

La reforma de la Ley de Extranjería

David Moya

Area: Demografía, Población y Migraciones Internacionales

Documento de Trabajo 20/2009

22/04/2009

La reforma de la Ley de Extranjería

David Moya *

Resumen

La reforma propuesta de la Ley de Extranjería tiene un alcance limitado lo que pone en duda su oportunidad en un momento de crisis económica.¹

Índice

- (1) Introducción
- (2) Políticas migratorias e integración
- (3) Derechos
- (4) Reagrupación familiar y menores
- (5) Entrada, residencia y trabajo
- (6) Sanciones (expulsión e internamiento), asistencia jurídica gratuita, acceso a tribunales y problemas prácticos de postulación procesal
- (7) Distribución competencial y organización administrativa
- (8) Valoración general de la reforma propuesta

Introducción

El objeto de este documento es ofrecer una primera valoración del Anteproyecto de Ley de Reforma de la *Ley Orgánica 4/2000 de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social*. Este Anteproyecto recibió informe conjunto de tres ministerios en sesión del Consejo de Ministros de 19 de diciembre, tras lo cual fue remitido a otros órganos del Estado para que emitieran a su vez informe sobre el mismo² (Consejo de Estado, Consejo Económico y Social, Consejo Superior de Políticas Migratorias, Foro Social para las Migraciones, Comisión Laboral Tripartita, etc.). Posteriormente, el texto definitivo debería remitirse a Las Cortes como proyecto de Ley Orgánica, a pesar de que no todos los artículos de la reforma sean orgánicos.

* *Profesor lector de Derecho Constitucional en la Universidad de Barcelona*

¹ Una breve versión previa de este texto fue presentada en el debate sobre la reforma de la Ley de Extranjería, organizado por CIDOB y el Real Instituto Elcano y celebrado en Madrid el 14 de enero de 2009. En la elaboración de este documento el autor ha contado con la colaboración de D. Daniel Hernández Calero, a quien agradezco sus observaciones y sugerencias.

² El texto del Anteproyecto así como materiales diversos para su contextualización pueden encontrarse en <http://www.intermigra.info>, igualmente se sugiere la lectura de algunos de los dictámenes sobre el Anteproyecto, como los del Foro para la Integración (http://www.mtas.es/es/migraciones/Integracion/Foro/docs/DICTAMEN_ANTEPROYECTO_LOEX.pdf) o el Dictamen del Consejo Económico y Social (www.ces.es), ambos de fecha 28 de enero de 2009.

Antes de avanzar en el contenido del Anteproyecto, quizá convenga algún apunte sobre el mencionado carácter orgánico de la Ley. La exigencia de ley orgánica para su aprobación deriva de la combinación del arts. 13 de la Constitución Española (CE), que efectúa una reserva de ley para la regulación de los derechos y libertades de los extranjeros, con el art. 81 de la Constitución, que especifica que tal reserva lo será de Ley orgánica cuando la ley regule los derechos fundamentales, en este caso de los extranjeros. Ello significa que existirán dentro de la ley preceptos orgánicos, los que regulen o afecten a los derechos fundamentales, y otros preceptos con rango de ley ordinaria; no obstante, esta distinción tiene otro efecto destacado: para aprobar una Ley que contiene preceptos orgánicos se necesita la mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados en una votación final sobre el texto de la Ley, lo cual generalmente obliga a negociar y consensuar el texto con otros grupos parlamentarios, como sin duda tendrá que hacerse en esta Legislatura visto que el Gobierno no cuenta con escaños suficientes en el Congreso para aprobar la reforma por sí solo. En todo caso, la Disposición Final 1ª del Anteproyecto sólo considera como orgánicos aquellos preceptos que ya lo fueran de acuerdo con la Disposición Final 1ª de la LO 8/2000 (en concreto, los artículos 1 a 9, 11, 15 a 25, 31.2, 53, 54.1, 57 a 64, la Disposición Adicional 2ª, la Disposición Derogatoria, el apartado 1 de la Disposición Final de la Ley Orgánica 8/2000 y las Disposiciones Finales 1ª, 2ª y 3ª Ley Orgánica 4/2000); el resto tendría rango de Ley ordinaria. Esta fórmula no está exenta de problemas, pues al establecer la Disposición Final el rango de los preceptos por referencia al texto anterior, los preceptos nuevos introducidos en la Ley quedan indeterminados y, en otros casos, podría discutirse si el nuevo contenido del precepto no afecta ahora a las materias que el art. 81 CE reserva a Ley Orgánica.³

Más allá de la naturaleza orgánica u ordinaria de los preceptos del texto legal, la necesidad e incluso la oportunidad de la reforma que propone el Anteproyecto se explica tanto por razones técnicas como políticas. Entre las razones técnicas se encuentran la adaptación al Derecho Comunitario de inmigración, desarrollado en los últimos años mediante diversas disposiciones aprobadas, o a punto de serlo, como la Directiva 2003/109/CE de 25 de noviembre de Residentes de Larga Duración, la Directiva de estudiantes, la Directiva 2003/110/CE de 25 de noviembre de tránsito y repatriación aérea, la Directiva 2005/71/CE de 12 de octubre de investigadores, la Directiva 2004/811/CE de 29 de abril de 2004 sobre la autorización de residencia a las víctimas de trata de seres humanos, o la ya pactada y luego publicada Directiva 2008/115/CE de 16 de diciembre de 2008 de retorno, etc. Igualmente, la necesidad de adaptar el texto legal a la última jurisprudencia constitucional (STC 236/207 y ss.), que declaraba inconstitucional algunos preceptos de la LO 8/2000, y también la necesidad de ajustar el mismo a los nuevos

³ Este podría ser el caso de los arts. 2 bis, 2 ter, 18 bis, 25 bis, 38 bis i 72 Anteproyecto. Más discutible quizá sería el nuevo art. 18 bis, que regula algunos aspectos del procedimiento y las condiciones de ejercicio de la reagrupación familiar, ahora bien, si se coincide en la bondad de evitar innecesarias congelaciones de rango, en tal caso puede defenderse que el precepto no es esencial para la regulación del derecho a la vida familiar (STC 236/2007). En cambio, la regulación del procedimiento ordinario de expulsión prevista en el art. 63 bis debería regularse por LO, pues establece el plazo, prórroga y excepciones al retorno voluntario y contempla la adopción de medidas cautelares limitativas de los derechos del art. 61, con excepción del internamiento.

Estatutos de Autonomía que incluyen competencias sobre autorizaciones de trabajo o sobre aspectos como la integración (Cataluña, Andalucía, Valencia y Aragón). Estas últimas razones presentan también una dimensión política, como política es también la necesidad de adoptar algunas medidas dirigidas a gestionar mejor los flujos migratorios en un contexto de crisis económica, como era ya septiembre de 2008, cuando cobra impulso definitivo esta reforma legal. Obviamente, se ha aprovechado también para regular cuestiones que no habían sido abordadas en las Leyes anteriores, como la definición de lo que significa integración, o de retocar aspectos que necesitaban un reajuste.

En este sentido, el Anteproyecto presenta algunas novedades destacables como la reordenación del acceso por parte de los extranjeros residentes a ayudas públicas en materia de vivienda, la introducción de mayores restricciones al régimen de reagrupación familiar de los ascendientes y el acceso de los menores y de los cónyuges reagrupados al mercado laboral así como la admisión de la reagrupación familiar de las parejas de hecho, la vinculación de la validez de la autorización de trabajo al alta en la Seguridad Social, la introducción de nuevas infracciones por falsedad en la información al padrón y por reagrupación familiar de hecho, ampliación del internamiento a 60 días y regulación del regreso voluntario, la regulación del régimen de cooperación y coordinación administrativa y la creación de una base legal mínima para sostener las intervenciones en materia de integración social.

(2) Políticas migratorias e integración

Encabezan el Anteproyecto dos nuevos artículos que establecen los ejes de la política migratoria y de la actividad pública encaminada a lograr la integración social de los inmigrantes.

El art. 2 bis pretende reflejar la distribución competencial en materia de **política migratoria**, en la que el Estado ostenta una sólida base competencial, tal y como le reconoce el 149.1.2 CE. No obstante, si se pretende poner las bases de una política migratoria integral, el precepto debería reconocer el relevante papel que desde sus competencias las Comunidades Autónomas (CCAA) y los Entes locales juegan en el desarrollo de la política migratoria, y desde este reconocimiento luego establecer mecanismos de colaboración y cooperación entre los distintos niveles político-administrativos. Respecto de los principios de actuación del Gobierno en la política migratoria, constituye un paso importante reconocerlos, aunque pueda ser discutible que los mismos aparezcan en una Ley. No obstante, debe apuntarse la diferencia entre lo que serían los ejes de la política migratoria del Estado –y no sólo del Gobierno– y la formulación de los mismos como principios contenida en la Ley, pues en este segundo caso parecen adquirir también valor orientador e interpretativo del resto del texto legal que, como veremos, en algunos apartados parece desviarse de tales principios.

Respecto de la regulación de la **integración** contenida en el nuevo art. 2 ter del Anteproyecto, y que constituye una de las principales novedades de la norma, pueden formularse un conjunto de precisiones. Si la integración social de los extranjeros es un principio vertebrador de la política de inmigración, tal y como lo define el art. 2 bis 2.c) del Anteproyecto en consonancia con el título de la Ley, y esta política tiene como protagonistas todos los poderes públicos, en el marco de sus respectivas competencias, entonces también la regulación de la integración del art. 2 ter se dirige a todos los poderes públicos. Obviamente, las directrices sobre integración tendrán particular incidencia sobre la actividad normativa, planificadora y de desarrollo de esta materia por los órganos ejecutivos de las diferentes administraciones (Gobierno central, gobiernos autonómicos y ejecutivos locales). Ahora bien, no está tan claro que el art. 2 bis ofrezca fundamento jurídico suficiente como para imponer obligaciones a las CCAA en materia de integración, especialmente si estas disponen de títulos competenciales propios vinculados a la misma (servicios sociales, sanidad...), más aún cuando algunos Estatutos han incorporado expresamente la integración social de los extranjeros como una competencia propia.

El apartado 1 del art. 2 ter contiene una definición muy amplia de integración. Es cierto que definir la integración es bastante difícil a pesar de existir cierta coincidencia en definirla como un proceso bidireccional y prolongado en el tiempo de aproximación entre la sociedad de acogida y los inmigrantes, en consonancia con las directrices comunitarias que, con carácter de *soft law*, ordenan esta cuestión.⁴ El apartado 1 sólo hace mención de dos componentes básicos de la integración: (1) respeto por la identidad cultural; y (2) respeto a la Constitución y las leyes. En esta definición caben, en realidad, varios modelos de convivencia en función de la interpretación que se dé a la Constitución y a las leyes, estatales y autonómicas (modelos multicultural, de integración flexible o ciudadana, etc.). El apartado 2 del art. 2 ter del Anteproyecto nos ayuda a acotar un poco esta definición al recoger algunas de las “medidas específicas” que corresponden a los poderes públicos. De la redacción del precepto se deduce que las acciones formativas, especialmente en materia de lenguas y de conocimiento y respeto de los derechos humanos y de los valores constitucionales no podrán tener carácter obligatorio (“favorecer el aprendizaje”, “procurarán”). El Anteproyecto parece haber eludido el problema de perfilar a qué Administraciones corresponde la promoción del aprendizaje de cada una de las lenguas cooficiales, al encargar esta tarea a las Administraciones Públicas en general, si bien el resultado parece ser la promoción de las dos lenguas (“castellano y demás lenguas cooficiales”). La mención a la escolarización de los menores es superflua, pues es una obligación derivada de la propia ley y la Constitución (STC 236/2007), mientras que el acceso a una ocupación como factor de integración se entiende en el marco de la Ley. Por otro lado, tanto el aprendizaje de la lengua como el favorecimiento del acceso al trabajo, y todavía más claramente las “acciones formativas” sobre valores constitucionales y derechos humanos, introducen cuidadosamente una obligación de prestación que puede

⁴ *Communication on immigration, integration and employment*, COM (2003) 336 final o *Handbook for practitioners on Good Practices on Integration*, 2ª Ed.2007,

recaer sobre otras Administraciones con competencias en estos ámbitos, fundamentalmente las Comunidades Autónomas.

El reconocimiento y regulación mínima de la integración se conecta en el art. 2 ter con los deberes de cooperación entre el Gobierno y las CCAA y los Entes Locales así como con la consolidación de un fondo estatal para la integración, que ya existe actualmente, pero que se considera conveniente fijar en el texto legal. De hecho, el texto actual del apartado 3 del art. 2 ter parece vincular el plan plurianual a la creación de un marco estable de cooperación Estado-CCAA-Ayuntamientos. Sin embargo, debe clarificarse el vínculo entre el Plan plurianual, que es del Estado y actualmente incluye partidas presupuestarias de los diferentes ministerios, del Fondo Estatal de Integración, que actualmente subvenciona las actividades de las CCAA y de los Ayuntamientos en una serie de ámbitos que el Estado considera conveniente reforzar, y que hasta la fecha se determinaban por acuerdo con las CCAA. Con la actual redacción cabe preguntarse si no se pretende vincular el Plan al Fondo y si ello no modifica la naturaleza del Fondo, de instrumento complementario a instrumento principal de inversión estatal en esta materia. Igualmente, la Ley podría concretar algo más la organización y funcionamiento del Fondo, para evitar que sea la Ley de Presupuestos de cada año (y los pactos políticos que la sostienen) la que determine libremente la cuantía del mismo. En este sentido, parecería conveniente que en la determinación de las cuantías y operación del Fondo participaran las CCAA, por ejemplo, mediante la nueva Conferencia Sectorial de Inmigración.

(3) Derechos

El Anteproyecto reforma los derechos de asociación, reunión, manifestación, sindicación, huelga y educación para posibilitar el acceso a ellos por parte de los irregulares en línea con la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 236/2007 y ss). Igualmente, modifica la redacción del artículo sobre participación política de los extranjeros y el derecho de acceso a ayudas públicas en materia de vivienda.

En lo referente a los **derechos de asociación, reunión, manifestación, sindicación y huelga**, el Tribunal Constitucional afirmó en aquellas Sentencias que el derecho de reunión y el derecho de manifestación son derechos imprescindibles para la dignidad de la persona, “por cuanto protege el valor de la sociabilidad como dimensión esencial de la persona y en cuanto elemento necesario para la comunicación pública en una sociedad democrática”, idea presente en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que había vinculado ese derecho a la libertad de expresión por cuanto su carácter participativo contribuye a la misma. En este marco, el Anteproyecto se limita a incorporar a los arts. 7, 8 y 11 de la Ley la doctrina constitucional sin aprovechar el espacio de modulación que las STC 236/2007 y ss, permitían, probablemente porque esta modulación es muy difícil de hacer sin incurrir en el riesgo de que sean también inconstitucionales. Por lo tanto, todos los extranjeros, regulares o irregulares, son titulares

de estos derechos, si bien en el caso de los derechos de sindicación y huelga decae la exigencia de autorización de trabajo.

Menor trascendencia tiene la reforma del art. 6 del Anteproyecto, que elimina la referencia legal a la reciprocidad para el ejercicio por los extranjeros de los derechos de **participación política** mediante sufragio, pues subsistiendo el art. 13.2 CE en su actual redacción seguirá siendo necesaria tal reciprocidad. Aun así, la nueva redacción omite los Tratados internacionales como fuente del derecho en esta materia, por lo que la redacción del art. 6 del Anteproyecto supondría la coexistencia de diferentes regulaciones sobre la misma cuestión, en la legislación electoral, en la de extranjería y en la Constitución. En cualquier caso, la falta de mención a los Tratados es casi irrelevante desde un punto de vista práctico, y en todo caso parece ir contra la práctica del Gobierno de extensión del derecho de sufragio mediante acuerdos bilaterales.

En **materia educativa**, el art. 11 del Anteproyecto modificaría el art. 9 de la Ley vigente, según la Exposición de Motivos de la Ley para ajustarlo a lo dispuesto en la STC 236/2007 que declaró inconstitucional la exigencia de residencia regular para el acceso de los menores a la educación post-obligatoria,⁵ pues los menores extranjeros deben ser tratados en pie de igualdad con los españoles en el acceso a la educación por debajo de los 18 años. Sin embargo, el apartado 2 debería redactarse de forma más clara y taxativa, para dejar claro que los extranjeros menores de 18 años deben poder acceder a todos los niveles educativos reglados (Primaria, ESO, Bachillerato y FP) y no reglados (Programas de Calificación Profesional Inicial, antiguos Programas de Garantía Social...). Y, como estipula el Anteproyecto, en igualdad de condiciones con los menores nacionales, por lo tanto, también de manera gratuita, con obtención de la titulación académica correspondiente y acceso al sistema público de ayudas. Evidentemente, habrá niveles educativos el seguimiento de los cuales es obligatorio (Primaria y Secundaria). La redacción propuesta del precepto mezcla todos estos elementos y en su lectura parece limitar de nuevo el alcance de la educación de los menores extranjeros a la secundaria obligatoria. Pero esta interpretación no puede aceptarse pues su efecto es precisamente el que excluyó la STC 236/2007. Lo mejor sería, pues, buscar una nueva redacción, sea suprimiendo la frase "derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria", sea matizando en cada caso el régimen de acceso a las diferentes etapas educativas a los que los extranjeros pueden tener acceso. En particular, es necesario aclarar si la educación infantil se considera incluida, pues la normativa general no establece éste como un servicio de prestación obligatoria por los poderes públicos, aun cuando hace falta tender hacia su generalización y normalización. En todo caso, se debería reconocer como mínimo el derecho de acceder a este servicio a todos los niños,

⁵ El Tribunal Constitucional, de nuevo, vincula el derecho a la dignidad humana y se basa para ello en la Declaración Universal de Derechos que se refiere a "toda persona", por lo que lo declara inconstitucional. En conclusión, "el derecho de acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a la educación, y su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor". Por ello, declara la inconstitucionalidad del inciso "residentes" del art. 9.3 de la Ley Orgánica 4/2000.

también los extranjeros irregulares, cuando existan suficientes plazas públicas, y en igualdad de condiciones con los nacionales si se trata de plazas privadas. Con respecto a la educación de adultos, el apartado 3 del art. 9 tiene el efecto paradójico de negar el acceso de los extranjeros adultos residentes a la educación básica a pesar de reconocer el acceso a la post-obligatoria. Queda abierta la previsión del apartado 4 para ofrecer servicios educativos complementarios pero se entiende que entonces se hará cargo la Administración Pública prestamista del servicio.

Con respecto a las ayudas públicas en materia de **vivienda**, el art. 15 del Anteproyecto reforma el art. 13 de la Ley vigente, para establecer dos peldaños en el acceso por los extranjeros a las ayudas en materia de vivienda, de las que sólo podrán disfrutar los extranjeros residentes regulares. En un primer peldaño, las Administraciones competentes en materia de ayudas a la vivienda, que son las CCAA (art. 137.c EAC) y los Ayuntamientos (art. 84.2.b EAC y 25.1.d LRBRL) parece que puedan restringir el acceso a la vivienda de los extranjeros residentes temporales, cosa que puede apuntar simplemente a las prácticas actuales de exigencia de un tiempo previo y/o continuado de empadronamiento en el municipio o distrito, exigencia que también se aplica a los nacionales; o simplemente puede ser entendido como un apoderamiento para restringir el acceso de los residentes temporales instaurando requisitos suplementarios y específicos para ellos. Esto sería bastante discutible, atendido el principio de igualdad de trato predicado de los residentes regulares en el artículo 2 bis e) del propio Anteproyecto. Por otro lado, un tratamiento desigual como éste no está claro que sea admisible, en cuanto no está clara su justificación y proporcionalidad.

(4) Reagrupación familiar y menores

El Anteproyecto incluye algunas novedades importantes en materia de reagrupación familiar.

Para empezar, los arts. 18 y 19 Anteproyecto imponen al **solicitante de reagrupación familiar** una nueva exigencia consistente en acreditar que ni cuenta con ni depende de la asistencia social para su propia manutención ni la de los familiares que pretende reagrupar. Esta exigencia puede plantear graves problemas a los extranjeros, no tanto en el momento de solicitar la reagrupación, pues la misma se encuentra ahora ya implícita en la disponibilidad de medios de subsistencia suficientes para solicitar la reagrupación, sino en el momento de solicitar la renovación de las autorizaciones de los reagrupados. En ese momento, si las condiciones de vida o trabajo han cambiado –como puede ser el caso en un contexto de crisis económica– el recurso a la protección social podría comportar la denegación de la renovación de las autorizaciones y la caída en la irregularidad de los familiares reagrupados (y el consiguiente retorno, voluntario o no). Esta exigencia opera en la práctica en contra del principio de igualdad de trato e integración de los residentes regulares del art. 2 bis. Haría falta, además, que quedara clara la distinción entre prestaciones de los servicios sociales del art. 14 de la Ley y las prestaciones de Seguridad

Social que se perciben como resultado de una cotización previa del art. 12 de la Ley (paro, accidente laboral, invalidez...).

Entre el resto de requisitos adicionales introducidos por el Anteproyecto para ejercitar la reagrupación se encuentra la exigencia de que el reagrupante disponga de residencia de larga duración para los **ascendientes reagrupados**, en cuyo caso además deberán ser mayores de 65 años, demostrar la dependencia respecto del reagrupante (“a su cargo”), aportando las razones que justifican la necesidad de reagruparlo con sus descendientes en España. La exclusión de los menores de 65 años puede ser una opción política legítima dirigida a restringir la entrada de personas en edad laboral en el mercado de trabajo, de la misma manera que lo es proteger los servicios sociales y sanitarios de mayor coste frente a la sobrecarga que puede suponer la incorporación de nuevos perceptores en edades cercanas a la jubilación; no obstante, la Ley debería contemplar algún mecanismo de exención discrecional o de orden humanitario para evitar resultados desproporcionados en determinadas ocasiones. Lo mismo puede decirse de la exigencia de obtención de la residencia de larga duración del reagrupante en estos casos. Por otro lado, vemos que se mantienen los requisitos de “estar a cargo” y de que “existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España”. Por sí solos, estos dos conceptos jurídicos indeterminados han dado lugar a una gran inseguridad jurídica y han provocado la mayoría de reclamaciones en vía judicial. La Ley (o en su defecto, el Reglamento) debería concretar lo que puede entenderse por razones que justifican la necesidad de autorizar la residencia en España del ascendiente o bien mitigar la inconcreción del concepto acudiendo por ejemplo a la expresión 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”.

Vale la pena subrayar una situación de valoración compleja: la reagrupación de ascendientes por parte de **residentes de larga duración procedentes de otro Estado miembro** (RLD). La opción del Gobierno español por la asimilación de los residentes de larga duración comunitarios (nacionales extra-comunitarios procedentes de otro Estado miembro) a los residentes de larga duración en España contenida en el art. 32.3 del Anteproyecto comporta la creación de dos regulaciones diferentes en función de si el RLD procedente de otro Estado miembro había reagrupado a este Estado miembro sus familiares o estos permanecen en el país de origen. En el primer caso, la solución del art. 18.1 y 18 bis del Anteproyecto implica que tan pronto como se instalen en España y obtengan autorización podrán reagrupar a sus ascendientes, tal y como estipula la Directiva de Residentes de Larga Duración 2003/109/CE de 25 de noviembre de 2003 del Consejo. En el segundo caso, y dependiendo de aquello que establezca el Reglamento en desarrollo de la remisión reglamentaria del art. 18.1.d) del Anteproyecto, podría ser que pudieran pedir la reagrupación tan pronto como lleguen a España, aun cuando su grado de integración en nuestro país está por demostrar, y además desde el primer año podrían reagrupar a sus ascendientes, cosa que no pueden hacer los residentes temporales, creando así un cierto agravio comparativo con el resto de extranjeros. Quizá en vez de

remitir al Reglamento, la Ley podría apuntar algún criterio en este sentido. Por último, hace falta destacar que la Disposición Adicional del Anteproyecto remite a una disposición reglamentaria la posibilidad de aligerar las condiciones de reagrupación de los familiares extracomunitarios de españoles, manteniendo así el cambio de orientación de esta materia del Real Decreto 240/2007 (la reagrupación por los españoles de familiares extranjeros se realiza por la vía general de la Ley de Extranjería, y no por la vía especial del régimen de reagrupación de los ciudadanos comunitarios), pero abriendo la puerta a una atenuación del mismo por vía reglamentaria. Quizá la ley podría regular mínimamente esta cuestión fundamental, y no remitirla al Reglamento, pues es cuestión sobre la cual deberán posicionarse las Cortes.

De menor trascendencia estadística, pero igualmente relevante, es la modificación respecto de la reagrupación de **incapacitados**. El cambio de terminología del art. 17.1c) Anteproyecto, sustituyendo “incapaces” por “incapacitados”, es una opción que apunta a la necesidad de obtener una declaración oficial de esta condición en el país de origen. El problema, como siempre, se encuentra en la multiplicidad de prácticas existentes en esta materia en los países de origen para declarar la incapacidad. Ello significa que la tramitación y valoración de la solicitud de visado se complicarán; no obstante, parece razonable que el Estado imponga alguna forma de control sobre el fondo de la declaración de incapacitado en aquellos casos donde la regulación o la práctica en el país de origen no sea equivalente a la práctica civil española.

Del mismo modo, puede plantear problemas la previsión del art. 17.4 del Anteproyecto que admite la reagrupación de personas vinculadas al reagrupado por similar relación de afectividad a la conyugal, expresión con la que se refiere a las **parejas de hecho**. Este precepto se debe a la existencia de prácticas en los países de origen que pueden impedir el matrimonio (ausencia o dificultad de obtener la separación o el divorcio de previos matrimonios, exclusión del matrimonio homosexual, etc.). La opción del Gobierno ha sido reconocer la posibilidad de reagrupación sujeta a la condición de prueba de la misma; sin embargo, son todavía pocos los países que disponen de registros de parejas de hecho, razón por la cual es previsible que el procedimiento de reagrupación en estos casos devenga de muy compleja tramitación y valoración, pero debe acogerse positivamente aunque remita a la regulación reglamentaria de la cuestión. En cualquier caso, hará falta incorporar la jurisprudencia nacional consolidada en esta materia así como prever la colaboración de Embajadas y Consulados en el extranjero en la determinación del régimen jurídico de cada país.

Finalmente, en clave más positiva, el art. 21 del Anteproyecto reforma el art. 19 de la Ley para incluir la posibilidad de que el **cónyuge y los hijos menores** reagrupados que tengan más de 16 años puedan acceder al mercado laboral desde su llegada a España. La finalidad de la medida es evitar la gravosa dependencia que genera respecto del reagrupante. El régimen actual contempla la posibilidad de obtener una autorización independiente si se obtiene una oferta laboral, pero el riesgo que entraña supeditar la

propia residencia a la continuidad en un trabajo disuadía a muchos familiares de desarrollar su propia vida laboral; tan es así que la propia Ley prevé actualmente la posibilidad de una autorización independiente de residencia y trabajo si existe maltrato o violencia de género, tan pronto se dicte orden de protección judicial. En el caso de los descendientes, la mayor inestabilidad y precariedad laboral derivada de la condición de joven e inmigrante explican la necesidad de la reforma. La solución aportada por el Anteproyecto no es reconocer directamente una autorización de residencia y trabajo independiente sino una solución intermedia: que la autorización de residencia habilitará para trabajar sin ningún otro trámite administrativo, previsión que no está muy claro cómo se desarrollará en la práctica.

Con respecto a la regulación de las actuaciones relacionadas con los **menores no acompañados**, el art. 34 del Anteproyecto reforma el art. 35.3 de la vigente Ley para prever la consulta por parte de la Delegación o Subdelegación del Gobierno con la representación diplomática o consular del país de origen sobre la identidad y situación familiar del menor a efectos de determinar la viabilidad de la repatriación. Esta sería una práctica diferente a la que venía siguiéndose hasta ahora, siendo los servicios de protección de menores de las CCAA los que contactaban con la familia del menor o con la Embajada para su identificación a efectos de emitir informe sobre la situación de desprotección, si prospera la actual regulación existirá una posible duplicidad de actuaciones, visto que los servicios de protección igualmente deberán contactarlos para obtener una información más completa para su informe. Es además dudosa la calidad y operatividad de esta consulta realizada por los órganos del Estado, dado que el contacto directo con el menor lo tienen los servicios autonómicos, que pueden obtener la información sobre el nombre, dirección, forma de contactar con sus familiares, etc. y que este proceso requiere un tiempo de trabajo con el menor. En realidad, los problemas son otros, pues en este ámbito sería necesario abrir un canal de comunicación entre todos los servicios de protección de menores autonómicos y el Ministerio de Exteriores para canalizar las consultas y contacto con los países de origen, especialmente gestionar documentos, contactar a la familia u obtener información sobre las circunstancias del caso o de la administración extranjera. En cualquier caso, esta información debería ser accesible para las autoridades autonómicas encargadas de emitir este informe.

Por otro lado, debe rechazarse la reforma del art. 57.2 de la Ley para incluir la repatriación de menores que hayan cometido delitos sancionados con penas superiores a un año, o su expulsión una vez lograda la mayoría de edad. Este precepto es de dudosa ensambladura legal e incluso constitucional, pues puede atentar contra el interés superior del menor e implica una excepción al régimen educativo de justicia juvenil, con carácter sancionador. Es más, a los menores se les podrá repatriar si así se considera en su interés, pero cuando alcancen la mayoría de edad el único procedimiento que cabe es la expulsión, pero no por la comisión de delitos cuando eran menores sino por la permanencia irregular en el territorio si carecen de autorización de residencia o trabajo, pues por la comisión de tales delitos el art. 14 de la LO 5/2000 ordena continuar el cumplimiento de las medidas de

justicia juvenil hasta alcanzar los objetivos propuestos. Sólo si existe un internamiento en centro cerrado, el menor pasará a cumplir pena en centro penitenciario, pero sometido a estrictas condiciones y de forma excepcional. Un régimen distinto quebraría bien la lógica del sistema de justicia juvenil, bien la del ordenamiento sancionador de extranjería.

(5) Entrada, residencia y trabajo

El Anteproyecto reforma sólo ligeramente el régimen de entrada y visados, ampliamente comunitarizados y en gran parte para transponer algunas directivas.

Así, por ejemplo, establece la posibilidad de registrar la **entrada y salida** del territorio español prevista en los artículos 25 y 27 del Anteproyecto, objetivo que debería alcanzarse mediante la creación de una nueva base de datos de entradas y salidas. En todo caso, ésta es una previsión distinta a la del art. 62 del Anteproyecto que contempla la obligación de las compañías transportistas de facilitar a las autoridades españolas con antelación a la partida del buque o avión, la lista de pasajeros transportados (nombre, nacionalidad, pasaporte, fecha de nacimiento, lugar de embarque, destino...), información que alimentará una base de datos temporal que compañías y autoridades conservarán durante 24 horas a efectos de organizar mejor los controles fronterizos.

El art. 25 bis del Anteproyecto incorpora nuevos tipos de **visado**, por ejemplo, el visado por intercambio de alumnos, el visado de prácticas no laborales, etc. El art. 33 del Anteproyecto modifica el art. 33 Ley para establecer una regulación adaptada a la normativa comunitaria sobre el régimen de los estudiantes, intercambios de alumnos, prácticas no laborales y servicios de voluntariado. El régimen es esencialmente el mismo que ya existía, con la novedad de su ampliación al régimen de voluntariado y de *au pair*. Además, con la nueva regulación se propone que a los estudiantes se les conceda siempre la autorización para trabajar si tal actividad económica no limita el seguimiento ordinario de los estudios. Igualmente, se incluyen algunas previsiones dirigidas a asegurar la movilidad de los estudiantes dentro la Unión.

La principal novedad en materia de visados es la vinculación de la autorización de residencia y trabajo incorporada en el visado al alta a la Seguridad Social dentro del período de tres meses posterior a la emisión del mismo. De esta manera, el visado cumple una doble función: de autorización de entrada y de autorización de residencia y trabajo hasta que no se obtenga la tarjeta de identificación del extranjero que hace falta pedir en un mes con posterioridad a la entrada (art. 4.1 LODILE); pero esta segunda función queda en suspenso hasta que el trabajador no esté efectivamente incorporado al trabajo y se produzca el alta en la Seguridad Social.

Con respecto al régimen de **residencia de larga duración**, la principal novedad es que el Anteproyecto reconoce a los residentes de larga duración (RLD) procedentes de otros países comunitarios el paso directo al régimen de RLD español, sin empezar con una

autorización de residencia inicial, lo cual parece bastante excepcional en Europa, pues entre otras ventajas les permite reagrupar directamente a sus ascendientes en los términos del art. 32.3 del Anteproyecto y acceder a las ayudas públicas en materia de vivienda.

En materia **laboral**, las modificaciones se dirigen a reforzar la exigencia de alta en la Seguridad Social desde que se dispone de la autorización para trabajar vinculada a una oferta laboral, así como el acceso al mercado de trabajo del cónyuge e hijos mayores de 16 años reagrupados. Más relevante aún, el Anteproyecto recoge la jurisprudencia laboral sobre el acceso por los trabajadores extranjeros sin autorización de trabajo a las prestaciones de la Seguridad Social.⁶ Tras afirmar el derecho a percibir tales prestaciones, el Anteproyecto fija el límite a las mismas en su compatibilidad con la situación del trabajador, en particular, se considera incompatible la condición de irregular con la percepción de la prestación de desempleo una vez se acaba el trabajo realizado sin contrato; tampoco, por tanto, habría derecho a desempleo cuando se produzca despido improcedente, lo único que cabría sería la percepción de indemnización, y ni siquiera la readmisión, como apunta la jurisprudencia. El Gobierno, claramente, ha querido limitar los efectos de algunas sentencias que expandían este derecho. Es necesario poner de relieve que la redacción del precepto impone esta limitación a los trabajadores que carezcan de las dos autorizaciones, pero no aclara la situación de los residentes que trabajen sin autorización.

De la misma manera, las **autorizaciones de trabajo iniciales** podrán ser restringidas sectorial o territorialmente, restricción que únicamente les será de aplicación durante el primer año de actividad, y que en el caso de los familiares reagrupados se vincula a sectores deficitarios de ocupación, sin que se especifique si éstos son aquellos vinculados al “catálogo de difícil cobertura” (CTODC) o al requisito general de tener en cuenta la situación nacional de empleo, para la contratación ordinaria en origen.

La nueva regulación contenida en el Anteproyecto deja en manos del Ministerio de Trabajo e Inmigración la **gestión del contingente**. Igualmente, el Anteproyecto eleva a la Ley lo previsto en el art. 50 del Reglamento sobre el Catálogo Trimestral de Ocupaciones de Dificil Cobertura, aún cuando el nuevo art. 38.2 de la Ley ahora incluye a las CCAA como suministradoras de la información en vez de incluir al Servicio Público de Ocupación Estatal, como ocurre actualmente. Del mismo modo, el art. 42 de la Ley sobre

⁶ En este punto hay que decir que el texto legal vigente establece que la carencia de la correspondiente autorización no invalida el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle. La nueva redacción sin embargo exige que estos derechos y prestaciones sean compatibles con su “situación” y excluye explícitamente la posibilidad de obtener la prestación por desempleo. En este sentido, el artículo 8.3 de la Recomendación nº 151 OIT, de junio de 1975, sobre trabajadores migrantes aconseja aplicar a los trabajadores irregulares el principio de igualdad de trato en los derechos derivados del empleo, también en lo que se refiere a la seguridad social, y con ello el desempleo. Hay que tener en cuenta que aunque estos trabajadores puedan ser considerados “infractores” desde la perspectiva de la regulación de flujos, desde la óptica del Derecho social son más bien víctimas potenciales de la explotación laboral que deben ser protegidas.

trabajadores de temporada mantiene también la referencia a la necesidad de que las CCAA suministren información sobre sus actividades de temporada.

(6) Sanciones (expulsión e internamiento), asistencia jurídica, acceso a tribunales y problemas prácticos de postulación procesal

Al transponer la Directiva de Retorno, el Anteproyecto recoge varias novedades en la regulación de la expulsión. Aquí sólo apuntaremos la introducción de la figura del regreso voluntario, así como las ventajas y limitaciones que se derivan de tal medida, las condiciones y regulación del internamiento y destacadamente su ampliación a 60 días, la introducción de las figuras de revocación, suspensión y aplazamiento del regreso, las limitaciones al regreso de residentes de larga duración, así como las conductas a realizar a tal efecto, la regulación de la prohibición de entrada y, finalmente, la regulación de la expulsión urgente. Respecto a las novedades que no son fruto de la transposición de la Directiva, hace falta destacar la introducción de nuevas infracciones en materia de Extranjería, la supresión del plazo de tres días para que los jueces autoricen la expulsión administrativa del extranjero procesado por delitos y la actualización de la cuantía de las multas.

Muchas críticas ha suscitado la ampliación del **internamiento** de extranjeros hasta 60 días (artículo 56.2 del Anteproyecto). Este artículo está inspirado sin duda en la Directiva de Retorno; pero hay que recordar que el Tribunal Constitucional en la Sentencia 115/87 fijó el plazo de 40 días sobre la base del Convenio Europeo de Extradición, que establece ese plazo. Aunque algunos argumentos comparativos apuntan a la dificultad de mantener ese criterio, pues no puede ser que una persona que presuntamente ha cometido un hecho delictivo y está pendiente de extradición pueda estar privada de libertad menos tiempo que una persona extranjera que sólo está pendiente de expulsión por una infracción administrativa, cabe también argumentar que, a pesar del incremento, 60 días siguen siendo uno de los plazos más cortos en comparación con otros Estados y que han pasado 20 años desde aquella canónica Sentencia y que el número de inmigrantes se ha multiplicado por 10, con las consiguientes dificultades para organizar su retorno, de modo que podría superar un juicio de razonabilidad y proporcionalidad.

Entre las **nuevas infracciones** se encuentran la presentación de datos falsos para obtener el empadronamiento, infracción contenida en el art. 53.c) de la Ley y que en aplicación del art. 57.1 de la Ley comporta la expulsión del extranjero, incluso por procedimiento urgente si se considera necesario. La clave en este precepto es la concurrencia de una voluntad falseatoria o defraudatoria en la inscripción del padrón, que como infracción susceptible de sanción exige su demostración por la Administración. Aun así, tal y como está tipificada esta infracción, la imposición de la sanción de expulsión parece desproporcionada, pues el padrón es un registro que puede contener información desactualizada o en el que la información falsa puede introducirse para asegurar el acceso

del extranjero a determinados derechos o servicios (sanitarios, asignación de escuela para los hijos, etc.).

También se contemplan como nuevas infracciones el trabajo fuera del sector o actividades a los cuales se encuentra limitada la autorización de trabajo y la correspondiente infracción para el empresario (multa), la sanción al empresario por no dar de alta en la Seguridad Social al trabajador a quien hizo una oferta laboral, la reagrupación de hecho, el consentimiento o colaboración en el suministro de datos falsos al padrón, el matrimonio o tutela fraudulentas dirigidas a la obtención de una ganancia económica o para la obtención indebida de beneficios reconocidos a la Ley. Estas últimas infracciones, que implican una sanción de multa, sufren un grado de indeterminación demasiado elevado que haría falta reducir durante la tramitación de la Ley.

Finalmente, hace falta señalar que la **multa** como sanción general se mantiene en la Ley aun cuando la Directiva no la prevé, rompiendo el esquema del sistema instituido por esta Directiva. Seguramente se explica por la intención de introducir el nuevo sistema gradualmente y salvaguardar la realidad nacional, dónde la multa obedece a la necesidad de proporcionalidad ante un uso muy extendido de la expulsión; precisamente, la Administración ha de especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de multa. No debe olvidarse que en el sistema de la Ley la sanción principal es la multa (no la expulsión) pero que ésta no significa una regularización por arraigo, que debe tramitarse por el art. 31 de la Ley.

Sobre la **expulsión urgente**, a pesar del juicio negativo que pueda provocar la existencia de un procedimiento que puede impedir o dificultar de forma extrema el ejercicio de la tutela judicial efectiva a los ciudadanos extranjeros (STEDH *Conka v. Bélgica*), el Tribunal Constitucional no ha advertido conflicto alguno con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE al considerar que los extranjeros sometidos a este procedimiento disponían de las garantías esenciales del procedimiento administrativo, como el derecho de audiencia y el derecho a una resolución motivada (STC 236/2007), además del control judicial de la decisión que garantiza la misma Ley Orgánica al disponer que “las resoluciones administrativas sancionadoras serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las Leyes” (art. 65, redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000).

En relación a la **asistencia jurídica** el Anteproyecto reforma el art. 22 de la Ley para adecuarlo a la STC 236/2007 sobre el derecho a la asistencia jurídica. Hay que subrayar también que la STC 95/2003, de 22 de mayo de 2003, ya declaró inconstitucional la exigencia de residencia legal para disfrutar de este derecho, añadiendo que la “residencia” en nuestro país “habrá de entenderse referida a la situación puramente fáctica de los que se hallen en territorio español, sin que quepa atribuir a la referida

expresión un significado técnicamente acuñado de residencia autorizada administrativamente al que se refería el artículo 13.1.b) de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, vigente al tiempo de la impugnación, y al que hoy alude el artículo 29.3 de la Ley Orgánica 4/2000, pues, de lo contrario, se vaciaría por completo el sentido y alcance de la declaración de inconstitucionalidad que debemos realizar". El Anteproyecto extiende la asistencia jurídica tanto a los procedimientos administrativos de alejamiento del territorio español, siempre y cuando los extranjeros se encuentren en el Estado español, como a los procedimientos judiciales de cualquier orden jurisdiccional y con independencia de su situación administrativa. Este derecho incluye el derecho a un intérprete si no hablan o entienden la lengua oficial del procedimiento. La gratuidad se otorgará de acuerdo con el procedimiento establecido en la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita, que toma como referencia la indisponibilidad de medios económicos suficientes para asegurar la defensa.

Con respecto al nuevo art. 22 bis el Anteproyecto pretende abordar un problema técnico relevante que se ha planteado ante diversos órganos jurisdiccionales, incluido el Tribunal Constitucional, en los últimos años: la exigencia de renovar la solicitud de la gratuidad de la asistencia letrada cuando tras la asistencia en el procedimiento administrativo se prosiga la misma en sede contencioso-administrativa por vía de recurso. Con esta exigencia de renovación de la solicitud se quieren reducir el número de recursos presentados por los abogados sin la manifestación de voluntad expresa de sus clientes, y con el fin de continuar alargando el proceso con ánimo meramente lucrativo y cuando existen escasas posibilidades de prosperar. Algo similar ocurre con la exigencia de representación para el recurso contencioso-administrativo, pues se exige la constancia de la voluntad del extranjero por vía notarial o mediante la presentación personal ante el Secretario Judicial, requisito procesal habitual e ineludible que en el ámbito de Extranjería puede resultar relativamente complicado de obtener pues en los procedimientos de expulsión el extranjero suele encontrarse internado en un Centro de Internamiento y ni el notario ni el Secretario Judicial se desplazan habitualmente a estos lugares y menos en un plazo breve de tiempo, que es el que suelen disponer los extranjeros internados una vez finaliza el procedimiento administrativo y es decretada la expulsión. En tales casos, la presentación del recurso contencioso debe realizarse muy rápidamente pues prácticamente se estará a punto de ejecutar la expulsión, y es entonces cuando debe recogerse la declaración de representación. Si el extranjero se encuentra fuera del territorio español, el apartado 2 del art. 22 bis exige que estas dos actuaciones se realicen ante la misión diplomática o representación consular correspondiente, método poco viable en la práctica, pues aunque se encuentre prevista tal posibilidad en el art. 38 de la Ley 30/1992 (LRJAPyPAC) para poder ser efectiva requeriría una modificación del funcionamiento del aparato consular. La articulación de la representación consular es además compleja, pues el cónsul o embajador debería contactar con el Colegio de Abogados en nombre y representación del extranjero para que le nombraran un abogado de oficio y le puedan otorgar la justicia gratuita, canalizando todas las comunicaciones

con el extranjero. El Anteproyecto parece optar, pues, por fórmulas poco ajustadas a la realidad de Extranjería actual que sólo crean nuevos filtros para reducir recursos sin dar una solución adecuada a la cuestión. Reflexión ésta, que no oculta la necesidad de buscar fórmulas adecuadas para contrarrestar las prácticas abusivas de una pequeña minoría de abogados –contra los cuales se dirige este precepto– que colapsan los tribunales con sus recursos.

(7) Distribución competencial y organización administrativa

Una de las cuestiones que deja abierta el Anteproyecto es la definición de un nuevo modelo de organización administrativa, a la vista de la asunción de competencias de algunas CCAA sobre autorizaciones de trabajo e integración. Decaída la opción de una reforma más profunda mediante la asignación a una Agencia de este ámbito de actividad, el Anteproyecto se limita a reajustar el sistema para garantizar la continuidad del mismo; no obstante, se echa de menos una mayor ambición y perspectiva en esta materia, que implicaría reforzar los mecanismos de colaboración interadministrativa en materia de inmigración.

En este sentido, se ha optado por introducir las mínimas modificaciones al sistema actual, basadas en previsiones un tanto genéricas respecto a la coordinación de las Administraciones Públicas (art. 68), la previsión un tanto más concreta de la colaboración en la expedición de autorizaciones iniciales de trabajo con las CCAA que hayan asumido tal competencia (Disp. Ad. 1ª) para lo cual se instituye un sistema informático unificado (Disp. Ad. 5ª).

Efectivamente, el Anteproyecto se decanta por sustituir definitivamente, tras un año de convivencia en paralelo, el órgano técnico de coordinación interadministrativa, que pasa de ser el Consejo Superior de Política de Inmigración, donde estaban representadas CCAA y Ayuntamientos junto con el Estado, por un órgano más político, la Conferencia Sectorial, dónde aun cuando puedan participar los Ayuntamientos, constituye un órgano de colaboración autonómico. En este sentido, debe apuntarse que la sustitución del Consejo Superior por la Conferencia Sectorial tiene implicaciones importantes pues, para empezar, la naturaleza del órgano, hasta entonces un órgano colegiado de coordinación y cooperación adscrito al Ministerio del Interior, pasa a ser la de un órgano de colaboración vertical presidido por el ministro de Trabajo, al que deberían trasladarse las funciones que antes desempeñaba el Consejo. Sin embargo, entre esas funciones se encontraban las de información y colaboración, recepción de información por los agentes sociales, informe preceptivo de los contingentes, estudio de propuestas, seguimiento y evaluación de materias relacionadas con la integración, etc., pudiendo el Consejo crear comisiones y grupos de trabajo a tal efecto y, sobre todo, sus acuerdos se adoptaban por mayoría simple, lo cual daba un amplio margen de decisión a la Administración del Estado.

La Conferencia tiene una composición más reducida, lo cual la hace seguramente más operativa, a lo cual se suma su capacidad normativa mediante los instrumentos previstos en el art. 5.3 a 5.8 de la Ley 30/1992 (LRJAP y PAC) así como una amplia capacidad de actuación que incluye la facultad de intercambiar información, la consulta previa de decisiones y normas estatales incluida la posición del Estado ante la UE o de tratados internacionales, la adopción de criterios comunes, planes y decisiones conjuntas para la ejecución material de competencias de ambos niveles administrativos, e incluso adopción de criterios de distribución de fondos consignados en los Presupuestos Generales del Estado. Todas estas funciones se avienen bastante con lo previsto en la Ley, pero hubiera sido preferible que se consignara expresamente la intervención de la Conferencia en estos asuntos, por ejemplo en el art. 2 ter respecto de la distribución del dinero del Fondo para la Integración, respecto a la adopción del Plan Plurianual de Integración, o la participación en la determinación del Contingente que la Ley no prevé pero que el art. 138.4 del Estatuto de Autonomía de Cataluña exige, etc. De la Ley, y en menor medida de la regulación interna de la propia Conferencia de Inmigración (grupos de trabajo, ponencias técnicas), depende que ésta devenga un órgano de intensa colaboración y articulación de las relaciones con las Comunidades Autónomas. No obstante, una de las consecuencias preocupantes es que la Administración local pierde presencia y protagonismo en estos órganos, que son fundamentalmente de concertación Estado-CCAA.

Igualmente, la regulación de los mecanismos de coordinación administrativa dirigidos a asegurar el funcionamiento del procedimiento de otorgamiento de la autorización de residencia y trabajo es demasiado ambiguo, y haría falta que recogiera aunque fuera por mención los acuerdos sobre traspasos en materia de autorizaciones de trabajo iniciales a la Generalitat de Catalunya. El Estado se arroga la facultad de establecer la aplicación informática común y los estándares comunes que garanticen una correcta actuación de todas las Administraciones implicadas; sin embargo, más que una aplicación informática común, lo que debería asegurarse es que los sistemas informáticos entre administraciones en este ámbito pudieran estar interconectados y ser interoperativos. En este punto, no obstante, es curioso observar cómo la propia Ley ha erosionado algunas de las nuevas facultades autonómicas relacionadas con la expedición de la autorización de trabajo inicial al reconocer el acceso al mercado laboral del cónyuge y descendientes reagrupados exonerándoles de la obtención de la misma (art. 21), o imponiendo el silencio positivo de un mes en las modificaciones de la limitación territorial o sectorial de las autorizaciones iniciales de trabajo (Dips. Ad. 1º).

En definitiva, se echa de menos la incorporación de criterios un poco más sustantivos sobre las concretas fórmulas de coordinación y colaboración, especialmente en la expedición de las autorizaciones de residencia y trabajo iniciales, en las que algunas CCAA participarán. Aunque ello sea objeto de los Acuerdos de las Comisiones Mixtas de Traspasos, y finalmente se plasme en el Reglamento de la Ley, no estaría de más incorporar algún criterio en la propia Ley.

(8) Valoración general de la reforma propuesta

La primera conclusión que se extrae de la lectura de la propuesta de reforma de la legislación de extranjería es que, a pesar de modificar numerosos artículos de la ley, no puede considerarse como una reforma de gran calado, al menos en comparación con la LO 8/2000 e incluso con la LO 14/2003. Lo limitado de su alcance contrasta, no obstante, con el momento social y económico en el que va a debatirse, pues su texto se elaboró por el Gobierno a finales de 2008 pero se debatirá en Las Cortes como pronto a mediados o finales de 2009, en plena crisis económica. Para entonces, el debate sobre la reforma de la ley puede quedar atrapado entre los partidarios de un régimen restrictivo de los extranjeros en España, y el Gobierno, proponente de una reforma más moderada.

En este incierto contexto, parece que puede ponerse también en cuestión el relativo consenso existente entre los principales partidos sobre las líneas maestras de la política de extranjería (residencia e integración vinculada al trabajo, garantía de ciertos derechos de prestación incluida la sanidad y los servicios sociales básicos), así como la consolidación de determinados mecanismos de control migratorio (régimen del visado, autorización de trabajo y autorización de residencia, contingentes, catálogo de ocupaciones). En nuestra opinión, el actual modelo guarda un adecuado equilibrio entre sus piezas esenciales, recogidas en la Ley –pero también en la Constitución, en Tratados Internacionales, normas comunitarias y otras Leyes estatales y autonómicas– y el resto del engranaje, desarrollado mayormente a través de normas infrarreglamentarias, que en esencia permiten al Gobierno adaptarse con relativa rapidez y flexibilidad a las cambiantes circunstancias del mercado laboral. Algo de esto ya se ha producido, pues sin tocar la ley se ha reducido significativamente el número de autorizaciones de residencia y trabajo vía contingente (de unas 30.000 anuales a 901 para 2009) y se ha efectuado una drástica disminución en el “catálogo” de ocupaciones de difícil cobertura abiertas a la contratación de extranjeros (reducido en aproximadamente un 70%). Sin embargo, el Gobierno parece cauteloso a este respecto, e intenta evitar medidas de reducción de nuevas entradas innecesariamente restrictivas, como demuestra el levantamiento en diciembre de 2008 de la moratoria a libre circulación, residencia y trabajo de ciudadanos rumanos y búlgaros. Sin embargo, si la crisis se agudiza el siguiente paso puede ser fácilmente el endurecimiento de las condiciones de contratación nominativa de trabajadores en origen también fuera de catálogo. No obstante, parece ser el propio mercado el que está reduciendo el número de solicitudes de empleo. Respecto al control de nuevas entradas por razones laborales, el modelo parece ser suficientemente flexible y operativo, si se gestiona adecuadamente.

Respecto de las entradas no laborales, el grueso de las mismas se producirán por vía de reagrupación familiar, razón por la que el Gobierno pretende recortar la entrada de ascendientes, pero al mismo tiempo mejora las condiciones de acceso al trabajo de las otras categorías de reagrupados. Para cerrar el círculo de control de entrada, se refuerzan

los mecanismos de lucha contra las entradas fraudulentas o ilegales, con un nuevo sistema informático de control de entradas y salidas, y la creación de nuevas infracciones administrativas por la prestación de ayuda o asistencia a los inmigrantes irregulares o la reagrupación familiar fuera de los cauces legales, ambas muy discutibles tanto en su planteamiento como en la técnica de redacción de las mismas.

Respecto de los inmigrantes presentes en España, la política parece ser otra. El Gobierno reforma la Ley para reconocer un núcleo más amplio de derechos fundamentales a los extranjeros en consonancia con las recientes sentencias constitucionales, aunque se introduzca alguna limitación en el acceso a las ayudas para vivienda; además, en línea con la UE, se refuerza la igualdad de trato de los residentes de larga duración con los nacionales y se aprovecha para introducir una regulación mínima del concepto de integración, que debe valorarse positivamente a pesar de que su redacción actual plantea algunos problemas como los apuntados en este documento. Al mismo tiempo, la Ley refuerza los mecanismos de retorno de extranjeros en situación irregular, ampliando a 60 días el internamiento, incluyendo nuevos supuestos de expulsión y sanción, incentivación del cumplimiento voluntario de la expulsión, etc.

Esta línea de actuación que combina la protección e integración del extranjero regular con un ligero endurecimiento de las medidas de retorno de los irregulares, parece ser la nota común no sólo a la presente reforma legal, sino también al conjunto de la actividad reciente del Gobierno en esta materia. En este sentido se puede explicar la exploración de la posibilidad de ampliar el derecho de sufragio municipal a una serie de países con los que la reciprocidad puede ser posible (el embajador especial ha cerrado acuerdos en Colombia y Perú), la adopción del Plan de Lucha contra el Tráfico de Seres Humanos o el Plan Especial contra la Violencia de Género sobre Mujeres Extranjeras, pero también la ampliación de los convenios de readmisión con países africanos, la creación de nuevas fórmulas para acumular el pago de las cotizaciones de seguridad social y así estimular el retorno de los inmigrantes regulares, etc.

Con este enfoque se puede explicar que el Anteproyecto tenga un alcance materialmente limitado y que no ambicione cambiar las bases del actual modelo de gestión migratoria, más bien se limita a efectuar una serie de ajustes al mismo, lo cual no es forzosamente negativo. Ahora bien, una reforma en clave de mínimos como ésta, no puede desconocer la necesidad de que en esta materia es fundamental acometer algunas importantes reformas normativas para adaptar nuestro sistema de gestión migratoria e integración a los nuevos retos de la inmigración. Así, sigue pendiente la modificación de otras leyes relacionadas directamente con el régimen de los extranjeros, como el Código Civil en materia de nacionalidad, mientras se hace aún más necesaria una reordenación y mejora de la tipificación de los delitos del Código Penal sobre trabajadores extranjeros (como se recogía en el proyecto de reforma del Código Penal de enero de 2008 recuperado en la presente Legislatura); tampoco se reforma la Ley 7/1985 LRBRL para actualizar las disposiciones sobre el padrón ni se desarrolla la Ley de Agencias para abordar una

reforma profunda de la estructura administrativa en el ámbito migratorio, donde algunas CCAA van a empezar a gestionar las autorizaciones iniciales de trabajo, ni se aborda la necesidad de mejorar la operatividad y la coordinación de la Administración Exterior del Estado. Ahora bien, que sea un reforma de mínimos o menor, no debería significar que cuando el Anteproyecto aborda cuestiones complejas como la protección de las víctimas del tráfico de personas, la reagrupación de los familiares de españoles, el padrón o el fraude en la obtención de las autorizaciones y la nacionalidad (destacadamente los matrimonios fraudulentos), la redacción no sea más detallada y minuciosa, con lo que evitaría una aplicación inadecuada del régimen sancionador. Si finalmente llega a las Cortes en su redacción actual, como mínimo deberían subsanarse estos aspectos técnicos. Otra cosa es que el debate parlamentario se centre en la oportunidad y alcance de la reforma en un marco general de crisis económica, debate que será probablemente inevitable.