

REVISTA ELECTRÓNICA
DE ACCESO ABIERTO
ISSN 2282-2313

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Directores Científicos

Arturo Bronstein (*Argentina*), Martín Carillo (*Perú*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi García Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Ana Virginia Gomes (*Brasil*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Roberto Pedersini (*Italia*), Rosa Quesada Segura (*España*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canadá*), Marly Weiss (*Estados Unidos*), Marcin Wujczyk (*Polonia*).

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)
Michele Tiraboschi (*Italia*)

Comité de Redacción

Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), María Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Paulina Galicia (*México*), Helga Hejny (*Reino Unido*), Martina Ori (*Italia*), Eleonora Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Lavinia Serrani (*Italia*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Solís Prieto (*España*), Francesca Sperotti (*Italia*), Marcela Vigna (*Uruguay*).

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

El tratamiento de la víctima de violencia de género en la normativa española de extranjería*

Lourdes Mella Méndez**

RESUMEN: La autora explica la difícil situación en la que se encuentra una mujer cuando sufre la violencia de género, enfocándose en específico a la mujer extranjera en situación irregular que habita en España. De esta forma, se analiza el marco jurídico vigente que la protege y las reformas introducidas que mejoran las medidas específicas para la protección eficaz de la mujer extranjera y la de sus hijos evidenciando el gran trabajo que ha realizado el legislador español para lograr una protección eficaz ante este grave problema.

Palabras clave: Violencia, violencia de género, violencia doméstica, violencia de la mujer extranjera.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El régimen jurídico desde la ley orgánica 4/2000 hasta la ley orgánica 2/2009.* III. *Desde la ley orgánica 2/2009, de 11 diciembre, hasta la ley orgánica 10/2011, de 27 julio.* IV. *Reflexión Final.* V. *Bibliografía.*

* Este trabajo es fruto del proyecto de investigación titulado: "La violencia de género como problema social y cultural: puntos críticos desde el Derecho del Trabajo" (código: 2010/PX118. Título de la convocatoria: Programas sectoriales de investigación aplicada, PEME I+D e I+D Suma del Plan Gallego de Investigación; Consellería de Economía e Industria, Xunta de Galicia).

** Profesora Titular (Acreditada a CU) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social. Universidad de Santiago de Compostela.

I. Introducción

En España, uno de los referentes más utilizado por los expertos para analizar las cifras de violencia de género son las macroencuestas elaboradas por el Instituto de la Mujer en los años 1999, 2002, 2006 y 2011. Según la última encuesta, realizada por primera vez en colaboración con el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), el porcentaje de mujeres que dice haber sufrido dicha violencia alguna vez en su vida es del 10,9 por 100 del total de las entrevistadas, lo que equivale a 2.150.000 mujeres. De ellas, están en la actualidad en situación de maltrato casi 600.000 y ya han salido de esa situación más de 1.560.000. De cada 100 mujeres maltratadas, el 85,5 por 100 son españolas y el 14,5 por 100 son extranjeras. Más en concreto, en relación con la nacionalidad, el 20,9 por 100 de las mujeres extranjeras dice haber sufrido este tipo de violencia alguna vez en su vida, de las cuales el 5,8 por 100 la ha padecido en el último año y el 15,1 por 100 ya ha salido de esa situación. Ahora bien, en todos los casos, la prevalencia de la violencia de género entre las mujeres extranjeras residentes en nuestro país duplica la de las mujeres españolas y ello sucede en todos los grupos de edad, de tamaño del municipio de residencia, nivel educativo, situación laboral, estado civil, estado de salud o situación de dependencia.

Además, el grupo de mujeres extranjeras maltratadas se caracteriza frente a las españolas en igual situación por denunciar menos a su agresor y, en su caso, retirar más la denuncia interpuesta inicialmente. Así, el 26,4 por 100 de extranjeras que declaró padecer este problema alguna vez en su vida denunció a su maltratador frente al 27,5 por 100 de las españolas que también lo hizo; sin embargo, curiosamente, aquellas, en el mismo porcentaje que interpusieron denuncia, también la retiraron, frente al menor dato de las españolas (24,8 por 100).

Las cifras recién expuestas ponen de manifiesto, una vez más, que el colectivo de mujeres extranjeras residentes en nuestro país requiere de medidas especiales de apoyo que contemplen sus particulares circunstancias para hacer efectiva la lucha contra la violencia de género de sus agresores. En este sentido, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (en adelante, LOVG), prevé expresamente que “todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, tienen garantizados los derechos reconocidos en esta Ley” (art. 17.1), pues “la información, la asistencia social integral y la asistencia jurídica a las víctimas de la violencia de género, en los términos regulados en este

capítulo, contribuyen a hacer reales y efectivos sus derechos constitucionales a la integridad física y moral, a la libertad y seguridad y a la igualdad y no discriminación por razón de sexo” (núm. 2, art. citado). Aunque no se menciona expresamente la nacionalidad de la víctima, el tenor amplio del precepto permite entender que la protección alcanza a todas las víctimas con independencia de cuál sea aquella.

Ahora bien, la insuficiencia de esta declaración general quiere ser reforzada por el propio legislador cuando, en su art. 32.4, exige que los planes de actuación que los distintos poderes públicos elaboren para luchar coordinadamente contra la violencia de género consideren, “de forma especial, la situación de las mujeres que, por sus circunstancias personales y sociales puedan tener mayor riesgo de sufrir la violencia de género o mayores dificultades para acceder a los servicios previstos en esta Ley, tales como las pertenecientes a minorías, las inmigrantes, las que se encuentran en situación de exclusión social o las mujeres con discapacidad”. Con base en tal exigencia, en los últimos años se han elaborado distintos planes nacionales que atienden de forma especial a la violencia de género en el colectivo de las mujeres extranjeras, que presentan una especial vulnerabilidad por hallarse en situación de doble discriminación (mujer y extranjera). Como ejemplo de ello, cabe citar el Plan nacional de sensibilización y prevención de la violencia de género 2007-2008, el Plan estratégico de ciudadanía e integración 2007-2010 o el actual Plan de atención y prevención de la violencia de género en la población extranjera inmigrante 2009-2012. De manera similar, los protocolos de actuación elaborados por los poderes públicos también cumplen con el requisito legal de reparar de manera particular en este colectivo de mujeres, así sucede, por ejemplo, con el Protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y de coordinación con los órganos judiciales para la protección de las víctimas de violencia doméstica y de género (2005), el Protocolo común para la actuación sanitaria ante la violencia de género (2006) o, en fin, el Protocolo de actuación y coordinación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y abogados y abogadas ante la violencia de género (2007).

De manera similar, las Comunidades Autónomas y Entidades Locales han elaborado planes y programas específicos para atender con más eficacia a las mujeres inmigrantes, en atención a las diferentes situaciones en las que se pueden hallar en España cuando sufren la violencia de género.

En el ámbito legislativo, la normativa española de extranjería también ha ido sufriendo distintas reformas con el objetivo de proteger, cada vez más eficazmente, al colectivo inmigrante de mujeres maltratadas. Algunas de

esas reformas son impulsadas por la normativa internacional y comunitaria relativa a la protección de las mujeres contra todo tipo de violencia. En este sentido, cabe referirse a algunas normas internacionales que, de manera más o menos directa, han influido en los pasos dados por el legislador español, entre ellas, la Convención de Beijing de 1995, resultado de la IV Conferencia Mundial sobre las mujeres, que, tras establecer la necesidad de “prevenir y eliminar todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas” (punto 29), contiene un desarrollo importante sobre las diferentes formas de violencia y la necesidad de poner en marcha medidas de protección por los diferentes organismos internacionales y países.

Aun no directamente relacionadas con el tema aquí tratado (violencia de género, en sentido estricto), sino con la trata de personas, también son importantes otras normas internacionales que establecen principios claros y generales del necesario respeto a los derechos de la mujer, como, por ejemplo, el protocolo de las Naciones Unidas para reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, de 2000, o la Directiva 2004/81/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades competentes o, en fin, la más reciente Directiva 2011/36, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata y protección de las víctimas.

Centrándome en las sucesivas reformas de la normativa española (LOVG y LOEX) de protección de la mujer extranjera víctima de violencia de género, cabe diferenciar varias etapas.

II. El régimen jurídico desde la Ley Orgánica 4/2000 hasta la Ley Orgánica 2/2009

En un primer momento, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, no incluye referencia alguna a la violencia doméstica sufrida por las mujeres inmigrantes, lo que resulta explicable en cuanto todavía no se había aprobado la LOVG y solo había alguna norma autonómica al respecto. Con todo, tras la reforma efectuada por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre (artículo primero, cinco), se modifica el art. 19.1 de aquella, relativo a los efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales. Así se prevé que, en caso de que “fuera víctima

de violencia doméstica”, la mujer reagrupada “podrá obtener la autorización de residencia independiente desde el momento en que se hubiera dictado una orden de protección a favor de la misma”, regulada por la Ley 27/2003, de 31 de julio. Se establece, por lo tanto, una excepción a la regla general -prevista en el mismo art. 19.1.- de que el cónyuge reagrupado solo obtiene la autorización de residencia independiente tras conseguir una autorización para trabajar.

El posterior Reglamento de la citada Ley Orgánica 4/2000, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (REX), insiste en la misma idea de que, en los casos de reagrupación familiar, el cónyuge reagrupado que sea víctima de violencia de género podrá acceder, una vez obtenida una orden judicial de protección, a una autorización de residencia temporal independiente de la del reagrupante [art. 41.2.b)]. Cuando, además del cónyuge, se haya reagrupado a otros familiares, estos conservarán la autorización de residencia concedida y dependerán, a efectos de su renovación, del miembro de la familia con el que convivan (núm. 3, art. 41). La justificación de este supuesto excepcional de autorización de residencia independiente del cónyuge reagrupado (mujer) se justifica en la necesidad de desvincular, material y jurídicamente, la situación de una víctima de violencia de género de su agresor. La lógica impone que no se pueda proteger adecuadamente a aquella si su situación jurídica depende del mantenimiento del vínculo con este último. Precisamente, el legislador siempre actúa en sentido contrario, estimulando y exigiendo que la víctima se separe de su agresor y rompa su relación con él a través de la correspondiente denuncia penal.

Por otra parte, para las personas en situación irregular, se introduce expresamente la “violencia doméstica” como supuesto justificativo de una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, concretamente por razones humanitarias. Así, la citada Ley Orgánica 14/2003, en su artículo primero, doce, modifica el art. 31.3 LO 4/2000 para establecer que “la Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente”. Según el mencionado Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica, los posibles beneficiarios de esa especial autorización de residencia temporal son todos “los extranjeros víctimas de los delitos... por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar” [art. 45.4.a)]. En estos supuestos, “los interesados podrán presentar la solicitud cuando se haya dictado a favor de la víctima una orden judicial de protección, y podrá concederse la autorización de

residencia una vez que haya recaído sentencia por los delitos de que se trate” (art. 46.3).

Repárese en que, en este segundo supuesto, el legislador era más exigente con la víctima, pues la orden de protección solo habilitaba para la solicitud de la autorización de residencia, pero su concesión se posponía a la futura sentencia condenatoria del agresor, a diferencia del primer caso. En el ínterin, la mujer extranjera seguía en situación irregular y, por lo tanto, no podía acceder a ningún tipo de derecho. Además, en ninguno de los dos supuestos mencionados, la autorización de residencia temporal que se podía obtener iba acompañada, automáticamente, de una autorización para trabajar, por lo que la denuncia de la violencia doméstica sufrida no suponía una protección total para la víctima. Era esta la que tenía la carga de solicitar tal autorización, conforme a los requisitos del art. 50 REX, a diferencia de lo que ocurría en otros casos de concesión de autorización de residencia temporal, como los de arraigo laboral y social.

Por lo demás, para el caso de la extranjera irregular, cabía la posibilidad de ser sancionada en base a su situación administrativa, pues ni siquiera la obtención de la orden de protección actuaba como patente de corso frente a la situación de irregularidad en la que se hallaba. Así las cosas, si denunciaba a su agresor y “se hacía visible” para las autoridades españolas, corría el riesgo de que su denuncia no prosperase y fuese expulsada de nuestro país o, en el mejor de los casos, si su denuncia tenía éxito y se dictaba orden de protección y, posteriormente, obtenía una autorización de residencia temporal, que tuviese que hacer frente al pago de una multa. En todo caso, se abría expediente sancionador por su situación irregular.

Con intención de mejorar este panorama y, de animar a la mujer a que denunciase a su agresor sin temor a ser expulsada del país, la Instrucción núm. 14/2005, de la Secretaría de Estado de Seguridad (Ministerio del Interior), sobre actuación de dependencias policiales en relación con mujeres extranjeras víctimas de violencia doméstica o de género en situación administrativa irregular, estableció que si la víctima obtenía la orden de protección se suspendía durante un mes el inicio del procedimiento sancionador a la espera de si la víctima solicitaba o no la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales. Si formulaba tal solicitud, se iniciaba el expediente sancionador, pero se suspendía tanto el plazo para que la interesada formulase alegaciones, como la prosecución del propio procedimiento, quedando a resultas de la decisión que se pudiese adoptar sobre la petición de residencia temporal. Así, según la situación: 1) si se concedía la autorización de residencia, se reabría y proseguía el procedimiento, en el cual el instructor formulaba propuesta de resolución sustituyendo la de expulsión por la de multa, cuya

cuantía era la inferior de las señaladas como posibles por la Ley para la infracción cometida (501 euros). 2) Si la resolución era denegatoria, se levantaba la suspensión del procedimiento, prosiguiéndose su tramitación, en la cual el instructor formulaba propuesta de resolución de expulsión, salvo que el instructor apreciase otras circunstancias que aconsejasen la propuesta de multa.

Si la víctima no presentaba solicitud de residencia temporal excepcional, se dictaba acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador.

Como se aprecia, la protección extra que esta Instrucción deseaba garantizar a la inmigrante maltratada y “evitarle, en la medida de lo posible, una mayor victimización” (sic, Instrucción), consistía en dejar en suspenso la apertura y posterior tramitación del expediente sancionador, en tanto se dictaba la resolución judicial sobre la orden de protección y la resolución administrativa sobre la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales. Con todo, ese expediente sancionador siempre seguía adelante y acababa con una sanción (expulsión o multa) y obligaba a la víctima a soportar la carga de solicitar la autorización de residencia temporal para evitar la expulsión.

Todas estas cargas y posibles consecuencias de la denuncia de agresión desanimaban a la víctima, por lo que un alto número de inmigrantes no presentaba denuncia y sufría en silencio una triple discriminación: por ser extranjera, mujer y víctima de violencia de género. Ciertamente, el acceso real a los derechos de la LOVG pasaba por la presentación de denuncia y obtención de una orden de protección, por lo que, en caso contrario, la agredida solo podía aspirar a “los servicios y prestaciones sociales básicos”, que, como mínimo universal, se reconoce a cualquier extranjero con independencia de su situación (art. 14.3 LOEX). Así las cosas, las críticas no se hicieron esperar y pronto surgieron propuestas de mejora de la situación de la inmigrante irregular víctima de violencia de género, que finalmente se plasmaron en la reforma de la LOEX de 2009.

III. Desde la Ley Orgánica 2/2009, de 11 diciembre, hasta la Ley Orgánica 10/2011, De 27 julio

La actual y especial situación que la inmigrante irregular víctima de violencia de género goza en nuestro Derecho parte de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, que apuesta de forma decidida por reforzar la protección de aquella.

Por un lado, se sigue manteniendo un trato más favorable para la referida víctima en el caso de la reagrupación familiar, que si es cónyuge

reagrupado podrá obtener una autorización de residencia independiente desde el momento en que se hubiera dictado una orden de protección a su favor o, en su defecto, un informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género y ello aunque aquella no disponga de medios económicos suficientes para cubrir sus propias necesidades (art. 19.2 LOEX). Se exceptúa, así, el régimen general que exige al cónyuge reagrupado ordinario esos medios económicos suficientes para obtener la autorización de residencia independiente.

Esta regulación merece, al menos, los siguientes comentarios:

1) Tanto la inicial autorización de residencia por reagrupación familiar como la posterior autorización de residencia independiente llevan incorporada la autorización para trabajar, sin necesidad de que el cónyuge reagrupado (e hijos) realice ningún otro trámite administrativo (art. 19.1). Sin duda, ello supone reforzar, de manera decidida, la equiparación de estos extranjeros con los nacionales, consiguiendo su plena integración en nuestra sociedad.

2) La determinación de la suficiencia de los medios económicos se remite -por la propia LOEX- a la posterior norma reglamentaria. Con cierto retraso, el RD 557/2011, de 20 de abril, aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante, REX), el cual se ocupa de esta cuestión en sus arts. 59 y ss.

3) La referencia al informe del Ministerio Fiscal -inexistente en la LOEX 2003- es consecuencia lógica de la redacción de la LOVG, que, con carácter general, toma en cuenta la orden de protección o, en su defecto, el mencionado informe para poner en marcha cualquier medida a favor de la víctima.

4) El art. 59.2.b) REX equipara al supuesto de violencia género el caso de que el cónyuge reagrupado sea “víctima de un delito por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar”. De este modo, se superan los rígidos condicionantes del concepto de violencia de género de la LOVG y se da protección a otros casos en los que el cónyuge reagrupado sufra conductas violentas de sus familiares.

5) A diferencia de la LOEX 2009, el REX equipara la pareja de hecho (inscrita o no en un registro específico) al cónyuge reagrupado, tal y como venía exigiendo parte de la doctrina. Por lo tanto, cuando la pareja (matrimonial o no) del reagrupante sufra violencia de género o violencia familiar también podrá obtener una autorización de residencia y trabajo independiente.

6) La tramitación de estas solicitudes de autorización de residencia y trabajo independiente tendrá carácter preferente y la duración de la autorización será de cinco años [art. 59.2.b), in fine, REX].

Por otro lado, LOEX 2009 crea un nuevo art. 31 bis que lleva por título “residencia temporal y trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género” y que actúa en dos direcciones. La primera, contra el miedo de la víctima a denunciar, basado en la apertura del expediente sancionador por su situación administrativa irregular, que siempre terminaba con una sanción para aquella. Con la referida Ley, ese expediente sancionador queda en suspenso hasta la resolución del procedimiento penal. La segunda dirección se dirige a luchar contra la carencia de recursos económicos propios de la víctima, que también impedía el que aquella denunciase la violencia sufrida. La nueva LOEX mejora el régimen jurídico de la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, incluso concediendo una provisional, lo que permite legalizar totalmente la situación de la inmigrante irregular y que esta pueda firmar un contrato de trabajo.

En un primer momento, el art. 31 bis LOEX fue desarrollado por la Instrucción conjunta de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil y de la Dirección General de Inmigración sobre aplicación de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, en materia de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales a favor de la mujer extranjera víctima de violencia de género, de 18 de diciembre de 2009.

Posteriormente y con bastante retraso, el mencionado precepto de la LOEX es desarrollado por el ya citado RD 557/2011. Dentro del Título V, su capítulo II (intitulado “residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género”) se ocupa con detalle de esta cuestión (arts. 131 a 134). Ahora bien, dicho retraso permitió que el legislador aprovechara la redacción del Reglamento para aclarar dudas suscitadas por la LOEX y, a su vez, mejorar la situación de la inmigrante estableciendo nuevos derechos para la misma y sus familiares no previstos anteriormente. Con todo, ese esfuerzo del texto reglamentario es insuficiente, quizás porque el legislador repara en que las mejoras que es necesario introducir para que la inmigrante se anime a denunciar a su agresor (sin miedo a sufrir las consecuencias de su situación irregular) no pueden tener su sede en una norma reglamentaria, sino que son de tal calado que deben ir al propio texto de la LOEX.

Quizás con base en la anterior consideración, y sin complejos, unos meses más tarde, el legislador aprueba la Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los arts. 31 bis y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Dicha norma supone un escalón más en la mejora de la situación de la inmigrante irregular víctima de violencia de género. Según su exposición de motivos, “el hecho de que la mujer extranjera que se encuentre en situación de irregularidad denuncie a su agresor y se le abra un expediente administrativo que puede acabar en expulsión desincentiva” su denuncia. Por ello, con el fin de protegerlas, se hace necesario establecer “unas condiciones legales más propicias a que las mujeres inmigrantes se atrevan a denunciar a sus agresores. Se debe primar la protección de los derechos a la integridad física y moral de la mujer, cuando padece situaciones de violencia de género, así como su derecho a la tutela judicial efectiva, frente a una sanción por estar en situación de irregularidad”.

A continuación se analiza el régimen actual de protección de esta particular víctima a través de la diferente normativa aludida.

1. Denuncia y expediente administrativo sancionador

Según el art. 31 bis.2 LOEX 2009, si al denunciarse (por la propia víctima o un tercero) “una situación de violencia de género contra una mujer extranjera se pusiera de manifiesto su situación irregular, el expediente administrativo incoado por infracción” del art. 53.1.a) de igual texto legal “será suspendido por el instructor hasta la resolución del procedimiento penal” originado por la denuncia.

La denuncia contra el agresor sigue siendo el presupuesto básico e ineludible para poder acceder al catálogo de derechos que tiene la víctima de violencia de género, incluso cuando es extranjera irregular. Por lo tanto, no se elimina para esta tal exigencia -impuesta con carácter imperativo por la LOVG-, pero se sigue allanando el camino hacia esa denuncia con un trato más favorable para la extranjera en relación con su situación administrativa irregular en nuestro país. En otras palabras, todas las víctimas tienen que denunciar a su agresor, también la que se halla irregularmente en nuestro país, pero en tal caso el legislador se da cuenta de que la excepcionalidad y gravedad de la situación, en la que peligra la propia vida e integridad física de la mujer, le exige facilitarle esa denuncia rebajando las exigencias de la normativa de extranjería.

Así las cosas, la preceptiva apertura del expediente sancionador, consecuencia del conocimiento de la irregular situación administrativa de

la denunciante, va a tener poco o ningún recorrido, pues el legislador prefiere paralizarlo o dejarlo en suspenso a la espera de cuál sea el resultado de la denuncia penal. Tal decisión de suspensión debe ser adoptada por el instructor de manera automática, general e inmediata, sin requerir a la denunciante pruebas o indicios especiales o adicionales sobre la veracidad de la agresión denunciada y sin tener que esperar a la orden de protección o informe del Ministerio Fiscal, como sí sucede con la autorización de residencia y trabajo, como se verá después. Se actúa con carácter urgente y preventivo, priorizando de manera clara la protección de la víctima frente a su agresor. A partir del momento de la denuncia, el legislador ve a la mujer como una víctima de violencia de género a la que hay que proteger con el catálogo de derechos y servicios que establece la LOVG y no como una inmigrante irregular a la que hay que sancionar por hallarse irregularmente en nuestro país.

La apurada suspensión del expediente sancionador es provisional, por lo que su futuro dependerá de lo que suceda con el procedimiento penal. Si, concluido este último, resulta imposible deducir la situación de violencia de género (aunque la halla), el mencionado expediente continuará con su tramitación y resolución de acuerdo con lo previsto en el título III LOEX (art. 31 bis.4, *in fine*), y sin que la suspensión inicial pueda conllevar ningún tipo de responsabilidad o sanción para la denunciante. Ahora bien, la continuidad del expediente sancionador (finalizado el procedimiento penal) puede verse nuevamente paralizada si la mujer solicita una autorización de residencia por circunstancias excepcionales distintas a la violencia de género, pues en tal caso hay que esperar a la resolución de este procedimiento administrativo.

Sobre el supuesto de que la sentencia penal confirme la violencia sufrida por la inmigrante, la LOEX 2009 ya no se pronuncia, lo que se entiende como el cierre definitivo del expediente sancionador sin ningún tipo de propuesta de sanción. Lo confirma así la Instrucción conjunta de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil y de la Dirección General de Inmigración de 18 diciembre 2009, citada, según la que “la sentencia condenatoria supondrá la finalización del procedimiento sancionador en materia de extranjería inicialmente suspendido y el archivo definitivo del mismo”.

Dado que al conocerse la situación de irregularidad administrativa de la inmigrante con la denuncia debe abrirse expediente sancionador, resulta claro que el expediente que queda en suspenso es el iniciado en ese momento. Sin embargo, el legislador de 2009 no se pronuncia en relación con el posible expediente que ya se hubiese abierto con anterioridad. La

interpretación más lógica consistía en defender la suspensión de todo expediente sancionador ya abierto o en curso.

Sobre este último supuesto se pronuncia, sin embargo, el posterior art. 131, párrafo primero, REX 2011. Dicho precepto, por un lado, reproduce literalmente el art. 31 bis.2 LOEX, salvo la nueva precisión de que el expediente incoado debe ser “inmediatamente” suspendido por el instructor, y, por otro, como absoluta novedad, prevé expresamente que, “en caso de que el expediente sancionador no hubiera sido iniciado en el momento de presentación de la denuncia, la decisión sobre su incoación” debía ser “pospuesta hasta la finalización del proceso penal”. Es fácil apreciar que la letra del REX es más flexible que la de la LOEX, pero su exacta interpretación no resulta clara. Desde un punto de vista literal, la primera parte del precepto parece referirse a la suspensión del expediente incoado en el momento de la denuncia o con anterioridad, pues ese es el sentido que se acaba de dar al art. 31 bis.2 LOEX, que reproduce fielmente. La segunda parte parece aludir al supuesto de que, pudiendo hacerse así, el expediente sancionador no se haya iniciado en el momento de la denuncia (por las causas que fueran). Para tal caso, se prevé que la decisión de su incoación debe ser ya pospuesta –con carácter imperativo– hasta la finalización del proceso penal. En otras palabras, o se abre el expediente en el momento de la denuncia o se espera a la resolución de esta. La letra de la ley parece admitir la posibilidad de que la incoación del expediente aún pueda efectuarse en el momento de la denuncia (se dice “no hubiera sido iniciado” y no, por ejemplo, “estado iniciado”).

Ahora bien, la doctrina científica hace una interpretación del precepto aún más favorable para la inmigrante irregular, al entender que la primera parte del precepto, en la que se exige la suspensión inmediata del expediente, se refiere al expediente iniciado con anterioridad a la denuncia, y la segunda parte como imposibilidad de incoar aquel en el momento de la misma, debiendo posponer la decisión hasta el final la resolución del procedimiento penal. Sin duda, esta segunda interpretación –que en parte corrige la literalidad de la norma– resulta más favorable y lógica, pues incoar un expediente sancionador para suspenderlo inmediatamente después, tampoco tiene sentido. Sin embargo, el hecho de abrirlo, por sí mismo, asusta a la mujer y la desanima a denunciar.

Finalmente, la interpretación que derivaba de la literalidad del referido precepto reglamentario es corregida, unos meses más tarde, por la LOEX 2011, que modifica el art. 31 bis.2 para decir claramente lo que parecía que se quería decir ya en aquel. Por un lado, se establece que, “si al denunciarse una situación de violencia de género contra una mujer, se pusiera de manifiesto su situación irregular, no se incoará el expediente

administrativo sancionador por infracción” del art. 53.1.a) de la citada Ley. Por otro, se prevé la suspensión “del expediente sancionador que se hubiera incoado por la comisión de la misma infracción con anterioridad a la denuncia o, en su caso, de la ejecución de las órdenes de expulsión o de devolución eventualmente acordadas”.

Esta nueva redacción sugiere, al menos, los siguientes comentarios:

1) Se aporta seguridad jurídica, en cuanto queda clara la imposibilidad de abrir expediente sancionador en el momento de la denuncia, lo que sí parecía permitir el REX. Ahora queda claro que, desde que la inmigrante irregular interpone la denuncia de violencia de género, su situación a efectos de la normativa de extranjería queda “temporalmente blindada” o en un segundo plano. Se prioriza, de manera absoluta, su protección como víctima frente a la responsabilidad por hallarse irregularmente en nuestro país. La no incoación del expediente sancionar en el momento de la denuncia busca el animar a la víctima a su presentación, lo que quizás no hacía por miedo a ese expediente abierto, aunque suspendido. Para la inmigrante irregular parece que no es lo mismo tener un expediente abierto y suspendido que, simplemente, no tenerlo. En este sentido, algún autor había manifestado que el “sentido humanitario y social protector” del art. 31 bis LOEX quedaba un tanto “resquebrajado por la redacción y el hincapié” que se hacía en el aspecto sancionador. La nueva redacción ya no admite tal matización, pues el legislador elimina la posibilidad del expediente y, con ello, toda sombra de temor sobre una posible sanción, al menos hasta la conclusión del procedimiento penal.

2) Se clarifica expresamente qué sucede con las decisiones sancionadoras tomadas antes de la denuncia y que ya están en curso. Se puede tratar, bien de un expediente sancionador ya incoado, bien de una posible orden de expulsión o devolución eventualmente acordadas con anterioridad. Ni la LOEX 2009 ni el REX aclaraban qué pasaba en esos supuestos, aunque la lógica exigía aplicarle la misma solución de suspensión inmediata que el posible expediente que se abría en el momento de la denuncia.

3) La no incoación del expediente sancionador en el momento de la denuncia o de la suspensión de uno ya en curso o de las referidas órdenes sigue siendo provisional. En este sentido, la única vía que la inmigrante tiene de librarse definitivamente de ese expediente o del efecto de esas decisiones sancionadoras sigue siendo la obtención de una resolución favorable del procedimiento penal de la que derive su condición de víctima. En caso contrario, o sea, si hay “sentencia no condenatoria o resolución judicial de la que no se deduzca que la mujer ha sido víctima de violencia de género” -en palabras del art. 134.2.c) REX-, se incoará el expediente sancionador o se continuará, de estar suspendido. Esto último

rige, también, para la ejecución de las órdenes de expulsión o devolución eventualmente acordadas, a pesar de que el art. 31.bis.4, párrafo segundo, LOEX 2011 no se refiera a ellas.

En otro orden de cosas, es significativo que la no incoación del expediente sancionador o su suspensión (junto con la de las referidas órdenes de expulsión) solo se prevea –sin variación en las sucesivas reformas– para una concreta infracción administrativa de la normativa de extranjería, la prevista en el art. 53.1.a) LOEX. Como es sabido, dicho concreto precepto se refiere a la infracción grave del extranjero consistente en “encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente”.

Ahora bien, cabe preguntarse qué ocurre con el expediente sancionador cuando la infracción cometida es otra de las graves mencionadas en el citado precepto, como las de: 1) encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no se dispone de autorización de residencia válida [letra b)]. 2) El incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio, así como incurrir en falsedad en la declaración de los datos obligatorios para cumplimentar el alta en el padrón municipal a los efectos previstos en la LOEX, siempre que tales hechos no constituyan delito [letra c)]. 3) El incumplir las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente [letra d)]. 4) La comisión de una tercera infracción leve, siempre que en un plazo de un año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas leves de la misma naturaleza [letra e)]. 5) La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana [letra f)]. 6) Las salidas del territorio español por puestos no habilitados, sin exhibir la documentación prevista o contraviniendo las prohibiciones legalmente impuestas [letra g)] o, en fin, 7) el incumplir la obligación de solicitar la tarjeta de identidad de extranjero [letra h)].

Todas las infracciones recién mencionadas son sancionadas con multa de 501 hasta 10.000 euros (art. 55.1 LOEX) o, alternativamente, para las infracciones previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del art. 53.1 LOEX, cabe también la posibilidad de aplicar, en atención al principio de

proporcionalidad, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción (art. 57.1 LOEX). Ahora bien, se insiste en que, en ningún caso, podrán imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa.

A pesar de que el legislador solo prevé la suspensión o no incoación del expediente sancionador cuando se está ante la irregularidad administrativa del art. 53.1.a) LOEX, existen razones fundadas para extender tal especial régimen a las otras infracciones administrativas del referido precepto, entre ellas, las siguientes:

1) La lógica de aplicar un mismo trato a infracciones de igual gravedad. Si se quiere apoyar a la inmigrante irregular a que denuncie la violencia de género sufrida, el especial régimen que se le aplica en relación con el expediente sancionador (suspensión o no incoación) debe jugar para toda infracción administrativa de la misma gravedad y no solo para una de ellas. Ciertamente, lo relevante para la inmigrante no es el tipo de infracción, sino su consecuencia o sanción, por lo que si esta se traduce, en algunos casos, en la apertura de un expediente sancionador que puede finalizar con multa o expulsión, posiblemente aquella opte por no denunciar la agresión sufrida.

2) La necesidad de evitar la inseguridad jurídica. El hecho de que en algunos casos se mantenga el régimen ordinario del expediente sancionador (la mayoría) y en otros no, puede generar cierta inseguridad o confusión en la inmigrante sobre cuáles son las consecuencias de la concreta irregularidad administrativa en la que se halla. De hecho las infracciones contempladas en las letras a) y b) del art. 53.1 LOEX están directamente relacionadas, pues la primera se refiere a la residencia irregular en nuestro país y la segunda al trabajo y a la residencia irregular. Es más, cuando el legislador reconoce el catálogo de derechos de la LOVG (v. gr., movilidad geográfica o suspensión del contrato) a la inmigrante irregular está pensando en una mujer que trabaja.

3) La voluntad expresa del legislador de querer anteponer la protección de la víctima de violencia de género frente a la sanción de la inmigrante irregular, tal como se expresa en la exposición de motivos de la LO 10/2011. Tal deseo no se limita inicialmente a una determinada infracción administrativa.

2. Orden de protección y autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales

A) Inicio del procedimiento

La protección real de la víctima de violencia de género inmigrante irregular no se consigue con la suspensión o no incoación del expediente administrativo sancionador, sino que requiere un paso adicional consistente en solucionar la situación de irregularidad en la que se halla y que le impide residir y acceder legalmente a un puesto de trabajo en nuestro país. En este sentido, el art. 31 bis.3 LOEX 2009 establece una nueva regulación jurídica que avanza en la dirección indicada.

En su párrafo primero, dicho precepto prevé, que “la mujer extranjera que se halle en la situación descrita en el apartado anterior, podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales a partir del momento en que se hubiera dictado una orden de protección a su favor o, en su defecto, informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género. Dicha autorización no se resolverá hasta que concluya el procedimiento penal”.

El contenido esencial de este primer párrafo ya resulta conocido desde el REX 2004, pues ya desde entonces quedó reconocida la posibilidad de la víctima de solicitar una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, que sería resuelta una vez recaída la sentencia en el procedimiento penal. Ahora bien, con esta reforma se mejoran distintos aspectos:

1) La titular de este derecho es la “mujer extranjera que se halle” en situación irregular y denuncie a su agresor. Esta precisión está en consonancia con el hecho de que víctima de violencia de género solo puede ser la mujer y no el hombre, conforme lo previsto en la LOVG. La letra del REX 2004 era más ambigua, al referirse a “las víctimas de delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar” o, incluso, a “los interesados” (en masculino).

2) Lo solicitado es una autorización doble: de residencia y trabajo, a diferencia de lo que sucedía en el REX 2004, que solo preveía una autorización de residencia temporal. Por lo tanto, si la inmigrante quería trabajar debía seguir el procedimiento legal previsto en la LOEX para la obtención de la autorización de trabajo. Sin embargo, no faltó algún autor que entendió que aquella autorización conllevaba, implícitamente, la de trabajo. Sea como fuere, la nueva redacción del precepto examinado es mejor, en cuanto acaba con toda duda al respecto. Esta autorización para trabajar “facilita a la mujer víctima de violencia de género la obtención de

la autonomía económica necesaria para salir de la influencia de su maltratador”.

3) La solicitud se podrá presentar a partir del momento en que se dicte orden de protección o, en su defecto, informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de la violencia de género, que, en cuanto previo, permite adelantar aquella. Tal modificación está en consonancia con lo previsto en la LOVG, que también tiene en cuenta dicho informe para apurar la protección a la víctima. Con todo, el referido informe sólo puede tenerse en cuenta “en defecto” de la orden de protección, por lo que esta sigue siendo prioritaria para activar el derecho de la víctima y, siempre que exista, habrá que estar a ella. Por lo demás, el hecho de que no se fije un plazo concreto para solicitar la autorización de que se trata deja claro que se esta se puede presentar en cualquier momento mientras no concluya el procedimiento penal.

El art. 132 REX 2011 añade ciertas precisiones de interés a esta solicitud de la inmigrante, como las relativas a que: 1) la solicitud realizada por la propia mujer o su representante debe presentarse, personalmente, ante la Oficina de Extranjería correspondiente (núm. 1), o sea, la de la provincia en la que aquella tenga su domicilio. 2) La tramitación de tal solicitud tendrá carácter preferente y deberá ir acompañada de la documentación correspondiente. 3) El informe del Ministerio Fiscal ya no se prevé como subsidiario (“en su defecto”) de la orden de protección, sino como alternativo, pues se elimina la expresión entrecomillada. Por lo tanto, parece que el mencionado informe tiene eficacia constitutiva por sí mismo y, aunque después se dicte la orden de protección, el momento hábil para solicitar la autorización será a partir de aquel y no de esta. 4) La posibilidad de solicitar, aparte de la suya, otra autorización adicional para sus hijos que se encuentren en España en el momento de la denuncia. Para saber exactamente a qué hijos se refiere el legislador conviene interpretar, conjuntamente, los arts. 132.2 y 133.1 REX. Según el primero, dicha autorización será “de residencia por circunstancias excepcionales” si aquellos son “menores de edad”, pero, si son mayores de dieciséis años, la autorización pedida puede ser “de residencia y trabajo”. Por su parte, el segundo se refiere, además, a los hijos discapacitados, que “no son objetivamente capaces de proveer a sus necesidades”, y también prevé para ellos la solicitud de autorización de residencia. En tal caso, resulta claro que la edad resulta irrelevante y lo importante es que los hijos puedan quedarse con la madre. Así, a los hijos menores de edad se equiparan los discapacitados, con independencia de su edad, pues lo importante es que no sean capaces de ser económicamente autosuficientes.

Tal solicitud complementaria puede hacerse en el mismo momento en que la extranjera presente la suya propia o en cualquier momento posterior durante el proceso penal. Sin duda alguna, esta es una de las grandes mejoras que el legislador podía introducir en el régimen jurídico de esta solicitud extraordinaria de autorización de residencia y trabajo. Hasta entonces, muchas inmigrantes víctimas de violencia de género no denunciaban para evitar que su situación familiar fuese conocida y, a partir de entonces, pudieran verse alejadas de sus hijos, en cuanto que estos no eran protegidos por una autorización especial de residencia temporal y corrían el riesgo de ser expulsados. Si la mujer tiene hijos y estos no pueden quedarse con ella, seguro que en muchos casos aquella no ejerce su derecho a solicitar la autorización de que se trata.

La posterior LOEX 2011 incorpora estas novedades del REX en su art. 31.bis.3, párrafo primero. Así, se prevé que, “en el momento de presentación de la solicitud, o en cualquier otro posterior a lo largo del proceso penal, la mujer extranjera, por sí misma o a través de representante, también podrá solicitar una autorización de residencia por circunstancias excepcionales a favor de sus hijos menores de edad o que tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, o una autorización de residencia y trabajo en caso de que fueran mayores de dieciséis años y se encuentren en España en el momento de la denuncia”.

Por lo demás, respecto a la relación entre orden de protección e informe del Ministerio Fiscal, la LOEX 2011 reproduce literalmente el párrafo primero del art. 31 bis.3 LOEX 2009, por lo que el segundo actúa “en defecto de” la primera.

B) Tramitación: la autorización provisional

El párrafo segundo del art. 31.bis.3 LOEX 2009 establece que, una vez solicitada la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, que se resolverá tras concluir el procedimiento penal, la autoridad competente para otorgar aquella “podrá conceder una autorización provisional de residencia y trabajo a favor de la mujer extranjera. La autorización provisional eventualmente concedida concluirá en el momento en que se conceda o deniegue definitivamente la autorización por circunstancias excepcionales”. Según la Instrucción conjunta de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil y de la Dirección General de Inmigración de 18 diciembre 2009, ya citada, en el caso de que la mujer extranjera presentase solicitud de autorización de residencia y trabajo, la misma debía ser informada por la Oficina de

extranjeros (o, en su defecto, por la correspondiente área o dependencia del Ministerio de Trabajo e Inmigración) de “la posibilidad que le asistía” en virtud del citado precepto de la LOEX. Ahora bien, tal deber informativo no se relacionaba con el hecho de que la obtención por la mujer extranjera de esa autorización provisional estuviese sometida a una solicitud previa, específica y diferente de la ya realizada, pues ello supondría someter a aquella a una doble carga administrativa (dos autorizaciones diferentes).

La posibilidad de que la inmigrante víctima de violencia de género pueda gozar ya, durante la tramitación del procedimiento penal, de una autorización provisional de residencia y trabajo supone un gran avance en su protección. Así, desde el momento en que se dicta una orden de protección de la mujer o hay indicios de la violencia que sufre, el legislador entiende que debe actuarse con premura e inmediatez, concediéndole, aun provisionalmente, el beneficio de la duda, o sea, las autorizaciones solicitadas. Con ello, la inmigrante irregular deja de serlo y puede residir y trabajar legalmente en nuestro país. En otras palabras, se lanza un mensaje claro a la víctima de violencia de género, pues su denuncia se ve compensada con “la regularidad administrativa” .

Ahora bien, la redacción del art. 31.bis.3, párrafo segundo, LOEX 2009 puede generar cierta confusión respecto del grado de Delegado o Subdelegado del Gobierno a hora de resolver sobre la solicitud del trabajador. En principio, y con base en la letra de la ley, podría pensarse que tal decisión queda a su criterio (“podrá conceder”); sin embargo, no debe ser esta la interpretación a seguir. En tal sentido, la Instrucción conjunta de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil y de la Dirección General de Inmigración de 18 diciembre 2009 señala tres claros requisitos para la concesión de la autorización provisional: a) que previamente se haya solicitado una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, conforme a lo establecido en el referido precepto LOEX, y no haya concluido el proceso penal que se esté sustanciando; b) la carencia por parte de la mujer extranjera de antecedentes penales en España, o en los países anteriores de residencia, por delitos tipificados en el ordenamiento español; y c) la no inclusión de aquella en la lista de “personas rechazables” en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. La previsión de estos requisitos objetivos, a los que se somete la concesión de la autorización solicitada, deja claro que no cabe ninguna discrecionalidad subjetiva por parte de la autoridad competente, por lo que la posibilidad de concesión que parece dejar abierta la letra de la Ley alude a su

concesión o no, según se haya pedido previamente o no por la mujer extranjera.

Con todo, a efectos de acabar con cualquier tipo de duda al respecto, el posterior REX 2011 clarifica su redacción. Así, el art. 133.1 prevé que, una vez “presentada la solicitud de autorización de residencia temporal y trabajo de la mujer víctima de violencia de género”, el órgano competente “concederá de oficio” la mencionada autorización provisional de residencia y trabajo, ya para ella sola, ya para sus hijos también.

En términos similares, la LOEX 2011 prevé que “la autoridad competente para otorgar la autorización por circunstancias excepcionales concederá una autorización provisional de residencia y trabajo a favor de la mujer extranjera y, en su caso, las autorizaciones de residencia provisionales a favor de sus hijos menores de edad o con discapacidad, o de residencia y trabajo si fueran mayores de 16 años” (art. 31 bis.3, párrafo segundo). Repárese en el carácter imperativo del texto legal, que pasa de la autoridad “podrá conceder” (2009) a “concederá” (2011), sin que la omisión de la expresión “de oficio” pueda generar duda al respecto. Así, la expresión “eventualmente concedidas” (referido a las autorizaciones provisionales), incluida a continuación, se refiere a la posibilidad de concederlas o no en función de las circunstancias concurrentes en los menores (edad, discapacidad) o la mujer (orden de protección o informe del Ministerio Fiscal), pero no a discrecionalidad en la concesión si aquellas circunstancias existen.

Para evitar dudas sobre la plena eficacia de estas autorizaciones provisionales, el REX prevé expresamente que las mismas implicarán “la posibilidad de trabajar, por cuenta ajena o por cuenta propia, en cualquier ocupación, sector de actividad y ámbito territorial” (art. 133.2). La provisionalidad temporal de la autorización concedida no afecta, pues, a su eficacia. Por el contrario, esta última se ve reforzada, pues el carácter parcial o limitado “a un determinado territorio y ocupación” (art. 38.5 LOEX) con el que nace en el supuesto general, se mejora aquí al extender su validez para realizar cualquier actividad laboral, con independencia del sector profesional o geográfico en el que se halle y de la naturaleza autónoma o dependiente de la misma. Como se aprecia, el legislador busca un trato privilegiado para la inmigrante desde el primer momento, concediéndole una autorización para residir y trabajar lo más generosa posible, con el fin de aumentar sus posibilidades reales de hallar trabajo y, por ende, ayudar a su independencia económica.

La vigencia de la autorización es inmediata, o sea, “desde la fecha de la resolución por la que se conceda”, y abarcará todo el periodo que dure el procedimiento penal; su futuro dependerá de la concesión o no de la

autorización definitiva. En palabras de la LOEX 2011, “las autorizaciones provisionales, eventualmente concedidas, concluirán en el momento en que se concedan o denieguen definitivamente las autorizaciones por circunstancias excepcionales” (art. 31 bis.3, párrafo segundo, in fine).

En el mes siguiente a la concesión de la autorización provisional de residencia y trabajo, la titular de la misma tiene que solicitar, personalmente y ante la Oficina de Extranjería o a la Comisaría de Policía que corresponda, la denominada Tarjeta de identidad de extranjero (TIE). Dicha tarjeta es el documento único y exclusivo, personal e intransferible, destinado a dotar de documentación a las personas extranjeras en situación de permanencia legal en nuestro país. En dicha tarjeta consta, de manera expresa, que la mujer inmigrante titular de la misma está autorizada para residir y trabajar legalmente en nuestro país. Ahora bien, a efectos de proteger su intimidad y la circunstancia personal de la violencia de género sufrida, el documento en cuestión debe omitir cualquier referencia al carácter provisional de la mencionada autorización o la causa por la cual fue concedida (art. 133.4 REX). Esta exigencia de respetar la intimidad y la condición de víctima de la mujer inmigrante viene impuesta por el art. 63.1 LOVG, que exige que, “en las actuaciones y procedimientos relacionados con la violencia de género”, se proteja la intimidad de las víctimas; en especial, sus datos personales, los de sus descendientes y los de cualquier otra persona que esté bajo su guarda o custodia”. Esta obligación de proteger también la privacidad de los menores o dependientes impone que iguales medidas de discreción se adopten en relación con las autorizaciones de las que ellos sean titulares. La ocultación de estos datos busca el evitar la estigmatización de estas víctimas frente a posibles empresarios y el resto de la sociedad y, sobre todo, el asegurar una protección más eficaz frente el agresor.

La vigencia de esta tarjeta será de un año, al final del cual habrá que renovarla. A efectos de una mejor coordinación de los diferentes poderes y entidades en orden a la protección de la víctima de la violencia de género, se exige que la autoridad que concede las autorizaciones provisionales de residencia y trabajo informe de ello a la autoridad judicial que conoce del proceso penal incoado por la denuncia de agresión de aquella (art. 133.5 REX).

C) Finalización del procedimiento relativo a la autorización de residencia temporal y trabajo

En aras al mantenimiento de la adecuada coordinación de todas las autoridades que tienen competencias respecto de la inmigrante, el art. 134

REX 2011 exige que el Ministerio Fiscal informe a la Oficina de Extranjería y a la Comisaría de Policía de la conclusión del procedimiento penal y de su resultado. Los efectos de este serán muy diferentes según se aprecie o no la existencia de la violencia de género denunciada por la mujer inmigrante. Las situaciones a contemplar son dos.

a) Sentencia condenatoria o resolución judicial de la que se deduzca que la mujer ha sido víctima de la violencia denunciada

Cuando el juez de lo penal dicta una sentencia condenatoria del agresor o una resolución judicial de la que se deduce que la mujer inmigrante ha sufrido la violencia denunciada (en ambos casos, firmes), la situación jurídica-administrativa de esta se ve beneficiada de inmediato y la protección del legislador resulta indubitada. Sin duda, este quiere establecer una relación directa e interdependiente entre el resultado del procedimiento penal y las consecuencias jurídicas de este en el ámbito de su situación administrativa como extranjera irregular. Por ello, no cabe decidir sobre su solicitud de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales hasta que el procedimiento penal finaliza. Al respecto, cabe efectuar las siguientes consideraciones.

En primer lugar, repárese en el tenor amplio del REX 2011, que equipara a “la sentencia condenatoria” (LOEX 2009), que declara delito los hechos denunciados, cualquier “resolución judicial de la que se deduzca que la mujer ha sido víctima de violencia de género” (art. 134.1 REX). La posterior LOEX 2011 precisa más la naturaleza de esta resolución judicial, que puede ser hasta la del “archivo de la causa por encontrarse el imputado en paradero desconocido” o la del “sobreseimiento provisional por expulsión del denunciado” (art. 31.bis.4). Como es fácil apreciar, el legislador es generoso al entender que, en estos casos, la mujer ha sido víctima de la violencia denunciada, pues, en ninguno de ellos, el agresor ha sido juzgado, en cuanto en un caso está ilocalizable y en el otro ha sido expulsado de nuestro país. Es como si existiese una presunción iuris tantum de que, cuando la mujer denuncia la situación de violencia de género, esta se entiende que existe, salvo que el agresor pueda demostrar en juicio que no ha sido así. En verdad, esa presunción se basa en unos indicios suficientes de la existencia de la agresión y que son los que han justificado la inicial orden de protección o el informe del Ministerio Fiscal en igual sentido.

La referencia legal a la toma en consideración de cualquier “resolución judicial de la que se deduzca que la mujer” ha sufrido la violencia denunciada permite entender incluida, aquí, por ejemplo, la resolución que

declara los hechos imputados al agresor como mera falta, sin llegar a delito (art. 620.2 Código Penal), y que fija una multa de diez a veinte días para “los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito”. Estos hechos sólo son perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Igual valor tiene una posible sentencia absolutoria del agresor por prescripción del delito, pero que deja claro que los hechos juzgados son ciertos y, por lo tanto, que la inmigrante es víctima de violencia de género.

En segundo lugar, para analizar los efectos de estas resoluciones judiciales penales, que dan por acreditada la violencia sufrida por la mujer, cabe distinguir si esta ya tenía o no solicitada la autorización temporal de residencia y trabajo. En el primer caso, el Delegado o Subdelegado del Gobierno dispone de un plazo máximo de veinte días –hábiles, se entiende-, desde que a la Oficina de Extranjería le conste la sentencia o resolución judicial, para conceder y notificar a la interesada la autorización en cuestión [art. 134.1.a) REX]. En principio, dicha concesión se prevé como automática, sin que el órgano competente para dictarla pueda tener en consideración otros criterios adicionales a la resolución judicial penal para conceder o no la autorización. Sin embargo, se debe reparar en los dos criterios generales ya mencionados en relación con la autorización provisional y previstos en el art. 31.5 LOEX 2009, o sea, la carencia por parte de la extranjera de antecedentes penales en España o en los países anteriores de residencia y la no inclusión de aquella en la lista de “personas rechazables” en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. Aunque no aparecen en el texto del REX 2011, ambas exigencias son requeridas expresamente por la Instrucción conjunta de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil y de la Dirección General de Inmigración de 18 diciembre 2009, ya citada.

Ahora bien, la concesión de la autorización provisional o definitiva de residencia y trabajo de la inmigrante no depende de la existencia de una oferta de trabajo ni de la situación nacional de empleo, pues el art. 40.1.j) LOEX 2009 excluye expresamente tal posibilidad para los extranjeros que obtengan la autorización de residencia por circunstancias excepcionales “y, en todo caso, cuando se trate de víctimas de violencia de género”. Repárese en que el legislador quiere establecer un régimen especial y privilegiado en la concesión de la autorización para este colectivo, eliminando cualquier atisbo de discrecionalidad en su decisión, aun con base en circunstancias justificadas en el caso general.

Una vez emitida por la autoridad competente, la resolución de concesión de la residencia temporal entra en vigor de manera inmediata, sin que su eficacia esté condicionada a ningún trámite posterior (v. gr., el alta de la trabajadora en el sistema de la Seguridad Social).

Por analogía con lo ya apuntado respecto de la provisional, cabe señalar que esta autorización definitiva también tiene eficacia plena, lo que implica la posibilidad para la mujer inmigrante de trabajar, por cuenta ajena o por cuenta propia, en cualquier ocupación, sector de actividad y ámbito territorial (art. 133.2 REX). Se está, así, ante una particularidad más del privilegiado régimen jurídico de esta autorización.

La duración de la autorización temporal es de cinco años, tal y como señala el art. 134.1.a) REX 2011. Ello no obsta a que, antes de su transcurso, la inmigrante acceda a la situación de residencia de larga duración -que autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente, en las mismas condiciones que los españoles -, a cuyo efecto debe computarse el tiempo de la autorización provisional durante la tramitación del procedimiento penal. Queda clara, así, la plenitud de efectos de dicha autorización. Al igual que se indicó en el caso de la concesión de la autorización provisional, la titular de la autorización dispone de un mes para solicitar la Tarjeta de identidad de extranjero. También, aquí, se omitirá cualquier referencia a la condición de víctima de violencia de género de la mujer inmigrante. Otro tanto cabe aplicar a la autorización solicitada por los hijos de aquella [art. últ. cit. REX].

Por lo demás, la renovación de la autorización de residencia y trabajo a su expiración también tiene alguna particularidad cuando su titular es una extranjera víctima de violencia de género. Frente al supuesto general, en el que la renovación de aquella depende de la persistencia del contrato de trabajo que motivó su concesión inicial, u otro nuevo, o del disfrute de una prestación contributiva por desempleo o de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción social o laboral, en el ahora analizado la renovación también procede aunque el contrato se haya extinguido o suspendido por causa de violencia de género [art. 38.6.d) LOEX].

En el caso de que la mujer todavía no haya solicitado la autorización de residencia y trabajo cuando concluya el procedimiento penal, quedando acreditada la violencia sufrida, el Ministerio Fiscal debe informar a la mujer extranjera sobre dicha posibilidad, tanto para ella como para sus hijos, en los términos ya expuesto . El plazo para efectuar tal solicitud es el de los seis meses siguientes a la notificación de la sentencia penal y el procedimiento es el mismo del art. 132 REX, lo que debe entenderse referido al carácter preferente de la solicitud y a la documentación que

debe acompañar a esta. Con todo, la referencia a la obligación de acompañar copia de la orden de protección o del informe del Ministerio Fiscal debe entenderse sustituida aquí por la sentencia o la resolución judicial de la que se deduzca que la mujer ha sido víctima de violencia de género [art. 134.1.b) REX 2011].

Y, en tercer lugar, la concesión de una autorización de residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales supone el archivo del procedimiento sancionador que pudiera existir frente a la mujer extranjera víctima de violencia de género [art. 134.1.c) REX 2011]. Cabe recordar que este expediente sancionador será, únicamente, el que se hubiera incoado con anterioridad a la denuncia, pues si, en el momento de efectuarse esta, se descubre la situación irregular de la inmigrante ya no se puede incoar dicho expediente. Tras la LOEX 2011, cabe entender que el archivo definitivo o suspensión comentada también debe afectar a la ejecución de posibles órdenes de expulsión o de devolución eventualmente acordadas frente a la extranjera irregular. Ciertamente, aunque la referida LOEX guarda silencio al respecto, una interpretación integrada y coherente de los núms. 2 y 4 de su art. 31 bis y, a su vez, de este precepto con el art. 134.1.c) REX 2011 permite extraer tal conclusión.

b) Sentencia no condenatoria o resolución judicial de la que no se deduzca que la mujer ha sido víctima de violencia de género

En el caso de que el procedimiento penal concluya con una sentencia no condenatoria del hasta entonces “posible” agresor o una resolución judicial de la que no se deduzca que la mujer ha sido víctima de violencia de género (art. 134.2 REX 2011), las cosas para esta última no van a ser fáciles a partir de entonces. Si la mujer no consigue acreditar la realidad de la denuncia efectuada, se estará en un supuesto de acusación falsa y, por lo tanto, la posible protección provisional de la que haya podido disfrutar se acabará y su situación volverá a ser examinada como la de cualquier otra inmigrante irregular.

Así, si esta ya hubiese solicitado la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales en base a lo dispuesto en el art. 132 REX 2011 (posible a partir de la orden de protección o informe del Ministerio Fiscal y cuya resolución se pospone hasta la conclusión del procedimiento penal), se comunicará inmediatamente la denegación de aquella. Otro tanto cabe concluir respecto de la hipotética solicitud de autorización para sus hijos. Además, la autorización provisional de residencia y trabajo que obligatoriamente debe concederse durante la tramitación del procedimiento penal (desde LOEX 2011) quedará, de modo inmediato,

sin eficacia. Esta pérdida de eficacia es total, o sea, con efectos de futuro y pasado, pues el tiempo que se ha disfrutado de esa autorización provisional no se tendrá en cuenta en orden a la obtención de una posible situación de residencia de larga duración. Resulta lógica la pérdida de eficacia con carácter retroactivo de la autorización provisional, pues esta se disfrutó en concepto de “regalo anticipado” en base a unos indicios de violencia de género que, finalmente, no se confirman. Esta anulación de efectos afecta tanto a la posible autorización de la mujer como a la de sus hijos.

Por lo demás, cabe recordar que la resolución judicial de la que no se deduzca que la mujer ha sido víctima de violencia de género conlleva efectos en relación con la exigencia de responsabilidad a aquella por hallarse en situación irregular. Así, ya podrá incoarse expediente sancionador a la misma o, en su caso, continuará el suspendido en el momento de la denuncia de la agresión violenta. Esto último rige, también, para la ejecución de las órdenes de expulsión o devolución eventualmente acordadas, a pesar de que el art. 31.bis.4, párrafo segundo, LOEX 2011 no se refiera a ellas.

3. Declaración expresa de la titularidad de los derechos de la LOVG por la inmigrante con independencia de su situación administrativa

Lo primero que el art. 31 bis.1 LOEX 2009 hace es un reconocimiento claro y expreso de que “las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen garantizados los derechos reconocidos” en la LOVG, así “como las medidas de protección y seguridad establecidas en la legislación vigente”. Esta declaración implica una equiparación absoluta, a efectos de su protección, de cualquier víctima de violencia de género, con independencia de sus circunstancias, incluidas las de su origen, nacionalidad y situación administrativa en España. Tal afirmación –que, en 2009, ya nadie pone en duda- sirve para que el legislador se pronuncie, con claridad y contundencia, sobre el derecho de las mujeres inmigrantes irregulares a todos los derechos que se prevén en la LOVG, sin necesidad de una interpretación amplia de su art. 17. Desde luego, la literalidad de este precepto lo permitía, pero ahora se dice expresamente e in claris non fit interpretatio.

En orden a hacer efectivos esos derechos, el art. 131, párrafo segundo, REX prevé que “la autoridad ante la que se hubiese presentado la denuncia informará inmediatamente a la mujer extranjera de las posibilidades que le asisten, así como de los derechos” de los que es titular

al amparo de la LOVG. La Instrucción de 18 diciembre de 2009, ya citada, precisa que dicha información debe ser facilitada a la mujer tanto por la unidad policial que reciba su denuncia de agresión como por aquella otra que estuviera tramitando el expediente sancionador y cuya suspensión le notifica. La reforma de la LOEX 2011 mantiene, sin cambios, la literalidad del art. 31 bis.1.

Según el art. 21.1 LOVG, la trabajadora víctima de violencia de género tiene derecho, en los términos establecidos en los correspondientes artículos del ET, a la reducción o reordenación (por ejemplo, horario flexible) de su tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo y a la extinción del contrato por su propia voluntad cuando se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo. Además, los derechos laborales de la víctima en cuestión implican protección frente a los despidos objetivo y disciplinario, pues, por un lado, no se podrán tener en cuenta las faltas de asistencia o puntualidad causadas por su situación física o psicológica para realizar aquellos, y, por otro lado, los mismos son nulos si el empresario los decide con base en el previo ejercicio de estos derechos por la trabajadora.

Por su parte, la disposición adicional 8ª LOVG establece una serie de derechos en el ámbito de la Seguridad social para las trabajadoras víctimas de violencia de género, por ejemplo: a) la declaración en situación legal de desempleo de la mujer que suspenda o extinga su contrato por la violencia de género sufrida (art. 208.1.1 y 2 LGSS); b) la consideración del referido período de suspensión contractual como período de ocupación cotizada a efectos de diversas prestaciones de la seguridad social, tales como jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y desempleo (art. 124.5 LGSS); c) el establecimiento del doble cómputo de cotizaciones en el supuesto de suspensión contractual mencionado, pues el período cotizado y tenido en cuenta para acceder a la prestación por desempleo durante la suspensión contractual se vuelve a computar para otra posterior situación legal de desempleo (art. 210.2 LGSS); o, en fin, d) se flexibiliza el compromiso de actividad que la desempleada víctima de violencia de género tiene que suscribir para poder percibir la prestación por desempleo (art. 231.2 LGSS).

Para poder hacer uso de los derechos reconocidos por la LOVG es necesario que la mujer extranjera, como cualquier otra, acredite su condición de víctima de violencia de género, a través de la orden de protección o, en su defecto, del informe favorable del Ministerio Fiscal. Si aquella está en situación irregular, a partir del momento en que obtiene tales documentos, también puede solicitar una autorización de residencia y

trabajo por circunstancias excepcionales, como ya se analizó. Como dicha solicitud se resolverá cuando concluya el procedimiento penal iniciado con la denuncia interpuesta al agresor, la autoridad competente para resolver aquella concederá una provisional para que la extranjera pueda regularizar su situación en España de forma inmediata (art. 31 bis.3 LOEX). Así las cosas, a partir de la obtención de la autorización provisional de residencia y trabajo (lo que se producirá en breve plazo), la inmigrante ya puede proceder a regularizar su situación laboral (formalización del contrato de trabajo, si procede, y alta en la TGSS) y, por ende, disfrutar de todos los derechos laborales que le reconoce la LOVG, ya como trabajadora legal.

Si el empresario se negase entonces a regularizar su situación contractual y reconocerle alguno de los derechos laborales de la LOVG, la trabajadora puede acudir a la vía judicial a través del proceso especial de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 177 y ss. LJS). Los derechos reconocidos por la LOVG a la víctima tienen una conexión directa con varios de sus derechos fundamentales, como el de la vida e integridad física y psíquica (art. 15 CE), el de la dignidad (art. 10 CE) o el de la igualdad material entre mujeres y hombres (art. 14 CE), por lo tanto, también son susceptibles de protección por este proceso especial. No obsta a lo anterior, el hecho de que algunos de esos derechos laborales tengan un proceso especial propio, como sucede en el caso de la movilidad geográfica (art. 138 LJS). Según el art. 26.2 LJS, cuando, por imperativo del art. 184 LJS, deba seguirse esa modalidad procesal específica, se podrá reclamar “la indemnización derivada de la lesión de los derechos fundamentales y demás pronunciamientos propios de la modalidad procesal de tutela de tales derechos fundamentales y libertades públicas, conforme a los artículos 182, 183 y 184 LJS”. La utilización de esta modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales es especialmente ventajosa para cualquier demandante y, especialmente, para una mujer extranjera víctima de violencia de género, pues el proceso es preferente y sumario. Así, el acto de conciliación y juicio se debe celebrar en el plazo de cinco días desde la admisión a trámite de la demanda y la sentencia se debe dictar en los tres siguientes (art. 181 LJS).

Si, una vez obtenida la autorización provisional de residencia y trabajo, el empresario no regulariza la situación laboral de la trabajadora y procede a su despido, aquella podrá reclamar la nulidad de este a través del correspondiente proceso especial. La sentencia estimatoria declarará la readmisión de la trabajadora, sin que exista obstáculo alguno para la misma.

Repárese en que, aunque el art. 31 bis.1 LOEX 2009 reconoce los derechos de la LOVG a “las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género, cualquiera que sea su situación administrativa” (legal o ilegal), las posibilidades reales de disfrute de aquellos no serán las mismas para las que no regularicen su situación frente a las que sí lo hagan. En principio, la solicitud de tal regularización, a través de la autorización de residencia y trabajo por causas excepcionales (posible a partir de la orden de protección o informe del Ministerio Fiscal), es voluntaria y no se impone a la extranjera. Ahora bien, cabe pensar que si la mujer desea residir y trabajar en nuestro país y, por ende, hacer uso de unos especiales derechos laborales y de seguridad social previstos para las trabajadoras víctimas de violencia de género, optará siempre por esta posibilidad. De hecho, la plasmación legal de la misma es fruto de una larga reivindicación por la mejora de la situación jurídica de las extranjeras irregulares en nuestro ordenamiento jurídico.

Resulta significativo que el legislador, tras mencionar (por primera vez) en el núm. 1 del art. 31 bis LOEX la titularidad de los derechos de la LOVG por cualquier mujer extranjera, en los números siguientes del mismo precepto se dedique a especificar el procedimiento de regularización de la que se halle en situación irregular. Parece como si, tras una primera declaración general de reconocimiento de los mencionados derechos a cualquier extranjera, a continuación se indicase la concreta vía de acceso a los mismos para la irregular, que es el que la lleva a convertirse en regular y, de alguna manera, a reconocer implícitamente la dificultad o casi imposibilidad de disfrute de tales derechos cuando la mujer trabajadora se encuentra al margen de la ley.

Queda claro que, aun en situación de absoluta irregularidad, carencia de autorización de residencia y trabajo, la mujer extranjera víctima de violencia de género tiene derecho a todas “las medidas de protección y seguridad establecidas en la legislación vigente” (art. 31 bis.1 LOEX), lo que implica medidas de protección policial, judicial, médica y socio-asistencial (servicios y prestaciones sociales básicas, art. 14 LOEX). En este sentido, resulta interesante advertir como el art 17.1 LOVG señala que “todas las mujeres víctimas de violencia de género, con independencia de su origen, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, tienen garantizados los derechos reconocidos en esta Ley” (núm. 1), y, a continuación, añade que “la información, la asistencia social integral y la asistencia jurídica a las víctimas de la violencia de género, en los términos regulados en este capítulo, contribuyen a hacer reales y efectivos sus derechos constitucionales a la integridad física y moral, a la

libertad y seguridad y a la igualdad y no discriminación por razón de sexo” (núm. 2).

De hallarse la extranjera en situación irregular, especialmente difícil resulta el ejercicio de los derechos laborales, como por ejemplo, la reordenación de la jornada, movilidad geográfica o suspensión o extinción de la relación por voluntad de la trabajadora, pues, si el empresario se niega a concedérselos, aquella tendría la carga (casi imposible de asumir) de acudir a la vía judicial y, en esta, lo primero que tendría que hacer es demostrar la existencia de la relación laboral. Si, como consecuencia de la reclamación de esos derechos laborales, el empresario despidiese a la trabajadora, no cabría la declaración de despido nulo con readmisión, pues la trabajadora extranjera no estaría en condiciones de prestar servicios con un contrato válido. De igual manera, complejo también es el acceso de la extranjera irregular a las prestaciones del sistema público de seguridad social, como la prestación por desempleo en el caso de suspensión o extinción del contrato por voluntad de aquella. Siguiendo la regla general, dicho acceso está condicionado al alta de la solicitante en la Seguridad social y a la observancia de la correspondiente carencia, por lo que, si falta la autorización de residencia y trabajo, aquel resulta imposible.

Con base en la idea recién expuesta, se entiende la decisión del legislador de facilitar la regularización de la extranjera víctima de violencia de género lo antes posible, a través de la autorización provisional, para posibilitar que aquella pueda disfrutar de todos estos derechos laborales y de seguridad social. Y, aun sí, repárese en que, en el caso de la prestación por desempleo, dicho disfrute no será inmediato, pues habrá que esperar a reunir la cotización necesaria. En el caso de que la extranjera irregular hubiese estado prestando servicios antes de la regularización, una posible solución que permitiría el acceso inmediato a la prestación por desempleo podría ser la de reconocer con carácter retroactivo dicha actividad laboral, con alta en la seguridad social e ingreso por el empresario de las cotizaciones debidas. Con todo, tal solución parece de difícil consecución, pues si el legislador hubiese querido reconocer la relación laboral de la extranjera irregular con carácter retroactivo lo hubiese hecho y, sin embargo, solo se ocupa de posibilitar un futuro de trabajo regularizado.

IV. Reflexión final

Las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género y residentes en nuestro país necesitan medidas especiales de apoyo que atiendan a sus particulares circunstancias (mujer, extranjera y víctima de maltrato

machista) para alcanzar una protección eficaz frente a esa violencia. Desde luego, la complejidad de la protección de la víctima española –de por sí, grande- se incrementa en el caso de la extranjera, máxime si se halla en España en situación irregular y tiene hijos a cargo. Desde un primer momento, la LOVG 2004 hizo hincapié en la necesidad de atender de manera específica a este colectivo de mujeres a través de planes nacionales de protección integral con la participación de diferentes poderes y organismos públicos y adopción de medidas de distinta naturaleza (información, formación, atención psicológica y social).

Con todo, la especial protección de la mujer extranjera irregular frente a la violencia de género se desarrolla, no en la LOVG, sino en la normativa de extranjería. En este sentido, se han aprovechado las diferentes reformas efectuadas en dicha normativa durante la última década para ir introduciendo y mejorando diferentes medidas específicas para dar una protección eficaz a la referida mujer y a sus hijos. En un primer momento (reformas de la LO 14/2003 y Reglamento 2004), la protección de la mujer extranjera víctima de maltrato se centra en casos específicos (reagrupamiento familiar y situación irregular) y no garantiza una protección total, en cuanto se exige denuncia del agresor y siempre se abre expediente sancionar por hallarse irregularmente en nuestro país, el cual puede acabar en multa o expulsión de aquella. Así las cosas, habrá que esperar a la reforma de la LO 2/2009, de 11 de diciembre, para hallar una normativa protectora eficaz para la extranjera irregular. Esta norma actúa en dos direcciones con el objetivo de animar a la denuncia del agresor, así, por un lado, una vez interpuesta esta última, queda en suspenso el expediente administrativo sancionador por la situación de irregularidad hasta la resolución del procedimiento penal. Por otro, se permite a la mujer víctima obtener una autorización provisional de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, en orden a posibilitar que pueda incorporarse al mercado de trabajo y obtener ingresos propios.

Finalmente, serán las reformas de 2011 (REX y LO 10/2011) las que eliminen los obstáculos que aún impedían una protección eficaz de la víctima extranjera. Uno de ellos era la apertura del expediente administrativo sancionar, que ahora deja de incoarse aunque en el momento de la denuncia de la agresión violenta se advierta la situación irregular de la víctima o, en su caso, se suspende inmediatamente, si en tal momento ya estuviese abierto. El otro se refería al olvido de la extensión de la protección a los hijos de la víctima, lo que, una vez corregido, se configura como un elemento sustancial de la mejora de la protección de aquella.

En fin, cabe valorar positivamente los pequeños pasos que el legislador español ha ido dando en orden a conseguir la protección eficaz de la mujer extranjera irregular víctima de violencia de género. Con todo, hay que ser conscientes de la necesidad de acompañar aquellos con otras medidas complementarias destinadas a este especial colectivo, especialmente las de información y formación, que pueden resultar determinantes en la forma de abordar el problema por la víctima extranjera. Ciertamente, los orígenes y cultura social de esta pueden suponer una rémora para dar el paso al frente que el legislador español exige para poner en marcha todo el abanico de medidas de protección, que es la denuncia del agresor. Sin duda, ahí, aún queda mucho por hacer.

V. Bibliografía

Díaz Morgado, C. (2011), “Residencia de mujeres víctimas de violencia de género”, en Boza Martínez, D., Donaire Villa, F. J. y Moya Malapeira, D. (coord.), *Comentarios a la reforma de la Ley de Extranjería (LO 2/2009)*, Tirant lo Blanch, Valencia, p. 231.

Olarte Encabo, S. (2010), “Novedades en el derecho de reagrupación familiar del extranjero para la construcción de un nuevo derecho social de integración”, en Monereo Pérez J. L. (director), *Los derechos de los extranjeros en España (estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000)*, Editorial La Ley, Madrid, p. 417.

Ruiz Sutil, C., *Comentario al artículo 31 bis de la Ley de Extranjería*, Aranzadi Social (BIB 2011/5263), 2011, p. 3, www.westlaw.es

Triguero Martínez, L. Á., “La mujer extranjera víctima de violencia de género: residencia temporal y trabajo. Medidas de tutela protectoras sociolaborales”, en Monereo Pérez, J. L. (director), *Los derechos de los extranjeros en España (estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000)*, Editorial La Ley, Madrid, 2010, p. 547

Velasco Portero, M. T., “La residencia temporal y trabajo de las víctimas de violencia de género o de trata de seres humanos y por colaboración contra redes organizadas”, en Sánchez-Rodas Navarro, C. (directora), *El novísimo reglamento de extranjería*, Editorial Laborum, Murcia, 2011, p. 197.

ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el Centro de Estudios Marco Biagi, ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it
www.adapt.it

Construyendo juntas el futuro del trabajo