



Dictamen del *Foro para la Integración Social de los Inmigrantes* sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003, de 29 de septiembre y 14/2003, de 20 de noviembre
FISI/2009/D1

El Foro para la Integración Social de los Inmigrantes

De conformidad con las competencias atribuidas al Foro para la Integración Social de los Inmigrantes por el artículo 70 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, así como por el artículo 3.3 del Real Decreto 3/2006, de 16 de enero, por el que se regula la composición, competencias y régimen de funcionamiento del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes;

Una vez examinada la propuesta del Gobierno sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por las Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003, de 29 de septiembre y 14/2003, de 20 de noviembre

Ha aprobado, en el Pleno de 28 de enero de 2009, el presente **Dictamen**

CONSIDERANDOS PREVIOS

1. El Foro saluda que se haya producido el preceptivo proceso de consulta del anteproyecto de Ley en el que el conjunto de las vocalías de este órgano consultivo de la política migratoria del Estado han podido pronunciarse sobre todos aquellos aspectos que han considerado de su interés, y espera que tanto el Gobierno, en la configuración de su Proyecto de Ley, como las fuerzas políticas con representación parlamentaria, valoren sus reflexiones, propuestas y sugerencias.

El Foro considera adecuada la inclusión de un artículo específico en el título I de la Ley que trate de la integración de los inmigrantes, entendiendo que significa que la integración es una faceta que adquiere cada vez un mayor grado de importancia, cooperación y compromiso en el conjunto de las actuaciones de los poderes públicos en materia de inmigración e inclusión social.

El Foro considera que toda mención a la integración ha de contemplar, no sólo las referencias al marco de actuación en la Unión Europea, sino también los principios, premisas y objetivos ya consolidados en el Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración.

El Foro estima que la necesidad de la Reforma de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero que regula los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se justifica de forma adecuada por la obligatoriedad de incorporar a la misma las sentencias del Tribunal Constitucional, reafirmando de esta manera el anteproyecto de Ley los derechos fundamentales para los inmigrantes, con independencia de su residencia legal en España, por la necesidad de



incorporar al ordenamiento jurídico español las diferentes directivas comunitarias aprobadas tras la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000.

El Foro llama la atención sobre la necesidad de dar un alcance adecuado, tanto en su configuración legal como en su desarrollo, de todos los derechos fundamentales, y en especial, los derechos de educación, vivienda, asistencia sanitaria y asistencia jurídica gratuita. Igualmente, debe mencionarse que la reforma propuesta del derecho al sufragio de los extranjeros ha de valorarse como positiva si, como parece, prepara la posibilidad de que las personas extranjeras con residencia de larga duración puedan participar en las elecciones municipales, y anima al legislador a que acometa, lo antes posible, las reformas necesarias para llevar a efecto este derecho.

A pesar de considerar estos avances en el reconocimiento de derechos, el Foro lamenta la limitación producida en el reconocimiento de los derechos de ayudas en materia de vivienda y de reagrupación familiar de los ascendientes, al vincularlos a la residencia de larga duración. Limitación que puede ir en contra del principio de no discriminación recogido en el Anteproyecto.

El Foro es contrario al aumento del período de internamiento de 40 a 60 días y opina que debería de volverse al límite actual, además de reforzarse las garantías en el sentido de que sean excepcionales los supuestos en que pueda acordarse el internamiento de un inmigrante sometido a una medida forzosa de repatriación.

El Foro considera que se debería haber avanzado más en alguna de las mejoras contenidas en el anteproyecto, acertadas pero insuficientes, que han supuesto la posibilidad de la revocación de las expulsiones o la de las prohibiciones de entrada.

2. El Foro ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas oportunidades sobre las diferentes materias relacionadas con los derechos y deberes de los extranjeros en España y con aspectos relativos a la integración social. En todas ellas, el Foro ha destacado la igualdad de trato y oportunidades como principio que ha de informar las políticas públicas; la pretensión de que se consiga la máxima extensión posible de los derechos y dispositivos básicos del estado de bienestar a cuantos habitamos en España; la irrenunciable igualdad ante la ley de todas las personas y el principio de no discriminación por motivos personales, sociales o de cualquier otra índole.
3. Así mismo hemos tenido ocasión de pronunciarnos reiteradamente a favor de suprimir todas las barreras que impiden el acceso de cualquier persona, en igualdad de oportunidades, a los bienes y servicios de un estado avanzado, la sensibilización social, y la participación de la población extranjera de origen no comunitario en todos los ámbitos de la sociedad, incluyendo el espacio público y político y el establecimiento de todas aquellas medidas específicas que sean necesarias, como los mejores instrumentos para conseguir la plena integración y la mejor cohesión social.
4. Desde ese punto de vista, las grandes líneas que encarna el Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración actualmente vigente suponen, como ya hemos dicho, un corpus de políticas públicas adecuado a la plena integración y, de alguna manera, debería aspirarse a dotarle de un carácter normativo estable para que la enésima modificación de la legislación en materia de extranjería, más allá de permanecer como una ley de derechos y deberes de los extranjeros, se convierta en una ley integral de integración que contemple normativamente todos los aspectos relativos a las



políticas públicas migratorias, incluidos los del acervo comunitario en materia de integración y los relativos al desarrollo en relación con la inmigración, y no sólo los relativos a las condiciones de acceso y estancia de los extranjeros en España.

5. Por otra parte, las sentencias publicadas por el Tribunal Constitucional en el mes de noviembre del pasado año, enfatizan la primacía de los derechos fundamentales y reconocen que el núcleo esencial de estos derechos no puede ser negado a la población extranjera en situación administrativa irregular.
6. Las recientes sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional (STC de 22 de Diciembre de 2008, REC 3321/ 2007 y STC de 22 de Diciembre de 2007, REC 3319/2007) en materia de menores extranjeros deben ser tenidas en consideración porque reiteran la importancia de escuchar al menor; su derecho a instar judicialmente la revisión de una decisión administrativa que afecta (como lo hace la repatriación) a su esfera personalísima; el reconocimiento de su capacidad para defender por sí mismo o por medio de un defensor judicial sus derechos e intereses legítimos, sin que puedan predicarse distintas garantías para los menores extranjeros de nacionalidad no comunitaria que del resto de los menores.
7. El Foro considera que una vez trasladada a la Ley Orgánica la jurisprudencia en materia de derechos fundamentales, es preciso consolidar en ésta el principio de igualdad entre extranjeros residentes y españoles. En este sentido, la vinculación entre el ejercicio de determinados derechos, el acceso a prestaciones y servicios y el tiempo de residencia solo es aceptable y no constituye discriminación, a juicio del Foro, cuando este mismo periodo de residencia previo se exige al conjunto de ciudadanos con independencia de su nacionalidad.
- 8.-. Es necesario señalar el avance positivo que constituye el anteproyecto en materia de derechos fundamentales, al dar cumplimiento a las Sentencias del Tribunal Constitucional.
9. El Foro valora que, a pesar del difícil contexto actual y del amplio margen que otorga la normativa europea para endurecer la legislación de extranjería, se han mantenido o introducido aspectos más favorables que los contemplados en las Directivas Europeas que se transponen.

La misma consideración puede hacerse respecto al reconocimiento de algunos derechos fundamentales para los inmigrantes en situación irregular, al no contemplarse condición o limitación alguna a los mismos, a pesar de que se hubiera podido hacer según lo manifestado por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias al respecto.

No obstante, se considera que existen algunos aspectos en el anteproyecto que pudieran ser mejorados, con la finalidad de que la legislación española en materia de extranjería continúe siendo una de las más garantistas y respetuosas con los derechos de las personas extranjeras de nuestro entorno.



EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La inmigración es una realidad que se configura como un fenómeno global, complejo y multidimensional que se encuentra en constante cambio. Por ello, el legislador debe estar obligado a adaptar su normativa reguladora, si quiere que la misma proporcione soluciones efectivas a los nuevos retos ante los que nos sitúa el fenómeno social de las migraciones y nos permita aprovechar adecuadamente las oportunidades que nos ofrece.

Por otra parte, el fenómeno migratorio ha adquirido tal dimensión en España y tiene tales repercusiones de índole económico, social, cultural, demográfico y político, tanto en los territorios de acogida como en los de tránsito y en los de origen, que exige de los poderes públicos el desarrollo de una actuación decidida y coordinada en diversos frentes, incluido el normativo. Por lo tanto, los poderes públicos deben regular, ordenar y canalizar legalmente los flujos migratorios de tal manera que los mismos se ajusten a las necesidades reales de nuestro mercado de trabajo.

Toda norma es un instrumento para llevar a la práctica una política determinada. Las exposiciones de motivos constituyen una breve descripción de los principios que animan esa política y de los objetivos que se pretenden alcanzar a través de la norma.

Por ello, y además del análisis de los artículos del anteproyecto de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, resulta de particular interés prestar atención a su exposición de motivos. Las causas de la reforma y los objetivos que se pretenden con la misma, mas detalladas en la memoria justificativa del anteproyecto, son elementos que permiten entender algunas de las modificaciones, valorar la oportunidad de las mismas, su utilidad para el logro de esos objetivos y hacer consideraciones sobre los principios de la política que anima la reforma, a partir del punto de vista del Foro para la integración social de los inmigrantes.

Dado que parte de la exposición de motivos se dedica a describir el contenido del anteproyecto, objeto de análisis en otros apartados de este informe, nos centraremos en aquellos aspectos de mayor interés partiendo de las causas que motivan la reforma y los objetivos que se pretenden alcanzar con la misma. Hemos considerado oportuno, con la finalidad de apreciar la evolución de determinados principios en materia de política migratoria, incluir una breve referencia al tratamiento que han tenido los aspectos que aquí abordamos en las exposiciones de motivos de las anteriores Leyes Orgánicas de reforma de la LO 4/2000.

Apartado quinto de la exposición (punto1):

Los objetivos que se pretenden con esta reforma son los siguientes:

- 1. Establecer un marco de derechos y libertades de los extranjeros que garantice a todos el ejercicio pleno de los derechos fundamentales y el ejercicio progresivo de los restantes derechos en función del periodo de residencia legal en España.*

Este objetivo esta relacionado con la incorporación a la ley de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el reconocimiento de los derechos fundamentales, por tanto, a todos los inmigrantes con independencia de su situación administrativa. Pero constituye una novedad el contenido del segundo inciso de este objetivo *"el ejercicio progresivo de los restantes derechos en función del periodo de residencia legal en España"*. Un inciso que encuentra su aplicación más clara en la



modificación del artículo 13 sobre el derecho a ayudas en materia de vivienda. La modificación implicaría que de un derecho reconocido al conjunto de los extranjeros residentes, en igualdad de condiciones a los españoles, podrían establecerse por las Administraciones competentes, a partir de este momento, diferencias con los españoles y entre los propios extranjeros residentes en función del tiempo de residencia e incluso del lugar de residencia (en este último caso, en función de la Administración que concediera las ayudas).

- Evolución

Las exposición de motivos de la LO 8/2000 señalaba, en referencia a las modificaciones introducidas en el Título primero y que motivaron la presentación de los recursos de inconstitucionalidad, que estas modificaciones *"destacan por la preocupación en reconocer a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades. En el apartado 1 del artículo 3 se establece que, como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta ley en condiciones de igualdad con los españoles."* La LO 11/2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, completaba, según su exposición de motivos, el desarrollo del Plan de lucha contra la delincuencia e incluía *"la adecuación de las instituciones civiles a las nuevas culturas que conviven en nuestro país"* mediante la reforma del Código Civil *"con el objetivo de mejorar la integración social de los inmigrantes en España y de garantizar que disfrutaran de semejantes derechos a los nacionales"*. La LO 14/2003, señalaba que las modificaciones a la LO 4/2000 no afectaban al catálogo de derechos.

- Anteproyecto

Hasta el anteproyecto de reforma que aquí analizamos, la distinción básica en materia de reconocimiento y ejercicio de derechos la constituía el encontrarse o no en situación administrativa regular. Una distinción reiterada en las declaraciones políticas pero también clara en el texto de la norma. Las diferencias, en el caso de los residentes regulares, se establecen en función de las situaciones de estancia o residencia y vinculadas a las condiciones por las que se concede la autorización.

Así, por ejemplo, la limitación geográfica y sectorial en el caso de la residencia temporal y autorización inicial de trabajo por cuenta ajena (artículo 38); la limitación en cuanto al ejercicio de una actividad retribuida de los estudiantes (artículo 33); o el caso del régimen especial de los trabajadores de temporada (en este caso, es el Reglamento el que desarrolla la autorización de estos trabajadores y establece en su Disposición adicional decimotercera que no se cotizara por la contingencia de desempleo tanto en las contrataciones de estos trabajadores como de los transfronterizos y estudiantes). Todos ellos son derechos o principios rectores de la política social y económica incluidos en el Título I de la Constitución (artículo 19: libre elección de residencia y circulación; artículo 35: derecho y deber de trabajar, libre elección de profesión u oficio; artículo 41: régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos). Pero hasta la fecha, y en cuanto a los extranjeros residentes, el catálogo de derechos incluidos en la LOEX se interpretaba de acuerdo a lo establecido en el artículo 3.1, y por lo tanto, en condiciones de igualdad con los españoles. Una interpretación acorde con lo establecido en la Directiva 43/2000 del Consejo relativa a la aplicación



del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico¹ y con el contenido del artículo 23 de la propia LO 4/2000 sobre medidas antidiscriminatorias.

Conviene, en este punto, recordar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. La Sentencia 236/2007, recuerda que *"si bien la Constitución² no distingue entre los extranjeros en función de la regularidad o no de su estancia o residencia en España, si puede resultar constitucional que el legislador atienda a esa diferencia para configurar la situación jurídica de los extranjeros siempre que al hacerlo no vulnere preceptos o principios constitucionales"*.

Una detenida lectura, tanto de la jurisprudencia como del artículo 13.1 de la Constitución, de la Directiva 43/2000 y de los artículos 3 y el 23 de la LO 4/2000, permite establecer diferencias en el reconocimiento, disfrute y ejercicio de derechos en función del tiempo de residencia. Pero cabe preguntarse si está justificado que el anteproyecto de reforma haya incluido esta diferencia entre la situación de residencia temporal y la permanente, suponiendo en la práctica un retroceso y una limitación con respecto a la regulación anterior del acceso a ayudas en materia de vivienda y de reagrupación familiar de ascendientes cuyo ejercicio se demora hasta la obtención de la residencia de larga duración.

- Doctrina Foro

El Foro para la Integración Social de los Inmigrantes señaló en su Dictamen sobre el Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración que *la integración de las personas inmigrantes en la sociedad de acogida debe ser un objetivo y una tarea prioritaria para los poderes públicos y para el conjunto de la sociedad, incluidas las propias personas inmigrantes y que esta debe llevarse a cabo garantizando la equiparación de derechos y obligaciones, el reconocimiento del valor de las diferencias culturales y la no discriminación*.

Una afirmación, la de la igualdad en el acceso a derechos y obligaciones, que reitera el Foro al hablar de la política migratoria en el mismo dictamen y que constituye el centro de una de las prioridades señaladas por este órgano para la legislatura 2008-2012 en el Informe sobre la Integración Social de los Inmigrantes 2008: *el Foro recuerda que los derechos, su reconocimiento y garantía son el centro de una política de inmigración que se pretende integral e integradora y que es preciso consolidar y perfeccionar el ejercicio en igualdad de los derechos ya reconocidos y avanzar en el reconocimiento de aquellos de los que no son titulares*. Recuerda el Foro que en una sociedad

¹ El ámbito de aplicación de la Directiva comprende según lo establecido en su artículo 3.1 "a) las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional; b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica; c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración; d) la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas; e) la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria; f) las ventajas sociales; g) la educación; h) el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos incluida la vivienda.

El apartado 2 del mismo artículo señala "la presente Directiva no afecta a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad y se entiende sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en territorio de los Estados miembros y de cualquier tratamiento derivado de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas".

² Artículo 13.1 de la Constitución Española: los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.



democrática siempre es obligado en materia de derechos reivindicar el avance y no aceptar retrocesos para ningún colectivo que forme parte de la sociedad.

En este sentido, consolidar y avanzar en derechos, el Foro ha solicitado³ que el Gobierno promueva la ratificación de la Convención Internacional sobre trabajadores migrantes y sus familias (aprobada el 18 de diciembre de 1990 por la Asamblea General de las Naciones Unidas), del Convenio 143 de la Organización Internacional del Trabajo sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes, de los protocolos 4, 7 y 12 de la Convención Europea para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales y la Carta social europea del Consejo de Europa revisada en 1996.

Propuesta

Establecer un marco de derechos y libertades de los ciudadanos extranjeros que garantice a todos el ejercicio pleno de los derechos fundamentales.

Apartado quinto de la exposición (punto2)

2. *Perfeccionar el sistema de canalización legal y ordenada de los flujos migratorios y reforzar la vinculación de los mismos a la capacidad de acogida y a las necesidades del mercado de trabajo.*

- Evolución

Las exposiciones de motivos de las Leyes Orgánicas 8/2000 establecían que *"la premisa que ha informado las modificaciones efectuadas sobre su articulado (de la LO 4/2000) ha sido la de establecer un régimen de situaciones y autorizaciones que incentiven a los extranjeros a entrar y residir en nuestro país dentro del marco de la regularidad, frente a la entrada y estancia irregular"*. La LO 14/2003, por su parte señalaba que entre los objetivos de la reforma se encontraba la mejora de la gestión y del régimen jurídico de los extranjeros en España con el fin de *favorecer la inmigración legal y la integración de los extranjeros que, de esta manera, accedan y residan en nuestro territorio*.

- Anteproyecto

Por tanto, el objetivo de favorecer la inmigración regular ha sido una constante en las reformas de la LO 4/2000. Pero el anteproyecto de reforma plantea *"reforzar la vinculación"* de los flujos migratorios regulares (canalización legal y ordenada) a la capacidad de acogida y a las necesidades del mercado de trabajo. El objetivo no es solo incentivar la entrada regular, sino que dos elementos (en función de si la entrada es o no por motivos de trabajo) van a determinar que la misma se produzca o no. La LO 4/2000 ya establecía en su artículo 38 sobre la autorización de trabajo por cuenta ajena que para la concesión inicial *"se tendrá en cuenta la situación nacional del mercado de trabajo"*. El

³ Dictamen del Foro para la integración social de los inmigrantes sobre el Proyecto de Plan estratégico de Ciudadanía e Integración 2007-2010 e Informe sobre la situación de la integración social de inmigrantes y refugiados 2008 (Prioridades para la legislatura).



reglamento de la LO 4/2004 (artículo 49 y siguientes) y sus normas de desarrollo establecen esta vinculación de forma más detallada. El anteproyecto de reforma traslada a la Ley el procedimiento para concretar la situación nacional de empleo y conceder una autorización inicial de trabajo que se contempla en el Reglamento.

La canalización legal de los flujos migratorios laborales, condicionada a la situación nacional de empleo, aún siendo esta un concepto de naturaleza indeterminada y cuya concreción depende, en parte, de la voluntad de las Administraciones Públicas y de otros agentes, está, de hecho (artículo 49 y siguientes del reglamento), sometida a reglas y se determina mediante un procedimiento.

Es posible, por tanto, concretar las necesidades del mercado de trabajo y establecer que son éstas las que determinan la capacidad de acogida del mismo. Pero no sucede lo mismo con la capacidad de acogida, un término que, según la dicción que aparece en la exposición de motivos del anteproyecto, parecería destinada a condicionar las entradas que no tienen relación con el mercado de trabajo. El Pacto europeo sobre inmigración y asilo adoptado por el Consejo de la Unión Europea, establece cinco compromisos, siendo el primero de ellos *"organizar la inmigración legal teniendo en cuenta las prioridades, las necesidades y la capacidad de acogida determinadas por cada Estado miembro, y favorecer la integración"*. La capacidad de acogida solo vuelve a mencionarse en este primer compromiso, al referirse al control de la inmigración familiar, pidiendo a cada Estado miembro que *"tenga en cuenta en su legislación nacional, en cumplimiento del Pacto Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, sus capacidades de acogida y las capacidades de integración de las familias, en función de sus recursos y condiciones de alojamiento en el país de destino así como, por ejemplo, de su conocimiento de la lengua del país"*. El Pacto señala, que *"la organización de la inmigración debe pues tener en cuenta la capacidad de acogida de Europa en términos de mercado laboral, alojamiento, servicios sanitarios, escolares y sociales, y proteger a los emigrantes del riesgo de ser explotados por redes criminales"*. Por su parte la Directiva 2003/86 del Consejo sobre el derecho de reagrupación familiar, señala que hay Estados miembros que en su legislación tienen en cuenta *su capacidad de acogida* para permitir la reagrupación por parte de residentes (artículo 8).

El anteproyecto incluiría así una novedad con respecto a anteriores reformas. A la diferenciación entre flujos regulares e irregulares, para potenciar los primeros y prevenir y luchar contra los segundos, se añade, en el caso de la migración regular, un nuevo elemento para organizar la inmigración: la capacidad de acogida. Un concepto que no tiene concreción en el articulado del anteproyecto pero que sí se presenta como la justificación de determinadas modificaciones, especialmente en el caso de la reagrupación familiar.

- Doctrina Foro

El Foro señaló en el Informe sobre la situación de la integración social de los inmigrantes y refugiados 2008, lo que a su juicio constituía la "acogida": *el conjunto de mecanismos, dispositivos e instrumentos operativos, dispuestos y estructurados de manera coherente dentro de una orientación global de apoyo y acogedora, que conforman una primera puerta de entrada a los circuitos de integración, acceso a la información y a los recursos sociales en igualdad con el resto de la ciudadanía. Su objetivo es facilitar a las personas extranjeras recién llegadas, o a aquellas que por*

4 Real Decreto 2393/2004 por el que se aprueba el reglamento de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.



*diversas razones han encontrado obstáculos para su inclusión o se encuentran fuera de los itinerarios de integración, las capacidades y recursos apropiados para superar su situación de desventaja y ejercer en plenitud sus derechos y obligaciones. Una concepción que entronca con la que ofrece el Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración y según el cual la acogida, **abarca todas aquellas medidas de apoyo destinadas a dotar a las personas inmigrantes de los conocimientos y habilidades necesarias para desenvolverse autónomamente en la sociedad y tener acceso, en pie de igualdad con los ciudadanos autóctonos, a los recursos y servicios sociales de carácter general.***

Es evidente la diferencia entre la definición y la aplicación de la acogida empleados por el Anteproyecto y la doctrina del Foro. El Foro se refiere a políticas y medidas específicas que garanticen la igualdad y la integración de la población extranjera de origen no comunitario, dando por sentada la presencia de la misma. Conlleva un cambio, una actuación y un compromiso por parte de las Administraciones responsables que, por ejemplo, se sustancia en algunas de las Prioridades para la Legislatura señaladas por el Foro en el informe para la integración 2008 (*adecuar cuantitativamente y cualitativamente los servicios públicos y garantizar el acceso en igualdad de condiciones, garantizar la protección de personas en situación de vulnerabilidad, promover la eficacia de la gestión administrativa de acuerdo a la realidad migratoria*). La capacidad de acogida, como elemento de cuantificación de flujos migratorios, sin embargo sugiere la inalterabilidad de aquellos aspectos de la participación social, una previa revisión de los mismos y la decisión de si estos pueden o no absorber el incremento y la diversidad de la población. Sobre los distintos elementos que integran la acogida, el Foro propone su adecuación mientras que la capacidad de acogida determina si pueden o no recibirse flujos migratorios no productivos. Por todo ello, el Foro considera conveniente que cuando la exposición de motivos del anteproyecto utiliza el término “capacidad de acogida” establezca con claridad que se refiere a la vinculación entre los flujos migratorios laborales y las necesidades del mercado de trabajo.

Propuesta

Perfeccionar el sistema de canalización legal y ordenada de los flujos migratorios laborales, vinculando la capacidad de acogida de trabajadores inmigrantes a las necesidades del mercado de trabajo.

Apartado quinto de la exposición (punto 4):

4. *Favorecer la integración de los inmigrantes asumiendo para ello los principios del Pacto Europeo de inmigración y asilo recientemente aprobado. La integración debe ser uno de los ejes centrales de la política de inmigración y debe apostar por lograr un marco de convivencia de identidades y culturas diversas sin más límite que el respeto a la Constitución y a la ley⁵.*

⁵ Pacto Europeo de Inmigración y Asilo: apartado I. g) invitar a los Estados miembros a que establezcan, de acuerdo con los principios comunes aprobados en el año 2004 por el Consejo, según los procedimientos y con los medios que consideren adaptados, políticas ambiciosas para promover la integración armoniosa, en su país de acogida, de los inmigrantes que tengan intención de instalarse en el de forma duradera. Estas políticas cuya aplicación exigirá un verdadero esfuerzo por parte de los países de acogida, deberán basarse en el equilibrio entre los derechos de los emigrantes (en particular el acceso a la educación, al empleo, a la seguridad y los servicios públicos y sociales) y sus deberes (respeto de las leyes del país de acogida). Implicarán medidas específicas para favorecer el aprendizaje de la lengua y el acceso al empleo, factores esenciales de integración; harán hincapié en el respeto de las



- Evolución

La exposición de motivos de la LO 8/2000 establecía que *esta normativa forma parte de un planteamiento global y coordinado en el tratamiento del fenómeno migratorio en España*, que contemplaba conjuntamente el control de flujos, la integración de los residentes extranjeros y el desarrollo de los países de origen. La LO 11/2003 de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, se refería a la integración desde un punto de vista distinto; la reforma se planteaba *desde el reconocimiento de que con la integración social de los extranjeros en España aparecen nuevas realidades a las que el ordenamiento debe dar respuesta*: la mutilación genital femenina y la adecuación de las instituciones civiles a las nuevas culturas que viven en nuestro país.

Por su parte, el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprobaba el PECEI, señalaba que la integración, junto a la lucha contra la inmigración ilegal, la vinculación de la inmigración legal a las necesidades del mercado de trabajo y la cooperación al desarrollo de los países de origen, constituyen los pilares de la política integral de inmigración. El Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración define la integración como un proceso bidireccional, de adaptación mutua, que requiere la participación activa de todos los ciudadanos (inmigrantes y autóctonos) así como de las instituciones del país de acogida, y que busca la consecución de una sociedad inclusiva que garantice la plena participación económica, social, cultural y política de los inmigrantes en condiciones de igualdad de trato e igualdad de oportunidades.

- Anteproyecto

La exposición de motivos señala en su primer apartado como declaración de intenciones que *España está firmemente comprometida con la defensa de los derechos humanos, por lo que los poderes públicos deben favorecer la plena integración de los inmigrantes en nuestro país y garantizar una convivencia armoniosa entre los inmigrantes y la población autóctona*. La memoria justificativa del anteproyecto, es mas explicita, señalando que *la inmigración puede plantear problemas de convivencia si no se favorece una integración armoniosa entre los inmigrantes y los nacionales. Por eso, los poderes públicos deben esforzarse y coordinar sus esfuerzos para lograr la integración social de los inmigrantes y una convivencia adecuada de estos con los nacionales*.

La trascendencia de este objetivo es más que evidente puesto que informa el contenido de uno de los nuevos artículos que el anteproyecto pretende introducir en la LO 4/2000 (artículo 2. ter). Este artículo señala, trasladando, si bien con un contenido y con un lenguaje más adecuado al régimen vigente de los derechos de los extranjeros en España y a principios que informan el PECEI, el contenido del punto I del Pacto: la adopción de medidas específicas para favorecer el aprendizaje de la lengua, la escolarización de los menores y el acceso al empleo como factores esenciales de la integración. Así mismo, y trasponiendo el contenido del Pacto, se refiere al respeto a los valores constitucionales de España y de la Unión Europea.

identidades nacionales de los estados miembros y la Unión Europea y de sus valores fundamentales, como los derechos humanos, la libertad de opinión, la democracia, la tolerancia, la igualdad entre hombres y mujeres y la obligación de escolarizar a los menores. El Consejo Europeo invita asimismo a los Estados miembros a que tomen en consideración, aplicando las medidas adecuadas, la necesidad de luchar contra las discriminaciones de que pueden ser víctimas los emigrantes.



- Doctrina Foro

En su dictamen sobre el PECl, el Foro señaló que *para que tengan éxito las políticas de integración, debe existir una adecuada gestión de los flujos migratorios desde el origen y una gestión eficaz de los procesos migratorios. Al igual que una buena integración de las personas inmigrantes facilitara la ordenación de los flujos migratorios.* Una afirmación que se reiteraba en el informe sobre la integración social de los inmigrantes 2007 (aspectos jurídicos de la integración social).

Pero, dado que el contenido de este objetivo del anteproyecto se refiere específicamente al Pacto Europeo de Inmigración y Asilo, conviene agregar nuevos contenidos ya que, por un parte, el acervo europeo es más amplio que el Pacto mencionado y, por otra parte, se deberían recoger también los objetivos de política de integración que el Foro defiende para España. En este sentido, el Foro⁶ hace referencia a la corresponsabilidad en la integración *"una tarea prioritaria para los poderes públicos y para el conjunto de la sociedad, incluidas las propias personas inmigrantes"*, habla de equiparación y de derechos y deberes como un presupuesto previo de la integración y coloca la igualdad de oportunidades y la no discriminación como centro de la integración.

En este sentido, no podemos dejar de señalar que limitar el esfuerzo de las Administraciones Públicas en materia de integración al establecimiento de medidas específicas en materia de aprendizaje de la lengua, la escolarización, el acceso al empleo o el conocimiento y respeto de los valores fundamentales, no garantiza lo que para el Foro es un presupuesto: la igualdad de trato y oportunidades. Recurrimos en este caso a la Constitución Española, como ya ha hecho el Foro con anterioridad, para recordar que *corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.* La integración debe ir más allá de la adopción de medidas específicas en aspectos determinados y contemplar una declaración y un compromiso real y efectivo de considerar a los extranjeros de origen no comunitario como parte de esta sociedad y adoptar, transversalmente, todas las medidas necesarias para garantizar el principio de igualdad de trato y oportunidades tanto en materia de derechos como de deberes.

Propuesta

Reforzar la integración como uno de los ejes centrales de la política de inmigración que, teniendo en cuenta el acervo de la Unión Europea en materia de migración y asilo, apuesta por lograr un marco de convivencia de identidades y culturas diversas.

Apartados uno a cuatro de la exposición de motivos

No podemos dar por terminado este análisis sobre la exposición de motivos de la reforma sin hacer referencia a dos aspectos que el Foro considera de particular interés: el momento en el que se plantea la reforma de la LO 4/2000 y la definición de la política migratoria que se incluye en el anteproyecto.

⁶ Dictamen del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes sobre el Proyecto de Plan Estratégico de Ciudadanía e integración 2007-2010



Los tres primeros apartados de la exposición detallan las causas que motivan la reforma: dar cumplimiento a lo establecido por las sentencias del Tribunal Constitucional, la transposición de Directivas, y la nueva realidad migratoria. Para el Foro, teniendo en cuenta su doctrina en materia de derechos, es preciso cumplir el mandato de las Sentencias del Tribunal Constitucional. Pero nos gustaría hacer constar, respecto a las Directivas pendientes de incorporación a nuestro ordenamiento jurídico que se relacionan en el apartado segundo, que el Anteproyecto debería incluir una referencia expresa a la Directiva 2003/86 sobre el derecho a la reagrupación familiar: el artículo 20 de la misma obliga a los Estados miembros a incluir una referencia a la Directiva en las disposiciones que la traspongan y, si bien es cierto, que puede decirse que esta transposición ya es efectiva en cuanto al fondo, el Anteproyecto debería mencionarla en la relación de Directivas del apartado segundo. De lo contrario, se incurriría en un incumplimiento de la obligación formal de transposición de la Directiva.

Junto a estas dos causas que motivan la reforma, el punto c) del apartado cuarto hace referencia a *la necesidad de adaptar la referida ley orgánica a la nueva realidad migratoria en España que presenta unas características y plantea nuevos problemas respecto de los que existían cuando se aprobó la última reforma de la Ley.*

El Foro estima que, tanto las Sentencias del Tribunal Constitucional como la transposición de las Directivas en lo estrictamente necesario, son elementos objetivos que aconsejan la reforma de la LO 4/2000. Pero no puede dejar de señalar que la misma se produce en un momento, en una coyuntura laboral y económica, que se presta a determinadas interpretaciones. Más aún cuando se hace referencia a la *nueva realidad migratoria*.

La realidad migratoria española actual es la lógica en un país que ha sido receptor de un intenso flujo migratorio en un periodo relativamente corto de tiempo y que, desde una consideración de la migración como un fenómeno sorprendente y temporal, se constata la voluntad permanecer en este país y formar parte de su sociedad de aquéllos que en su momento iniciaron un proyecto migratorio. El incremento de los extranjeros no comunitarios titulares de autorizaciones permanentes; de los españoles que han nacido en otro país; o las ampliaciones de la Unión Europea que han implicado el acceso de una parte importante de la población extranjera al régimen y a la condición de ciudadano comunitario, son indicios de que desde hace unos años no es adecuado considerar la migración como un hecho temporal ni exclusivamente desde la óptica del control de flujos. Es preciso, por tanto, adecuar el ordenamiento jurídico, la actuación de los poderes públicos y las políticas (no solo la normativa en materia de extranjería) a esta realidad.

Pero la reforma de la LO 4/2000 se inicia en una coyuntura económica y laboral determinada. El Foro no puede dejar de señalar que, al igual que ha sucedido en otros momentos, la inmigración es una materia en la que es preciso que el conjunto de las Administraciones públicas mantengan un delicado y necesario equilibrio entre las exigencias de la normativa y el mensaje que se transmite o puede ser percibido por la opinión pública. En este sentido, el Foro considera que ha de reforzarse el argumento y el mensaje de que la reforma de la LO 4/2000 está motivada por la adaptación a las Sentencias del Tribunal Constitucional y la transposición, en lo que fuere necesario, de Directivas de la Unión Europea y evitar, en lo posible, que se pueda vincular la misma a la coyuntura económica y laboral actual. La *nueva realidad migratoria* no debería, a juicio del Foro, ser identificada con una situación coyuntural del país de acogida y que en definitiva viene a considerar, exclusivamente a la población extranjera de origen no comunitario como trabajadores, cuyo título de permanencia en este país y de pertenencia a esta sociedad está vinculado únicamente a la realización, efectiva y



actual, de una actividad productiva. La nueva realidad, más que migratoria, es la realidad social de una población de origen diverso que ha de ser abordada por los poderes públicos en el conjunto de sus políticas.

El Foro estima necesario que se hagan todos los esfuerzos posibles para destacar que las causas de la reforma responden a la necesidad de adecuar su contenido a las Sentencias del Tribunal Constitucional y a la obligada transposición de Directivas y que los mensajes que se transmiten a la opinión pública la desvinculen de la situación económica y laboral actual.

En este sentido, el Foro estima que es preciso reiterar una vez más la necesidad de un Pacto de Estado en materia de política migratoria⁷, *con el fin de que la inmigración no sea instrumentada políticamente y de que las políticas desarrolladas puedan surtir efectos verdaderamente integradores*. Un Pacto de Estado que recoja los principios de la política migratoria, tenga en cuenta la nueva realidad social de un país con una población diversa por razón de origen, y para la que la LO 4/2000 sea, al igual que otras normas, un instrumento de aplicación.

Propuesta:

Sería conveniente que en el apartado V, se incluyese el siguiente objetivo: Reforzar e institucionalizar el diálogo con las organizaciones sindicales y empresariales, así como con las organizaciones de inmigrantes y de apoyo a los procesos de integración de las personas inmigrantes en la definición, desarrollo, seguimiento y evaluación de la política migratoria.

⁷ Informe sobre la situación de la integración social de los inmigrantes y refugiados 2008 (Prioridades para la Legislatura).



ANÁLISIS DEL ARTICULADO

Tres del Anteproyecto. (Nuevo artículo 2 bis LOEX)

Texto del Anteproyecto:

1. *Corresponde al Estado, de conformidad con lo previsto en el artículo 149.1.2º de la Constitución, la definición, planificación, regulación y desarrollo de la política migratoria, sin perjuicio de las competencias que puedan ser asumidas por los Estatutos de Autonomía.*
2. *El Gobierno mantendrá una política migratoria de carácter integral que se basará en los siguientes principios:*
 - a) *La coordinación con las políticas definidas por la Unión Europea*
 - b) *La inmigración legal y ordenada, orientada al ejercicio de una actividad productiva*
 - c) *La integración social de los inmigrantes*
 - d) *Garantizar la igualdad efectiva de hombres y mujeres*
 - e) *La efectividad del principio de no discriminación y consecuentemente el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para todos aquellos que viven y trabajan legalmente en España en los términos previstos en la Ley*
 - f) *La lucha contra la inmigración irregular, el tráfico y la trata de seres humanos*
 - g) *La igualdad de trato en las condiciones laborales y de seguridad social*
 - h) *La promoción del diálogo y la colaboración con los países de origen y tránsito de inmigración mediante acuerdos marco dirigidos a ordenar de manera efectiva los flujos migratorios y fomentar y coordinar las iniciativas de cooperación*

Comentario

El Foro entiende, por lo que respecta al artículo 2.1, que esta declaración resulta innecesaria y puede inducir a confusión. El artículo 149.1.2 de la Constitución señala que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de *nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo*. El nuevo artículo 2 bis introduce un concepto: la política migratoria, no contemplado en la Constitución. Por otra parte, consideramos, dados los principios de la política migratoria que se relacionan a continuación, que este apartado podría ser interpretado en el sentido de que pueden ser transferidas a las Comunidades Autónomas competencias en la ejecución de cualquiera de estos principios, al constituir éstos una relación de facultades que integran la materia de política migratoria de titularidad estatal, y que podrían llegar a ser susceptibles de delegación. Algunos de los principios relacionados en el apartado 2.2 corresponden a competencias exclusivas del Estado incluidas en el artículo 149.1 (relaciones internacionales) y otros forman parte de materias ya asumidas por las Comunidades Autónomas o transferidas a estas y que han de ser garantizadas al conjunto de los administrados, incluidos los de origen extranjero.

Entendemos también que el contenido de la política migratoria, con la descripción de los principios en que esta se basa, no debería de figurar en el articulado de la LO. La Ley es un instrumento para llevar a la práctica una política determinada, cuyos principios se describen en la exposición de motivos, articulándose en la ley las medidas para aplicar estos principios y asegurar su cumplimiento. Tomando como ejemplo otras Leyes del mismo rango, la Ley puede hacer relación tanto a los principios que la animan o de los objetivos que se pretenden cumplir, pero, siendo un instrumento, no debería establecer las bases de una política ni pretender circunscribir la misma a su propio contenido. Sería más adecuado, a juicio del Foro, que estos principios se incluyeran en la exposición de motivos del anteproyecto de reforma. O que hiciera, tal como se hace en otras Leyes Orgánicas, referencia en el articulado exclusivamente a los objetivos y principios que animan la Ley y que esta puede contribuir a cumplir.

En este sentido, recordamos que el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes señaló en las Prioridades para la Legislatura(8) la necesidad de *avanzar en una política migratoria de Estado basada en un amplio consenso político y social*. En la descripción de esta prioridad se incluye, junto a otros aspectos, la reforma de la LO.

8 Incluidas en el Informe sobre la situación social de los Inmigrantes y Refugiados 2008



Por otra parte, y dado que el Foro propone la sustitución de este artículo de definición de la política migratoria por la relación de principios que animan este anteproyecto, el Foro estima la necesidad de modificar los principios que se establecen en el apartado 2, señalando en primer lugar la contradicción que supone con lo establecido en el punto e), (*reconocimiento de iguales derechos y obligaciones*) con la modificación del artículo 13 (*derechos en materia de vivienda*). El Foro ha reiterado en sus informes y dictámenes que el principio de igualdad de trato y de oportunidades y la equiparación de derechos son presupuestos esenciales para la integración. Respecto al punto b), el Foro considera que la inmigración legal y ordenada por motivos laborales, ha de estar orientada al ejercicio de una actividad productiva, y por lo tanto comparte que esta, la migración laboral, se establezca en función de las necesidades del mercado de trabajo. Pero considera que una declaración general de orientación del conjunto de los flujos migratorios a la actividad productiva, no solo puede poner en cuestión la existencia de otros títulos habilitantes para residir en España, sino que podría contribuir a generar una imagen de los ciudadanos de origen extranjero únicamente como mano de obra y a identificar su permanencia en España con el ejercicio efectivo de una actividad productiva. Por otra parte, el Foro entiende que la igualdad de trato incluida en el apartado g) no puede propugnarse exclusivamente respecto a las condiciones laborales y de seguridad social, en consonancia con su opinión sobre el apartado b). Y por último, en la constatación de que la composición de la sociedad española es diversa por razón de origen y de que el mandato del artículo 9.2 de la Constitución alcanza a la población de origen no comunitario, señala la necesidad del tratamiento transversal y por lo tanto de que apartados incluidos en este artículo, bien sean eliminados como el d), o se transformen, en el caso del g) en una consideración general acerca del principio de igualdad de trato y oportunidades, en derechos y deberes, aplicado a todos ámbitos.

Igualmente considera el Foro que dado que ya ha manifestado que la inmigración legal y ordenada es un principio que anima el conjunto de la LO (punto b), se entiende subsumida la lucha contra la inmigración irregular. En este sentido, es preciso reformular el apartado f), puesto que incluye en el mismo epígrafe, actividades delictivas (tráfico y trata), con el incumplimiento de las obligaciones administrativas.

Propuesta

1. *Corresponde al Estado, de conformidad con lo previsto en el Artículo 149.1.2 de la Constitución definir, planear, regular y desarrollar una política migratoria estable, integral y consensuada. Las Comunidades Autónomas y los Municipios, en el ámbito de sus competencias, coadyuvarán a la ejecución de la política migratoria.*
2. *El Gobierno mantendrá una política migratoria de carácter integral que se basará en los siguientes principios:*
 - a) *la coordinación con las políticas definidas por la Unión Europea.*
 - b) *la inmigración legal y ordenada.*
 - c) *la integración social de los inmigrantes; que incida tanto en la sociedad de acogida como en la población migrante en el marco de la valoración y el respeto a la diversidad cultural.*
 - d) *garantizar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres;*
 - e) *la efectividad del principio de igualdad de trato y no discriminación, que implica la equiparación de derechos y obligaciones de la población inmigrante y autóctona, dentro del marco de los valores constitucionales básicos.*
 - f) *la lucha contra la inmigración irregular.*
 - g) *la persecución del tráfico y la trata de seres humanos.*
 - h) *la promoción del diálogo y la colaboración con los países de origen y tránsito de inmigración, mediante acuerdos marco dirigidos a ordenar de manera efectiva los flujos migratorios, fomentar y coordinar las iniciativas de cooperación al desarrollo y el codesarrollo. Promoviendo igualmente acuerdos de colaboración que contemplen la protección y el retorno de los menores no acompañados.*
 - i) *La efectividad del principio de ciudadanía, que implica el reconocimiento de la participación cívica, social, económica, cultural y política de los ciudadanos y ciudadanas inmigrantes.*



Cuatro del Anteproyecto (Nuevo artículo 2 ter LOEX)

Texto del Anteproyecto:

- 1. Los poderes públicos promoverán la plena integración de los extranjeros en la sociedad española, en un marco de convivencia de identidades y culturas diversas sin más límite que el respeto a la Constitución y la Ley.*
 - 2. Las Administraciones públicas desarrollarán medidas específicas para favorecer el aprendizaje del castellano y demás lenguas cooficiales, la escolarización de los menores y el acceso al empleo como factores esenciales de integración.*
- Asimismo, procurarán, mediante acciones formativas, el conocimiento y respeto de los valores constitucionales de España y de la Unión Europea, así como de los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre hombres y mujeres.*
- 3. El Gobierno cooperará con las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos para la consecución de las finalidades descritas en los párrafos anteriores, en el marco de un plan estratégico plurianual con cargo a un fondo estatal que se dotará anualmente.*

Comentario

La reforma viene a consolidar el principio de integración social en el marco del ordenamiento jurídico. El Foro considera esencial este principio.

Propuesta

- 1. Los poderes públicos promoverán la plena integración de los extranjeros en la sociedad española, en un marco de convivencia de identidades y culturas diversas, garantizando la cohesión social, sin más límite que el respeto a la Constitución y a la Ley.*
 - 2. Las Administraciones Públicas incorporarán el objetivo de la integración, entendido conforme a los principios básicos comunes de la Unión Europea como proceso bidireccional de adaptación mutua entre inmigrantes y sociedad receptora, con carácter transversal a todas las políticas y servicios públicos. Promoverán, por tanto, la consecución de una sociedad inclusiva que garantice la participación económica, social, cultural y política de las personas inmigrantes, en condiciones de igualdad de trato y de igualdad de oportunidades. A estos efectos desarrollarán medidas en materia de acogida, educación, empleo, vivienda, servicios sociales, salud, infancia y juventud, igualdad de trato, mujer, participación, sensibilización y codesarrollo, como ejes fundamentales de una política de integración.*
- Asimismo, se impulsarán medidas de carácter específico para favorecer el aprendizaje del castellano y demás lenguas cooficiales, el conocimiento y respeto de los valores constitucionales de España y de la Unión Europea, tales como los derechos humanos, la democracia, la tolerancia, y la igualdad entre hombres y mujeres, el acceso al empleo, la escolarización de los menores, así como para luchar contra cualquier tipo de discriminación o segregación de que puedan ser objeto las personas inmigrantes.*
- 3. El Gobierno cooperará con las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos para la consecución de las finalidades descritas en los párrafos anteriores, en el marco de planes estratégicos plurianuales, con cargo a un fondo estatal dotado presupuestariamente con carácter anual.*



Cinco del Anteproyecto. (Apartado 2 artículo 3 LOEX)

Texto del Anteproyecto:

2. Las normas relativas a sus derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas.

Comentario

El artículo recoge un principio hermenéutico que remite a las normas internacionales y acuerdos suscritos por España. En este sentido constituye un importante referente.

El Foro, en diversos momentos, ha recomendado al Gobierno la adopción de diferentes convenios de salvaguarda de los derechos de los trabajadores inmigrantes, como es el caso de la Convención Internacional de Protección de los Derechos de los trabajadores inmigrantes y de sus familiares, adoptada por Naciones Unidas en resolución 45/158 de 18 de noviembre y el Convenio de la OIT 143. Creemos importante reflejar al menos estos dos textos básicos en el articulado de la norma.

Por otra parte podría aprovecharse el artículo para introducir una prescripción que orienta la interpretación de las administraciones desde la práctica judicial consolidada, evitando inseguridad jurídica y provocando economía judicial y desjudicialización de las actuaciones referidas a la materia migratoria.

Propuesta

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas.

Seis del Anteproyecto (Apartados 2 y 3 del artículo 4 LOEX)

Texto del Anteproyecto:

2. Todos los extranjeros a los que se haya expedido un visado o una autorización para permanecer en España por un período superior a seis meses, obtendrán la tarjeta de identidad de extranjero, que deberán solicitar personalmente en el plazo de un mes desde su entrada en España o desde que se conceda la autorización, respectivamente. Estarán exceptuados de dicha obligación los titulares de un visado de residencia y trabajo de temporada.

Reglamentariamente se desarrollarán los supuestos en que se podrá obtener dicha tarjeta de identidad cuando se haya concedido una autorización para permanecer en España por un periodo no superior a seis meses.

3. Los extranjeros no podrán ser privados de su documentación, salvo en los supuestos y con los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

Comentario

La reforma recoge el sentir del Foro.



Ocho del Anteproyecto (Apartados 1 y 3 del artículo 6 LOEX)

Texto del Anteproyecto:

- 1. Los extranjeros que residan en España podrán ser titulares del derecho de sufragio en las elecciones municipales en los términos establecidos en la Constitución y en las leyes.*
- 3. Los Ayuntamientos incorporarán al padrón a los extranjeros que residan en el municipio y mantendrán actualizada la información relativa a ellos.*

Comentario

La reforma introduce un avance en la actual normativa.

Nueve del Anteproyecto. (Apartado 1 del Artículo 7 LOEX)

Texto del Anteproyecto:

- 1. Los extranjeros tienen el derecho de reunión, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles.*

Comentario

EL artículo recoge fidedignamente el mandato del Tribunal Constitucional. Se aplaude la adecuación de la normativa a la última jurisprudencia del TC "STC 23672007", de manera que se reconoce con carácter universal el derecho de asociación, reunión, sindicación y huelga con independencia de la situación administrativa en que se encuentre la persona extranjera.

Propuesta

- 1. Los extranjeros tienen el derecho de reunión, en las mismas condiciones que los españoles.*
-

Diez del Anteproyecto. (Artículo 8 LOEX)

Texto del Anteproyecto:

Todos los extranjeros tienen el derecho de asociación, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles.

Comentario

EL artículo recoge fidedignamente el mandato del Tribunal Constitucional.

Propuesta

Todos los extranjeros tienen el derecho de asociación, en las mismas condiciones que los españoles.



Once del Anteproyecto (Artículo 9 LOEX)

Texto del Anteproyecto:

1. Todos los extranjeros tienen derecho a la educación de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa.

2. Los extranjeros menores de dieciocho años tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas.

En caso de alcanzar la edad de dieciocho años en el transcurso del curso escolar, conservarán ese derecho hasta su finalización.

3. Los extranjeros residentes mayores de dieciocho años tienen el derecho a acceder a las etapas educativas postobligatorias, a la obtención de las titulaciones correspondientes, y al sistema público de becas en las mismas condiciones que los españoles.

4. Los poderes públicos promoverán que los extranjeros puedan recibir enseñanzas para su mejor integración social.

Comentario

El Foro considera que el Gobierno debe estudiar con detenimiento la adecuación de este artículo a la reciente jurisprudencia constitucional en materia del derecho a la educación para evitar que existan interpretaciones no adecuadas a la misma que puedan dar lugar a una aplicación incompleta, separándose de lo requerido por el máximo intérprete constitucional. No obstante, con independencia de la estricta interpretación a tenor de la jurisprudencia, el Foro considera que se debería garantizar plenamente el acceso a la educación en todas las etapas educativas de todos los extranjeros con independencia de su situación administrativa.

Propuesta

1. Los extranjeros tienen en España derecho a la educación en los mismos términos que los españoles. Dicho derecho se ejercerá conforme a la legislación educativa sin que quepa invocar ningún motivo de discriminación.

2. Dicho derecho comprende el acceso a todos los niveles educativos y a la obtención de las titulaciones que correspondan en cada caso, y al acceso al sistema público de becas y ayudas.

4. Los poderes públicos promoverán que las personas extranjeras puedan recibir enseñanzas para su integración social, desde el reconocimiento y respeto a las identidades culturales diversas.

Doce del Anteproyecto (Apartados 1 y 2 del artículo 10 LOEX)

Texto del Anteproyecto:

1. Los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente.



2. Los extranjeros residentes en España podrán acceder, en igualdad de condiciones que los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, al servicio de las Administraciones públicas como personal laboral, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad. A tal efecto podrán presentarse a las ofertas de empleo público que convoquen las Administraciones públicas.

Comentario

El artículo recoge de forma satisfactoria el derecho arbitrado.

Trece del Anteproyecto (Artículo 11 LOEX)

Texto del Anteproyecto:

- 1. Los extranjeros tienen derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles.*
- 2. De igual modo podrán ejercer el derecho de huelga.*

Comentario

El artículo recoge de forma satisfactoria las consideraciones efectuadas por el Tribunal Constitucional.

Quince del Anteproyecto (Artículo 13 LOEX)

Texto del Anteproyecto:

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.

Comentario

El Foro se ha pronunciado de forma constante a favor de la extensión de las políticas de acceso a la vivienda a todas las personas y colectivos, con el fin de que la vivienda sea más bien entendida como un derecho social de disfrute para toda las familias y personas. Este derecho incluye el de acceso a las ayudas públicas arbitradas en la ley en materia de vivienda y dentro de una política ordenada de vivienda. Restringir el disfrute de este derecho a los inmigrantes residentes de larga duración aparece como una diferencia de trato no suficientemente justificada y no permite la consecución de objetivos de integración de los residentes que no tienen la calificación de larga duración.

El sistema de ayudas públicas a la vivienda deriva tanto de la función social de la propiedad, como del derecho a la vivienda y del modelo impositivo español. Pero ocurre que ninguna de estas condiciones son ajenas a los inmigrantes, que además pagan impuestos con independencia de que su residencia sea de larga duración o no.



Propuesta

Los extranjeros residentes en España tienen derecho a acceder a los sistemas públicos de ayudas en materia de vivienda en las mismas condiciones que los españoles

Diecisiete del Anteproyecto. (Apartado 2 del artículo 15 LOEX)

Texto del Anteproyecto:

2. Los extranjeros tienen derecho a transferir sus ingresos y ahorros obtenidos en España a su país, o a cualquier otro, conforme a los procedimientos establecidos en la legislación española y de conformidad con los acuerdos internacionales aplicables. El Gobierno adoptará las medidas necesarias para facilitar dichas transferencias.

Comentario

Se considera adecuado el artículo propuesto.

Dieciocho del Anteproyecto. (Letras a), c), y d) del apartado 1, y los apartados 3, 4 y 5 del artículo 17 LOEX)

Texto del Anteproyecto:

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.

Comentario

Se suprime del texto legal vigente la expresión "y a sus familiares".

La supresión de la referencia "a los familiares" del nuevo cónyuge parece acertada desde el punto de vista técnico-jurídico toda vez que la letra a) del apartado 1 recoge el supuesto de reagrupación familiar de los cónyuges y no era razonable incluir en él a los familiares, ya que estos vienen contemplados en otros subapartados de 1.

Se mantienen en el Anteproyecto los términos "separado" y "separación" utilizados en el texto legal vigente para referirse al estado civil o situación de personas cuyo vínculo matrimonial preexistente ha tenido necesariamente que disolverse para poder efectuar una reagrupación familiar. Así se dice: "El extranjero residente que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas nupcias (...) solo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge si acredita que la separación de sus anteriores matrimonios (...)". Es evidente que en nuestro derecho nadie puede contraer un nuevo matrimonio si está separado, siendo requisito para que pueda contraerlo el que se haya producido la disolución del anterior vínculo matrimonial.

Propuesta

1. a) *En aras a una mayor precisión jurídica, suprimir la expresión: “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”, y sustituirla por la expresión: “El extranjero residente que se halle casado en segundas o posteriores nupcias sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge si acredita que la disolución 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.*

Texto del Anteproyecto:

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

Comentario

Se sustituye el término “incapaces” por el término “incapacitados”.

Por razón de precisión en la terminología jurídica está justificada la modificación.

Se incluye a los discapacitados cuando sean dependientes del reagrupante.

Propuesta

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

Texto del Anteproyecto:

- 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.*

Comentario

Se establece una nueva condición para la reagrupación de los ascendientes: han de ser mayores de 65 años.

Se mantienen los requisitos de “estar a cargo” y de que “existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España”. Estos dos conceptos jurídicos indeterminados (aunque el de “estar a cargo” en menor medida ya que tuvo una precisión reglamentaria, si bien insuficiente) han dado lugar a una inseguridad jurídica manifiesta y han provocado la mayoría de las reclamaciones en vía judicial.

El establecimiento de una edad mínima para la reagrupación familiar de ascendientes puede dar lugar a situaciones no deseables: por ejemplo, que no pueda producirse la reagrupación familiar de unos progenitores simultáneamente porque el padre tenga 70 años y la madre 62. O que se produzca una situación de minusvalía sobrevenida en el padre o la madre viudos, menores de 65 años, y sin otros hijos en su país de origen, pudiendo quedar completamente desasistido.



Sería conveniente abrir la posibilidad para que, en supuestos en los que exista un motivo humanitario relevante, pueda eximirse de tal condición.

También sería deseable hacer, en el apartado correspondiente, mención expresa a la necesidad de establecer reglamentariamente lo que debe entenderse por “estar a cargo” (paralelamente a como se ha venido haciendo en el Anteproyecto con otros requisitos, como la acreditación de la existencia de una relación de afectividad análoga a la conyugal, a la forma y cuantía de los medios económicos considerados suficientes para que los familiares reagrupados puedan obtener una autorización de residencia independiente, etc.). Igualmente, debería o bien concretarse lo que pueden entenderse como razones que justifican la necesidad de autorizar la residencia en España del ascendiente o bien mitigar la inconcreción del concepto utilizando la expresión referida a los ascendientes contenida en la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22/09/2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar en su artículo 4.2.a): “y carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen”.

Se hace remisión al desarrollo reglamentario de 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, transponiendo así la Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración y la Directiva 2005/71/CE, de 12 de octubre, relativa al procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica.

Conforme lo previsto en los artículos 26 y 17, respectivamente, de ambas Directivas, la incorporación al Derecho interno de las mismas puede hacerse a través de disposición legal, reglamentaria o administrativa, habiéndose aquí optado por la instrumentación mediante reglamento sin que quepa mayor comentario al respecto.

Propuesta

1 d) Los ascendientes del reagrupante y de su cónyuge, cuando estén a su cargo, y carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen. 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.

Excepcionalmente, y siempre que concurren razones de carácter humanitario apreciadas por la autoridad competente, podrá reagruparse al ascendiente menor de 65 años cuando se reúnan las demás condiciones y se acredite el cumplimiento de los requisitos previstos en esta Ley para la reagrupación familiar de los ascendientes.

Texto del Anteproyecto:

3. Cuando se trate de ascendientes reagrupados, éstos sólo podrán ejercer, a su vez, el derecho de reagrupación familiar tras haber obtenido la condición de residentes de larga duración y acreditado solvencia económica.

Excepcionalmente, el ascendiente reagrupado que tenga a su cargo un hijo menor de edad o incapacitado, podrá ejercer el derecho de reagrupación en los términos dispuestos en el apartado segundo de este artículo.

Comentario

La modificación se limita a sustituir el término “permanentes” por la expresión “de la larga duración” justificable sistemáticamente: de acuerdo con la Disposición Adicional Primera del Anteproyecto, toda referencia a residente permanente ha de entenderse realizada a residente de larga duración, término utilizado por la Directiva 2003/109/CE a la que ya se ha hecho referencia.

Se mantiene la excepción que posibilita que el ascendiente reagrupado pueda ejercer el derecho de reagrupación familiar antes de obtener una autorización de residencia de larga duración en el supuesto de que tenga a su cargo un hijo menor de edad o incapacitado. En estos casos, y según remisión expresa a lo dispuesto en el apartado 2 del presente artículo –no modificado en el Anteproyecto– se permite la reagrupación familiar en los supuestos antedichos cuando el ascendiente cuente con una autorización de residencia y trabajo obtenida independientemente de la autorización de residencia del reagrupante y acredite reunir el resto de los requisitos previstos en la ley orgánica.



Del texto legal se deduce la intención del legislador de *recoger/conservar* una excepción a la regla general que impide la reagrupación familiar de los familiares de ascendientes reagrupados hasta que éstos no sean titulares de una autorización de residencia de larga duración.

Ahora bien, esta excepción carecería de sentido si no se determina legalmente la posibilidad y las condiciones que deben darse para que el ascendiente reagrupado obtenga una autorización de residencia y trabajo obtenida de forma independiente.

Ver el comentario recogido en cuarto lugar en el apartado veintiuno del texto del Anteproyecto referido al artículo 19.

Texto del Anteproyecto:

4 La persona que mantenga con el extranjero residente una relación de afectividad análoga a la conyugal se equipará al cónyuge a todos los efectos previstos en este capítulo, siempre que dicha relación esté debidamente acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España.

En todo caso, las situaciones de matrimonio y de análoga relación de afectividad se considerarán incompatibles entre sí.

No podrá reagruparse a más de una persona con análoga relación de afectividad, aunque la ley personal del extranjero admita estos vínculos familiares.

Comentario

Se introduce en este apartado un nuevo supuesto de familiar reagrupable que no está contemplado en el vigente texto legal.

Se da así cobertura legal a otras realidades familiares que hoy se dan en nuestra sociedad, recogiendo lo dicho al respecto en el *Informe sobre la situación de la integración social de los inmigrantes y refugiados en 2008* del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, y ampliando el universo de la reagrupación dentro del marco de la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre, que en su Considerando 10 prevé que los Estados miembros puedan decidir si autorizan la reagrupación familiar, entre otros supuestos, "del miembro de la pareja no casada o registrada".

"El texto del Anteproyecto utiliza para referirse a estos supuestos la expresión "la persona que mantenga con el extranjero residente una relación de afectividad análoga a la conyugal". Quizás sería recomendable utilizar a tal efecto la misma expresión que emplea la propia Directiva antes citada ("miembro de la pareja no casada" o "miembro de la pareja registrada").

Para evitar situaciones de fraude de ley, se establece la necesidad de que la relación esté debidamente acreditada (con remisión, en el apartado siguiente, al desarrollo reglamentario de dicho extremo). Además, se exige que la relación reúna los requisitos necesarios para producir efecto en España (también se remite en el apartado siguiente al consiguiente desarrollo reglamentario, el cual no debería dar lugar a convertir el supuesto, como ha sucedido en el caso de las parejas registradas de los españoles y de otros ciudadanos de la Unión, en una posibilidad vacía de contenido con un rendimiento casi nulo).

Es razonable la inclusión de la prohibición de la reagrupación cuando concurren situaciones de matrimonio y de análoga relación de afectividad, pero ello puede dar lugar a que determinados supuestos no tengan, lamentablemente, cabida en la norma (por ejemplo, la persona que conserva el vínculo matrimonial porque su ley personal no admite la disolución del matrimonio y que convive con otra pareja desde hace varios años y tiene incluso hijos en común, no podría ser reagrupada).

Texto del Anteproyecto:

5 Reglamentariamente, se desarrollarán las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación así como para acreditar la relación de afectividad análoga a la conyugal y para que ésta pueda producir efectos en España.

Comentario

La modificación consiste en añadir al anterior apartado 4 la expresión "así como para acreditar la relación de afectividad análoga a la conyugal y para que ésta pueda producir efectos en España".



La adición es pertinente ya que la exigencia de desarrollo reglamentario de estos extremos redundará en una mayor seguridad jurídica. No obstante, véase el comentario sobre el apartado anterior.

Diecinueve del Anteproyecto. (Artículo 18 LOEX)

Texto del Anteproyecto:

"18. Requisitos para la reagrupación familiar"

Comentario

Por razones de precisión jurídica y para ajustarse al contenido del artículo (en el que se han suprimido las referencias a cuestiones procedimentales) parece justificado sustituir el título de "Procedimiento para la reagrupación familiar" por el de "Requisitos para la reagrupación familiar"

Por último, el Foro señala que sería muy conveniente que uno de los criterios a tener en cuenta en la valoración de los medios económicos suficientes, sea el de los medios económicos de la unidad familiar del reagrupante.

Texto del Anteproyecto:

1. Los extranjeros podrán ejercer el derecho a la reagrupación familiar cuando hayan obtenido la renovación de su autorización de residencia inicial, con excepción de la reagrupación de los familiares contemplados en el artículo 17.1 d) de esta Ley, que solamente podrán ser reagrupados a partir del momento en que el solicitante adquiera la residencia de larga duración.

La reagrupación de los familiares de residentes de larga duración y de los beneficiarios del régimen especial de investigadores que tengan reconocida esta condición en otro Estado miembro de la Unión Europea, podrá solicitarse y concederse simultáneamente con la solicitud de residencia del reagrupante, bien en España o bien en el Estado de la UE donde tuvieran su residencia, cuando la familia estuviera ya constituida en aquél.

Comentario

En este apartado se establece la necesidad de que el reagrupante sea titular de una residencia ya renovada. El requisito permanece y simplemente cambia su formulación (la expresión utilizada en el texto mejora sustancialmente en claridad y precisión a la utilizada en el apartado 2 del artículo 18 del vigente texto legal).

También se introduce una restricción respecto a la reagrupación de los ascendientes: el reagrupante ha de tener la consideración de residente de larga duración. Se trata de una limitación que no existía en la normativa precedente, que comporta una merma del derecho respecto a la normativa vigente y que no es acorde con el Derecho comunitario. Efectivamente, en el artículo 4.2.a) de la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22/09/2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar se establece que los Estados miembros podrán autorizar la entrada y residencia de los ascendientes del reagrupante o de su cónyuge de conformidad con dicha Directiva siempre que cumplan las condiciones establecidas en ella. Una vez reconocida tal posibilidad en el Derecho español, no cabe establecer el requisito de un período previo de residencia legal del reagrupante superior al que se pueda exigir para la reagrupación familiar con carácter general en la misma Directiva. En este sentido el artículo 8 de la precitada Directiva, único en el que se contempla el período previo de residencia legal necesario para la reagrupación sin distinción de supuestos, establece que "los Estados miembros podrán requerir que el reagrupante haya residido legalmente en su territorio durante un período de tiempo, que no podrá superar dos años, antes de reagrupar a los miembros de su familia con él". En conclusión no debería exigirse la condición de residente de larga duración del reagrupante para la reagrupación de sus ascendientes ni los de su cónyuge.



En el caso de que se concluyese que el antedicho requisito es ajustado a Derecho, debería considerarse la posibilidad de establecer una excepción para aquellos casos en los que pudiese concurrir un motivo relevante de orden humanitario (por ejemplo, que al único ascendiente vivo del reagrupante, sin apoyos familiares en su país de origen, pudiera sobrevenirle una minusvalía que le impidiese sostenerse por sí solo y necesitara ineludiblemente la ayuda de una persona).

Por último, el apartado recoge la posibilidad de que la solicitud y concesión de residencia del reagrupante y la de la reagrupación de sus familiares pueda realizarse de forma simultánea, bien en España o bien en el Estado de la UE donde tuviera su residencia el residente de larga duración o el beneficiario del régimen especial de investigadores, cuando la familia estuviera ya constituida en aquél.

Respecto a la expresión referida a la reagrupación de los familiares de los beneficiarios del régimen especial de investigadores contenida en el segundo párrafo de este apartado merece comentario extenso:

La Directiva de aplicación antes citada sólo contiene las siguientes previsiones respecto a este supuesto: la consideración de que se debe facilitar y apoyar la preservación de la unidad de los miembros de la familia del investigador (Considerando 18); la conveniencia de que, para favorecer la movilidad del investigador, los miembros de la familia de éste puedan reunirse con él en otro Estado miembro con arreglo a las condiciones que defina la legislación nacional de dicho Estado miembro (Considerando 19); la mención a que la validez del "permiso" de residencia que se otorgue a los miembros de la familia de un investigador ha de ser la misma que la del "permiso" concedido a dicho investigador (artículo 9.1); y, por último, la no exigencia de un período previo de residencia del investigador en dicho Estado para poder hacer efectiva la reagrupación familiar (artículo 9.2). Por lo demás, y respecto a lo no contemplado en la precitada Directiva, no existe remisión expresa para que se aplique la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22/09/2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar.

Conforme lo anterior, en este párrafo se está simplemente atendiendo al citado Considerando 19 de la Directiva de aplicación, facilitando la movilidad del investigador de un Estado miembro a otro al hacer que sus familiares puedan reunirse con él y, a tal efecto, dándoles a dichos familiares el mismo trato que se les da a los del residente de larga duración en otro Estado de la Unión para que pueda solicitarse y concederse simultáneamente la residencia del investigador y la reagrupación de sus familiares, tanto en España como en el Estado de la UE del que procedan, siempre que dicha familia estuviera ya constituida en dicho Estado.

No obstante, a la luz de lo antedicho, cabe reputar una insuficiente transposición de la Directiva comunitaria atinente a los beneficiarios del régimen especial de investigadores en lo referido a la reagrupación familiar (la transposición se ha limitado a remitir a desarrollo reglamentario los requisitos para que puedan reagrupar a sus ascendientes y a lo previsto en este apartado que estamos comentando). Sin embargo, debería, si se pretende atender a los Considerandos 18 y 19 de la Directiva de aplicación y arriba citados, hacerse una mención expresa, en el artículo apropiado, al reconocimiento de tal derecho y a la aplicación, salvo en las especialidades que se establezcan (y a las que ahora haremos referencia), a la aplicación de la normativa prevista con carácter general en esta Ley.

Respecto a las especialidades a las que se hacía mención "ut supra", necesariamente ha de hacerse constar la más notable, que es la contenida en el artículo 9.2 de la Directiva de aplicación: la no exigencia de un período previo de residencia del investigador en dicho Estado para poder hacer efectiva la reagrupación familiar (en contra de lo previsto con carácter general en el artículo 18.1 de la LOEx según el texto del Anteproyecto).

Respecto a la misma posibilidad referida a los residentes de larga duración en otro Estado de la Unión (de que la solicitud y concesión de residencia del reagrupante y la de la reagrupación de sus familiares pueda realizarse de forma simultánea, bien en España o bien en el Estado de la UE donde tuviera su residencia el residente de larga duración, cuando la familia estuviera ya constituida en aquél), ha de concluirse que es transposición exacta de lo previsto en los apartados 1 y 3 del artículo 16 de la Directiva de aplicación en relación con el artículo 15.1 de la misma.

La misma advertencia que hacíamos respecto a los beneficiarios del régimen especial de investigadores (y a la existencia de especialidades que deberían trasponerse al derecho interno español y que el texto del Anteproyecto no recoge), hemos de hacerla aquí. Ha de tenerse en cuenta que, cuando los miembros de la familia (en el sentido dado al término en artículo 2.e) de la Directiva de aplicación, con remisión expresa a la Directiva de reagrupación familiar aquí ya citada); repetimos, cuando los miembros de la familia del residente de larga duración en otro Estado miembro que pretende ejercer su derecho de residencia en un segundo Estado miembro estuviesen ya constituidos como familia en el primer Estado pretendan acompañar al residente de larga duración, debe autorizárseles a acompañarle o a reunirse con él, sin que sea exigible un período previo de residencia legal en el segundo Estado por parte del titular de tal derecho (cosa que no sucede en el supuesto de que la familia no estuviera todavía constituida en el primer Estado, en cuyo caso será de aplicación lo dispuesto con carácter general para la reagrupación familiar en la Directiva 2003/86/CE, conforme lo previsto en el artículo 16.5 de la Directiva de aplicación).

Por lo tanto, debería de hacerse constar en el lugar apropiado tal excepción al requisito genérico de tiempo previo de residencia legal en España (artículo 18.1 de la LOEx según el texto del Anteproyecto) en el supuesto de que el reagrupante sea un residente de larga duración en otro Estado de la Unión cuando pretenda la reagrupación de su familia ya constituida en el primer Estado.

Propuesta

- 1. Los extranjeros podrán ejercer el derecho a la reagrupación familiar cuando hayan obtenido la renovación de su autorización de residencia inicial. Reglamentariamente, se podría exigir, para la reagrupación de los familiares contemplados en el artículo 17.1. d) de esta Ley, que el reagrupante haya residido un periodo de tiempo superior que, en ningún caso, podrá ser superior a dos años. "La reagrupación de los familiares de residentes de larga duración que tengan reconocida esta condición en otro Estado miembro de la Unión europea y de los familiares de los beneficiarios del régimen especial de investigadores podrá solicitarse y concederse simultáneamente con la solicitud de residencia del reagrupante, bien en España o bien en el Estado de la UE donde tuvieran su residencia, cuando la familia estuviera ya constituida en aquél.*

La reagrupación de los familiares de los beneficiarios del régimen especial de investigadores podrá solicitarse y concederse simultáneamente con la solicitud de residencia del reagrupante. Cuando dichos beneficiarios tengan reconocida esta condición en otro Estado miembro de la Unión Europea, la reagrupación podrá solicitarse y concederse bien en España o bien en el Estado de la UE donde tuvieran su residencia, cuando la familia estuviera ya constituida en aquél.

Cuando se trate de los familiares de los residentes de larga duración que tengan reconocida esta condición en otro Estado miembro de la Unión Europea, la reagrupación podrá solicitarse y concederse simultáneamente con la solicitud de residencia del reagrupante, bien en España o bien en el Estado de la UE donde tuvieran su residencia, cuando la familia estuviera ya constituida en aquél.

Texto del Anteproyecto:

- 2. El reagrupante deberá acreditar, en los términos que se establezcan reglamentariamente, que dispone de un alojamiento adecuado y de medios económicos suficientes para cubrir sus necesidades y las de su familia, una vez reagrupada, sin necesidad de recurrir al sistema de servicios y prestaciones sociales.*

Comentario

Se mantiene la exigencia de acreditar que se dispone de un alojamiento adecuado (expresado en los mismos términos que se hacía en el apartado 1 del art. 18 del texto legal vigente).

También se mantiene el requisito de disponer de medios económicos suficientes (aunque aquí se cambia la expresión "medios de subsistencia" por la de "medios económicos" y se sustituye la expresión "para atender las necesidades de su familia una vez reagrupada" por la expresión "para cubrir sus necesidades y las de su familia, una vez reagrupada").

Por último se añade al final del apartado la expresión "sin necesidad de recurrir al sistema de servicios y prestaciones sociales".

Parecen acertadas las precisiones terminológicas y gramaticales introducidas en el apartado.

Cabe reputar como positivo que se remita a desarrollo reglamentario la acreditación del cumplimiento de ambos requisitos. (En la normativa vigente solo hay una previsión reglamentaria para que se desarrolle mediante Orden Ministerial la determinación de la cuantía de los medios de vida exigibles a estos efectos así como el modo de acreditar su posesión).

Respecto a la adición de la expresión "sin necesidad de recurrir al sistema de servicios y prestaciones sociales", ésta, por su amplitud, puede llevar a cierta confusión que crearía una inseguridad jurídica no deseable. Con independencia de la falta de definición legal tanto a nivel estatal como autonómico de lo que son servicios y prestaciones sociales, cabe pensar que la voluntad del legislador es evitar que la reagrupación familiar comporte una carga para el Estado de acogida (en consonancia con lo previsto en la Directiva



2003/86/CE del Consejo de 22/09/2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar). En este sentido parece más apropiado emplear la misma expresión que utiliza la precitada Directiva a la hora de referirse a lo que aquí se pretende regular: "sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado miembro de que se trate" (art. 7.1.c.). Y ello porque con la redacción dada en el Anteproyecto podría interpretarse que derechos del reagrupante procedentes de su condición de titular de una relación jurídica con el Sistema de la Seguridad Social no podrían hacerse valer para efectuar la reagrupación familiar por interpretarse que se trata de "prestaciones sociales". Por ejemplo, una persona que perciba una pensión de jubilación o de invalidez permanente en cualquiera de sus grados podría parecer que está haciendo uso de prestaciones sociales si quiere reagrupar a su familia acreditando sus medios económicos a través de tal pensión. Siendo igualmente amplia la expresión "asistencia social" al menos parece más precisa en su denotación que la utilizada en el Anteproyecto a la hora de concretar el requisito de que la reagrupación no suponga una carga para el Estado de acogida.

Por último, el Foro señala que sería muy conveniente que uno de los criterios a tener en cuenta en la valoración de los medios económicos suficientes, sea los medios económicos de las unidades familiares del reagrupante.

Propuesta

- 2. Sustituir en el texto del Anteproyecto la expresión "sin necesidad de recurrir al sistema de servicios y prestaciones sociales" por la expresión "sin necesidad de recurrir al sistema de asistencia social".***

Texto del Anteproyecto:

- 3. Cuando los familiares a reagrupar sean menores en edad de escolarización obligatoria, la Administración receptora de las solicitudes deberá comunicar a las autoridades educativas competentes una previsión sobre los procedimientos iniciados de reagrupación familiar, a los efectos de habilitar las plazas necesarias en los centros escolares correspondientes".*

Comentario

Se trata de una adición novedosa que debe valorarse positivamente en lo que supone de medida previsor, pero está desubicada en el texto ya que no se trata de un requisito para la reagrupación familiar sino más bien de una cuestión referida a la coordinación de los poderes públicos.

Propuesta

- 3. Trasladar este apartado de su ubicación actual en el Anteproyecto al Título IV de la LOEx.***

Comentario

La nueva redacción del artículo 18 desplaza las cuestiones procedimentales a un nuevo artículo (el 18 bis). Pero hay un apartado del vigente texto legal (el número 3) que no aparece ya en el artículo 18 del Anteproyecto y que tampoco aparece en el nuevo 18 bis, con lo cual ha quedado suprimido. En este apartado se hacía referencia a la concesión de una autorización de residencia a favor de los reagrupados y a la validez de dicha autorización vinculándola a la del reagrupante.

No debería obviarse este precepto aunque quizás su mejor ubicación sería en el artículo 16, en un nuevo apartado, concretando así el derecho a la reagrupación en la concesión de una autorización para residir en España.

Propuesta

- 3. Trasladar el apartado 3 del artículo 18 del vigente texto legal al artículo 16 de la LOEx.***



Veinte del Anteproyecto. (Nuevo Artículo 18 bis LOEX)

Texto del Anteproyecto:

Artículo 18 bis. Procedimiento para la reagrupación familiar”

Comentario

Quedan aquí recogidas las cuestiones procedimentales, separadas así de los requisitos para la reagrupación familiar, lo cual resulta una mejora técnico-jurídica del texto legal.

Texto del Anteproyecto:

1 Los extranjeros que deseen ejercer el derecho a la reagrupación familiar deberán solicitar una autorización de residencia por reagrupación familiar a favor de los miembros de su familia que deseen reagrupar, pudiendo solicitarse de forma simultánea la renovación de la autorización de residencia y la solicitud de reagrupación familiar.

Comentario

Se transcribe aquí, casi literal, el apartado 1 del art. 18 de la LOEx vigente. La novedad consiste en introducir la posibilidad de solicitar de forma simultánea la renovación de la autorización de residencia y la reagrupación. Dando rango de Ley a lo previsto en el apartado 1 del art. 42 del vigente RLOEx.

Texto del Anteproyecto:

2. En caso de que el derecho a la reagrupación se ejerza por residentes de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea que residan en España, la solicitud podrá presentarse por los familiares reagrupables, aportando prueba de residencia como miembro de la familia del residente de larga duración en el primer Estado miembro.

Comentario

Se traspone aquí de forma correcta, sin que quepa mayor comentario, lo previsto en el artículo 16.3 en relación con el 15.1 de la Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre,) (en lo referido al sujeto legitimado para presentar la solicitud); y lo previsto en el artículo 16.4.a) y 16.4.b) de la misma Directiva (en lo referido a la aportación de la prueba de residencia como miembro de la familia del residente de larga duración en el primer Estado miembro).

Veintiuno del Anteproyecto. (Artículo 19 LOEX)

Texto del Anteproyecto:

1. La autorización de residencia por reagrupación familiar de la que sean titulares el cónyuge e hijos reagrupados mayores de dieciséis años, habilitará para trabajar sin necesidad de ningún otro trámite administrativo. Reglamentariamente podrá establecerse que durante el primer año de vigencia de su autorización, los familiares reagrupados sólo tengan acceso a las ocupaciones consideradas



deficitarias en mano de obra según la situación nacional de empleo. Dicha limitación no será aplicable para los familiares de residentes de larga duración.

Comentario

Se habilita a los titulares de una autorización de residencia por reagrupación familiar (cónyuge e hijos mayores de 16 años) a acceder al mercado de trabajo sin necesidad de ningún otro trámite administrativo. Esto supone un avance fundamental en la consolidación de la reagrupación familiar como factor básico de integración y está en la línea de la Resolución aprobada por el Foro el 12 de febrero de 2008. De cualquier forma es probable que la expresión dé lugar a equívocos en el supuesto de los hijos y pueda interpretarse que sólo aquellos que han sido reagrupados cuando hayan cumplido los 16 años tienen este derecho. ¿Elo supondría que un reagrupado con catorce años no podría, al cumplir los 16, acceder al mercado de trabajo en las mismas condiciones? No parece ser ese el espíritu de la Ley. Quizás sería conveniente pulir la expresión de este precepto para evitar así el equívoco.

Comentario aparte merece la situación de aquellos cónyuges e hijos en edad laboral que hayan sido reagrupados antes de la entrada en vigor de la reforma. No parece razonable que se vean privados del derecho a trabajar concurriendo las mismas circunstancias que concurren en aquellos que sean reagrupados al amparo de la nueva normativa. Por ello debería considerarse la inclusión de una disposición transitoria en la que se hiciera constar el derecho a trabajar del cónyuge e hijo, cuando alcance la edad laboral, que a la entrada en vigor de la Ley fueran titulares de una autorización de residencia concedida en virtud de reagrupación familiar y mientras permanezcan en esa condición.

Se establece la posibilidad de limitar el acceso de los reagrupados con derecho a trabajar durante el primer año a determinadas ocupaciones en función de la situación nacional de empleo (salvo en el supuesto de cónyuges e hijos en edad laboral de reagrupantes que tengan la consideración de residentes de larga duración). Este aserto entra en contradicción con lo previsto en la letra b) del artículo 40 de la LOEx en la redacción propuesta por el Anteproyecto, toda vez que según éste no se tendría en cuenta la situación nacional de empleo cuando el contrato de trabajo o la oferta de colocación vaya dirigido al cónyuge o hijo de extranjero residente en España con una autorización renovada. Teniendo en cuenta que, necesariamente, todo cónyuge o hijo reagrupado lo es siempre de residente legal con autorización renovada y, por lo tanto, está incluido en el supuesto específico recogido en la Ley y antes citado, se produciría un agravio comparativo entre, por ejemplo, el cónyuge que viniese a través de un contrato y el que lo hiciese por reagrupación familiar.

Propuesta

- 1. Se propone sustituir la expresión “La autorización de residencia por reagrupación familiar de la que sean titulares el cónyuge e hijos reagrupados mayores de dieciséis años, habilitará para trabajar sin necesidad de ningún otro trámite administrativo”, por la expresión “La autorización de residencia por reagrupación familiar de la que sean titulares el cónyuge y los hijos reagrupados cuando alcancen la edad laboral habilitará para trabajar sin necesidad de ningún otro trámite administrativo.*

Se propone la supresión de la expresión “Reglamentariamente podrá establecerse que durante el primer año de vigencia de su autorización, los familiares reagrupados sólo tengan acceso a las ocupaciones consideradas deficitarias en mano de obra según la situación nacional de empleo. Dicha limitación no será aplicable para los familiares de residentes de larga duración.

Incluir, en el lugar correspondiente del Anteproyecto, una Disposición transitoria del siguiente tenor: “Las autorizaciones de residencia por reagrupación familiar de la que sean titulares el cónyuge e hijos, en edad laboral o cuando alcancen dicha edad, y que estuvieran vigentes a la entrada en vigor de la presente Ley habilitarán para trabajar sin necesidad de ningún otro trámite administrativo.



Texto del Anteproyecto:

2.. El cónyuge podrá obtener una autorización de residencia independiente cuando disponga de medios económicos suficientes para cubrir sus propias necesidades.

En caso de que la cónyuge fuera víctima de violencia de género, podrá obtener la autorización de residencia independiente desde el momento en que se hubiera dictado una orden de protección a favor de la misma, sin necesidad de que se haya cumplido el requisito anterior.

Comentario

Se recoge aquí en el apartado 2 del artículo 19 del texto del Anteproyecto el supuesto contemplado en el apartado 1 del artículo 19 del vigente texto legal.

Se suprime el término “reagrupado” en la expresión “El cónyuge reagrupado podrá obtener”, sin que sea evidente el motivo por el cual se introduce tal modificación.

Se cambia de forma acertada la expresión “cuando obtenga una autorización para trabajar” (puesto que en aplicación de lo previsto en el artículo 19.1 del Anteproyecto, ya disponen de la habilitación necesaria a tal efecto) por la expresión “cuando disponga de medios económicos suficientes para cubrir sus propias necesidades”, lo cual parece acertado a la hora de dar cobertura a situaciones en las que la subsistencia no tenga por qué acreditarse necesariamente mediante la realización de una actividad lucrativa, laboral o profesional.

Se cambia el artículo “el” por “la” en la expresión “En el caso de que el cónyuge (...)” del vigente texto legal. Y si bien la mayoría de las víctimas de este tipo de violencia son mujeres, ello no excluye que existan varones que sufran tales delitos. Según esto no parece que exista razón suficiente para no utilizar el artículo de género masculino, como término no marcado, para designar a la víctima con independencia de cual sea su sexo. No parece haber por tanto razón justificada para la modificación.

Se cambia la expresión “víctima de violencia doméstica” por la expresión “víctima de violencia de género” en correlato con la denominación utilizada para este tipo delictivo en la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

Por último, se añade, de forma acertada, al final del apartado la expresión “sin necesidad de que se haya cumplido el requisito anterior” para dispensar a quienes se hallen en este supuesto de especial fragilidad social de la carga de probar sus medios de vida en tan penosas circunstancias.

Nos parece importante introducir también la posibilidad de que víctima de violencia de género obtenga la residencia independiente, en el supuesto de que cuente con informe del Ministerio Fiscal en el que se constate la existencia de indicios de violencia, con fundamento en el art. 23 de la LO 1/2004.

Propuesta

2. El cónyuge podrá obtener una autorización de residencia independiente cuando disponga de medios económicos suficientes para cubrir sus propias necesidades.

En caso de que el cónyuge fuera víctima de violencia de género, podrá obtener la autorización de residencia independiente desde el momento en que se hubiera dictado una orden de protección a favor de la misma o cuenten con informe del Ministerio Fiscal en el que se constate la existencia de indicios de violencia, sin necesidad de que se haya cumplido el requisito anterior. Igualmente, podrán acceder a una autorización de residencia independiente aquellos familiares que fueran víctimas de violencia doméstica y a favor de los que se haya citado una orden de protección o cuenten con informe del Ministerio Fiscal en el que se constate la existencia de indicios de violencia.



Texto del Anteproyecto:

3 Los hijos reagrupados podrán obtener una autorización de residencia independiente cuando alcancen la mayoría de edad y dispongan de medios económicos suficientes para cubrir sus propias necesidades.

Comentario

Se sustituye el término “obtendrán” por la expresión “podrán obtener”, marcando el carácter potestativo de la concesión en consonancia con el resto del articulado.

Se sustituye la expresión “y obtengan una autorización para trabajar” por la expresión “y dispongan de medios económicos suficientes para cubrir sus propias necesidades”, lo cual parece más apropiado para dar cobertura a situaciones en las que se produce una emancipación por razón de la edad y el reagrupado deja de depender del reagrupante sin que ello comporte la obligación de trabajar (porque pase a depender, por ejemplo, del cónyuge con el que ha contraído matrimonio).

De la nueva redacción dada a este artículo 19 se deduce que los familiares reagrupados que pueden obtener una autorización de residencia independiente son los cónyuges y los hijos del reagrupante.

Se ha procedido a eliminar del texto del artículo el apartado 3 que recogía la posibilidad de que los ascendientes reagrupados obtuvieran una autorización de residencia independiente del reagrupante cuando adquiriesen una autorización para trabajar, cuyos efectos quedaría supeditados a los dispuesto en el artículo 17.3, es decir, al ejercicio por parte de los ascendientes del derecho de reagrupación familiar de sus hijos menores o incapacitados a su cargo.

De esta forma, las condiciones y los supuestos para el ejercicio del derecho de reagrupación familiar de los ascendientes reagrupados quedaban totalmente delimitados en la LOEx puesto que:

El artículo 17.3 establecía que los ascendientes reagrupados podían ejercer el derecho de reagrupación familiar únicamente tras haber obtenido la condición de residente *permanente* y que, con carácter excepcional, en el supuesto de que el ascendiente reagrupado tuviera un hijo menor de edad o incapacitado a su cargo, podría ejercer el derecho de reagrupación familiar para con ellos de conformidad con lo establecido en el artículo 17.2.

El precitado artículo 17.2 determinaba que los familiares reagrupados podían a su vez ejercer el derecho de reagrupación familiar si obtenían una autorización de residencia y trabajo independiente del reagrupante.

Y, por último, el artículo 19.3 reconocía que los ascendientes reagrupados podían conseguir esa residencia independiente si obtenían una autorización para trabajar, cuyos efectos se supeditaban a lo dispuesto en el artículo 17.3.

Por el contrario, en el Anteproyecto se plantea la duda de si finalmente los ascendientes reagrupados pueden reagrupar solo cuando obtengan una autorización de residencia de larga duración en España o si, en determinados supuestos, se contempla alguna excepción al respecto, ya que en el apartado dieciocho del artículo 1 del Anteproyecto se mantiene la excepción permitiendo que el ascendiente reagrupado pueda reagrupar al hijo menor o incapacitado a su cargo cuando obtenga una autorización de residencia independiente, sin necesidad de esperar a la residencia de larga duración (ver comentario quinto en apartado dieciocho del texto del Anteproyecto) pero, sin embargo, esta excepción queda vacía de contenido cuando se procede a eliminar del artículo 19 la posibilidad de que los ascendientes reagrupados obtengan una residencia independiente.

Propuesta

3. Se propone clarificar la intención del legislador en la cuestión de si los ascendientes reagrupados solo pueden ejercer el derecho de la reagrupación cuando obtengan la residencia de larga duración o si se permite que, en determinados supuestos concretos, puedan reagrupar cuando obtengan una residencia independiente del reagrupante (una autorización para trabajar),

Para ello existen dos opciones:

O bien eliminar la excepción recogida en el último párrafo del artículo 17.3 e impedir la reagrupación familiar de los ascendientes reagrupados hasta que éstos no obtengan la condición de residentes de larga duración en España.

O bien añadir un nuevo apartado 4 en este artículo 19 (procediendo a continuar la numeración de los siguientes apartados que se establecen en las propuestas que se



determinan con posterioridad): “Los ascendientes reagrupados podrán obtener una autorización de residencia independiente cuando obtengan una autorización para trabajar cuyos efectos se supeditarán a lo dispuesto en el artículo 17.3”.

Texto del Anteproyecto:

4. Reglamentariamente se determinará la forma y la cuantía de los medios económicos considerados suficientes para que los familiares reagrupados puedan obtener una autorización independiente.

Comentario

Se añade una remisión a desarrollo reglamentario de lo que ha de entenderse por “medios económicos suficientes”, lo que parece oportuno a efectos de delimitar el concepto jurídico indeterminado.

Se cambia de forma acertada, en todos los apartados de este artículo la expresión “cuando obtenga una autorización para trabajar” (puesto que en aplicación de lo previsto en el artículo 19.1 del Anteproyecto, ya disponen de la habilitación necesaria a tal efecto) por la expresión “cuando disponga de medios económicos suficientes para cubrir sus propias necesidades”, lo cual parece acertado a la hora de dar cobertura a situaciones en las que la subsistencia no tenga por qué acreditarse necesariamente mediante la realización de una actividad lucrativa, laboral o profesional.

Puede ocurrir también lo contrario, esto es, que el cónyuge o los hijos reagrupados obtengan un puesto de trabajo cuya remuneración se considere “insuficiente para cubrir sus propias necesidades” por lo que se les denegaría la autorización de residencia independiente. Habrá que estar atentos al desarrollo reglamentario, para incluir la actividad laboral normalizado como una forma de disposición “de medios económicos suficientes para cubrir sus propias necesidades”, o al menos motivo suficiente para conseguir una autorización de residencia independiente a partir de la cual iniciar un proyecto de vida propio.

Propuesta

4. Trasladar el apartado 3 del artículo 16 del vigente texto legal, añadiéndolo íntegramente como un nuevo apartado 4 al artículo 19 del texto del Anteproyecto.

Desplazar el apartado 4 del artículo 19 del texto del Anteproyecto a un nuevo apartado 6 (Véase la Propuesta siguiente).

Comentario

Debería incluirse aquí otro supuesto que tiene cabida en el actual texto reglamentario, que no está recogido en el vigente texto legal y que sin embargo hace referencia a efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales: es el caso del cónyuge reagrupado cuando fallece el reagrupante y de los demás familiares de éste dependientes. Tales situaciones aparecen recogidas en la actualidad en el artículo 41.2.c) y en el 41.3 del RLOEx, sin ninguna cobertura legal.

También parece apropiado hacer una remisión a desarrollo reglamentario de las condiciones que han de cumplirse para el mantenimiento de la condición de residentes legales de estos reagrupados.

Propuesta

Añadir un apartado 5 de este tenor donde se recoja el supuesto mencionado en el anterior Comentario.



Veintidós del Anteproyecto (Artículo 22 LOEX)

Texto del Anteproyecto:

1. Los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos administrativos que puedan llevar a su devolución, retorno o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo, cuando carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa aplicable. Además, tendrán derecho a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice.

Comentario

El Foro considera que debe incluirse dentro del derecho a la asistencia jurídica gratuita con carácter general los procedimientos de denegación de entrada así como los procedimientos de repatriación en el caso de menores.

Propuesta

1. Los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a su denegación de entrada, su devolución, retorno, expulsión o repatriación en el caso de menores del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo cuando carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa aplicable .además tendrán derecho a la asistencia de interprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice”.

Veinticuatro del Anteproyecto. (Letra a) del apartado 2 del artículo 23 LOEX)

Texto del Anteproyecto:

a) Los efectuados por la autoridad o funcionario público o personal encargado de un servicio público, que en el ejercicio de sus funciones, por acción u omisión, realice cualquier acto discriminatorio prohibido por la ley contra un ciudadano extranjero sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.”

Comentario

El Foro considera adecuado el artículo.

Veinticinco del Anteproyecto. (Apartado 5 artículo 25 LOEX)

Texto del Anteproyecto:

5. La entrada en territorio nacional de los extranjeros a los que no les sea de aplicación el régimen comunitario, podrá ser registrada por las autoridades españolas a los efectos de control de su



período de permanencia legal en España, de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

Comentario

El anteproyecto señala la posibilidad de registrar la entrada de los extranjeros, pero no tasa los casos concretos en que lo vaya a ser efectivo ese registro. Se supone que los criterios para registrar unas entradas y otras no, dependerán de las medidas de seguridad de cada momento, esperemos que no sean por nacionalidad. Igualmente existen puntos de entradas terrestres donde no es posible ningún tipo de registro.

En cualquier caso sería conveniente que el extranjero sepa que su entrada va a ser registrada por si decidiese entonces no entrar.

Propuesta

- 5. La entrada en territorio nacional de los extranjeros a los que no les sea de aplicación el régimen comunitario, podrá ser registrada por las autoridades españolas a los efectos de control de su período de permanencia legal en España, de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Los extranjeros serán advertidos de esta inscripción previamente a su entrada en España.***
-

Veintiséis del Anteproyecto. (Artículo 25 bis LOEX)

Texto del Anteproyecto:

- 2. 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.***

Comentario

La nueva disposición garantiza los derechos para el empleo del trabajador extranjero si los procedimientos administrativos fuesen lo suficientemente ágiles, teniendo en cuenta otras modificaciones propuestas, como son el Apartado 2.a) del art. 53 de la LOEx, según propuesta del Anteproyecto, que califica como falta grave el no dar de alta a un trabajador extranjero para el que el empleador solicitó autorización. Comprobado aquel extremo el trabajador podría inscribirse en los Servicios Públicos de Empleo, y encontrar otro empleador en el mismo sector y territorio que le diese de alta, o encontrar otro empleador en otro sector o territorio, solicitando entonces la modificación de la autorización inicial que será resuelta en un mes como máximo (silencio administrativo positivo). (esto ultimo según el nuevo apartado 3 de la Disposición Adicional primera de la LOEx)

Propuesta

- 2. d) Visado de residencia y trabajo, que habilita para efectuar la entrada y la permanencia 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.

Propuesta de adición al artículo 26 del Anteproyecto:

El Foro considera que reglamentariamente debe garantizarse la comparecencia de los extranjeros que no se hallen en España en procedimientos en donde su presencia sea acordada por una autoridad judicial.

Veintisiete del Anteproyecto. (Apartado 1 y letra d) del apartado 2 del artículo 28 LOEX)

Texto del Anteproyecto:

1. Las salidas del territorio español podrán realizarse libremente, excepto en los casos previstos en el Código Penal y en la presente Ley. La salida de los extranjeros a los que no les sea de aplicación el régimen comunitario, podrá ser registrada por las autoridades españolas a los efectos de control de su período de permanencia legal en España de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Comentario

El anteproyecto señala la posibilidad de registrar la salida de los extranjeros, pero no tasa los casos concretos en que lo vaya a ser efectivo ese registro. Se supone que los criterios para registrar unas salidas y otras no, dependerán de las medidas de seguridad de cada momento, esperemos que no sean por nacionalidad. Igualmente existen puntos de salidas terrestres donde no es posible ningún tipo de registro.

En cualquier caso sería conveniente que el extranjero sepa que su salida se va a ser registrada por si decidiese entonces no salir.

Propuesta

1. Las salidas del territorio español podrán realizarse libremente, excepto en los casos previstos en el Código Penal y en la presente Ley. La salida de los extranjeros a los que no les sea de aplicación el régimen comunitario, podrá ser registrada por las autoridades españolas a los efectos de control de su período de permanencia legal en España de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Los extranjeros serán advertidos de esta inscripción previamente a su salida.

Texto del Anteproyecto:

2.d) Cumplimiento del plazo en el que un trabajador extranjero se hubiera comprometido a regresar a su país de origen en el marco de un programa de retorno voluntario."



Comentario

Sin embargo, una vez más es necesario acotar de qué tipo de retorno estamos hablando, ya que el procedimiento de retorno incentivado por acumulación de desempleo conlleva un compromiso de regreso, pero el retorno voluntario humanitario, no.

La no distinción entre los distintos diferentes "retornos" implica que se podría aplicar también un compromiso de retorno a aquellos extranjeros que hayan decidido de forma voluntaria su regreso al país de origen por motivos humanitarios, siéndoles aplicada una obligación de salida que entendemos no se ajusta a esta figura.

Propuesta:

2. d) Añadir la palabra "incentivado".

Treinta y uno Anteproyecto. (Apartados 2, 4 y 5 del artículo 31 LOEX)

Texto del Anteproyecto:

2. La situación de residencia temporal se concederá al extranjero que acredite disponer de medios de vida suficientes, sin necesidad de realizar actividad lucrativa, para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso, los de su familia, durante el período de tiempo por el que la solicite, se proponga realizar una actividad económica por cuenta propia o ajena y haya obtenido la autorización administrativa para trabajar a que se refiere el artículo 36 de esta Ley, o sea beneficiario del derecho a la reagrupación familiar.

Comentario:

No es comprensible esta supresión ya que este extremo (el de los medios de vida suficientes y la acreditación de dependencia económica) está mencionado en los artículos 42.2 d) y artículo 39 e) del Reglamento con la misma expresión, sin que pueda entenderse esta repetición de términos como desarrollo reglamentario.

Este fue uno de los aspectos señalados por el Foro en el Informe 2008 sobre la situación de la integración social de los inmigrantes y refugiados (pg 14).

Persiste por tanto la necesidad de mantener este párrafo al no haber sido desarrollados dichos criterios reglamentariamente.

Propuesta:

2. Mantener el tercer párrafo del apartado 2 de la LOEX que reza: "reglamentariamente se establecerán los criterios a los efectos de determinar la suficiencia de los medios de vida a que se refiere el presente apartado."añadiendo detrás de reglamentariamente: ...quedan exceptuadas de la obligación de acreditar medios de vida suficientes las víctimas de violencia doméstica y de violencia de género.

Artículo 31.3 de la LOEX no modificado por el anteproyecto.

La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la justicia u otras circunstancias



excepcionales que se determinen reglamentariamente. En estos supuestos no será exigible el visado"

Comentario

Entendemos que es preciso que la LOEX contemple la posibilidad de una autorización provisional para quienes puedan encontrarse en los supuestos que desarrollan el artículo 31.3 y 59 de la LOEX y 45 del Reglamento.

Propuesta

Añadir al texto del anteproyecto:

La administración concederá una autorización de residencia temporal a las víctimas de violencia doméstica, y a las víctimas de violencia de género, una vez haya recaído sentencia condenatoria contra el agresor o por sobreseimiento provisional en el caso de que el agresor haya sido expulsado o se encuentre en paradero desconocido. Dicha autorización de residencia llevará aparejada, en todo caso, autorización de trabajo por cuenta ajena o propia sin que sea tenida en cuenta la situación nacional de empleo y sin limitación geográfica ni sectorial.

En ningún caso se incoará expediente sancionador de expulsión a las víctimas de violencia doméstica o de género en situación irregular que se presenten en dependencias policiales para denunciar una situación de maltrato.

La solicitud se presentará personalmente por la propia víctima, salvo cuando existan motivos fundados que le impidan ir personalmente en cuyo caso, podrá presentarse por representante, en los términos que reglamentariamente se establezcan.

Excepcionalmente la Administración podrá conceder una autorización para residir y trabajar, así como la documentación de su situación, mientras se consolida el cumplimiento efectivo de los requisitos exigidos, a quienes de manera acreditada por las autoridades competentes pudieran acogerse en el momento fijado a alguno de estos supuestos

Texto del Anteproyecto:

4. Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España, o en los países anteriores de residencia, por delitos existentes en el ordenamiento español y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. Se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar la autorización de residencia a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que hayan sido indultados, o los que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena.

Comentario:

Consideramos que sería oportuno introducir una excepción a la aplicación del artículo 31.4 para las solicitudes de Autorización de Residencia de mujeres por ser víctima de violencia doméstica o de género, con respecto a los requisitos de los antecedentes penales o de figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido, y prever que estos requisitos se valoren en función de las circunstancias de cada supuesto.

Propuesta 1:

4. *Añadir tras la palabra “sentido” la siguiente frase: “ Respecto de las víctimas de violencia doméstica y de género, se valorará la naturaleza del delito del que traen causa los antecedentes y, para los casos en que la víctima figure como rechazable en otros Estados del espacio Schengen, la Administración Española de oficio llevará a cabo las gestiones necesarias con las autoridades competentes de dichos Estados para levantar la prohibición de entrada cuando se deba únicamente a la permanencia irregular.*

Comentario

En el vigente código penal ya no aparece la expresión remisión, sino suspensión de la pena.

Sería oportuno introducir una excepción a la aplicación del Art. 31.4 para las solicitudes de Autorización de Residencia de mujeres por ser víctima de violencia de género, con respecto a los requisitos de los antecedentes penales o de figurar como rechazable en el espacio territorial de países con lo que España tenga firmado un convenio en tal sentido, y prever que estos requisitos se valoren en función de las circunstancias de cada supuesto.

Propuesta 2:

4. *Sustituir “o los que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena” por “o los que se encuentren en suspensión de la pena privativa de libertad”*

Texto del Anteproyecto:

5. *Los extranjeros con permiso de residencia temporal vendrán obligados a poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios de nacionalidad, estado civil y domicilio.*

Comentario

Parecería conveniente mantener una única denominación para designar la situación de residencia para evitar confusiones que permitan dudar de si es lo mismo una autorización o un permiso”.

Se sustituye “poner en conocimiento del Ministerio del Interior”, por “las autoridades competentes”. Este cambio parece conveniente ya que efectivamente el cambio de nacionalidad, estado civil y domicilio ha de ponerse en conocimiento de distintas autoridades por imperativo legal.

Propuesta

5. *Suprimir la palabra “permiso” y sustituirla por la palabra “autorización”.*

Treinta y dos del Anteproyecto. (Artículo 32 LOEX)

Texto del Anteproyecto:

Artículo 32. “ Residencia de larga duración”

Comentario

Una transposición suficiente de la Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre, implica que el contenido del Estatuto del residente de larga duración debe tener un desarrollo legal y no puede quedar para el futuro reglamento de aplicación de la LOEX.



Propuesta de título:

Residencia de larga duración y estatuto de residente de larga duración

Texto del Anteproyecto:

1. La residencia de larga duración es la situación que autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente en igualdad de condiciones que los españoles."

Comentario:

Se aplaude la nueva expresión del Anteproyecto: "situación que autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente en igualdad de condiciones que los españoles" (por resultar más clara que la vigente "autoriza a residir en España indefinidamente y a trabajar en igualdad de condiciones que los españoles")

Propuesta:

1. La residencia de larga duración es la situación que autoriza a residir y trabajar en España indefinidamente en igualdad de condiciones que los españoles y que otorga el estatuto jurídico de residente de larga duración según la Directiva 2003/109/CE de 25 de noviembre.

Texto del Anteproyecto:

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 periodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente el extranjero haya abandonado el territorio nacional temporalmente.

Comentario:

Queda para el Reglamento algo muy importante: la Directiva en su Considerando inicial número (6) expresa:

"Hay que contemplar la posibilidad de una cierta flexibilidad en función de las circunstancias que puedan impulsar a una persona a salir temporalmente del territorio". Pero, a mayor abundamiento, la Directiva en su artículo 4,3 sobre duración de la residencia y como disposición obligatoria dispone:

"Los periodos de ausencia del territorio del Estado miembro no interrumpirá el periodo al que se refiere el apartado 1 (cinco años inmediatamente anteriores, etc.) y se tendrán en cuenta en el cálculo de éste cuando fueran inferiores a 6 meses consecutivos y no excedieran de 10 meses en total a lo largo del periodo al que se refiere el apartado 1 (es decir, los cinco años...).

Cuando concurren razones específicas o excepcionales de carácter temporal y de conformidad con el Derecho nacional los Estados podrán aceptar que un periodo de ausencia más prolongado (...) no interrumpa el periodo al que se refiere el párrafo 1"

Es decir: hay una parte de la disposición de la Directiva sobre periodos de ausencia que no interrumpen el periodo de cinco años consecutivos como periodo de residencia previa necesaria para la adquisición de estatuto, que es de obligado cumplimiento para los 27 EE MM de la UE y otra parte de la disposición que permite e invita a una mayor flexibilidad para no interrumpir el cómputo de periodo de residencia previa necesaria (que la Directiva deja como opcional y a buen criterio de los EE MM).

Es esta segunda parte de la disposición de la Directiva la que debe quedar al Reglamento de Aplicación, pero la LOEX ha de recoger la parte de la disposición obligatoria.

El Foro entiende que, dadas las capacidades administrativas de nuestro Estado, se debe garantizar un plazo efectivo breve para la adopción de la resolución respecto de la residencia de larga duración y que, en el caso en que dicho plazo se rebase, el silencio de la administración debe operar como silencio positivo, manteniéndose durante el tiempo en que se resuelva por resolución motivada o por silencio los efectos de la residencia temporal.

Propuesta

2. *Eliminar el segundo párrafo: “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” y sustituirlo por:*

“Los periodos de ausencia del territorio español no interrumpirán el periodo de residencia legal e ininterrumpida en España a los efectos del cómputo para obtener la autorización de residentes de larga duración cuando fueran inferiores a 6 meses consecutivos y no excedieran de 10 meses en total a lo largo del periodo de residencia requerida para la obtención del estatuto de residente de larga duración.

Además, reglamentariamente se podrán establecer otras razones excepcionales por las que un periodo de ausencia más prolongado que el descrito en el párrafo anterior no interrumpa el periodo de residencia necesario a efectos de obtener el estatuto de residente de larga duración”

Tendrán derecho a residencia de larga duración los que hayan tenido residencia temporal en España durante cinco años de forma continuada. 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. Se entenderá concedida la solicitud de residencia de larga duración si en el plazo de un mes desde que se solicitara no se obtuviera respuesta por parte de la Administración, prorrogándose en todo caso los efectos de la residencia temporal hasta que la solicitud sea resuelta de forma definitiva.

Texto del Anteproyecto:

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.*

Comentario:

Se valora positivamente que se haya favorecido la libre circulación de los residentes de larga duración de otros Estados miembros mediante la concesión inicial de este mismo estatuto de residente de larga duración. No obstante, se considera que la regulación debería incluir los motivos distintos de los laborales que prevé la Directiva por los que el residente de larga duración puede trasladarse a España.

La redacción dada por el artículo 32.3 solo contempla el ejercicio de una actividad por cuenta propia o ajena.

Propuesta:

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 económica como trabajador por cuenta propia o ajena; realización de estudios o formación profesional; y otros fines, en las condiciones que se establezcan reglamentariamente.*



Texto del Anteproyecto:

4. Con carácter reglamentario se establecerán criterios para la concesión de otras autorizaciones de residencia de larga duración en supuestos individuales de especial vinculación con España."

Comentario:

Disposición oportuna y conveniente.

Texto del Anteproyecto:

5. La extinción de la residencia de larga duración e producirá en los casos siguientes:

- a) Cuando la autorización se haya obtenido de manera fraudulenta*
- b) Cuando se dicte una orden de expulsión en los casos previstos en la Ley*
- c) Cuando se produzca la ausencia del territorio de la Unión Europea durante 12 meses consecutivos. Reglamentariamente se establecerán las excepciones a la pérdida de la autorización por este motivo, así como el procedimiento y requisitos para recuperar la autorización de residencia de larga duración.*
- d) Cuando hubiera adquirido la residencia de larga duración en otro Estado miembro."*

Comentario:

Las causas de extinción mencionadas no recogen todas las mencionadas en la Directiva, ni hacen mención a especial protección contra la expulsión. También, el procedimiento de recuperación del permiso de larga duración (procedimiento simplificado al que alude el Art 9,7 de la Directiva) se restringe en el Anteproyecto a la letra C) cuando la Directiva lo propone para tres supuestos.

Propuesta:

5. La extinción de la residencia de larga duración se producirá en los casos siguientes:

- a) cuando la autorización se haya obtenido de manera fraudulenta;*
- b) cuando se dicte una orden de expulsión en los casos previstos en la ley que, en todo caso, respetarán la protección especial contra la expulsión de todo residente de larga duración tal y como se recoge en el artículo 12 de la Directiva 2003/109/CE. En este sentido, podrá establecerse la pérdida del estatuto por amenaza al orden público debido a la gravedad de los delitos cometidos sin que dicha amenaza sea motivo suficiente de expulsión y la misma haya sido declarada firme y ejecutable;*
- c) cuando se produzca la ausencia del territorio de la UE durante 12 meses consecutivos Reglamentariamente se establecerán las excepciones a la pérdida de la autorización por este motivo;*
- d) tras un ausencia de seis años del territorio español, no obstante, reglamentariamente se establecerán las razones extraordinarias /específicas por las que el residente de larga duración pueda conservar su estatuto no obstante su ausencia de territorio español por un periodo superior a seis años;*
- e) cuando hubiera adquirido la residencia de larga duración en otro Estado miembro;*



Reglamentariamente se establecerá el procedimiento y requisitos para recuperar la autorización de larga duración de modo simplificado en los supuestos recogidos en las letras c),d) y e).

Comentario

Sería necesario incluir una previsión establecida en la Directiva de residentes de larga duración (artículo 9.apartado 5).

Propuesta de un nuevo Apartado 6:

Las personas extranjeras que hayan perdido la condición de residentes de larga duración podrán recuperar dicho estatuto mediante un procedimiento simplificado que se desarrollará reglamentariamente. Dicho procedimiento se aplicará sobre todo en el caso de personas que hayan residido en otro Estado Miembro para la realización de Estudios.

Treinta y tres del Anteproyecto. (Artículo 33 LOEX)

Texto del Anteproyecto:

3. La autorización se renovará anualmente si el titular demuestra que sigue reuniendo las condiciones requeridas para la expedición de la autorización inicial y que cumple los requisitos exigidos, bien por el centro de enseñanza al que asiste, habiéndose verificado la realización de los estudios, o bien por el programa de intercambio o voluntariado, o centro donde realice las prácticas.

Comentario:

Parece más correcto mantener el término de prórroga cuando se mantienen las mismas condiciones al de renovación que implica una nueva valoración de la situación.

Propuesta

3. La autorización se prorrogará anualmente si el titular demuestra que sigue reuniendo las condiciones requeridas para la expedición de la autorización inicial y que cumple los requisitos exigidos, bien por el centro de enseñanza al que asiste, habiéndose verificado la realización de los estudios, o bien por el programa de intercambio o voluntariado, o centro donde realice las prácticas.

Texto del Anteproyecto:

4. Los extranjeros admitidos con fines de estudio podrán ser autorizados para ejercer una actividad retribuida por cuenta propia o ajena, en la medida en que ello no limite la prosecución de los estudios o actividad asimilada, en los términos que reglamentariamente se determine.



Propuesta

4. *Los extranjeros admitidos con fines de estudio, prácticas laborales o de voluntariado podrán ser autorizados para ejercer una actividad retribuida por cuenta propia o ajena, en la medida que ello no limite la prosecución de los estudios o actividad asimilada, en los términos que reglamentariamente se determine.*
-

Treinta y cuatro del Anteproyecto. (Artículo 35 LOEX)

Texto del Anteproyecto:

1. *El Gobierno promoverá el establecimiento de Acuerdos de colaboración con los países de origen que contemplen, integradamente, la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de los menores no acompañados.*

Comentario

Se tiene en cuenta en el artículo 2bis que contienen los principios que inspiran a esta ley, en el apartado h) la especial situación de los menores.

Propuesta:

1. *Supresión.*

Texto del Anteproyecto:

2. *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, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias.*

Comentario

La palabra "oportunas" en relación a las instituciones sanitarias (última línea) reviste mucha importancia que quiénes realicen las pruebas de edad sean las instituciones sanitarias oportunas y no cualesquiera otras.

En este sentido, es bueno recordar que el Foro en su Informe de 2008 recogía la siguiente medida:

- Cambiar el sistema de determinación de edad por otro más moderno y de mayor fiabilidad, dado que el actual, tiene un margen de error de dos años.

Si se está cuestionando el propio sistema de determinación de la edad, con más motivos ha de cuestionarse el que se haga una mención general a las instituciones sanitarias.



Propuesta 1:

2. Añadir la palabra “oportunas” detrás de instituciones sanitarias.

Comentario:

Para garantizar que pueda ser desprotegido un menor, que parecía mayor y que en cualquier caso, posteriormente se pueda acreditar o probar que es menor.

Propuesta 2:

2. Añadir tras “las pruebas necesarias” la frase: “Dichas pruebas serán interpretadas por el Ministerio Fiscal que fijará, mediante decreto motivado, tras el reconocimiento personal del menor y teniendo en cuenta las manifestaciones de éste y cualquier documento que pudiera aportar datos complementarios sobre su edad, la edad del menor, de manera indiciaria, dejando claro que el citado decreto se realiza, en defecto de pasaporte validamente expedido, y que por lo tanto si posteriormente apareciera éste podrá fijarse de nuevo la edad. El resultado de las pruebas practicadas se interpretará presumiéndose siempre la minoría de edad del interesado cuando por las mismas no quedara determinada la mayoría de edad de forma irrefutable”.

Texto del Anteproyecto:

3. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se hallen.

Comentario

En el momento en el que se comprueba que estamos ante un menor –que estaba indocumentado– y que no tiene un adulto responsable de él, nos encontramos ante un desamparo y por tanto, lo que ha de hacer la resolución administrativa es resolver la asunción de la tutela. Esta resolución administrativa no tiene efectos constitutivos sino meramente declarativos. En realidad esto no sería necesario porque ya está establecido en la ley de protección de menores que se debería aplicar sin ninguna diferencia a los menores extranjeros.

Propuesta

3. Determinada la edad, si se tratase de un menor no acompañado, ante la situación de desamparo el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se hallen. En este momento se dictará la resolución administrativa de asunción de la tutela, que en todo caso tendrá efectos declarativos.

Texto del Anteproyecto:

4. La Administración del Estado solicitará informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen con carácter previo a la decisión sobre la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación. Acordada la iniciación del procedimiento, y previo informe



de los servicios de protección de menores, la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España. De acuerdo con el principio de interés superior del menor, la repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores.

Comentario

En lo que respecta a la solicitud de la administración del Estado de un informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen, con carácter previo a la decisión sobre la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación, observamos:

- Que no se prevé nada en el caso de que no exista representación diplomática.
- Que no se establece en qué plazo se solicita, cuánto tiempo se espera la contestación y que efectos tiene el que no se conteste.

La solicitud de este informe sobre las circunstancias familiares del menor no parece una herramienta útil y, sin embargo, arroja serias dudas sobre las garantías que otorga a los menores. Es dudoso además que los Consulados tengan competencia (y medios) para emitir un informe de este tipo más allá de datos identificación y de nacionalidad. Se mencionan las "circunstancias familiares del menor" lo que hace pensar en un informe social que garantice que, en el supuesto de acordarse la repatriación en interés superior del menor, éste va a regresar a un entorno protegido.

De la redacción del primer párrafo más bien se deduce que la solicitud no es más que un trámite previo a la decisión de la iniciación del expediente de repatriación, o lo que es lo mismo, que una vez solicitado dicho informe, ya puede iniciarse.

Constituye una defectuosa técnica legislativa que traslada cuestiones de procedimiento a una Ley orgánica.

Es más clara la redacción del vigente apartado 3 del artículo 35.

Propuesta:

4. *La Administración del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor, y previo informe de los servicios de protección de menores resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o aquel donde se encontrasen sus familiares, o en su defecto sobre su permanencia en España.*

En todo caso en el expediente administrativo será tenido en cuenta la opinión del menor siempre que este tenga más de siete años o suficiente juicio de razón. Igualmente se le nombrará un defensor judicial pudiendo ser representado por los organismos y asociaciones legalmente reconocidas que tengan como fin la defensa de los derechos de los menores o extranjeros.

Texto del Anteproyecto:

5. *Se considerará regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se le otorgará una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores. La ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que les correspondan por su condición de menor.*

Comentario

Puesto que se afirma que la residencia es regular a todos los efectos, no tiene sentido mantener a los menores indocumentados. Debería documentarse a los menores desde el momento en que son tutelados. De este modo, ya no sería necesario el último párrafo



aclarando lo evidente. Si la residencia de los menores extranjeros no acompañados es regular y se documenta desde el principio ya no es necesario afirmar que la ausencia de autorización no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos. Además en el apartado siguiente se dispone que aunque tenga permiso de residencia puede ser repatriado.

Propuesta

- 5. Se considerará regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración Pública, otorgándole una autorización de residencia, a instancia del Organismo que ejerza la tutela.***

Texto del Anteproyecto:

- 7. Reglamentariamente se determinarán las condiciones que habrán de cumplir los menores tutelados que dispongan de autorización de residencia y alcancen la mayoría de edad para renovar su autorización o acceder a una autorización de residencia y trabajo.*

Comentario

Para que puedan desarrollarse reglamentariamente las condiciones en las que renuevan o acceden a una autorización de trabajo y residencia los mayores de edad que han sido previamente tutelados, esta posibilidad tiene que estar recogida en la Ley. Por tanto sería necesario que este apartado comenzara por establecer esta posibilidad, que entendemos que debe ser el régimen general.

Propuesta

- 7. Los menores tutelados que alcancen la mayoría de edad podrán o renovar su autorización o acceder a una autorización de residencia y trabajo. Reglamentariamente se desarrollarán las condiciones en las que se produzcan ambas situaciones.***

Propuesta

Incorporar este nuevo punto:

En supuesto de conflicto entre los derechos e intereses legítimos de un menor y su tutor, éste podrá designar un defensor judicial, distinto del Ministerio Fiscal.

Texto del Anteproyecto:

- 8. 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 las posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna institución pública nacional o extranjera encargada de su protección. Estos datos no podrán ser usado para una finalidad distinta a la prevista en este apartado."*

Comentario

Por salvaguarda de los menores y por ser consecuente con otros artículos de la LOEx que regulan el registro de datos de carácter persona



Propuesta

8. Añadir al final del párrafo:

“...en este apartado, y de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

Treinta y cinco del Anteproyecto. (Título del Capítulo III LOEX)

Texto del Anteproyecto:

CAPITULO III. De la autorización de residencia y trabajo y regímenes especiales.

Comentario

El texto del anteproyecto de ley cambia la denominación de este tipo de autorizaciones que pasan a denominarse autorización de residencia y trabajo ya que ambas autorizaciones se concederán conjuntamente, salvo en el supuesto de extranjeros penados y otros supuestos excepcionales que se determinarán reglamentariamente.

Artículo treinta y seis. Anteproyecto. (Artículo 36 LOEX):

Texto del Anteproyecto:

1. Los extranjeros mayores de 16 años precisarán para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. La autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la de residencia, salvo en los supuestos de penados extranjeros que se hallen cumpliendo condenas o en otros supuestos excepcionales que se determinen reglamentariamente”.

Comentario

El texto del anteproyecto recoge la obligación de obtener una autorización de trabajo y residencia para los extranjeros mayores de 16 años que quieran ejercer una actividad lucrativa, laboral o profesional con carácter previo al inicio de dicha actividad. Esta autorización para trabajar se concederá conjuntamente con la autorización de residencia salvo en el supuesto de extranjeros penados y en otros supuestos excepcionales que se determinarán reglamentariamente.

La redacción del artículo puede resultar confusa y llevar a determinar que los extranjeros que se hallen cumpliendo condena o se encuentran en determinados su puestos excepcionales que se establecerán de forma reglamentaria están excluidos del ámbito de las autorizaciones de trabajo.

Las Instrucciones del Consejo de Ministros de 1 de julio de 2005, que regulan el trabajo de penados, no comprenden a todos los extranjeros que están en nuestro país cumpliendo condena. Esta omisión puede suponer una vulneración del contenido del art. 25.2 CE y de los principios de la LO General Penitenciaria, ya que el trabajo es uno de los elementos más importantes del tratamiento penitenciario.

Por ello es necesario que sea la Ley de Extranjería la que aclare esta situación, de forma que garantice a todo extranjero en prisión, libertad condicional o tercer grado, el derecho a trabajar mientras cumpla condena tal y como dispone la Constitución. Si un extranjero está sometido al régimen penitenciario español, mientras permanezca en nuestro país y sujeto al mismo, ha de tener los mismos derechos laborales que cualquier otro penado.



En el caso de las autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales sería necesario establecer dentro del texto legal de forma mas clara la posibilidad de obtener una autorización de trabajo.

Propuesta

- 1. Los extranjeros mayores de 16 años precisarán para ejercer cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar. La autorización de trabajo se concederá conjuntamente con la de residencia, salvo en los supuestos de penados extranjeros que se hallen cumpliendo condenas a los que se garantizará una autorización para trabajar como elemento del tratamiento penitenciario mientras dure la condena conforme al art. 26 CE. Igualmente cabrá la posibilidad de obtener autorización para trabajar aquellos supuestos en los que se haya autorizado la residencia por circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente*

Texto del Anteproyecto:

- 4. Para la contratación de un extranjero, el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, que en todo caso deberá acompañarse del contrato de trabajo que garantice una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización.*

Comentario

El anteproyecto introduce la obligación de presentar un contrato de trabajo conjuntamente con la solicitud de autorización de trabajo y residencia que garantice una actividad continuada durante su periodo de vigencia. Sería más adecuado introducir la posibilidad de presentar una oferta de trabajo en lugar de un contrato toda vez que la presentación del contrato no permite el alta efectiva del trabajador hasta que no se resuelva la solicitud de la autorización y puede generar confusión en el empleador el uso del término contrato.

Propuesta

- 4. Para la contratación de un extranjero, el empleador deberá solicitar la autorización a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, que en todo caso deberá acompañarse de la oferta o contrato de trabajo que garantice una actividad continuada durante el periodo de vigencia de la autorización.*

Texto del Anteproyecto:

- 6. En la concesión inicial de la autorización administrativa para trabajar podrán aplicarse criterios especiales para determinadas nacionalidades en función del principio de reciprocidad.*

Comentario

Se hace referencia a la posibilidad de aplicar criterios especiales para determinadas nacionalidades en función del principio de reciprocidad.



Texto del Anteproyecto:

7. No se concederá autorización para residir y realizar una actividad lucrativa, laboral o profesional, a los extranjeros que, en el marco de un programa de retorno voluntario incentivado a su país de origen, se hubieran comprometido a no retornar a España durante un plazo determinado en tanto no hubiera transcurrido dicho plazo."

Comentario

Se introduce otra novedad que es la imposibilidad de conceder una autorización de trabajo y residencia a aquellos extranjeros que se hayan acogido a un programa de retorno voluntario y se hubieran comprometido a no retornar durante un plazo determinado, hasta que haya concluido este plazo.

Treinta y ocho del Anteproyecto. (Artículo 38 LOEX)

Texto del Anteproyecto:

1. Para la concesión inicial de la autorización de residencia y trabajo, en el caso de trabajadores por cuenta ajena, se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo..

2. La situación nacional de empleo será determinada por el Servicio Público de Empleo Estatal con la información proporcionada por las Comunidades Autónomas y con aquella derivada de indicadores estadísticos oficiales y quedará plasmada en el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura. Dicho catálogo contendrá una relación de empleos susceptibles de ser satisfechos a través de la contratación de trabajadores extranjeros y será aprobado previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración.

Igualmente, se entenderá que la situación nacional de empleo permite la contratación en ocupaciones no catalogadas cuando de la gestión de la oferta se concluya la insuficiencia de demandantes de empleo adecuados y disponibles. Reglamentariamente se determinarán los requisitos mínimos para considerar que la gestión de la oferta de empleo es considerada suficiente a estos efectos.

Comentario

El texto del anteproyecto en su punto primero y segundo desarrolla ampliamente la forma de tener en cuenta la situación nacional de empleo a la hora de conceder la autorización inicial de residencia y trabajo. Para ello con carácter general establece que esta se determinará por el Servicio Público de Empleo Estatal y quedará plasmada en el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura, que contendrá una relación de empleos susceptibles de ser satisfechos a través de la contratación de trabajadores extranjeros y será aprobado previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración.

También se permite que se estime que la Situación Nacional de Empleo admite la concesión de la autorización cuando de la gestión de la oferta se concluya la insuficiencia de demandantes de empleo adecuados y disponibles, dejando a un posterior desarrollo reglamentario la determinación de los requisitos mínimos para considerar que la gestión de la oferta de empleo es considerada suficiente a estos efectos.



Texto del Anteproyecto:

3. *El procedimiento de concesión de la autorización de residencia y trabajo inicial, sin perjuicio de los supuestos previstos cuando el extranjero que se halle en España se encuentre habilitado para solicitar u obtener una autorización de residencia y trabajo, se basará en la solicitud de cobertura de un puesto vacante, presentada por un empresario o empleador ante la autoridad competente, junto con el contrato de trabajo y el resto de documentación exigible, ofrecido al trabajador extranjero residente en un tercer país. Verificado el cumplimiento de los requisitos, la autoridad competente expedirá una autorización cuya vigencia estará condicionada a que el extranjero solicite el correspondiente visado y que, una vez en España, se produzca el alta del trabajador en la Seguridad Social.*

Comentario

En el punto tercero el texto del anteproyecto se determina el procedimiento de concesión de la autorización. Dicho procedimiento se basa en la cobertura de un puesto vacante, presentada por un empresario o empleador ante la autoridad competente, junto con el contrato de trabajo y el resto de documentación exigible, ofrecido al trabajador extranjero residente en un tercer país. La autoridad competente expedirá la autorización cuando verificado el cumplimiento de estos requisitos y su vigencia estará condicionada a que el extranjero solicite el correspondiente visado y que, una vez en España, se produzca el alta del trabajador en la Seguridad Social.

Propuesta

3. *El procedimiento de concesión de la autorización de residencia y trabajo inicial, sin perjuicio de los supuestos previstos cuando el extranjero que se halle en España se encuentre habilitado para solicitar u obtener una autorización de residencia y trabajo, se basará en la solicitud de cobertura de un puesto, presentada por un empresario o empleador ante la autoridad competente, junto con la oferta o contrato de trabajo y el resto de documentación exigible, ofrecido al trabajador extranjero residente en un tercer país. Verificado el cumplimiento de los requisitos, la autoridad competente expedirá una autorización cuya vigencia estará condicionada a que el extranjero solicite el correspondiente visado y haga efectiva su entrada en España.*

Texto del Anteproyecto:

4. *El empresario o empleador estará obligado a comunicar el desistimiento de la solicitud de autorización si, mientras se resolviera la autorización o el visado, desapareciera la necesidad de contratación del extranjero o se modificasen las condiciones del contrato de trabajo que sirvió de base a la solicitud. Asimismo, cuando el extranjero habilitado se hallase en España deberá registrar en los Servicios Públicos de Empleo el contrato de trabajo que dio lugar a la solicitud y formalizar el alta del trabajador en la seguridad social, y si no pudiera iniciarse la relación laboral, el empresario o empleador estará obligado a comunicarlo a las autoridades competentes.*

Comentario

Introduce la obligación del empresario o empleador de comunicar el desistimiento de la solicitud de autorización si desapareciera la necesidad de realizar la contratación, y la obligación de registrar en los Servicios Públicos de Empleo el contrato de trabajo que dio lugar a la solicitud y formalizar el alta del trabajador en la seguridad social o si no pudiera iniciarse comunicar tal circunstancia.

Nos encontramos a menudo en este ámbito con situaciones provocadas por la tardanza de la Administración en resolver las solicitudes, lo que lleva a que los empleadores desistan de su solicitud; o situaciones sobrevenidas tales como el fallecimiento de la



persona dependiente a la que se iba a cuidar (enfermos, ancianos,...), quiebra de la empresa, etc. En estos casos, a menudo la persona extranjera ha realizado la entrada en España, pero no es dada de alta o bien es dada de alta e inmediatamente de baja. Siempre que lo permita la situación nacional de empleo sería adecuado permitirle presentar una nueva oferta de empleo en lugar de hacerle regresar a su país de origen e inicial nuevamente todos los trámites.

Propuesta

- 4. El empresario o empleador estará obligado a comunicar el desistimiento de la solicitud de autorización si, mientras se resolviera la autorización o el visado, desapareciera la necesidad de contratación del extranjero o se modificasen las condiciones del contrato de trabajo que sirvió de base a la solicitud. Asimismo, cuando el extranjero habilitado se hallase en España deberá registrar en los Servicios Públicos de Empleo el contrato de trabajo que dio lugar a la solicitud y formalizar el alta del trabajador en la seguridad social, y si no pudiera iniciarse la relación laboral, el empresario o empleador estará obligado a comunicarlo a las autoridades competentes.*

En aquellos casos en los que por causas sobrevenidas no imputables al trabajador extranjero que haya realizado su entrada conforme a la legalidad en territorio nacional, se permitirá su alta en la Seguridad Social con un nuevo empleador, con las mismas limitaciones geográficas o sectoriales en su caso, si presenta nueva oferta de empleo. Para ello, el trabajador estará obligado a notificar esta situación a la Subdelegación o Delegación de Gobierno el cual resolverá en el plazo de un mes.

Treinta y nueve del Anteproyecto. (Se introduce un artículo 38 bis LOEX)

Texto del Anteproyecto:

- 1. Tendrá la consideración de investigador el extranjero cuya permanencia en España tenga como fin único o principal realizar proyectos de investigación, en el marco de un convenio de acogida firmado con un organismo de investigación.*
- 2. Las instituciones dedicadas a la investigación, públicas o privadas, que cumplan las condiciones previstas reglamentariamente, podrán ser habilitadas como organismos de investigación para acoger a investigadores extranjeros. Esta habilitación tendrá una duración mínima de cinco años, salvo casos excepcionales en que se otorgará por un período más corto.*
- 3. Reglamentariamente se determinarán los requisitos para la firma del convenio de acogida entre el investigador y el organismo de investigación y las condiciones del proyecto de investigación.*
- 4. La situación del extranjero en régimen de investigador será la de autorización de residencia y trabajo, que se renovará anualmente si el titular sigue reuniendo las condiciones establecidas para la expedición de la autorización inicial.*
- 5. Los extranjeros admitidos con fines de investigación podrán impartir clases con arreglo a la normativa en vigor.*



6. El organismo de investigación deberá informar cuanto antes, a la Autoridad que concedió la autorización de residencia y trabajo, de cualquier acontecimiento que impida la ejecución del convenio de acogida.

7. Todo extranjero admitido en calidad de investigador en otro Estado miembro de la Unión Europea que solicite realizar parte de su investigación en España durante un periodo superior a tres meses podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo y obtenerla si reúne los requisitos reglamentarios para ello, no siendo exigible el visado, pero pudiendo exigirse un nuevo convenio de acogida."

Comentario

El anteproyecto de ley transpone en este artículo la Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005 relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica. Se realiza una regulación de la autorización para realizar actividades que tengan como fin único o principal realizar proyectos de investigación, en el marco de un convenio de acogida firmado con un organismo de investigación.

El texto del anteproyecto deja a un posterior desarrollo reglamentario los requisitos para que una institución dedicada a la investigación, pueda ser habilitada como organismos de investigación y para la firma del convenio de acogida entre el investigador y el organismo de investigación y las condiciones del proyecto de investigación.

Establece que la situación del extranjero en régimen de investigador será la de autorización de residencia y trabajo, que se renovará anualmente si el titular sigue reuniendo las condiciones establecidas para la expedición de la autorización inicial, posibilitándoles impartir clases con arreglo a la normativa en vigor.

En el caso de investigadores admitidos otro Estado miembro de la Unión Europea que soliciten realizar parte de su investigación en España durante un periodo superior a tres meses no será exigible visado.

El texto del Anteproyecto no especifica que se tenga un derecho a continuar residiendo y/o trabajando cuando desaparece la condición de investigador (aunque estemos hablando de "residencia" y no de una simple "estancia"), por lo que sería conveniente introducir esta precisión. Igual para los familiares.

Propuesta de adición de un nuevo punto 8:

8. Finalizado el convenio o resuelto éste por las causas establecidas en el mismo, el investigador podrá ejercer una actividad lucrativa en España solicitando la modificación oportuna ante el órgano competente, sin necesidad de retornar a su país para obtener un nuevo visado. En este caso, igualmente conservarán el derecho de residencia sus familiares conforme a las normas generales sin necesidad de nuevo visado.

Cuarenta del Anteproyecto. (Artículo 39 LOEX)

Texto del Anteproyecto:

1. El Ministerio de Trabajo e Inmigración, teniendo en cuenta la situación nacional de empleo, podrá aprobar una previsión anual de las ocupaciones y, en su caso, de las cifras previstas de empleos que se puedan cubrir a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen en un período determinado, a los que sólo tendrán acceso aquellos que no se hallen o residan en España. Asimismo, podrá establecer un número de visados para búsqueda de empleo en las condiciones que se determinen, dirigidos a hijos o nietos de español de origen o a determinadas ocupaciones.



2. El procedimiento de concesión de autorización inicial de residencia y trabajo mediante tramitación colectiva de los contratos en origen, estará basado en la gestión simultánea de una pluralidad de autorizaciones, presentadas por uno o varios empleadores, respecto de trabajadores seleccionados en sus países, con la participación, en su caso, de las autoridades competentes.

3. Las ofertas de empleo realizadas a través de este procedimiento se orientarán preferentemente hacia los países con los que España haya firmado acuerdos sobre regulación de flujos migratorios. "

Comentario

Creemos que el texto del anteproyecto no supone una profunda remodelación del contingente de trabajadores extranjeros que pasa a denominarse gestión colectiva de contrataciones en origen. El encargado de realizar la previsión anual de las ocupaciones y, en su caso, de las cifras previstas de empleos que se puedan cubrir será el Ministerio de Trabajo e Inmigración.

Respectos a los visados para búsqueda de empleo dirigidos a hijos o nietos de español de origen o a determinadas ocupaciones se debería hacer una referencia al texto legal donde se determinen las condiciones.

Sobre el procedimiento de concesión de autorización inicial de residencia y trabajo mediante tramitación colectiva de los contratos en origen, el nuevo texto legal da una serie de principios que orientarán el procedimiento pero no desarrolla este ni hace referencia alguna al texto legal en el cual se desarrollará con posterioridad.

Esta reforma se justifica afirmando que la finalidad de la misma es evitar la concepción del contingente como cupo anual cerrado que contempla el conjunto de la contratación en origen y el establecimiento de un procedimiento de contratación colectiva con posibilidad de selección y, en su caso, formación en los países de procedencia de los inmigrantes, así como de una previsión de las autorizaciones a tramitar por este procedimiento. Sin embargo para lograr esta finalidad debería haberse plasmado de manera mas específica estos objetivos en el articulado y haber desarrollado más ampliamente el procedimiento de concesión y selección.

Propuesta

- 1. El Ministerio de Trabajo e Inmigración, teniendo en cuenta la situación nacional de empleo, podrá aprobar una previsión anual de las ocupaciones y, en su caso, de las cifras previstas de empleos que se puedan cubrir a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen, a los que sólo tendrán acceso aquellos que no se hallen o residan en España. Asimismo, podrá establecer un número de visados para búsqueda de empleo en las condiciones que se determinen, dirigidos a hijos o nietos de español de origen o a determinadas ocupaciones.*
- 2. El procedimiento de concesión de autorización inicial de residencia y trabajo mediante tramitación colectiva de los contratos en origen, se desarrollara reglamentariamente y estará basado en la gestión simultánea de una pluralidad de autorizaciones, presentadas por uno o varios empleadores, respecto de trabajadores seleccionados en sus países, con la participación, en su caso, de las autoridades competentes.*
- 3. Las ofertas de empleo realizadas a través de este procedimiento se orientarán preferentemente hacia los países con los que España haya firmado acuerdos sobre regulación de flujos migratorios. "*



Cuarenta y uno del Anteproyecto. (letra k) del artículo 40 LOEX)

Texto del Anteproyecto:

- b) El cónyuge o hijo de extranjero residente en España con una autorización renovada, así como el hijo de español nacionalizado o de comunitario, siempre que estos últimos lleven como mínimo un año residiendo legalmente en España y al hijo no le sea de aplicación el régimen comunitario.*
- k) Los extranjeros que obtengan la autorización de residencia por circunstancias excepcionales en los supuestos que se determinen reglamentariamente y, en todo caso, cuando se trate de víctimas de violencia de género o de trata.*

Comentario

El texto vigente en la actualidad establece que no se aplica la situación nacional de empleo a los extranjeros que obtenían una autorización de residencia por circunstancias excepcionales. El anteproyecto de ley limita esta posibilidad estableciendo que se exceptuara en aquellos casos por circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente. Sería necesario equiparar todas las circunstancias excepcionales en lo referente a eximirles de aplicar la Situación Nacional de Empleo. Asimismo si la vocación del legislador es otorgar una mayor protección a las víctimas de violencia de género o de trata sería adecuado conceder una autorización de trabajo provisional desde que se dicta a su favor una orden de protección. Cuenten con informe del Ministerio Fiscal en el que se constate la existencia de indicios, mientras recae sentencia.

Propuesta

- b) El cónyuge o hijo de extranjero residente en España con una autorización renovada, así como el hijo de español nacionalizado o de comunitario, siempre que estos últimos lleven como mínimo un año residiendo legalmente en España y al hijo no le sea de aplicación el régimen comunitario.*
- k) Los extranjeros que obtengan la autorización de residencia previstas en el artículo 31.3. Las víctimas de violencia de género, cuando se haya dictado a su favor una orden de protección o cuenten con informe del Ministerio Fiscal en el que se constate la existencia de indicios o en otros supuestos determinados reglamentariamente, podrán trabajar una vez presentada la solicitud de Autorización de Residencia mientras tanto recaiga sentencia condenatoria.*
- l) Los extranjeros investigadores a los que se refiere el apartado 1 del artículo 38 bis)*
- m) Los titulares de tarjeta de estudiante que pretendan la modificación a "autorizaciones de residencia y trabajo".*
- n) A los nacionales con los que España tenga convenio suscrito de reciprocidad.*
- ñ) Los extranjeros que hayan renunciado voluntariamente y de forma temporal a su autorización de residencia y trabajo al participar en un programa de gestión de flujos migratorios que lo permitía, y soliciten la recuperación de su autorización por tenerlo previsto dicho programa.*



Cuarenta y tres del Anteproyecto. (Apartados 1 y 2 del artículo 42 LOEX)

Texto del Anteproyecto.

- 1. El Gobierno regulará reglamentariamente la autorización de residencia y trabajo para los trabajadores extranjeros en actividades de temporada o campaña que les permita la entrada y salida del territorio nacional, así como la documentación de su situación, de acuerdo con las características de las citadas campañas y la información que le suministren las Comunidades Autónomas donde se promuevan.*
- 2. Para conceder las autorizaciones de residencia y trabajo deberá garantizarse que los trabajadores temporeros serán alojados en condiciones de dignidad e higiene adecuadas.*

Comentario

Como novedad en este ámbito el anteproyecto de ley hace referencia a la documentación que acreditará que un extranjero se encuentra en esta situación, si bien deja a un posterior desarrollo reglamentario que documentación será la que lo acredite.

Cuarenta y cinco del Anteproyecto. (Apartado 2 del artículo 44 LOEX)

Texto del Anteproyecto:

- 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente, constituye el hecho imponible de las tasas la solicitud de las autorizaciones administrativas y de los documentos de identidad previstos en esta ley, así como de sus prórrogas, modificaciones y renovaciones; en particular:*
 - a) La solicitud de autorizaciones para la prórroga de la estancia en España.*
 - b) La solicitud de las autorizaciones para residir en España.*
 - c) La solicitud de autorizaciones de trabajo, salvo que se trate de autorizaciones para un período inferior a seis meses.*
 - d) La solicitud de tarjetas de identidad de extranjeros.*
 - e) La solicitud de documentos de identidad a indocumentados.*
 - f) La solicitud de visado”.*

Comentario

El anteproyecto de ley modifica el hecho imponible de las tasas que pasa de ser la concesión de las autorizaciones administrativas y la expedición de los documentos de identidad, a ser la solicitud de de las autorizaciones administrativas y de los documentos de identidad previstos en la ley, así como sus prórrogas.

Propuesta

- 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado siguiente, constituye el hecho imponible de las tasas la concesión de las autorizaciones administrativas y la expedición de los*



documentos de identidad previstos en esta ley, así como sus prórrogas, modificaciones y renovaciones en particular:

- a) La concesión de autorizaciones para la prórroga de la estancia en España.*
- b) La concesión de las autorizaciones para residir en España.*
- c) La concesión de autorizaciones de trabajo, salvo que se trate de autorizaciones para un período inferior a seis meses.*
- d) La expedición de tarjetas de identidad de extranjeros.*
- e) La expedición de documentos de identidad de indocumentados.*
- f) La concesión de visado.*

Comentario:

Puesto que la figura del silencio administrativo no se contempla en la Ley 30/92 como un derecho de la administración, sino como una garantía del ciudadano, proponemos esta redacción para evitar y penalizar la existencia de actos presuntos negativos y fomentar el acto expreso, por el perjuicio que esto causa al administrado.

Es decir, cuando un extranjero solicite una autorización de residencia, trabajo o visado, deberá abonar la tasa correspondiente en ese preciso momento. Pero si se introduce en la LOEx la posibilidad de devolución (art. 12 da la Ley de Tasas) en este supuesto, se daría un importante giro a la actividad administrativa en este concreto sector, pues el hecho de tener que proceder a la devolución de la tasa que se ha pagado en el momento de la solicitud del expediente, por desestimación presunta o expresa, obligaría a la Administración a tener que cumplir escrupulosamente tanto los plazos de resolución de tres meses motivada así como los requerimientos conforme la ley 30/92.

Artículo 44.3 de la LOEX no modificado por el Anteproyecto:

3. En el caso de los visados, constituye el hecho imponible de las tasas la tramitación de la solicitud de visado.

Propuesta

- 3. Procederá la devolución de las tasas que se hubieran exigido cuando no se realice su hecho imponible por causas no imputables al sujeto pasivo, así como cuando transcurridos tres meses desde la fecha de la solicitud se entienda ésta desestimada por silencio, a excepción de la solicitud de renovaciones o de tarjetas de familiares de comunitarios en que el silencio es de carácter positivo.*
-

Cuarenta y seis del Anteproyecto. (Artículo 45 LOEX)

Texto del Anteproyecto:

- 1. Las tasas se devengarán cuando se solicite, la autorización, prórroga, modificación, renovación, o el visado.*



Comentario

El anteproyecto de ley realiza una modificación del momento en el que se devengarán las tasas consecuencia de las modificaciones introducidas sobre el hecho imponible. Asimismo introduce modificaciones relativas al devengo de las tasas en el caso de los trabajadores de servicio domestico discontinuos.

Propuesta

- 1. Las tasas se devengarán cuando se conceda la autorización, prórroga, modificación, renovación o el visado***
-

Cuarenta y siete del Anteproyecto. (Artículo 46 LOEX)

Texto del Anteproyecto:

- 1. Serán sujetos pasivos de las tasas los solicitantes de visado y las personas en cuyo favor se concedan las autorizaciones o se expidan los documentos previstos en el artículo 44, salvo en las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena, en cuyo caso será sujeto pasivo el empleador o empresario, excepto en el supuesto de relaciones laborales en el sector del servicio doméstico de carácter parcial o discontinuo, en que lo será el propio trabajador.*
- 2. Será nulo todo pacto por el que el trabajador por cuenta ajena asuma la obligación de pagar en todo o en parte el importe de las tasas establecidas"*

Comentario

El anteproyecto de ley realiza una modificación para convertir en sujeto activo de las tasas a los trabajadores de servicio domestico discontinuos.

Cuarenta y ocho del Anteproyecto. (Apartado 1 del artículo 48)

Texto del Anteproyecto:

- 1. El importe de las tasas se establecerá por Orden ministerial de los Departamentos competentes.*

Comentario

Introduce una mejora técnica gramatical para que exista concordancia entre el artículo y el sustantivo ("las tasas" en lugar de "las tasa").



Cincuenta del Anteproyecto. (Artículo 53 LOEX)

Texto del Anteproyecto:

1. Son infracciones graves:

c) Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio, así como incurrir en falsedad en la declaración de los datos obligatorios para cumplimentar el alta en el padrón municipal a los efectos previstos en esta Ley, siempre que tales hechos no constituyan delito.

Comentario

No se debe convertir la ley de extranjería en una ley sancionadora especial en donde vayan incluidas todas las infracciones que tengan que ver con elemento extranjero. En este sentido, cualquier infracción y sanción por falsedad en la declaración de los datos del padrón deberán ser tratados en su normativa específica, con las consecuencias allí previstas, y no en la ley de extranjería. Lo contrario supone llevar la naturaleza de relación de sujeción especial de los extranjeros a límites insospechados y no deseables.

Propuesta

1. c) Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio.

Texto del Anteproyecto:

2. d) Consentir la inscripción de un extranjero en el Padrón Municipal, por parte del titular de una vivienda habilitado para tal fin, cuando dicha vivienda no constituya el domicilio real del extranjero. Se incurrirá en una infracción por cada persona indebidamente inscrita.

Comentario

No se debe convertir la ley de extranjería en una ley sancionadora especial en donde vayan incluidas todas las infracciones que tengan que ver con elemento extranjero. En este sentido, cualquier infracción y sanción por falsedad en la declaración de los datos del padrón deberán ser tratadas en su normativa específica, con las consecuencias allí previstas, y no en la ley de extranjería. Lo contrario supone llevar la naturaleza de relación de sujeción especial de los extranjeros a límites insospechados y no deseables. Entendemos que es la Ley de Bases de Régimen Local la que tiene que establecer esta infracción en el caso de que así se considere.

Propuesta

Eliminación del apartado d)



Cincuenta y dos del Anteproyecto. (Letras a), b) y c) del apartado 1 y segundo párrafo del apartado 2 del artículo 55 LOEX)

c) Las infracciones muy graves con multa desde 10.001 hasta 100.000 euros, excepto la prevista en el artículo 54.2.b), que lo será con una multa de 5.000 a 10.000 euros por cada viajero transportado o con un mínimo de 750.000 euros a tanto alzado, con independencia del número de viajeros transportados. La prevista en el artículo 54.2.a) en relación con el 66.1 lo será con una multa de 10.001 hasta 100.000 euros por cada viaje realizado sin haber comunicado los datos de las personas transportadas o habiéndolos comunicado incorrectamente, con independencia de que la Autoridad gubernativa pueda adoptar la inmovilización, incautación y decomiso del medio de transporte, o la suspensión provisional o retirada de la autorización de explotación.

Comentario

En consonancia con la desaparición que proponemos del art. 66.1, por los motivos allí expresados.

Propuesta

c) Las infracciones muy graves con multa desde 10.001 hasta 100.000 euros, excepto la prevista en el artículo 54.2.b), que lo será con una multa de 5.000 a 10.000 euros por cada viajero transportado o con un mínimo de 750.000 euros a tanto alzado, con independencia del número de viajeros transportados.

Texto del Anteproyecto:

2. párrafo segundo. En los supuestos calificados como infracción leve del artículo 52 c), graves del artículo 53.1. b), 53.1 i), y 53.2 a) y b), y muy grave del artículo 54.1 d), el procedimiento sancionador se iniciará por acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo con lo establecido en el procedimiento sancionador por infracciones del orden social, correspondiendo la imposición de las sanciones a las autoridades referidas en el párrafo anterior

Comentario

En consonancia con la eliminación de esas infracciones.

Propuesta

2. párrafo segundo. En los supuestos calificados como infracción leve del artículo 52 c), graves del artículo 53.1.b), y 53.2 a), y muy grave del artículo 54.1 d), el procedimiento sancionador se iniciará por acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, de acuerdo con lo establecido en el procedimiento sancionador por infracciones del orden social, correspondiendo la imposición de las sanciones a las autoridades referidas en el párrafo anterior.



Cincuenta y tres del Anteproyecto. (Apartados 2, 4, 5b), 6, y 7 a) primer párrafo y 10 del artículo 57 LOEX)

Texto del Anteproyecto:

2. Asimismo constituirá causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados. Cuando el autor de dicho delito sea un menor de edad tutelado por los servicios de protección de menores competentes, se procederá a su repatriación en los términos previstos en el artículo 35.3 de la presente Ley, o bien a su expulsión tras acceder a la mayoría de edad.

Comentario

Se elimina el siguiente párrafo "Cuando el autor de dicho delito sea un menor de edad tutelado por los servicios de protección de menores competentes, se procederá a su repatriación en los términos previstos en el artículo 35.3 de la presente Ley, o bien a su expulsión tras acceder a la mayoría de edad", por entender que contraviene el principio de que la responsabilidad penal de los menores ha de estar orientada siempre a una finalidad educativa que ha de trascender a todos los aspectos de su regulación jurídica y que determina considerables diferencias respecto a la jurisdicción de adultos. Así lo declara la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2000 de responsabilidad penal de los menores, al ser un principio aprobado unánimemente por el Congreso de los Diputados el día 10 de mayo de 1994.

Además, el propio artículo 48 de la LO 5/2000 establece la privacidad de la ejecución de las medidas de los menores, a las que sólo podrán tener acceso los Defensores del Pueblo, jueces de menores (ni tan siquiera otra autoridad judicial), Ministerio Fiscal, personal que intervenga en la ejecución y el menor o su letrado. No puede tener constancia la autoridad gubernativa de dichas medidas ni de su estado de ejecución, estando totalmente vedados a la aplicación de la DA 5ª.

No hemos de olvidar que el artículo 2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor consagra el supremo interés del niño y que las medidas que se acuerden respecto de él sean de naturaleza educativa. Y nada de esto cumple la previsión de que el menor sea repatriado por el hecho de haber sido condenado por la comisión de un hecho delictivo.

Igualmente, adoptar la sanción de expulsión al mayor de edad que cometió el hecho delictivo siendo menor, supone una grave infracción del principio de legalidad ya que, al que siendo menor cometió un hecho delictivo, habrá de aplicársele las medidas como menor. Debemos recordar que según el art. 14 de la LO 5/2000, cuando el menor a quien se hubiera impuesto una medida alcanzase la mayoría de edad, se continuará con el cumplimiento de esa medida de menores hasta alcanzar los objetivos propuestos y sólo si existe un internamiento en centro cerrado, procederá el cumplimiento en centro penitenciario, pero en determinadas condiciones y de forma excepcional.

Además no tiene sentido que la referencia para la aplicación del art. 57.2 vaya referida a las penas previstas en el Código Penal, si pretende aplicarse a menores ya condenados, pues como es sabido la aplicación de las medidas no tiene porque guardar relación exclusivamente con la naturaleza del delito, sino con la finalidad educativa, atendida la situación social, familiar y educativa del menor.

Como mantuvo el Grupo de Política Criminal compuesto por ilustres profesores progresistas de Derecho Penal, jueces y fiscales, en el 2001, resulta reprochable la tendencia del legislador a adelantar la barrera punitiva. Conviene advertir el peligro de una mitificación de la imagen del menor extranjero como proyección de anhelos o emociones colectivas que induzcan una cierta excepcionalidad punitiva.

Propuesta

2. Asimismo constituirá causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.



Texto del Anteproyecto:

4. párrafo primero: La expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado. No obstante la expulsión podrá revocarse en los supuestos que se determinen reglamentariamente.

Comentario

Consideramos que además de introducir el supuesto de revocación de oficio de las expulsiones decretadas contra las mujeres que soliciten autorización de Residencia por ser víctimas de violencia de género, debería recoger este precepto legal la revocación de aquellas expulsiones decretadas contra personas a las que se reconoce alguna de las formas de Protección Internacional. En la práctica se han producido diversos supuestos en los que personas a las que les había sido autorizada la residencia por razones de protección internacional no podían acceder a la misma debido a la existencia de ordenes de expulsión decretadas con anterioridad al inicio del procedimiento de concesión de la protección.

Propuesta

4. párrafo primero: La expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado. No obstante la expulsión podrá revocarse en los supuestos que se determinen reglamentariamente. Respecto de las víctimas de violencia de género con orden de protección o informe favorable del Ministerio Fiscal que soliciten una Autorización de Residencia por ser víctimas de violencia de género y de las personas a las que se reconozca alguna de las formas de Protección Internacional, se deberá proceder a la revocación de oficio de las expulsiones que se hubiesen decretado en su contra.

Texto del Anteproyecto:

4. párrafo segundo: Para la infracción prevista en el 53.1 a), salvo que concurran razones de orden público o de seguridad nacional, si el extranjero fuese titular de una autorización de residencia válida expedida por otro Estado miembro, se le advertirá, mediante diligencia en el pasaporte, de la obligación de dirigirse de inmediato al territorio de dicho Estado. Si no cumpliese esa advertencia se tramitará el expediente de expulsión.

Comentario

No deben excluirse los casos de infracciones por trabajar sin autorización de residencia ni trabajo, ya que es una infracción basada en la ausencia de documentación, igual que la a).

Propuesta

4, párrafo segundo: Para la infracción prevista en el 53.1 a) y b), salvo que concurran razones de orden público o de seguridad nacional, si el extranjero fuese titular de una autorización de residencia válida expedida por otro Estado miembro, se le advertirá, mediante diligencia en el pasaporte, de la obligación de dirigirse de inmediato al territorio de dicho Estado. Si no cumpliese esa advertencia se tramitará el expediente de expulsión.



Texto del Anteproyecto:

5. b) Los residentes de larga duración. Antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado.

Comentario

La Directiva obliga a los Estados miembros a tener en cuenta los vínculos con el país de residencia. Esta circunstancia no se contempla en la modificación prevista por lo que consideramos que debe ser incluida en la misma.

Propuesta

5. b) Los residentes de larga duración. Antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España, y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado.

Texto del Anteproyecto:

6. La expulsión no podrá ser ejecutada cuando ésta conculcase el principio de no devolución. Tampoco podrán ser expulsados los cónyuges de los extranjeros, ascendientes e hijos menores o incapacitados a cargo del extranjero que se encuentren en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y hayan residido legalmente en España durante más de dos años, ni las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre.

Comentario

No parece lógico que pueda acordarse la expulsión de una persona que no va a poder ejecutarse. Es por ello que, haciendo uso del principio de proporcionalidad y de la preferencia de la sanción económica sobre la expulsión a la que se ha referido en múltiples sentencias el Tribunal Supremo (entre otras STS 09/12/2005; 22/12/2005 y 18/01/2007), será mejor no acudir a la expulsión en estos supuestos de "no devolución", aunque no se ejecutase la misma, sino sancionar con una multa, otorgando así la posibilidad de su normalización cuando proceda. Lo contrario supondría un impedimento adicional y tendríamos en España a una persona inexpulsable y no regularizable, con las dificultades que ello conlleva.

Propuesta

6. La expulsión no podrá acordarse cuando ésta conculcase el principio de no devolución. Tampoco podrán ser expulsados los cónyuges de los extranjeros, ascendientes e hijos menores o incapacitados a cargo del extranjero que se encuentren en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y hayan residido legalmente en España durante más de dos años, ni las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre.



Texto del Anteproyecto:

7. a) Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la autorizará salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación.

Comentario

Pretendemos acabar definitivamente con la interpretación del concepto *inculcado* que no existe en nuestras leyes procesales, considerando que la *imputación*, es decir, la primera declaración ante la autoridad judicial, marcaría el inicio del momento procesal donde pudiese acordarse la autorización judicial.

Es indiferente que conste o no la existencia de procedimientos penales en el expediente de expulsión, ya que la autoridad gubernativa debe tener la precaución de no hurtar al presunto responsable a la autoridad judicial. Debiendo realizar, en todos los casos, las averiguaciones pertinentes para que no pueda expulsarse a una persona con responsabilidades penales pendientes sin que lo haya autorizado la autoridad judicial.

También remarcamos que debe ser una competencia del Juez de Instrucción, ya que si está abierto el juicio oral y se remite al Juzgado de lo Penal, ya sólo debería procederse al dictado de una sentencia y en su caso a la aplicación del artículo 89 del CP, cuya modificación también tenemos interesada en la reforma del CP que está en trámite.

Respecto de la propuesta del periodo de 5 años de privación de libertad, su sentido es hacerla coincidir, al menos en cuanto a la pena privativa de libertad, con la del art. 33 del CP para los delitos menos graves y con la competencia del Juzgado de lo Penal para su enjuiciamiento (art. 14 de la LECrim.), en aras de la unificación de la normativa de extranjería y penal.

También incluimos la necesaria audiencia a todas las partes en el procedimiento penal y cómo no al imputado, en aras de los principios de contradicción, audiencia e igualdad de armas que han de existir en el procedimiento penal y que el propio Reglamento de la Ley de Extranjería ha incluido en su artículo 142, siguiendo la doctrina constitucional (STC 242/94 de 20 de julio); y del Tribunal Supremo, (STS 17/02 de 21 de Enero; 901/04 de 8 de Julio; 514/05 de 22 de Abril; 710/05 de 7 de Junio y 274/06 de 3 de Marzo).

Igualmente resulta necesario regular expresamente la posibilidad de autorización de retorno o devolución, cuando proceda esta medida en función de la infracción cometida. De lo contrario, al ser esta medida una manifestación del principio de oportunidad, contrario al de legalidad que rige en nuestro Derecho Penal, debería ser interpretada de forma restrictiva por extraña a nuestra cultura jurídica y no podría ampliarse a supuestos de retorno o devolución.

También se establece que el juez ha de valorar todas las circunstancias del caso y no sólo las referidas al tipo de delito que están ya valoradas en el límite punitivo. Así lo ha visto la jurisprudencia para la aplicación del art. 8 del CP, que consideramos de aplicación a este supuesto al valorar circunstancias personales y familiares (STS 514/2005 de 22 de Abril; 366/2006 de 30 de Marzo; 710/2005 de 7 de Junio); y de arraigo, vida familiar y peligro de sufrir torturas o tratos inhumanos y degradantes (STEDH 21/06/88; 18/12/91; 07/07/89; 26/03/92; 15/11/96; 11/07/00; 02/08/01; 06/03/01 y 31/10/02).

También se establece la situación de sobreseimiento provisional de la causa, no prevista en estos supuestos, por la LECrim., cubriendo así un vacío existente en la práctica.

Por último, y al no existir declaración de responsabilidad civil, se pretende cubrir los derechos de las víctimas en casos donde se hayan intervenido determinados objetos, evitando así que el sobreseimiento pueda llevar a la devolución al poseedor de las mismas (el presunto responsable penal), siempre que se acredite la propiedad o legítima posesión por la presunta víctima.

Propuesta

7 a). Cuando un extranjero se encuentre imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a cinco años o una pena de distinta naturaleza, cualquiera que sea su duración, el juez de instrucción, previa audiencia del Ministerio Fiscal, imputado y demás partes personadas, podrá autorizar su expulsión, devolución o retorno, previo análisis de todas las circunstancias del hecho, situación personal, familiar y social del infractor y de la víctima.



En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos Juzgados de Instrucción, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización a que se refiere el párrafo anterior.

Ejecutada la expulsión por la autoridad gubernativa, se procederá al sobreseimiento provisional del procedimiento penal, hasta tanto haya prescrito el hecho o el extranjero regrese al territorio nacional, antes de dicha fecha, en cuyo caso se reabrirá el mismo, sin perjuicio de poder acordarse nuevamente la autorización judicial para su devolución.

En cuanto a la responsabilidad civil, los perjudicados podrán acudir a la vía civil, a salvo de lo previsto en el artículo 635 de la LECrim.

Artículo 57.7 b) de la LOEX no modificado por el Anteproyecto:

b) No obstante lo señalado en el párrafo a) anterior, el juez podrá autorizar, a instancias del interesado y previa audiencia del Ministerio Fiscal, la salida del extranjero del territorio español en la forma que determina la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Comentario

Pretende solucionar definitivamente la naturaleza de esa autorización de salida que no puede ser provisional, ya que causaría más problemas, al existir graves dificultades para que posteriormente puedan regresar al territorio nacional para someterse a juicio. Y si regresara antes de la prescripción del hecho, continuará su tramitación.

También se establecen garantías para que esta salida y permanencia fuera del territorio nacional sea efectiva, con las consecuencias previstas si las incumple.

Propuesta

b) No obstante lo señalado en el párrafo a) anterior, el juez podrá autorizar, a instancias del interesado y previa audiencia del Ministerio Fiscal y demás partes personadas, la salida del extranjero del territorio español y hasta el periodo de prescripción del delito o falta, en el caso en que no exista procedimiento de expulsión incoado. Para verificar el cumplimiento de ese compromiso se dará aviso a las Fuerzas de Seguridad, para que si regresara sea puesto a disposición del Juzgado para comunicarle la continuación del procedimiento contra el mismo, sin perjuicio de la posibilidad de iniciar contra el mismo expediente de expulsión si se encontrase de forma irregular y concurriesen los demás requisitos.

En este último caso podrá solicitarse la autorización de expulsión prevista en el apartado anterior.

Artículo 57.7 c) de la LOEX no modificado por el Anteproyecto:

c) No serán de aplicación las previsiones contenidas en los párrafos anteriores cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312, 318 bis, 515.6.a, 517 y 518 del Código Penal.

Comentario

Armonizar la normativa de Extranjería y el Código Penal. Ha de tenerse en cuenta la reforma penal pendiente ante el Congreso.



Propuesta

- c) No serán de aplicación las previsiones contenidas en los párrafos anteriores cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312.1, 313.1, 318 bis.*

Artículo 57.8 de la LOEX no modificado por el Anteproyecto:

8. Cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312, 318 bis, 515.6.º, 517 y 518 del Código Penal, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad. (Redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000)

Comentario

Ya existe el artículo 57.2 que es de plena aplicación. Como consideramos que dicho precepto, pese a haber sido declarado constitucional, resulta inadecuado, propondríamos que el art. 57.2 sólo sea de aplicación a estos delitos.

Propuesta

Supresión

Cincuenta y cuatro del Anteproyecto. (Artículo 58 de la LOEX)

Texto del Anteproyecto:

2. Cuando la expulsión se hubiese impuesto por la comisión de las infracciones previstas en las letras a) o b) del párrafo 1 del artículo 53, la duración de la prohibición se determinará en consideración a las circunstancias que concurran en cada caso y su vigencia no excederá de cinco años.

Dicho plazo podrá ampliarse hasta el máximo previsto en el apartado anterior, cuando el extranjero suponga una amenaza para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

La prohibición de entrada al extranjero podrá no imponerse cuando hubiera acreditado su salida del territorio nacional durante la tramitación de un expediente administrativo sancionador por las infracciones en que pueda proponerse la expulsión.

Asimismo, cuando el extranjero abandonara el territorio nacional en el plazo de cumplimiento voluntario previsto en la orden de expulsión, podrá revocarse la prohibición de entrada impuesta

Comentario

Mayor seguridad jurídica



Propuesta

2. *Cuando la expulsión se hubiese impuesto por la comisión de las infracciones previstas en las letras a) o b) del párrafo 1 del artículo 53, la duración de la prohibición se determinará en consideración a las circunstancias que concurran en cada caso y su vigencia no excederá de cinco años.*

Dicho plazo podrá ampliarse hasta el máximo previsto en el apartado anterior, cuando el extranjero suponga una amenaza para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

La prohibición de entrada al extranjero no se impondrá cuando hubiera acreditado su salida del territorio nacional durante la tramitación de un expediente administrativo sancionador por las infracciones en que pueda proponerse la expulsión.

Asimismo, cuando el extranjero abandonara el territorio nacional en el plazo de cumplimiento voluntario previsto en la orden de expulsión, podrá revocarse la prohibición de entrada según los supuestos que se determinen reglamentariamente.

Cincuenta y cinco del Anteproyecto. (Apartados 1 y 2 del artículo 59 LOEX)

Texto del Anteproyecto:

1. *El extranjero que haya cruzado la frontera española fuera de los pasos establecidos al efecto o no haya cumplido con su obligación de declarar la entrada y se encuentre irregularmente en España o trabajando sin autorización, sin documentación o documentación irregular, por haber sido víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito o trata de seres humanos, inmigración ilegal, o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado si denuncia a las autoridades competentes a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopera y colabora con los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores.*

Propuesta

1. *El extranjero que se encuentre irregularmente en España o trabajando sin autorización, sin documentación o documentación irregular, y haya sido víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico de inmigración ilegal o trata de seres humanos para la explotación laboral o sexual en todas sus manifestaciones (prostitución, pornografía y matrimonios serviles), tal y como establecen el Protocolo de Palermo, el Convenio de lucha contra la trata de seres humanos del Consejo de Europa (de inminente ratificación por España) y la Directiva 81/2004 del CE de la UE, podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no se le incoará expediente de expulsión si denuncia a las autoridades competentes a los autores o partícipes de dicho tráfico, o coopera y colabora con las autoridades competentes, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos.*



Texto del Anteproyecto:

2.. Los órganos administrativos competentes encargados de la instrucción del expediente sancionador informarán a la persona interesada sobre las previsiones del presente artículo, dándole un periodo de reflexión de, al menos, treinta días, a fin de que decida si desea acogerse a esta vía, y harán la propuesta oportuna a la autoridad que deba resolver, según el procedimiento previsto reglamentariamente. Durante el referido periodo de reflexión, las Administraciones velarán por la subsistencia y, de resultar necesario, la seguridad y protección de la persona interesada.

Comentario

Modificar el plazo del periodo de reflexión contenido en el presente artículo de 30 a 90 días. Consideramos que el periodo de reflexión de, al menos, 30 días, debería ampliarse al menos a 3 meses, de acuerdo con el contenido del Informe del Grupo de Expertos sobre Trata de Seres Humanos de la Comisión Europea de 2004 y con las recomendaciones realizadas por los expertos en lucha contra la trata de la Oficina para las instituciones democráticas y de derechos humanos (ODIHR) de la OSCE en el manual sobre *"Mecanismos Nacionales de Derivación de la víctimas de trata"*. La necesidad de este periodo debe responder no sólo a la necesidad de la víctima de poder reflexionar sobre si denuncia o no, sino también a la necesidad de dotar a la víctima de un periodo para su recuperación física y psicológica, para lo cual consideramos insuficiente el periodo de 30 días. Asimismo, consideramos fundamental que el desarrollo reglamentario de la presente ley, establezca los recursos concretos y límites para acceder a los mismos.

Propuesta

2. Los órganos administrativos competentes encargados de la instrucción del expediente sancionador informarán a la persona interesada sobre las previsiones del presente artículo, dándole un periodo de reflexión de, al menos, noventa días, a fin de que decida si desea acogerse a esta vía, y harán la propuesta oportuna a la autoridad que deba resolver, según el procedimiento previsto reglamentariamente. Durante el referido periodo de reflexión, las Administraciones velarán por la subsistencia y, de resultar necesario, la seguridad y protección de la persona interesada.

Artículo 59.4 de la LOEX no modificado por el Anteproyecto:

4. Cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de que un extranjero, contra el que se ha dictado una resolución de expulsión, aparezca en un procedimiento penal como víctima, perjudicado o testigo y considere imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales, lo pondrá de manifiesto a la autoridad gubernativa competente a los efectos de que se valore la inejecución de su expulsión y, en el supuesto de que se hubiese ejecutado esta última, se procederá de igual forma a los efectos de que autorice su regreso a España durante el tiempo necesario para poder practicar las diligencias precisas, sin perjuicio de que se puedan adoptar algunas de las medidas previstas en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales

Comentario

No sólo el Ministerio fiscal, sino cualquier otra parte en el procedimiento penal, a fin de garantizar la igualdad de armas y el derecho de defensa, podrán pedir que quede sin efecto la expulsión de una persona que consideran fundamental para sus pretensiones en el juicio. Pero la decisión nunca puede quedar en manos de la autoridad gubernativa, sino de la judicial, quien, de considerarlo oportuno, ordenará la inejecución de la orden de expulsión. No es de recibo que la autoridad gubernativa pueda hurtar un testigo fundamental a la autoridad judicial, debiendo ser ésta la que tome la decisión última.



Además, el desarrollo reglamentario de esta ley debe recoger un sistema transparente y ágil para la tramitación de este tipo de permiso, con el fin de evitar que la dilación extraordinaria del procedimiento disuada a las víctimas de acceder a esta clase de protección, así como evitar que las autoridades competentes para informar sobre la propuesta oportuna o no de la concesión de la autorización del permiso de residencia en cada caso, exijan a la víctima criterios adicionales no recogidos expresamente en la ley, como ocurre actualmente con la exigencia de la denuncia previa, o el abandono de la prostitución como requisito para acceder a este permiso.

Propuesta

4. *Cuando el Ministerio Fiscal, cualquier otra acusación o defensa, tengan conocimiento de que un extranjero, contra el que se ha dictado una resolución de expulsión, aparezca en un procedimiento penal como víctima, perjudicado o testigo y considere imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales, lo pondrá de manifiesto a la autoridad judicial para que esta, estudiadas las circunstancias del caso, se dirija a la autoridad gubernativa competente a los efectos de que se deje sin efecto su expulsión y, en el supuesto de que se hubiese ejecutado esta última, se procederá de igual forma a los efectos de que autorice su regreso a España durante el tiempo necesario para poder practicar las diligencias precisas.*
-

Cincuenta y seis del Anteproyecto. (Artículo 62 LOEX)

Texto del Anteproyecto:

2. *El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima, con carácter general, de 60 días, y sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente. El cómputo del plazo señalado en este artículo quedará suspendido 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.*

Comentario

Regresamos al texto anterior (el vigente actualmente) ya que, con independencia de la Directiva de Retorno, el TC en la Sentencia 115/87 fijó el plazo de 40 días sobre la base del Convenio Europeo de Extradición, que establece ese plazo. No parece razonable que una persona que presuntamente ha cometido un hecho delictivo y está pendiente de extradición no pueda estar privada de libertad más de 40 días mientras se resuelve la misma y una persona extranjera, que sólo está pendiente de expulsión por una infracción administrativa, pueda estarlo durante más tiempo.

El Foro considera necesario establecer un límite temporal adecuado a la posibilidad de suspensión de los procedimientos así como la necesidad de intervención judicial como requisitos dimanantes del artículo 17 de la Constitución Española.

Propuesta

2. *El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, sin que en ningún caso pueda exceder de cuarenta días, ni acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente. La*



decisión judicial que lo autorice, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, podrá fijar un período máximo de duración del internamiento inferior al citado.

Texto del Anteproyecto:

4. Los menores en los que concurran los supuestos previstos para el internamiento serán puestos a disposición de los servicios competentes de protección de menores. El Juez de Menores, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá autorizar su ingreso en los centros de internamiento de extranjeros cuando también lo estén sus padres o tutores, lo soliciten éstos y existan módulos que garanticen la intimidad familiar.

Comentario

En los menores no pueden concurrir supuestos de internamiento, pues no pueden ser objeto de sanción de expulsión. Si lo que se pretende es acordar el internamiento del menor con sus padres, ya se verá el artículo 62 bis i).

Propuesta

Eliminación del apartado.

Cincuenta y siete del Anteproyecto. (Artículo 62 bis LOEX)

Texto del Anteproyecto:

j) A entrar en contacto con organizaciones no gubernamentales y organismos nacionales, internacionales y no gubernamentales de protección de inmigrantes.

Propuesta

Adición al j):

Los extranjeros en centros de internamiento tendrán derecho a la comunicación reservada con los representantes de dichas organizaciones

Introducir nuevo apartado k):

k) Reglamentariamente y en el plazo de seis meses se desarrollará un régimen de derechos, deberes, garantías y tratamiento de los extranjeros sometidos a internamiento durante el tiempo de su estancia en los centros de internamiento.

Dicho régimen desarrollará el establecido por la Ley Orgánica en estos aspectos y contemplará, cuando sea necesario, el control judicial de los aspectos relacionados con el régimen de vida, comunicaciones y sanciones que puedan afectar a sus derechos fundamentales



Sesenta y dos del Anteproyecto. (Segundo párrafo apartado 2 artículo 66)

Texto del Anteproyecto:

La información será transmitida por medios telemáticos, o, si ello no fuera posible, por cualquier otro medio adecuado, y será comprensiva del nombre y apellidos de cada pasajero, de su fecha de nacimiento, nacionalidad, número de pasaporte o del documento de viaje que acredite su identidad y tipo del mismo, paso fronterizo de entrada, código de transporte, hora de salida y de llegada del transporte, número total de personas transportadas, y lugar inicial de embarque. Las autoridades encargadas del control de entrada guardarán los datos en un fichero temporal, borrándolos tras la entrada y en un plazo de veinticuatro horas desde su comunicación, salvo necesidades en el ejercicio de sus funciones. Los transportistas deberán haber informado de este procedimiento a los pasajeros, estando obligados a borrar los datos en el mismo plazo de veinticuatro horas.

Propuesta

Eliminación

Sesenta y cuatro del Anteproyecto. (Apartado 1 del artículo 70)

Texto del Anteproyecto:

El Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, constituido, de forma tripartita y equilibrada por representantes de las Administraciones Públicas, de las asociaciones de inmigrantes y de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, constituye el órgano de consulta, información y asesoramiento en materia de integración de los inmigrantes.

Propuesta

El Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, constituido de forma tripartita y equilibrada por representantes de las Administraciones Públicas, de asociaciones de inmigrantes, y de otras organizaciones con interés e implantación en el ámbito migratorio, incluyendo entre ellas a las organizaciones sindicales y empresariales, constituye el órgano de consulta, información y asesoramiento en materia de integración de inmigrantes.

Disposición Adicional Primera. (Sesenta y seis Anteproyecto)

Artículo 66.2 de la LOEX no modificado por el Anteproyecto:

2. Las solicitudes de prórroga de la autorización de residencia, la renovación de la autorización de trabajo que se formulen por los interesados a tenor de lo dispuesto en la presente Ley Orgánica se resolverán y notificarán en el plazo máximo de tres meses contados a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas. Transcurrido dicho plazo sin que la Administración haya dado respuesta expresa, se entenderá que la prórroga o renovación han sido concedidas.



Comentario

El apartado 2 de la vigente Disposición Adicional segunda menciona el plazo para solicitar la prórroga y renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo respectivamente, estableciendo un plazo máximo de 3 meses y siendo el silencio positivo. El artículo 7 de la Directiva de residentes de larga duración de larga duración también recoge este supuesto.

Propuesta

- 2. Las solicitudes de prórroga de la autorización de residencia, la renovación de la autorización de trabajo así como las solicitudes de autorización de residencia de larga duración que se formulen por los interesados a tenor de lo dispuesto en la presente Ley Orgánica se resolverán y notificarán en el plazo máximo de tres meses contados a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas. Transcurrido dicho plazo sin que la Administración haya dado respuesta expresa, se entenderá que la prórroga o renovación han sido concedidas.*
-

Disposición Adicional Segunda del Anteproyecto

Texto del Anteproyecto:

Reglamentariamente se podrán establecer condiciones especiales, respecto de las previstas en esta Ley, para la reagrupación familiar ejercida por los españoles."

Comentario

No parece clara la intención de esta Disposición Adicional. Si se refiere a la posibilidad de establecer condiciones más beneficiosas de las que contempla la Ley para la reagrupación familiar de los ascendientes de español (actualmente sujetos al régimen general de extranjería), aunque imprecisa en su redacción, podría ser acogida favorablemente. Aun así habría de reformularse, para no dejar lugar a dudas en su intencionalidad, añadiendo la expresión "de los ascendientes" antes de la expresión "ejercida por los españoles".

Propuesta

Reglamentariamente se podrán establecer condiciones especiales, respecto de las previstas en esta Ley, para la reagrupación familiar de los ascendientes ejercida por los españoles "sin que en ningún caso se puedan imponer condiciones más desventajosas que las previstas en el Real Decreto 240/2007 para la reagrupación familiar ejercida por ciudadanos comunitarios residentes en España.

Disposición Adicional Tercera. (Artículo 67.1 del Anteproyecto)

Texto del Anteproyecto:

- 1. Cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español habrá de presentar personalmente las solicitudes relativas a las autorizaciones de residencia y de trabajo en los registros de los órganos competentes para su tramitación. Igualmente, en los procedimientos en los que el sujeto legitimado fuese un empleador, las solicitudes podrán ser presentadas por éste o por quien*



válidamente ostente la representación legal empresarial. Reglamentariamente, se podrán establecer excepciones a la presentación ante el órgano competente para su tramitación o a la necesidad de presentación personal de solicitudes.

Propuesta

- 1. Cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español habrá de presentar personalmente las solicitudes relativas a las autorizaciones de residencia y de trabajo en los registros establecidos en el sistema general previsto en el procedimiento administrativo común, en concreto en el art. 38.4 de la LRJAP-PAC. Excepcionalmente, cuando el interesado acredite razones excepcionales, podrá acordarse que la solicitud pueda presentarse por representante debidamente acreditado.*
-

Disposición Adicional Cuarta. (Artículo 68. 4 del Anteproyecto)

Texto del Anteproyecto:

- 4. Cuando conste un procedimiento administrativo sancionador contra el solicitante en el que pueda proponerse la expulsión o cuando se haya decretado en contra del mismo una orden de expulsión, judicial o administrativa, salvo que en este último caso la orden de expulsión hubiera sido revocada.*

Comentario

Consideramos también que, sin esperar a la reforma del Reglamento, podría introducirse en la misma Ley de Extranjería los supuestos de archivo o de revocación de oficio de las expulsiones decretadas contra las mujeres que soliciten una Autorización de Residencia por ser víctimas de violencia de género.

Propuesta

- 4. Cuando conste un procedimiento administrativo sancionador contra el solicitante en el que pueda proponerse la expulsión o cuando se haya decretado en contra del mismo una orden de expulsión, judicial o administrativa, salvo que en este último caso la orden de expulsión hubiera sido revocada. Respecto de las víctimas de violencia de género con orden de protección o informe favorable del Ministerio Fiscal que soliciten una Autorización de Residencia por ser víctimas de violencia de género, se deberá proceder de oficio al archivo del procedimiento sancionador o a la revocación de oficio de las expulsiones que se hubiesen decretado en su contra.*

La Secretaria

Vº Bº

El Presidente

Irene García Suárez

Lorenzo Cachón Rodríguez