Gobierno de Cameron anunció una ambiciosa reforma con el objetivo de reducir la inmigración. Para ello, iba a incrementar el umbral salarial que permite acogerse al visado de cualificados (Tier 2) y establecer una tasa (certificado de esponsorización) de 1.000 libras anuales por cada extranjero cualificado contratado. La cuantía recaudada sería destinada a formación de trabajadores nacionales.

En el resultado del referéndum sobre la permanencia en la UE, los aspectos de libre circulación han sido uno de los que han suscitado mayor atención y controversia. En la fecha de redacción de este artículo aún no ha comunicado formalmente el Gobierno de Reino Unido la voluntad de abandonar la UE. Una vez que se produzca esta notificación, se negociará un acuerdo que establecerá la forma de su retirada y el marco de las relaciones futuras con la UE (art 50 TUE). En este acuerdo debería contemplarse el régimen aplicable a los ciudadanos UE residentes en Reino Unido, y viceversa. De no lograrse un acuerdo en 2 años desde la notificación, el derecho de la UE dejará de aplicarse en las islas. En ese supuesto, los ciudadanos UE residentes se regirían por las normas migratorias generales.

Hasta este momento, la libre circulación está concebida como parte intrínseca del mercado único, de manera que si Reino Unido quiere tener un acceso privilegiado al mercado único debería permitir en contraprestación la libre circulación, como sucede en el caso de los países del Espacio Económico Europeo (como Noruega) o lograr un acuerdo como el de Suiza

¹ Se incluyen Reino Unido e Irlanda en este apartado y no en el de la UE porque en virtud del Protocolo 21 al TUE ambos países pueden optar por no aplicar el derecho de la UE en materia de admisión de extranjeros, lo que implica en la práctica que no se aplican las directivas como tarjeta azul.

que contempla la eventual imposición de cuotas. No obstante, nada hay decidido y, hasta el momento, hay un gran debate interno en Reino Unido².

El acuerdo se negociará por la Comisión pero debe ser aprobado por el Parlamento y por la mayoría cualificada del Consejo. Esto es lo previsto en el Tratado de la UE, pero no será la primera vez que en finalmente la solución en el proceso europeo no sea la prevista en los tratados.

En la siguiente tabla, se puede observar la categoría de empleos que ocupan los británicos,

los ciudadanos de la UE (EEE) y de terceros países en Reino Unido. Destaca la menor presencia de directivos, cuadros superiores y profesionales cualificados de origen europeo en comparación con los británicos y los nacionales de terceros países. La mayor parte de profesionales altamente cualificados son nacionales británicos o de terceros países mientras que los ciudadanos UE ocupan el porcentaje más alto de empleos elementales. Una eventual restricción de la migración europea podría afectar especialmente a los empleos de baja cualificación, sin embargo, aún es pronto para hacer pronósticos fiables.

TABLA 4. OCUPACIONES COMPARADAS DE NACIONALES Y EXTRANJEROS EN REINO UNIDO

Categoría	UK	EEE*	No EEE
Directores y cuadros superiores	10%	6%	8%
Profesionales cualificados	20%	16%	25%
Profesionales asociados y ocupaciones técnicas	15%	11%	12%
Administrativos y secretariado	11%	7%	7%
Comerciales cualificados	11%	12%	8%
Cuidadores y servicios diversos	9%	7%	11%
Ventas y atención al cliente	8%	5%	8%
Técnicos operarios	6%	11%	6%
Ocupaciones elementales	10%	25%	16%
Total	25.6 millones	1.4 millones	1.2 millones

Fuente: ONS Annual Population Survey 2012.

* Países pertenecientes a la UE y el Espacio Económico Europeo a excepción de Suiza.

3.5. Irlanda

Irlanda ha apostado en los últimos años por cambiar su modelo productivo incrementando la competitividad e invirtiendo en la innovación. Como parte de esta estrategia, ha puesto en marcha una política de atracción de extranjeros cualificados.

El permiso para competencias críticas o claves puede solicitarse en para ocupaciones altamente cualificadas con una remuneración anual mínima de 30.000 € (hay una lista con las ocupaciones altamente cualificadas) o para cualquier ocupación con un salario superior a 60.000 €.

4. MIGRACIÓN CUALIFICADA EN LA UE

4.1. Normativa comunitaria

La política migratoria es uno de los ámbitos en los que más se ha profundizado en la

² Se olvida con frecuencia que el colectivo más afectado será el de británicos residiendo fuera de las islas, que también verá empeorado su estatuto jurídico.

construcción europea, pasando de ser un ámbito de cooperación interestatal a una política común. Actualmente, el artículo 79 TFUE permite adoptar medidas dirigidas a regular las condiciones de entrada y residencia de extranjeros procedentes de terceros países, así como la definición de sus derechos y de las condiciones que rijan la libertad de circulación y residencia en los demás Estados Miembros (en adelante EEMM). La iniciativa corresponde en exclusiva a la Comisión. Esto le otorga un enorme poder pues decide cuándo lanzar una propuesta y con qué contenido. El Consejo Europeo, en el que se reúnen los Jefes de Estado y de Gobierno sin embargo es el que marca las líneas estratégicas.

Las propuestas deben ser aprobadas por el Parlamento y por el Consejo, en este caso por mayoría cualificada. Esto supone que el proceso legislativo es muy complejo y prolijo, no siendo extraño que la negociación se prolongue durante varios años y dificulta que se puedan realizar ajustes a las medidas aprobadas o poner en práctica proyectos piloto con carácter previo (OCDE, 2016).

Además, es importante tener en cuenta que el TFUE reserva en exclusiva a los EEMM la competencia para determinar los volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países con el fin de buscar trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia. Es decir, se puede regular mediante directivas comunitarias **a quienes** se debe admitir pero **a cuántos se admite** efectivamente es competencia de los EEMM.

Podríamos destacar las siguientes características en la evolución de la normativa comunitaria:

- **Enfoque sectorial:** La UE ha adoptado un enfoque sectorial en materia de migración económica, aprobando directivas por categorías. Entre ellas destacan las siguientes:
 - o Directiva 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de

nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado. Tarjeta azul

- o Directiva (UE) 2016/801, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación au pair. (Versión refundida) que sustituye a:
 - Directiva 2004/114/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado
 - Y Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica
- o Directiva 2014/66/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales.
- o Directiva 2014/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros.

- **Revisión de las normas tras realizar una evaluación por la Red Europea de Migraciones:**

Tanto en el caso de la directiva 2009/50 (estudiantes e investigadores) como en el de tarjeta azul, la Comisión ha presentado una propuesta de revisión de las directivas vigen-

tes tras la realización de estudios de la Red Europea de Migraciones en los que se constató que las normas aprobadas tenían carencias importantes³.

- **Tendencia creciente hacia la armonización:** Se observa además una tendencia creciente hacia una mayor armonización comunitaria. Si en las primeras directivas se permitía mantener sistemas nacionales paralelos, es decir, legislación nacional la misma realidad que las directivas (tarjeta azul), la Comisión ha intentado ir reduciendo paulatinamente el ámbito de los esquemas nacionales en aras de una mayor armonización.

- **Impulso de la movilidad intracomunitaria:** El mayor valor añadido de la normativa comunitaria frente a la normativa nacional es ofrecer la posibilidad de que determinadas categorías de extranjeros puedan residir legalmente en un Estado miembro distinto del que los admitió (primer Estado). Contrariamente a lo que comúnmente se cree, no hay un derecho a residir y trabajar para nacionales de terceros países salvo que esté reconocido expresamente, como en el de familiares de ciudadanos UE o residentes de larga duración UE. En la competición mundial por el talento una de las bazas principales de Europa frente a sus competidores es ofrecer la posibilidad de un mercado único europeo. Un estudiante internacional puede preferir una universidad europea si se le permite y se favorece que parte de sus estudios se realicen en otro Estado europeo. De igual manera, permitir que las empresas europeas puedan operar a escala europea implica que de alguna manera puedan desplazar a su personal con las limitaciones que sean necesarias.

Fue de nuevo la Red Europea de Migraciones la que puso de manifiesto en 2013 la carencia de un sistema efectivo de intramovilidad⁴. Por eso, la Comisión se ha esforzado en introducir en las propuestas posteriores un esquema de intramovilidad más ambicioso, como es en el caso de desplazamientos intraempresariales o estudiantes e investigadores. La verdad es que es uno de los capítulos más difíciles de negociar en la aprobación de las directivas ya que existe aún cierta reticencia por algunos Estados en abrir su mercado laboral a los extranjeros admitidos por otro EM.

- **Derechos de los extranjeros:** Desde la aprobación de la Directiva de permiso único que contiene un catálogo común de derechos de los extranjeros que residen legalmente⁵, la Comisión incluye la regulación de un catálogo de derechos en todas las directivas. Desde el punto de vista español no es muy relevante, ya que la normativa española de extranjería (Ley Orgánica 4/2000) es muy protectora y se fundamenta en el principio de igualdad de trato. Sin embargo, esto no es así en otros EEMM y en relación con ellos, este catálogo de derechos sí es muy apreciable.

4.2. Directiva de tarjeta azul de 2009

En 2004, el Consejo Europeo acordó el Programa de La Haya en el que reconoció que la migración legal debería desempeñar un papel importante en el refuerzo de la economía basada en el conocimiento en Europa y en el impulso del desarrollo económico. En base a ello,

³ http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/immigration-students/0_immigration_of_international_students_to_the_eu_sr_24april2013_final_en.pdf

http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/attracting/emnsr_attractinghqworkers_finalversion_23oct2013_publication.pdf

⁴ http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/intra-eu-mobility/emn-synthesis_report_intra_eu_mobility_final_august_2013.pdf

⁵ Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro.

instaba a la Comisión a presentar iniciativas en el ámbito de la migración cualificada.

Este objetivo fue matizado posteriormente por el propio Consejo Europeo en 2006 y 2007 al señalar que la migración de trabajadores deberá respetar plenamente:

- las competencias de los Estados miembros en este ámbito.
- el principio de preferencia comunitaria para los ciudadanos de la UE.

Se habían producido las ampliaciones de la UE hacia los países del este y, en consecuencia, la oferta de mano de obra europea cualificada se había incrementado exponencialmente.

En este contexto, se produce la propuesta de la Comisión para regular la admisión de trabajadores altamente cualificados. La negociación fue muy complicada y la regla de la unanimidad, vigente en aquel momento para la toma de decisiones del Consejo, obligó a rebajar la propuesta inicial de la Comisión. El Parlamento, en aquel momento, únicamente tenía competencia consultiva y no era colegislador.

Las principales notas de la Directiva de 2009 son las siguientes:

a) Aplicación territorial: se aplica en todos los EEMM con excepción de Dinamarca, Reino Unido e Irlanda por su estatuto específico en materia de justicia y asuntos de interior.

b) Ámbito subjetivo: El concepto de profesional altamente cualificado se refiere a:

- o **nacionales de terceros países** y excluye expresamente:
 - A los solicitantes o beneficiarios de protección internacional.
 - A los familiares de ciudadanos de la UE/EEE.
 - A los investigadores.

- Al personal desplazado (...)

o **Trabajadores por cuenta ajena:** no incluye a los emprendedores o a los profesionales independientes (autónomos) ni el trabajo voluntario (que se regía por la directiva 2004/114 y ahora por la directiva 2006/801).

o **Principio de preferencia comunitaria:** En virtud de este principio, los ciudadanos de la UE/EEE tienen derecho en acceder al mercado laboral de otro EM con prioridad frente a los nacionales de terceros países no residentes, salvo durante las moratorias acordadas en el caso de incorporación de nuevos EEMM.

Es cierto que este principio, que es una de las bases fundamentales de la libre circulación, no es sencillo de llevar a la práctica debido a la dificultad de dar publicidad a las ofertas de puestos de trabajo. En los últimos años, se ha trabajado en la mejora de Eures para facilitar un mejor conocimiento y difusión de las ofertas disponibles, si bien aún queda ámbito de mejora.

Como la directiva de 2009 se negoció con la regla de la unanimidad, para lograr el acuerdo se estableció un mínimo común permitiendo numerosas cláusulas potestativas, que en la mayor parte de los supuestos permiten una aplicación más flexible de la directiva.

o **Cualificación:** Se requiere una titulación superior (3 años de estudios superiores).

▪ **Cláusula de flexibilidad:** Sin embargo, si así lo prevén la legislación nacional, este requisito se puede sustituir por 5 de experiencia profesional previa acreditada. España, Alemania, Francia, Estonia, Grecia, Lituania, Malta, Luxemburgo, Polonia, Suecia y Portugal, Eslovaquia han hecho uso de esta posibilidad.

El problema de la cualificación no es únicamente la exigencia de título sino especialmente el reconocimiento u homologación de títulos extranjeros, tal y como quedó reflejado en el Estudio de síntesis de la REM sobre atracción de profesionales altamente cualificados (EMN; 2013). La mayor parte de los EEMM consideraban que las dificultades asociadas al reconocimiento de títulos era una barrera para la atracción de cualificados.

- o **Exigencia de un contrato laboral** o una oferta vinculante de trabajo por una duración de un año: A diferencia de otros modelos que hemos analizado, no se permite a los extranjeros seleccionados entrar en el país para buscar empleo, deben venir con una oferta de trabajo o un contrato.

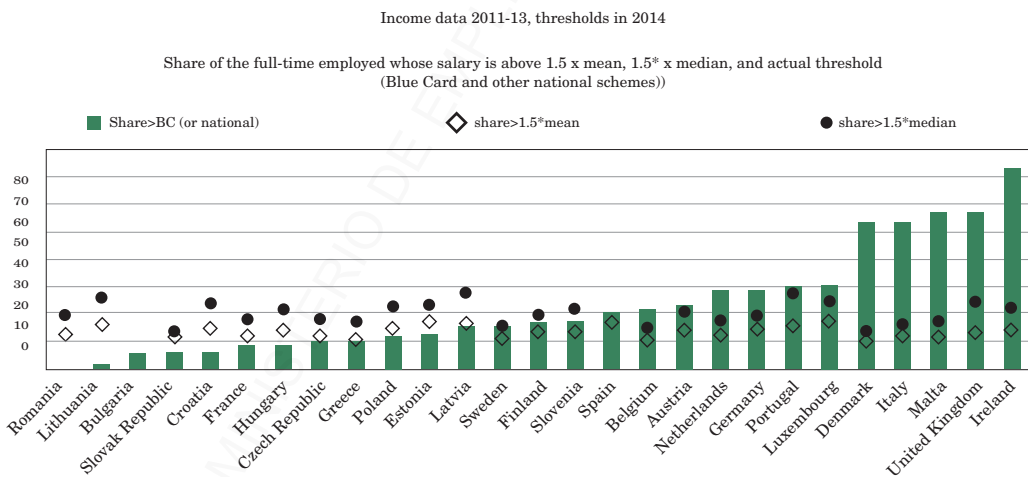
- o **Umbral salarial:** debe ser igual o superior a 1.5 veces el salario bruto anual medio.

- **Cláusula de flexibilidad:** Para las ocupaciones cualificadas con una especial necesidad, los EEMM pueden fijar el umbral mínimo a 1.2 veces el salario medio. Esta posibilidad la han incluido en su legislación interna, España, Alemania, Chipre, Estonia, Grecia, Hungría, Luxemburgo, Malta y Portugal.

El umbral salarial aparece como otra dificultad grave para el acceso de profesionales altamente cualificados (EMN, 2013)

En la tabla siguiente se puede observar cómo sólo una pequeña proporción de la población tiene un salario superior al umbral salarial de la directiva (OCDE, 2016).

TABLA 5. PORCENTAJE DE TRABAJADORES CON SALARIOS SUPERIORES A 1,5 VECES EL SALARIO MEDIO



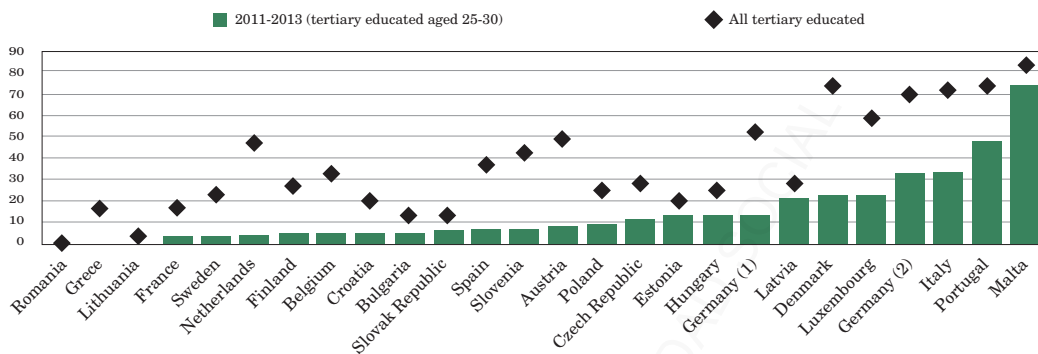
Source: Statice on Income and Living Conditions, 2010, including gross earnings and annual bonuses and allowances not paid at each pay period. Data for Germany from the German Socio-Economic Panel Survey, 2010, gross earnings only, full time or at least 35 hours weekly employment.

Pero sí el umbral salarial es un requisito difícil de cumplir para los altamente cualificados, en el caso de los jóvenes graduados se

convierte en una barrera en muchos casos infranqueable, como se observa en la siguiente tabla (OCDE, 2016).

TABLA 6. PORCENTAJE DE JÓVENES GRADUADOS CON SUELDOS SUPERIORES AL UMBRAL SALARIAL DE TARJETA AZUL

Share of gross full-time earnings above national the Blue Card threshold, tertiary educated total and tertiary educated, aged 25 to 29 years old



Note: DEU(1) refers to the shortage list threshold, DEU(2) to the general threshold.

Source: Statics on Income and Living Conditions, 2010.

c) Disposiciones más favorables, mediante acuerdo internacional los EEMM o la UE pueden establecer condiciones más favorables. Esto permite que un EM negocio con un tercer Estado un régimen más beneficioso

d) Volúmenes de admisión y test de mercado laboral. La contratación de profesionales altamente cualificados extranjeros está condicionada a las necesidades de la economía o del mercado laboral. Como ya hemos señalado, la fijación de volúmenes de admisión es una competencia soberana de los EEMM y no comunitaria. En consecuencia, el margen de maniobra de los EEMM es muy amplio. Es en este punto en el que se puede constatar si los Estados tienen una política abierta o proteccionista. Se observan tres tipos de actuaciones de los EEMM en este supuesto:

- o **Exención de los altamente cualificados del test de mercado laboral** (o examen de la situación nacional de empleo) y no aplicación de cupos: Alemania

Como se ha señalado, esta exención tiene su justificación en que los Estados que quieren incrementar la competitividad y la productividad de sus economías permiten flexibilidad en la

contratación de profesionales altamente cualificados con el fin de mejorar las condiciones de sus empresas para competir internacionalmente.

- o **Situación Nacional de Empleo:** Austria, Bélgica, Bulgaria, Hungría, Italia, Malta, Luxemburgo, Polonia, Eslovaquia y Eslovenia aplican la situación nacional de empleo en el caso de tarjeta azul. En la legislación española la Situación Nacional de Empleo se aplica a los solicitantes de tarjeta azul salvo que sean competencia de la Unidad de Grandes Empresas y Colectivos Estratégicos (UGE)⁶.
- o **Cuotas.** En Estonia y Hungría se establecieron cuotas para el acceso de altamente cualificados.

e) Procedimiento:

El plazo de resolución son 90 días, pero los EEMM pueden reducirlo.

⁶ De acuerdo con el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por RD 557/2011, la UGE es competente en aquellos supuestos en los que concurren razones de interés económico, social o laboral, o para la realización de investigación, alta cualificación o interés cultural. Se fijan en el reglamento un umbral y unos criterios para el acceso. Los procedimientos de la UGE son acelerados y no se aplica SNE.

f) Catálogo de derechos

Al elaborar la directiva de tarjeta azul, la aspiración de la Comisión era crear un marco favorable para atraer talento y uno de los elementos para dotar de atractivo este marco era establecer un amplio catálogo de derecho. Sin embargo, la negociación de la directiva acabó introduciendo la posibilidad de varias excepciones y matices a estos derechos.

- o **Acceso al mercado laboral:** la directiva de 2009 establece un acceso restringido al mercado laboral durante un periodo de 2 años, limitado a ocupaciones altamente cualificadas.
 - **Cláusula de flexibilidad:** A partir de 2 años, los EEMM pueden optar por permitir libre acceso al mercado laboral. Ésta es la opción seguida por la mayoría de los EEMM, a excepción de Bélgica, Bulgaria, Chipre, República Checa, Grecia, Letonia, Malta, Polonia y Suecia.
- o **Desempleo:** la situación de desempleo no implica la retirada de la tarjeta azul, salvo que se prolongue más de tres meses.
- o **Igualdad de trato:** la directiva contempla el principio de igualdad de trato tanto en condiciones de trabajo, incluido el salario y el despido, como en otros derechos (sindicales, asociación, educación, reconocimiento de diplomas, acceso a la cobertura de la seguridad social, vivienda (...)) Sin embargo, numerosos Estados han establecido matices en el acceso a algunos derechos como la educación y formación profesional.

g) Reagrupación familiar

Una de las claves para atraer profesionales cualificados extranjeros es conceder facilidades a sus familias. En muchos casos, la elección de destino está condicionada por las posibilidades de establecerse conjuntamente con todo el núcleo familiar y de que el cónyuge tenga acceso al mercado laboral.

En la directiva de 2009 se establecieron importantes ventajas frente al régimen general de reagrupación:

- o La familia puede acompañar al titular de tarjeta azul, sin que sea necesario que éste espere un año para solicitar la reagrupación.
- o La reagrupación no está supeditada al requisito de que el reagrupante, en este caso el titular de tarjeta azul, tenga perspectivas razonables de acceder a la residencia permanente.
- o No se pueden exigir condiciones de integración como el dominio del idioma, con carácter previo a la solicitud de la reagrupación.

Los EEMM valoraron muy positivamente esta flexibilidad (EMN, 2013), por curiosidad se señala que el Consejo Económico y Social la criticó en su momento por suponer otorgar beneficios en función de razones económicas.

h) Intramovilidad

Este debía haber sido uno de los grandes avances de la directiva de tarjeta azul: facilitar que el profesional altamente cualificado tuviera acceso a todo el mercado único. Sin embargo, la directiva no establece un verdadero permiso común con derecho a la libre circulación y establecimiento. Se requiere que el extranjero haya residido legalmente durante 18 meses en el primer Estado y, además, está sometido a un procedimiento de autorización en el segundo Estado que, para más inri, puede imponer cuotas. En definitiva, prácticamente lo único que supone es la posibilidad de solicitar una nueva tarjeta, tras 18 meses, sin tener que regresar al país de origen.

Puede considerarse que es en cierta medida lógico pues como no existe una armonización completa de las condiciones de admisión, los Estados miembros pueden tener ciertos temores a admitir a extranjeros que han sido seleccionados con criterios más abiertos.

La intramovilidad está siendo uno de los campos de batalla entre la Comisión y los EEMM en los últimos años. Los EEMM con economías más dinámicas temen convertirse en polo de atracción de los extranjeros seleccionados por otros Estados miembros, a la vez, que la Comisión tiene claro que el mayor valor añadido de la armonización comunitaria es conceder un mercado único o intramovilidad. Es especialmente interesante ver en este sentido el estudio de la Red Europea de Migraciones sobre intramovilidad (EMN, 2013).

Desgraciadamente no existen datos actualizados disponibles sobre el número de titulares de tarjeta azul que se han beneficiado de la intramovilidad. Los últimos datos (procedentes del citado estudio de la REM de 2013) son desalentadores: se recibieron en 2012 8 solicitudes en Finlandia, 5 en Hungría, 8 en Letonia y 2 en Holanda.)

Como Reino Unido, Irlanda y Dinamarca no aplican la directiva, no hay intramovilidad ni hacia ni desde estos países.

4.3. Los sistemas nacionales paralelos

Este análisis tan exhaustivo de la directiva de tarjeta azul sin embargo es parcial. La UE es compleja y a veces confusa. El extranjero que quiera venir a Europa a trabajar no debe conocer únicamente la directiva y las normas de transposición (lo que supone ya de por sí una carga importante), sino que descubrirá que casi todos los EEMM cuentan con un sistema nacional paralelo. Es decir, un régimen nacional, sólo aplicable en su territorio, con condiciones distintas a la directiva de tarjeta azul y generalmente más beneficioso. ¿Por qué ocurre esto?

Hay dos razones. La primera es jurídica: el artículo 3.4 de la directiva reconoce el derecho de los EEMM a expedir permisos de residencia distintos de la tarjeta azul a cualquier efecto de empleo. Estos permisos no otorgan derecho a la intramovilidad. Pero como ya hemos visto, la intramovilidad es más teórica que real.

La segunda razón es política. La directiva de 2009 supuso en muchos Estados un gran

avance porque carecían de normativa nacional. Sin embargo, una vez puesta en práctica, se vieron sus debilidades y en vez de optar por una reforma de tarjeta azul (que es larga, tediosa y competencia de la Comisión) optaron por aprobar un régimen nacional paralelo más beneficioso. Otros Estados con gran tradición en la atracción de altamente cualificados optaron por mantener su sistema nacional más favorable y así competir dentro de la UE por ser más atractivo.

¿Cuáles son las principales ventajas de los sistemas nacionales frente al régimen de tarjeta azul?

a) Ámbito de aplicación más amplio: numerosos EEMM regulan categorías como los profesionales independientes o los prestadores de servicios vinculados a los acuerdos comerciales que no están recogidos en la directiva de tarjeta azul

b) Mayor flexibilidad en los requisitos de admisión:

- o Umbral salarial menor especialmente en el caso de jóvenes graduados (Holanda)
- o No exigencia de acreditación de la homologación de títulos
- o Posibilidad de una duración del contrato inferior a un año

c) Tiempos de tramitación más ágiles

d) Fast track para empresas registradas o bona fide, que permite excepcionar la acreditación de algunos requisitos o acelerar trámites (Holanda, España, Italia...)

e) Sistema de puntos (Austria, Holanda, Eslovenia)

f) Facilidades en el acceso a la residencia permanente

Junto con estas ventajas frente a tarjeta azul, los sistemas paralelos contemplan los mismos avances en reagrupación familiar, derechos...

TABLA 7. PANORÁMICA DE LOS ESQUEMAS NACIONALES Y SU COMPARACIÓN CON TARJETA AZUL

Estado	Cualificaciones	Umbral salarial	SNE	Cuota	Duración inicial	Posibilidad de cambio de empleo	Existencia de un sistema de empresas registradas	Acceso a la residencia permanente
Tarjeta azul	Titulación superior o 5 años experiencia	Sí basado en salario medio	Sí, opcional	Sí, opcional	1-4 años en función de duración de contrato +3 meses	Después de 2 años	No	Los periodos de residencia en varios EEMM se acumulan, se permiten mayores ausencias de territorio
Austria	Sistema de puntos	Sí	Depende	No	1 año	Después de 1 año	No	Sí
Bélgica	Diploma de educación superior	Sí	No	No	1 año	No	No	No
Chipre	Cualificaciones profesionales o académicas	Depende	No	No	1 o 2 años	Después de 1 año. Acceso inmediato a las compañías de interés nacional	No	No
Rp Checa	No	No	Sí, con excepciones	No	3-24 meses	Sí previa autorización	No	No
Alemania (diversos permisos para cualificados)	Normalmente titulación universitaria	No	No	No	Hasta 3 años	Después de 2 años en la mayoría de casos	No	Sí, para algunas categorías
Estonia	No	Sí	Sí	Sí	Hasta 2 años		Sí	No
España	Caso a caso. Necesarias para profesiones reguladas	No, caso a caso	No, caso a caso	No	No	1-2 años	Sí, deben notificarse y el nuevo puesto debe ser altamente cualificado	Sí, se permiten mayores ausencias
Finlandia	Educación superior generalmente	Sí	No	NO	Hasta 1 año	Sí	No	No
Francia	Las cualificaciones son necesarias en algunos supuestos	No	No	No	3 años	Sí dentro de la misma actividad profesional	No	No
Italia	La cualificación profesional se requiere para algunas profesiones	No. Salario similar a otras profesiones	No	Sí, aunque existen permisos excepcionados de cuota	Hasta 2 años	Hasta 2 años en la mayoría de supuestos	Sí	No
Holanda	No	Si	No	No	Hasta 5 años	Sí pero el puesto y salario deben ser de altamente cualificado	Sí	No
Polonia (esquema general de trabajadores)	No	No pero salario similar a puesto equivalente	Sí con excepción de ocupaciones de difícil cobertura	No	Hasta 3 años	Sí mediante modificación del permiso	No	No
Eslovenia	Educación superior	No	Sí	No	Hasta 1 año	Sí	No	No
Eslovaquia	Licenciatura	No	Sí	No	Sí hasta 2 años	Sí requiere nuevo test de mercado laboral	No (determinados empleadores certificados están exonerados de tramitar autorización de trabajo)	no

Fuente: Comisión. Impact assesment of blue card proposal.

Letonia, Luxemburgo, Rumanía, Malta, Hungría y Bulgaria no tienen esquema nacional.

La consecuencia es que los regímenes nacionales han sido más atractivos que la directiva como se ve en la tabla siguiente:

TABLA 8. NÚMERO DE PERMISOS DE ALTAMENTE CUALIFICADOS

	2012		2013		2014		2015	
	Tarjeta azul	Esquema nacional	Tarjeta azul	Esquema nacional	Tarjeta azul	Esquema nacional	Tarjeta azul	Esquema nacional
BE	0	95	5	73	19	2.484	19	2.679
BG	15	0	14	0	21	0	61	0
CZ	62	69	72	69	104	46	181	45
DE	2.584	210	11.580	11	12.108	13	14.620	11
EE	16	0	12	0	15	0	19	0
EL	0	0	n/a	0	n/a	0	0	0
ES	461	1.231	313	1.480	39	2.137	4	2.547
FR	126	3.037	371	2.667	597	2.567	659	2.552
HR	En vigor 2013	n/a	10	565	7	0	32	0
IT	6	1.695	87	1.543	165	1.066	237	1.006
CY	0	600	0	385	0	469	0	662
LV	17	106	10	82	32	122	87	143
LT	En vigor 2013	0	26	0	92	0		0
LU	183	21	236	0	262	0	336	0
HU	1	0	4	0	5	0	15	0
MT	0	0	4	0	2	0	0	0
NL	1	5.514	3	7.046	0	7.123	20	7.909
AT	124	1.158	108	1.228	128	1.083		1.173
PL	2	206	16	387	46	691	369	570
PT	2	313	4	767	3	989		896
RO	46	0	71	0	190	0	140	140
SI	9	0	3	0	8	0	15	0
SK	7	0	8	0	6	0	7	0
FI	2	749	5	971	3	1.120	15	959
SE	En vigor 2013	4.751	2	4.666	0	5.012	2	4.527
EU25	3.664	19.755	12.964	21.940	13.852	24.922	16.838	25789
DK	No aplicable	4.088	No aplicable	5.730	No aplicable	5.698	No aplicable	5.457
IE	No aplicable	1.408	No aplicable	1.707	No aplicable	2.438	No aplicable	2.376
UK	No aplicable	8.070	No aplicable	3.081	No aplicable	2.478	No aplicable	1.627
EU28		33.321		32.458		35.527		35.279

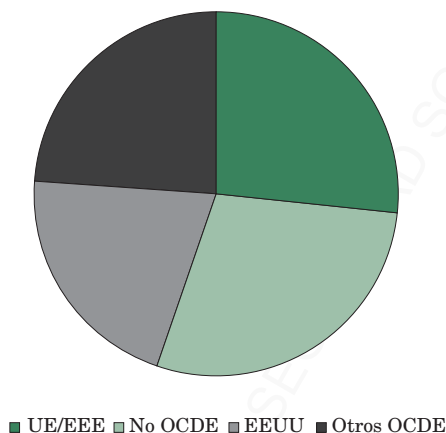
Fuente: EUROSTAT.

4.4 La evaluación de la Directiva de Tarjeta Azul

Como ya hemos dicho, la directiva de tarjeta azul no ha logrado los objetivos previstos y así

lo ha reconocido la propia Comisión. La UE no consigue atraer a los mejores profesionales en la cifra necesaria. Y, sin embargo, La UE en su conjunto es uno de los destinos favoritos de los potenciales inmigrantes altamente cualificados.

TABLA 9. DESTINOS PREFERIDOS DE LOS POTENCIALES INMIGRANTES ALTAMENTE CUALIFICADOS



Fuente: Gallup world surveys 2011 2014. Citado por recruiting immigrant workers Europeo CDE 2016.

Los propios Estados miembros han identificado tres tipos de elementos que dificultan la atracción de talento extranjero (EMN; 2013)

- Las características políticas, históricas y culturales, tales como el idioma, la existencia de un clima reactivo a la inmigración...
- Factores económicos, sociales y educativos: la situación del mercado laboral, el nivel salarial, el desempleo, las condiciones de trabajo.
- Las reglas migratorias. (burocracia, tiempo de tramitación, trabas...)

Es claro que las normas migratorias no bastan para convertir a la UE en un destino capaz de competir con EEUU, Canadá o Australia en la competición global por el talento. El nivel salarial, la situación económica y la oferta de puestos de trabajo y posibilidades de carrera, junto con el clima hacia la inmigración contribuyen a incrementar o disminuir el atractivo. Son muy conscientes en países como

Alemania, Suecia o Holanda que la dificultad de su idioma es un elemento negativo frente a otros destinos como Irlanda.

Es decir, no es suficiente con las normas migratorias hace falta un entorno general favorable hacia el talento.

También parece generalizado considerar que la directiva de tarjeta azul cumplió un papel, introduciendo una categoría (profesionales altamente cualificados) de la que carecían muchos Estados. Sin embargo, posteriormente se ha visto desbordada y superada con los esquemas nacionales, más flexibles, con los que no ha podido competir. Es significativo el caso de España. En 2012 fue el segundo país que emitió un mayor número de autorizaciones de tarjeta azul, sin embargo, una vez que se aprobó el esquema nacional⁷, las autorizaciones de tarjeta azul apenas se han solicitado

⁷ Autorización de residencia para profesionales altamente cualificados prevista en el artículo 71 de la ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización

Cuando la Comisión decidió revisar la directiva de tarjeta azul abrió un proceso de consulta pública y se esforzó en llegar al mayor número de «*stakeholders*» posibles. Podría servir de ejemplo en el ámbito nacional la seriedad, rigurosidad y profundidad con la que la Comisión realiza las evaluaciones y elabora las memorias de impacto de sus propuestas. Ciertamente es que puede haber aspectos mejorables en cuanto a la posible participación de ciertos grupos de interés, pero, desde un punto estrictamente técnico, debe reconocerse que el trabajo previo es concienzudo y que no le duelen prendas en reconocer fracasos y rectificar. Es también positivo que todo este trabajo previo se publica y es libremente accesible a través de la web.

De todo este trabajo, la Comisión ha considerado que los principales fallos de la directiva de tarjeta azul de 2009 han sido los siguientes:

- a) **Ha fracasado como instrumento para atraer y retener talento:** según las estimaciones de la Comisión, el número de altamente cualificados (tanto a través de tarjeta azul como de los

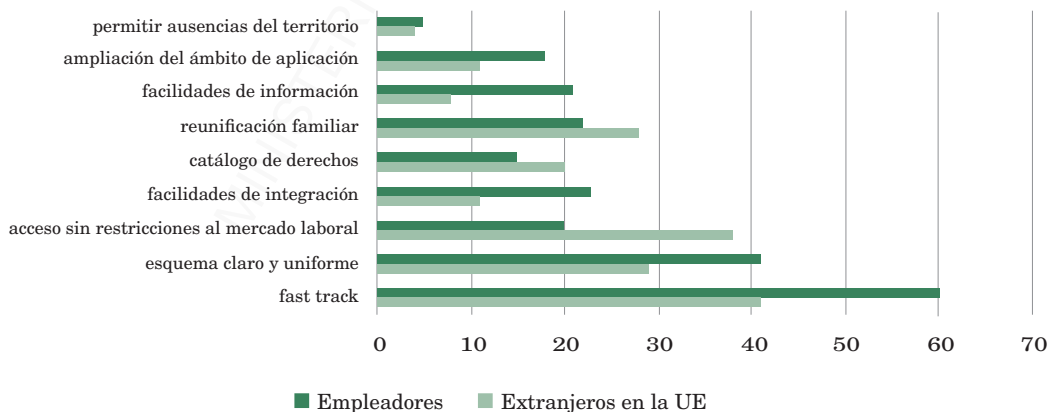
esquemas nacionales) es insuficiente para atender las demandas de la economía.

- b) La normativa comunitaria no cubre otras categorías, como emprendedores o la movilidad vinculada al comercio **(modo 4, profesionales independientes y prestadores de servicios)**
- c) No se aprovecha el potencial de los solicitantes y beneficiarios de protección internacional

Resulta interesante resaltar que de los resultados de la consulta pública se deduce que los principales elementos a mejorar en relación con la atracción de altamente cualificados de la UE son la facilidad para obtener un permiso o autorización de residencia y el reconocimiento de cualificaciones. Por otro lado, de los aspectos más importantes para mejorar el atractivo de la UE, los empleadores consideran que son la existencia de un *fast track* y de procedimientos claros y uniformes mientras que los extranjeros residentes en la UE (lástima que la Comisión no haya incluido en la muestra a los que están fuera de la UE) destacan el acceso al mercado laboral, el *fast track* y la reunificación familiar.

TABLA 10. VALORACIÓN DE ELEMENTOS PARA ATRAER A PROFESIONALES ALTAMENTE CUALIFICADOS

¿Qué elementos son más importantes para mejorar el atractivo de la UE para los altamente cualificados?



Fuente: Impact assesment blue card proposal.

Por otro lado, la OCDE ha elaborado con el apoyo de la Comisión un estudio sobre la migración laboral a la UE (OCDE, 2016) entre las que destacan las siguientes recomendaciones:

- a) Sustituir el enfoque sectorial de las directivas por un enfoque más global ampliando el ámbito de aplicación de las directivas a categorías no cubiertas (emprendedores, profesionales independientes...). En el supuesto de eliminar los esquemas nacionales, debería contemplarse a nivel comunitario la diversidad que existe actualmente.
- b) Centrarse en los sectores en los que hay una alta demanda de profesionales cualificados y sin embargo la UE es poco atractiva
- c) Mejorar la regulación de las modificaciones de estatuto (ejemplo de estudiante a trabajador, de trabajador a emprendedor). No es importante sólo la atracción de talento sino también la retención, es el llamado «*two step migration*» o proceso migratorio en dos fases: alguien entra como estudiante, se forma y acaba desarrollando un proyecto empresarial exitoso.
- d) No penalizar a los solicitantes y beneficiarios de protección internacional
- e) Introducir mayor flexibilidad
- f) Realizar proyectos pilotos para evaluar el impacto de posibles futuras medidas por ejemplo en programas de movilidad de jóvenes, visado de inversores, visado para búsqueda de empleo de postgraduados
- g) Mejorar la marca «tarjeta azul»
- h) Cooperar con terceros países

Y en concreto en cuanto a la revisión de tarjeta azul, efectúan las siguientes recomendaciones:

- a) Revisar el umbral salarial

- b) Introducir las buenas prácticas de los esquemas nacionales, como las empresas registradas, que permite a las empresas bona fide ser eximidas de la acreditación de determinados requisitos o permitir contratos inferiores a 1 año
- c) Facilitar el acceso a la residencia permanente
- d) Incrementar la difusión del modelo de tarjeta azul
- e) Favorecer la exención de la Situación Nacional de Empleo para los altamente cualificados.

5. LA NUEVA PROPUESTA DE DIRECTIVA DE TARJETA AZUL

El 7 de junio de 2016, la Comisión lanzó su propuesta de nueva directiva de tarjeta azul⁸. La exposición de motivos es una declaración de intenciones en toda regla: es una propuesta que tiene como razón de ser atraer talento extranjero y mejorar la posición de la UE frente a sus competidores. Esto es muy importante porque no es una directiva proteccionista, sino, al contrario, abierta y ambiciosa.

El segundo elemento más destacado es que la propuesta no supone virar hacia un sistema de puntos o un *talent pool* como en Canadá. Se mantiene un sistema de demanda en el que la selección la realiza el empleador.

Sus principales elementos son los siguientes:

a) Sistemas nacionales paralelos: La Comisión considera, con razón o sin ella, que los esquemas nacionales han mermado la efectividad de la directiva de tarjeta azul.

⁸ http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposal-implementation-package/docs/20160607/directive_conditions_entry_residence_third-country_nationals_highly_skilled_employment_en.pdf

Por eso, la primera y más importante decisión es que el nuevo esquema será la herramienta prioritaria para atraer profesionales altamente cualificados. Los EEMM no podrán expedir permisos nacionales para supuestos que entren dentro del ámbito de aplicación de la directiva. Ya no habrá, si la propuesta se aprueba en estos términos, esquemas paralelos. Cabrá dictar permisos para aquellas categorías no cubiertas por la Directiva pero no para la misma categoría. No habrá competencia entre los esquemas nacionales y la directiva de tarjeta azul. Obviamente, no es difícil imaginar que este será uno de los grandes caballos de batalla de la negociación.

La Comisión explica en la memoria de impacto que ha intentado introducir todas aquellas mejoras de los esquemas nacionales que no estaban contempladas en la directiva de 2009. Si bien esto supone un mayor atractivo, renunciar a los esquemas nacionales, desde el punto de vista de los EEMM supone renunciar a una competencia. (Alguien podría decir que todo el proceso europeo se trata precisamente de eso!!)

b) Aplicación territorial: No hay novedad al respecto y coincide con la directiva de 2009: se aplicará a todos los EEMM con excepción de Dinamarca, Irlanda y Reino Unido —con independencia del brexit.

c) Ámbito subjetivo:

- o **Trabajo por cuenta ajena** En este punto la propuesta podría haber sido más ambiciosa. La Comisión ha descartado la posibilidad de incluir otras categorías como los emprendedores, los profesionales independientes o los prestadores de servicios, manteniendo el requisito de ser trabajador por cuenta ajena. Es decir, sigue siendo requisito realizar un trabajo por cuenta ajena. La única novedad relevante es que se tiene en cuenta es que se posibilita que los titulares de tarjeta azul puedan desarrollar un proyecto empresarial.

Como se ha señalado, continúa siendo un sistema de demanda que requiere un

contrato de trabajo u oferta en firme, no se prevé un permiso para búsqueda de empleo, la novedad estriba en que cabe que el contrato tenga una **duración de 6 meses** frente a la duración mínima de 1 año de la directiva de 2009. El objetivo de la Comisión es dotar de mayor flexibilidad al sistema y ajustarse con los usos habituales: en muchos supuestos se ofrece un contrato de 6 meses «a prueba» antes de proceder a realizar una contratación indefinida o a mayor plazo. La mayor parte de los esquemas nacionales contaba ya con este elemento de flexibilidad.

- o **Highly skilled employment vs highly qualified employment**, como novedad la propuesta no habla de trabajo altamente cualificado sino empleo de alta capacitación. El objetivo es ser más flexible y no restringirse a las cualificaciones oficiales, sino reconocer otras aptitudes valoradas por el mercado. En el caso de profesiones reguladas, se continúa requiriendo el cumplimiento de todas las condiciones que exija la ley nacional. En los demás supuestos, la alta cualificación concurrirá cuando se acredite un título de educación terciaria (nivel 6 del marco europeo de cualificaciones) o **3 años** de experiencia homologable. Las novedades son la reducción de 5 años a 3 en el caso de la experiencia mínima y que los EEMM están obligados a reconocer la experiencia como equivalente a la titulación superior, mientras que en la directiva de 2009 era potestativo.
- o **Umbral salarial:** Como hemos visto, era uno de los grandes fallos de la directiva de 2009 y tanto la OCDE como los expertos consultados por la Comisión habían propuesto revisarlo.

En la nueva propuesta, la horquilla para el umbral salarial es entre $1 < x < 1,4$ veces el salario medio en el EM. Con la directiva de 2009 era 1.5 veces el salario medio en el EM. Con la introducción

de esta horquilla se permite que los EEMM ajusten el salario en función de sus circunstancias económicas.

Pero, además, la propuesta prevé un umbral salarial inferior (80%) para las ocupaciones superiores estratégicas o deficitarias (ISCO, 1,2) y para los jóvenes graduados. Esta previsión es obligatoria para los EEMM ya que era también una de las grandes barreras de la directiva de tarjeta azul. Esta

regulación para los jóvenes graduados es coherente con la aprobación de la nueva directiva de estudiantes⁹ en la que se prevé un permiso de 6 meses para búsqueda de empleo para los estudiantes de ciclos superiores. No tendría sentido habilitarles a buscar empleo y fijar un umbral salarial inaccesible...

En la tabla siguiente, se puede observar las cuantías en función de los nuevos umbrales salariales:

TABLA 11. UMBRALES SALARIALES

Directiva 2009		Propuesta 2016		
Umbral general (1,5 salario medio)	39.388,5€	Umbral general	Mínimo (1x salario medio) 26.259	Máximo (1.4 salario medio) 36.762 €
Excepción potestativa (1,2 salario medio)	31.510,8€	Excepción obligatoria jóvenes graduados y ocupaciones superiores deficitarias	80% salario medio	21.007,2€

El salario medio en 2015 fue de 26.259€.

Este cambio supone ampliar el ámbito de aplicación potencial de la directiva para dotarla de mayor atractivo, a la vez que se deja cierto margen de maniobra a los EEMM.

- o **Beneficiarios de protección internacional:** Como la evaluación de la directiva ha coincidido con la crisis de los refugiados, inevitablemente ambos debates se han entremezclado. Muchas voces pedían utilizar tarjeta azul como una vía legal de admisión en el caso de solicitantes de asilo. Sin embargo, desde otro punto de vista se defendía la idea de que era preciso mantener ambas normativas en esferas distintas, porque obedecen a ópticas diferentes: tarjeta azul para mejorar la competitividad de Europa y la regulación de solicitantes y beneficiarios de protección internacional a responder a las obligaciones internacionales sobre una base humanitaria.

La Comisión ha optado por una solución intermedia. La propuesta no se aplica a los solicitantes de protección internacional. Es decir, no tiene vocación de convertirse en una vía legal de admisión para solicitantes. Pero, en el caso de beneficiarios de protección, es decir, quienes ya tienen reconocido el estatuto de refugiado o protección subsidiaria, sí pueden solicitar la aplicación de la directiva. La razón es que en la UE el número de solicitantes que finalmente ven aprobada su petición es del 52%. Hay solicitantes de protección internacional procedentes de países seguros que real-

⁹ Directiva (UE) 2016/801 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2016, relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación au pair. (Versión refundida).

mente son migración económica y se quería evitar crear un incentivo.

Los beneficiarios de protección internacional, que cumplan las condiciones, pueden optar por solicitar la tarjeta azul, si bien, dada las peculiaridades de su régimen en materia de reagrupación familiar y de catálogo de derechos se continuarán rigiendo por su normativa específica. ¿Qué ventaja puede tener un beneficiario de protección internacional que le lleve a pedir tarjeta azul si ya tiene un estatuto garantista?

Pues hay dos motivos, en primer lugar, la intramovilidad UE. Contrariamente a lo que comúnmente se cree, no hay derecho a solicitar asilo en el país de elección. Hay unas reglas estrictas sobre cuál es el Estado responsable de tramitar la solicitud y conceder acogida (como regla general, el primer país de entrada, con ciertas salvedades). Sin embargo, hay países como Alemania y Suecia que son más atractivos para los refugiados tanto desde el punto de vista de las ayudas económicas que conceden como de las oportunidades de su mercado laboral. Hasta que no acceden a la residencia de larga duración UE, los beneficiarios de protección internacional no pueden residir legalmente en otro Estado. Por eso, si acceden a tarjeta azul, adquieren, dentro de la normativa, un beneficio de intramovilidad muy beneficioso.

En segundo lugar, el prestigio. Ser titular de tarjeta azul es un elemento que incrementa las facilidades de integración laboral. La tarjeta azul de alguna manera acredita ser «talento», y eso vende y se valora en el mercado, nos guste o no.

d) Disposiciones más favorables, en aras de una mayor armonización, la propuesta restringe la posibilidad de que los EEMM establezcan disposiciones más favorables a través de **nuevos** acuerdos internacionales, sólo se admiten los acuerdos ya vigentes. Esto

supone la imposibilidad para los EEMM de negociar con terceros Estados un régimen más beneficioso. En cambio, sí es posible que lo negocie la UE en su conjunto, o la UE junto con los EEMM.

e) Principio de preferencia comunitaria. No hay variaciones respecto a la aplicación de este principio en la nueva propuesta.

f) Procedimiento

El plazo de resolución se reduce de 90 días a 60 pero la novedad más relevante es incluir la regulación de empresas registradas, como ya ocurre con la directiva de movimientos intraempresariales¹⁰. Cuando una empresa está reconocida de acuerdo con la legislación nacional, el plazo de resolución se reduce (30 días) y se puede eximir la acreditación de determinados requisitos (ejemplo homologación). Este sistema, que también contempla la legislación española, es originario de Luxemburgo y Holanda, cuando una empresa es bona fide, hay un margen de confianza que permite que el procedimiento se aligere, eso sí, si la empresa no cumple los requisitos, deja de formar parte del sistema y los EEMM debe establecer controles para evitar el fraude.

g) Catálogo de derechos: Se amplía y mejora el catálogo de derechos

- o **Acceso al mercado laboral:** se eliminan restricciones en el acceso al mercado laboral. Los titulares de una tarjeta azul tienen acceso al mercado laboral desde el principio. La única limitación es que los EEMM pueden exigirles que notifiquen cualquier modificación en las condiciones (ie cambio de empresa) pero se deben seguir cumpliendo, en el nuevo puesto, las condiciones para ser considerado altamente cualificado.

¹⁰ Directiva 2014/66/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales.

- o **Emprendimiento:** se permite, como novedad, que los titulares de tarjeta azul inicien una actividad de emprendimiento en paralelo.
- o **Desempleo:** no existen variaciones significativas. El desempleo inferior a tres meses no implica la revocación de la tarjeta.
- o **Acceso a la residencia de larga duración:** esta es una de las principales novedades de la propuesta. A imagen y semejanza de los esquemas nacionales de algunos países, la Comisión ha propuesto que los titulares de tarjeta azul tengan un acceso acelerado a la residencia de larga duración: en el plazo de 3 años en vez de en el general de 5 y además, el tiempo de residencia en otros EEMM ejerciendo la intramovilidad computa para este acceso.

h) Reagrupación familiar: No hay novedades muy significativas en este punto. Únicamente se reconoce acceso de los familiares al mercado laboral, si bien los EEMM pueden supeditarlos a la verificación de la situación nacional de empleo.

i) Intramovilidad: La Comisión ha intentado reforzar la intramovilidad para convertir tarjeta azul en un sistema de ámbito europeo. Los principales avances son los siguientes:

- o El periodo mínimo de residencia en el primer EM para poder pedir intramovilidad se reduce de 18 meses a 12 meses.
- o No pueden imponerse cuotas en el segundo EM.
- o Sólo cabe comprobar la Situación Nacional de Empleo si en el segundo EM controla este requisito para la expedición de permisos iniciales
- o Se simplifica el procedimiento y elimina la obligación de acreditar algunos criterios de admisión.

- o Se facilita la posibilidad de realizar actividades de emprendimiento en el segundo EM.
- o Se facilita la intramovilidad de los miembros de la familia, para que acompañen al titular.

Estos son los principales elementos de la propuesta. Debe ser negociada en el seno del Consejo y aprobada por el Consejo (mayoría cualificada) y el Parlamento. La discusión puede prolongarse...

6. CONCLUSIÓN

La negociación de la directiva de tarjeta azul no parece que vaya a resultar sencilla. La UE está abordando una crisis migratoria sin precedentes que, se quiera o no, dificulta elaborar una estrategia pausada y sosegada sobre migración cualificada. El auge del proteccionismo, la situación del mercado laboral, el incremento de las actitudes contrarias a la migración no son tampoco elementos positivos.

Sin embargo, Europa se está jugando mucho en esta batalla. En 1914, Europa producía casi la mitad del Producto Interior Bruto mundial. Cien años después, apenas un 23%. Han surgido otros actores con economías más potentes y con una característica común: innovan, atraen y retienen talento.

La directiva de tarjeta azul debe ser un elemento más en una estrategia global más ambiciosa que garantice que Europa mantenga el puesto que le corresponde en el progreso mundial.

Dicen que Zheng He ha sido uno de los mejores marinos de todos los tiempos. En la China de la dinastía Ming exploró el Índico mucho antes que los portugueses. Sus siete viajes abrieron un mundo de posibilidades para China. Sin embargo, la corte estaba dividida y el bando proteccionista triunfó. Se limitó el comercio, se prohibió realizar nuevas expediciones y se llegaron a destruir las naves. China

se volvió hacia dentro y entonces emergieron nuevas potencias. Pocos años después españoles y portugueses inauguraban una nueva era de descubrimientos...

Podemos aprender de la historia...

BIBLIOGRAFÍA

- BLANCO GAZTAÑAGA, CARMEN. La política de migración como elemento de competitividad, Revista del MEYSS, Migraciones internacionales, 2015
- COMISIÓN EUROPEA. Comunicación al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al Comité de las regiones: una Agenda Europea de Migración Bruselas, 13.5.2015 COM(2015) 240 final
- EMN, Attracting Highly Qualified and Qualified Third-Country Nationals European Migration Network Study 2013.
http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/attracting/emnsr_attractinghqworkers_finalversion_23oct2013_publication.pdf
- INTRA-EU MOBILITY OF THIRD-COUNTRY NATIONALS EUROPEAN MIGRATION NETWORK STUDY 2013
http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/intra-eu-mobility/emn-synthesis_report_intra_eu_mobility_final_13th_august_2013.pdf
- EMN, Determining labour shortages and the need for labour migration from third countries in the EU, Synthesis Report for the EMN Focussed Study, EMN 2015
- CEDEFOP, European sectoral trends, the next decade. European center for the development of vocational training (CEDEFOP), 2016.
<http://www.cedefop.europa.eu/es/publications-and-resources/publications/8093>
- COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO. Dictamen del sobre la «Propuesta de Directiva del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado» COM(2007) 637 final – 2007/0228 (CNS) (2009/C 27/23)
- COMISIÓN EUROPEA. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta capacitación y evaluación de impacto, COM(2016) 378 final, 7 de junio de 2016
- GOWER, MELANIE. The UK's points-based system for immigration. House of Commons briefing paper n. 7662, 2016
- HM Government, review of the balance of competence between the UK and the European Union. Single Market. Free movement of persons. 2014
- KALANTARYAN SONA, IVAN MARTIN. Reforming the EU blue Card as a labour migration policy tool?, Migration Policy Centre, European University Institute, mayo 2015
- PAPADEMETRIOU, G. Will Somerville and Hiroyuki Tanaka, 2008. Talent in the 21 Century. Washington DC, Migration Policy Institute
- EUROPEAN PARLIAMENT. Exploring new avenues for legislation for labour migration to the European Union Parlamento Europeo, comité LIBE, (2015)
http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/536452/IPOL_STU%282015%29536452_EN.pdf
- EUROPEAN PARLIAMENT. The EU Blue Card Directive. Directive 2009/50 on the conditions of entry and residence of third-country nationals for the purposes of highly qualified employment. Briefing Implementation Appraisal. Parlamento Europeo, diciembre 2015 [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/558766/EPRS_BRI\(2015\)558766_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2015/558766/EPRS_BRI(2015)558766_EN.pdf)
- OCDE, The Global competition for talent. Mobility of the highly skilled, OECD publishing, Paris, 2008
- OCDE, Commission, Matching economic migration with labour market needs in Europe, policy brief, OECD, European Commission September 2014.
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264216501-en>
- OCDE International migration outlook 2014, OECD publishing.
http://dx.doi.org/10.1787/migr_outlook-2014-en
- OCDE International migration outlook 2015, OECD publishing
http://dx.doi.org/10.1787/migr_outlook-2015-en
- OCDE. European Union (2015), Indicators of Immigrant Integration 2015, Settling In, OECD publishing, Paris
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264234024-en>
- MARIA VICENZA DESIDERIO, KATE HOOPER. The Canadian expression of interest system, A model to manage skilled migration to the EU? Migration policy institute, 2016.

RESUMEN Lograr que la UE continúe siendo un destino atractivo para el talento es una de las prioridades de la Comisión.

La Directiva de 2009 de tarjeta azul no ha conseguido los resultados esperados. Los Estados cuentan con sistemas nacionales más atractivos y flexibles. Además, el mayor valor añadido de la normativa comunitaria, que sería la posibilidad de residir en otro Estado miembro (intramovilidad), no ha funcionado.

Este artículo analiza la política de atracción de migrantes altamente cualificados en los países de la OCDE, la evaluación de la directiva de tarjeta azul y los principales elementos de la nueva propuesta.

Palabras clave: Movilidad, migración cualificada, circulación del talento, profesionales altamente cualificados.

ABSTRACT One of the main priorities of the European Commission is to maintain the position of the EU as a global attractive destination for talent.

The Blue Card Directive (2009) has failed to achieve the expected goals. Member States have introduced more attractive and flexible parallel national schemes. Moreover the main added value of EU legislation, which is the possibility to be allowed to reside in other MS –intraEU mobility– has not worked as expected.

This article analyses the policies designed by OECD member States aiming to attract high qualified migrants, the evaluation of blue card and the main features of the new proposal.

Keywords: Mobility, skilled migration, brain circulation, highly qualified professionals.

Recent CJEU developments in the field of access to social rights and their impact in selected Member States

Recent CJEU developments in the field of access to social rights and their impact in selected Member States

PAUL MINDERHOUD*
SANDRA MANTU*

1. INTRODUCTION

This contribution addresses the links between recent CJEU case law concerning social rights for mobile EU citizens and nationals developments. Our aim is to examine the fit between recent case law and what happens at the national level where the rights of mobile EU citizens have to be implemented. Under the current rules of EU citizenship, the link between the exercise of free movement and the performance of economic activities has been loosened to the extent that economically inactive EU citizens are entitled to move and reside in another EU state as long as they are economically self-sufficient and in possession of a comprehensive health insurance in order not to become an unreasonable burden on the host state's social assistance system. CJEU case law has played an important part in giving shape to the rights of economically inactive EU citizens by coupling EU citizenship with

the principle of non-discrimination on the basis of nationality and by enlarging the scope of those mobile citizens who were designated as entitled to enjoy equality with the national citizens of the host state in the area of social rights. This process led to the (partial) uncoupling of the exercise of free movement rights from the performance of an economic activity. Together these developments are described by some commentators as a reason for Member State resistance and discontent with EU citizenship and its model of mobility¹.

Our focus is on selected CJEU decisions (*Brey*, *Dano*, *Alimanovic* and *Garcia Nieto*), followed by the description of national developments in terms of social rights for EU citizens in Germany, the Netherlands and the UK. Finally, we problematize the role of jurisprudence in the process of creating common rules for mobile EU citizens while drawing on Shaw's typol-

* Both at the Centre for Migration Law, Radboud University, Nijmegen, the Netherlands.

¹ D. THYM (2015) The Elusive Limits of Solidarity. Residence Rights of and Social Benefits for Economically Inactive Union Citizens, *Common Market Law Review* 52, pp 17–50; R. BELLAMY (2008) Evaluating Union Citizenship: Belonging, Rights and Participation within the EU, *Citizenship Studies* 12:6, pp 597–611

ogy of strategies used by Member States to deal with EU law when they want to contest it². Our case studies will look at situations where Member States are in favour of the interpretation given to EU law by the Court; they show that in such situations Member States are inclined to follow CJEU jurisprudence and rely on it to justify national implementation measures. This forces us to engage more deeply with the position of the Member States in relation to the whole European integration process, especially when it comes to translating EU jurisprudence into national policy.

2. MOBILE EU CITIZENS AND SOCIAL RIGHTS IN THE HOST STATE

Social rights for mobile EU citizens can be described as a complex field of law: different pieces of legislation with different purposes and scopes of application regulate entitlement to on one hand, social security (Regulation 883/2004)³ and, on the other hand, social assistance (Directive 2004/38)⁴. In relation to social security benefits (which can be generally defined as contribution based), the EU does not aim to harmonize the social security systems of the Member States. The EU limits itself to adopting rules that coordinate the national social security systems in order to make sure that mobile EU citizens are caught by the safety net of one social security system. The premise of Regulation 883/2004, which is the main legislative instrument in the field of

social security, is making sure that mobile EU citizens do not lose out on social security entitlements simply because they are exercising their right to freedom of movement. We can argue that the EU requires its Member States to open up their social security systems to mobile EU citizens but it does not intervene in terms of setting out what type of benefits a Member State should provide as part of its system, nor the rules of attribution. While the coordination rules were initially designed for mobile EU workers, in time they were expanded to cover mobile EU citizens as a way of mirroring the expansion of the right to free movement to other categories than workers. In the case of social assistance, there are no attempts to create a coordination system. Where mobile EU citizens are concerned, the interplay between social security and social assistance has started to be a contested issue in CJEU jurisprudence (see *Brey*, *Dano* etc.).

The CJEU decisions examined in this contribution concern the entitlement of mobile EU citizens to social assistance in their host state. The EU rules applicable to in their case are laid down by Directive 2004/38. The Directive makes a distinction between residence up to 3 months, residence from 3 months to 5 years and, residence for longer than 5 years. Different conditions apply in each of these three categories. Furthermore, the treatment of economically inactive persons differs from the treatment of economically active persons. All EU citizens have the right to enter any EU Member State without any conditions or formalities, other than the requirement to hold a valid identity card or passport, for 3 months (Article 6 of the Directive). For residence longer than 3 months, economically inactive EU citizens must have sufficient resources and comprehensive medical insurance. These two conditions do not apply to workers, self-employed, persons who retain worker status based on the Directive or jobseekers. Union citizens who have resided legally and for a continuous period of 5 years in the host Member State have a right of permanent residence there. Union citizens (and their family

² J. SHAW (2015) Between Law and Political Truth? Member State Preferences, EU Free Movement Rules and National Immigration Law, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, pp 247-286

³ Directive 2004/38/EC of the European Parliament and the Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC, (OJ L 158/77, 30.04.2004)

⁴ Regulation (EC) No 883/2004 of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 on the coordination of social security systems (OJ L 200, 7.6.2004, pp. 1-49)

members) enjoy this right without any further conditions, even if they no longer have sufficient resources or comprehensive sickness insurance cover.

According to Article 24 of the Directive, Union citizens who reside on the basis of the Directive (that is, they fulfil the conditions attached to the type of residence right they fall under) enjoy equal treatment with nationals of the host state within the scope of the Treaty. However, exceptions from the general rule are allowed under Article 24(2):

«by way of derogation from paragraph 1, the host Member State shall not be obliged to confer entitlement to social assistance during the first three months of residence or, where appropriate, the longer period provided for in Article 14(4)(b), nor shall it be obliged, prior to acquisition of the right of permanent residence, to grant maintenance aid for studies, including vocational training, consisting in student grants or student loans to persons other than workers, self-employed persons, persons who retain such status and members of their families.»

The wording of the Directive in relation to the social rights of economically inactive mobile citizens and jobseekers can be described as lacking clarity and leading to legal uncertainty. On the one hand, the Directive only allows inactive persons to use their free movement rights if they have the necessary resources. On the other hand, it includes all kinds of signals that when inactive persons apply for a social assistance benefit, they should be able to get such a benefit without having to fear automatic expulsion due to lack of sufficient resources. The Directive fails to offer a clear definition as to when an EU citizen becomes an «unreasonable burden» to the social assistance system of his host state. Leeway is given to Member States to examine whether financial difficulties may be temporary, which some states duly used by developing own

definitions. This lack of clarity in relation to the treatment of economically inactive EU citizens is partly responsible for a growing number of cases before the Court of Justice seeking to ascertain to what extent such citizens are entitled to equal treatment in relation to social assistance.

3. RECENT CJEU DECISIONS ON SOCIAL RIGHTS (BREY, DANO, ALIMANOVIC AND GARCIA-NIETO)

The decisions we have selected are generally described as indicating a shift in the Court's interpretation of EU citizenship provisions towards a restrictive interpretation of the rights of EU citizens. Spaventa has described the current trend as «*an apparent retreat from the Court's original vision of citizenship in favour of a minimalist interpretation, which reaffirms the centrality of the national link of belonging, positing the responsibility for the most vulnerable individuals in society firmly with the state of origin.*»⁵ The exact reasons for the Court's change of heart in relation to the interpretation of the rights of (economically inactive and job seeking) EU citizens remain unclear although several explanations have been put forward ranging from the effects of the economic crisis to the increasing contestation of CJEU jurisprudence in this area of free movement law by a number of sceptic EU governments as shown by Brexit⁶. All cases deal with the entitlement of EU citizens to social benefits in their host state and explore the limits of social solidarity to which mobile EU citizens are entitled to.

⁵ E. SPAVENTA, *Earned citizenship – understanding Union citizenship through its scope*, in D. KOCHENOV (ed.) *EU Citizenship and Federalism: the Role of Rights*, Cambridge (CUP, forthcoming).

⁶ See MANTU, S.A. & MINDERHOUD, P.E. (2015). *Solidarity (still) in the making or a bridge too far?* (Nijmegen Migration Law Working Papers Series, no 2015/01). Nijmegen: Radboud University

3.1. *Brey*⁷

This case concerned a German national, who was in receipt of a German invalidity pension of € 1.087,74 and who had transferred together with his wife his residence to Austria. Here he applied for an Austrian compensatory supplement aimed at guaranteeing the person concerned a minimum subsistence income in Austria. The Austrian authorities refused to grant this benefit because, in their view, Mr Brey did not meet the conditions required to obtain the right to reside, due to a lack of sufficient resources. According to the Court, the fact that an economically inactive national from another Member State may be eligible, in the light of a low pension, to receive that compensatory supplement benefit, could be an indication that the national in question does not have sufficient resources to avoid becoming an unreasonable burden on the social assistance system of the host Member State, for the purposes of obtaining or retaining the right to reside under Article 7(1)(b) of Directive 2004/38. However, this is just «an indication». The Court recalls that it should be noted that the first sentence of Article 8(4) of Directive 2004/38 expressly states that Member States may not lay down a fixed amount which they will regard as «sufficient resources», but must take into account the personal situation of the person concerned. Therefore, it follows that, although Member States may indicate a certain sum as a reference amount, they may not impose a minimum income level below which it will be presumed that the person concerned does not have sufficient resources, irrespective of a specific examination of the situation of each person concerned. National authorities first have to carry out an overall assessment of the specific burden which granting that benefit would place on the national social assistance system as a whole, by reference to the personal circumstances characterizing the individual situation of the person concerned.

The CJEU stressed that any limitation upon the freedom of movement as a fundamental principle of EU law must be construed narrowly and in compliance with the limits imposed by EU law and the principle of proportionality. The Member States' room for manoeuvre may not be used in such a manner as to compromise attainment of the objective of Directive 2004/38, more specifically its objective to facilitate and strengthen the primary right to free movement. On the basis of these elements, the Court confirms that EU law recognizes a certain degree of solidarity between nationals of a host Member State and nationals of other Member States. The mere fact that a national of a Member State receives social assistance is not sufficient to demonstrate that he constitutes an unreasonable burden on the social assistance system of the host Member State. For that reason the Austrian legislation, by virtue of which the mere fact that an economically inactive migrant EU citizen has applied for the «compensatory supplement» is sufficient to preclude that citizen from receiving it, is not compatible with EU law. This automatic refusal keeps the national authorities from carrying out an overall assessment of the specific burden.

3.2. *Dano*⁸

This case concerns two Romanian nationals, mother and minor son, who lived in Germany, in Leipzig. Ms Dano and her child lived in the apartment of her sister, who provided material-ly for them. Ms Dano was receiving an allowance for her child from the German authorities, when she also applied for another type of benefits under the German basic provision scheme. The case concerns the refusal of the German authorities to pay the latter benefits. From the facts, it appears that Ms Dano had not entered Germany to seek employment, although she benefits under dispute were reserved to job-seekers. Her case file showed that she had

⁷ Case C-140/12 *Brey*, ECLI:EU:C:2013:565.

⁸ Case C-333/13 *Dano*, ECLI:EU:C:2014:2358.

not been looking for a job in Germany; she had no professional qualifications and had not exercised any profession in Germany, nor Romania. Under existing national rules, foreign nationals (and their families) whose right of residence is only justified by search for employment, are excluded from the receipt of basic provision benefits. Ms Dano claimed that the refusal to pay her benefits based on the basic provision amounted to discrimination based on nationality which is prohibited by Directive 2004/38.

The Court held that, concerning access to social benefits, nationals of other Member States are only entitled to be treated equally to the nationals of the host Member State if their residence in the territory of the host Member State meets the requirements of Directive 2004/38. According to the Court, the Directive thus seeks to prevent Union citizens from using the host Member State's social assistance system to fund their means of subsistence. The Court consequently considers in paragraphs 77 and 78 that the possibility that Union citizens who have used their freedom of movement and of residence are being treated differently from the host Member State's own nationals with regard to social benefits is an inevitable consequence of Directive 2004/38. This potentially unequal treatment is in fact based on the link between sufficient resources being a residence requirement on the one hand and, on the other, the desire to prevent the burden on the social assistance system of the Member States, established by the Union legislator in Article 7 of that Directive. A Member State must therefore, in accordance with Article 7 of that Directive, have the possibility of refusing to grant social benefits to economically inactive Union citizens who exercise their right to free movement for the sole purpose of obtaining another Member State's social assistance, although they do not have sufficient resources in order to qualify for a right of residence. According to the Court, Ms Dano and her son lack sufficient resources and, pursuant to Directive 2004/38, are therefore not entitled to a right of residence in Germa-

ny, nor are they entitled to benefits under the German basic provision scheme.

The *Dano* decision seems to imply that the fact that economically inactive EU citizens (residing for less than five years in another Member State) apply for a social assistance benefit automatically means that they have no (longer) sufficient resources and consequently no residence right under Directive 2004/38. Thus, if in *Brey* applying for a benefit was an «indication» of lack of sufficient resources, in *Dano* this has become «certainty». The reasoning in *Dano* leads to the paradoxical situation where a Union citizen would only be entitled to social assistance if he has sufficient resources and therefore is not in need of any social assistance. We seem to be in the presence of a real Catch-22 situation.

3.3. *Alimanovic*⁹

Ms Alimanovic and her three children are all Swedish nationals. The three children were born in Germany. After living abroad for ten years, the family re-entered Germany in June 2010. Between then and May 2011, Ms Alimanovic and her eldest daughter worked for less than a year in short-term jobs or under employment-promotion measures in Germany. The two women have not worked since. From 1 December 2011 to 31 May 2012, they received subsistence allowances for beneficiaries fit for work («SGB II benefit», the same benefit Ms Dano applied for), while the other children received social allowances for beneficiaries unfit for work. Subsequently, the competent German authority stopped paying those allowances, because according to the German legislation, non-nationals (and members of their family), whose right of residence arises solely out of the search for employment, may not claim such benefits.

First, the CJEU began by accepting the position of the referring court that the benefits in

⁹ Case C-67/14 *Alimanovic*, ECLI:EU:C:2015:597.

question are social assistance (and not social security) benefits. Overruling its finding in 2009 in the *Vatsouras and Koupatantze*¹⁰ case, the CJEU now found that the same German SGB II benefit, which is a «special non-contributory cash benefit» within the meaning of Article 70(2) of Regulation 883/2004,4 is not primarily intended to facilitate access to the labour market. Social assistance benefits that facilitate access to the labour market do not fall under the equal treatment exception of Article 24(2) of Directive 2004/38, which excludes jobseekers from entitlement to social assistance benefits in general. The Court notes that the SGB II benefits at issue, even if they form part of a scheme which also provides for benefits to facilitate the search for employment, are intended to cover subsistence costs for persons who cannot cover those costs themselves and are not financed through contributions, but through tax revenue.

The CJEU reiterates that only EU nationals who have a right of residence under Article 7 of the Directive are entitled to equal treatment with nationals of the host Member State. Hence, the CJEU had to determine whether Ms Alimanovic was «lawfully resident» in Germany under Article 7 Directive 2004/38. According to the Court, she was not because she and her daughter were no longer covered by the Directive as they were «former workers». On the basis of Article 7(3)(c) of the Directive, Union citizens who have worked in a host Member State for less than a year retain their right of residence for at least six months after becoming unemployed, after which the Member State (as Germany did) can terminate worker status. It is only for those six months that they are entitled to equal treatment with nationals of the host state.

This, however, does not mean that the Alimanovic family had to leave Germany. As long as they were job seekers and they continued to have a genuine chance of being engaged in employment, they could not be expelled. Inter-

estingly, according to the CJEU, Ms Alimanovic and her daughter could rely on a right of residence directly on the basis of Article 14(4)(b) of Directive 2004/38. Lastly, the Court points out that a Member State must take account of the individual situation of the person concerned before it adopts an expulsion measure or finds that the residence of that person is an unreasonable burden on its social assistance system. But then it observes that no such individual assessment is necessary in circumstances such as those at issue in the main proceedings, since the gradual system as regards the retention of the status of «worker» provided for in Directive 2004/38, which seeks to safeguard the right of residence and access to social assistance, itself takes into consideration various factors characterizing the individual situation of the applicant for social assistance. A period of six months after the cessation of employment during which the right to social assistance is retained is consequently such as to guarantee a significant level of legal certainty and transparency in the context of the award of social assistance by way of provision, while complying with the principle of proportionality. The Court concludes in its operative part therefore that Article 24 of Directive 2004/38 and Article 4 of Regulation 883/2004 must be interpreted as not precluding legislation of a Member State under which nationals of other Member States who are in a situation such as that referred to in Article 14(4)(b) of that Directive are excluded from entitlement to certain «special non-contributory cash benefits» within the meaning of Article 70(2) of Regulation No 883/2004, which also constitute «social assistance» within the meaning of Article 24(2) of Directive 2004/38, although those benefits are granted to nationals of the Member State concerned who are in the same situation.

3.4. *Garcia-Nieto*¹¹

This case can be seen as the final piece of a triptych together with the *Dano* and *Alimano-*

¹⁰ Case C-22/08 *Vatsouras and Koupatantze* ECLI:EU:C:2009:344.

¹¹ Case C-299/14 *Garcia-Nieto*, ECLI:EU:C:2016:114.

vic cases, since all cases deal with entitlement to the same benefit – the German SGB II. The García-Nieto case concerns a Spanish couple with two children. Ms García-Nieto and her daughter moved to Germany in April 2012 and shortly after the mother began working as a kitchen assistant. In June 2012, her unmarried and not registered partner, Mr Peña Cuevas, and his son joined the other two in Germany. In July, the family applied for SGB II benefits, which were refused for Mr Peña Cuevas and his son, because at the time of the application Mr Peña Cuevas had resided in Germany for less than three months and did not have the status of worker or self-employed person. The Court upheld its *Dano* and *Alimanovic* decisions and restated that a Union citizen can claim equal treatment with nationals of the host Member State under Article 24(1) Directive 2004/38 only if his residence in the territory of the host Member State complies with the conditions of the Directive. The applicant could base his right of residence on Article 6(1) of the Directive, since this article provides that Union citizens have the right of residence on the territory of another Member State for a period of up to three months without any conditions or any formalities other than the requirement to hold a valid identity card or passport. However, in such a case, the host Member State may rely on the derogation in Article 24(2) of Directive 2004/38 in order to refuse to grant that citizen the social assistance sought. Thus, *Garcia-Nieto* appears as a confirmation of the Court's jurisprudence on this issue, while it also clarifies the derogation found in Article 24(2) in relation to residence for up to 3 months.

4. SOCIAL RIGHTS FOR MOBILE EU CITIZENS AT THE NATIONAL LEVEL

After having examined the Court's recent case law in relation to social assistance for mobile EU citizens, we now turn to what has happened at the national level and examine how a number of Member States have put the right to equal treatment into practice.

The countries selected for discussion (Germany, Netherlands and the UK) have expressed their desire to limit the rights of economically inactive EU citizens. Prior to Brexit, the UK authorities were considering limitations to rights of EU workers in relation to a series of social benefits. In all three countries, the advantages of EU mobility have been questioned especially in relation to the end of transitional arrangements for the A2 countries (Romania and Bulgaria) in 2014. Fears about welfare tourism/social tourism and poverty migration are a common denominator in all 3 countries as evidenced, among others, by the letter sent by the ministers of interior of Austria, Germany, the Netherlands and the UK to the EU Commission asking for restrictive measures that would help curb the abuse of the right to free movement and protect the national welfare systems that were being «abused» by EU citizens¹². The letter also suggested that the only EU citizens whose mobility should be encouraged are workers, students and those wishing to set up a business in another Member State. We can argue that Germany, the Netherlands and the UK share a certain vision of EU citizenship that resembles more the initial phase of EU integration in this area of law where the right to free movement was exclusively connected to the exercise of an economic activity in either an employed or self-employed capacity. There are also differences between the countries. Germany stands out since 3 of the decisions we discuss concern the same German social benefit suggesting a high degree of contestation and mismatch between the national and EU rules applicable to mobile EU citizens claiming that specific benefit. The UK system has been challenged as discriminatory on nationality grounds but the Court has maintained the reasoning it has developed in the cases examined in this contribution in relation to the need to be residing legally in line with the requirements of Article 7 of Directive 2004/38 in order to be entitled to equal treatment as a mobile EU citizen. The

¹² Council document 10313/13.

Dutch implementation of the rules concerning social assistance for mobile EU citizens has not been challenged before the CJEU, which makes the Netherlands a good case to observe the effects of CJEU decisions in the absence of direct need to amend national measures to comply with CJEU case law.

4.1. Germany

In Germany, the implementation of Directive 2004/38 has been used to limit the access of job-seekers to job seeking allowances. An amendment of the Social Code II (the Second Book of the Social Code) changed the rules on entitlement to social benefits as a job-seeker by making use of the restrictions of Directive 2004/38 under Article 24(2). According to this amendment all foreigners, including EU citizens whose right of residence derives exclusively from the purpose of looking for employment, are not entitled to job-seeker allowances.

According to the drafting history of this new provision, the legislator wanted deliberately to exclude access to social benefits for foreigners entering Germany for the purpose of seeking employment. Contrary to the previous less restrictive provisions which granted an entitlement to every foreigner on the basis of ordinary residence in Germany, access to social benefits under the Social Code II (*Arbeitslosengeld II*: job-seekers' allowances) is excluded explicitly even beyond the time period of three months in accordance with Article 24 (2) of Directive 2004/38.

This change of legislation was challenged before several German social courts with different results. Early 2008 the social court of Nürnberg held the opinion that EU citizens, whose right of residence in Germany derives only from the fact that they are job-seekers, should have no entitlement to any social assistance at all. To get more clarity on this issue the court referred questions for clarification to the Court of Justice of the Europe-

an Union. The answer of the CJEU came in the *Vatsouras and Koupatantze* decision¹³, in which the CJEU examined the possibility of refusing a social assistance benefit to job-seekers who do not have the status of workers. The Court found that in view of the establishment of citizenship of the Union, job-seekers enjoy the right to equal treatment for the purpose of claiming a benefit of a financial nature intended to facilitate access to the labour market. A Member State may, however, legitimately grant such an allowance only to job-seekers who have a real link with the labour market of that State. The existence of such a link can be determined, in particular, by establishing that the person concerned has, for a reasonable period, in fact genuinely sought work in the Member State in question. It follows that citizens of the Union who have established real links with the labour market of another Member State can enjoy a benefit of a financial nature which is, independently of its status under national law, intended to facilitate access to the labour market. It is for the competent national authorities and, where appropriate, the national courts not only to establish the existence of a real link with the labour market, but also to assess the constituent elements of the benefit in question. The objective of that benefit must be analysed according to its results and not according to its formal structure. The Court points out that a condition such as that provided for in Germany for basic benefits in favour of job-seekers, under which the person concerned must be capable of earning a living, could constitute an indication that the benefit is intended to facilitate access to employment. Benefits of a financial nature which, independently of their status under national law, are intended to facilitate access to the labour market cannot be regarded as constituting «social assistance» within the meaning of Article 24(2) of Directive 2004/38. But the CJEU also adds that examination of this question has not disclosed

¹³ Case C-22/08 *Vatsouras and Koupatantze*, ECLI:EU:C:2009:344.

any factor capable of affecting the validity of Article 24(2) of Directive 2004/38.

In 2010, a different approach was chosen by the judiciary in a judgment from the Bundessozialgericht (the highest Court in social security cases in Germany) delivered on 19 October¹⁴. This case concerned a French citizen who moved to Berlin in 2007. As he had a small job for a little while, he first had a right to stay in Germany as a worker. After he got unemployed, he retained his right as a worker for six months on the basis of article 7(3)(c) 2004/38. During this period, he was entitled to the Social Code II jobseekers allowance, which was the same benefit that was disputed in the *Vatsouras* case. After these six months his residence right was based on the fact that he was still looking for work and therefore he was a job seeker. The German authorities however stopped his Social Code II benefit, which excludes foreign job seekers from entitlement, as we have also seen above in the *Vatsouras* case. However, according to the German Court this refusal was in breach of Article 1 of the European Convention on Social and Medical Assistance (ECSMA), which is a treaty concluded in 1953 under the auspices of the Council of Europe¹⁵. Article 1 of ECSMA reads: «*Each of the Contracting Parties undertakes to ensure that nationals of the other Contracting Parties who are lawfully present in any part of its territory to which this Convention applies, and who are without sufficient resources, shall be entitled equally with its own nationals and on the same conditions to social and medical assistance provided by the legislation in force from time to time in that part of its territory*». According to Article 2 for the purposes of this Convention the term «assistance» means, in relation to each Contracting Party, all assistance granted under the laws and regulations in force in any part of its territory under which persons without sufficient resources are granted means of subsistence and the care necessitated by their

condition, other than non-contributory pensions and benefits paid in respect of war injuries due to foreign occupation. The German Court ruled that although the personal scope of this Social Code II jobseekers allowance is different from the personal scope of the German social assistance benefit (*Sozialhilfe*), both have the character of a general social assistance law (*Fürsorgegesetz*) and therefore both fall under the definition of Article 2 of the Convention. This is in contrast with the decision of the CJEU in the *Vatsouras* case, which stated that the Social Code II jobseekers allowance was not a social assistance benefit in the sense of Directive 2004/38.

As the Frenchman in this case was lawfully residing as a job seeker in Germany, based on Article 14(4)(b) Directive 2004/38, and as German citizens, who were in the same position did receive this jobseekers allowance, the German Court decided the Frenchman had to be treated equally. This decision was relevant only for those EU citizens who were also nationals of the Contracting Parties to the ECSMA. The Contracting Parties as far as relevant here are: Belgium, Denmark, Estonia, France, Germany, Greece, Ireland, Italy, Luxembourg, Malta, Netherlands, Portugal, Spain, Sweden and the UK. Turkey is also a Contracting Party, but Turkish citizens cannot derive a right of residence as a jobseeker on EU law as EU citizens can. Norway and Iceland are also Contracting Parties and have the right of residence as a jobseeker because Directive 2004/38 has been integrated in the EEA Agreement. In reaction to the decision of the German court, the government of the Federal Republic of Germany on 19 December 2011 has registered this provision to the annex of this Convention, which lists provisions excluded from the scope of the Convention. Implementing rules explain that the Convention now has stopped to apply to section 7 of the Social Code II (SGB II). By this action the judgment of the German Court has effectively been reversed by the executive.

¹⁴ B 14 AS 23/10 R.

¹⁵ <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/014.htm>.

After the ECSMA route to claiming social assistance was closed, the issue surfaced again in relation to Directive 2004/38. Despite the *Vatsouras* decision, the German federal authorities have argued that the exclusion clause under Section 7(1) of the Social Code II continues to be applicable with respect to foreigners who are staying in Germany exclusively for the purpose of seeking labour since the social benefits under this clause can be attributed to social assistance in the sense of Article 24(2) of the Directive 2004/38. Eventually this led to the *Dano*, *Alimanovic* and *Garcia-Nieto* references for further clarification on the interpretation of EU law suggesting that national courts were not (always) in agreement with the manner in which German authorities interpreted the provisions of Directive 2004/38. Part of the problems dealt with in the CJEU cases is caused by the fact that the German social assistance system is complicated. It consists of two basic social benefits. The SGB II (Social Code Book 2), which is the contested benefit in the *Dano*, *Alimanovic* and *Garcia-Nieto* cases, provides a basic social benefit for job-seekers who have no rights to the usual unemployment benefit scheme (*Grundsicherung für Arbeitsuchende*). Additionally, the SGB XII (Social Code Book 12) provides a basic social benefit for jobless people who are not capable of work (*Sozialhilfe*). Section 21 of SGB XII however, states that nobody should be entitled to this *Sozialhilfe* if they are in principle entitled to the *Grundsicherung für Arbeitsuchende*. Based on Articles 1 and 20 of the German Basic Law, there is however a right to a minimum level of dignified existence for everyone legally residing in Germany.

Partly as a follow up to the *Alimanovic* judgment, the German Federal Social Court (*Bundessozialgericht*) made rulings in 3 cases on 3 December 2015 on the entitlement of EU citizens to social assistance benefits. The highest German Social Court ruled that EU citizens who reside legally for longer than 6 months in Germany have a right to a minimum level of dignified existence and are

therefore entitled to *Sozialhilfe*. It was only in the case of residence shorter than 6 months that the implementation agency (*Sozialamt*) was left with discretion to provide such *Sozialhilfe* or not. In the case of Ms Alimanovic, the *Bundessozialgericht* confirms the position of the CJEU that she has no right to a SGB II benefit but it had to be checked whether Ms Alimanovic did not have another basis for her residence right in Germany, which was related to the education and integration of the children. In that case she will be entitled to a SGB XII benefit as well.

This jurisprudence is controversially debated¹⁶ and questioned by some lower social courts¹⁷. As a reaction to this new case law, the German government has announced its intention to change the relevant legislation in order to exclude every inactive EU citizen from social benefits¹⁸. In April 2016, the German government published a proposal to exclude EU jobseekers, but also EU citizens who derive a right of residence as primary carer on the basis of Article 10 Regulation 492/2011 from social assistance for the first five years of their stay in Germany. During the first two years of residence, EU citizens without the right to a social assistance benefit can get a once-only

¹⁶ I. KANALAN, Das Menschenrecht auf das Existenzminimum ernst genommen – Sozialleistungsansprüche von Unionsbürger_innen, Verfassungsblog of 1 March 2016, available at http://verfassungsblog.de/das-menschenrecht-auf-das-existenzminimum-ernst-genommen-sozialleistungsansprueche-von-unionsbuergler_innen/, 5 March 2016; F. WILKSCH, Das BSG und die Existenzsicherung arbeitssuchender und wirtschaftlich inaktiver Unionsbürger*innen, Juwiss-Blog, available at <https://www.juwiss.de/89-2015/> and <https://www.juwiss.de/90-2015/>, 5 March 2016.

¹⁷ Social Court of Second Instance Rheinland-Pfalz (Landessozialgericht Rheinland-Pfalz), Decision of 11 February 2016, L 3 AS 668/15 B ER, para. 22 ff.; Social Court of First Instance Dortmund (Sozialgericht Dortmund), Decision of 11 February 2016, S 35 AS 5396/15 ER, para. 23 ff.; Social Court of First Instance Berlin (Sozialgericht Berlin), Decision of 11 December 2015, S 149 AS 7191/13, para. 26 ff. LSG Niedersachsen-Bremen, 17.03.2016 - L 9 AS 1580/15 B ER.

¹⁸ See <http://www.stuttgarter-merkel-auf-camerons-lin-2e15407b-e011-4a70-b051-dfc4087de4d1.html>

transitional allowance of four weeks to help them leave the country¹⁹.

4.2. *The Netherlands*

The Dutch case is another example of a Member State using the transposition of Directive 2004/38 to introduce clauses in social law explicitly excluding EU nationals and their family members from entitlement to public assistance during the first three months of residence in that state, referring to Article 24(2) of the Directive. While transposing Directive 2004/38, the Dutch government changed the Social Assistance Act and introduced legislation excluding all EU citizens explicitly from social assistance benefits during the first three months of their stay. Under the old legislation these EU citizens were formally entitled to social assistance from the moment they entered The Netherlands. However, an appeal on social assistance would lead immediately to a termination of their residence status and, consequently, to a loss of social assistance entitlement.

To prevent discrimination, the Dutch government took the opportunity of this change of legislation to introduce in the Social Assistance Act the condition of habitual residence for the entitlement of social assistance for all claimants (Dutch or non-Dutch). Also Dutch citizens, who came from abroad would no longer be entitled to social assistance for at least the first three months of their residence because they would not be seen as habitual residents immediately. This provision was challenged in the First Chamber of the Dutch Parliament, because it was seen in breach with the Dutch Constitution, which entitles in Article 20(3) every Dutch citizen to social assistance, habitual resident or not. After the State Secretary of Social Affairs had assured the First Chamber that this change of legislation did not mean that there was

a waiting period of three months for Dutch citizens, who came from abroad to The Netherlands, the Bill was approved. This solution raises the question whether it is possible in the light of Article 18 TFEU to impose this three months waiting period on EU citizens or not²⁰.

After the implementation of Directive 2004/38 in the Dutch legislation, the Aliens Act Implementation Guidelines (Vc B 10/2.3) provide very detailed information in the form of a sliding scale about when a demand on public funds –consisting of an application for social assistance in accordance with the Work and Social Assistance Act (WWB) or for social services in the form of accommodation under the Social Support Act (Wmo)– results in the termination of the EU citizen's lawful residence by the immigration authorities (IND). Each application for social assistance during the first two years of residence is in any case considered unreasonable and will, in principle, result in termination of residence. In this scenario, the IND will assess the appropriateness while considering the following circumstances of each case: the reason for the inability to make a living, its temporary or permanent nature, ties with the country of origin, family situation, medical situation, age, other applications for (social) services, the extent of previously paid social security contributions, the level of integration and the expectation for future social assistance needs. With this sliding scale, the IND has implemented the ambiguous nature of Directive 2004/38, balancing between the condition of sufficient resources and the possibility of access to social assistance as long as this does not become an unreasonable burden on the social assistance system of the host Member State. Incidentally, if Ms Dano had come to the Netherlands instead of Germany her intentional application

¹⁹ <http://www.harald-thome.de/media/files/Referentenentwurf-Ausl-ndische-Personen-im-SGB-II-und-SGB-XII.pdf>

²⁰ See Paul MINDERHOUD, De mythe van de vrije toegang tot voorzieningen voor migranten, in: Edith BRUGMANS, Paul MINDERHOUD en Joos van Vugt (red.), *Mythen en misverstanden over migratie*, Annalen van het Thijmgenootschap 95, afl. 1, Valkhof Pers, Nijmegen, 2007, p. 178-204.

for social assistance would in my opinion undoubtedly have led to the termination of her lawful residence as a Union citizen as well.

In the Dutch case, the European Convention on Social and Medical Assistance was part of the Government's considerations when amending the rights of EU citizens with the occasion of the implementation of the Citizens' Directive. In 2006, when the Dutch government implemented Article 24(2) of Directive 2004/38, it was aware of the problems the combination with the ECSMA could give. Therefore, it laid down that the Netherlands only accepted the equal treatment obligation of the Convention towards EU citizens as far as this coincides with the corresponding obligation derived from EU legislation. The government wanted to avoid that EU citizens would try to use the equal treatment clause of the ECSMA as an escape²¹. But until recently, the Dutch government had forgotten to notify this reservation to the Secretary General of the Council of Europe, as requested by Article 16(b) of the ECSMA. The reservation is not listed in Annex II to the Convention, which deals with Reservations formulated by the Contracting Parties. The German reservation, made in 2011, can be found on this Annex²². But a reservation contained in a Note verbale from the Permanent Representation of the Netherlands, dated 16 February 2016, registered at the Secretariat General on 22 February 2016 can now be found on the website of the Council of Europe²³. It is unclear if this verbal notice fulfils the requirements for formal notice.

There is not much case law on this subject in the Netherlands. This might indicate that there are not many inactive EU citizens (stay-

ing less than 5 years in the Netherlands), who ask for a social assistance benefit or that the IND does not withdraw often the right of residence of these citizens²⁴. In an unpublished court case, the IND used in September 2015 the *Dano* reasoning regarding an inactive EU citizen, who had asked for a social assistance benefit but had never searched for work²⁵. According to the IND, it was current policy to consider such an EU citizen immediately as an unreasonable burden to the Dutch public funds, «even if there was only an appeal of one day». This policy, however, seems contradictory to the written published guidelines, described above (Vc B 10/2.3). In another recent court case, the judge approved the decision of the IND to withdraw a right of residence of a French woman on the basis of lack of sufficient resources. Although she did not have a social assistance benefit herself, she was considered to live indirectly on the social assistance benefit of her husband which was only based on a single norm²⁶.

In July 2014, conservative liberal VVD Member of Parliament Azmani submitted a private members' bill²⁷, which aims to ensure that in all cases the decision on an application for social assistance by both Union citizens as well as third country nationals is suspended until the IND has provided an opinion on the consequences for the lawfulness of the residence²⁸. This Bill is still pending in Parliament.

²⁴ The only available figures are from 2012, stating that in the first nine months 70 EU citizens were expelled because of an appeal to a social assistance benefit. It concerned Greek, Italian, Romanian and Czech citizens. See S. BONJOUR *et al.* ii (eds) (2015) *Open grenzen, nieuwe uitdagingen*, Amsterdam University Press, 2015, p. 117-118.

²⁵ District Court The Hague 1 September 2015, case number AWB 15/4877.

²⁶ District Court The Hague 30 March 2016 ECLI:RB-DHA:2016:4917.

²⁷ *Wet toets rechthebbenden bijstand* (Act on the assessment of persons entitled to social assistance) (Parliamentary Documents 33984).

²⁸ We think that such prior systematic assessment could be problematic for Union citizens. The procedure where social assistance is granted first and subsequently withdrawn again

²¹ See A. ELEVELD, Het recht op een bijstandsuitkering voor economisch niet-actieve EU-burgers na Alimanovic, *NTER* 2015, nr. 10, p. 317 and Stb. 2006, 373

²² European Convention on Social and Medical Assistance (European Treaty Series no. 14) Annex II – Reservations formulated by the Contracting Parties.

²³ http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/014/declarations?p_auth=97Tw59xA

4.3. United Kingdom

As a general trend, in the past 2 decades or so, the UK welfare system has been changed to limit the entitlement of migrants to various benefits in a bid to reflect the attempts of various UK governments to limit immigration. Policy changes in this area of law are based on the assumption that the UK welfare system acts as a magnet for migrants (EU or otherwise): limiting the extent to which migrants can access various benefits is expected to discourage migration in general. This issue has figured strongly in the debates around Brexit and in the final results of the vote. According to Harris²⁹, there are 3 distinct phases of policy changes: a) the introduction of the habitual residence test in 1994; b) the introduction of a right to reside test after the 2004 EU enlargement, and c) the introduction of further restriction by the coalition government of 2010-2015, which are continued under the current Conservative government. Although there is agreement over the fact that some of these changes were prompted by EU developments such as the adoption of the Citizens Directive, the EU enlargements and certain CJEU decisions, one can question the extent to which the CJEU decisions discussed in this paper have as such led to policy changes; it may be more correct to say that policy changes had already taken place in the UK and that the CJEU decisions are simply confirming the validity of those changes in relation to (current interpretation of) EU law.

Part of the changes introduced by the UK executive, such as the right to reside test and its exclusionary effects for EU migrants in relation to Child Benefit and Child Tax Cred-

it (which are social security benefits) have been challenged by the EU Commission before the Court. The Court's decision (C-308/14 Commission v UK) validated the opinion by AG Cruz Villalon who proposed the rejection of the claim on grounds that the right to reside test is justified under EU law –the Citizens Directive more precisely, not Regulation 883/2004– and the aim to prevent abuse of the welfare system of the host Member State is enough justification for the discrimination on grounds of nationality that the right to reside test introduces in the welfare system. Under the test, EU citizens are required to show that they reside lawfully in the UK in order to be able to claim benefits, while no such requirements apply to UK nationals. Proof of having a right to reside requires EU workers to show that they earn more than 153 pounds per week (in 2014/2015); earnings below this threshold will lead to a questioning of that persons' status as EU worker. The position of economically inactive EU citizens is further complicated by evidence that once they claim social assistance they are treated as not meeting the threshold of Article 7 of Directive 2004/38 and therefore not having a right to reside in the UK³⁰. This amounts to an automatic exclusion from social assistance which at the moment may seem correct in light of the *Dano* decision. However, it should be pointed out that the UK has been interpreting EU law in this fashion prior to the *Dano* decision as such and that the media coverage of the decision in the UK presented *Dano* as validating the UK's interpretation of the Citizens Directive³¹. The *Brey* decision has also been described as a con-

if it becomes apparent that the right of residence ends is in our view generally more consistent with the basic principles of Directive No. 2004/38/EC. Moreover, the mandatory reporting system proposed by the Minister is already provided for in paragraph 7 of Art.107 of the Aliens Act 2000

²⁹ N. HARRIS (2016) Demagnetization of social security and healthcare for migrants in the UK, *European Journal of Social Security*, pp 130-163.

³⁰ C. O'BRIEN (2015) The pillory, the precipice and the slippery slope: the profound effects of the UK's legal reform programme targeting EU migrants, *Journal of Social Welfare and Family Law* 37:1, pp 111-136; K. McKechnie (2015) *Benefits for EEA nationals March 2015*, EWS briefing, Child Poverty Action Group in Scotland, [http://www.cpag.org.uk/sites/default/files/EWS%20briefing%20EU%20migrants%20\(May%202015\).pdf](http://www.cpag.org.uk/sites/default/files/EWS%20briefing%20EU%20migrants%20(May%202015).pdf).

³¹ BBC News, EU «benefit tourism» court ruling is common sense, says Cameron, 11 November 2014, <http://www.bbc.com/news/uk-politics-30002138>.

firmation of the validity of the habitual residence test applied by the UK³².

The UK coalition government (2010-2015) announced the overhaul of the benefits system and the introduction of a universal benefit called «Universal Credit» (UC) which is designed for people on a low income and people out of work. These changes are meant to reflect a new attitude to work and the welfare system that «will make work pay» and end the «culture of entitlement» that is seen as one of the main issues affecting the welfare system. These changes will affect EU citizens exercising free movement rights in the UK; moreover, some measures target migrants in particular.

Universal Credit (UC) is currently being implemented in phases throughout the UK. It is expected that UC will be fully operational by 2021 (initially, the date was set for 2017). UC replaces the following income-based benefits: Jobseeker's Allowance; Employment and Support Allowance; Housing Benefit; Income Support; Child Tax Credit and Working Tax Credit. The legal position of UC in relation to EU law is somewhat unclear –the UK government has argued that UC will not be covered by the scope of Regulation 883/2004 (it is neither social security nor SNCBs³³), whereas some parties (e.g., the AIRE Centre) argue that UC falls under the definition of SNCBs and therefore is covered by the Regulation. By exclusion, the position of the UK government seems to be that UC constitutes «social assistance» and for EU citizens claiming UC, Ar-

ticle 24 of Directive 2004/38 will be relevant³⁴. This is explained by the definition given to UC as a «new system of means-tested support for working-age households who are in or out of work»³⁵. Child Tax Credit –one of the benefits replaced by UC– is however considered to be a social security benefit. If after the CJEU decision in the *Dano* case, the difference between SNCBs and social assistance in the context of Directive 2004/38 is no longer relevant since SNCBs are treated as social assistance, the difference between social assistance and social security remains relevant as EU citizens habitually resident in a host Member State are entitled to social security based on Regulation 883/2004.

In 2015, new regulations were adopted aiming at preventing EU jobseekers from entitlement to UC³⁶. The new provisions state that an EU citizen who's only right to reside is based on job seeking cannot satisfy the habitual residence test and therefore cannot qualify for UC. Questions were raised as to whether UC or at least some elements of it can be treated as a *Vatsouras*-like benefit, aimed at facilitating access to the employment market and therefore not covered by the notion of social assistance and its exclusion from equal treatment in Article 24(2) of the Directive. However, in light of the *Dano*, *Alimanovic* and *Garcia Nieto* cases concerning the German SNCB defined by the Court as social assistance for the purposes of Directive 2004/38, this argument seems irrelevant.

Besides the changes introduced by UC, at policy level the discussions around Brexit are equally relevant for the position of EU citizens. One of the demands made by the UK executive towards the EU institutions

³² Child Poverty Action Group, *Right to reside: Breytastic!*, Issue 236 (October 2013), <http://www.cpag.org.uk/content/right-reside-breytastic>.

³³ For a comprehensive discussion on special non-contributory benefits see AIRE Centre, *Welfare Benefits for Marginalised EU Migrants: Special Non-Contributory Benefits in the UK, the Republic of Ireland & the Netherlands*, http://www.airecentre.org/data/files/AIRE_ECSS_FINAL_REPORT.pdf.

SNCBs lie at the intersection of social security benefits and social assistance, providing vulnerable and low-income individuals who face social security risks, and the disabled, a minimum subsistence income, without a condition of contribution by the beneficiary.

³⁴ N. HARRIS (2016) Demagnetization of social security and healthcare for migrants in the UK, *European Journal of Social Security*, pp 130-163.

³⁵ Department for Work and Pensions (2014) Universal Credit at Work, p. 19, www.gov.uk/dwp.

³⁶ S. KENNEDY (2015) *People from abroad: what benefits can they claim?* House of Commons Library, Briefing Paper 06847, 17 June 2015.

as part of the renegotiation of UK's position in the EU concerns welfare benefits. The important development is that this is no longer about economically inactive EU citizens but increasingly also about EU workers. The demands were that UK would no longer export child benefits for EU workers whose children reside outside of the UK and that in-work and housing benefits would be subject to a 4-year waiting period before being available to EU workers in the UK. In terms of child benefits, as discussed earlier the current rules require that the EU citizen has a right to reside in the UK before entitlement to such benefits arises. The proposed measure would require that the child is in addition resident in the UK. Under the current rules, housing benefits are not available for EU jobseekers but what is proposed is a further extension of exclusion from entitlement for workers which would constitute direct discrimination based on nationality which is prohibited by Article 45 TFEU. In light of the results of the Brexit referendum and the lack of clarity concerning UK's future relationship with the EU, it is difficult to say what role EU law will have in the future in relation to access to welfare rights for EU citizens resident in the UK.

Although UK courts have not been active in referring questions for clarification to the CJEU, the decision of the Supreme Court in *Mirga* and *Samin*³⁷ is indicative of how the UK authorities and the UK courts interpret the interplay between the rules of the Citizens' Directive and the UK welfare legislation; the decision is also relevant for understanding the combined effects of *Dano* and *Alimanovic* at the national level of jurisdiction. The joined decision in *Mirga* and *Samin* concerns the refusal of the UK authorities to grant income support in case of pregnancy to Ms Mirga and housing support for homeless persons to Mr Samin, both EU citizens living in the UK; the benefits in question can be labelled as social assistance. Ms Mirga is a Polish national resi-

dent in the UK since 2004; in August 2006 she claimed income support because of pregnancy and by that time had done only 7 months of registered work in the UK. Mr Samin is an Austrian national who came to the UK in December 2005 and who until 2010 occupied private accommodation, after which he applied for housing assistance for homeless persons; he is described as socially isolated and mentally and physically poorly. In both cases, the UK authorities considered that the applicants were «*persons from abroad*» who did not meet the right to reside test and could not be seen as «*workers*» within the definition given to the term under the national provisions implementing Directive 2004/38, namely the EEA Regulations or the A8 Regulations applicable (at that moment in time) to Polish workers in the UK.

When assessing the compatibility of UK's legislation with the TFEU and the Citizens' Directive, the Supreme Court relied on *Dano* and *Alimanovic* to stress that the aim of Directive 2004/38 is to prevent abuse of the host state's welfare system by becoming an unreasonable burden. Since none of the appellants met the conditions of the right to reside test set out in the national implementing measures, they can be denied social assistance. Article 18 TFEU and discrimination claims do not come into play since Mr Samin does not enjoy a right to reside and cannot be said to be enjoying a TFEU right – on this interpretation of Article 18 TFEU, a non-discrimination claim can succeed only where a person is exercising a Treaty right and meets the conditions of secondary legislation implementing that right; Mr Samin does not meet the conditions of Article 7 Directive 2004/38 therefore he cannot be said to come within the scope of the Treaty, thus discrimination is a non-issue. The *Dano* and *Alimanovic* decisions are used as arguments in favour of this particular interpretation.

A remarkable aspect of the national decision concerns the interpretation of the *Dano* and *Alimanovic* decisions' engagement with pro-

³⁷ *MIRGA v Secretary of State for Work and Pensions; Samin v Westminster City Council* [2016] UKSC 1.

portionality issues. In both decision, the Court of Justice made remarks to the extent that individual assessment of each case was not necessary since the applicant did not meet the requirements of Article 7 in respect of the right to reside for longer than 3 months, thus they did not come within the scope of Article 24 of the Directive to start with. The UK Supreme Court uses this line of argumentation to decide that *«it is unrealistic to require an individual examination of each particular case [...] where a national of another member state is not a worker, self-employed or a student and had no, or very limited, means of support and no medical insurance, it would undermine the whole thrust of the 2004 Directive if proportionality could be invoked to entitle that person to have the right of residence and social assistance in another member state, save perhaps in extreme circumstances»*.

Furthermore,

«it would also place a substantial burden on a host member state if it had to carry out a proportionality exercise in every case where the right of residence or the right against discrimination was invoked» (paras 68-69).

Thus, the UK Supreme Court is using CJEU jurisprudence to uphold and legitimise the practice of UK authorities that according to O' Brien do not examine the individual circumstances of economically inactive EU citizens asking for social assistance; instead the UK authorities *«automatically bar EU citizens from claiming social assistance because they are automatically treated as not having resources at the point of claim»*³⁸.

CONCLUDING REMARKS

In the final part of our contribution, we would like to reflect upon the interplay be-

tween CJEU case law concerning social rights for mobile EU citizens and national developments in this field of law. We are interested in examining to what extent it is possible to argue that EU jurisprudence has an impact at the level of the national Member States, whose authorities are responsible for correctly implementing the rights of mobile EU citizens. Our national case studies uphold Schmidt's theory³⁹ that legal uncertainty—in our case stemming from the lack of clarity of Directive 2004/38 in relation to claims for social assistance by economically inactive EU citizens—creates opportunity structures for the Member States. The 3 Member States examined in this chapter use CJEU case law intended to end legal uncertainty as an opportunity structure in itself to claim legitimacy for their national policies. This is most evident in the UK case where the authorities and the courts have relied on CJEU decisions to uphold the legitimacy of national policy in relation to social rights that has been challenged by the EU Commission as potentially breaching EU law. In the UK, the national courts have been reluctant to refer questions on the compatibility of the changes introduced since 2004 to limit access to benefits for EU migrants with EU law. This approach sits in contrast with the German situation where lower courts have opted for repeat referrals to the CJEU on similar issues. In our view, there is a more or less open conflict between the interpretation given by the German authorities to the rights of economically inactive EU citizens and (some) German courts. In the Netherlands, the issue seems less poignant but there is no clear explanation for this (except maybe drawing on the more flexible implementation of Article 24 of Directive 2004/38).

Shaw has argued that Member States can draw on a number of strategies when trying to limit the effects of EU law: they can use

³⁸ C. O'BRIEN (2015) The pillory, the precipice and the slippery slope: the profound effects of the UK's legal reform programme targeting EU migrants, *Journal of Social Welfare and Family Law* 37:1, pp 111-136.

³⁹ S. K. SCHMIDT (2008) Beyond Compliance: The Europeanisation of Member States through Negative Integration and Legal Uncertainty, *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice* 10:3, pp 299-308.

resources internal to EU law; use resources external to EU law; or attempt to change EU law⁴⁰. Her analysis draws on cases where the Member States are unhappy with the depth of European integration and would rather be able to rely on national policies or repatriate powers from the EU. Our analysis seems to confirm that CJEU decisions will have an impact primarily on the Member State from which they originate. The Member States appear as opportunistic users of EU law – in

this case, CJEU decisions that are favourable to their own national policies. Moreover, although EU law does not oblige the Member States to restrict access to social assistance (they remain free to enact more favourable provisions) CJEU decisions are used by the Member States we studied as a source of legitimacy for restrictive policies. This is the case for Germany and the UK, whereas the Netherlands is in a more ambiguous position.

⁴⁰ J. SHAW (2015) Between Law and Political Truth? Member State Preferences, EU Free Movement Rules and National Immigration Law, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, pp 247–286.

RESUMEN

El presente artículo analiza la situación actual de los derechos sociales derivados de la movilidad intracomunitaria por parte de ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea y sus familias. El estudio se desarrolla mediante el comentario de la reciente jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos *Brey*, *Dano*, *Alimanovic* y *Garcia Nieto*. Esta jurisprudencia supone una nueva tendencia respecto al reconocimiento de derechos sociales que se adecua una visión más acorde a las necesidades económicas de los Estados. Para contrastar la visión estatal se recurre al análisis de la situación de los derechos sociales en algunos Estados miembros relevantes como Alemania, Holanda y Reino Unido.

Palabras clave: Ciudadanía de la UE, asistencia social, ciudadanos UE inactivos económicamente.

ABSTRACT

This article examines the current situation of social rights derived from intra-community mobility of citizens belonging to a Member State of the European Union and their families. The study is developed by means of a commentary on a recent jurisdiction ruled by the Court Justice of the European Union on the case laws *Brey*, *Dano*, *Alimanovic* and *Garcia Nieto*. This jurisprudence means a new trend in relation to the recognition of social rights, which fits better into a more appropriate view in relation to the financial needs of Member States. In order to contrast the government's point of view, an analysis of the situation of social rights is carried out for some relevant Member States, such as, Germany, the Netherlands and the United Kingdom.

Keywords: EU citizenship, social assistance; economically inactive EU citizens; *Brey*; *Dano*; *Alimanovic*, *Garcia-Nieto*.

Los flujos migratorios de carácter temporal. La migración circular marroquí en las campañas agrícolas de Huelva

Temporary migration flows. Moroccan circular migration in agricultural campaigns in Huelva

CARLOS MORA ALMUDÍ*

ANTECEDENTES

Desde el inicio de los tiempos, desde los albores de nuestra especie, se han producido desplazamientos, cambios de ubicación y traslados de los seres humanos a nuevos asentamientos; las migraciones han sido una constante de la historia del hombre. Las causas han sido y son muy variadas: factores climáticos, búsqueda de mejores tierras, lograr alimentos u otros medios de vida, por conflictos bélicos o sociales...etc. La civilización griega, por ejemplo, nació de un desplazamiento masivo desde el interior de Asia hacia las islas griegas y hacia el mar Mediterráneo, y es un hecho probado que las civilizaciones nacen, se desarrollan y mueren en un ciclo constante alimentado por el atractivo que ejercen las economías florecientes

sobre su entorno. Precisamente, eso es lo que provoca que los movimientos migratorios se produzcan con mayor frecuencia entre países o áreas vecinas por la proximidad geográfica.

Desde mediados del siglo XX los desplazamientos empezaron a adquirir un carácter principalmente económico, buscando los migrantes nuevas oportunidades en países más florecientes, lo que motivó que las autoridades de los países receptores intentaron controlar dichos traslados a través de la instauración de nuevas políticas migratorias. Inicialmente, esas medidas de los gobiernos tenían como objetivo el mero control y la canalización de los flujos necesarios para cubrir las necesidades de mano de obra del país receptor, y, con el tiempo, evolucionaron intentando influir en el desarrollo de los países proveedores de mano de obra.

En España, estas políticas se intensificaron en la década de los años ochenta del siglo pasado, coincidiendo con la entrada en la Unión Europea en 1986, pasando en los siguientes

* Subdirector General de Inmigración. Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

años de ser un país de emigración a recibir inmigrantes. Hasta ese momento, carecía de una política global de extranjería, haciéndose patente su necesidad al convertirse en frontera sur de la Europa comunitaria, precisando desarrollar una normativa de refuerzo del control de sus fronteras y, como requisito previo a su ingreso en aquel exclusivo club, tuvo que elaborar la Ley de Extranjería de 1985, con un marcado carácter restrictivo pues estaba orientada fundamentalmente al mantenimiento y a la salvaguarda del orden público.

En esos años, la tendencia migratoria hacia nuestro país continuó creciendo y en 1990 ya daba lugar a la génesis de algunos conflictos sociales, por lo que el Gobierno tuvo que elaborar y presentar al Parlamento un «Informe de Situación de los Extranjeros en España. Líneas Básicas de la Política Española de Extranjería», en el que ya incluía una visión más social que le serviría de punto de partida para el desarrollo de la política en materia de migración. Los objetivos de la misma se distribuyeron en las siguientes grandes líneas: el control de las fronteras y del volumen de los flujos migratorios y su canalización en virtud de las necesidades del mercado de trabajo; la interrelación de ese control con una política activa de

inmigración e integración; y un incremento en la cooperación para el desarrollo de los países menos desarrollados de su entorno.

En el programa de actuación que definía ese informe se recogía la intención de promover el desarrollo de la política activa de inmigración con respecto a la canalización y organización de los flujos migratorios legales en función de las necesidades de mano de obra de la economía española y de la capacidad de absorción de nuestra sociedad.

Existe unanimidad en otorgar al fenómeno de la inmigración en España la importancia que merece que, en los tres últimos lustros, ha alcanzado un extraordinario desarrollo, tanto por la intensidad y el volumen de los flujos, como por la celeridad con la que éste se ha producido, habiendo pasado de apenas 198.000 extranjeros censados en 1981 (0,5% del total del censo) a 5,7 millones en 2010 (12%), situándose su magnitud, en la actualidad, por encima de los cuatro millones de personas (algo más del 10%). En el cuadro siguiente se indican los datos de los dos últimos años según la información del Instituto Nacional de Estadística:

Población residentes en España	Población a 01/01/2015	Población a 01/01/2016	Variación %
Población total	46.449.565	46.438.422	-0,002
Hombres	22.826.546	22.805.060	-0,69
Mujeres	23.623.019	23.633.362	0,04
Españoles	41.995.211	42.019.525	0,06
Extranjeros	4.454.353	4.418.898	-0,80

Este proceso migratorio ha provocado una transformación social y demográfica de gran envergadura, incidiendo notablemente en las políticas públicas de protección social que configuran el Estado del bienestar en nuestro país. La entrada masiva de inmigrantes ha re-

trasado el envejecimiento de la población española, teniendo, además, como otro efecto positivo, la elevación de actividad de los nativos (sobre todo, de las mujeres) por ocupar fundamentalmente el nicho del empleo de hogar, así como por reducir la tasa de paro estructural,

mejorando, asimismo, la movilidad. Los nuevos residentes han contribuido, sin ninguna duda, a introducir flexibilidad en el mercado de trabajo constituyendo uno de los principales elementos dinamizadores de la actividad económica en los últimos años.

En consecuencia, para regular este proceso, a partir de 1993 se aprobaron diferentes Acuerdos del Consejo de Ministros, por los que se fijaban anualmente unos cupos laborales para trabajadores extranjeros no comunitarios —el denominado «contingente»— a los que se permitiría la entrada en el país con objeto de que cubriesen determinados puestos de trabajo de difícil cobertura según la situación nacional del empleo en cada momento. Esos puestos «difíciles» solían concentrarse en sectores como la agricultura, hostelería, servicios —especialmente en el empleo doméstico— y ya en menor cuantía, en la construcción, ganadería, industria o sanidad, repartiéndose principalmente entre las comunidades autónomas de Madrid, Cataluña, Andalucía, Murcia, Comunidad Valenciana, Baleares, Aragón, Castilla y León y Castilla-La Mancha.

Desde 1993 el contingente se ha aprobado todos los años, primero como un Acuerdo del Consejo de Ministros y desde 2010 como Orden Ministerial, a excepción de aquellos ejercicios en los que se aprobó un proceso extraordinario de regularización, normalización o documentación de extranjeros en situación ilegal (1991, 1996, 2000, 2001 y 2005) y debiéndose indicar que en 2005 se prorrogó un par de meses el de 2004 para los puestos vacantes.

En 2008 se iniciaron los recortes progresivos en la previsión del contingente, reduciendo en ese ejercicio a casi la mitad el cupo del año anterior, y, a partir de 2012, sólo se regularon las contrataciones temporales y desde 2013 se limitó únicamente a las campañas agrícolas de temporada. Cambios motivados por la nueva situación nacional de empleo caracterizada por una coyuntura económica recesiva y por un elevado desempleo que hacían necesario proteger al trabajador nacional, comunitario

o residente, dándole prioridad de acceso al mercado de trabajo, limitándose, por tanto, la llegada de nuevos efectivos desde el exterior a fin de evitar que hubiera competencia por el empleo.

Inicialmente, ese denominado «contingente de trabajadores extranjeros» estaba sujeto a un procedimiento común para todas las actividades, no debiéndose olvidar la diferenciación fundamental entre los estables y los temporales que radica en que los beneficiarios de los primeros podían renovar y quedarse en España afrontando un proyecto migratorio a medio o largo plazo mientras que los titulares de las autorizaciones temporales estaban obligados al retorno al país de origen al finalizar su vigencia.

Y, además, había sectores como el agrícola que presentaban especiales problemas a la hora de surtir de mano de obra, por lo que progresivamente se fue diseñando un régimen diferenciado y específico para las actividades relacionadas con las contrataciones temporales y, especialmente, para las faenas agrícolas de temporada.

El primer paso en ese sentido se había recogido en el Reglamento de la Ley de Extranjería de 1985, aprobado por el Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, al prever un permiso específico para la realización de actividades estacionales cíclicas o de temporada. Esa norma fue sustituida por el Reglamento del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, incorporando ya la regulación del contingente y aplicando unos plazos temporales más cortos para la emisión de visados y permisos de trabajo de temporada.

En esa línea, el entonces Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales suscribió, junto con las principales organizaciones y entidades involucradas en la contratación de extranjeros para tareas agrícolas, como: ASAJA, COAG, UGT, CCOO y la FEMP, un Convenio Marco de Colaboración para la Ordenación de las Migraciones Interiores en las Diversas Campañas Agrícolas de Empleo Temporal, el 17 de

diciembre de 1997, con el objetivo de lograr una adecuada planificación y ordenación de las campañas y la consiguiente mejora de las condiciones socio-laborales de los trabajadores migrantes, poniendo el énfasis en la coordinación para la organización de los desplazamientos, en la habilitación de alojamientos de los jornaleros, en la información socio-laboral y en el impulso de otros servicios para los temporeros (guarderías, formación ocupacional, enseñanza del idioma etc.).

A dicho acuerdo se le añadió el 21 de septiembre de 1999 un Protocolo Adicional en el que se reconocía la insuficiencia del mercado laboral interno para atender a esas necesidades lo que obligaba a implementar un procedimiento subsidiario de contratación en los países de origen, una vez que se agotaran las posibilidades de contratar a trabajadores españoles, comunitarios o residentes extranjeros ya legalmente establecidos, protocolo que se iría desarrollando progresivamente mediante experiencias piloto en zonas determinadas. La continuidad de esa insuficiencia de mano de obra haría que se volviera a firmar un nuevo Convenio para la Ordenación, Coordinación e Integración Socio-laboral de los Flujos Migratorios Laborales en las Campañas Agrícolas de Temporada, por los mismos protagonistas, el día 18 de julio de 2006, añadiéndose el 20 de julio a UPA y FEPEX, con la intención de reactivarlo y profundizar en sus objetivos.

Los contenidos del primer Convenio Marco y del Protocolo Adicional de 1999 se incorporaron al año siguiente a la nueva Ley de Extranjería, L.O. 4/2000, de 11 de enero, que, a su vez, se desarrolló con un nuevo Reglamento aprobado por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio. La Ley incluía la figura del contingente y reconocía a las actividades de temporada o campaña un régimen especial que se regularía reglamentariamente.

Más tarde, la L.O.14/2003, de 20 de noviembre, alteró ligeramente la figura del contingente y el régimen de temporada, incluyendo que el Acuerdo del Consejo de Ministros pudiera establecer un número general de

visados para búsqueda de empleo dirigidos a hijos o nietos de españoles de origen o limitado a determinados sectores de actividad u ocupaciones en un ámbito territorial concreto. También incluyó que las ofertas se pudieran dirigir preferentemente hacia países con los que España tuviera una especial relación o interés o con los que hubiera firmado acuerdos previos sobre regulación de flujos migratorios; además de la posibilidad de que las comunidades autónomas y los ayuntamientos colaborasen en la programación de las campañas de temporada.

La posterior L.O. 2/2009, de 11 de diciembre volvió a reformar la L.O. 4/2000 y fue desarrollada por un nuevo Reglamento aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril que derogaba el Reglamento anterior aprobado por el RD. 2393/2004, de 30 de diciembre. El procedimiento de contingente pasó a denominarse «gestión colectiva de las contrataciones en origen»; se previó la coordinación con las comunidades autónomas que asumieran competencias en materia de concesión de autorizaciones iniciales de trabajo (en la actualidad, únicamente Cataluña); y se incorporó la intención de promover la concatenación de las campañas agrícolas de temporada.

Por tanto, el marco legal general vigente de las autorizaciones de residencia de los migrantes de carácter temporal es el establecido en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que introdujo la modalidad de autorizaciones de residencia y trabajo para las actividades de temporada y campaña, junto con el régimen del contingente que constituía el instrumento crucial de tramitación de flujos migratorios temporales al regular los mecanismos de gestión colectiva de contrataciones en origen.

El contingente cambió su denominación en la reforma de la citada Ley por la Ley Orgánica 2/2009, de diciembre de 2009, desarrollada en su reglamento de 2011, concretándose el procedimiento anualmente no por un Acuerdo del Consejo de Ministros como se hacía hasta

entonces, sino mediante una Orden Ministerial.

La vigente regulación se encuentra recogida en la Orden ESS/1/2012, de 5 de enero, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2012, exclusivamente para campañas agrícolas de temporada y que se ha ido prorrogando durante cada ejercicio desde 2013, incluido para el actual de 2016 por la Orden ESS/2811/2015, de 22 de diciembre (BOE de 28 de diciembre).

La gestión a través de este mecanismo se ha apoyado también en los acuerdos bilaterales de gestión de flujos migratorios suscritos entre España y varios países, orientándose preferentemente el proceso de ordenación de dichos movimientos migratorios temporales, conforme a la vigente legislación española, a los países con los que España haya firmado acuerdos sobre regulación y ordenación de flujos migratorios.

España ha firmado acuerdos bilaterales con Colombia (2001), Ecuador (2001), Marruecos (2001), República Dominicana (2002), Rumanía (2002), Bulgaria (2003) y Mauritania (2007), debiéndose destacar también los acuerdos de cooperación en materia de inmigración firmados, entre otros países, con Gambia (2006), Guinea (2006), Cabo Verde (2007), Malí (2007), Senegal (2007), Guinea Bissau (2008) y Níger (2008).

No hay que olvidar tampoco que se llevaron a cabo, a nivel local, un número destacado de actuaciones que impulsaron y reforzaron la movilidad temporal y circular de trabajadores de terceros países en el marco de los referidos acuerdos bilaterales. A destacar en esa línea, el Proyecto Migración Temporal y Circular puesto en marcha por Unió de Pagesos y la Fundación de Pagesos Solidaris en Cataluña; y el Proyecto Gestión Integral de Flujos de Migración Circular entre Marruecos y Huelva, desarrollado por el municipio onubense de Cartaya y la Fundación para Trabajadores Extranjeros en Huelva (FUTEH) en la comunidad autónoma andaluza.

Este último proyecto fue un ejemplo de coordinación entre Administraciones Públicas de distintos niveles, así como con patronales, sindicatos y asociaciones y ONG, cuyo objetivo era la simplificación y agilización de los trámites de contratación de los trabajadores estacionales para actividades agrícolas, garantizando las condiciones de acogida y establecimiento y fomentando los aspectos formativos con vistas a su reintegración en el mercado laboral de sus países de origen, sin olvidar su integración en la sociedad española.

Por otro lado, la Orden ESS/1708/2012, de 20 de julio, establece las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas para la ordenación de los flujos migratorios laborales de trabajadores migrantes para campañas agrícolas de temporada y su inserción laboral. Incluyendo, entre otras líneas subvencionables:

- Organización y coordinación de las contrataciones y de los desplazamientos de las personas trabajadoras de temporada.
- Promoción y apoyo a la concatenación de campañas de temporada, así como desarrollo de proyectos piloto en este ámbito.
- Visita a los alojamientos y elaboración de informes sobre las condiciones de los mismos.
- Elaboración de un censo de alojamientos de las personas trabajadoras migrantes de temporada en el que se incluyan los alojamientos existentes, su ubicación y sus condiciones.
- Asesoramiento e información socio-laboral a las personas trabajadoras migrantes de campañas agrícolas de temporada en relación con sus derechos, las condiciones laborales del sector y los servicios de carácter social a que pueden tener derecho.

Durante cada ejercicio, en cumplimiento de lo establecido en dicha Orden se aprueba

una resolución de la dirección general de migraciones convocando las referidas subvenciones. Para 2016 la convocatoria es de fecha 13 de abril, habiéndose publicado en el BOE del 30 de abril, pudiéndose acceder a la resolución íntegra en la Base de Datos Nacional de Subvenciones (<http://www.pap.minhap.gob.es/bdnstrans/index>) así como completar la información en la web de la Secretaría General de Inmigración y Emigración:

www.extranjeros.empleo.gob.es

MIGRACIONES DE CARÁCTER TEMPORAL

Desde finales de los años noventa del pasado siglo XX en los mercados de trabajo de los países desarrollados se ha precisado una demanda de mano de obra que sus propias sociedades no podían satisfacer, motivada, por una parte, por una creciente flexibilización de los mercados laborales y, por otra, por la constatación del incesante flujo migratorio desde los países subdesarrollados y en vías de desarrollo hacia los países industrializados.

A escala europea, el modelo de migración temporal y circular se considera un instrumento de gestión de flujos y, al mismo tiempo, un medio para fomentar el avance social y económico de los países en vías de desarrollo. Se considera un instrumento de gran importancia estratégica y se ha tratado de encauzar con procedimientos y programas específicos.

En este sentido, en el ámbito de la Unión Europea se consideran como migraciones temporales los desplazamientos de nacionales de países extracomunitarios para realizar una actividad remunerada durante un período determinado; dentro del marco legal que ampara la entrada en el territorio español, la permanencia y la actividad profesional al obtenerse la autorización de residencia y trabajo correspondiente; referida a actividades estacionales (de temporada o campaña) con una duración limitada, abarcando el tiempo de realización de la misma, que no podrá ser superior a nue-

ve meses dentro de un período consecutivo de doce meses; no existiendo la posibilidad de renovación de estos permisos, aunque sí de una prórroga limitada con el límite máximo de los períodos indicados; y debiendo el temporero retornar a su país al finalizar la actividad.

En 1982, Graeme Hugo utilizó el término «migración circular» para describir los procesos migratorios Indonesia-Malasia, concepto que, desde entonces se encuentra en constante cambio. En su acepción más elemental, como ya se ha indicado, se refiere a la migración temporal de ida y vuelta (origen-destino-origen) que se produce con algunas dosis de libertad donde existen controles efectivos de entrada y salida de ciudadanos extranjeros. En la mayoría de los países, la migración circular se define como una categoría de migración laboral en un contexto de resurgimiento de los programas de trabajadores migratorios temporales en Europa y en otros países industrializados, que habían sido suspendidos después de las crisis petroleras de los años setenta de la pasada centuria.

El concepto de migración circular añade a la definición de migración temporal que se trata de un desplazamiento repetido ya que el temporero tiene que regresar a su país de origen al finalizar su autorización para residir y trabajar en España, lo que constituye la condición previa para poder solicitar la siguiente autorización para el ejercicio próximo. Es un concepto moderno no claramente delimitado y que tiene un fuerte componente de temporalidad y de localización en determinadas áreas. Se puede definir así a los procesos migratorios entre dos o más países, inducidos por razones diferentes, pero con un aspecto particular que los caracteriza: la repetición de la migración tras un obligado retorno, es decir, se pone el acento en su componente cíclico, lo que permite anticipar mejor la logística para adecuar los movimientos de manera organizada y reglada a los objetivos que se quieren conseguir.

Hay que tener en cuenta que los movimientos de personas conllevan además una serie de condicionantes y necesidades inte-

rrelacionadas. Por un lado, tiene que ver con la necesidad puntual de mano de obra, pero también, por otro, con la necesidad de que venga personal especializado y cualificado. lo que significa que este tipo de migración sea bastante compleja de articular.

La migración circular se concibe como una migración no permanente que implica la emigración de un país a otro por diferentes razones (laborales, académicas, de supervivencia etc...), no pudiéndose entenderse el término sin la idea del retorno, así como de la posible repetición del movimiento migratorio (ciertas idas y vueltas, o movimientos cíclicos o periódicos, a veces estacionales), precisándose que la duración de la migración no sea muy larga y delimitándose con frecuencia a períodos concretos para migraciones de temporada que suelen estar ligadas a determinadas tareas agrícolas como la recolección de productos.

Este fenómeno ha sido evaluado recientemente como un instrumento político que puede tener repercusiones positivas para el desarrollo humano en la medida en que los emigrantes pueden beneficiarse, y sin duda lo hacen, de la circularidad.

Una de las reglas principales de esta migración que algunos autores definen incluso como «migración circular programada» es la necesidad imperiosa del retorno a su país de origen cuando finaliza la autorización y el hecho de que no esté permitido que vengan con familiares.

En España, se ha centrado casi exclusivamente en el desempeño de tareas laborales relacionadas con el campo, tratando que el trabajador esté disponible justo en el momento en que se necesita, y que regrese a su país una vez terminada la actividad; principalmente para las campañas de la fresa onubense, la fruta leridana, el olivar cordobés, la horticultura almeriense, el ajo, la vendimia o el plátano canario.

El primero de los ensayos que se realizó con este tipo de migración en nuestro país

tuvo lugar en junio de 1999, en Lleida. Entonces, la Unió de Pagesos contrató en origen a 35 hombres colombianos para la campaña de recogida de la fruta dulce. Ese mismo año, COAG contrató otros 100 trabajadores colombianos para las campañas de Cartaya (Huelva). En el año 2000 se repitieron las experiencias piloto en Huelva (con 600 trabajadores de Europa del Este) y en las provincias de Almería, Lleida, Guadalajara y Tenerife (con unos 500 trabajadores) en diferentes campañas. Y en 2001 se ensayó con la campaña de la fresa de Huelva (con más de 700 trabajadores), aunque inicialmente los resultados no fueron buenos, por las numerosas bajas a mitad de campaña, al marcharse a otras provincias, y por los abundantes incumplimientos del compromiso de retorno.

A pesar de ello, se siguió insistiendo (por ejemplo, ajustando mejor el perfil de los candidatos hacia aquellos que pudieran tener más interés por regresar y extendiendo la concienciación sobre las bondades del retorno) y las campañas de la fresa de Huelva o de la fruta de Lleida se terminaron convirtiendo en un buen ejemplo de migración circular en España, con un sistema muy perfeccionado durante los últimos años, cuya función clave es la de permitir la provisión con garantía y a tiempo de la mano de obra necesaria en su pico estacional más acusado.

No obstante, es un sistema en el que se hace difícil encajar bien todas las piezas. Si alguna falla o se modifica, se desestabiliza en gran medida este tipo de contratación. Por ejemplo, por una parte intervienen las necesidades de integración efectiva y de convivencia con la población autóctona, y por otra, los vaivenes del mercado laboral interno. Así, una hipotética reducción o un aumento del número de contrataciones en origen pueden afectar al conjunto global del empleo.

Profundizando en sus inicios, hay que buscar el origen de la migración circular en la necesidad puntual de mano de obra en ciertos momentos temporales y para ciertos sectores. En el caso de la agricultura, las causas

aparecen en la conjunción de varias circunstancias como: el envejecimiento demográfico por la migración de la población rural a las ciudades dada la precariedad y estacionalidad del trabajo agrario; en la mecanización y modernización en los cultivos e introducción y sofisticación de diferentes labores agrícolas que ha derivado en el aumento y diversificación de la superficie y tipología de los cultivos. Todo ello ha generado mayores cosechas y la necesidad de trabajadores durante la recolección, en fechas que, además, son coincidentes con el auge de otros sectores, sobre todo, el turístico).

La modernización de España en los años inmediatos a su entrada en la Unión Europea la convirtió en un país atractivo y receptor de inmigrantes, sobre todo a partir de los años 90. Por entonces, las primeras necesidades se cubrían con la llegada de esos inmigrantes pioneros, pero a medida que la tendencia inmigratoria se intensificaba, se hizo necesario articular alternativas que se adecuaran a su capacidad limitada de absorción y se potenció la migración circular, bajo la obligación de un retorno voluntario incentivado normativamente por el Gobierno con facilidades y derechos que permiten regresar con cierta preferencia en años sucesivos.

Más adelante, la crisis cambiaría la perspectiva y obligaría a volver a contratar a trabajadores desempleados locales, ante las elevadas cifras de paro local y las correspondientes quejas contra la contratación de extranjeros. Se trató entonces de priorizar la contratación de españoles, de extranjeros residentes y de ciudadanos de la Unión Europea, pero aun así, siguieron sin cubrirse todas las necesidades. Debido a que la mano de obra local sigue teniendo tendencia a marcharse hacia otros sectores en cuanto tiene la oportunidad, se acentúa puntualmente su escasez, sobre todo en el sector de la agricultura, y provoca que una de las formas de paliar ese déficit siga siendo acudir a la más fiable contratación en origen de trabajadores, lo que aconseja el mantenimiento de este procedimiento.

Por eso, la contratación en origen, masiva en otro tiempo pero muy limitada en la actualidad, y, dentro de ella, la migración circular del sector agrario, aunque tras la crisis económica haya perdido peso específico, sigue contemplándose por los agentes sociales del sector como la herramienta más eficaz de la que se pueden destacar las siguientes ventajas:

- Genera una bolsa de empleo más segura que permite ir reduciendo las grandes contrataciones a través de procesos exteriores de selección (que las políticas actuales tienden a ir eliminando) y da la posibilidad de disponer de mano de obra con bastante certeza, es decir, aporta garantías sobre el control de costes o inversiones y reduce el miedo al posible abandono del campo a mitad de campaña.
- Genera fidelización y especialización con un impacto positivo sobre la economía local.
- Es un instrumento de control frente a la inmigración irregular colaborando a reducir los flujos migratorios ilegales.
- Facilita a la Administración y a los empleadores la mejor planificación de la llegada y estancia de extranjeros, dando la posibilidad de preparar soluciones y refuerzos para cubrir contingencias por posibles riesgos colaterales como: la exclusión social, las deficiencias de los alojamientos, las necesidades de atención médica o social, la reducción de los asentamientos ilegales o la lucha contra la economía sumergida.
- Permite ejercer una importante labor social sobre los colectivos humanos de otros países, favoreciendo la mejora de sus condiciones de vida y su futura integración, proveyéndoles de capacitación y formación que puedan rentabilizar más tarde en sus lugares de origen. Por ejemplo, el salario de una trabajadora marroquí de temporada le

permite ayudar económicamente a su familia y sentirse más realizada e independiente.

También se deben indicar los inconvenientes de este tipo de migración temporal:

- Requiere mucha organización y gran voluntad de colaboración entre los agentes y administraciones que intervienen en ella.
- Requiere ofertas de empleo, condiciones contractuales, campañas o concateñación de campañas lo suficientemente garantizadas, voluminosas y largas (al menos, de más de 3 meses), para hacer esta vía más atractiva. Hay campañas de corta duración (de aproximadamente 1 mes) que a los trabajadores no les compensa realizar (como la cereza, la patata, la manzana, el espárrago o, incluso, la vendimia).
- La integración inmediata se hace más difícil ya que la estancia es breve y las únicas perspectivas son las de regreso a su país de origen lo que desmotiva un acercamiento a la comunidad autóctona.
- Al estar el trabajador de temporada alejado de la familia varios meses no puede compaginar el trabajo con el cuidado familiar.
- Puede favorecer comportamientos inadecuados de algunos empresarios que intenten abusar de los migrantes, explotándoles laboralmente bajo amenaza de no volverles a llamar para la siguiente campaña.
- Puede generar cierta tensión social si el proceso de interacción no se maneja adecuadamente.

Se deduce de este análisis que los agentes involucrados en este tipo de contratación tienen una gran responsabilidad y deben coordinarse e implicarse debidamente. En general,

el balance es positivo ya que se percibe la migración circular como una vía que fortalece el codesarrollo ya que impulsa el desarrollo económico de la zona receptora, pero también, sobre todo, es un instrumento de lucha contra la pobreza y para conseguir el desarrollo de los países de origen.

Las migraciones circulares proponen que la movilidad incorpore la noción de regreso. Esto es, que la migración suponga un momento del ciclo vital del trabajador, donde su restitución al entorno social de origen sea una auténtica realidad. Permite reintegrar a las sociedades de origen capital humano formado y cualificado, con las consecuencias positivas para el desarrollo social y económico en esas sociedades. Mantiene la calidad de vida efectiva y emocional en los migrantes y su entorno familiar. Intensifica la relación entre las dos sociedades y simplifica los problemas que implica la convivencia entre sistemas culturales o religiosos, a veces, contradictorios.

Para superar la complejidad para articular estos procedimientos se deben tener en cuenta las siguientes actuaciones:

- Establecer un marco que favorezca el análisis, la evaluación y la planificación de las necesidades del mercado laboral de los países de origen (posibles excedentes de mano de obra y existencia de condiciones laborales precarias) y de destino (en qué grado hay necesidades para ocupar puestos de trabajo deficitarios en algunos sectores productivos).
- Fomentar la colaboración y coordinación entre todos los agentes que intervengan en la contratación o gestión de este tipo de migración.
- Desarrollar una normativa y unos procedimientos de autorizaciones de trabajo que sean ágiles y flexibles.
- Garantizar los derechos humanos y laborales de los trabajadores migrantes.

- Prevenir la vulnerabilidad de los temporeros en el país de acogida: facilitando traslados, garantías laborales, alojamiento digno y adecuado, integración social, etc.
- Habilitar un contexto favorable para el retorno.
- Promover la adquisición y transferencia de recursos, tecnologías y conocimientos.
- Impulsar el apoyo a los países de origen mediante acuerdos bilaterales internacionales y tratados de cooperación internacional.
- Facilitar iniciativas de desarrollo local en los países de origen.

LA MIGRACIÓN CIRCULAR EN ESPAÑA. ESPECIAL REFERENCIA A LA PROVINCIA DE HUELVA

En tan sólo una década, de 1998 a 2008, España se convirtió en el mayor país receptor de inmigrantes en Europa. La gran mayoría de los inmigrantes llegaron ajenos a la regulación vigente, dándose después pasos, poco a poco, hacia una situación normalizadora, terminando muchos de ellos en empleos poco cualificados, fundamentalmente, de la construcción, del servicio doméstico y de la recolección agraria.

Algunos autores y expertos consideran que la causa principal de la migración masiva a España de aquellos años se debió al «efecto llamada» del mercado laboral español. En ese período, tener una oferta de trabajo era un peldaño crucial hacia la regularización, bien a través de procesos masivos, o sobre todo, posteriormente, a partir de 2005, a través de procedimientos individualizados como el arraigo.

Desde mediados de los años ochenta, coincidiendo con el progreso y modernización del país, se venían sucediendo signos de escasez de mano de obra en ciertos sectores intensi-

vos en ocupaciones con bajos salarios como la agricultura, la construcción, la hostelería y los servicios personales y de cuidado. En ese escenario inicial se consideró que una de las medidas destacadas para afrontar la inmigración ilegal era reducir la economía informal. No debe olvidarse que el acceso libre a los sistemas educativo y sanitario españoles también ha ejercido un atractivo importante, no tanto en la decisión inicial de venir, sino más en la decisión de permanecer una vez que se está residiendo en España, tendencias que se redujeron drásticamente durante la crisis que elevó notablemente el nivel de desempleo en el país, afectando con mayor severidad a los inmigrantes.

En España uno de los exponentes más destacados de migración circular se encuentra en Huelva, donde se inició a partir de una contratación muy diversificada de trabajadores de varias nacionalidades (Polonia, Bulgaria, Rumanía, Ucrania, Senegal, etc.), y, poco a poco, se fue reduciendo en preferencia, primero hacia los países del Este y, más tarde, hacia determinados estados africanos, para terminar predominando el colectivo de origen marroquí, y, dentro de éste, la contratación de mujeres (a las que los empleadores consideran más rápidas y hábiles, más comprometidas, menos conflictivas y más fieles), por tener altas tasas de cumplimiento de trabajo y de aceptación del compromiso de retorno.

No en vano, Marruecos es uno de los países que hace más tiempo tienen suscrito un acuerdo de regulación de flujos migratorios con España, concretamente, desde el 25 de julio de 2001 y la provincia de Huelva, la zona española con el mayor número de migrantes participando en estos programas, representando la agricultura estacional intensiva onubense uno de los sectores económicos más vitales de la zona, ofreciendo empleo cada año a unas 100.000 personas.

La contratación circular en Huelva se centra principalmente en las campañas de la fresa, de otros frutos rojos (arándano, mora, fram-buesa...), de los cítricos (naranja, mandarina,

pomelo y limón) y de otras frutas de hueso (nectarina, melocotón, ciruela, caqui, etc.), que, en su mayor parte, se destinan a la exportación. En esta provincia, favorecida por su clima y situación geográfica, desde los años 90 se produjo una gran modernización agrícola y algunos cultivos como los freseros y cítricos crecieron exponencialmente, convirtiéndose en uno de los motores de la economía provincial. Los cítricos onubenses de las comarcas costeras junto con los del resto de Andalucía ya representan un tercio de la producción nacional y el segundo puesto en producción tras la Comunidad Valenciana. Por otro lado, como importantes municipios freseros onubenses destacan: Cartaya, Lepe, Palos, Almonte, Moguer, Lucena o La Rábida, para los que esta migración resulta clave.

Esta vía de contratación se vio favorecida a partir de la Ley Orgánica 4/2000 y de su Reglamento de desarrollo de 2001, así como por el Proyecto Aeneas, una experiencia piloto sobre inmigración, desarrollado dentro del marco de las actuaciones de la política común de la Unión Europea, cuyo objetivo principal era prestar ayuda financiera y técnica complementaria a terceros países, como apoyo a una mejor gestión de los flujos migratorios que éstos provocaban y que se ampara en la globalización de las políticas migratorias internacionales que, en la actualidad, ofrecen mayores facilidades para la movilidad, en aras de promover una inmigración legal y para luchar contra la ilegal, uno de sus objetivos prioritarios desde 2004.

El Ayuntamiento onubense de Cartaya adaptó a sus circunstancias el concepto de gestión de flujos migratorios que ya recogían la legislación y las Instituciones nacionales, así como el proyecto Aeneas e impulsó la creación del programa «Aeneas-Cartaya: Programa de Gestión integral de la Inmigración Temporal entre Marruecos y Huelva», para la atención integral de los inmigrantes.

Este municipio de Huelva aprovechó el marco del Proyecto Aeneas-Cartaya en su condición de receptor de un importante y asentado flujo migratorio, y se propuso canalizarlo como motor de su desarrollo, manteniendo

un alto estándar de integración y legalidad del mismo, intensificando su colaboración con otras Instituciones y con los empresarios y con las asociaciones agrícolas de la zona para facilitar la tramitación y cobertura de sus ofertas de empleo. Impulsó los contactos con algunos países de origen de los inmigrantes, especialmente con Marruecos, para localizar las demandas de empleo preseleccionadas por las autoridades de aquellos países (fundamentalmente con la Agencia Nacional de Empleo de Marruecos, con ANAPEC).

Paralelamente, el ayuntamiento de esta localidad onubense potenció otras medidas sociales que desarrollaron un complejo programa integral para la gestión de las migraciones de temporada en la región, haciendo especial hincapié en su integración, su reagrupación familiar y su arraigo social, en un modelo global basado en la: llegada adecuada y ordenada de los temporeros, en su acogida e integración.

El Proyecto, reprogramado como «Gestión Ética e Integral de la Migración Circular, Marruecos-Huelva», fue dotado inicialmente por la UE con 1,45 millones de euros y se desarrolló, entre otras actuaciones, en torno a la creación en Cartaya de un «Centro de Gestión de Trabajadores Temporeros de Huelva», así como la constitución de la Fundación de Trabajadores Extranjeros en Huelva-FUTEH para el apoyo, asesoramiento y cobertura técnico-administrativa a la gestión de la contratación en origen, creando un servicio de acogida y acompañamiento.

La crisis iniciada a finales de la pasada década desencadenó cambios importantes en la tendencia ascendente que llevaba la contratación en origen, produciéndose un fuerte incremento del desempleo local que se acusó también en el brusco descenso de las contrataciones en origen, acentuado, concretamente, en la provincia de Huelva, sobre todo, a partir de la campaña de 2008 y con ligeros repuntes, mostrando su tendencia a la baja; debiéndose destacar que desde ese ejercicio solo se concedieron autorizaciones temporales y ninguna de carácter estable.

AUTORIZACIONES CONCEDIDAS DE CARÁCTER TEMPORAL

	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Huelva	38.135	25.380	1.594	9.727	11.843	4.206

En esa difícil situación, los agentes locales empezaron a barajar la posibilidad de promocionar la reincorporación de los trabajadores locales a la agricultura. Después de más de una década de incorporación de la población extranjera al campo, en 2008 se propone que los desempleados trabajen en la fresa, sustituyendo los residentes a los extranjeros contratados en origen, realizando una oferta genérica de empleo agrícola a todos los parados inscritos en el Servicio Andaluz de Empleo en la provincia.

Uno de los principales objetivos de la contratación en origen es garantizar la recolección en los distintos cultivos agrícolas y no quedarse sin mano de obra en los momentos más álgidos de la campaña, por lo que la vuelta a la contratación de población autóctona, siquiera parcialmente, no implica desengrasar la máquina de la contratación en origen para el futuro, porque aunque se reduzca la cifra de contratos, el vínculo organizacional nacional y, sobre todo, el internacional, no debe desaparecer.

Resaltando que, además, han producido los siguientes beneficios

- Se han minimizado los riesgos de la inmigración irregular, entre otros, el del flujo de embarcaciones en la travesía del Estrecho de Gibraltar
- Los agricultores disponen de mano de obra cualificada para las tareas agrícolas cuando más la necesitan, reduciendo igualmente sus riesgos.
- Prever las necesidades de mano de obra obligan a ir por delante de que los trabajadores se muden a otro sector de improviso ante una oferta mejor y un trabajo más confortable, siendo muy útil en este sentido el carácter de fidelización de la migración circular.

Este proceso migratorio implica la realización de una serie de actividades que cuentan con la colaboración de otros colectivos, de algunas ONG, de mediadores socio-laborales, de monitores...:

- Actividades orientadas a propiciar el desarrollo en los países de origen, desarrollando acciones formativas en beneficio de las personas que acuden a trabajar a la campaña, con vistas a que esos aprendizajes puedan ser estabilizados en los lugares de origen.
- Facilitar la documentación, el desplazamiento y la estancia del trabajador así como al dispositivo público de servicios sociales, laborales, educativos, sanitarios u otros a cargo de administraciones, centrales sindicales...
- Beneficiar a los países de origen por la generación de remesas y los incentivos económicos que provocan en el destino migratorio la llegada de miles de personas que son nuevos consumidores de bienes y servicios lo que provoca para el país receptor beneficios y empleos directos e indirectos.

Y también hay que anotar algunos problemas de la migración de temporada:

- Se critica la excesiva feminización hacia la que ha derivado la selección, excluyendo a los varones de los trabajos de recogida.
- Algunas viviendas que sirven de alojamiento a los temporeros son valoradas negativamente por sus deficientes condiciones de habitabilidad.
- En ocasiones, no hay accesibilidad de los alojamientos a los núcleos urbanos más próximos creándose situaciones de cierto aislamiento.

- Además, pueden provocar dificultades para la población local que debe asimilar incrementos importantes de habitantes en pequeños municipios de vida muy tradicional y sin ninguna diversidad étnica que se publica en la campaña.

En cifras, en la campaña agrícola de Huelva de 2016 han trabajado casi 112.000 temporeros lo que ha supuesto un incremento de un 13% respecto al año anterior, con un porcentaje del 1,87% de migrantes contratados en origen en Marruecos.

LA EXPERIENCIA CON MARRUECOS

La migración circular entre España y Marruecos está regulada por el citado Acuerdo sobre mano de obra firmado en 2001, produciéndose en ese ejercicio la primera experiencia importante en este ámbito que fue la contratación en origen de mujeres para la recogida de la fresa en Huelva, seleccionadas por la Agencia Nacional de Empleo de Marruecos (ANAPEC) – debemos resaltar que tradicionalmente en el campo onubense se entendía que la plantación y la recogida de la fresa eran trabajos femeninos.

Aquella primera experiencia no fue muy exitosa, sin embargo, porque gran parte de las mujeres que obtuvieron la autorización de residencia y trabajo temporal para ejecutar aquellas actividades procedían de ámbitos urbanos, no tenían ninguna experiencia agrícola y, fundamentalmente, no tenían ninguna intención de volver a su país. Muchas de estas mujeres ni tan siquiera se presentaron a trabajar en los campos freseros y en torno al 60% de las trabajadoras contratadas no regresó a Marruecos.

Para corregir esa situación, en 2005, ANAPEC y las autoridades españolas adoptaron el acuerdo de revisar los criterios de selección. A partir de ese momento solo se seleccionaron mujeres rurales con experiencia agrícola y con hijos dependientes. También en ese ejercicio, la Agencia Marroquí de Empleo recibió ayu-

das europeas a través de los fondos MEDA (que se destinaban entonces al Mediterráneo) lo que facilitó la mejora y transparencia de los procesos selectivos.

Antes de que llegara a consolidarse el proceso de feminización de los asalariados en el campo onubense se produjo el abandono de mano de obra local en la recolección de la fresa, entre otros motivos, por el ascenso de las aspiraciones laborales y los logros educativos de los autóctonos. Es a partir de la década de 1990 cuando se empieza producir el proceso de sustitución de mano de obra española por extranjera y, ya en el siglo XXI, la agricultura se ha convertido en una puerta de entrada para mujeres extranjeras en Huelva.

La llegada de extranjeros a la agricultura ha estado protagonizada por un modelo de selección del nuevo personal basado en el contrato en origen, incentivado por la existencia de acuerdos internacionales entre España y los principales países que aportan personal a la campaña, en especial con Marruecos. Por tanto, la evolución de la contratación en origen en la provincia de Huelva está también ligada a aspectos que tienen que ver con razones diplomáticas, motivos políticos y de posicionamiento estratégico.

Debiéndose destacar que la selección de personal para la recolección y su llegada a tiempo es clave para el éxito de la campaña. En la evolución producida en los últimos años se mantiene inalterable la necesidad de los empresarios del sector de proveerse de mano de obra suficiente para la recogida de unos productos como la fresa y los frutos rojos que son tremendamente perecederos, lo que da impulso a la contratación en origen y, al mismo tiempo, resuelve la búsqueda de una mayor certidumbre en la medida en que permite planificar la llegada de los trabajadores justamente cuando realmente se necesitan.

Los ciudadanos marroquíes constituyen el mayor grupo de nacionales de terceros países extracomunitarios viviendo en España,

con un total de 766.622 residentes a diciembre de 2015.

Las diferencias de renta y salario entre Marruecos y España y los catorce kilómetros que separan a los dos países en el Estrecho de Gibraltar, así como la importancia de las actividades estacionales en la economía española, sobre todo en la agricultura, son un campo de cultivo apropiado para que la migración temporal tenga más trascendencia que en cualquier otra región fronteriza de la Unión Europea.

Es de resaltar que tan pronto como los inmigrantes conseguían un status legal, bien a través de procesos de regularización masivos como de procesos individuales, muchos de ellos huían de la agricultura pues se trata de un sector que no solía ofrecer buenas condiciones de empleo, encontrándose los salarios por debajo de los emolumentos de otras ocupaciones.

Con la finalidad de gestionar los flujos migratorios de una manera más ordenada y garantizar una mano de obra fiable para la fruta perecedera durante las distintas campañas se puso en marcha la gestión colectiva de contrataciones en origen de trabajadores inmigrantes de distintos países con los que España había firmado un acuerdo bilateral en esta materia.

Durante los últimos quince años este «contingente» sigue constituyendo la herramienta institucional más importante de regular la entrada de los temporeros y su retorno a su país de origen antes de los nueve meses. Además de una presencia casi testimonial en algunas provincias y con mayor relevancia en Almería y en Lleida, fundamentalmente su mayor incidencia ha sido en la provincia de Huelva, destacando en todas las provincias afectadas por encima de otras nacionalidades, los ciudadanos marroquíes y en un porcentaje de más de un 90%, que se trata de mujeres.

Como indicábamos con anterioridad, la mayoría de los marroquíes contratados en Huelva entre 2001 y 2004 no llegaron a apa-

recer por los campos y de los que lo hicieron, un gran número no regresó a Marruecos al finalizar la autorización concedida. La razón principal del abandono de las tareas agrícolas y del no regreso fue la existencia de mejores alternativas en otras ocupaciones y en otros lugares.

Hubo un período –entre 2002 y 2009– en el que este contingente se nutrió mayoritariamente de trabajadores del Este de Europa pero a medida que sus países se iban integrando en la Unión Europea, tras el período transitorio de 2 años desde su adhesión –concretamente, en mayo de 2006 y en enero de 2009–, fue perdiendo atractivo para ellos al disponer libre movilidad y de mejores ofertas de trabajo en otras regiones de España o en otros países europeos.

Por lo que, a partir de 2009, y, dado que los empresarios hortofrutícolas onubenses querían garantizarse la disponibilidad de mano de obra competente para la campaña, se volvió la vista de nuevo a los trabajadores marroquíes con la novedad de que ahora se buscaba la contratación de mujeres.

Entre los factores que han llevado a la consolidación de estas migraciones temporales en Huelva se encuentra, en primer lugar, la estacionalidad muy estricta de la campaña de la fresa y, en los últimos años, también de los demás frutos rojos, así como la iniciativa y el compromiso de todos los actores implicados –empresarios, asociaciones patronales, sindicatos, ayuntamientos, la administración autonómica y la del Estado..., sin olvidar el rechazo a la informalidad que es superior al de otras zonas agrícolas españolas.

Es un factor importante para que esta migración funcione el acuerdo laboral entre Marruecos y España para la contratación de trabajadores de 2001. Y también tiene trascendencia la posición del Gobierno español que antes de la crisis fue receptivo a las demandas empresariales para autorizar la contratación de mano de obra marroquí y que,

después de la tremenda escalada del desempleo, continuó con estos procedimientos, reduciendo de modo radical los programas de movilidad de los temporeros, limitándolos a poco más de dos millares de migrantes anuales y únicamente para la campaña de la recolección, pero dejando abierto el camino para tiempos mejores.

Anualmente, a través de la Dirección General de Migraciones, el Consulado General de España en Tánger y la Consejería Laboral en Rabat se organiza una reunión con las autoridades marroquíes en Tánger. Se trata de una reunión de coordinación en la que se adoptan acuerdos en relación con la gestión de las contrataciones, el trámite de obtención de visados y la adopción de las medidas necesarias para garantizar los derechos de los trabajadores marroquíes. En esta reunión anual se cuenta también con la asistencia de los representantes de las organizaciones empresariales del sector, de la Subdelegación del Gobierno en Huelva y por parte marroquí, de ANAPEC.

La buena gestión de los flujos migratorios temporales entre España y Marruecos ha sido fruto de armonizar a los distintos actores y a las administraciones implicadas, así como a las autoridades marroquíes para que apoyaran el proceso de contratación y desplazamiento de sus migrantes.

La política migratoria española con Marruecos ha aunado, por una parte, la articulación de los flujos migratorios y la evolución del mercado laboral español, y, de otra, ha sido capaz de regular la movilidad transfronteriza en el marco de las magníficas relaciones estratégicas de vecindad de los dos países.

A medida que fue aumentado el desempleo entre los trabajadores residentes, autóctonos y extranjeros, fue también disminuyendo el número de trabajadores marroquíes contratados utilizando el mecanismo de contratación en origen de trabajadores extranjeros a través del procedimiento de gestión colectiva

que equilibra y adecúa el número de contrataciones a la situación de cada campaña.

En esta línea, en las últimas campañas, sólo se ha permitido la contratación en origen de trabajadores marroquíes en la fase de recolección, habiéndose cubierto las necesidades de la fase de plantación con los trabajadores nacionales, comunitarios y extranjeros residentes.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que desde hace ya cuatro años únicamente participan en la campaña, los trabajadores marroquíes «fidelizados», que ostentan la condición de repetidores de varios años. No se están realizando, por tanto, procesos selectivos en origen para la contratación de nuevos trabajadores.

ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS EN LA CAMPAÑA DE HUELVA

A fin de organizar el trabajo en cada campaña que se inicia, se elabora anualmente un calendario de actuaciones, con las fechas previstas de desarrollo de cada una de las fases del procedimiento.

El órgano encargado de realizar las labores de organización de la campaña de la fresa en Huelva es la Comisión Provincial del Convenio para la ordenación, coordinación e integración socio-laboral de los flujos migratorios laborales en campañas agrícolas de temporada, cuyas reuniones son presididas por el Subdelegado del Gobierno; en su seno se planifica la contratación de trabajadores extranjeros para la realización de labores agrícolas, se acuerdan actuaciones de seguimiento de la campaña y de mantenimiento del orden público y de control de los derechos laborales de los trabajadores. En estas reuniones participan los representantes de la Federación Española de Municipios y Provincias, (FEMP) y de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas del sector, así como del Servicio Público de Empleo y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

La contratación de trabajadores extranjeros en la provincia de Huelva cuenta con la participación y la tutela del Gobierno español desde que los empresarios presentan la oferta de trabajo hasta que los trabajadores viajan a España, desarrollan su actividad laboral y regresan a su país de origen.

En todos los contratos de trabajo se exige el cumplimiento de las siguientes garantías específicas para los trabajadores:

1. De actividad continuada: los trabajadores tienen la garantía de actividad continuada durante todo el periodo de contratación.
2. De inscripción como demandante de empleo. En el caso de que el trabajador pierda su empleo o no llegue a iniciarlo, tendrá derecho a inscribirse en los servicios públicos de empleo como demandante de empleo, y la Administración le ayudará a encontrar un nuevo puesto de trabajo.
3. De cumplimiento de las condiciones de trabajo. Los empresarios están obligados a cumplir todos los compromisos asumidos en el contrato de trabajo. En caso de incumplimiento, se les podrá prohibir contratar trabajadores extranjeros durante un periodo de tres años.
4. El empleador asume la obligación de proporcionar al trabajador un alojamiento adecuado y organizar los viajes de llegada a España y de regreso al país de origen, asumiendo como mínimo el coste del primero de tales viajes y los gastos de traslado de ida y vuelta entre el puesto de entrada en España y el lugar del alojamiento.

Asimismo, los trabajadores también adquieren determinadas obligaciones, que además de las de carácter laboral, se refieren fundamentalmente a su obligación de acreditar en la embajada española o en el consulado de España, ya en su país, el compromiso de retorno al finalizar el contrato de trabajo. Si se cumple dicho compromiso, el trabajador podrá volver con un contrato nominativo como repetidor el año siguiente.

Además de las vías de protección de los derechos de los trabajadores que en la esfera laboral se vigilan por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, se han desarrollado diversos protocolos de actuación para dar asistencia a los trabajadores en caso de embarazo, enfermedad o cualquier otra situación de necesidad.

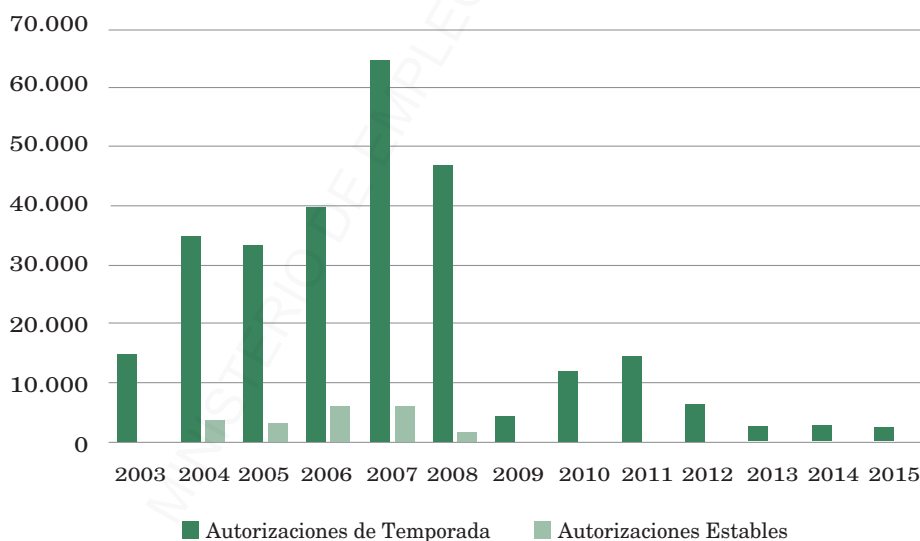
Por otra parte, la Dirección General de Migraciones gestiona como instrumento de ordenación y regulación de los flujos migratorios la concesión de subvenciones públicas encuadradas en un itinerario de inserción que se inicia con las actuaciones de selección y gestión de la oferta de trabajo en las localidades de origen de los trabajadores, continúa con las actuaciones de organización de sus desplazamientos y su contratación, al tiempo que se facilita asesoramiento de los derechos laborales y sociales de los trabajadores y se vigilan las condiciones de los alojamientos en los que se alojan en la campaña.

En el siguiente cuadro estadístico y en el diagrama de barras correspondiente se reflejan los flujos migratorios de temporada, distinguiendo la gestión del contingente en las autorizaciones estables que ya no se realizan desde 2011, y las de temporada que muestran una caída significativa desde 2012:

EVOLUCIÓN CONTINGENTE – GECCO 2003-2015

	Autorizaciones de Temporada	Autorizaciones Estables
2001		
2002		
2003	14.938	
2004	34.932	3.864
2005	33.297	3.198
2006	39.747	6.248
2007	64.716	5.728
2008	47.180	1.513
2009	4.444	27
2010	11.990	7
2011	14.618	
2012	6.655	
2013	2.963	
2014	2.834	
2015	2.767	

EVOLUCIÓN CONTINGENTE GECCO 2003-2015



EVOLUCIÓN DE LA MIGRACIÓN CIRCULAR EN ESPAÑA. PRINCIPALES MAGNITUDES

Para poder comprobar la evolución de este tipo de flujos migratorios en España lo más

práctico es visualizar las cifras. Se han escogido series temporales desde 2011 a 2015, referidas únicamente a autorizaciones concedidas con carácter temporal ya que, como ya se ha indicado con anterioridad, las de carácter estable ya no se tramitan desde 2011.

La clasificación de las autorizaciones reconocidas a los trabajadores de temporada se ha realizado por provincias en las que han efectuado sus actividades, así como también teniendo en cuenta la nacionalidad de los temporeros.

En primer lugar, se muestra la clasificación por provincias de dichos ejercicios, debiéndose resaltar que a lo largo de esa serie temporal 2011-2015 solo hay quince provincias en las que en algún momento se han reconocido autorizaciones de temporada por este procedimiento de la gestión colectiva de contrataciones en origen. Y de ellas, solo cinco – Almería, Baleares, Barcelona, Huelva y Lleida – han tenido autorizaciones en el último ejercicio considerado, en el año 2015.

El volumen de dichas autorizaciones en el pasado año alcanzó las 2.767 concesiones siendo su número más elevado el correspondiente a la provincia de Huelva con 2.178 autorizaciones que representan más del 78% del total,

seguida por la provincia de Lleida con 252 (en torno al 9%) y Almería con 179 autorizaciones (algo más del 6%). Lo que sin duda justifica la atención dedicada a la provincia onubense en este artículo.

En lo que se refiere al cuadro de las nacionalidades de estos trabajadores, señalar que pertenecen a catorce países distintos en el bucle temporal examinado y concretando en 2015, se han contratado de los siguientes países: Colombia, Ecuador, Marruecos, Panamá y Perú.

Si repasamos el número de autorizaciones por nacionalidad en el último ejercicio, destacan los ciudadanos marroquíes con 2.286 autorizaciones concedidas que representan más del 82% del total. A continuación, en segundo lugar, están los colombianos cuyos 401 representantes suponen más del 14% del conjunto total de los temporeros contratados por este procedimiento de gestión colectiva de contrataciones en origen en 2015.

AUTORIZACIONES CONCEDIDAS DE CARÁCTER TEMPORAL 2011-2015

Provincias	2011	2012	2013	2014	2015
Almería	354	283	235	183	179
Ávila	118	380			
Baleares	264	191	147	150	148
Barcelona	205	74	31	21	10
Burgos	23				
Castellón	5				
Córdoba		639			
Girona	53				
Granada	42	44			
Huelva	11.843	4.206	2.277	2.227	2.178
Huesca	36				
Lleida	1.390	788	273	253	252
Palencia	208				
Las Palmas	20				
Tarragona	57	50			
Total	14.618	6.655	2.963	2.834	2.767

AUTORIZACIONES TEMPORALES POR NACIONALIDAD

	2011	2012	2013	2014	2015
Argentina	43				
Bolivia	10				
Colombia	1.049	475	432	405	401
Dominica					
Ecuador	115	83	63	51	55
Honduras		3			
Mali	20				
Marruecos	3.440	2.444	2.414	2.335	2.286
Panamá	9	8	10	10	6
Perú	45	27	26	18	19
Rumanía	9.574	3.394			
Rusia	106	83			
Senegal	27	20	10	10	
Ucrania	85	74	8	5	
Uruguay	95	44			
Total general	14.618	6.655	2.963	2.834	2.767

Si bien los datos de la muestra que se están analizando están referidos únicamente a los ejercicios 2011-2015 es oportuno facilitar información de períodos anteriores a la hora

de visualizar datos por sectores ya que como se ha indicado con anterioridad, a partir de 2013 únicamente se conceden este tipo de autorizaciones temporales para el sector agrícola.

EVOLUCIÓN EN EL PERÍODO 2007-2010
AUTORIZACIONES DE TEMPORADA POR SECTORES

Sectores / año	2007	2008	2009	2010
Agricultura	62.938	45.681	4.050	11.614
Comercio	90	5		
Construcción	86	14		
Hostelería	607	443	4	3
Industria alimentación	3	208	2	
Industria madera	2	2		
Industria metal	3	31	4	6
Otras industrias	110	26	11	6
Pesca	2			
Servicios	504	642	369	354
Textil y conf.	0			
Transportes	371	128	4	
Total	64.716	47.180	4.444	11.983

EVOLUCIÓN DEL PERÍODO 2011-2015.
AUTORIZACIONES DE TEMPORADA POR SECTORES

Sectores / año	2011	2012	2013	2014	2015
Agricultura	14.351	6.528	2.963	2.834	2.767
Servicios	249	127			
Total general	14.600	6.655	2.963	2.834	2.767

A continuación se muestra la información relativa a los ejercicios de 2013, 2014 y 2015 detallando los datos de los expedientes pre-

sentados por provincias, por países de nacionalidad de los trabajadores y por ocupaciones dentro del sector agrícola:

OFERTAS DE CARÁCTER TEMPORAL EN 2013
AUTORIZACIONES DE RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO POR CUENTA AJENA
DE DURACION DETERMINADA PARA ACTIVIDADES DE TEMPORADA O CAMPAÑA
EN EL SECTOR AGRICOLA

Detalle por provincias

Provincia	Puestos ofertados				
	En trámite	Desfavorables	Archivados	Favorables	Total
Almería				235	235
Baleares			8	147	155
Barcelona		1		31	32
Huelva		4		2.277	2.281
Lleida		1	17	273	291
Total	0	6	25	2.963	2.994

Detalle por países

País	Puestos ofertados				
	En trámite	Desfavorables	Archivados	Favorables	Total
Colombia		2	24	432	458
Ecuador				63	63
Marruecos		4	1	2.414	2.419
Panamá				10	10
Perú				26	26
Senegal				10	10
Ucrania				8	8
Total	0	6	25	2.963	2.994

Detalle por ocupaciones

Ocupación	Puestos ofertados				
	En trámite	Desfavorables	Archivados	Favorables	Total
Manipulador fruta/ hortalizas			5	87	92
Peones agrícolas		6	15	2.802	2.823
Peones agropecuarios			5	74	79
Total general	0	6	25	2.963	2.994

OFERTAS DE CARÁCTER TEMPORAL EN 2014

AUTORIZACIONES DE RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO POR CUENTA AJENA DE DURACION DETERMINADA PARA ACTIVIDADES DE TEMPORADA O CAMPAÑA EN EL SECTOR AGRICOLA

Detalle por provincias

Provincia	Puestos ofertados				
	En trámite	Desfavorables	Archivados	Favorables	Total
Almería		5	2	183	190
Baleares			4	150	154
Barcelona				21	21
Huelva		39	10	2.227	2.276
Lleida			19	253	272
Total	0	44	35	2.834	2.913

Detalle por países

País	Puestos ofertados				
	En trámite	Desfavorables	Archivados	Favorables	Total
Colombia			22	405	427
Ecuador		1		51	52
Marruecos		43	13	2.335	2.391
Panamá				10	10
Perú				18	18
Senegal				10	10
Ucrania				5	5
Total	0	44	35	2.834	2.913

Detalle por ocupaciones

Ocupación	Puestos ofertados				
	En trámite	Desfavorables	Archivados	Favorables	Total
Manipulador fruta/hortalizas			5	90	95
Peones agrícolas		44	30	2.718	2.792
Peones agropecuarios				26	26
Total general	0	44	35	2.834	2.913

OFERTAS DE CARÁCTER TEMPORAL EN 2015

AUTORIZACIONES DE RESIDENCIA TEMPORAL Y TRABAJO POR CUENTA AJENA DE DURACION DETERMINADA PARA ACTIVIDADES DE TEMPORADA O CAMPAÑA EN EL SECTOR AGRICOLA

Detalle por provincias

Provincia	Puestos ofertados				
	En trámite	Desfavorables	Archivados	Favorables	Total
Almería		3	4	179	186
Baleares		12	4	148	164
Barcelona				10	10
Huelva		80	5	2.178	2.263
Lleida			4	252	256
Total	0	95	17	2.767	2.879

Detalle por países

Provincia	Puestos ofertados				
	En trámite	Desfavorables	Archivados	Favorables	Total
Colombia		12	7	401	420
Ecuador				55	55
Marruecos		81	6	2.286	2.373
Panamá			4	6	10
Perú		2		19	21
Total	0	95	17	2.767	2.879

Detalle por ocupaciones

Ocupación	Puestos ofertados				
	En trámite	Desfavorables	Archivados	Favorables	Total
Manipulador fruta/hortalizas			2	191	193
Peones agrícolas		90	11	2.469	2.570
Peones agropecuarios		2	3	62	67
Peones de horticultura		3	1	45	49
Total general	0	95	17	2.767	2.879

BUENAS PRÁCTICAS Y RETOS PARA EL FUTURO

La gestión de la migración marroquí de temporada desde Huelva se ha convertido en un modelo que la Comisión Europea, el Banco Mundial y la Organización Internacional de las Migraciones, junto con otras organizaciones internacionales, muestran a menudo como referencia de buena práctica que ha conseguido aunar los intereses de los empresarios agrícolas con la seguridad jurídica y los intereses de los trabajadores migrantes.

Este programa de movilidad involucra en Marruecos a su Agencia Nacional de Empleo, y en España, participan el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, a través de la Secretaría General de Inmigración y Emigración, el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, el Ministerio del Interior, la Consejería Laboral en Rabat y la Subdelegación del Gobierno en Huelva, los ayuntamientos de las zonas freseras, los sindicatos y los empresarios y las asociaciones patronales del sector.

La estrecha coordinación de todas las partes implicadas que se lleva a cabo desde la Secretaría General de Inmigración y Emigración en estrecha colaboración con la Subdelegación del Gobierno en Huelva es muy compleja y requiere un funcionamiento flexible y muy ágil para adaptarse, sobre todo en la fase de

recolección, en el momento más crítico de la campaña, al corto espacio de tiempo en el que la fresa y los demás frutos rojos deben ser recogidos.

Las cambiantes circunstancias de la economía global, el contexto de crisis y altas tasas de desempleo en España, entre otros factores, han obligado a tener que adaptarse a estas fluctuaciones, poniendo el acento en mejorar la gestión de las contrataciones en origen.

Es reseñable la celebración de seminarios que se han ido celebrando en Huelva en los últimos años y en los que de la mano de los distintos agentes sociales, administraciones implicadas y desde el ámbito universitario, con trabajos de investigación muy a tener en cuenta, se ha analizado en profundidad la problemática del procedimiento de gestión colectiva de contrataciones en origen en la provincia.

En esta permanente búsqueda de mejora de este procedimiento, se relacionan a continuación algunas de las actuaciones que ya se están llevando a cabo, las que deben implementarse próximamente, así como los desafíos a los que se enfrenta este proceso y los retos que se deben tener muy presentes para el futuro:

- En cuanto a la organización del procedimiento de gestión colectiva de con-

trataciones en origen en las campañas agrícolas de Huelva, en el momento en el que se comprobó la notable incidencia de la crisis en el sector, se adoptó la decisión de fijar únicamente la contratación de trabajadores temporeros extranjeros contratados por este procedimiento, únicamente para la fase de recolección, excluyendo la de plantación para la que se utilizaría mano de obra autóctona o extranjera residente.

- En el afán de ir mejorando el procedimiento año a año, campaña a campaña, desde hace dos ejercicios se ha programado la llegada de los trabajadores marroquíes a Huelva en dos fases: una primera para la fresa prevista para iniciarse a partir de finales de enero y una segunda, que comienza a principios de marzo para los frutos rojos, adaptando la venida a España de la mano de obra a las necesidades de recolección de cada producto.
- A la vista de los buenos resultados obtenidos en esta redistribución de los viajes, para 2017 se está estudiando mantener esas dos fases de incorporación de las temporeras a la actividad, añadiendo una tercera para los meses de abril y mayo en que se solapan las dos campañas y en cuyo período se deberán incrementar los viajes de las temporeras para que se pueda hacer frente a las tareas de recolección de ambas.
- Siguiendo con los viajes de las trabajadoras es de destacar el apoyo de las asociaciones de empresarios del sector sin cuyos medios no se podría desarrollar satisfactoriamente, como sucede actualmente, la llegada y el retorno de las temporeras, yendo mucho más allá de lo previsto en la regulación vigente. No obstante, sería también conveniente y muy deseable establecer temporalmente personal de apoyo de dichas asociaciones en Tánger durante

los períodos de llegadas a España de estas trabajadoras para garantizarles un buen viaje y asesorarles en lo que necesiten.

- Por otra parte, las empresas del sector han tenido que realizar un importante esfuerzo, dentro de sus iniciativas exportadoras, por encontrar y poder abrir nuevos mercados a sus productos cuando por algunos acontecimientos políticos de los últimos años han visto cerradas operaciones exportadoras ya muy asentadas con algunos países. Es importante que obtengan el apoyo necesario para sus actividades comercializadoras.
- Los empresarios y la administración local echan de menos iniciativas de comunicación que defiendan el esfuerzo institucional que existe tras estos programas de migración temporal. Por lo que habrá que estudiar cómo poner el acento en esas tareas informativas. También muestran su preocupación por integrar objetivos laborales y de bienestar para los inmigrantes, haciendo frente a las campañas de algunos medios exteriores que intentan manchar estos procesos ligando al sector con los abusos de la inmigración irregular y los asentamientos ilegales. Es importante cuidar la imagen del sector, de marcado carácter exportador y muy importante para los intereses comerciales españoles en los medios de comunicación europeos y de todo el mundo.
- Otro desafío es buscar proyectos de concatenación de campañas uniendo las recolecciones de distintas frutas y hortalizas en sus respectivos territorios. No es una tarea fácil la de armonizar finales de campaña con el inicio de otras en lugares a menudo bastante lejanos. Con la dificultad añadida de que no hay calendarios fijos ya que pueden solaparse los períodos de recogida y los

azares de la meteorología y el mercado pueden cambiar ostensiblemente el principio y final de las mismas. En realidad, sería una magnífica opción para los temporeros, aumentando su estabilidad. Se trataría de planificar conjuntamente varias campañas distintas sin deteriorar el delicado equilibrio entre la flexibilidad laboral que demandan los empleadores y la estabilidad de los contratos que persiguen los sindicatos y las asociaciones de inmigrantes. Ayudaría también el diseño de bolsas nacionales de empleo para la agricultura y la promoción de la movilidad interna en todo el país.

- Cuando antes de finalizar la campaña se producen incidencias en algunas plantaciones que pueden dejar sin ocupación a algunos trabajadores es labor conjunta de todos los implicados en este proceso de intentar recolocar a los temporeros en otras explotaciones. Ya se ha hecho con éxito en alguna campaña pero se debe estar preparado para, si se produce, volverlo a hacer en el futuro.
- Las relaciones de los temporeros con las comunidades locales inciden sin duda alguna en la convivencia en una actividad tan estacional de intenso trabajo y de alojamiento habitualmente fuera de los núcleos urbanos. Si los inmigrantes proceden de áreas rurales y tienen por lo general escasa formación y escaso conocimiento del español, las poblaciones autóctonas también son preeminentemente rurales, con niveles educativos y de ingresos más bajos lo que no facilita una armonía demasiado fluida entre ambas comunidades. Siendo la barrera del idioma un obstáculo muy severo para las interrelaciones entre ambas comunidades. Además, con la crisis se redujeron los cursos de español por lo que habrá que enfatizar la potenciación de estas clases para aproximar a los dos colectivos.
- El alojamiento de los trabajadores migrantes de temporada es un aspecto clave para apuntalar la migración circular y el bienestar de los temporeros lo que incrementará, de hacerse bien, la productividad en la actividad. Es justo reconocer que muchas veces la mejora de las condiciones de habitabilidad termina dependiendo en gran medida de la voluntad de los empresarios y que es preciso, por tanto, mejorar la coordinación entre las administraciones para conseguir optimizar las condiciones de los alojamientos. Su localización en las explotaciones que garantiza proximidad a la tarea y ahorro en costes inmobiliarios, sin embargo, puede llegar a dificultar la integración con la comunidad local y el acceso a los equipamientos urbanos, incrementando la posibilidad de accidentes en los trayectos del campo a la población más próxima.
- La elaboración de un censo de alojamientos de temporeros permite conocer la disponibilidad de plazas para las distintas campañas y, asimismo, se han fijado condiciones de habitabilidad de dichos alojamientos que son suscritas por los empresarios del sector y se vincula su cumplimiento a las posibles subvenciones que pudieran establecerse sobre las mismas.
- En este plano de los alojamientos de los temporeros también es de destacar la lucha coordinada de las administraciones con el apoyo de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado para evitar los asentamientos irregulares. Los trabajadores de temporada que se han desplazado desde lugares, a veces muy lejanos, deben disponer de alojamientos dignos durante la campaña.
- En cuanto a la contratación en la provincia de Huelva, en el sector de la fresa y de los frutos rojos, de personal marroquí en origen que es exclusivamente femenino se dice por algunos

autores que es una discriminación positiva encubierta aunque los empleadores destacan la eficiencia de las mujeres en la recolección de unos frutos que son muy delicados; aparentemente, se indica que las mujeres son más cuidadosas y pacientes. De esta manera, se añade que se garantiza también el retorno, tratándose de madres con niños residentes en ámbitos agrícolas, instrumentalizando una fuerza laboral menos conflictiva que los varones; en definitiva, se habla de que se trata de un colectivo más dócil y resignado. Las ONG y los sindicatos admiten valoraciones positivas desde una perspectiva de género apoyada en los sustanciales ingresos que obtienen frente a lo que ganarían en su país y a la experiencia que atesoran. Sin embargo, por el lado negativo, la separación familiar supone para la mayor parte de las mujeres migrantes una causa de estrés que es más acentuada cuando tienen hijos de muy corta edad esperándoles en sus lugares de residencia.

- Si bien es cierto que con carácter general los migrantes de temporada perciben los salarios que se estipulan en los convenios del sector y que raramente se producen abusos es siempre oportuno salvaguardar los intereses de los trabajadores mediante las medidas preventivas que se pongan para su cuidado, debiendo disponer de unos buenos servicios de información de sus derechos socio-laborales y de todo tipo. La vulnerabilidad de los temporeros es consecuencia en gran medida a que sus derechos están muy ligados a la estacionalidad de sus ocupaciones. A tal efecto, se deben potenciar, en caso de producirse situaciones anómalas, los recursos de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y el apoyo imprescindible de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado. También

los sindicatos y las asociaciones de inmigrantes deben contribuir en esta vigilancia y en el asesoramiento de los migrantes, debiéndose tener en cuenta que éstos suelen ser muy reacios a denunciar.

- Otro reto no menos importante es el modelo salarial. A pesar de que la agricultura intensiva es uno de los sectores más dinámicos de la economía española, en especial, el hortofrutícola, con experiencias productivas y exportadoras de gran éxito, sin embargo, los años van pasando y no se han producido mejoras salariales significativas lo que es una de las causas de abandono de la actividad a mitad de la campaña para irse a otros sectores con remuneraciones más elevadas.
- En otro orden de cosas, la necesidad de obtener la información más completa y en tiempo real de los contratos en origen, de las autorizaciones concedidas a los temporeros, de la tramitación de los visados y de la acreditación del retorno, entre otra documentación administrativa, exige la puesta en funcionamiento de una aplicación informática común. En esta aplicación las distintas administraciones, incluida la marroquí en lo que le atañe y de conformidad con la normativa aplicable en esta materia, dispondrán de la información necesaria para realizar sus gestiones. Se ha avanzado en interconectar los datos de los trabajadores con las autorizaciones de residencia y sus contrataciones en una aplicación informática del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, sustituyendo a la base de datos de FUTEH, pero queda todavía mucho por hacer. Lo ideal sería que la referida aplicación informática común fuera de utilización única: para el MAEC, MINHAP, MEYSS y MIR para que todos los departamentos debieran introducir en ella obligatoria-

mente los datos de las autorizaciones, de los visados y del retorno o volcarse en la misma la información de dichos procesos.

- En esta línea de recopilar la información sobre estos procedimientos en una herramienta informática común debemos resaltar que en la actualidad y con la finalidad de evitar que los temporeros cuando regresen a su país peregrinen a la legación española más próxima, situada muchas veces a cientos de kilómetros de sus hogares, se les realiza el control de retorno al volver en el ferry a Tánger por los servicios policiales en Cádiz. Esta magnífica práctica debería incardinarse en la aplicación informática para poder tener esa información en tiempo real en todos los departamentos implicados.
- En materia de procedimiento administrativo es apremiante intentar eliminar trabas burocráticas y simplificar el proceso en la Orden de Gestión Colectiva de Contrataciones en Origen mejorando, asimismo, los controles. La elaboración de una nueva norma debe posibilitar la agilización de los trámites poniendo también el acento en incrementar las garantías de la seguridad del procedimiento.

Como conclusión debe señalarse que constituyendo la migración circular en España una pequeña parte de la realidad migratoria de nuestro país, el sistema goza de niveles de formalización y transparencia muy aceptables, incluyendo una alta satisfacción en la experiencia de los empleadores, con las ventajas de una mano de obra fidelizada desde hace años y es también muy apreciada por los migrantes por los beneficios económicos obtenidos, aspectos sanitarios, formativos y educativos y por el trato recibido. Habiendo conseguido consensos sólidos entre empresarios, sindicatos, ONG y las distintas administraciones, con un bagaje de «buenas prácticas» a

considerar y tener muy en cuenta en futuros programas de estas experiencias circulares así como en otras políticas migratorias. Sin olvidar que hay todavía muchas cuestiones que mejorar y que los importantes retos y desafíos que nos depara el futuro están ya esperándonos a la vuelta de la esquina, en la próxima campaña. No hay pues ni un minuto que perder.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- «Migración temporal y circular: evidencia empírica, políticas actuales y opciones futuras en España». EMN. Diciembre de 2010.
- INSTITUTO DE DESARROLLO SOCIAL Y PAZ. «El retorno de las Migraciones Circulares: la regulación de las migraciones profesionales».
- «Seminario sobre Migración y Desarrollo». Antigua, Guatemala. 7 de septiembre de 2010. OIM
- ESTRELLA GUALDA. Artículo de mayo de 2012, «Migración circular en tiempos de crisis. Mujeres de Europa del Este y africanas en la agricultura de Huelva (Papers 2012 97/3)». Departamento de Sociología y Trabajo Social de la Universidad de Huelva.
- Documento titulado: «Evolución de los Contingentes de Trabajadores Extranjeros en España (1993-2011): Las Actividades Agrícolas», de J.A. MÁRQUEZ DOMÍNGUEZ, de la Universidad de Granada.
- CARMEN GONZÁLEZ ENRÍQUEZ. La migración temporal entre Marruecos y España. 2011.- Real Instituto Elcano.
- «Migración circular programada, voluntaria e involuntaria en España, con especial atención a las trabajadoras marroquíes en la campaña de la fresa en Huelva». Bellaterra, junio de 2016.
- Documentación y estadísticas de la Subdirección General de Inmigración, entre la que se encuentra un estudio para la UNED sobre migración circular y temporal, denominado: «Migración Temporal y Circular: Evidencia Empírica, Políticas Actuales y Opciones Futuras en España».
- MERCEDES GORDO, RAFAEL ALLEPUZ, JUAN ANTONIO MÁRQUEZ Y TERESA TORRES. «La gestión colectiva de los contratos en origen de temporeros colombianos en la provincia de Lleida».
- JUAN ANTONIO MÁRQUEZ. «Jornaleros extranjeros en España. El contingente agrícola de temporada como política de control de los flujos migratorios».

AGRADECIMIENTOS

- A las Dependencias de Trabajo e Inmigración de las Subdelegaciones del Gobierno en Huelva y en Lleida.
- A la Consejería Laboral de España en Rabat.
- Al Consulado de España en Tánger.
- A las asociaciones empresariales agrícolas de Huelva y Lleida, así como a los sindicatos del sector.
- Al Área de Gestión Colectiva de Contrataciones en Origen y al Área de Estadísticas de la Subdirección General de Inmigración.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

RESUMEN

La migración circular en España representa en la actualidad un procedimiento exitoso para regular los flujos migratorios de los trabajadores de temporada a través del sistema de gestión colectiva de contrataciones en origen.

Dichos procedimientos se circunscriben únicamente al sector agrícola y fundamentalmente a las provincias de Huelva y Lleida, siendo la provincia onubense en la que se tramita el mayor volumen de autorizaciones con temporeros de origen marroquí.

La migración temporal de trabajadores de Marruecos para las campañas agrícolas de la provincia de Huelva se ha convertido en un modelo que la Comisión Europea, el Banco Mundial y la Organización Internacional de las Migraciones junto con otras organizaciones internacionales muestran a menudo como referencia de buena práctica.

Hay, sin embargo, muchos temas que mejorar y se debe estar alerta ante los desafíos del futuro que ya están llamando a la puerta. Los nuevos retos pondrán en su lugar en los próximos años esta forma de tramitación de las autorizaciones para los migrantes así como su aplicación, en su caso, a otro tipo de flujos migratorios.

Palabras clave: Migración circular, temporeros, retorno, buenas prácticas.

ABSTRACT

Circular migration in Spain today represents a successful procedure to regulate migration of seasonal workers through the system of collective management of hiring in origin.

Such procedures are limited only to the agricultural sector and mainly to the provinces of Huelva and Lleida, being Huelva the province in which the greatest volume of temporary permits of Moroccan origin are issued.

Temporary migration of workers from Morocco for crop years in the province of Huelva has become a model for the European Commission, the World Bank and the International Organization for Migration together with other international organizations, often shown as a reference for good practice.

There are, however, many issues to improve and we should be aware of the challenges that are already knocking on the door. The new challenges will put in place in the coming years this kind of processing permits for migrants and their application, where appropriate, to other types of migratory flows.

Keywords: Circular migration, seasonal workers, return, good practices.

La Muestra Continua de Vidas Laborales (MCVL) en el estudio del empleo asalariado de la inmigración latinoamericana en España

Continuous Sample of Working Lives (MCVL) for the study of paid employment among Latin American immigrants in Spain

TALINA CONTRERAS DÁVILA*

1. INTRODUCCIÓN

El prolongado periodo de recesión en España ha tenido serias consecuencias en la participación de la población inmigrada latinoamericana en el mercado laboral. De manera particular, el *colectivo* con mayor número de residentes, conformado por ecuatorianos, colombianos y peruanos, ha disminuido su contribución en el total de población en edad laboral y propiamente activa, al mismo tiempo que ha presentado saldos migratorios negativos y ha sufrido el desempleo como principal resultado de la crisis. Pero otros efectos están ocurriendo en aquellos que continúan insertos en el mercado de trabajo bajo la modalidad de asalariados. Para distinguir algunos de ellos, este trabajo tiene como objetivo analizar los cambios en los tipos de contrato y en la remuneración, haciendo un ejercicio comparativo entre el *colectivo latinoamericano* mencionado y la población española.

Parte de la hipótesis de que, a partir de la crisis, la precariedad del empleo reflejada en una mayor proporción de la contratación temporal y en una disminución de los salarios, se ha manifestado de manera más significativa en el *colectivo latinoamericano*. Para responder a esta conjetura, analiza datos de asalariados de la Muestra Continua de Vidas Laborales (MCVL). Los resultados indican que se ha acentuado el *empleo temporal a tiempo parcial* en los latinoamericanos más que en la población española y ha marcado las diferencias de salarios medios anuales entre los dos grupos, con una caída del salario en los contratos temporales de los latinoamericanos y una proporción más elevada de asalariados que perciben menos del Salario Mínimo Interprofesional (SMI). Por lo anterior, se concluye que el empleo asalariado del *colectivo latinoamericano* se ha precarizado en mayor medida que en la población nativa.

* Universidad Complutense de Madrid.

2. LA MUESTRA CONTINUA DE VIDAS LABORALES EN EL ESTUDIO DE LA PRECARIEDAD DEL EMPLEO ASALARIADO

La Muestra Continua de Vidas Laborales (MCVL) es una fuente de datos que proporciona el Ministerio de Empleo y Seguridad Social para analizar diferentes aspectos del mercado de trabajo. Si bien se encuentra disponible desde 2004 hasta 2014, debido a las inconsistencias que presenta su primera versión¹, en este trabajo se observan la información a partir de 2005.

Se trata de un conjunto de microdatos anónimos que procede de distintos ámbitos administrativos y que aporta más de un millón de datos de personas que han tenido relación con la Seguridad Social en el año de referencia. Los datos incluyen tanto a los que trabajaron y cotizaron en ese año como a los que recibieron alguna prestación (subsidio por desempleo o pensión contributiva), sin tener en cuenta a los que están de alta sólo por prestaciones sanitarias.

Además de los registros de la Seguridad Social, la MCVL presenta datos procedentes del Padrón Continuo Municipal del INE y de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT). Los que proceden del Padrón se refieren a datos personales de los seleccionados como el sexo o la nacionalidad. Por otra parte, la información aportada por la Agencia Tributaria se refiere a Datos Fiscales, a la declaración anual de las entidades sujetas a IRPF a través del Modelo 190² que recoge las retenciones e ingresos aplicados por los pagadores.

¹ Para una revisión más específica de dichas inconsistencias, véase la Guía del Contenido de la MCVL de septiembre de 2015 en la parte de «Cambios e incidencias importantes», pág. 184.

² El modelo 190 es el «Resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta del IRPF sobre rendimientos de trabajo, de determinadas actividades económicas, premios y determinadas imputaciones de renta».

Pese a la dificultad anticipada para manejar los datos que ofrece la MCVL, la información que ofrece es sumamente valiosa, y, desafortunadamente, poco aprovechada por los interesados en investigar las principales características del empleo en España. Es por ese motivo, y por las ventajas que a continuación se enumeran, que se ha utilizado para este estudio:

- Al considerar todas las personas que han tenido alguna relación con la Seguridad Social en cualquier momento del año y no sólo en una fecha determinada, aquellas que han trabajado de manera ocasional están más representadas que en otras fuentes de información. Dado que una de las variables a observar es precisamente el empleo temporal, esta fuente resulta ser propicia para ello.
- Pueden observarse las condiciones de afiliación y de percepciones dinerarias de grupos específicos. Si bien la Encuesta de Población Activa (EPA), fuente tradicional para los estudios del mercado de trabajo, tiene similitud con la MCVL en la distribución de los empleados por tipo de contrato, no cuenta con información detallada sobre los tipos de contratos temporales y parciales ni con información sobre percepciones dinerarias individuales de los asalariados. No obstante, hay que mencionar que la MCVL sólo considerará aquellos grupos relacionados a la Seguridad Social, y no los proclives a desempeñar actividades sin afiliación, que sí pueden estar incluidos en la EPA.
- Al referirse a la vida laboral de individuos, permite estudios similares a los que podrían basarse en estructuras panel³. Si bien la MCVL no es una

³ Muestra que hace mediciones sucesivas sobre un mismo grupo de observaciones en distintos momentos del tiempo.

muestra de este tipo debido a que cada año «elimina» a los individuos que terminen relación con la Seguridad Social e incluye las nuevas incorporaciones, hay que considerar que, al incluir las mismas personas en cada versión (en la medida en que continúen manteniendo relación con la Seguridad Social), en principio ofrece un colectivo estable que se puede analizar incluso «desde el punto de vista salarial estudiando sus rentas en cada uno de los años de

la muestra hasta el momento» (Módulo Fiscal: 14).

2.1. Selección y tamaño de la muestra

Cada versión se construye a través de un muestreo aleatorio simple, no estratificado, que equivale al 4% de la misma. Se han realizado extracciones de los registros desde 2004 hasta 2014, por lo que existen en la actualidad 11 ediciones.

TABLA 1. TAMAÑO DE POBLACIÓN Y MUESTRA DE LA MCVL

Edición	Tamaño de la población	Tamaño de la muestra
2004	27.435.159	1.095.808
2005	28.571.142	1.142.118
2006	29.257.674	1.170.895
2007	30.003.928	1.200.998
2008	30.310.905	1.213.706
2009	30.060.237	1.203.737
2010	30.139.813	1.206.663
2011	30.034.488	1.202.387
2012	29.672.460	1.187.962
2013	29.333.389	1.172.383
2014	29.484.760	1.178.730

Fuente: Elaboración propia a partir de las guías del contenido de la MCVL.

El muestreo que se realiza para la extracción de los datos es aleatorio simple:

La selección de los individuos se realiza a través de la localización de unas cifras escogidas aleatoriamente dentro de su código de identificación personal (LAPUERTA, 2010:6).

Este tipo de muestreo presenta dos ventajas fundamentales:

«En primer lugar, asegura la selección de los mismos individuos en las suce-

sivas versiones de la MCVL, siempre y cuando «continúen manteniendo relación con la Seguridad Social y no cambien de código identificador» (MTAS, 2006:6). Así se consigue una estructura tipo panel, lo que facilita el seguimiento de los mismos individuos y limita, hasta cierto punto, el problema de sesgo muestral que supone la definición de la población de referencia (mantener una relación administrativa con la Seguridad Social, bien como cotizante, bien como receptor de prestaciones

contributivas). En segundo lugar, «proporciona un procedimiento automático para seleccionar las nuevas incorporaciones, garantizando además que éstas son representativas de las altas en la población de referencia» (MTAS, 2006:6). De este modo se mantiene la representatividad de la muestra en los sucesivos años de referencia» (LAPUERTA 2010:6).

Es importante considerar que cada año la población de referencia varía por la incorporación de nuevos individuos y el término de relación de otros con la Seguridad Social. Por ello, si lo que se desea es observar las vidas laborales de personas o grupos, deberá procederse a la homogeneización de las poblaciones de los años utilizados.

2.2. Estructura de la información

La MCVL contiene seis ficheros o tablas con distinta información. Aquí se menciona parte de la misma⁴:

Tabla 1. PERSONAS: fecha de nacimiento, sexo, nacionalidad, y nivel educativo.

Tabla 2. AFILIACIÓN (vida laboral): regímenes y grupos de cotización, tipos de contrato de trabajo, fechas de alta y baja de afiliación.

Tabla 3. BASES DE COTIZACIÓN: año de cotización.

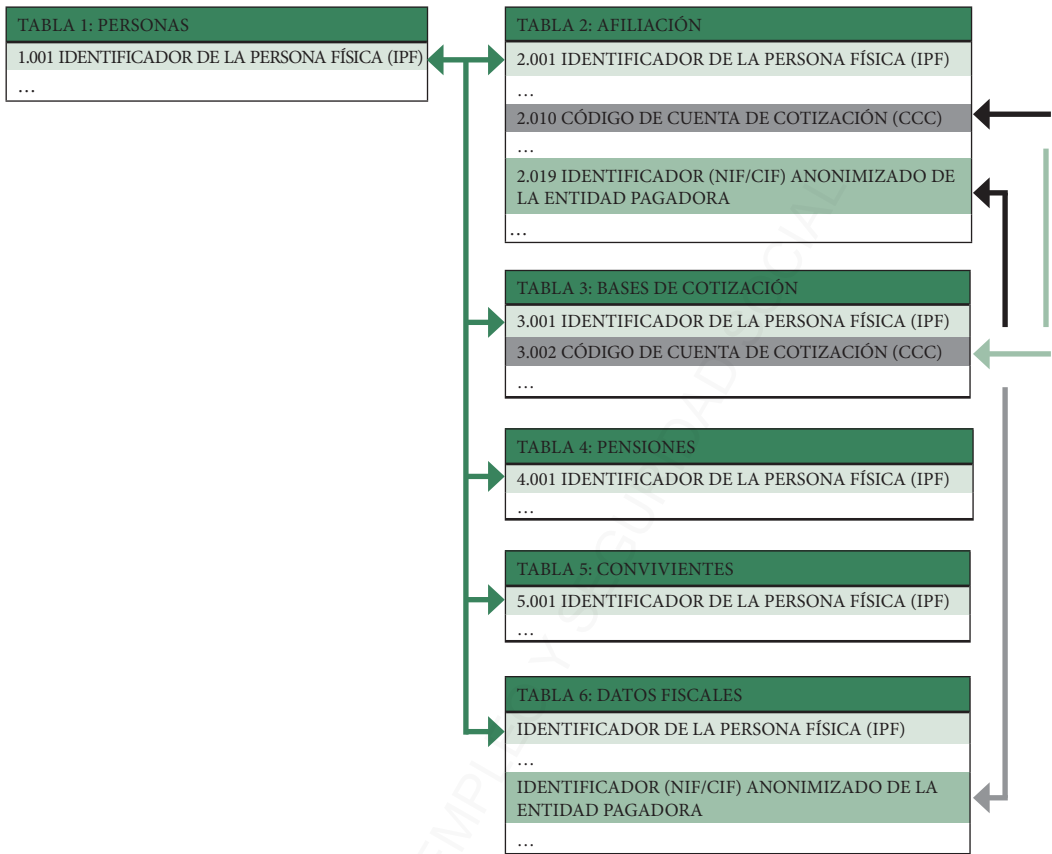
Tabla 4. PENSIONES: clase de prestación, régimen de la pensión, periodo de cotización.

Tabla 5. CONVIVIENTES: fecha de nacimiento y sexo.

Tabla 6. DATOS FISCALES (retenciones IRPF): percepción íntegra dineraria, retenciones practicadas, gastos deducibles.

En cada tabla, la primera columna contiene un «identificador de la persona física» (IPF), del afiliado o pensionista, al que se refieren todas las demás columnas de datos. Al aparecer el identificador en cada tabla, es posible «conectar» la información de las tablas y recuperar la correspondiente a la misma persona en cada una de ellas siempre y cuando siga manteniendo relación con la Seguridad Social.

⁴ Para información más detallada del contenido de las tablas y variables consultar la Guía del Contenido de la MCVL y el documento Módulo Fiscal que publica el Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

DIAGRAMA 1. CAMPOS COMUNES EN LAS TABLAS DE LA MCVL

Fuente: Guía del Contenido. MCVL, septiembre 2014.

2.3. Datos utilizados para el análisis

Se utilizaron datos de las Tablas 1, 2 y 6:

Tabla 1. Se utilizó la variable *Nacionalidad* para obtener datos sobre ecuatorianos, colombianos, peruanos y españoles.

Tabla 2. Se utilizaron las siguientes variables:

Tipo de contrato de trabajo, que identifica la modalidad contractual que vincula al trabajador por cuenta ajena y al empleador, eligiendo sólo aquellas que se corresponden con el empleo temporal y a tiempo parcial:

- 100. Indefinido tiempo completo ordinario
- 200. Indefinido tiempo parcial ordinario

- 401. Temporal tiempo completo obra o servicio
- 402. Temporal tiempo completo eventual de la producción
- 410. Temporal tiempo completo interinidad
- 421. Temporal tiempo completo formación
- 501. Temporal tiempo parcial obra y servicio
- 502. Temporal tiempo parcial eventual de la producción
- 510. Temporal tiempo parcial interinidad
- 520. Temporal tiempo parcial prácticas

El dato que refleja la MCVL corresponde a la actualización más reciente previa a la fecha de extracción de datos (normalmente abril del

año siguiente al de referencia de la MCVL), y se referirá a todo el episodio de afiliación (tiempo entre la fecha del alta y la de la baja), o sólo a la última parte de este si ha sufrido modificación a lo largo del episodio (Guía del Contenido de la MCVL, septiembre de 2015:31).

Tabla 6. Se utilizaron las variables *Clave de percepción y Percepción íntegra dineraria*. La primera identifica a los empleados por cuenta ajena del resto de los perceptores por medio de la clave «A». La segunda es «el importe íntegro anual de las percepciones dinerarias efectivamente satisfechas. El importe viene consignado en céntimos de euro» (Módulo Fiscal:7).

La percepción íntegra dineraria es aportada por la Agencia Tributaria y se refiere a la declaración anual de las entidades sujetas a IRPF a través del Modelo 190, que recoge las retenciones e ingresos aplicados por los pagadores.

2.4. El modelo 190

El modelo 190 es el «Resumen anual de retenciones e ingresos a cuenta del IRPF sobre rendimientos de trabajo, de determinadas actividades económicas, premios y determinadas imputaciones de renta» (Guía del contenido, 2016:160).

Todas las entidades que pagan salarios, pensiones o prestaciones por desempleo están obligadas a presentar el modelo. Cada pagador de rentas presenta información sobre los perceptores. «Conforman la base los asalariados, pensionistas y perceptores de prestaciones de desempleo que residen en el Territorio de Régimen Fiscal Común, que incluye todo el territorio nacional, excepto el País Vasco y Navarra. En dichas relaciones de perceptores figuran todas las personas que reciben rentas sujetas a IRPF aunque se trate de retribuciones inferiores al mínimo legal de exención para la obligación de declarar en IRPF, retribuciones con tipo de retención nulo o rentas exentas» (ídem).

2.5. ¿Cómo se ha procedido al tratamiento de los datos?

Se utilizó el lenguaje de programación SAS para analizar el contenido de la MCVL y obtener los datos de interés. Teniendo como base la información del módulo de Datos Fiscales, se filtraron los «identificadores de las personas físicas» (IPF) que cumplieran la condición de ser asalariados y percibir un ingreso, y se cruzaron con las tablas de PERSONAS para obtener las nacionalidades de utilidad, y de AFILIACIÓN para obtener el tipo de contrato de trabajo. Si alguno de los identificadores no arrojaba información sobre los criterios requeridos, no formaba parte de los datos obtenidos en los «filtros».

El resultado fue obtener tantos registros del mismo identificador como retenedores⁵ distintos hubiese tenido en el periodo anual. Es decir, varias «filas» de un mismo identificador que reflejaban la vida laboral de ese individuo.

Se consideraron dos grupos: la población española y el colectivo latinoamericano, conformado por las nacionalidades ecuatoriana, colombiana y peruana, y se utilizó el total de estas poblaciones en cada ola de la MCVL.

Desde la primera extracción de datos del año 2005 hasta el 2013 se mantuvo una estructura en la que las variables que se extraían de las tablas siempre correspondían a los mismos «identificadores de la persona física». Así, cada año serían seleccionadas las mismas personas en la medida en que continuaran manteniendo relación con la Seguridad Social. Al mismo tiempo, irían desapareciendo las personas sin dicha relación y se incorporarían nuevos elementos.

No se procedió a homogeneizar las poblaciones de los años, por lo que la cantidad de personas analizadas es diferente en cada año debido a los términos de relación con la Seguridad Social y a las nuevas incorporaciones. No obstante, hay que considerar que la MCVL hace una selección de los mismos individuos en cada ver-

⁵ El retenedor, en la terminología de la Seguridad Social, sería el empresario para el que se trabaja.

sión, por lo que, en principio, hay un colectivo estable que se puede analizar incluso «desde el punto de vista salarial estudiando sus rentas en cada uno de los años de la muestra hasta el momento» (Módulo Fiscal, 2016:14).

Debido a que el objetivo es identificar los cambios en el tipo de contratación y en las percepciones dinerarias anuales, y no las trayectorias laborales de un determinado grupo de personas, se utilizaron en cada ola sólo los datos de ese año, lo que parece ser recomendable hasta cierto punto teniendo en cuenta la siguiente afirmación: «La información retrospectiva que nos ofrecen algunos ficheros puede hacernos perder de vista que la MCVL es únicamente representativa de aquellos individuos que, en el año al que alude cada versión de la MCVL, tuvieron una relación administrativa con la Seguridad Social, pero no de las cohortes anteriores. Por lo tanto, cuanto más atrás nos remontemos en la reconstrucción de la vida

laboral de los individuos, más probabilidades habrá de que ésta no refleje la realidad de su época» (Lapuerta, 2010:16).

Dado que se tenían tantos registros de una persona como perceptores hubiese tenido en el año, se obtuvo la media del ingreso de todos los «identificadores de personas físicas» repetidos, de tal forma que sólo quedara «una fila por identificador». En este caso, se constató que la relación contractual de los registros repetidos se desarrollara con el mismo tipo de contrato para poder unificarlos.

La tabla 2 contiene los totales de asalariados de las poblaciones de interés, y de los que cumplieron los criterios para el estudio, es decir, aquellos que arrojaron datos sobre percepciones dinerarias anuales y sobre alguno de los tipos de contrato requeridos. Por otra parte, el diagrama 2 muestra el tratamiento de la información de los ficheros de la MCVL.

TABLA 2. TOTAL DE POBLACIÓN CON LAS NACIONALIDADES DE INTERÉS EN LA MCVL, TOTAL DE ASALARIADOS, Y ASALARIADOS QUE CUMPLIERON LOS CRITERIOS PARA EL ESTUDIO 2005-2014

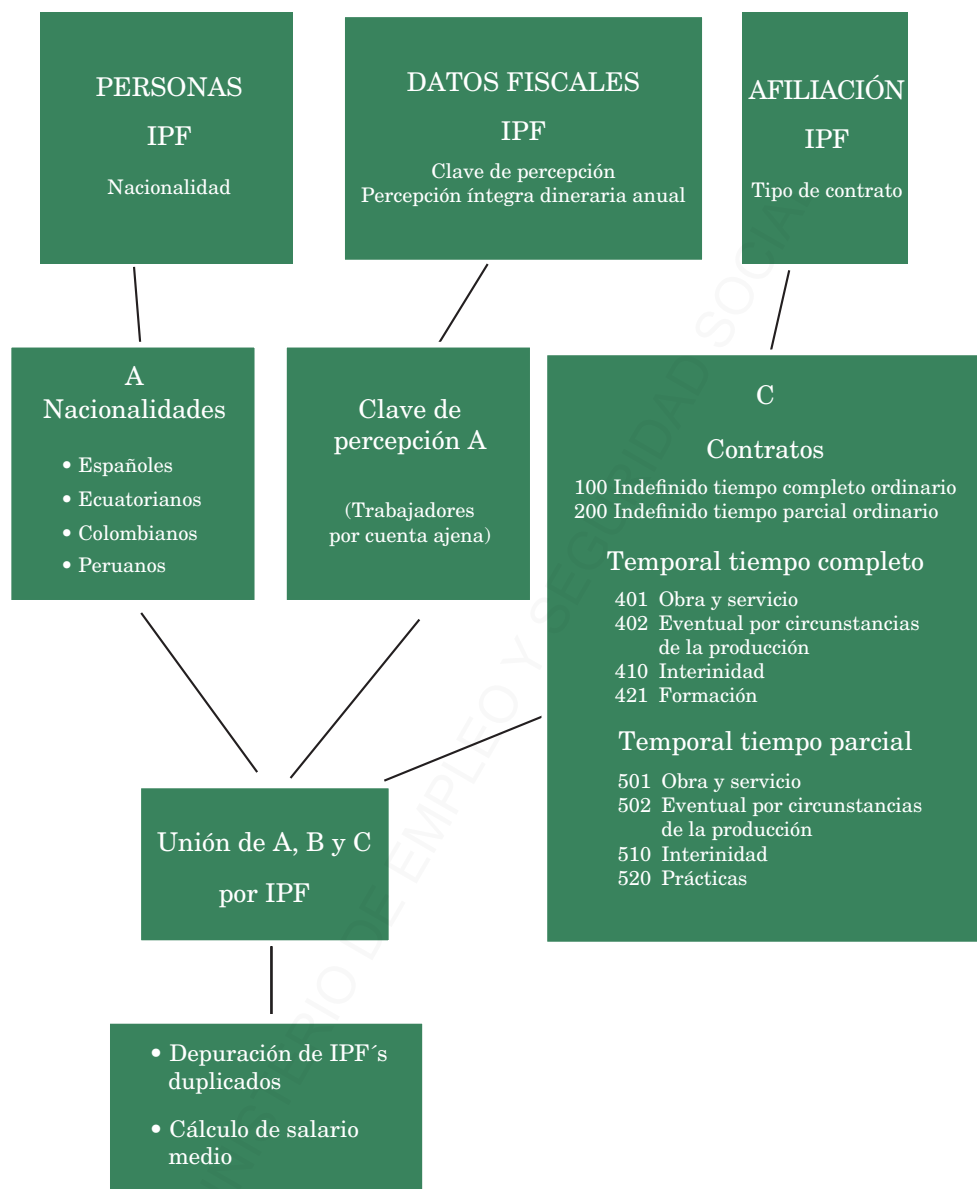
Año	Total de población con nacionalidad española en la MCVL(1)	Total de Asalariados españoles	Asalariados españoles que cumplen los criterios para el estudio (2)	Total de población colectiva latinoamericana (ecuatorianos, colombianos y peruanos) MCVL (1)	Total de Asalariados colectiva latinoamericana	Asalariados del colectivo latinoamericano que cumplen los criterios para el estudio (2)
2005	1.055.333	616.693	534.326	21.006	10.712	10.181
2006	1.073.759	631.439	551.203	22.210	13.849	13.107
2007	1.092.075	645.895	568.203	22.823	16.662	15.857
2008	1.096.526	642.632	567.667	23.529	18.242	17411
2009	1.087.428	612.822	543.158	21.701	15.914	15.161
2010	1.090.499	599.675	535.141	19.782	14.239	13.526
2011	1.088.956	594.187	533.205	17.291	12.300	11.678
2012	1.080.070	573.661	519855	14.856	10.087	9.585
2013	1.074.160	566.525	515.293	11.179	7.564	7.199
2014	1.081.932	*	748.841	9.244	*	8.676

Fuente: Elaboración propia con datos de la MCVL.

Esta información se ha obtenido del fichero de PERSONAS.

(1) Los criterios para los fines del estudio son: que tengan percepción dineraria anual y alguno de los contratos de interés.

* No se cuenta con Datos Fiscales para 2014, por lo que se obtuvieron los ID's con los contratos de interés pero no el número de asalariados.

DIAGRAMA 2. TRATAMIENTO DE LA INFORMACIÓN DE LOS FICHEROS DE LA MCVL

Fuente: Elaboración propia.

3. ANÁLISIS DE DATOS

El objetivo es analizar si la crisis económica actual ha acentuado la precariedad del empleo asalariado en el colectivo latinoamericano respecto a la población española, distinguida por la presencia de: *contratación temporal y percepciones dinerarias anuales menores al Salario Mínimo Interprofesional (SMI)*.

mericano respecto a la población española, distinguida por la presencia de: *contratación temporal y percepciones dinerarias anuales menores al Salario Mínimo Interprofesional (SMI)*.

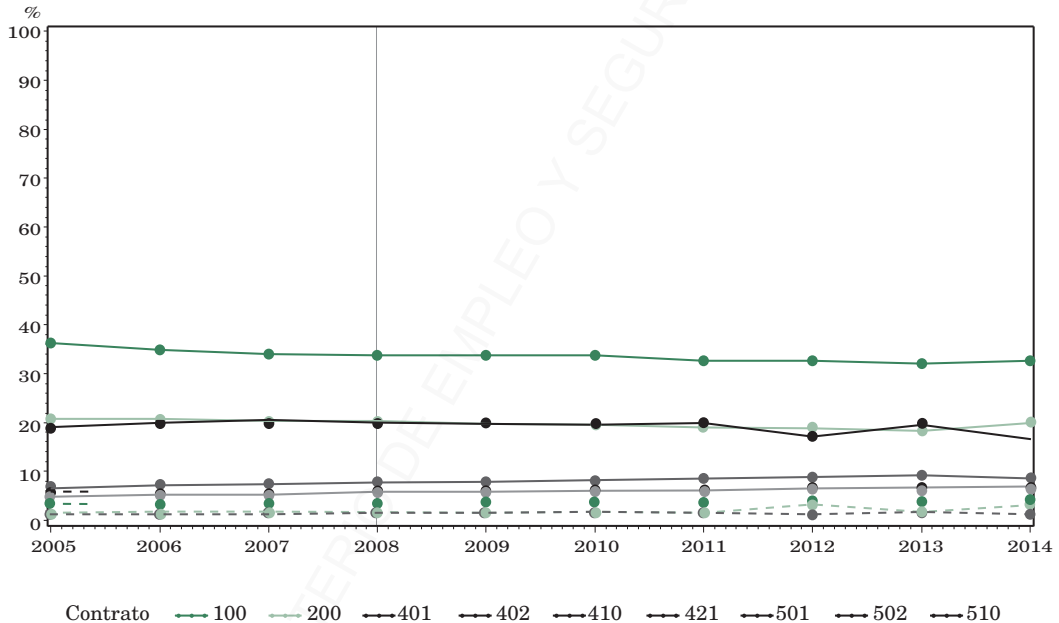
3.1. Contratación temporal

Se estudiará la evolución de ambos grupos bajo diferentes perspectivas para perfilar hasta qué punto de significación estadística o de «consecuencias prácticas», la crisis ha podido afectarlos. El estudio se hará bajo dos niveles: análisis de las modalidades que integran la contratación temporal, y agregación de los diferentes tipos de contrato.

En las figuras se observa la evolución en el periodo 2005-2014 del porcentaje de contratos respecto del total de asalariados obtenidos de la MCVL. Se observa que las fuertes diferencias en cuanto a la tipología de contratos en los dos colectivos se mantienen a lo largo del tiempo, y que pueden existir cambios derivados de la crisis en algunos tipos de contrato.

GRÁFICA 5. TIPOS DE CONTRATO COMO PORCENTAJE DEL TOTAL DE ASALARIADOS DE LA MCVL: POBLACIÓN ESPAÑOLA

Españoles

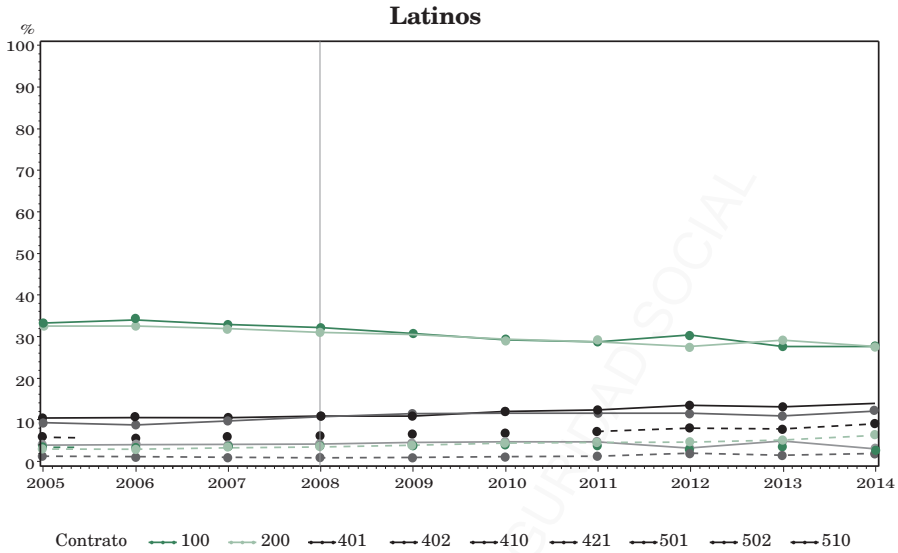


Fuente: Elaboración propia con datos de la MCVL.

- 100. Indefinido tiempo completo ordinario.
- 200. Indefinido tiempo parcial ordinario.
- 401. Temporal tiempo completo obra y servicio.
- 402. Temporal tiempo completo eventual por circunstancias de la producción.
- 410. Temporal tiempo completo interinidad.

- 421. Temporal tiempo completo formación.
- 501. Temporal tiempo parcial obra y servicio.
- 502. Temporal tiempo parcial eventual por circunstancias de la producción.
- 510. Temporal parcial interinidad.

GRÁFICA 6. TIPOS DE CONTRATO COMO PORCENTAJE DEL TOTAL DE ASALARIADOS DE LA MCVL: COLECTIVO LATINOAMERICANO



Fuente: Elaboración propia con datos de la MCVL.

- 100. Indefinido tiempo completo ordinario.
- 200. Indefinido tiempo parcial ordinario.
- 401. Temporal tiempo completo obra y servicio.
- 402. Temporal tiempo completo eventual por circunstancias de la producción.

- 410. Temporal tiempo completo interinidad.
- 421. Temporal tiempo completo formación.
- 501. Temporal tiempo parcial obra y servicio.
- 502. Temporal tiempo parcial eventual por circunstancias de la producción.
- 510. Temporal parcial interinidad.

Es notoria la importancia de la contratación indefinida a tiempo completo en los españoles sobre el resto de modalidades durante todo el periodo. Si bien la tendencia es descendente a partir de la crisis, constituye entre el 35 y el 40% de la contratación. En contraste, los latinoamericanos reflejan mayores proporciones en la contratación temporal a tiempo completo por obra y servicio y eventual por circunstancias de la producción (entre el 27 y el 34%), mientras que el resto de modalidades se encuentran alrededor del 10%, incluida la contratación indefinida.

Para analizar esta representación gráfica de otra forma, y valorar si los cambios en las trayectorias de contratación son significativos, se establecerán las comparaciones a través de contrastes estadísticos provenientes de una modelización sencilla de la evolución.

Se establece, para cada colectivo de nacionalidad y contrato el modelo de regresión con dos

rectas, una para cada periodo, donde los periodos son: antes de la crisis (2005-2008) y durante la crisis (2008-2014). El modelo toma la forma

$$y = \beta_{0i} + \beta_{1i}t + \varepsilon$$

donde (y) es el porcentaje de contratos en el tiempo (t) respecto al total de contratos, β_{0i} es la constante de la recta en el periodo (i) y β_{1i} es la pendiente de la recta en el periodo (i). La variable temporal es re escalada con $t = \text{año} - 2005$.

El modelo con el tiempo como variable independiente puede tener el problema de autocorrelación de los errores, lo que vuelve incorrectos los contrastes asociados a los parámetros, por lo que se comprueba mediante el test de Durbin-Watson esta posibilidad. En caso de darse autocorrelación (lo cual no es frecuente en estos datos) se añade un término de autocorrelación AR(1), que se ha visto suficiente en esos casos para corregir el problema.

Para estudiar las diferencias en la evolución del porcentaje en los dos periodos se recurre a varios contrastes:

- Un contraste de diferencias de las pendientes en ambos periodos, cuya hipótesis nula es la igualdad de pendientes, $H_0: \beta_{11} = \beta_{12}$. Se utiliza el método de Chow y se denota con un asterisco si el contraste es significativo al nivel 0.05.
- Contrastes individuales correspondientes a las pendientes: Para cada periodo, se contrasta si la pendiente es significativamente distinta de cero; la hipótesis nula es la igualdad de pendientes, es decir: $H_0: \beta_{11} = 0$. En las tablas, b1 se refiere a la pendiente al periodo 2005-2008 y b2 a la pendiente de la recta del periodo 2008-2014. Se denota con un asterisco si el contraste es significativo al nivel 0.05.
- Contraste de proporciones entre la proporción de contratos al principio de la crisis (2008) y al final de la crisis (2014). Este contraste está realizado fuera del marco del modelo de regresión, en un marco de contrastes de proporciones para muestras independientes, considerando como ta-

maños muestrales los correspondientes al total de contratos de la muestra para cada año. De ahí que sean especialmente potentes (los tamaños muestrales son muy altos), detectando como significativas pequeñas diferencias. Se muestra también la diferencia de proporciones entre 2014 y 2008 y se denota con un asterisco si el contraste de igualdad de proporciones es rechazado al nivel 0.05. También se expone la tasa de variación de las proporciones de 2008 a 2014.

Se analizan las siguientes modalidades de contratación:

- 100. Indefinido tiempo completo ordinario.
- 200. Indefinido tiempo parcial ordinario.
- 401. Temporal tiempo completo obra y servicio.
- 402. Temporal tiempo completo eventual por circunstancias de la producción.
- 410. Temporal tiempo completo interinidad.
- 421. Temporal tiempo completo formación.
- 501. Temporal tiempo parcial obra y servicio.
- 502. Temporal tiempo parcial eventual por circunstancias de la producción.
- 510. Temporal parcial interinidad.

TABLA 3. MODELIZACIÓN DE LA EVOLUCIÓN DE CONTRATOS TEMPORALES A TIEMPO COMPLETO Y TIEMPO PARCIAL DE LOS ASALARIADOS DE LA MCVL: POBLACIÓN ESPAÑOLA Y COLECTIVO LATINOAMERICANO

Españoles								
Contrato	Test DW	Chow	b1	b2	p2008	p2014	p2008-p2014	Tasa de variación
			(antes de la crisis)	(durante la crisis)				
100	*	No sig.	-0.960*	-0.321*	0.335	0.326	-0.009*	-0.027
200	No sig.	No sig.	0.028	0.119*	0.034	0.041	0.007*	0.205
401	No sig.	No sig.	-0.171	-0.046	0.201	0.199	-0.002*	-0.010
402	*	No sig.	0.411	-0.525	0.203	0.167	-0.036*	-0.175
410	No sig.	No sig.	-0.012	0.140	0.058	0.068	0.009*	0.157
421	*	No sig.	-0.003	0.269	0.017	0.031	0.014*	0.833
501	No sig.	No sig.	0.258*	0.153*	0.057	0.065	0.008*	0.148
502	No sig.	No sig.	0.330*	0.239*	0.078	0.087	0.009*	0.118
510	*	No sig.	0.117	-0.045	0.015	0.013	-0.002*	-0.141

Latinoamericanos								
Contrato	Test DW	Chow	b1	b2	p2008	p2014	p2008-p2014	Tasa de variación
			(antes de la crisis)	(durante la crisis)				
100	No sig.	No sig.	0.469	0.039	0.103	0.120	0.017*	0.163
200	*	No sig.	0.239	0.428*	0.033	0.060	0.027*	0.844
401	No sig.	No sig.	-0.562	-0.497*	0.308	0.272	-0.036*	-0.118
402	No sig.	No sig.	-0.560	-0.508	0.317	0.273	-0.044*	-0.140
410	*	No sig.	0.123	-0.317*	0.033	0.019	-0.014*	-0.428
421	No sig.	No sig.	-0.117	0.190*	0.006	0.015	0.010*	1.772
501	No sig.	No sig.	0.135	0.450*	0.057	0.086	0.029*	0.512
502	No sig.	No sig.	0.160	0.440*	0.106	0.128	0.022*	0.213
510	*	No sig.	0.109	-0.227	0.038	0.027	-0.011*	-0.288

Fuente: Elaboración propia con datos de la MCVL.

100. Indefinido tiempo completo ordinario.

200. Indefinido tiempo parcial ordinario.

401. Temporal tiempo completo obra y servicio.

402. Temporal tiempo completo eventual por circunstancias de la producción.

410. Temporal tiempo completo interinidad.

421. Temporal tiempo completo formación.

501. Temporal tiempo parcial obra y servicio.

502. Temporal tiempo parcial eventual por circunstancias de la producción.

510. Temporal parcial interinidad.

En la tabla se aprecian varias conclusiones:

1. El contraste de cambio estructural (Chow) no es significativo para ningún tipo de contrato ni nacionalidad; es decir, no se puede decir que el 2008 represente un fuerte punto de inflexión en la evolución que ya venía de antes (de 2005). Tres matices, extensibles al resto de este apartado de la tesis, son necesarios aquí:

Por un lado, recordemos que esto no significa que la crisis no haya tenido efecto sobre el mundo laboral, pues el desempleo ha sido la primera y más grave consecuencia y este no está reflejado en los datos.

En segundo lugar, diferentes niveles de tratamiento de los datos pueden permitir ver mejor las diferencias. Esto se verá en el siguiente nivel de agregación de los contratos.

En tercer lugar, que un contraste no arroje significación puede significar que no ha sido capaz de detectar diferencias aún en caso de existir (hacen falta más años de datos, o, como se ha comentado, otro nivel de agregación de los contratos).

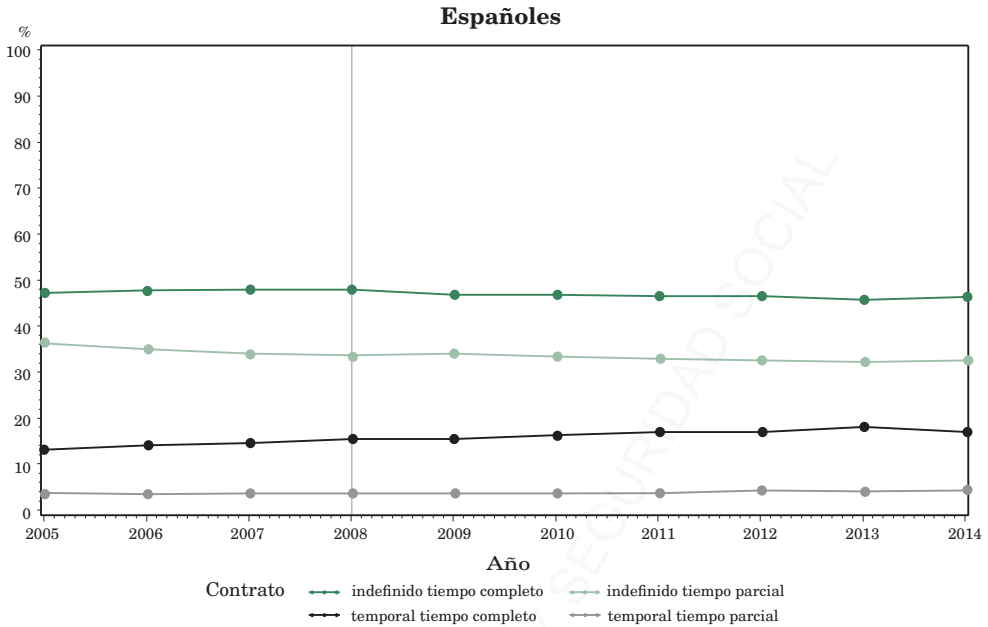
2. En el caso de los españoles, hay una pendiente negativa significativa desde 2005 hasta 2014 en cuanto al contrato indefinido a tiempo completo. En el caso del colectivo latinoamericano, no se aprecia significación; es decir, este tipo de contrato se mantiene estable en todo el periodo sin crecer ni decrecer.

3. Se aprecia un aumento significativo en todo el periodo de los contratos a tiempo parcial, tanto en españoles como en latinoamericanos. Este aumento es mayor en el periodo de crisis, como se observa en el contraste de proporciones y en la pendiente del segundo periodo.

Observemos ahora las gráficas de agregación de los contratos, considerando los siguientes:

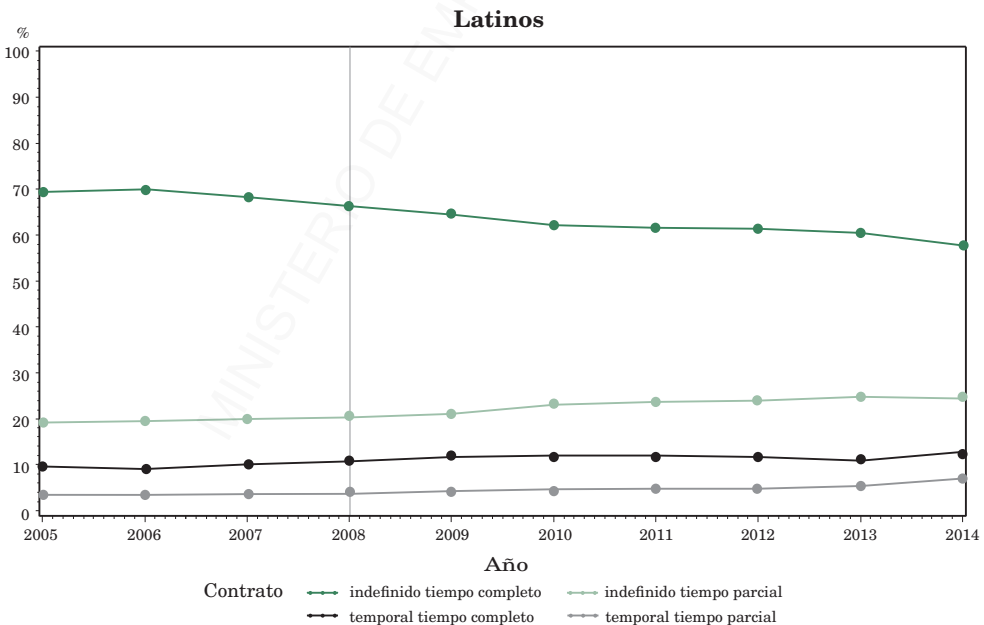
1. Indefinido a tiempo completo
2. Indefinido a tiempo parcial
3. Temporales a tiempo completo
4. Temporales a tiempo parcial

GRÁFICA 7. AGREGACIÓN DE LOS CONTRATOS DE ASALARIADOS DE LA MCVL (PORCENTAJE DEL TOTAL DE ASALARIADOS): POBLACIÓN ESPAÑOLA



Fuente: Elaboración propia con datos de la MCVL.

GRÁFICA 8. AGREGACIÓN DE LOS CONTRATOS DE ASALARIADOS DE LA MCVL (PORCENTAJE DEL TOTAL DE ASALARIADOS): COLECTIVO LATINOAMERICANO



Fuente: Elaboración propia con datos de la MCVL.

En el periodo 2005-2014, se distingue que la contratación temporal en la población latinoamericana, a tiempo completo y tiempo parcial, suma más del 80% en todo el periodo, mientras que significa alrededor del 60% en la población española.

Si se analizan los cambios en esta agregación con la misma modelización resulta lo siguiente:

TABLA 4. MODELIZACIÓN DE LA EVOLUCIÓN DE AGREGACIÓN DE CONTRATOS DE ASALARIADOS DE LA MCVL: POBLACIÓN ESPAÑOLA Y COLECTIVO LATINOAMERICANO

Españoles								
Contrato	Test DW	Chow	b1	b2	p2008	p2014	p2008-p2014	Tasa de variación
			(antes de la crisis)	(durante la crisis)				
Indefinido tiempo completo	*	No sig.	-0.960*	-0.321*	0.335	0.326	-0.009*	-0.027
Indefinido tiempo parcial	No sig.	No sig.	0.028	0.119*	0.034	0.041	0.007*	0.205
Temporal tiempo completo	No sig.	No sig.	0.226	-0.162	0.480	0.465	-0.014*	-0.030
Temporal tiempo parcial	No sig.	No sig.	0.706*	0.363*	0.151	0.168	0.016*	0.108
Latinoamericanos								
Contrato	Test DW	Chow	b1	b2	p2008	p2014	p2008-p2014	Tasa de variación
			(antes de la crisis)	(durante la crisis)				
Indefinido tiempo completo	No sig.	No sig.	0.469	0.039	0.103	0.120	0.017*	0.163
Indefinido tiempo parcial	*	No sig.	0.239	0.428*	0.033	0.060	0.027*	0.844
Temporal tiempo completo	No sig.	No sig.	-1.115*	-1.133*	0.663	0.578	-0.085*	-0.128
Temporal tiempo parcial	No sig.	No sig.	0.407	0.667*	0.201	0.242	0.041*	0.204

Fuente: Elaboración propia con datos de la MCVL.

Este nuevo nivel permite ahondar más en ciertas diferencias. Se aprecia notablemente el decrecimiento significativo de los contratos temporales a tiempo completo en el colectivo latinoamericano en todo el periodo, y el aumento significativo de los contratos a tiempo parcial en españoles y latinos como se había ya resaltado antes.

Para comparar ambos colectivos de nacionalidades en cuanto a su comportamiento en el periodo de crisis 2008-2014, se construye el siguiente modelo similar al anterior:

$$y = \beta_{0i} + \beta_{1i} t + \varepsilon$$

donde como antes (y) es el porcentaje de asalariados en el tipo de contrato, y esta vez los parámetros están referidos a las constantes y pendientes de regresión correspondientes a cada uno de los dos colectivos, y las observaciones corresponden exclusivamente al periodo 2008-2014. Se realiza un contraste de pendientes iguales entre los dos colectivos. El parámetro b1 corresponde al colectivo de españoles y el parámetro b2 al de latinoamericanos. El contraste de DW daba no significativo en todos los casos con lo cual el modelo no tiene término auto regresivo.

TABLA 5. MODELIZACIÓN DE LA EVOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS DE ASALARIADOS DE LA MCVL 2008-2014: POBLACIÓN ESPAÑOLA Y COLECTIVO LATINOAMERICANO

Contrato	b1 Españoles	b2 Latinoamericanos
100	-0.258*	0.120
200	0.113	0.390*
401	-0.116	-0.556*
402	-0.485*	-0.638*
410	0.140	-0.226*
421	0.213	0.171
501	0.167*	0.439*
502	0.230*	0.442*
510	-0.019	-0.148
Contrato	b1 Españoles	b2 Latinoamericanos
Indefinido tiempo completo	-0.258*	0.120
Indefinido tiempo parcial	0.113	0.390*
Temporal tiempo completo	-0.248	-1.250*
Temporal tiempo parcial	0.393*	0.739*

Fuente: Elaboración propia con datos de la MCVL.

100. Indefinido tiempo completo ordinario.

200. Indefinido tiempo parcial ordinario.

401. Temporal tiempo completo obra y servicio.

402. Temporal tiempo completo eventual por circunstancias de la producción.

410. Temporal tiempo completo interinidad.

421. Temporal tiempo completo formación.

501. Temporal tiempo parcial obra y servicio.

502. Temporal tiempo parcial eventual por circunstancias de la producción.

510. Temporal parcial interinidad.

Se concluye lo siguiente:

1. Se observa cómo a nivel general hay diferencias significativas entre los indefinidos a tiempo completo, donde es mayor el descenso en españoles (aunque recordamos que es un tipo de contrato que engloba a más del 35% de españoles y a menos del 10% de latinoamericanos).

2. Los tipos de contrato más frecuentes en los latinoamericanos, los temporales a tiempo completo, manifiestan una grave reducción, con una significativa diferencia en cuanto a los españoles.

3. Los contratos temporales a tiempo parcial aumentan de manera más significativa en la población latinoamericana.

3.2. Salarios medios

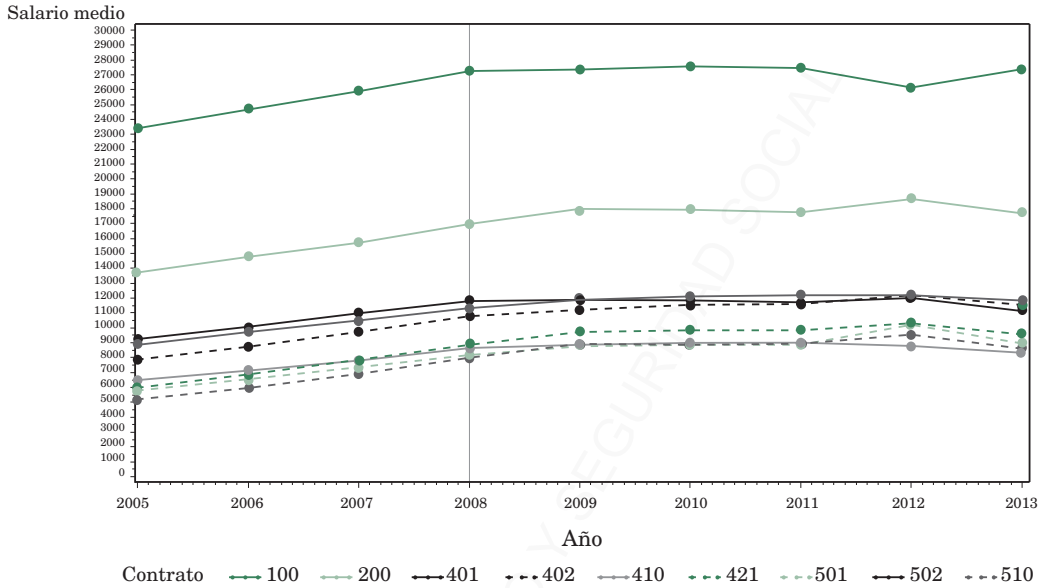
Se estudian los salarios medios anuales de ambas poblaciones antes y durante la crisis. Lo primero que se observa en la representación gráfica es que los salarios medios de los españoles manifiestan un comportamiento ascendente en todos los tipos de contrato en el periodo previo 2005-2008, a diferencia de los latinoamericanos, que no presentan variación significativa, y en los que se da disminución de los salarios con contrato indefinido de 2006 a 2007.

En el periodo de crisis 2008-2013, los salarios medios de los españoles se mantienen prácticamente estables, salvo el indefinido, que presenta una ligera caída en el año 2011, mientras que en los latinoamericanos, los con-

tratos temporales a *tiempo completo por obra y servicio* y el de *formación* presentan una caí-

da del salario. Si bien los salarios en el contrato indefinido son ligeramente ascendentes.

GRÁFICA 9. SALARIOS MEDIOS ANUALES SEGÚN TIPO DE CONTRATO: POBLACIÓN ESPAÑOLA

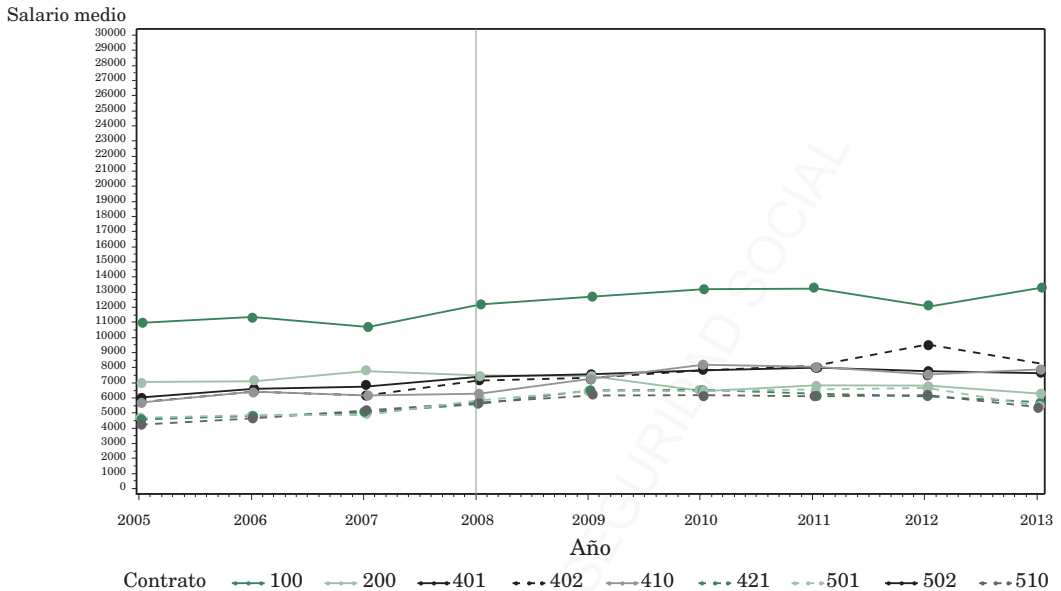


Fuente: Elaboración propia con datos de la MCVL.

- 100. Indefinido tiempo completo ordinario.
- 200. Indefinido tiempo parcial ordinario.
- 401. Temporal tiempo completo obra y servicio.
- 402. Temporal tiempo completo eventual por circunstancias de la producción.
- 410. Temporal tiempo completo interinidad.

- 421. Temporal tiempo completo formación.
- 501. Temporal tiempo parcial obra y servicio.
- 502. Temporal tiempo parcial eventual por circunstancias de la producción.
- 510. Temporal parcial interinidad.

GRÁFICA 10. SALARIOS MEDIOS ANUALES SEGÚN TIPO DE CONTRATO: COLECTIVO LATINOAMERICANO



Fuente: Elaboración propia con datos de la MCVL.

- 100. Indefinido tiempo completo ordinario.
- 200. Indefinido tiempo parcial ordinario.
- 401. Temporal tiempo completo obra y servicio.
- 402. Temporal tiempo completo eventual por circunstancias de la producción.
- 410. Temporal tiempo completo interinidad.

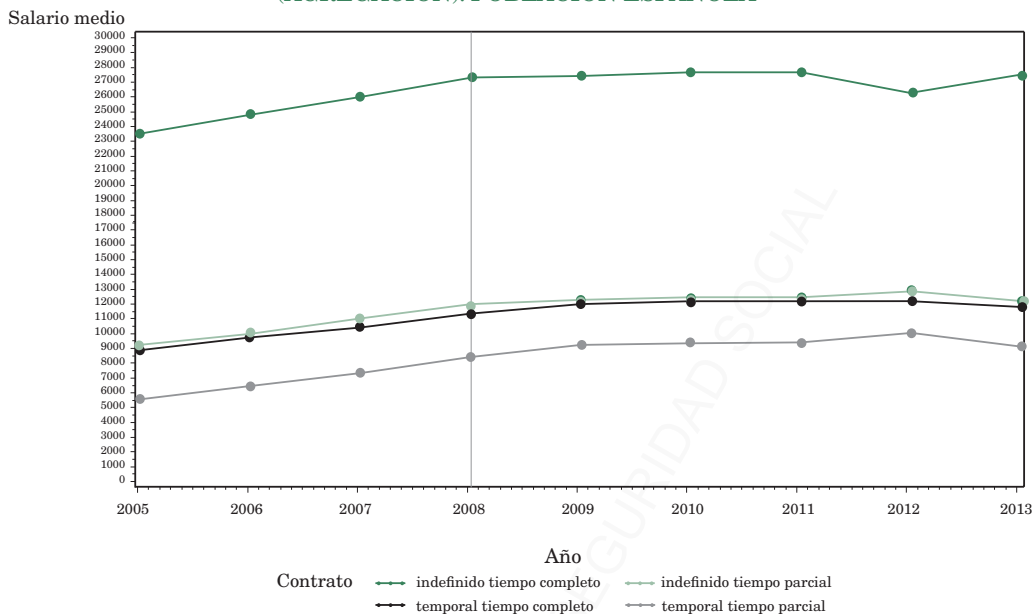
- 421. Temporal tiempo completo formación.
- 501. Temporal tiempo parcial obra y servicio.
- 502. Temporal tiempo parcial eventual por circunstancias de la producción.
- 510. Temporal parcial interinidad.

La observación en la agregación de contratos en las gráficas 11 y 12 muestra más claridad. Después de los indefinidos, los contratos temporales a tiempo completo son los que perciben los salarios más altos en ambas poblaciones, seguidos de los indefinidos a tiempo parcial, y, por último, son los temporales a tiempo parcial los de los salarios más bajos en ambos grupos.

Pero lo más notable son las diferencias salariales entre españoles y latinoamericanos desde el año inicial 2005 en todos los tipos de

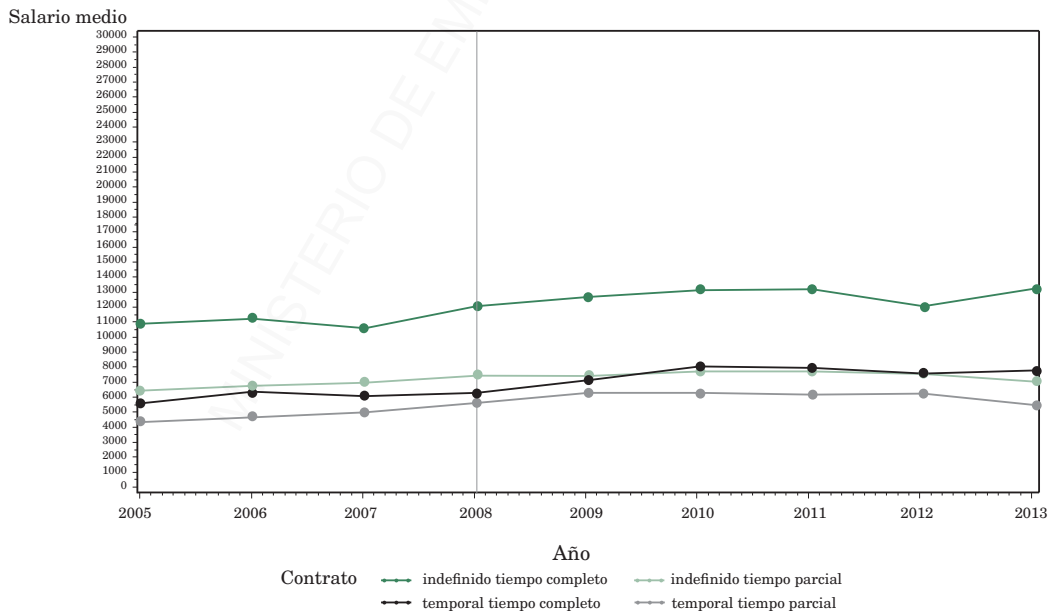
contrato. Mientras que los salarios de los *indefinidos* en la población española oscilan entre los 23 mil y los 27 mil euros, en los latinoamericanos lo hacen entre los 11 y los 13 mil. Los salarios en *contratos temporales a tiempo completo* en españoles son entre 9 y 12 mil euros, y en latinoamericanos entre 6 y 7 mil. En los *indefinidos a tiempo parcial*, los primeros perciben entre 9 y 10 mil euros y los segundos entre 6 y 7 mil; y los salarios en *contratos temporales a tiempo parcial* son entre 6 y 8 mil euros en la población española y entre 4 y 6 mil en la latinoamericana.

GRÁFICA 11. SALARIOS MEDIOS ANUALES SEGÚN TIPO DE CONTRATO (AGREGACIÓN): POBLACIÓN ESPAÑOLA



Fuente: Elaboración propia con datos de la MCVL.

GRÁFICA 12. SALARIOS MEDIOS ANUALES SEGÚN TIPO DE CONTRATO (AGREGACIÓN): COLECTIVO LATINOAMERICANO



Fuente: Elaboración propia con datos de la MCVL.

Para observar de manera detallada los resultados que arroja la representación gráfica, se utiliza el mismo modelo que en el análisis de asalariados por tipo de contrato, considerando el nivel de agregación.

La siguiente tabla corresponde al estudio de cambio estructural y pendientes en ambos periodos antes y después de 2008, y a los contrastes asociados a la diferencia de medias de salarios en 2008 y 2013.

TABLA 27. MODELIZACIÓN DE LA EVOLUCIÓN DE LOS SALARIOS MEDIOS 2008-2013: POBLACIÓN ESPAÑOLA Y COLECTIVO LATINOAMERICANO

Contrato	TestDW	Chow	b1	b2	m2008	m2013	2013-2008
Españoles							
Indefinido tiempo completo	No sig.	No sig.	1274.111*	-141.949	27270.19	27344.85	74.663*
Indefinido tiempo parcial	*	No sig.	775.657*	-22.551	11328.14	11799.25	471.105*
Temporal tiempo completo	No sig.	No sig.	905.521*	19.225	11890.04	12103.64	213.601*
Temporal tiempo parcial	No sig.	No sig.	938.431*	38.128	8388.751	9103.212	714.461*
Latinoamericanos							
Indefinido tiempo completo	No sig.	No sig.	288.398	-1.097	12040.66	13193.50	1152.842*
Indefinido tiempo parcial	No sig.	No sig.	160.971	60.340	6287.492	7816.473	1528.982*
Temporal tiempo completo	*	No sig.	342.719*	-105.601	7488.294	7080.507	-407.787*
Temporal tiempo parcial	No sig.	No sig.	398.708*	-166.916	5638.371	5488.515	-149.855*

Fuente: Elaboración propia con datos de la MCVL.

Se puede recalcar que los únicos contratos en los cuales se observa una reducción, en el periodo de 5 años, es en los contratos temporales tanto a tiempo completo como a tiempo parcial de los latinoamericanos, que recordemos son los contratos que en 2014 suman más del 80%.

La siguiente tabla presenta los contrastes y pendientes relativos a la comparación entre ambos colectivos en cuanto a los salarios en el periodo 2008-2013.

TABLA 28. SALARIOS MEDIOS 2008-2013: POBLACIÓN ESPAÑOLA Y COLECTIVO LATINOAMERICANO

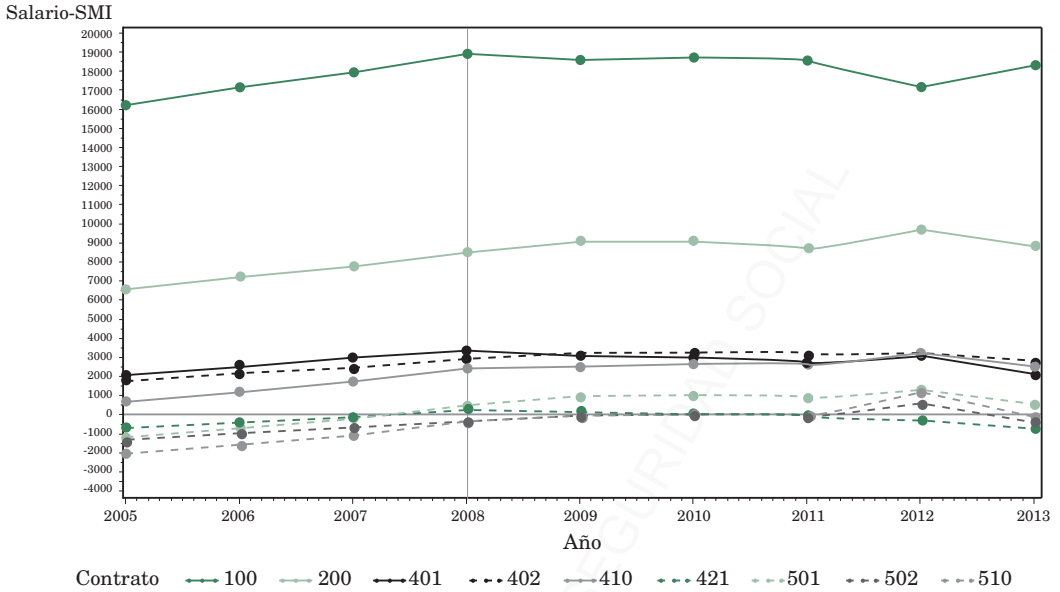
Contrato	b1 Españoles	b2 Latinoamericanos
Indefinido tiempo completo	-93.087	115.011
Indefinido tiempo parcial	90.330	240.144
Temporal tiempo completo	84.291	-51.707
Temporal tiempo parcial	165.245	-27.408

Fuente: Elaboración propia con datos de la MCVL.

Se observa que no hay diferencias significativas en cuanto al contraste en la pendiente de evolución de los salarios. Sin embargo, se vuelve a observar, bajo otro modelo, la pendiente decreciente en los contratos temporales de los latinoamericanos.

Por otra parte, si se observan los salarios medios por contrato teniendo en cuenta el Salario Mínimo Interprofesional anual, se puede distinguir aquellos asalariados que se encuentren por debajo de éste en cada año, identificándolos dentro de la precariedad por nivel de ingresos.

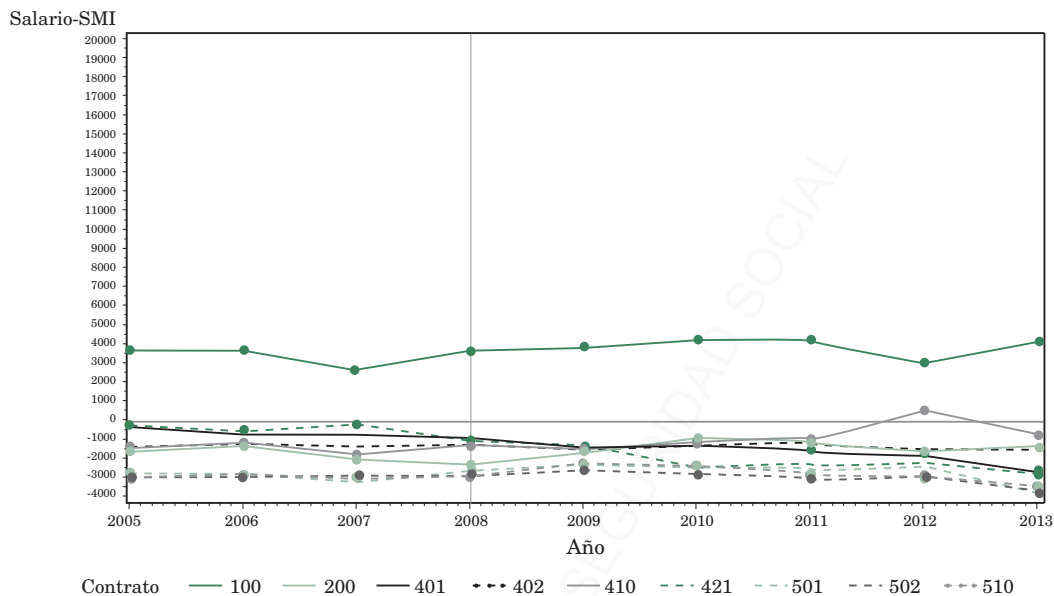
GRÁFICA 13. SALARIOS MEDIOS ANUALES MENORES AL SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL ANUAL SEGÚN TIPO DE CONTRATO: POBLACIÓN ESPAÑOLA



Fuente: Elaboración propia con datos de la MCVL.

- 100. Indefinido tiempo completo ordinario.
- 200. Indefinido tiempo parcial ordinario.
- 401. Temporal tiempo completo obra y servicio.
- 402. Temporal tiempo completo eventual por circunstancias de la producción.
- 410. Temporal tiempo completo interinidad.
- 421. Temporal tiempo completo formación.
- 501. Temporal tiempo parcial obra y servicio.
- 502. Temporal tiempo parcial eventual por circunstancias de la producción.
- 510. Temporal parcial interinidad.

GRÁFICA 14. SALARIOS MEDIOS ANUALES MENORES AL SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL ANUAL SEGÚN TIPO DE CONTRATO: COLECTIVO LATINOAMERICANO



Fuente: Elaboración propia con datos de la MCVL.

100. Indefinido tiempo completo ordinario.

200. Indefinido tiempo parcial ordinario.

401. Temporal tiempo completo obra y servicio.

402. Temporal tiempo completo eventual por circunstancias de la producción.

410. Temporal tiempo completo interinidad.

421. Temporal tiempo completo formación.

501. Temporal tiempo parcial obra y servicio.

502. Temporal tiempo parcial eventual por circunstancias de la producción.

510. Temporal parcial interinidad.

Se distingue cómo en el colectivo latinoamericano, salvo el contrato indefinido a tiempo completo (que recordamos ocupa solo un 10 % de los contratos en este colectivo), todos los demás contratos están en promedio por debajo del SMI (línea marcada por el cero). Con lo cual un 90% de los contratos de este colectivo están por debajo del SMI y solo un 10% por encima.

En contraste, en los españoles, un cierto número de contratos: *indefinidos tiempo completo y tiempo parcial*; y *temporales tiempo completo* por obra y servicio, eventual por circunstancias de la producción y por interinidad, que conforman cerca del 77%, están por encima del SMI.

4. CONCLUSIONES

El periodo de crisis ha destruido el empleo *temporal a tiempo completo* en el colectivo latinoamericano, al mismo tiempo que ha acentuado el *temporal a tiempo parcial*. Si bien este tipo de contrato también ha aumentado en los españoles, ha sido menos significativo que en el grupo inmigrado, acentuando su precariedad con contratos que, además de inestables, son menores a 30 horas por semana. No obstante, no se puede decir que el 2008 represente un fuerte punto de inflexión en la evolución de su contratación, pues los resultados de la crisis ya se perfilaban desde el periodo previo.

Por otra parte, las diferencias de salarios medios en el último año de crisis respecto al primero son positivas en todos los tipos de contrato de la población española, mientras que son negativas en el empleo temporal tanto a tiempo completo como parcial del colectivo latinoamericano, que es el más significativo en esta población en todo el periodo. Además, el 90% de sus contratos manifiesta salarios medios por debajo del Salario Mínimo Interprofesional (SMI) anual. En contraste, cerca de 77% de los asalariados españoles se encuentran por encima de éste.

Lo anterior manifiesta una situación muy desfavorable del colectivo latinoamericano respecto a la población nativa, que puede tener explicación, por un lado, en los segmentos del mercado de trabajo en los que suelen insertarse los asalariados del grupo inmigrado, y por otro, en su «ir y venir» entre el desempleo y la temporalidad del empleo, que da lugar a su precariedad latente.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO, O. (2012). La inmigración y la doble recesión del mercado de trabajo en España 2011 y 2012». En AJA, E. ARANGO; J. y ALONSO, O. (directores), *Inmigración y crisis: entre la continuidad y el cambio*. Barcelona: CIDOB, Diputació

Barcelona, Fundació ACSAR y la Fundació Ortega y Gasset.

MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL.

- Muestra Continua de Vidas Laborales. Series 2005 a 2014.
- Muestra Continua de Vidas Laborales con Datos Fiscales. Series 2005 a 2013.
- Muestra Continua de Vidas Laborales. Guía del contenido, sep. 2015.
<http://www.segsocial.es/prdi00/groups/public/documents/binario/190489.pdf>
- Anuarios de Estadísticas del Ministerio de Empleo y Seguridad Social 2001-2013.
<http://www.empleo.gob.es/es/estadisticas/contenidos/anuario.htm>
- *Modulo Fiscal de la MCVL*. Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.
<http://www.segsocial.es/prdi00/groups/public/documents/binario/192601.pdf>

DURÁN, ALMUDENA. *La Muestra Continua de Vidas Laborales de la Seguridad Social*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 2006.

http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/Revista/numeros/ExtraSS07/Est09.PDF

Los contratos de trabajo.

<http://www.empleo.gob.es/es/informacion/contratos/contenidos/obraoserv.html>

Guía laboral. Los contratos de trabajo: modalidades e incentivos. Contrato a tiempo parcial.

http://www.empleo.gob.es/es/Guia/texto/guia_5/contenidos/guia_5_12_15.htm

RESUMEN

La crisis actual ha afectado los principales elementos del mercado de trabajo de los inmigrantes latinoamericanos, y es claro que el mayor impacto ha sido el desempleo. No obstante, cabe preguntarse cómo se han modificado las condiciones de trabajo de aquellos que aún mantienen una relación laboral contractual. Para responder a esta pregunta, este trabajo pretende observar las condiciones de empleo de los asalariados a partir de datos de la Muestra Continua de Vidas Laborales (MCVL). Propone hacer un ejercicio comparativo entre el grupo conformado por las principales nacionalidades latinoamericanas residentes en España: ecuatorianos, colombianos y peruanos, y la población española.

Parte de la hipótesis de que, a partir de la crisis, la precariedad del empleo reflejada en una mayor proporción de la contratación temporal y en una disminución de los salarios, se ha manifestado de manera más significativa en la población latinoamericana.

Se concluye que la crisis ha acentuado el empleo temporal a tiempo parcial en los latinoamericanos en mayor medida que en la población española y ha marcado las diferencias de salarios medios anuales entre los dos grupos, con una caída del salario en los contratos temporales de los latinoamericanos y una proporción más elevada de asalariados que perciben menos del Salario Mínimo Interprofesional (SMI).

Palabras clave: Crisis, asalariados, precariedad, inmigración.

ABSTRACT

The current crisis has had an effect on the main elements of the labour market of Latin American immigrants, and clearly, the biggest impact has been on unemployment. Nevertheless, we should ask ourselves about how labour conditions have changed for those who still keep a contractual labour relation. In order to answer this question, this study tries to observe the labour conditions of employees based on data taken from a Continuous Sample of Working Lives (MCVL). It proposes a comparative exercise among the main Latin American nationalities living in Spain: Ecuadoreans, Colombians and Peruvians, and the Spanish population.

The study takes this hypothesis as a starting point: From the beginning of the crisis, job insecurity has meant a bigger percentage of temporary contracts and a reduction in salaries, more importantly among the Latin American population.

As a conclusion, the crisis has made temporary employment on a part-time basis among Latin American workers more common than among Spanish workers and has marked differences in average annual salaries between both groups, with a decrease of salaries in temporary contracts of Latin American workers and a bigger percentage of workers that are paid less than the Minimum Wage (SMI).

Keywords: Crisis, employees, job insecurity, immigration.

Normas y procedimiento para la presentación de colaboraciones a la Revista del MEYSS

La Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (MEYSS) tiene carácter bimestral y pretende dar a conocer trabajos originales e inéditos en las materias propias de las funciones asignadas al Departamento. Además, publica números extraordinarios cuando surge un tema de actualidad que se considera importante y urgente su difusión.

La responsabilidad de las opiniones emitidas corresponde exclusivamente a sus autores.

Los autores ceden al MEYSS el derecho de explotación de las obras publicadas, que conlleva los derechos de edición, reproducción, distribución, traducción y comunicación pública de sus trabajos, por cualquier medio o soporte.

- **Título.** Deberá ser claro y conciso en castellano y en inglés. En caso necesario podrá ir acompañado de un subtítulo.
- **Nombre y apellidos de los autores.** Estos deberán figurar junto a la actividad, entidad o empresa donde el autor desarrolle su actividad laboral.
- **Texto.** La extensión aconsejable máxima es de 40 páginas tamaño DINA4, en formato Word, con un tamaño de letra de 12. En esta extensión deberán estar incluidos los gráficos, cuadros y demás elementos gráficos que se incluyan.
- **Bibliografía.** Se aportará las citas bibliográficas correspondientes, que se colocarán al final del texto.
- **Resumen.** Al texto del artículo o colaboración se acompañará un breve resumen del mismo, en castellano y en inglés, así como una relación de palabras clave en ambos idiomas.
- **Evaluación.** Los artículos serán evaluados por dos expertos externos al Departamento, mediante procedimiento abierto. Una vez realizada dicha evaluación se comunicará su resultado al autor del artículo enviado.
- **Normas éticas de publicación.** La Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social declara su compromiso por el respeto e integridad de los trabajos publicados. Por esta razón, el plagio está estrictamente prohibido y los textos en los que se detecte plagio serán rechazados. Los autores deben asegurarse de que los trabajos presentados son completamente originales. Cuando los autores utilicen el trabajo y/o palabras de otros, deben ser debidamente citados.
- **Forma de envío y contacto.** El artículo o colaboración se enviará por correo electrónico a la siguiente dirección: proeditorial@meyss.es

Ministerio de Empleo y Seguridad Social
Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones
Agustín de Bethencourt, 11. 28003 Madrid
Tf: 913632305 Fax: 913632349 Internet: <http://www.meyss.es>

Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

10 números configurados en 5 series según materias específicas

REFERENCIA	MATERIA	PRECIO € (IVA incluido)
RTC <input type="checkbox"/>	10 Números (Todas las series)	165
RTD <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho del Trabajo)	35
RTS <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Seguridad Social)	35
RTL <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Derecho social Internacional y Comunitario)	35
RTE <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Economía y Sociología)	35
RMI <input type="checkbox"/>	2 Números (Serie Migraciones Internacionales)	35
N. ... <input type="checkbox"/>	1 Número suelto o extraordinario	20
Importe Total		

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

DATOS DEL SUSCRIPTOR:

Nombre..... Apellidos.....

Domicilio..... C.P. y Población.....

Provincia..... Teléfono..... Fax.....

RTC RTD RTS RTL RTE RMI N.º ...

MARQUE CON UNA X EL RECUADRO DE LO SOLICITADO

Importe total

..... €

FORMA DE PAGO:

Giro postal

Transferencia a Banco BBVA

c/c: ES75-0182-4828-6702-0001-3172

(Adjuntar justificante de la transferencia)

FIRMA:



MINISTERIO DE EMPLEO Y SEGURIDAD SOCIAL

Ministerio de Empleo y Seguridad Social
Subdirección General de Información
Administrativa y Publicaciones

Librería
Agustín de Bethencourt, 11
28003 Madrid

Tel.: 91 363 23 17

Fax: 91 363 23 49

Correo electrónico: sgpublic@meyss.es

Librería Virtual

<https://explotacion.mtin.gob.es/libreriavirtual>

SUMARIO

EDITORIAL: *Emiliano García Coso* • ESTUDIOS: O reconhecimento de direitos derivados de imigração em Direito Internacional e Europeu, *Ana Rita Gil* • La supresión de barreras migratorias para *start-ups* en la competencia global por el talento, *Sara Corres Armentáriz* • La atracción de talento en Europa: la revisión de la Directiva de tarjeta azul, *Carmen Blanco Gaztañaga* • Recent CJEU developments in the field of access to social rights and their impact in selected Member States. *Paul Minderhoud and Sandra Mantu* • Los flujos migratorios de carácter temporal. La migración circular marroquí en las campañas agrícolas de Huelva, *Carlos Mora Almuñá* • La Muestra Continua de Vidas Laborales (MCVL) en el estudio del empleo asalariado de la inmigración latinoamericana en España, *Talina Contreras Dávila*

