



Subcomisión Extranjería CGAE

LA SUBCOMISION DE EXTRANJERIA DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ANTE EL ANTEPRO- YECTO DE REFORMA DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

Subcomisión Extranjería CGAE
23 de febrero de 2009
Número de propuesta: **5**



I.- Introducción

El día 19 de diciembre de 2008, el Consejo de Ministros aprobaba el Anteproyecto de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En el momento de redactar el presente informe todavía faltan por emitirse, al menos, los preceptivos informes del CGPJ y del Consejo de Estado. Tras su emisión tomará la forma de Proyecto de Ley y pasará a trámite parlamentario, que se desarrollará por el procedimiento cualificado reservado a las Leyes Orgánicas. La previsión gubernamental es que la entrada en las Cámaras se produzca a lo largo del mes de marzo. La elaboración parlamentaria podría finalizar este mismo año 2009.

Las **modificaciones** que se introducen afectan a todos sus Títulos. 50 de los 71 artículos de la Ley son revisados. Es, por tanto, la más importante reforma de las realizadas tras la aprobación de la vigente Ley de Extranjería en el año 2000. Es cierto que varios de los preceptos modificados lo son por mera mejora en su redacción lingüística o gramatical, sin afectar a su contenido, pero, en su conjunto, la reforma tiene una gran intensidad y de mucho mayor calado del que aparentemente se ha venido transmitiendo.

II.- Causas y objetivos de la reforma

La **exposición de motivos** del anteproyecto explicita las causas y objetivos de la reforma que de forma sintética son:

1º.- La necesidad de incorporar al texto legal la jurisprudencia más reciente del Tribunal Constitucional que se pronunció sobre los recursos presentados contra la anterior reforma de la Ley (L.O. 8/2000. Todavía se encuentra pendiente ante el TC el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento Vasco contra la L.O. 14/2003). Especial importancia tiene la STC 236/2007, de 7 de Noviembre, en el recurso interpuesto por el Parlamento de Navarra.

Al respecto, parece oportuno señalar que **el texto deberá ser exquisitamente coherente con la doctrina del Tribunal Constitucional y evitar así posibles interpretaciones de dudosa constitucionalidad**. No podemos olvidar que la LOEX en sus diversas redacciones de 1985, 2000 y 2003 ha sido la Ley Orgánica que más recursos de inconstitucionalidad ha sufrido. Por ello, llamamos la atención de los preceptos reformados relativos a la regulación del derecho a la educación y a la tutela judicial efectiva, que de aprobarse en la redacción actual harían surgir dudas acerca de su constitucionalidad.

2º.- La necesidad de acomodar nuestro ordenamiento jurídico a las Directivas europeas sobre inmigración pendientes de transposición, entre las que destacan la Directiva de residentes de larga duración y Directiva de retorno. Esta necesidad surge de la primacía del Derecho de la Unión Europea sobre los derechos internos de sus Estados miembros, en este caso sobre el derecho español. En el capítulo de las Directivas, la exposición de motivos del Anteproyecto señala que en este momento se hallan pendientes de transposición a nuestro ordenamiento las Directivas aprobadas después del 14 de Diciembre de 2003, que son las siguientes:

- Directiva 2003/110/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea.
- Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.



- 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.
- Directiva 2004/82/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas.
- Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, del Consejo, 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.
- Directiva 2005/71/CE, del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de investigación científica.
- Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

La necesaria adaptación al Derecho europeo no debiera servir de pretexto para elaborar una regulación contradictoria con el régimen jurídico desarrollado por el Derecho judicial de extranjería en los últimos años. Por el contrario, debiera aprovecharse el iter legislativo para profundizar en el camino trazado por esa notable jurisprudencia de nuestros tribunales. Por una vez debe imperar el sentido común y aunar esfuerzos para construir un derecho de extranjería sólido, jurídicamente razonable, basado en criterios y principios garantistas, firmes y coherentes y siempre respetuoso con los derechos humanos de todos y todas.

Llamamos asimismo la atención, más adelante efectuamos una reflexión más detallada, acerca de una deficiente transposición de la Directiva de retorno, que regula dos momentos bien diferenciados en el procedimiento de repatriación de manera que solo se iniciará el estricto procedimiento de expulsión tras el incumplimiento del plazo u orden de "retorno voluntario". Lo que puede **provocar una nueva reforma legal, en el plazo de dos años, con la entrada en vigor de la citada Directiva.**

3º.- La necesidad de adaptar la Ley Orgánica a la nueva realidad migratoria en España.

La necesidad de adaptación a la nueva realidad migratoria no puede confundirse con la simple coyuntura socioeconómica. Es indudable que una incide en la otra, pero no debe servir de justificación para desarrollar una política migratoria de cierre de fronteras o de inmigración cero.

4º.- La canalización legal y ordenada de los flujos migratorios.

En la actualidad, cualquier Estado de derecho receptor de inmigrantes ha de mantener permanentemente el objetivo de canalizar legal y ordenadamente los flujos migratorios. Para lograr dicho objetivo dicho Estado debe tener en cuenta los parámetros inmediatos de la capacidad de acogida y las necesidades del mercado de trabajo.

Pero estos parámetros deben conjugarse no de forma exclusiva y excluyente. Por eso también deberán ser tenidos en cuenta otros criterios como su demografía y la cooperación internacional. En un mundo globalizado como el presente, habrá que contar asimismo con la solidaridad internacional y la cooperación al desarrollo. Sin una aproximación global al fenómeno migratorio, nos tememos que cualquier política migratoria tenderá al fracaso más absoluto y no conseguirá una canalización legal y ordenada de los flujos migratorios. Buen ejemplo de lo que decimos lo tenemos en nuestra propia experiencia más reciente.



5º.- El control de la inmigración irregular, la lucha contra la inmigración ilegal.

El “control de la inmigración irregular” no es lo mismo que la “lucha contra la inmigración ilegal”, Deberíamos ser muy rigurosos con los términos utilizados, si no queremos colocar en el punto de mira represivo al propio inmigrante, pues corremos el riesgo de equivocar el objetivo y perseguir a las víctimas en lugar de sancionar a los verdaderos culpables.

Debemos transmitir muy claramente que no es lo mismo “inmigración irregular” que “inmigración ilegal”, como tampoco es lo mismo “facilitar” que “beneficiarse o traficar” con la inmigración irregular. Si no tenemos claras las diferencias entre ambas figuras, lo advertimos desde este momento, podemos llegar a confundir la lucha contra la inmigración ilegal con la “**lucha contra la inmigración**”, como en un *¿lapsus?* lo ha convertido el redactor del anteproyecto gubernamental (Pág. 5; párrafo 4º de la Exposición de Motivos).

En este sentido, **es imprescindible la elaboración de un apartado de definiciones que aclarara sin ambigüedades la terminología conceptual de la norma.** Los ejemplos de las Directivas, que siempre incluyen un conjunto de definiciones “para los efectos de la presente Directiva”, pueden servir.

6º.- Favorecer la integración de los inmigrantes.

El Anteproyecto habla en el futuro art. 2 bis, 2º c) de la “integración social de los inmigrantes”; además el art. 2 ter se titula “integración de los inmigrantes”. Según el párrafo 1, de este art. 2 ter, se trata de la plena integración, en un marco de convivencia de identidades y culturas diversas sin más límite que el respeto a la Constitución y la ley”

Siendo este un aspecto esencial, no se alcanza a comprender el olvido del vigente Plan Estratégico de Inmigración y Ciudadanía, que no se menciona a lo largo del texto. Parece como si su “no mención” resultara intencionada.

Está bien citar el Pacto Europeo de Inmigración y Asilo, pero mejor todavía sería reivindicar los principios básicos del Plan Estratégico gubernamental: igualdad, ciudadanía e interculturalidad, que expresan una voluntad integradora basada en la igualdad en derechos y obligaciones y el reforzamiento de la conciencia ciudadana de todas las personas que conviven en el territorio español en un marco de interacción socio cultural.

7º.- La adaptación a las nuevas competencias autonómicas en materia de permisos.

La aprobación de los Estatutos de Autonomía exige la adaptación de la normativa a las nueva competencias autonómicas. Esperemos que ello no suponga un aumento de la descoordinación entre las administraciones encargadas de gestionar el fenómeno migratorio. Mucho nos tememos que, sin un contrapeso unificador (o sea claramente racionalizador) de la gestión administrativa en esta materia, se pueda provocar un mayor incremento de la ya desesperante inseguridad jurídica ahora existente.



III.- Modificaciones más importantes

En cuanto a las modificaciones más importantes podemos señalar:

En el **Título Preliminar** se introduce un nuevo artículo en el que se define la política migratoria, así como los principios y actuaciones en materia de integración de los inmigrantes.

En el **Título I** se recoge, en primer término, el contenido de la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional. Destaca la nueva regulación de los derechos de reunión y manifestación, asociación, sindicación y huelga que podrán ejercerse sin ningún tipo de restricción. Sin embargo, a nuestro juicio en la nueva regulación que se hace del **derecho a la educación**, así como el de asistencia jurídica gratuita (**postulación procesal**), se advierten posibles dudas de inconstitucionalidad.

También destaca en este Título la nueva regulación que se da al derecho de **reagrupación familiar**; se incluye dentro del apartado de beneficiarios de la reagrupación a la pareja de análoga relación de afectividad y se facilita el acceso inmediato al trabajo a los familiares reagrupados. Por contra, la reforma limita la reagrupación de los ascendientes mayores de 65 años y solo en el caso de residentes permanentes.

En el **Título II** se introducen también importantes modificaciones, la mayoría de ellas consecuencia de la **transposición de las Directivas europeas**, destacando las que incorporan nuevas situaciones de los extranjeros, las que están orientadas a perfeccionar el estatuto de los residentes de larga duración, y se establece la creación de un registro para controlar las entradas y salidas. El texto del proyecto consolida una política de inmigración que vincula la llegada de nuevos inmigrantes a las necesidades casi exclusivas del mercado de trabajo con el riesgo de desarrollar un "política de inmigración cero", reclamada desde los sectores europeos más regresivos .

En el **Título III** se contempla un importante **endurecimiento del régimen de infracciones y sanciones** regulando nuevas infracciones tales como las que afectan a los denominados matrimonios de conveniencia, la reagrupación familiar al margen de los cauces legalmente previstos o el falseamiento de los datos para el empadronamiento, así como el aumento de las sanciones económicas para todas las infracciones.

Asimismo, se introducen determinadas modificaciones con el fin de dotar de mayor eficacia a las medidas de expulsión y devolución. Entre ellas destaca la ampliación del **plazo de internamiento** que pasaría a los 60 días frente a los 40 que se aplican actualmente.

La concesión de un plazo de cumplimiento voluntario de la orden de expulsión no parece suficiente para dar por transpuesto el contenido de la Directiva de Retorno, que contempla dos momentos bien diferenciados en el procedimiento de repatriación de manera que solo se iniciará el estricto procedimiento de expulsión tras el incumplimiento del plazo u orden de "retorno voluntario". Toda **la regulación procedimental queda de esta manera en entredicho en técnica jurídica y provocará su reforma en el plazo de dos años con la entrada en vigor de la citada Directiva de Retorno.**

En el **Título IV** se introducen determinadas modificaciones con el fin de reforzar la coordinación y cooperación de las Administraciones Públicas en materia de inmigración y de institucionalizar en esta materia la participación de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas.



IV.- Contenido del Informe

La Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía, tras haber recibido aportaciones de los Colegios de Abogados, entre otros, los de Cantabria, Figueres, Lleida, Málaga, Valencia, Madrid, de la Asociación Catalana de Profesionales de Extranjería (ACPE), quiere hacer pública una primera valoración del Anteproyecto de Reforma de la Ley de Extranjería aprobado por el Gobierno el pasado viernes 19 de diciembre, a falta de que el Plenario de la Subcomisión, tras una lectura de mayor calado, pueda realizar valoraciones y propuestas más en profundidad.

El presente análisis es además esperanzadamente provisional, confiando en que una buena parte de los aspectos que vamos a señalar como regresivos serán recogidos por el órgano legislativo primigenio, que es el Parlamento, a cuya modificación, mejora y aclaración, enmienda y aprobación debe someterse el anteproyecto.

Con carácter previo, llama la atención que el Gobierno haya cometido una contradicción tan flagrante con su ánimo declarado de diálogo y concertación con todas las fuerzas sociales implicadas, pues el proceso de elaboración del Anteproyecto ha venido presidido por un alto secretismo, sólo roto por algunas declaraciones públicas de detalle del Sr. Corbacho, que nunca se sabe si son proyectos, globos sonda o simples opiniones personales. Las explicaciones ofrecidas a posteriori no subsanan esa deficiente falta de diálogo que reclamamos. Insistimos en pedir al Gobierno y Parlamento que esa falta de transparencia se compense ahora con una apertura de miras y otro espíritu ante las aportaciones y propuestas de la sociedad civil, de la que los abogados formamos parte a veces muy directamente afectada.

La reforma es ciertamente más compleja de lo que a primera vista pueda parecer, y desde luego mucho más de lo que el Gobierno ha querido dar a entender con sus informaciones a los medios de comunicación. En efecto, se he da tener muy en cuenta que más de 50 preceptos de los 71, que componen la vigente Ley Orgánica de Extranjería, son objeto de una nueva y profunda redacción lo que exige un minucioso examen. A vuelapluma se puede señalar que la reforma contiene elementos de signo muy variado que podríamos interpretar como una voluntad de dar "una de cal y otra de arena".



I.- Aspectos que podemos calificar de saludables con reservas

Entre los aspectos positivos que recoge el texto, y que en general saludamos, cabe subrayar los siguientes:

♦ Derechos Fundamentales.

El reconocimiento de derechos fundamentales a todas las personas migrantes ordenado por el Tribunal Constitucional se ha hecho con carácter general sin caer en la tentación de introducir nuevos matices y limitaciones, cerrando así de la forma más constructiva posible un triste capítulo de nuestra reciente historia legislativa.

Sin embargo, la regulación legal excluye a los menores del derecho a la educación post obligatoria y por supuesto a los adultos para esta y la universitaria, cuando el Tribunal Constitucional no diferenciaba y universalizaba el **derecho a la educación**. De ahí que este tema lo debamos incluir dentro del apartado II. referido a los aspectos francamente rechazables.

♦ Reagrupación familiar.

Se amplían algunos derechos, siquiera en planos muy de detalle, pero que merecen su registro: la reagrupación familiar de "**relaciones de análoga afectividad**", así como el derecho al trabajo de hijos y cónyuges reagrupados (si bien con limitaciones que resultan contradictorias con la propia ley en su artículo 40 o que precisarán de desarrollo reglamentario y que pueden restar el contenido y alcance de la propuesta).

♦ Procedimiento preferente de expulsión.

Salvo que concurran razones de orden público, en los supuestos de estancia irregular, se tiende a eliminar – vieja reivindicación de la abogacía – el nefasto **procedimiento preferente de expulsión**, estableciendo un procedimiento previo en el que se deberá advertir al expedientado de la obligación de salida y sólo para el caso de incumplimiento de dicha orden se contempla la posibilidad de tramitar el correspondiente expediente de expulsión. Dicha regulación viene contemplada en la recién publicada Directiva 2008/115/CE/Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (Diario Oficial de la UE L 348, 24.12.2008, p. 98).

Por otra parte, la concesión de un plazo de cumplimiento voluntario de la orden de expulsión no parece suficiente para dar por transpuesto el contenido de la Directiva de Retorno, que contempla dos momentos bien diferenciados en el procedimiento de repatriación de manera que solo se iniciará el estricto procedimiento de expulsión tras el incumplimiento del plazo u orden de "retorno voluntario". Toda **la regulación procedimental queda de esta manera en entredicho en técnica jurídica y provocará su reforma en el plazo de dos años con la entrada en vigor de la citada Directiva de Retorno**.

Efectivamente, en la transposición de esta Directiva no parece haber sido utilizada la mejor técnica jurídica posible:



1º Su art. 7, 1º, que habla de salida voluntaria, dice: “La decisión de retorno establecerá un plazo adecuado, cuya duración oscilará entre siete y treinta días, para la salida voluntaria”.

2º Su art. 8, 1º, es el que habla de expulsión y afirma textualmente: “1. Los Estados miembros tomarán todas las medidas necesarias para hacer cumplir la decisión de retorno cuando no se haya concedido un plazo para la salida voluntaria de conformidad con el artículo 7, apartado 4, o cuando no se haya cumplido con la obligación de retorno dentro del plazo para la salida voluntaria concedido de conformidad con el artículo 7”

Luego, para transponer correctamente estas normas de la Directiva 2008/115/CE es preciso establecer la oportuna regulación de dos opciones: La denominada “salida voluntaria” y la expulsión en sentido propio.

Si la FUTURA LOEX TUVIESE UN ARTÍCULO DEDICADO A DEFINICIONES, se habría evitado esta INCORRECTA TRANSPOSICIÓN.

Habrá que estar muy atentos al futuro desarrollo reglamentario para que el loable objetivo legislativo no quede frustrado y no se consiga romper con la fuerte inercia policial y administrativa. Las excepciones para los supuestos de “orden público”, “riesgo de fuga” y que “el extranjero evitara o dificultase la expulsión o su ejecución”, son causas muy amplias que pueden provocar la permanencia de la poco deseable actual regulación en la que el procedimiento preferente es la norma y el ordinario la excepción. Aparte de que se amplía ese procedimiento para las expulsiones previstas en el artículo 57.2, sin que en estos casos concorra razón alguna de urgencia, gravedad ni fácil apreciación que establece el Tribunal Constitucional.

♦ **Revocación de expulsiones.**

Se recoge expresamente – a. 53.4 y D.A. 4ª -- la posibilidad de **revocar expulsiones** ya dictadas, algo que si bien se recoge en el procedimiento administrativo común resulta una previsión muy oportuna. Sin duda podría completarse esta muy oportuna previsión con otra en la que se regula el aplazamiento de la expulsión, como expresamente realiza el art. 9 de la Directiva de retorno; la incorporación de la Directiva –para ser completa- exigirá asimismo la incorporación de este aplazamiento de la expulsión o sea una futura revisión de la LOEX en un plazo no superior a dos años. Mala técnica jurídica ciertamente.

♦ **Extranjeros extracomunitarios residentes en otros países de la UE**

Se modera asimismo, por puro sentido común, el régimen de tratamiento a extranjeros extracomunitarios residentes o procedentes de residencias en otros países de la Unión Europea.

♦ **Víctimas de trata**

Asimismo, entre las Directivas incorporadas, se incorporan las mayores garantías de la Directiva sobre **víctimas de trata** de seres humanos.



♦ Principio de no devolución

Se añade expresamente el **principio de no devolución** entre las causas que deben impedir una expulsión. Ciertamente en este caso se percibe la influencia que ha podido ejercer la Directiva de retorno, pues en su art. 5 señala que, al aplicarla, “respetarán el principio de no devolución”.

♦ Internamientos

La figura del **internamiento** puede verse restringida “de facto” de forma muy importante y trascendente en la medida en que sea efectiva la limitación del procedimiento preferente para infracciones de estancia irregular, y ello sería muy positivo y un gran avance en la materia. Apenas resulta modificado sin embargo en su régimen interno, salvo en un nuevo derecho a relacionarse los internos con las ONGs de apoyo a la inmigración.

Sin embargo, preocupa que los internamientos se amplíen para todos los supuestos en los que puede dictarse la expulsión, art. 62.1, cuando en la actual regulación solo era posible respecto de alguna de estas causas.

♦ Retorno voluntario

Condicionado, como ya hemos indicado, a que se haga una opción más decidida por eliminar el procedimiento preferente de los casos de mera estancia irregular, el régimen de ejecución de la expulsión en estos casos, si es que van por procedimiento ordinario (hoy inexistente en la práctica), se suaviza de forma constructiva fomentando el mal llamado **retorno voluntario**, porque paradójicamente ha sido ordenado obligatoriamente. Esta manipulación del lenguaje jurídico respecto al término “retorno” sí concuerda perfectamente con la Directiva de retorno, en cuyo art. 3 se le define como “el proceso de vuelta de un nacional de un tercer país, bien sea en acatamiento voluntario de una obligación de retorno, bien de modo forzoso”; en la realidad nos encontraremos muy frecuentemente con una doble ausencia de voluntariedad en el retorno:

1º Se adopta una “obligación de retorno”, luego no es voluntario;

2º Se ejecuta “de modo forzoso” (debería decir “forzado” por el correspondiente Estado).

♦ Silencio positivo

Se extiende el **silencio positivo** a las solicitudes de modificación de ámbito funcional y geográfico.

♦ Presentación personal de las solicitudes

Parece que se quiere suavizar el régimen de **presentación personal de las solicitudes** en los registros de las Oficinas de Extranjeros, régimen que ha resultado un absoluto fracaso y una penalización intolerable del ejercicio de derechos, pero de nuevo se hace con una timidez poco encomiable, pues lo que debería hacerse claramente en este campo es eliminar ese nefasto régimen.



II.- Aspectos francamente rechazables

♦ Restricción de derechos sociales.

El texto sin embargo recoge aspectos claramente negativos, que, a nuestro juicio, suponen injustificados retrocesos de los derechos de los extranjeros en España, que pueden dejar en mera retórica los discursos integradores. No existe integración sin igualdad de derechos, y las nuevas discriminaciones y restricciones no pueden de ninguna manera justificarse, menos aún bajo un discurso que pretende ser de mejora de derechos.

¿Cabe entender que se hable de política de integración restringiendo al mismo tiempo la igualdad en el acceso a **ayudas para vivienda** sólo a los residentes de larga duración? ¿Es que acaso los residentes iniciales no serán en el futuro de larga duración y no tienen la misma necesidad de vivienda que el resto de mortales? ¿No viola España de este modo el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo art. 11 señala expresamente que “los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho **de toda persona** a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”?

♦ Restricciones al derecho a la educación.

Como ya se ha dicho la regulación legal excluye a los menores del derecho a la educación post obligatoria y por supuesto a los adultos para esta y la universitaria, cuando el Tribunal Constitucional no diferenciaba y universalizaba el **derecho a la educación**.

Expresamente señala la **STC 236/2007**:

“De las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la educación, interpretadas de conformidad con la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales referidos, se deduce que el contenido constitucionalmente garantizado de ese derecho, en su dimensión prestacional, no se limita a la enseñanza básica, sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se imponga constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad”

Por otra parte, también de las disposiciones examinadas y de su recta interpretación se obtiene que el derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE corresponde a “todos”, independientemente de su condición de nacional o extranjero, e incluso de su situación legal en España. Esta conclusión se alcanza interpretando la expresión del art. 27.1 CE de acuerdo con los textos internacionales citados, donde se utilizan las expresiones “toda persona tiene” o “a nadie se le puede negar” el derecho a la educación...

En conclusión, el contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el art. 10.1 CE del derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE incluye el acceso no sólo a la enseñanza básica, sino también a la enseñanza no obligatoria, de la que no pueden ser privados los extranjeros que se encuentren en España y no sean titulares de una autorización para residir. El precepto impugnado impide a los extranjeros menores de dieciocho años sin autorización de estancia o residencia acceder a la enseñanza secundaria postobligatoria, a la que sin embargo pueden acceder, según la legislación educativa vigente, aquéllos que hayan obtenido el título de graduado en educación secundaria obligatoria, normalmente a la edad de dieciséis años. Ese derecho de acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del de-



recho a la educación, y su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor. Por ello, debemos declarar la inconstitucionalidad del inciso "residentes" del art. 9.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en la redacción dada por el art. 1, punto 7, de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de Diciembre" (FJ 8)

La Convención de derechos del niño: Artículo 28

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;

b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;

c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;

Se produce por tanto una DOBLE VIOLACIÓN: STC 236/2007 y CONVENCIÓN DE DS DEL NIÑO.

♦ **Reagrupación familiar de ascendientes menores de 65 años.**

El recorte drástico de la reagrupación familiar de los ascendientes menores de 65 años y la imposición de la condición de residente de larga duración al reagrupante parece más una medida orientada a abundar en una imagen de firmeza dirigida a los sectores sociales más regresivos, pues la limitación ya se venía aplicando en la práctica a través de la cláusula de "que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España". De esta manera, lo único que se consigue con la reforma, es colisionar con el contenido de la Convención de Naciones Unidas de 1990 sobre derechos de las personas migrantes y sus familiares e impedir que muchos casos que, pese al texto anterior, todavía podían tener una cabida necesaria humanitaria y de justicia, hoy ni tan siquiera tengan la posibilidad.

Por otra parte, y dada la remisión al régimen general que la regulación actual realiza respecto de la reagrupación familiar de ascendientes extracomunitarios de nacionales españoles, la exigencia de edad resultaría francamente discriminatoria en relación con los ascendientes igualmente extracomunitarios de ciudadanos comunitarios que no encuentran regulada la citada limitación. La redacción de la nueva Disposición adicional décima que deja al desarrollo reglamentario la posibilidad de establecer condiciones especiales no parece suficiente para garantizar ese derecho a la no discriminación.

♦ **Postulación procesal (art. 22, bis).**

Aunque a este punto nos referiremos con mayor detenimiento en la propuesta de redacción alternativa enviada al Gobierno se debe señalar que la exigencia de una postulación procesal especial a los extranjeros en la Jurisdicción contencioso-administrativa hace que la tentación de seguir restringiendo derechos constitucionales básicos a los extranjeros en que no se ha caído en otros artículos se produzca aquí. El gobierno se alinea con las posturas más reaccionarias de la judicatura, que pretende restringir el derecho a la tutela judicial efectiva a los extranjeros –inamoviblemente reconocido como propio de la condición humana para toda persona–.



¿Por qué, si un español que quiere recurrir una multa o ser tutelado en una sanción grave sólo tiene que pedir un abogado al Colegio para que le defienda, mientras un extranjero tiene que someterse además, sin otro motivo y razón que ser extranjero, a un complejo y trabado procedimiento adicional de ratificación?. Máxime cuando el extranjero en muchas ocasiones puede encontrarse fuera de España, y referir que ese procedimiento puede hacerse a través de los consulados es o de una ignorancia supina del estado de nuestros consulados en el exterior o de un cinismo inaceptable. Si no hay justificación para esa discriminación, la vinculación con el derecho a la tutela judicial efectiva puede convertir la regulación en inconstitucional.

Desde luego, esta regulación contraviene claramente los tratados internacionales ratificados por España, que atribuyen ese derecho a todas las personas, sea cual fuere su nacionalidad y su situación migratoria. Además de recordar el art. 6 de la Convención Europea de DH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dice expresamente en su art. 14, 1º:

“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia”.

La exigencia de una postulación procesal especial a los extranjeros viola esta norma, porque los discrimina.

♦ Exceso sancionador.

Hay una excesiva percepción de criminalización en el texto de reforma de la Ley. Parece querer criminalizar a los empresarios que cometan el desafuero de contratar extranjeros: se carga sobre el Empresario con obligaciones que en la inmensa mayoría de los casos proceden del mal funcionamiento de la Administración, y se incluyen infracciones de índole laboral de nuevo cuño que parecen no tener otro objeto que desincentivar una contratación que se ha revelado las más de las veces necesaria.

Percepción de “criminalización” del inmigrante irregular. Muchas de las novedades suponen una vuelta de tuerca en la política represiva contra los extranjeros en general –y no sólo, como declara la retórica oficial, contra la inmigración irregular–. Es motivo de honda preocupación que el texto haya puesto el acento en aspectos restrictivos y en el sentido de incrementar las sanciones frente a las situaciones de mera irregularidad, la inclusión de conceptos rechazables, como el de riesgo de fuga, extraídos del derecho penal y que se contienen en la directiva europea de la vergüenza no hacen sino favorecer la criminalización de las personas por una mera situación de irregularidad documental. Creemos que es algo excesivo y poco prudente. Propuestas como estas pueden favorecer sentimientos xenófobos y racistas muy presentes en las sociedades europeas.

El “control de la inmigración irregular” no es lo mismo que la “lucha contra la inmigración ilegal”, Deberíamos ser muy rigurosos con los términos utilizados, sino queremos colocar en el punto de mira al inmigrante irregular, pues corremos el riesgo de equivocar el objetivo y perseguir a las víctimas en lugar de sancionar a los verdaderos culpables.

Debemos transmitir muy claramente que no es lo mismo “inmigración irregular” que “inmigración ilegal”, como tampoco es lo mismo “facilitar” que “beneficiarse o traficar” con la inmigración irregular. Tal es así, y lo advertimos desde este momento que podemos llegar a confundir la lucha contra la inmigración ilegal con la **“lucha contra la inmigración”**, como en un ¿lapsus? lo ha convertido el redactor del anteproyecto gubernamental (Pág. 5; párrafo 4º de la Exposición de Motivos).



En este sentido convendría la elaboración de un apartado de definiciones que aclarara sin ambigüedades la terminología de la norma.

De hecho se confunde la lucha contra la inmigración irregular con la lucha contra el inmigrante irregular y se extiende incluso a todo su ámbito personal, familiar, laboral, etc, generando una atmósfera de persecución a su alrededor más propia de un estado policial que de un espíritu democrático y respetuoso con los derechos de ámbito privado: se añaden así nuevas infracciones cuyo sujeto es la Empresa, los familiares, los acogedores y titulares de vivienda, e incluso los cónyuges. Si el gobierno quiere convertir a la sociedad entera en policía de extranjeros se equivoca gravemente y sobre todo genera un clima social abiertamente contradictorio con las posibilidades de integración social.

El incremento del internamiento a 60 días y su posible alargamiento hasta los 18 meses previstos como máximo en la Directiva de Retorno en los supuestos de posible suspensión del plazo de 60 días, no hace sino constatar esta percepción de tendencia a la criminalización de los ilícitos administrativos en materia migratoria. ¿Cuántos delitos se persiguen en el Código Penal con una pena inferior a los 18 meses?.

Además, con la tendencia de criminalización de la inmigración irregular se prepara un excelente caldo de cultivo para el racismo y la xenofobia.

♦ El trato a los menores no acompañados.

En esa línea, no se duda en incumplir Convenios Internacionales de protección de los derechos del niño, y cuando se trata de comisión de delitos, se le trata con la misma dureza y rigidez que si fuera un adulto, y se le somete a una obsesión expulsatoria contra todo aquel que es considerado "indeseable". Se atenta gravemente a la seguridad jurídica del menor, que podrá ser repatriado incluso después de tener su permiso de residencia.

Art. 3 Convenio Derechos del Niño:

1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Artículo 3, párrafo 1 - El interés superior del niño como consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños. El artículo se refiere a las medidas que tomen "las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos".

El principio exige la adopción de medidas activas por el gobierno, el parlamento y la judicatura. Todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente.

OBSERVACIÓN GENERAL DEL COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO Nº 5 -Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño



Artículo 4. "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención."

♦ **Prohibición de entrada.**

Pese a alguna declaración pública en la línea de uno de los pocos elementos positivos de la directiva de retorno, se mantiene la expulsión máxima en 10 años, aunque se reduzca sólo para casos de estancia irregular, sin dejar de confundirlos en su calificación con motivos de orden público que sin embargo están recogidos en otros tipos infractores.

Se adopta aquí una tesis extrema no justificada por el Derecho de la UE, porque la Directiva no dice que en esos casos deba ser de diez años, sino que en tales supuestos "podrá exceder de cinco años" (art. 11, 2º)

♦ **Ampliación del internamiento**

El incremento del internamiento a 60 días no debe ocultar que se pretende que además éste sea sistemáticamente por ese tiempo, eliminando la posibilidad expresa de autorizar internamientos menores. Ello refleja que en realidad el internamiento no se concibe como una medida cautelar, sino como un instrumento represivo más de castigo, que les conviene endurecer. Lamentable operación de imagen por la que tendrán que pagar con su libertad miles de personas.

Es cierto que se recoge el principio de proporcionalidad tantas veces reiterado por la Jurisprudencia, pero se incluye en el ámbito del internamiento, que se supone que es una medida cautelar y paralela al procedimiento sustancial, cuando la proporcionalidad debe aplicarse a la decisión de sancionar, en cuanto y con qué gravedad. Y nada se dice en ese terreno, salvo lo que ya estaba dicho.

Pero además existe la posibilidad de suspender el cómputo del plazo de 60 días, mientras dure la tramitación y resolución de los procedimientos de asilo o de habeas corpus que, en su caso, se hubiesen iniciado. Igualmente procederá dicha suspensión en caso de enfermedad del extranjero o por otras causas no imputables a la Administración que impidan o dificulten su salida de España puede suponer la prolongación "sine die" del internamiento con el único límite de 6 meses impuesto por la Directiva de Retorno.

En estas circunstancias parece necesario volver a solicitar que los Centros de Internamientos se regulen por Ley Orgánica.

♦ **El procedimiento preferente.**

Ya hemos comentado antes cómo se amplía el procedimiento preferente a los casos de expulsión de extranjero que haya sido condenado por un delito con pena superior a un año. Este artículo, que debería ser adecuado al Código Penal de 1995 previendo que la condena sea superior a dos años para no interferir en la suspensión condicional de la pena, no sólo no se modifica en ese sentido, sino que se reducen gravemente sus garantías a través de esa mera apariencia de procedimiento que ha demostrado ser el llamado procedimiento preferente.

Antes hemos saludado cómo parece que – aunque aún con mucha timidez, pues se recogen unas salvedades que no darán lugar sino a abusos manifiestos– se quiere superar la inercia de aplicar ese nefasto procedimiento. Sin embargo, ese puede ser también un avance envenenado



si sirve para retroceder en el reconocimiento del derecho a la asistencia letrada asignada efectivamente a todos los procedimientos que puedan llevar a la expulsión, como por otra parte reconoce el artículo 22 de la Ley. Es necesario reconocer ese derecho a la asistencia –no a la designación a posteriori o a la defensa después de pedirla– expresamente también en el procedimiento ordinario siempre que éste puede llevar a la expulsión.

♦ **La exclusión de la organizaciones sociales del diálogo social.**

Por último, no se entiende que las “organizaciones sociales de apoyo” a los inmigrantes sean excluidas del diálogo social, echándolas del Foro para la inmigración, y dejando sólo a las asociaciones de inmigrantes y a los sindicatos y empresarios, estos dos últimos además ya presentes en la Comisión Tripartita Laboral de Inmigración, de nueva creación. Las organizaciones sociales de apoyo a la inmigración no han hecho sino ganar en prestigio y eficacia en la defensa de los derechos de los inmigrantes. Ciertamente que hayan podido ser en ocasiones agentes incómodos para el Gobierno, pues han tomado la iniciativa de recurrir decisiones y de intervenir críticamente contra algunas de las decisiones más polémicas. Pero que eso justifique su ostracismo de las instituciones no sólo no es de recibo, sino que refleja una mentalidad participativa muy restrictiva y selectiva por parte del redactor de esa reforma concreta.

II.- Otros aspectos

Pasaremos por encima de muchos artículos del Anteproyecto que se limitan a introducir artículos de alto valor retórico y declarativo, o a meras reformas técnicas, algunas meramente semánticas sin trascendencia alguna, entre las que están:

.- Algunas elevaciones a Ley de lo que ya venía establecido a nivel reglamentario –como el **Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura**, curiosamente tan minimizado en estos momentos- y adecuaciones a la nueva y poco exitosa figura del retorno voluntario.

.- La incorporación de las **Comunidades Autónomas** a la gestión de los flujos migratorios es algo que ya venía previsto en las reformas de algunos Estatutos de Autonomía, y merecerá un análisis más específico y detallado en su momento.

.- Proponemos que los **Juzgados de lo Contencioso Administrativo** asuman todas las competencias de extranjería, incluidos las autorizaciones de internamiento, estableciendo por tanto el correspondiente turno guardias.

La competencia para la adopción de los internamientos ha de pasar al juzgado de lo contencioso, para evitar la criminalización del extranjero. Para ello deberán producirse las reformas organizativas de estos órganos judiciales para garantizar sistemas permanentes de guardias.

.- El hecho de que en materia de extranjería la última instancia corresponda a los **Tribunales Superiores de Justicia** genera disparidad de criterios. Por ello consideramos necesario la creación de una instancia superior encargada de la unificación de criterios. (Recurso de Casación)



.- Recomendación a los juzgados sobre la necesidad de advertir a las personas extranjeras la posible incidencia de las resoluciones judiciales, en la documentación que ostentan.

.- Instar las actuaciones necesarias para descentralizar el **control jurisdiccional en materia de visados**, y consecuentemente dotar de los recursos necesarios para un ejercicio efectivo sin dilaciones

.- En las **ejecuciones de prohibiciones de entrada de otros países de la UE**, no existe posibilidad de recurso ante los Tribunales españoles, lo que supone una vulneración de la tutela judicial efectiva

.- En toda incoación de expediente de expulsión, con independencia de que el extranjero esté o no detenido, debe garantizarse la intervención letrada de conformidad con el art. 22 de la LO 4/2000. Pedimos se reforme dicho precepto en el sentido de que claramente establezca la preceptividad de la asistencia letrada en todos los casos de retorno, devolución o expulsión, con independencia de que exista o no detención.

.- Para evitar la indefensión y clarificar la figura del letrado, en el procedimiento de expulsión, como defensor y al tiempo garantizar la información al extranjero de los pasos del procedimiento es necesario un sistema de tramitación con **doble notificación**, similar al procedimiento penal: cada trámite y resolución debe notificarse al ciudadano extranjero y al letrado, sin que comiencen los plazos hasta que se hayan dado las dos notificaciones.

.- Debe garantizarse la intervención letrada en los supuestos de repatriación de menores, instándose la modificación legislativa correspondiente y entre tanto a través de la intervención como defensor judicial para evitar situaciones de conflicto con sus tutores legales.

.- Instar la creación de un Registro de Menores a fin de evitar la duplicidad de los expedientes, y evitar inseguridad en cuanto al cómputo de los plazos.

.- Dar una respuesta adecuada a las personas que entran por puestos no habilitados y que no llegan a ser expulsados dotándolos, siempre que sea necesario, de las exigibles cédulas de inscripción. Todo ello no quedando únicamente como es en la práctica, en una atención de urgencia, sino posibilitando la futura integración e inclusión social de estas personas.

Por último, queremos insistir en resaltar que esta no es sino una primera aproximación al texto, y que la Abogacía Española ejercerá su responsabilidad de adoptar una posición constructiva y propositiva, por lo que desde la particular posición que nos es propia, intentaremos de las fuerzas parlamentarias que se recojan nuestras aportaciones con el fin de mejorar esta reforma con el objeto de garantizar los derechos que nuestro ordenamiento jurídico constitucional reconoce a las personas migrantes.



REDACCIÓN ALTERNATIVA PROPUESTA POR LA SUBCOMISIÓN DE EXTRANJERÍA DEL CGAE AL ANTEPROYECTO DE REFORMA DE LA LOEX 4/2000 RELACIONADAS CON EL DERECHO DE ASISTENCIA JURÍDICA.

5 de febrero de 2009

Art. 20 Derecho a la tutela judicial efectiva

1. Los extranjeros tienen derecho a la tutela judicial efectiva.
2. Los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, salvo de lo dispuesto en el artículo 27 de esta Ley.-

En los procedimientos que pueden conllevar la devolución, la denegación de entrada y retorno o la expulsión del territorio español del extranjero y en todos los procedimientos en materia de asilo, tendrán derecho a ser asistidos de abogado y a solicitar su presencia. Si no designare abogado de su elección se le designará de oficio.-

- 3.- En los procedimientos administrativos estarán legitimados para intervenir como interesadas las organizaciones constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes, expresamente designadas por estos
- 4.- En los procesos contencioso administrativo en materia de extranjería estarán legitimadas para intervenir las entidades que resulten afectadas en los términos previstos por el artículo 19.1 b) de la Ley Reguladora de dicha jurisdicción

Motivación: El derecho de defensa forma parte del contenido al derecho a la tutela judicial efectiva. Debe de garantizarse en estos casos, en los que el interesado no tiene un suficiente conocimiento del sistema jurídico administrativo, que no se vea constreñido a realizar por sí y sin asistencia un trámite de graves consecuencias para sus intereses (en este sentido véase el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados de 17 de septiembre de 2003 nº 160-5 página 88, motivación a la enmienda del artículo 63 por reforma LO 14/2003, enmienda que fue aceptada).



Art. 22. Derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Los extranjeros que se hallen en España, cuando carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa aplicable, tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan. También gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos administrativos que puedan llevar a su devolución, denegación de entrada y retorno o expulsión del territorio español, los menores en los procedimientos de repatriación con fines de reagrupación familiar y en todos los procedimientos en materia de asilo.

Motivación: El derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho de defensa, sin ninguna clase de discriminación con los españoles. Teniendo en cuenta que el TC ha consignado que no debe hacerse distinción entre los extranjeros independientemente de su situación administrativa, entendemos que no debe de diferenciarse acerca del tipo de procedimiento (administrativo y/o judicial) debiendo tener el mismo derecho que los españoles a acceder a los Tribunales, so pena de infringir el derecho del art 14 de la CE

Art. 22 bis. Postulación procesal

1. En los procesos contencioso-administrativos **sobre denegación de entrada y retorno para la interposición del recurso y reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita se requerirá la constancia expresa de la voluntad del extranjero o de su representante designado en la fase administrativa previa**, de interponer el recurso o ejercitar la acción correspondiente. La manifestación de la voluntad de recurrir la resolución administrativa deberá realizarse por cualquiera de los medios previstos en el **artículo 33** de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

2. Cuando el extranjero se encuentre fuera de España, la solicitud del derecho a la asistencia jurídica gratuita y la manifestación de la voluntad de recurrir la resolución administrativa podrán realizarse ante la misión diplomática u oficina consular correspondiente."

Motivación: A efectos de no desvirtuar el efectivo derecho a la tutela judicial, y en casos en que, sin ser de carácter sancionador, solo se trate de denegaciones de entrada, se considera necesario que el propio interesado manifieste su voluntad de ejercer el derecho de recurrir, al no tratarse de régimen sancionador



Art. 63. Procedimiento preferente

“1. Cuando se tramite la expulsión por tratarse de uno de los supuestos contemplados el artículo 54. 1 a) y b), el supuesto del artículo 57.2, y los supuestos del artículo 53.1 d) y f), la tramitación de los expedientes de expulsión tendrá carácter preferente. Igualmente, el procedimiento preferente será aplicable cuando, tratándose de las infracciones previstas en la letra a) del párrafo 1 del artículo 53, se diera alguna de las siguientes circunstancias:

a) riesgo de incomparecencia

....

3. Se garantizará el derecho del extranjero a asistencia letrada, que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, si no comprende o no habla castellano, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos. **En el supuesto de que el acuerdo de incoación del procedimiento preferente o su resolución se notifique a presencia policial, se llevará a cabo preceptivamente con la asistencia de letrado e intérprete, si no comprende o no habla castellano.**

Motivación: Importante resulta que la consideración de la existencia de una infracción administrativa, o la consideración de una posible sanción administrativa más grave, sea considerada con elementos ajenos al derecho penal (riesgo de fuga) y en su caso, sea respecto a elementos administrativos, como deberes inherentes al sujeto pasivo (obligación de dar a conocer el domicilio) Asimismo se considera necesario que lo actos relevantes cuando el administrado se encuentre privado de libertad, que la notificación de los mismo se realicen con presencia de letrado .



OTRAS PROPUESTAS NO CONTENIDAS EN EL TEXTO DE REFORMA RELACIONADAS CON LA SEGURIDAD JURÍDICA Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

- ♦ Proponemos que los Juzgados de lo Contencioso Administrativo asuman todas las competencias de extranjería, incluidos las autorizaciones de internamiento, estableciendo por tanto el correspondiente turno guardias. La competencia para la adopción de los internamientos ha de pasar al juzgado de lo contencioso, para evitar la criminalización del extranjero. Para ello deberán producirse las reformas organizativas de estos órganos judiciales para garantizar sistemas permanentes de guardias.
- ♦ El hecho de que en materia de extranjería la última instancia corresponda a los Tribunales Superiores de Justicia genera disparidad de criterios. Por ello consideramos necesario la creación de una instancia superior encargada de la unificación de criterios. (Recurso de Casación)
- ♦ Recomendación a los juzgados sobre la necesidad de advertir a las personas extranjeras la posible incidencia de las resoluciones judiciales, en la documentación que ostentan.
- ♦ Instar las actuaciones necesarias para descentralizar el control jurisdiccional en materia de visados, y consecuentemente dotar de los recursos necesarios para un ejercicio efectivo sin dilaciones.
- ♦ En las ejecuciones de prohibiciones de entrada de otros países de la UE, no existe posibilidad de recurso ante los Tribunales españoles, lo que supone una vulneración de la tutela judicial efectiva
- ♦ En toda incoación de expediente de expulsión, con independencia de que el extranjero esté o no detenido, debe garantizarse la intervención letrada de conformidad con el art. 22 de la LO 4/2000. Pedimos se reforme dicho precepto en el sentido de que claramente establezca la preceptividad de la asistencia letrada en todos los casos de retorno, devolución o expulsión, con independencia de que exista o no detención. (Ver redacción art. 22)
- ♦ Para evitar la indefensión y clarificar la figura del letrado, en el procedimiento de expulsión, como defensor y al tiempo garantizar la información al extranjero de los pasos del procedimiento es necesario un sistema de tramitación con doble notificación, similar al procedimiento penal: cada trámite y resolución debe notificarse al ciudadano extranjero y al letrado, sin que comiencen los plazos hasta que se hayan dado las dos notificaciones.
- ♦ Debe garantizarse la intervención letrada en los supuestos de repatriación de menores, instándose la modificación legislativa correspondiente y entre tanto a través de la intervención como defensor judicial para evitar situaciones de conflicto con sus tutores legales.
- ♦ Dar una respuesta adecuada a las personas que entran por puestos no habilitados y que no llegan a ser expulsados dotándolos, siempre que sea necesario, de las exigibles cédulas de inscripción. Todo ello no quedando únicamente como es en la práctica, en una atención de urgencia, sino posibilitando la futura integración e inclusión social de estas personas.



PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN DEL ANTEPROYECTO DE REFORMA DE LA LO 4/00 EN RELACIÓN CON ASPECTOS PROCEDIMENTALES DEL DERECHO SANCIONADOR E INTERNAMIENTOS

♦ Inadecuada transposición de la Directiva de retorno en los aspectos procedimentales

La regulación efectuada en el anteproyecto de reforma de la LOEX y en particular la concesión de un plazo de cumplimiento voluntario de la orden de expulsión no parece suficiente para dar por transpuesto el contenido de la Directiva de Retorno, que contempla dos momentos bien diferenciados en el procedimiento de repatriación de manera que solo se iniciará el estricto procedimiento de expulsión tras el incumplimiento del plazo u orden de "retorno voluntario". **Toda la regulación procedimental queda de esta manera en entredicho en técnica jurídica y provocará su reforma en el plazo de dos años con la entrada en vigor de la citada Directiva de Retorno.**

♦ Procedencia de la medida de internamiento (Artículos 63 y 63bis)

La reforma parece introducir la salvedad de que no quepa el internamiento en el marco de procedimiento ordinario, lo que viene a vincular la medida de internamiento con el procedimiento preferente.

La redacción propuesta dista mucho de ser clara, por lo que cabría esperar una mejora de la misma, en el sentido de **dejar claro que el internamiento solo cabe en los supuestos contemplados en los arts. 54.1 a) y b) y 53.d) y f).**

♦ Principio de excepcionalidad. (Artículo 62.1 apartado 2)

El segundo párrafo del artículo 62 introduce lo que entendemos que sólo puede ser concebido como un error manifiesto, ya que habla de relacionar el auto de internamiento del juez, "de acuerdo **con el principio de proporcionalidad**". Dicho principio forma parte consustancial del derecho material, o lo que eso mismo, de la consideración del tipo infractor, y de la aplicación de un determinado grado de sanción en relación con la gravedad de aquel. Pero no cabe hablar principio de proporcionalidad cuando de lo que se está hablando es de una medida cautelar.

El término que utiliza el Tribunal Constitucional en la famosa sentencia 117/87, no es el de proporcionalidad, sino el de **excepcionalidad**. La decisión o no de adoptar un internamiento no es más o menos proporcionada a la gravedad de una u otra conducta, si no, en todo caso, proporcionada a la finalidad que se persigue de asegurar con las cautelas oportunas el buen fin del expediente. Y esa proporción a su finalidad ya la ha definido el tribunal constitucional en relación con el valor supremo de la libertad personal, en el citado término de excepcionalidad y la mención expresa del principio del favor libertatis.

Resulta loable introducir el principio de proporcionalidad, tal y como se menciona en la exposición de motivos, pero ello no exime al redactor de la ley de introducirlo donde corresponde, y no allí donde en lugar de redundar en una mejora de las garantías de las libertades, resulta en una disminución de las mismas.



♦ **Circunstancias concurrente para poder autorizar el internamiento (Artículo 62.1 apartado 2)**

En el mismo segundo párrafo, y ahondando en la línea que introdujo la ley orgánica 14/2003, se utiliza como referencia a la citada sentencia del Tribunal Constitucional (STC 117/87) en cuanto a que el juez debe tomar en consideración las circunstancias concurrentes, añadiendo, a modo ejemplificativo, algunas de las posibles, a saber:

- ➔ el riesgo de fuga por carecer de domicilio o de documentación
- ➔ las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o a evitar la expulsión
- ➔ la existencia de condenas o sanciones administrativas previas
- ➔ la existencia de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes.

El último de estos cuatro puntos debe ser radicalmente rechazado, por contradictorio con la presunción de inocencia la mera consideración de la existencia de procesos o procedimientos en los que no haya una resolución firme.

Sobre los otros tres puntos convendría diferenciar dos supuestos muy diferentes, o dos momentos de muy diferente consideración, en los que cabe adoptarse el internamiento: cuando se trata de un procedimiento en trámite, en el cual no hay por tanto una decisión firme de cuál será el resultado, sino meros futuribles.

Mal puede hablarse de riesgo de fuga cuando aún no se sabe de qué se está fugando. Mal puede hablarse de riesgo de fuga cuando el mismo será muy distinto si el resultado final del expediente es una multa o una expulsión, y todavía no se sabe cuál va ser esa resultado final.

Y lo mismo cabe decirse de la expresión "las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o a evitar la expulsión", la cual, además de estar preconfigurando la resolución final del expediente en un momento previo a la misma, resulta además no ya ambigua, sino claramente desafortunada, por cuanto "actuaciones tendente a dificultar o evitar la expulsión" son, sin ir más lejos, todas las que se articularán en el ejercicio del derecho de defensa, tales como presentar alegaciones en el expediente oponiéndose a la misma, designar un abogado, etc.

La formulación en ese contexto debe ser muy distinta, tal como "riesgo de sustracción a la acción pública" o "riesgo de incomparecencia", así como añadir el término "ilícitas" a aquellas actuaciones tendentes a dificultar o evitar la expulsión. Además, deben reservarse esas dos consideraciones sólo para aquellos casos en que se solicite un internamiento no para la tramitación del expediente sino para su ejecución.

El apartado 2 del artículo tiene dos elementos diferenciados sobre los que dejamos constancia de nuestro más radical rechazo: la Real Academia de la lengua define el término criminalizar como "atribuir carácter criminal a alguien o algo". Por lo tanto, el abuso y ampliación de una medida tan radical como la privación de libertad, reservada por el ordenamiento jurídico al carácter criminal, constituye un ejemplo claro de criminalización de quién puede verse afectado por esta medida, es decir, el extranjero.

Los parámetros de excepcionalidad definidos por el tribunal constitucional y antes comentados se rigen por el principio de máxima necesidad, de que el internamiento se ha "imprescindible", y ello es aplicable no sólo al hecho en sí de su adopción, si no a todo lo que gire en torno al mismo, y por supuesto a su duración. Las posibles necesidades políticas o de gestión que pre-



tende justificar la ampliación del periodo máximo no son, en Derecho, sino elementos coyunturales que la ley no puede privilegiar por encima de los derechos fundamentales de las personas.

El CGAE ha expresado ya su desacuerdo, así como su opinión de que el término de 40 días expresado actualmente en la ley tiene su correlato lógico en el límite que se establece en los tratados internacionales para internamiento de presuntos criminales previo a su extradición. El agravio comparativo que se establece resulta intolerable y nuestro rechazo no será menor por el hecho de que pretenda escudarse en una más que discutible concepción de la democracia, y porque fuera previsto ya en el programa electoral del partido que ganó las elecciones.

♦ La posible suspensión “sine die” del plazo de internamiento

Más en concreto, si bien por razones igualmente de coherencia constitucional, merece igualmente nuestro rechazo el que quepa suspender ese plazo en los siguientes supuestos, que separaremos para una mejor valoración:

➔ Mientras dure la tramitación y resolución de los procedimientos de asilo. Resulta llamativo que no se haga aclaración al menos de que la suspensión sólo será aplicable en caso de que la tramitación resultara inadmitida.

Con la actual redacción, perfectamente cabría un internamiento que incluso superará con creces los 18 meses fijados en la tan justamente llamada directiva de la vergüenza, y de la cual nuestros próceres se cansaron de proclamar que no nos afectaba para nada.

Pero es que aunque se haga esa salvedad, la solicitud del asilo no es sino el ejercicio de un derecho, y no cabe presumir del mismo, como hace la redacción de la reforma, una intención fraudulenta per se. Además, la suspensión es innecesaria cuando los efectos de ese supuesto y presumido fraude son sencillamente exorcizados aplicandose con diligencia la propia Administración.

➔ Mientras dure la tramitación y resolución de los procedimientos de hábeas corpus. De nuevo estamos ante el ejercicio de un derecho que se da por supuesto y per se como fraudulento

➔ En caso de enfermedad del extranjero o por otras causas no imputables a la Administración que impidan o dificulten su salida de España. Ni siquiera se hace alusión a que las causas sean imputables directamente al extranjero, con lo que se va más allá de la criminalización, dado que la mayor o menor privación de su libertad ni siquiera va a depender de él. Algo que se supone tan inocente como contraer una enfermedad se convierte en causa de verse privado sine die del derecho a la libertad.

➔ Lo mismo cabe decir de la intolerable expresión "otras causas", auténtico cajón de sastre indefinido y falto de los más elementales parámetros de seguridad jurídica necesarios cuando lo que estamos hablando es de la limitación de un derecho fundamental de la persona.

Por último y como reflexión común a estos tres supuestos, deben denunciarse los mismos como radicalmente inconstitucionales, por cuanto no se hace siquiera mención a que estén sometidos al control jurisdiccional del juez que autorizó el internamiento, es más, la expresión "quedará



suspendido" esconde una automaticidad que refleja bien a las claras la intención de eludir ese control.

En conclusión, nuestra propuesta no puede ser otra que la de mantener el plazo máximo de 40 días, y la de eliminar cualquier posibilidad de suspensión de ese período. Si la administración quiere aumentar su eficacia lo que tiene que hacer es trabajar más y mejor, no hacer que las leyes se plieguen a sus intereses por encima de los derechos fundamentales.

Terminaremos nuestro comentario a la reforma el artículo 62 haciendo una reflexión crítica acerca de **la supresión de la posibilidad expresa que tiene el juez que acuerde el internamiento de autorizar internamientos por plazos menores al máximo previsto por la ley**. El tribunal constitucional, en la sentencia antes citada, dejó clara la plena libertad del juez, cuya actuación nunca deberá tener un carácter meramente adhesivo, para determinar esa privación de libertad. Por ello, y aunque entendemos que la supresión de ese inciso deberá ser intrascendente, la presencia del mismo constituye una aclaración necesaria.

♦ Examen crítico del contenido del Artículo 63

“1. Cuando se tramite la expulsión por tratarse de uno de los supuestos contemplados el artículo 54. 1 a) y b), el supuesto del artículo 57.2, y los supuestos del artículo 53.1 d) y f), la tramitación de los expedientes de expulsión tendrá carácter preferente

En primer término debemos proponer que se traslade a este artículo la redacción mucho más adecuada utilizada por el artículo 62.1, *“Incoado el expediente en el que pueda proponerse expulsión del territorio nacional, (...)”*.

Es decir: no se tramita la expulsión, sino que se tramita un expediente en el que puede proponerse la expulsión.

No cabe anticipar el resultado final de un procedimiento, salvo que en el fondo lo que estemos pretendiendo es prescindir del mismo. Ello además es más coherente con la línea apuntada por la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2007 cuando la misma consideró que no necesariamente la tramitación de un expediente, aunque se llamará preferente de expulsión, debía terminar con ésta, dejando sentada la posibilidad de que incluso en ese caso se pudiera resolver con multa.

La reforma propuesta, si bien parece acercarse en lo que entendemos la dirección correcta, lo hace tan tímidamente, y sometida a tantas excesivas cautelas, que corre el riesgo de resultar en ineficaz. Con el texto actual del anteproyecto no se consigue definir cuál va a ser el panorama de la aplicación de los procedimientos sancionadores en materia de extranjería en los supuestos de estancia irregular, que como es sabido, constituyen el más alto porcentaje de los procedimientos que se instruyen.

Tres son los escenarios más probables que se produzcan, siendo sólo uno es que entendemos aconsejable:

1. Es muy probable que si se mantiene el texto propuesto, la mera inercia administrativa, las resistencias al cambio y a la novedad, o criterios puramente aleatorios, conviertan en sistemática la previsión de conceptos tan indeterminados como el riesgo de fuga poder evitar y dificultar la expulsión. De esa manera, y en el futuro, seguiremos contemplando como todos



los expedientes que se instruyan por estancia irregular los seguirán siendo por el procedimiento preferente.

2. Con arreglo al actual texto, es asimismo muy probable que la decisión de optar por el procedimiento preferente o el ordinario en aquellos supuestos de infracción del artículo 53. 1.a) se tome sin la debida motivación y razonamiento, y sin un criterio claro, lo que provocará a buen seguro una enorme disparidad según los diversos territorios. Pero es que además nada garantiza que esa decisión no se vaya a tomar de forma absolutamente independiente y desconectada de otras medidas que sin embargo están íntimamente relacionadas, sobre todo en relación a la adopción o no de un internamiento, o del resto de medidas cautelares previstas.
3. El escenario más deseable sin embargo, al que se apunta, pero no con la debida claridad, es el de una vinculación entre el **internamiento y el procedimiento preferente**. El atropellamiento de plazos que supone el procedimiento preferente ya fue fuertemente criticado por la ponencia de las enmiendas a la Ley Orgánica 14/2003 que presentó el Partido Socialista, entonces en la oposición, ponencia encabezada por el diputado D. Diego López Garrido. En aquel momento se propuso que los plazos del procedimiento preferente se aumentarían a cinco días hábiles, y no a 48 horas como señalaba el proyecto, y como se mantuvo en la Ley hasta hoy. No deja por tanto de causar cierta sorpresa que el anteproyecto que comentamos no recupere aquella propuesta sensata, y mantenga las 48 horas. No obstante, independientemente del tamaño de los plazos, 48 horas o 5 días, el carácter reducido de los mismos, en un procedimiento sumario y de urgencia como el preferente, sólo tiene una justificación posible, que es la de evitar que posibles dilaciones indebidas en el marco de un procedimiento como el ordinario pudieran dar lugar a un alargamiento innecesario de la privación de libertad de quien se encuentra sometido al internamiento. Dicho de otra manera, reducir esos períodos que supone una evidente limitación del derecho de defensa, debe ponerse en relación con el supremo interés de la salvaguarda de otros derechos fundamentales del expedientado, como el derecho a la libertad personal.
4. Respecto al **punto 4 del artículo 63**, conforme al texto del anteproyecto, reiteramos nuestra reflexión antes apuntada de que no se entiende por qué se ha abandonado la sensata propuesta en su día defendida por el Partido Socialista de aumentar a ún período, ya razonable, de cinco días hábiles, el plazo para la presentación de alegaciones. El plazo de cinco días obedece en primer lugar a una lógica coherente con la ley 30/92 que prevé la reducción a la mitad de los plazos en caso de urgencia, lo que de 15 días nos llevaría a 8, y aún respecto a ese resultado la reducción a algo más de la mitad. Cinco días hábiles es un plazo además en el que se posibilitan las gestiones y tramitaciones necesarias para que las alegaciones no se queden en una mera expresión de las mismas, si no que se puedan acompañar de pruebas documentales o de cualquier otro tipo que requieran asimismo una cierta tramitación, o un envío desde otro lugar. Las dificultades a que nos enfrentamos los abogados para intentar articular una defensa coherente en un plazo tan exiguo de 48 horas, máxime cuando en ocasiones concurren con días festivos, resultan claramente incapacitantes.



- **Circunstancias para determinar el procedimiento preferente**

Igualmente, el procedimiento preferente será aplicable cuando, tratándose de las infracciones previstas en la letra a) del párrafo 1 del artículo 53, se diera alguna de las siguientes circunstancias:

a) riesgo de fuga

b) el extranjero evitara o dificultase la expulsión o su ejecución

c) el extranjero representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

Esa vinculación que entendemos se pretende pero que no queda suficientemente manifestada, se aclararía simplemente con que la definición de las circunstancias que puedan dar lugar a procedimiento preferente sean similares o coherentes con la definición de las previstas para fundamentar un internamiento.

Más en concreto, nuestra propuesta sería que esas circunstancias se definieran, tal y como ya hemos apuntado en la propuesta relativa al artículo 62, de la siguiente manera:

a) *.- "riesgo de sustracción a la acción pública" o "riesgo de incomparecencia" por carecer de domicilio o de documentación.*

b) *.- "Actividades tendentes a dificultar o evitar ilícitamente la expulsión"*

c) *.- Con respecto al apartado c) relativo a aquel extranjero que represente un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional, resulta de una técnica jurídica claramente deficiente, puesto que si un extranjero está en este supuesto no se entiende cómo y por qué se le tramita un expediente sobre la base del 53.1.a), aunque se le pueda hacer además de, cuando lo coherente sería que, si es cierto que tanto constituye esos riesgos, se le instruyera un expediente sobre la acusación de incurrir en el artículo 53.1, d) y f) y 54.1, a) y b), es decir, los mismos supuestos sobre los que en principio el párrafo inicial de este mismo artículo obliga a que sean por procedimiento preferente, y en los que cabrá por tanto el internamiento.*

La previsión así expuesta, sencillamente, no tiene ningún sentido. Puede tener algún sentido si, de nuevo en paralelo con el artículo 62 y de forma vinculada al mismo, se hable de **"la existencia de condenadas o sanciones administrativas previas"**, reproduciendo aquí de nuevo el rechazo a la alusión de otros procesos o procedimientos que no hayan terminado en condena o sanción firme.

- **El trámite de audiencia. La necesidad de elevar a rango legal el art.131.4 RELOEX**

El **apartado 5 del artículo 63** de la Ley propuesto por el anteproyecto mantiene esencialmente el texto de la ley, sorprendiendo el que no se haya incorporado uno de los indudables aciertos que en este campo tuvo el RD 2393/04, acierto que no deja de serlo por el hecho de que su aplicación haya resultado excepcional, en una clara infracción sistemática de la norma por parte de las autoridades.

El procedimiento preferente tuvo una cierta variación de matices a lo largo de las distintas reformas de la norma: si bien la Ley Orgánica 4/2000 lo mencionaba, pero no lo especificaba. La reforma operada por la **L.O. 8/2000** recuperó de forma literal el texto obsoleto de la vieja Ley Orgánica 7/85, llevando a no pocas contradicciones e incoherencias, pero salvando sin embargo un elemento moderador importante de los rigores de este procedimiento, cuál era la obligatoriedad para el instructor del expediente de abrir un trámite de audiencia y un nuevo



plazo de alegaciones, siempre que se hubieran presentado alegaciones a la incoación, y por ese mero hecho.

La **L.O. 14/2003**, no contenta con el retroceso que supuso ese texto, vino a eliminar ese importante elemento de moderación, y dejó en manos de un criterio casi arbitrario y desde luego no siempre bien fundado del instructor, el abrir ese segundo plazo de alegaciones en forma de trámite de audiencia. De esa manera el procedimiento preferente se convirtió en un atropello ya absoluto, con un único período de 48 horas para poder ejercer el derecho de defensa, lo que hacía imposible en la práctica hacerlo de forma eficaz y articulada.

El RD 2393/04, sometido por jerarquía normativa a semejante regulación, introdujo sin embargo, en el artículo 131.4, la obligatoriedad de practicar ese trámite de audiencia con un segundo plazo para presentación de alegaciones en aquellos casos en que no sólo se hubieran presentado alegaciones a la incoación, sino en las mismas se hubiera propuesto algún tipo de práctica de prueba. Ese trámite audiencia además permitiría al instructor explicarse sobre el criterio seguido en la admisión o rechazo de la prueba propuesta, facilitando la defensa concreta frente a ese criterio en las segundas alegaciones, pero además, facilitando una ampliación de la posibilidad de aportación de otras pruebas, imposibles de conseguir en 48 horas. Asimismo ese segundo período de alegaciones ha servido a las autoridades policiales para modificar la inicial propuesta de expulsión por otra propuesta de multa, en coherencia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y con las instrucciones de la propia Comisaría General de Policía.

Pues bien, sorprende que un anteproyecto como el que nos ocupa, que en no pocos puntos ha elevado a rango de ley algunos aspectos del reglamento aprobado por el mismo gobierno, no aproveche la oportunidad para elevar a rango de ley también este importante extremo. Máxime cuando, como antes apuntábamos, el cumplimiento de la obligación que establecía el artículo 131.4 del RELOEX ha dejado mucho qué desear. Es más, podemos afirmar que la práctica más extendida ha sido la de ignorar manifiestamente ese artículo por parte de las autoridades policiales, al albur de la doctrina por la que no se invalida una resolución administrativa, por mucho que se haya vulnerado manifiestamente el procedimiento para alcanzar la misma, si no se ha probado la indefensión producida. Sería necesario por tanto que se elevara a rango legal del precepto dándole la oportunidad de demostrar su importancia y operatividad para la defensa de los derechos e intereses del administrado extranjero.

Cabe recordar que, si bien la Sentencia del Tribunal Constitucional de 27/11/2007 otorga cierto marchamo de constitucionalidad al procedimiento preferente tal y como viene articulado en la Ley actualmente, su justificación se condiciona a la "fácil apreciación o especial gravedad" de las conductas que pueden ser sancionadas a través de ese procedimiento. Ahora bien, si complementamos esa doctrina con la del Tribunal Supremo, en que la estancia irregular, antes de merecer su sanción con la expulsión, debe moderarse a través de un juicio nada sencillo de proporcionalidad, en el que entran en juego elementos de antijuridicidad complementarios, elementos que deberán ser probados en su caso o rebatidos independientemente de la propia estancia irregular en sí misma, la justificación del procedimiento preferente por la fácil apreciación de una conducta, cuando se trata de la prevista en el artículo 53.1.a) simplemente desaparece.



PROPUESTA DE REDACCION DEL ARTÍCULO 35 DE LA LOEX.- MENORES NO ACOMPAÑADOS.

APARTADO 1.- En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, será puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se hallen, quienes le darán la atención inmediata que precise de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, siéndoles reconocidos todos los derechos que le correspondan por su condición de menor, que disfrutará desde ese momento. En este supuesto, El menor tendrá derecho a asistencia letrada que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, si no comprende o no habla castellano, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos. El hecho se pondrá en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias.

Se incluye el derecho del menor a ser asistido por abogado e intérprete a partir del momento en que se inicia el procedimiento de determinación de la edad que indudablemente exige el adecuado asesoramiento jurídico.

APARTADO 2.- El Ministerio Fiscal, determinada la edad del menor, comunicará inmediatamente al Registro de menores no acompañados de la Dirección General de la Policía los datos conocidos del menor a los solos efectos de identificación.

Añadir en este párrafo segundo el contenido del Artículo 111 del Reglamento "..."

Este registro ha de tener información actualizada para lo cual los cuerpos y fuerzas de seguridad del estado adoptarán las medidas técnicas necesarias para la identificación de los menores extranjeros indocumentados, con el fin de conocer los posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna institución pública nacional o extranjera encargada de su protección. Estos datos no podrán ser usados para una finalidad distinta a la prevista en este apartado

APARTADO 3.- Determinada la edad, si se tratara de un menor, los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma, asumirán su guarda en tanto en cuanto se declara la situación de desamparo y sea asumida su tutela.

La Comunidad Autónoma ha de declarar su desamparo y asumir su tutela en el plazo máximo de un mes. Si no lo hiciere, se entenderá a todos los efectos que el menor está en situación de desamparo y que está tutelado por la Comunidad Autónoma que venía siendo su guardadora. Desde este momento, la residencia del menor no acompañado se considerará a todos los efectos como regular. La Comunidad Autónoma comunicará al Ministerio Fiscal la asunción de la tutela



del menor, quien, a su vez, se lo comunicará a la Delegación o Subdelegación del Gobierno correspondiente. Los servicios de protección del menor serán responsables de procurar la documentación del menor. Si no lo hicieran en el plazo de un mes desde la asunción de la tutela, la Delegación o Subdelegación del Gobierno iniciará de oficio el procedimiento de documentación o a instancia del interesado o su representante. Se le documentará con una cédula de inscripción, si fuera imposible la obtención de un pasaporte de su país de origen, y con una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, que se renovarán anualmente hasta su mayoría de edad, si continua bajo la tutela de una Comunidad Autónoma. Asimismo, el menor tendrá derecho a obtener autorización de trabajo al cumplir la edad que permite desarrollar una actividad laboral. Su tramitación tendrá carácter preferente.

MOTIVACIÓN; Propuesta congruente con el contenido del (Protocolo aprobado por el Observatorio de la Infancia en diciembre de 2005).

APARTADO 4.- ASISTENCIA LETRADA Y CAPACIDAD PROCESAL (artículo 18 de la LJCA y Sentencias últimas del TC). El menor tendrá derecho a la asistencia letrada y a solicitar el beneficio de justicia gratuita desde el momento en que sea detectado por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado

Motivación: Se le priva de su libertad deambulatoria).

A tal efecto, se solicitará al Colegio de Abogados la asistencia del abogado del turno de oficio especial de extranjería, quien le asistirá si no es nombrado abogado particular. Este abogado designado de oficio le asistirá a lo largo de todo el procedimiento de determinación de la edad, de declaración de desamparo, de asunción de la tutela, así como en la posible incoación del expediente de repatriación.

PROBLEMA: DEFENSOR JUDICIAL. QUIEN LE SOLICITA Y EN QUE MOMENTO PROCESAL SE SOLICITA, SI ES QUE ES NECESARIO SOLICITARLO YAQUE EL ARTICULO 18 DE LA LJCA DA CAPACIDAD PROCESAL AL MENOR. OTRO ASUNTO SON LAS FASES PREVIAS A LA ASUNCION DE TUTELA POR LA COMUNIDAD AUTONOMA, QUE SE VENTILAN EN LA JURISDICCION CIVIL, EN CONCRETO, LOS JUZGADOS DE FAMILIA ALLA DONDE LOS HUBIERE.

APARTADO 5.- La Administración del Estado, de acuerdo con el principio de interés superior del menor, intentará localizar a la familia del menor para lo que solicitará informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen.

Localizada su familia, se acordará la iniciación del procedimiento de repatriación del menor, que se notificará al menor, que tendrá derecho a asistencia letrada y al beneficio de justicia gratuita, si no tuviera ya designado abogado de turno de oficio especial de extranjería. La Administración del Estado requerirá informe de los servicios de protección de menores que versará como mínimo sobre el tiempo de estancia del menor dentro del territorio estatal, cuando asumió la Comunidad



Autónoma la guarda y la tutela, cuando fue documentado, la integración del menor, los estudios realizados, su salud, su situación académico-laboral, si tiene familia en España...

La Delegación o Subdelegación del Gobierno competente resolverá lo que proceda sobre el retorno del menor a su país de origen o aquel donde se encontraren sus familiares (si fuera posible su reagrupación familiar según las leyes de este país) o, en su defecto, sobre su permanencia en España.

Excepcionalmente se realizará la repatriación del menor poniéndolo a disposición del menor ante los servicios de protección de menores de su país de origen. En estos casos, se ha de garantizar que la protección del menor ha de ser igual, como mínimo, que la dispensada por la Administración española.

APARTADO 6.- (tal cual).

APARTADO 7.- Cuando alcance el menor la mayoría de edad, el menor tutelado podrá solicitar cuando caduque la autorización de residencia vigente:

- a.-/ renovación de su autorización de residencia por circunstancias excepcionales,
- b.-/ una autorización de residencia y trabajo, siéndole reconocido para el cómputo de su duración las autorizaciones de residencia y de trabajo previas,
- c.-/ una autorización de residencia permanente, cuando lleve tutelado por la administración más de cinco años.

NOTA: Aquí es preciso insistir en que el trámite que se le va a dar a estas solicitudes ha de ser en los supuestos a) y b) como el de una renovación (sin exigir más requisitos), y en el supuesto c) como la solicitud de una residencia permanente.

APARTADO 8.- PROTOCOLO DE ACTUACION PARA LA SITUACION DE DESAPARICION DE UN MENOR NO ACOMPAÑADO.

Si un menor, en situación de guarda o tutela, desapareciera, la Comunidad Autónoma correspondiente deberá denunciar el hecho ante la policía o el Juzgado de Instrucción, ponerlo en conocimiento del Fiscal de Menores, así como del Registro de Menores no acompañados de la Dirección General de la Policía y realizar una búsqueda activa del menor.

La Comunidad Autónoma mantendrá la tutela en tanto en cuanto al menor no se le declare legalmente desaparecido o éste cumple 18 años según los datos obrantes en el Registro de de Menores no acompañados de la Dirección General de la Policía.

Los servicios de protección de menores antes de asumir la tutela de un menor han de consultar el Registro de Menores no acompañados de la Dirección General de la Policía con el fin de cerciorarse de que no está ya tutelado. Si el menor estuviera ya tutelado, la Comunidad Autónoma guardadora habrá de dirigirse a la CA tutora a los efectos de decidir si continúa con la guarda o envía nuevamente al menor a la CA tutora.



OTROS COMENTARIOS A LA REFORMA DE LA LOEX

DERECHOS EN MATERIA DE VIVIENDA

El **artículo 15 del Anteproyecto** de de reforma (que modifica el artículo 13 de la actual Loex) establece:

*“Artículo 13. Derechos en materia de vivienda.
Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a los sistemas públicos de ayudas en materia de vivienda en los términos que establezcan las Administraciones competentes. En todo caso, los extranjeros residentes de larga duración, tendrán derecho a dichas ayudas en las mismas condiciones que los españoles.”*

La modificación que se pretende plantea dos cuestiones que no dejan de ser preocupantes:

- **En primer lugar** se introduce en el texto la posibilidad de que las CCAA o las entidades locales competentes en materia de política de vivienda puedan establecer criterios más restrictivos en el acceso a las ayudas de vivienda a los extranjeros que aún no hayan obtenido el estatuto de residentes de larga duración. Ello podría provocar desigualdades entre este colectivo en función del territorio en el que residan. Dejaría en manos de las CCAA y entes locales la decisión de facilitar o bien dificultar el acceso a la vivienda a los extranjeros en función de los intereses políticos del momento, y no en función de criterios de carácter estrictamente social. El Estado debe garantizar las condiciones básicas en cuanto al acceso a las ayudas a la vivienda, no sólo para los extranjeros sino para el conjunto de la población. Pero, concretamente en materia de inmigración y extranjería es el propio Estado quien tiene competencia en exclusiva (artículo 149, 1º, 2º de la CE). Por tanto, es el único que puede establecer criterios de igualdad o desigualdad entre extranjeros y españoles, sin perjuicio de que sean las Administraciones autonómicas o locales quienes puedan desarrollar políticas de vivienda para favorecer el acceso a la misma, pero siempre respetando los criterios mínimos de igualdad en el acceso a este derecho, tanto para españoles como para los extranjeros residentes, con independencia del lugar donde tengan fijada dicha residencia.
- **En el segundo inciso** del texto que se propone, plantea un claro retroceso en el acceso a este derecho. El establecer un tiempo de residencia legal a la hora de acceder a ayudas en materia de vivienda puede llevar a una nueva categoría de exclusión social. Una adecuada política de vivienda debe basarse en criterios económicos sociales y familiares y no en función del tiempo de residencia legal en España. Con la introducción de este apartado se impone una condición más para el acceso a estas ayudas, la residencia de larga duración. Con ello, se cae en una grave contradicción en la política de integración social de los inmigrantes que se recoge en el propio anteproyecto de reforma y que pretende el ejecutivo como mecanismo para evitar situaciones de exclusión social entre la ciudadanía. Siendo como es la vivienda uno de los elementos claves que exige el compromiso de los Estados para favorecer el crecimiento y desarrollo social de la población en general, con la modificación que se pretende del artículo 13 se desdibuja totalmente la posibilidad de abordar a través de la vivienda una verdadera política social que facilite la inclusión de



aquellos extranjeros residentes y en riesgo de caer en la marginalidad. Por tanto, no debería preocupar al Gobierno el tiempo de residencia legal en España de la persona que solicita las ayudas, o incluso la situación administrativa del extranjero en nuestro país, sino que tendría que valorar qué riesgos sociales implica lo contrario, en un modelo que definen como de integración.

Texto que se propone:

“Artículo 13. Derechos en materia de vivienda.

Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder al sistema público de ayudas en materia de vivienda en las mismas condiciones que los españoles.”

DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

El **artículo 18 del Anteproyecto** de reforma modifica determinados aspectos del artículo 17 de la vigente LOEX:

“1. El extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España a los siguientes familiares:

1.a) *El cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho o que el matrimonio se haya celebrado en fraude de ley. En ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. El extranjero residente que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas o posteriores nupcias sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge si acredita que la separación de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los menores dependientes.*

1.c) *Los menores de dieciocho años o **incapacitados** cuando el residente extranjero sea su representante legal.*

1.d) *Los ascendientes del reagrupante y de su cónyuge, cuando estén a su cargo, sean mayores de 65 años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. Reglamentariamente se determinarán las condiciones para la reagrupación de los ascendientes de los residentes de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea y de los beneficiarios del régimen especial de investigadores.”*

Merece la pena detenernos en los apartados c) y d) por las novedades que introduce y sus consecuencias legales.

En el **apartado c)** se sustituye el término “incapaces” del texto vigente por “incapacitados”. Aunque parece que es simplemente un tema de precisión terminológica, merece la pena una reflexión porque supone una restricción más en el derecho de reagrupación familiar, ya que sólo da cobertura a dos supuestos legales: la minoría de edad y la incapacitación.



Nuestra legislación en materia de incapacitación (artículo 200 del Código Civil) entiende como causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a una persona gobernarse a si misma. Junto con la declaración de incapacitación se determina un sistema de tutela o curatela. Esta incapacitación en sede de extranjeros viene determinada por su Ley personal (artículo 9, 1 del Código Civil).

Si la finalidad de la norma es proteger el núcleo familiar y concretamente de aquellos que son dependientes del reagrupante, con esta redacción se está dejando fuera a aquellos extranjeros que únicamente cumplen con esta última condición, ser dependientes del reagrupante. Por tanto, debería añadirse a los supuestos que se mencionan en este apartado, a aquellos familiares afectados de una discapacidad y sean dependientes del reagrupante. Incluyendo el supuesto de **discapacitado dependiente del reagrupante** garantizamos la unidad de ese núcleo familiar que se dice se quiere proteger y además clarificamos a nivel jurídico dos situaciones distintas, con dos procesos diferentes.

Texto que se propone:

“1.c) Los menores de dieciocho años o *incapacitados* cuando el residente extranjero sea su representante legal y los *discapacitados dependientes*.”

En el **apartado d)** se introduce una nueva condición para la reagrupación de los ascendientes: que deben ser mayores de 65 años. Este requisito también afecta a la reagrupación de los ascendientes de los españoles.

Este límite mínimo de 65 años, no parece tener una justificación objetiva ni obedece a criterios de racionalidad, y mucho menos legal, sino que responde más al momento coyuntural que España está viviendo.

En las diferentes intervenciones políticas habidas sobre este respecto tanto por parte del Gobierno como por parte de otros grupos políticos, los argumentos utilizados para plantear esta restricción son distintos. Para unos es una exigencia derivada de la normativa europea, para otros como el Partido Popular supone limitar las reagrupaciones en cadena, en cambio, para el grupo de CIU es una medida acorde con el contexto económico del momento.

Sin embargo, no existe una limitación en la normativa europea que exija fijar una determinada edad para los ascendientes. En todo caso, entendemos que imponer este límite de edad sería más restrictivo que lo establecido en la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar, la cual en su artículo 4,2 establece: *“Los Estados miembros podrán, por vía legislativa o reglamentaria, autorizar la entrada y la residencia, de conformidad con la presente Directiva y siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el capítulo IV, de los siguientes miembros de la familia:*

a) los ascendientes en línea directa y en primer grado del reagrupante o de su cónyuge, cuando están a su cargo y carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen.”

Efectivamente, la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar contiene en este punto una norma dispositiva: Por eso afirma que los Estados miembros *“podrán...autorizar la entrada y la residencia...”*



El pretender establecer una edad mínima para la reagrupación familiar de ascendientes puede llevar a la Administración a tener que decidir de forma desfavorable ante situaciones verdaderamente justificables y necesitadas de reagrupación familiar.

Se podría definir la limitación de edad en ascendientes como de desigualdad no justificada jurídicamente y por tanto, supone una verdadera discriminación por razón de edad, contraria al principio de igualdad establecido en el artículo 14 de la CE.

La prohibición de discriminación por razón de cualquier condición personal o social derivada del artículo 14 de la CE, constituye, según nuestra jurisprudencia, un derecho inherente a la persona y que debe reconocerse a todo ser humano con independencia de su nacionalidad.

Consideramos que no existe ninguna justificación razonable ni jurídica, para sostener un límite de edad determinada, tanto más, cuando la reagrupación de ascendientes en nuestra legislación vigente, ya está condicionada a la justificación de razones de necesidad y de dependencia económica del reagrupante.

Texto que se propone:

“d) Los ascendientes del reagrupante y de su cónyuge, cuando estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. Reglamentariamente se determinarán las condiciones para la reagrupación de los ascendientes de los residentes de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea y de los beneficiarios del régimen especial de investigadores.”

VISADO DE TRABAJO Y RESIDENCIA

El **artículo 26 del Anteproyecto** de reforma, introduce modificaciones en el artículo 25 bis, 2 de la actual LOEX, concretamente, merece la pena reflexionar sobre el apartado que hace referencia al visado de residencia y trabajo.

“d) Visado de **residencia y trabajo**, que habilita para la entrada y estancia por un período máximo de tres meses y para el comienzo, en ese plazo, de la actividad laboral o profesional para la que hubiera sido previamente autorizado. En este tiempo deberá producirse el alta del trabajador en la Seguridad Social, que dará lugar al comienzo de la vigencia de la autorización de residencia y trabajo, por cuenta propia o ajena. Si transcurrido el plazo no se hubiera producido el alta, el extranjero quedará obligado a salir del territorio, incurriendo, en caso contrario, en la infracción contemplada en el artículo 53 a) de esta Ley.”

La modificación que introduce con respecto al texto de la actual Ley de Extranjería, lleva, irremediablemente, a confusión respecto al contenido y significado que encierra el visado.

Cabe recordar que la reforma introducida en la Ley 14/2003 de 20 de noviembre, en el artículo 27, apartado 2 se configuraba el doble contenido del visado.

“2. La concesión del visado:



- a) *Habilitará al extranjero para presentarse en un puesto fronterizo español y solicitar su entrada.*
- b) *Habilitará al extranjero, una vez se ha efectuado la entrada en territorio español, a permanecer en España en la situación para la que hubiese sido expedido, sin perjuicio de la obligatoriedad de obtener, en su caso, la tarjeta de identidad de extranjero."*

El visado tal y como ha quedado configurado, permite al extranjero la entrada en territorio español e incorpora a su vez la autorización para permanecer en España. Sin embargo, tal y como queda redactado en la modificación del Anteproyecto de Ley, el visado de residencia y trabajo habilita para efectuar la entrada y autoriza la estancia por un máximo de tres meses, pero no autoriza a residir, ya que para ello exige la condición previa, de acreditar el inicio de la actividad laboral o profesional para la que hubiera sido autorizado el extranjero, mediante la correspondiente alta en la Seguridad Social, circunstancia que debe realizar en el plazo máximo de tres meses. Es decir, la autorización de residencia y trabajo no despliega sus efectos hasta el alta efectiva del trabajador a la Seguridad Social, a diferencia de lo que establece el vigente **RD 2393/04** de 30 de diciembre, en sede de residencia y trabajo por cuenta ajena, el **artículo 52** dice:

"El visado de residencia y trabajo por cuenta ajena incorporará la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena, y la vigencia de ésta comenzará desde la fecha en que se efectúe la entrada en España, la cual deberá hacerse constar obligatoriamente en el pasaporte o título de viaje."

Entendemos que esta modificación lo que provocaría es una confusión con el visado de estancia, **debiendo mantenerse la redacción actual**. La autorización de residencia y trabajo concedida previamente a la concesión del correspondiente visado consular, debe desplegar sus efectos desde el momento de la entrada a territorio español, de tal forma que no existan, en el cómputo global, periodos de tiempo en los que el extranjero aun estando autorizado para residir, se encuentre en situación de estancia.

Por otro lado, actualmente, el trabajador tiene la obligación, una vez que efectúa su entrada a territorio español en el plazo máximo un mes, de proceder a la filiación y alta a la Seguridad Social. Si transcurrido este tiempo desde su entrada no existiera constancia de su afiliación y alta a la Seguridad Social, la Administración, en este caso, está facultada para proceder a la extinción de dicha autorización mediante resolución expresa. Con la modificación que se pretende introducir, se reduce en tan solo tres meses el tiempo que el extranjero tiene para entrar y darse de alta en la Seguridad Social, es decir, un mes menos, pero es que además con la diferencia de que si por causas ajenas a su voluntad no se produce en el tiempo establecido, la autorización de residencia no llegará jamás a desplegar sus efectos.

Es más, la obligación del trabajador de salir del territorio, si transcurrido el plazo no se hubiera producido el alta, sin distinguir si ha sido por causas imputables o no al trabajador, resulta desproporcionada y abusiva para el trabajador inmigrado. Entendemos que en tal caso, debería permitirse, durante este período de tiempo la búsqueda de una nueva oferta de trabajo, cuando se ha podido acreditar que las causas no son imputables a él.



Texto propuesto:

Se propone mantener la redacción anterior:

“d) Visado de trabajo y residencia, que habilita para ejercer una actividad laboral o profesional, por cuenta ajena o propia y para residir.”

RESIDENCIA DE LARGA DURACIÓN

El **artículo 32 del texto del Anteproyecto** de reforma, modifica el artículo 32 de la actual LOEX, e introduce un tercer apartado.

*“2. Tendrán derecho a **residencia de larga duración** los que hayan tenido residencia temporal en España durante cinco años de forma continuada, **que reúnan las condiciones que se establezcan reglamentariamente**. Se considerará que la residencia ha sido continuada aunque por períodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente **el extranjero** haya abandonado el territorio nacional temporalmente.*

3. Los extranjeros residentes de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea podrán solicitar por sí mismos y acceder a una autorización de larga duración en España cuando vayan a desarrollar una actividad por cuenta propia o ajena, en las condiciones que se establezcan reglamentariamente.”

Es preocupante la restricción que pretende la reforma en cuanto al acceso al derecho de residencia de larga duración. A diferencia de lo establecido en la actual LOEX, en la cual se configura como un derecho basado en el tiempo de residencia anterior.

La modificación pretende además de la exigibilidad del tiempo de residencia regular anterior, imponer el cumplimiento de otros requisitos que deja a desarrollo reglamentario. Ello contraviene lo dispuesto en la Directiva comunitaria 2003/109/CE de 25 de noviembre sobre el estatuto de residentes de larga duración, donde en su artículo 5 ya menciona cuales son los requisitos que el Estado puede exigir al residente previa la solicitud de la residencia de larga duración, y que se concretan en la disponibilidad de recursos suficientes y tener cubierta la asistencia sanitaria. También establece la Directiva la posibilidad de que se pueda requerir prueba de la disponibilidad de alojamiento, así como del cumplimiento de las medidas de integración cuando exista una concreta legislación que las desarrolle. Ningún otro requisito más puede exigirse al extranjero. Por tanto, el no fijar en la Ley estas determinadas condiciones y en cambio, habilitar al Gobierno mediante desarrollo reglamentario para su regulación, consideramos que podría dar lugar a una extralimitación por vía reglamentaria y una inseguridad jurídica del extranjero.

Además, si se imponen condiciones adicionales que no puedan calificarse como “medidas de integración”, ello puede dar lugar en el futuro a una demanda de la Comisión Europea contra España precisamente por el incumplimiento del citado art. 5 de la Directiva.

Por otro lado, en la modificación que se pretende no se hace mención al cómputo del tiempo de residencia para aquellos extranjeros que hayan sido titulares de autorizaciones por estudios a los efectos de la obtención de la autorización de residencia de larga duración, cuando



tal supuesto se contempla en el artículo 4, 3 in fine de la Directiva 2003/109/CE de 25 de noviembre. “En los casos previstos en la letra a) del apartado 2 del artículo 3, cuando el nacional de un tercer país haya obtenido un título de residencia que le dé derecho a que se le conceda el estatus de residente de larga duración, los períodos de residencia efectuados con fines de estudios o de formación profesional únicamente podrán contabilizarse al 50 % para calcular el período a que se refiere el apartado 1.”

Considerando que la situación de los estudiantes es de mera estancia y no de residencia, pero que la Directiva los tiene en cuenta a la hora de favorecer el acceso a la residencia de larga duración, resulta del todo exigible la transposición de la misma, por ser ésta más favorable que la actual regulación que sobre los estudiantes se recoge en Ley.

Dado el tenor de la Directiva 2003/109/CE, en su art. 4, conviene que queden claras las ausencias del territorio estatal; ese art. 4, en su párrafo 3, señala: “3. Los períodos de ausencia del territorio del Estado miembro en cuestión no interrumpirán el período a que se refiere el apartado 1 y se tendrán en cuenta en el cálculo de éste cuando fueren inferiores a seis meses consecutivos y no excedieren de diez meses en total a lo largo del período a que se refiere el apartado 1”.

No hablamos de simples vacaciones sino de períodos más amplios. Si se mantiene lo de las vacaciones y lo de “otras razones que se establezcan reglamentariamente” de nuevo podría violarse la DIRECTIVA

Texto propuesto:

“2. Tendrán derecho a residencia de larga duración los que hayan tenido residencia temporal en España durante cinco años de forma continuada. **En todo caso y a estos efectos, se computará el 50% del tiempo que la persona extranjera haya permanecido en España como estudiante o recibiendo formación profesional.** Se considerará que la residencia ha sido continuada cuando el extranjero haya abandonado el territorio nacional por un período inferior a seis meses consecutivos, siempre que en total no excedieren de 10 meses durante los cinco años de residencia legal e ininterrumpida exigidos antes de presentar la correspondiente solicitud”. “

En cuanto al **apartado 3 del artículo 32**, cabe señalar que la redacción que plantea el Anteproyecto es más restrictiva que la propia redacción dada por la Directiva comunitaria 2003/109/CE, ya que en su artículo 14, 2 se establece:

“2. Los residentes de larga duración podrán residir en un segundo Estado miembro por los motivos siguientes:

- a) ejercicio de una actividad económica como trabajador por cuenta ajena o cuenta propia;
- b) realización de estudios o formación profesional;
- c) otros fines.”

El artículo 32.3 sólo contempla la posibilidad del ejercicio de una actividad por cuenta propia o ajena. Tampoco se hace alusión a la situación de la familia del residente de larga duración en otro Estado Miembro, que pretende residir en España junto con el extranjero residente de larga duración. Por tanto, sería necesario incluir tanto los supuestos establecidos en el artículo 14, 2 como los apartados 1 y 2 del artículo 16 de la referida Directiva comunitaria.



Texto propuesto:

“3. Los extranjeros residentes de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea podrán solicitar por sí mismos y acceder a una autorización de larga duración en España cuando vayan a desarrollar una actividad por cuenta propia o ajena, pretendan realizar estudios o formación profesional o conseguir otros fines, en las condiciones que se establezcan reglamentariamente.

En el supuesto de que el residente de larga duración ejerza su derecho de residencia en España y la familia estuviera ya constituida en un primer Estado miembro, deberá autorizarse a los miembros de su familia que cumplan las condiciones referidas en el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 2003/86/CE a acompañar al residente de larga duración o a reunirse con él.

Además, podrá autorizarse a los miembros de su familia distintos de los considerados en el apartado 1 del artículo 4 de la Directiva 2003/86/CE a acompañar al residente de larga duración o a reunirse con él.”