

# **BORRADOR**

## **PRIMERA POSTURA DE LA SUBCOMISION DE EXTRANJERIA DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ANTE EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DE LA LEY DE EXTRANJERÍA**

La Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía quiere hacer pública una primera valoración del Anteproyecto de Reforma de la Ley de Extranjería aprobado por el Gobierno el pasado viernes 19 de diciembre, a falta de que el Plenario de la Subcomisión, tras una lectura más detallada, pueda realizar valoraciones y propuestas más en profundidad. El presente análisis es además esperanzadamente provisional, confiando en que una buena parte de los aspectos que vamos a señalar como regresivos serán recogidos por el órgano legislativo primigenio, que es el Parlamento, a cuya modificación, mejora y aclaración, enmienda y aprobación debe someterse el anteproyecto, y del que esperamos un espíritu de diálogo que hasta ahora ha estado ausente.

Con carácter previo, llama la atención que el Gobierno haya cometido una contradicción tan flagrante con su ánimo declarado de diálogo y concertación con todas las fuerzas sociales implicadas, pues el proceso de elaboración del Anteproyecto ha venido presidido por un alto secretismo, sólo roto por algunas declaraciones públicas de detalle del Sr. Corbacho, que nunca se sabe si son proyectos, globos sonda o simples opiniones personales. Insistimos en pedir al Parlamento que esa falta de transparencia se compense ahora con una apertura de miras y otro espíritu ante las aportaciones y propuestas de la sociedad civil, de la que los abogados formamos parte a veces muy directamente afectada.

La reforma es ciertamente más compleja de lo que a primera vista pueda parecer, y desde luego mucho más de lo que el Gobierno ha querido dar a entender con sus informaciones a los medios de comunicación.

En efecto, se he da tener muy en cuenta que más de 50 preceptos de los 71, que componen la vigente Ley Orgánica de Extranjería, son objeto de una nueva y profunda redacción lo que exige un minucioso examen. A vuelapluma se puede señalar que la reforma contiene elementos de signo muy variado que podríamos interpretar como una voluntad de dar "una de cal y otra de arena". Nuestro análisis intentará ser más sereno y en profundidad que muchos de los

que se han oído estos días, quizá demasiado influidos por las notas de prensa procedentes del gobierno, que contienen alguna interpretación y silencios interesados.

## **I.- ASPECTOS QUE PODEMOS CALIFICAR DE SALUDABLES CON RESERVAS:**

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

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

**Restricciones al derecho a la educación.** Sin embargo, la regulación legal excluye a los menores del derecho a la educación post obligatoria y por supuesto a los adultos para esta y la universitaria, cuando el Tribunal Constitucional no diferenciaba y universalizaba el **derecho a la educación**.

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

.- Salvo que concurran razones de orden público, en los supuestos de estancia irregular, se tiende a eliminar – vieja reivindicación de la abogacía – el nefasto **procedimiento preferente de expulsión**, estableciendo un procedimiento previo en el que se deberá advertir al expedientado de la obligación de salida y solo para el caso de incumplimiento de dicha orden se contempla la posibilidad de tramitar el correspondiente expediente de expulsión. Dicha regulación viene ordenada por la recién publicada Directiva de retorno. Habrá que estar muy atentos al futuro desarrollo reglamentario para que el loable objetivo legislativo no quede frustrado y no se consiga romper con la fuerte inercia policial y administrativa.

Las excepciones para los supuestos de "orden publico", "riesgo de fuga" y que "el extranjero evitara o dificultase la expulsión o su ejecución", son causas muy amplias que pueden provocar la permanencia de la poco deseable actual regulación en la que el procedimiento preferente es la norma y el ordinario la excepción.

Aparte de que se amplía ese procedimiento para las expulsiones previstas en el artículo 57.2, sin que en estos casos concurra razón alguna de urgencia, gravedad ni fácil apreciación que establece el Tribunal Constitucional.

.- Se recoge expresamente – a. 53.4 y D.A. 4ª -- la posibilidad de revocar expulsiones ya dictadas, algo que si bien se recoge en el derecho administrativo general resulta una previsión muy oportuna. Se modera asimismo, por puro sentido común, el régimen de tratamiento a extranjeros extracomunitarios residentes o procedentes de residencias en otros países de la Unión Europea. Asimismo, entre las Directivas incorporadas, se incorporan las mayores garantías de la Directiva sobre víctimas de trata de seres humanos.

.- Se añade expresamente el principio de no devolución entre las causas que deben impedir una expulsión.

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

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

.- Condicionado, como ya hemos indicado, a que se haga una opción más decidida por eliminar el procedimiento preferente de los casos de mera estancia irregular, el régimen de ejecución de la expulsión en estos casos, si es que van por procedimiento ordinario (hoy inexistente en la práctica) se suaviza de forma

constructiva fomentando el retorno voluntario, paradójicamente ordenado obligatoriamente.

.- Se aumenta el silencio positivo a las solicitudes de modificación de ámbito funcional y geográfico.

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

## **II.- ASPECTOS FRANCAMENTE RECHAZABLES:**

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

¿Cabe entender que se hable de política de integración restringiendo al mismo tiempo la igualdad en el acceso a ayudas para vivienda sólo a los residentes de larga duración? ¿Es que acaso los residentes iniciales no serán en el futuro de larga duración y no tienen la misma necesidad de vivienda que el resto de mortales?.

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

.- **Reagrupación familiar de ascendientes menores de 65 años.** El recorte drástico de la reagrupación familiar de los ascendientes menores de 65

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

.- **Postulación procesal.** La exigencia de una postulación procesal especial a los extranjeros en la Jurisdicción contencioso-administrativa hace que la tentación de seguir restringiendo derechos constitucionales básicos a los extranjeros en que no se ha caído en otros artículos se produzca aquí. El gobierno se alinea con las posturas más reaccionarias de la judicatura, que pretende restringir el derecho a la tutela judicial efectiva a los extranjeros –inamoviblemente reconocido como propio de la condición humana para toda persona–. ¿Por qué, si un español que quiere recurrir una multa o ser tutelado en una sanción grave sólo tiene que pedir un abogado al Colegio para que le defienda, un extranjero tiene que someterse además, sin otro motivo y razón que ser extranjero, a un complejo y trabado procedimiento adicional de ratificación?. Máxime cuando el extranjero en muchas ocasiones puede encontrarse fuera de España, y referir que ese procedimiento puede hacerse a través de los consulados es o de una ignorancia supina del estado de nuestros consulados en el exterior o de un cinismo inaceptable. Si no hay justificación para esa discriminación, la vinculación con el derecho a la tutela judicial efectiva puede convertir la regulación en inconstitucional.

.- **Regulación restrictiva del acceso a la residencia de larga duración.** Se restringe también gravemente el derecho de acceso al estatus de residente de larga duración con la introducción de requisitos reglamentarios impropios de ese cambio de estatus. Nada que ver con facilitar la integración del extranjero.

.- **Exceso sancionador.** La Ley parece querer criminalizar a los empresarios que cometan el desafuero de contratar extranjeros: se carga sobre el Empresario con obligaciones que en la inmensa mayoría de los casos proceden del mal funcionamiento de la Administración, y se incluyen infracciones de

índole laboral de nuevo cuño que parecen no tener otro objeto que desincentivar una contratación que se ha revelado las más de las veces necesaria.

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

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

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

.- **Prohibición de entrada.** Pese a alguna declaración pública en la línea de uno de los pocos elementos positivos de la directiva de retorno, se mantiene la expulsión máxima en 10 años, aunque se reduzca sólo para casos de estancia

irregular, sin dejar de confundirlos en su calificación con motivos de orden público que sin embargo están recogidos en otros tipos infractores.

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

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

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

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

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

Antes hemos saludado cómo parece que – aunque aún con mucha timidez, pues se recogen unas salvedades que no darán lugar sino a abusos manifiestos – se quiere superar la inercia de aplicar ese nefasto procedimiento. Sin embargo, ese puede ser también un avance envenenado si sirve para retroceder en el reconocimiento del derecho a la asistencia letrada asignada efectivamente a todos los procedimientos que puedan llevar a la expulsión, como por otra parte reconoce el artículo 22 de la Ley. Es necesario reconocer ese derecho a la asistencia –no a la designación a posteriori o a la defensa después de pedirla– expresamente también en el procedimiento ordinario siempre que éste puede llevar a la expulsión.

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

### **III. OTROS ASPECTOS:**

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

- La incorporación –fuera de plazo– de algunas Directivas comunitarias,
- Algunas elevaciones a Ley de lo que ya venía establecido a nivel reglamentario –como el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura, curiosamente tan minimizado en estos momentos– y adecuaciones a la nueva y poco exitosa figura del retorno voluntario.



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

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

29 diciembre 2008