

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.”

Sesenta y ocho. El apartado 4 de la disposición adicional cuarta queda redactado de la siguiente manera:

“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.”

Sesenta y nueve. El título y los apartados 3 y 4 de la disposición adicional quinta quedan redactados de la siguiente manera:

“Disposición adicional quinta. Acceso a la información, colaboración entre Administraciones públicas y gestión informática de los procedimientos

3. La tramitación de los procedimientos en materia de extranjería derivados del cumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley Orgánica, se realizará sobre una aplicación informática común cuya implantación y coordinación respecto de los restantes Departamentos implicados corresponderá al Ministerio de Trabajo e Inmigración. Dicha aplicación, garantizando la protección de datos de carácter personal, impulsará el cumplimiento de lo establecido por la legislación en materia de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos y permitirá el conocimiento, en tiempo real, de la situación de las solicitudes de autorización

reguladas en esta Ley por parte de los órganos administrativos que sean competentes en cada una de las fases del mismo, así como su intervención en la fase que recaiga dentro de su ámbito de competencias. Asimismo, la aplicación informática permitirá la generación de bases de datos estadísticas para la obtención de la información actualizada y fiable sobre las magnitudes relativas a la inmigración y la extranjería.

4. Cuando las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, intervengan en alguno de los procedimientos regulados en esta Ley, se garantizará que su participación en los procedimientos informatizados responda a estándares comunes que garanticen la necesaria coordinación de la actuación de todos los órganos administrativos intervinientes”.

Setenta. Se introduce una nueva disposición adicional novena con la siguiente redacción:

“Disposición adicional novena. Sustitución del término residencia permanente por el de residencia de larga duración.

Todas las referencias a los términos residencia permanente o residente permanente contenidas en el Ordenamiento jurídico se entenderán referidas a la residencia de larga duración.”

Setenta y uno. Se introduce una nueva disposición adicional décima con la siguiente redacción:

“Disposición adicional décima. Reagrupación familiar de ciudadanos españoles respecto a sus familiares nacionales de terceros países.

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

## Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de reforma de Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social

### Antecedentes

Con fecha 13 de enero de 2009 ha tenido entrada en el Registro del Consejo General del Poder Judicial el Anteproyecto de Ley 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, remitida por el Ministerio de Justicia, a efectos de la emisión del preceptivo informe.

Asignada la ponencia por la Excm. Sra. Vocal D<sup>a</sup> Margarita Robles Fernández, la Comisión de Estudios e Informes, en su reunión del día ....de .... de 2009, aprobó el presente informe, acordando su remisión al Pleno de este Órgano Constitucional.

### Consideraciones generales sobre la función consultiva del Consejo General del Poder Judicial

La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial se contempla en el artículo 108.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; en concreto su apartado d) se refiere a la facultad de informar los anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado y de las Comunidades Autónomas

que afecten total o parcialmente, a: “e) Normas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales y cualesquiera otras que afecte a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales”.

A la luz de esta disposición legal, el parecer que a este Órgano constitucional le corresponde emitir sobre el Anteproyecto remitido deberá limitarse a las normas sustantivas o procesales que en él se incluyen específicamente, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada.

No obstante lo anterior, el Consejo General del Poder Judicial se reserva la facultad de expresar su parecer también sobre los aspectos del Anteproyecto que afecten a derechos y libertades fundamentales, en razón de la posición prevalente y de la eficacia inmediata de que gozan por disposición expresa del artículo 53 de la Constitución. En este punto debe partirse especialmente de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en su condición de intérprete supremo

de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente directa de interpretación de los preceptos y principios constitucionales, vinculando a todos los jueces y tribunales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por último, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones, relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

### **El marco normativo vigente y las razones que justifican la modificación de la Ley Orgánica 4/2000**

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, que regula los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social – que vino a sustituir a la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de junio– supuso en su momento un importante cambio en la política de extranjería, al establecer un marco regulador de carácter global y coherente e incluir de forma expresa un catálogo de derechos y libertades de los extranjeros, La citada Ley ha sido reformada en tres ocasiones:

1.- La primera reforma se produjo a través de la Ley Orgánica 8/2000,

de 22 de diciembre. Esta reforma fue de gran calado y afectó prácticamente a todo el articulado, si bien tuvo especial relevancia la modificación relativa a determinados derechos fundamentales, en concreto, a los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga. El cambio que se introdujo en tales derechos fundamentales consistió en distinguir entre la titularidad y el ejercicio de los mismos, limitando su ejercicio exclusivamente a aquellos extranjeros que residieran legalmente en España. Con ello, la reforma restringía la posibilidad de ejercicio de tales derechos a los extranjeros, en igualdad de condiciones con los españoles, suponiendo una quiebra del principio de igualdad entre nacionales y no nacionales, que proclama la Constitución, respecto de la titularidad y ejercicio de los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga.

Por este motivo, se interpusieron varios recursos de inconstitucionalidad contra la mencionada Ley Orgánica, que fueron resueltos por el Tribunal Constitucional en las Sentencias 236, 259, 260, 261, 262, 263, 264 y 265 del año 2007. En estas Sentencias, el Tribunal viene a declarar la inconstitucionalidad de los preceptos de la Ley Orgánica reguladores de los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga, en la medida en que se condicionaba su ejercicio a los trabajadores extranjeros que hubieran obtenido la correspondiente autorización de residencia.

2.- La segunda reforma de la Ley Orgánica 4/2000, se lleva a cabo por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre. Esta reforma se orientaba principalmente a adaptar la legislación penal y de extranjería a la nueva realidad delictiva que aparecía asociada al fenómeno de la inmigración, por lo que se introdujeron reformas en

el Código Penal, orientadas a dar una respuesta penal adecuada a los extranjeros no residentes legalmente en España que cometieran delitos, así como a las nuevas formas de delincuencia relacionadas con la inmigración.

Además, las reformas introducidas iban encaminadas a mejorar la regulación en materia de expulsión, con el fin de lograr una mejor adecuación entre los procedimientos penal y administrativo, cuando la expulsión fuera concurrente con la comisión de un delito.

3.- La última reforma de la Ley Orgánica 4/2000, se efectúa por la Ley 14/2003, de 20 de noviembre, que viene a incidir básicamente en los siguientes aspectos:

- Simplificación de los trámites administrativos y del régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros en España.
- Reforzamiento y mejora de los instrumentos sancionadores previstos en la Ley Orgánica 4/2000.
- Incorporación de las últimas Directivas aprobadas por la Unión Europea.
- Incorporación al texto de la Ley Orgánica de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, en relación con determinadas previsiones contenidas en el Reglamento de la Ley, que habían sido anuladas por problemas de legalidad.

En relación al Anteproyecto que ahora se examina, son tres los motivos que justifican la reforma que se pretende introducir en la vigente Ley Orgánica 4/2000:

a. En primer lugar, se pretende adaptar la Ley Orgánica 4/2000, -en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000-, a la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional en las sentencias antes citadas, respecto de la regulación de los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga.

Debe tenerse presente, que el Tribunal declara en sus Sentencias que, a pesar de la inconstitucionalidad de tales preceptos legales, no se procede a declarar la nulidad de los mismos, ya que ello produciría un vacío legal que no sería conforme a la Constitución, pues produciría la denegación de tales derechos a todos los extranjeros, con independencia de su situación. Por ello, se procede ahora, mediante el instrumento de la propia Ley Orgánica a introducir los cambios requeridos, con el fin de corregir la tacha de inconstitucionalidad declarada por el Alto Tribunal y adaptar su regulación a la doctrina sentada en la jurisprudencia constitucional, dando nueva redacción a los preceptos reguladores de los citados derechos.

b. En segundo lugar, la reforma tiene por objeto la adaptación de la legislación española en materia de extranjería, a las normas aprobadas por la Unión Europea en materia de inmigración con posterioridad a la última reforma efectuada en la Ley Orgánica, procediendo para ello a la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de las Directivas europeas que se encuentran pendientes de transposición, respecto de todas las cuales, ya se han agotado prácticamente el plazo de transposición. Estas Directivas son las siguientes:

- Directiva 2003/110/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea.
- Directiva 2203/109/CE, del Consejo, de 25 de no-

viembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.

- Directiva 2004/8111/, del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes.
- Directiva 2004/82/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas.
- Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, del Consejo, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado.
- Directiva 2005/71/CE, de 12 de octubre de 2005, del Consejo, relativa a un procedimiento específico de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de investigación científica.
- Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal.

c.- En tercer lugar, la reforma persigue introducir determinadas modificaciones en la actual Ley Orgánica, con el fin de adaptar su regulación a los nuevos requerimientos que plantea el fenómeno migratorio en España. En este sentido, las reformas introducidas se dirigen al cumplimiento de los siguientes objetivos:

- Perfeccionar el sistema de canalización legal y ordenada de los flujos migratorios y reforzar la vinculación de la inmigración a la capacidad de acogida y a las necesidades reales del mercado de trabajo.
- Aumentar la eficacia en la lucha contra la inmigración irregular, reforzando los medios e instrumentos sancionadores, especialmente por lo que se refiere a quienes faciliten el destino o la permanencia de la inmigración ilegal en nuestro país, agravando el régimen sancionador y reforzando los procedimientos de devolución de extranjeros que han accedido ilegalmente al territorio español.
- Favorecer la integración de los inmigrantes, asumiendo para ello los principios del Pacto Europeo de Inmigración y Asilo, recientemente aprobado.
- Adaptar la normativa a las competencias de ejecución de la legislación laboral, previstas en los nuevos Estatutos de Autonomía, que inciden en el régimen de la autorización inicial de trabajo, así como potenciar la coordinación entre las Administraciones Públicas con competencia sobre inmigración y reforzar la cooperación y desarrollo de la política migratoria, así como potenciar el diálogo y la cooperación con los países de origen y tránsito de la inmigración.
- Reforzar e institucionalizar el diálogo con las organizaciones sindicales y empresariales, así como con las organizaciones de inmigrantes en la definición y desarrollo de la política migratoria.

## Estructura y contenido del anteproyecto

**E**l Anteproyecto que se informa consta de una Exposición de Motivos, un artículo único, dos disposiciones adicionales, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

La Exposición de Motivos detalla las razones que justifican la reforma y explicita el contenido de la misma. El artículo único, que es el más extenso, recoge las modificaciones que introducen en el texto articulado de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en su redacción actual.

En el Título I se perfila el marco de derechos y libertades de los ciudadanos extranjeros, junto con las correspondientes obligaciones.

Junto al reconocimiento de los derechos fundamentales, se incluye un sistema progresivo de acceso a otros derechos, basado en el refuerzo del status jurídico, a medida que aumenta el período de residencia legal.

En este sentido, se introduce una nueva regulación de los derechos de reunión manifestación, asociación, sindicación y huelga, que podrán ejercerse sin ningún tipo de restricción y se efectúa una nueva regulación de los derechos de educación, que se reconoce plenamente hasta los 18 años, así como del derecho a la asistencia jurídica gratuita, incorporando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y las recomendaciones del Defensor del Pueblo en esta materia. De lo dispuesto en este Título, destaca la nueva regulación del derecho a la reagrupación familiar, que se acomoda a las previsiones de la mayoría de los países de nuestro entorno, en el sentido de que los beneficiarios se acotan básicamente a los que integran lo que se conoce como familia nuclear; dentro de este concepto y, como novedad, se incluye dentro de la categoría de familiares a la pareja que tenga con el reagrupante análoga relación de afectividad que el cónyuge en el matrimonio, y a estos reagrupados se les facilita el acceso inmediato al mercado de trabajo. La reforma implica también que la reagrupación de los ascendentes se limite a los mayores de 65 años.

El Título II incorpora un conjunto de modificaciones que, en su mayoría, son consecuencia de la transposición de las Directivas europeas. Se incorporan nuevas situaciones de los extranjeros, entre ellas, las orientadas a perfeccionar el estatuto de los residentes de larga duración, y las que se dirigen a aumentar la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular, mediante la creación de un registro dirigido a controlar las entradas y salidas. Se introducen también modificaciones para perfeccionar el sistema de canalización legal y ordenada de flujos migratorios, contemplando, entre otras medidas, un mayor nivel de concreción en la situación nacional de empleo en el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura y limitando las autorizaciones iniciales a una ocupación y ámbito territorial.

El Título III, en el marco del objetivo de reforzamiento de la lucha contra la inmigración irregular, prevé nuevas infracciones con el fin de evitar actuaciones fraudulentas, tales como los matrimonios de conveniencia, la reagrupación familiar al margen de los cauces legalmente previstos o el falseamiento de los datos del empadronamiento. Con la misma finalidad se contempla el aumento de las sanciones económicas para todas las infracciones, y se introducen determinadas modificaciones con el fin de dotar de mayor eficacia a las medidas de suspensión y devolución. Se contempla la ampliación

del plazo de internamiento hasta los 60 días, desde los 40 que se aplican actualmente, así como la mejora de la seguridad jurídica de los afectados por estas medidas, con la concesión de un plazo de cumplimiento voluntario de la orden de expulsión.

Las modificaciones introducidas en el Título IV tienen como objetivo reforzar la coordinación y cooperación entre las Administraciones Públicas en materia de inmigración e institucionalizar la participación de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Entre las modificaciones introducidas, destaca la incorporación a la Ley de la Conferencia Sectorial de Inmigración, como cauce de cooperación entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas, así como la exigencia de una actuación coordinada de ambas Administraciones Públicas, cuando la Comunidad Autónoma hubiera asumido competencias en materia de autorización inicial de trabajo. Otra novedad destacable es la institucionalización de la Comisión Laboral Tripartita, como cauce institucional de diálogo con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en materia de inmigración.

En lo que respecta a las Disposiciones Adicionales: la disposición adicional primera limita su contenido a la sustitución del término "residencia permanente" por el de "residencia de larga duración", de conformidad con las prescripciones del derecho comunitario europeo; la disposición adicional segunda, remite a la regulación reglamentaria el establecimiento de condiciones especiales, respecto a las previstas en la propia Ley, para la reagrupación familiar ejercida por los españoles.

La Disposición derogatoria afecta todas las normas de igual o inferior rango, en lo que contradigan o se opongan a lo dispuesto en esta Ley.

Finalmente, el Anteproyecto incorpora tres disposiciones finales:

la primera atribuye carácter orgánico al artículo único, en cuanto afecte a preceptos previamente calificados como tales en la disposición final primera de la Ley Orgánica 8/2000 y determina que los preceptos que no tengan carácter orgánico, se entenderán dictados al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.1ª y 2ª de la Constitución; la segunda contiene un mandato al Gobierno para el desarrollo reglamentario, en el plazo de seis meses; y la tercera dispone que la norma entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

### Examen del contenido del anteproyecto

**A** efectos sistemáticos y de mayor claridad en el examen del contenido del Anteproyecto, así como de ajuste a la función de informe que a este Consejo atribuye el artículo 108 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el presente examen se realiza agrupando el análisis de los preceptos en función de su contenido y de la materia regulada, prestando una especial atención a aquellos aspectos que de forma directa inciden en lo que constituye el objeto de la facultad de informe atribuida a este Órgano constitucional.

#### 1.- Disposiciones generales (Título Preliminar).

El Anteproyecto comienza con la introducción de determinadas modificaciones en el Título Preliminar que, en su mayoría, tienen el carácter de simple mejora técnica y de redacción, como son las que se efectúan en los

arts. 1.3 y 2.b. Junto a ello, se añaden al art. 2 dos nuevos preceptos, los arts. 2. bis y 2 ter.

El nuevo art. 2 bis, titulado "La política migratoria", ha de ser examinado a la luz de lo dispuesto en el art. 149.1.2ª de la Constitución y en los preceptos de los Estatutos de Autonomía relativos a esta materia.

El apartado 2 del art. 149.1.2ª CE reserva al Estado "competencia exclusiva" en materia de: "2. Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo". El precepto propuesto reza literalmente como sigue: "1. Corresponde al Estado, de conformidad con lo previsto en el art. 149.1.2ª 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 las Comunidades Autónomas." El reciente proceso de reforma y nueva asunción y regulación de competencias autonómicas, efectuada en diversos Estatutos de Autonomía (entre ellos, los de Andalucía, Valencia; Islas Canarias, Cataluña, Islas Baleares, Aragón y Cataluña) ha supuesto la asunción por estas Comunidades Autónomas, con alcances distintos, de competencias en el ámbito material de "inmigración".

Este concepto y más exactamente las realidades que refleja, no presenta en nuestro ordenamiento una proyección única, no es plenamente horizontal, antes bien, constituye un fenómeno complejo con manifestaciones en muy distintos ámbitos de actuación pública, como el derecho laboral, sanidad, asistencia social, educación; materias que en nuestro sistema de distribución de competencias corresponden a las Comunidades Autónomas, o bien pueden ser asumidas por éstas, cual es el caso, por mencionar alguno de los más vinculados a este ámbito, del art. 148.1.20 CE relativo a la asistencia social, o el de los apartados 17 y 21 del mismo precepto sobre enseñanza, en su caso, de la lengua autonómica, o sanidad, respectivamente, o los asumidos en materia de ejecución de la legislación laboral (art. 149.17 CE), educación (art. 149.1.16), o ejecución de la legislación de Seguridad Social (art. 149.1.17). En estos supuestos, el Tribunal Constitucional, desde sus primeras resoluciones (Sentencia de 30 de noviembre de 1982), ha considerado que, cuando una misma actividad material pueda incluirse en diferentes títulos competenciales, rige el "principio de especificidad de la competencia" (principio especialmente determinante de la Sentencia 13/1992 y de la línea doctrinal que inaugura en materia de subvenciones públicas), de tal modo que "la inclusión en regla de más amplio alcance deba ceder ante la regla más especial" (doctrina aplicada por el Tribunal a una pluralidad de títulos competenciales, así a la seguridad pública, entre otras, en la Sentencia 175/1999; turismo y comercio interior, en las Sentencias 125/1984 y 242/1999; sanidad en la Sentencia 329/1994; competencias sobre industria, planificación de la actividad económica, reestructuración, comercio exterior e investigación científica y técnica, en las SSTC 190/2000, o legislación procesal, en la Sentencia 50/2006, o legislación laboral, en la Sentencia 158/2004, entre otras que analizan los mismos títulos competenciales mencionados), buscando una interpretación conjunta y sistemática del texto constitucional, y de sus disposiciones atributivas de competencias.

Ahora bien, del mismo modo que el título competencial «inmigración y extranjería» no posee un carácter horizontal ilimitado, que impida cualquier intervención autonómica en la materia, el ámbito de actuación au-

tonómica es susceptible de generar consecuencias y efectos sobre el conjunto del Estado, y afectar a la definición y planificación de la política migratoria efectuada por el Estado, de tal modo que resulta necesario no sólo establecer una uniformidad en el ordenamiento aplicable, sino en sus criterios de aplicación, y, especialmente, crear instrumentos de cooperación y coordinación entre Estado y Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus respectivas competencias en la materia; máxime cuando, como ocurre en este caso, las políticas de integración social del inmigrante, las medidas de integración de menores o el acceso al empleo como factores de integración cumplen a toda Administración pública y son un deber inexcusable a la actuación de los poderes públicos a partir de los dictados del art. 9.2 CE.

Estos principios de coordinación no son sólo, como ha dicho el Tribunal Constitucional, principios jurídicos implícitos y deducibles del texto constitucional con carácter general, y en especial en el diseño del sistema territorial de distribución de competencias, sino que además constituyen, para Estado y Comunidades Autónomas, "un deber general de colaboración" [STC 80/1985, FJ 13.c)], en el que el Estado ostenta una función de coordinación general "entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y autonómicas" [STC 32/1983, FJ 13.a]. Y es en este ámbito en el que ha de situarse el precepto del Anteproyecto sometido a informe.

En último término, por lo que se refiere a las modificaciones que prevé el Anteproyecto en el Título Preliminar de la Ley Orgánica 4/2000, en el párrafo 2 del nuevo art. 2 bis y en el art. 2 ter, se establecen los principios generales de la política migratoria estatal, que giran en torno a la integración y la igualdad de trato de los inmigrantes, la coordinación con las políticas de la Unión Europea, la lucha contra la inmigración irregular y el diálogo y colaboración con los países de origen y de tránsito de inmigración, así como la obligación de los poderes públicos (estatales, locales y autonómicos), de promover la plena integración de los extranjeros, favoreciendo el aprendizaje del idioma (castellano y demás lenguas oficiales), escolarización de menores y acceso al empleo como factores de inmigración; lo que no es sino trasunto de la previsión constitucional del art. 9.2 CE y de la cláusula del art. 1.1 CE que configura a nuestro país como un Estado social y democrático de Derecho.

## 2.- Derechos y libertades de los extranjeros (Título I)

El artículo 3.1 de la Ley Orgánica 4/2000, en relación con el artículo 27 del Código Civil, y de conformidad con lo previsto en el artículo 13 de la Constitución española, afirma que los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución, en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. 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 declaración contenida en este precepto se ha visto completada con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, desde la Sentencia 107/1984 ha venido interpretando el alcance de estos derechos, elaborando una amplia doctrina sobre los derechos de los extranjeros,

cuyos elementos básicos se han mantenido vigentes hasta hoy y en la que se distinguen varios tipos de derechos en relación a su aplicación a los extranjeros.

En el primer grupo se incluyen aquellos derechos que "corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles" (STC 107/84, F.J. 3º) puesto que gozan de ellos "en condiciones plenamente equiparables a los españoles" (STC 95/2000, F.J. 3º). Estos derechos son los que "pertenecen a la persona en cuanto tal, no como ciudadano (...) aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español" (F.J. 3º). El Tribunal no da una lista de los mismos pero sí menciona algunos incuestionables, "Entre estos derechos se encontrarían el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, pero también el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita, el derecho a la libertad y a la seguridad, y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Todos ellos han sido reconocidos expresamente por este Tribunal como pertenecientes a la persona en cuanto tal, pero no constituyen una lista cerrada y exhaustiva" (por todas, STC 236/2007, F. J. 3º). El Tribunal considera que el grado de conexión de un concreto derecho con la dignidad de la persona habrá de determinarse a partir de su contenido y siguiendo para ello la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los acuerdos y tratados internacionales a los que remite el propio artículo 10.2 CE.

Un segundo grupo está constituido por aquellos derechos que "la Constitución reconoce directamente a los extranjeros", que son aquellos a los que se refiere el artículo 13.1 CE, y en relación con ellos, considera la jurisprudencia citada que "el legislador no puede negar tales derechos a los extranjeros, aunque sí puede establecer condicionamientos adicionales respecto de su ejercicio por parte de aquéllos, si bien ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales" (STC 236/2007, F.J. 4º) lo que implica que la regulación habrá de respetar, en todo caso, el contenido esencial del derecho. El tercer grupo lo integran aquellos derechos "que no son atribuidos directamente por la Constitución a los extranjeros, pero que el legislador puede extender a los no nacionales, aunque no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles", se trata de derechos en los que es admisible un tratamiento diferenciado entre españoles y extranjeros, en virtud de lo que dispongan los tratados y las leyes que los regulen, siempre que en su aplicación no se vulnere el contenido esencial del derecho en cuestión, en cuanto "no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (...) es pues lícito que las leyes y tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros" (STC 94/1993, de 22 de marzo, F. J. 4º). En este grupo, el Tribunal Constitucional incluye, "derechos tales como el derecho al trabajo, el derecho a la salud, el derecho a percibir una prestación de desempleo y, también con matizaciones, el derecho de residencia y desplazamiento en España" (STC 236/2007, FJ. 4º). El Tribunal añade que las condiciones de ejercicio que el legislador establezca respecto de los derechos y libertades de los extranjeros en Es-

paña "sólo serán constitucionalmente válidas si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE) se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida".

Finalmente existe un último grupo de derechos, que son aquellos en los que no es posible el acceso a los extranjeros y que son los declarados en el propio artículo 13.2 del texto constitucional, con la salvedad que el mismo contiene: "Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el art. 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales".

Dentro de este marco normativo y jurisprudencial, la modificación que, en materia de derechos y libertades de los extranjeros, efectúa el Anteproyecto que se examina tiene como objetivo general la adaptación del texto de la Ley Orgánica 4/2000 a la doctrina contenida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y afecta sustancialmente a los siguientes aspectos:

En lo relativo al derecho a la documentación (ap. Seis, que modifica el art. 4), el Anteproyecto se limita a adaptar el contenido del precepto a las nuevas situaciones de los extranjeros previstas en el texto (estudiantes, trabajadores de temporada, investigadores).

El apartado Ocho del Anteproyecto modifica el artículo 6 de la Ley Orgánica 4/2000, relativo al derecho al sufragio en las elecciones municipales, en un doble sentido, por un lado reconociendo este derecho a quienes "residan" en España, y por otro, remitiendo a la Constitución y a las leyes la regulación del mencionado derecho.

La referencia a los extranjeros "que residan" y no a los "residentes", que es la que utiliza la Ley vigente, sólo podría ser objeto de una interpretación coincidente con la actual, en el sentido de entender que, en ambos casos, el derecho al sufragio se reconoce a aquellos extranjeros que ostenten la residencia legal.

El ejercicio del derecho al sufragio por los extranjeros se contempla expresamente en el art. 13.2 de la Constitución que, en principio lo reserva a los españoles, con la siguiente excepción "salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales". Como es sabido, dicho precepto es el único que ha sido objeto de modificación en los más de 30 años de vigencia del texto constitucional, en concreto a través de la reforma de 27 de agosto de 1992, para hacer posible la ratificación del Tratado de la Unión Europea, y que se limitó a añadir la expresión "y pasivo" para hacer efectivo el derecho de sufragio activo y pasivo de los ciudadanos europeos en las elecciones municipales. Aunque éste era el objetivo de la reforma, lo cierto es que ésta se hizo en términos generales, por lo que se reconoce también esta posibilidad de ejercicio del sufragio a los extranjeros no comunitarios.

La posibilidad de ejercicio del derecho al sufragio de los ciudadanos no comunitarios se condiciona, no obstante, al cumplimiento de una serie de requisitos, entre ellos está el requisito de la reciprocidad; la exigencia de tratado; la reducción de su ejercicio a las elecciones locales y también la exigencia de que los titula-

res de este derecho ostenten la condición de "residentes", esto es, residan legalmente en España.

La condición de "residentes" para el ejercicio de este derecho, aparece expresamente recogida en los artículos 176 y 177 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General.

Respecto de los ciudadanos comunitarios, los citados preceptos reconocen su derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales a todas las personas "residentes" en España que, sin haber adquirido la nacionalidad española, tengan la condición de ciudadanos de la Unión Europea.

En lo que respecta a los ciudadanos no comunitarios el art. 176 reconoce el derecho de sufragio activo a "los residentes extranjeros en España cuyos respectivos países permitan el voto a españoles en dichas elecciones, en los términos de un tratado". En ambos casos, se acude pues de forma clara e indubitada al concepto de "residentes", entendido como extranjeros que ostentan la residencia legal.

El ejercicio del derecho al sufragio de los extranjeros va pues ineludiblemente ligado al requisito de la residencia legal de los mismos en el país de ejercicio, exigencia que se recoge en todos los ordenamientos y que en España ha sido también la defendida por la doctrina mayoritaria, por lo que la modificación terminológica introducida en este precepto, no podría admitir otra interpretación que la de entender que la referencia a los extranjeros "que residan" en España, ha de ser necesariamente reconducida al concepto de extranjeros que ostenten la residencia legal, en los términos previstos en el artículo 33.1 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 ("son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir").

Por tal motivo, no existiendo razón alguna para la introducción del término "que residan", en vez del actualmente vigente de "residentes", se propone el mantenimiento de este último que, en todo caso, evitaría futuras dudas interpretativas, máxime cuando el propio Anteproyecto equipara a lo largo de su articulado el concepto de "residentes" con el de residentes legales (así, entre otros, artículos 13 y 32). Ese mantenimiento del término "residentes" salvaguarda la coherencia interna del texto legislativo y, al mismo tiempo, guarda armonía con lo dispuesto en los artículos 176 y 177 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General y con la doctrina que lo interpreta.

En relación a los derechos de reunión y manifestación y al derecho de asociación (apartados Nueve y Diez, por los que se modifican los artículos 7.1 y 8), el Anteproyecto suprime la exigencia de residencia legal en España, para el ejercicio de estos derechos, mediante la eliminación en ambos casos del inciso "que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España".

La jurisprudencia constitucional (por todas STC 236/2007, F.J. 6º) vino a declarar, en ambos casos, la inconstitucionalidad de este inciso, por considerar que el mismo "no realiza ninguna modulación del derecho de reunión, estableciendo condiciones para su ejercicio, sino que niega ese derecho a los extranjeros que no dispongan de autorización de estancia o residencia en España (...) esta regulación legal vulnera el artículo 21 CE en su contenido constitucionalmente declarado

por los textos a que se refiere el art. 10.2 CE". Por idénticos motivos, considera que la limitación introducida al ejercicio del derecho de asociación resulta inconstitucional, por vulneración de lo dispuesto en el art. 22 CE.

La modificación introducida se limita pues a adaptar la regulación de estos preceptos a lo declarado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

En relación al derecho a la educación (apartado Once, por el que se modifica el art. 9), las modificaciones introducidas se concretan en: el reconocimiento general del derecho a la educación de todos los extranjeros, de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa (punto 1), la inclusión de una previsión adicional, respecto de los menores de 18 años, contemplando expresamente que, en caso de alcanzar los 18 años en el transcurso del curso escolar, conservarán el derecho de acceso a la enseñanza básica, gratuita y obligatoria, hasta su finalización del curso (punto 2), y la supresión del apartado en el que se reconoce a los extranjeros residentes el acceso a actividades de carácter docente o a la creación y dirección de centros.

El artículo 9.3 de la Ley Orgánica 4/2000, en su redacción actual, limita el acceso a esta enseñanza no obligatoria a los "extranjeros residentes". El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 236/2007 (F.J. 8º) vino a señalar que "el derecho a la educación constitucionalmente garantizado en el art. 27.1 CE corresponde a "todos", independientemente de su condición de nacional o extranjero, en incluso de su situación legal en España; (...) de las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la educación, interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales referidos, se deduce que el contenido constitucionalmente garantizado de ese derecho, en su dimensión prestacional, no se limita a la enseñanza básica, sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se imponga constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad (...). Este 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 estas razones, el Tribunal declara la inconstitucionalidad del inciso "residentes" efectuado por el art. 9.3 de la Ley Orgánica 4/2000. En definitiva pues, el Tribunal Constitucional entiende que ha de reconocerse el derecho de todos los extranjeros menores de 18 años a acceder a la educación postobligatoria, cualquiera que sea su situación en España, y no pudiendo someterse su ejercicio a requisitos distintos de los del mérito y capacidad.

El precepto del Anteproyecto que se examina viene a acomodar sus previsiones a la citada jurisprudencia constitucional, reconociendo expresamente en su apartado 2 a los extranjeros menores de dieciocho años, sin ninguna restricción por razón de residencia, 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".

El apartado Trece del Anteproyecto modifica el artículo 11 de la Ley Orgánica 4/2000, en el que se limita el derecho a la libertad sindical y al ejercicio del derecho

de huelga, a los extranjeros "cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España".

La Sentencia 236/2007 (F.J. 9º) y otras posteriores en análogo sentido, vinieron a declarar la inconstitucionalidad del precepto, por considerar que "la exclusión total del derecho de libertad sindical de aquellos extranjeros que trabajen pese a no haber obtenido autorización de estancia o residencia en España, no se compadece con el reconocimiento del derecho a la libertad sindical que efectúa el artículo 28.1 CE.". En idéntico sentido se pronuncia la Sentencia 259/2007 respecto a la limitación del ejercicio del derecho a la huelga.

La nueva redacción que el Anteproyecto efectúa, viene a adaptarse a los anteriores pronunciamientos, reconociendo a los extranjeros, sin limitaciones de estancia o residencia, el derecho a sindicarse libremente o afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los españoles. Dicho reconocimiento se hace extensivo, asimismo, al ejercicio del derecho de huelga. El derecho a la reagrupación familiar se regula en los apartados Dieciocho, Diecinueve, Veinte y Veintiuno (por los que se modifican los artículos 17,18 y 19). La reagrupación no forma parte de los derechos reconocidos a los extranjeros en el Título I de la Constitución Española, y así lo ha señalado el Tribunal Constitucional, rechazando la pretensión de inclusión del mismo en el ámbito del artículo 18.1 CE: "Este derecho a la reagrupación familiar no forma parte del contenido del derecho consagrado en el art. 18 CE, que regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal (...) nuestra Constitución no reconoce un "derecho a la vida familiar" en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el art.8.1 CEDH, y menos aún un derecho fundamental a la reagrupación familiar, pues ninguno de esos derechos forma parte del contenido del derecho a la intimidad familiar" (por todas, STC 236/2007, F.J. 11º).

La reagrupación familiar regulada en la Ley Orgánica, constituye pues una modalidad de protección de la familia, que viene a hacer efectivo el principio rector consagrado en el art. 39.1 de la Constitución ("Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia), por lo que no existe en esta materia una reserva de Ley Orgánica, correspondiendo a la ley establecer las condiciones y requisitos de su ejercicio por los extranjeros, y pudiendo establecer las restricciones o condicionamientos que considere adecuados a los principios y criterios generales de la política migratoria.

La regulación que efectúa el Anteproyecto se ajusta a lo dispuesto en la normativa europea en esta materia (Directiva 2003/86/CEE, de 22 de septiembre de 2003) y tiene por objeto principal acotar el concepto de familia, a efectos del ejercicio de este derecho, recurriendo para ello, en línea con el derecho comunitario, a la idea de "familia nuclear", integrada por los progenitores, su ascendientes y descendientes directos, menores o incapacitados. Dicha acotación supone la introducción de restricciones en el concepto de familiares reagrupables; de ellas, la más novedosa es la que afecta a los ascendientes (art. 17.2.d) respecto de los cuales se limita la reagrupación a los mayores de 65 años, partiendo de la consideración de que son éstos los que, con carácter general, reúnen los requisitos que determinan el objetivo de la reagrupación, que no es otro que el de la dependencia respecto al rea-

grupante y su situación de vulnerabilidad, limitando así los efectos que sobre el mercado laboral y la ordenación de los flujos migratorios pudiera tener la reagrupación de ascendientes que se encontraran en situación de trabajar. Por lo que respecta al cónyuge y los descendientes, en el caso de segundas o posteriores nupcias (art. 17.2.a), el derecho a reagrupar alcanza al nuevo cónyuge, pero no a sus familiares, como prevé la Ley vigente.

En el apartado 1. c) del artículo 17 se introduce el término "incapacitados" para referirse a los familiares que tienen derecho a ser reagrupados, y que sustituye a la expresión "incapaces" contenida en la ley vigente. El término "incapacitados", en nuestro lenguaje jurídico, remite al supuesto de quienes hayan sido objeto de una previa declaración formal de incapacitación, y así parece confirmarlo el hecho de que el propio precepto condiciona la posibilidad de reagrupación de los incapacitados, al hecho de que "el residente extranjero sea su representante legal".

La Directiva 2003/86/CE, en su artículo 4.2.b) define este supuesto en los siguientes términos: "los hijos mayores solteros del reagrupante cuando no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud". La normativa comunitaria no exige pues la incapacitación formal sino la simple existencia del dato de hecho de ausencia de suficientes facultades para la atención a las propias necesidades. En razón de ello, se estima que el término "incapacitados" debería sustituirse por otro más acorde con la normativa comunitaria, pudiendo a estos efectos optarse, bien por la actual redacción de "incapaces" o, alternativamente, por "afectados por una discapacidad" o "personas en situación de dependencia", si se estima adecuado remitirse a la terminología recogida en el artículo 2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre.

Debe destacarse, asimismo, que, de conformidad con el criterio seguido en otros ámbitos de nuestro ordenamiento, se equipara, a estos efectos el matrimonio con la existencia de una relación de afectividad análoga a la conyugal, debidamente acreditada y que reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España, remitiendo al Reglamento la fijación de las condiciones que acrediten dicha relación, con el fin de evitar supuestos fraudulentos (art. 17. 4 y 5). La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en aplicación de los principios de libre circulación de personas y de no discriminación, ha declarado que los Estados de la Unión Europea deben reconocer efectos jurídicos a las uniones no maritales de ciudadanos de Estados en los que estas figuras tienen pleno reconocimiento jurídico (Sentencia de 17 de abril de 1986); y la Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar, si bien se estructura en torno al concepto de familia basada en el matrimonio, permite que los Estados miembros puedan extender el derecho mediante su legislación interna, a supuestos de parejas no casadas, siempre que se acredite debidamente la existencia de una relación estable.

El Anteproyecto adecua también sus previsiones a la legislación española en materia de igualdad de género, admitiendo la posibilidad de acceder a una autorización independiente, cuando el reagrupado sea víctima de violencia de género.

En lo que respecta a los requisitos y al procedimiento

para la reagrupación (arts. 18 y 19), no se introducen novedades sustanciales, manteniéndose las dos condiciones legales ya consolidadas para el ejercicio de este derecho: vivienda adecuada y medios económicos suficientes. Se otorga de manera automática la autorización para trabajar a los reagrupados en edad laboral; y se contempla la coordinación entre los encargados de la tramitación de las reagrupaciones de menores en edad escolar y las autoridades educativas para hacer posible su incorporación al sistema educativo.

El derecho de asistencia jurídica gratuita y la postulación se regulan en los apartados Veintidós y Veintitrés (modificación del art. 22 de la LO). En materia de asistencia jurídica gratuita, la modificación introducida tiene por objeto eliminar la referencia a los extranjeros "residentes", que hasta ahora se exigía para tener acceso a este derecho en los procesos en los que sean parte ante cualquier jurisdicción; esa expresión se sustituye por la de extranjeros "que se hallen en España".

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ya desde la Sentencia 95/2003, ha venido afirmando reiteradamente la inconstitucionalidad de "la exigencia del requisito de la legalidad de la residencia para que los extranjeros puedan acceder a la asistencia jurídica gratuita en relación con cualquier tipo de proceso a efectos del cual gocen de la precisa legitimación" (F.J. 8º). La doctrina constitucional afirma la conexión instrumental entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho a la tutela judicial efectiva, que se reconoce a todos los extranjeros con independencia de su situación jurídica; esta conexión determina la existencia de un "contenido constitucional indisponible" para el legislador, que obliga a reconocer el derecho a la justicia gratuita necesariamente a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar, de modo que la privación por el legislador del derecho a la gratuidad de la justicia a un grupo de personas físicas que reúnan las condiciones económicas previstas con carácter de generalidad para acceder a tal derecho implica una lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Por ello, la modificación que se introduce permite acomodar las previsiones del precepto a esta jurisprudencia constitucional.

La principal novedad del Anteproyecto, consiste en la introducción de un nuevo artículo 22.bis, que bajo la denominación de "Postulación procesal" viene a establecer que, en los procesos contencioso-administrativos, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita requerirá una nueva solicitud y la constancia expresa de la voluntad del extranjero de interponer el recurso o ejercitar la acción correspondiente, que habrá de realizarse por cualquiera de los medios previstos en el artículo 24 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; en el supuesto de que el extranjero se encuentre fuera de España, la solicitud de este derecho y la manifestación de voluntad de recurrir, podrán realizarse ante la misión diplomática u oficina consular correspondiente.

La previsión contenida en este precepto viene a intentar resolver un problema práctico recurrente en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. En concreto, y especialmente, el que se produce cuando al extranjero se le deniega la entrada en los puestos fronterizos, y el letrado designado inicialmente, al amparo de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, viene muy a menudo a mantener la representación del ciu-



dadano extranjero, continuando adelante en el ejercicio de las pretensiones en todas las instancias, sin que el interesado, que en la mayoría de los casos se encuentra fuera del territorio nacional, tenga conocimiento de ello ni, en consecuencia, haya manifestado su voluntad de ejercicio de las correspondientes acciones, ni pueda ejercer los derechos que la ley le reconoce como parte, dando lugar a una efectiva lesión en su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Como consecuencia de esta práctica, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio), una corriente mayoritaria de la jurisprudencia contencioso-administrativa ha venido exigiendo, con ocasión de la interposición del recurso contencioso-administrativo, que la representación del recurrente ha de constar debidamente acreditada, por cualquiera de los medios previstos en el art. 24 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denegando el acceso al proceso en todos aquellos supuestos en que la voluntad del recurrente no constase debidamente acreditada o no se hubiese atribuido la representación procesal en los términos previstos en el mencionado art. 24 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En esta misma posición se ha situado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, señalando que "Este Tribunal ha afirmado que es difícilmente rebatible la tesis de que para actuar en nombre de otro en un proceso resulta imprescindible el consentimiento expreso o inequívoco del representado, consentimiento habitualmente conferido a través del instrumento del poder notarial (ATC 276/2001, de 29 de octubre) o del poder apud acta (STC 205/2001, de 15 de octubre)" (ATC 296/2006, de 6 de septiembre, F.J. 6º).

Con el fin de garantizar adecuadamente el cumplimiento del requisito de postulación, evitando que el extranjero pueda ver cerrado su acceso a la jurisdicción, la modificación introducida exige a éste la formulación de una nueva solicitud de asistencia jurídica gratuita, pero ello implica la aplicación los extranjeros de un tratamiento diferenciado, y más gravoso, que a los nacionales, en el procedimiento de reconocimiento de este derecho en la jurisdicción contencioso administrativa.

El artículo 7 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita dispone que el reconocimiento del derecho se extiende, en el transcurso de una misma instancia, a todos los trámites e incidencias, incluida la ejecución, y se mantiene para la interposición y sucesivos trámites de recursos contra aquellas resoluciones que pongan fin al proceso en la correspondiente instancia. La Ley no exige, por tanto, una nueva solicitud ni, en consecuencia, una nueva valoración de las circunstancias económicas del beneficiario, por lo que el trámite introducido en el precepto que se examina, supone la exigencia al extranjero de requisitos no aplicables a los nacionales en la citada Ley.

Si bien cabría una interpretación favorable del precepto examinado, partiendo de la consideración de que dicha exigencia opera en favor del afectado, en cuanto su finalidad no es otra que la de actuar como garantía del adecuado ejercicio por los extranjeros -especialmente en el supuesto de que carezcan de domicilio en España-, de los derechos que se integran en el ámbito de la tutela judicial efectiva, no puede ignorarse el hecho de que, en la medida en que se introdu-

ce para éstos una condición diferente o más gravosa que la exigida a los nacionales, se pone en cuestión el principio de igualdad de condiciones con los nacionales, en el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita, principio que ha sido reiteradamente señalado por la doctrina del Tribunal Constitucional (por todas, SSTC 95/2003 y 236/2007).

En razón de lo señalado, se apunta la conveniencia de remitir esta regulación a las oportunas modificaciones, bien de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, o de la propia Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en orden a contemplar las posibles limitaciones al ejercicio del derecho en las distintas instancias, en condiciones equiparables entre nacionales y extranjeros, con el fin de garantizar que el procedimiento no se sigue sin conocimiento o, incluso, contra la voluntad del interesado.

Las restantes modificaciones introducidas en el Título I de la Ley Orgánica 4/2000, tienen un carácter técnico y puntual, con el objetivo de mejora técnica de la redacción, limitándose a introducir correcciones gramaticales que favorecen el perfeccionamiento de la técnica legislativa utilizada. Estas modificaciones son las que afectan a la redacción de los artículos 1.3; 2.b); 6.1 y 3; 10.1 y 2; 12.2 y 4; 14.1 y 2; 15.2; 23.2.a); 29.2 y 48.1.

## 2º.- Régimen jurídico de los extranjeros (Título II)

### Entradas y salidas de territorio español

La exigencia de requisitos de entrada y estancia en el territorio español para extranjeros no comunitarios no contraviene el derecho fundamental de libre circulación pues, como ha manifestado nuestro Tribunal Constitucional (STC 94/1993, de 22 de marzo, F.J. 3º): "la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana". El artículo 13.1 CE no incluye el derecho a entrar en España como un derecho fundamental de los extranjeros, si bien el legislador podrá otorgarlo a aquellos extranjeros que cumplan unos determinados requisitos establecidos por la Ley (STC 72/2005, de 4 de abril). Así pues, las leyes y los tratados pueden modular el ejercicio de estos derechos, limitando la entrada y residencia de extranjeros al cumplimiento de determinados requisitos y formalidades, por lo que las normas en esta materia forman parte de las facultades de los Estados en materia de política migratoria.

El Anteproyecto que se examina, viene a introducir modificaciones en dos aspectos fundamentales.

El Anteproyecto incorpora como novedad, la posibilidad de creación de un registro de entradas y salidas de los extranjeros no comunitarios "a efectos de control de su período de permanencia legal en España" (apartados Veinticinco y Veintisiete, por los que se modifican los artículos 25 y 28 de la LO).

Los preceptos mencionados se limitan a prever la creación de un registro administrativo dirigido a facilitar el conocimiento de la situación, regular o irregular de permanencia en España de los extranjeros, en definitiva, a facilitar el ejercicio de las competencias administrativas en materia de circulación y estancia de los nacionales de países no comunitarios. Dicho registro, cuya regulación específica habrá de ser desarrollada

por vía reglamentaria, se somete expresamente a lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal. La mera previsión de creación del registro, en la medida en que forma parte de las facultades de control de las situaciones de estancia y permanencia de ciudadanos extranjeros, se inserta en las competencias en materia de política migratoria y no suscita objeciones.

En materia de visados (apartados Veintiséis y Veintisiete, que modifican los arts. 25 y 28 de la LO), las modificaciones introducidas tienen un carácter puntual y se limitan a la adaptación de la normativa interna al derecho comunitario. En concreto, se da nueva redacción al visado de residencia y trabajo; se contempla expresamente el visado de residencia y trabajo de temporada y el visado de investigación, y se incluyen dentro del visado de estudios los supuestos de intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado no remunerados laboralmente. En materia de salidas, se añade a los supuestos de salida obligatoria "el 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".

Situaciones de los extranjeros (apartados Treinta y dos a Treinta y cuatro, por los que se modifican los artículos 30.bis, 31, 32, 33 y 35).

El Anteproyecto viene a modificar los artículos 30.bis y 32 para crear la situación de "residencia de larga duración", que sustituye a la actualmente denominada "residencia permanente". Con ello se viene a incorporar al derecho interno la Directiva 2003/109/CEE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. La novedad más destacable de esta nueva situación es la concesión a los residentes de larga duración en un país miembro, de la posibilidad de residir en el resto de la Unión Europea, asumiendo cada Estado la obligación de recibirles y facilitar su residencia; para que esto sea posible, se vincula la residencia a la realización de una actividad lucrativa por cuenta propia o ajena. La modificación del artículo 33 tiene por objeto la incorporación de la Directiva 2004/114/CEE, del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado, siendo respetuosa con las previsiones de dicha Directiva.

Asimismo, y dentro de este apartado, debe destacarse la nueva regulación que el art. 35 viene a dar a la residencia de menores, que pasa a denominarse "Menores no acompañados". La regulación relativa a los menores extranjeros se rige por el principio del favor minoris, recogido en la Carta Europea de los Derechos del Niño y en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de acuerdo con el cual "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las entidades privadas y de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos judiciales, se prestará consideración especial al concepto de niño". El superior interés del menor, en materia de entrada de menores extranjeros, se identifica con la premisa de permanencia del mismo en la familia y en el ámbito cultural del que procede. Así lo señala la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997, considerando que la presencia irregular de estos

menores en el territorio de los Estados miembros debe tener carácter provisional y los Estados deben cooperar entre sí y con los países de procedencia para devolver al menor a su país de origen o a un país tercero dispuesto a aceptarlo, con el fin de encontrar cuanto antes las personas responsables del menor y reunirlo con ellas.

En garantía de este principio, el Anteproyecto introduce un nuevo apartado 1 en el que expresamente se contempla que el Gobierno promoverá el establecimiento de Acuerdos de colaboración con los países de origen que tiene, entre sus objetivos, la protección y retorno de los menores no acompañados.

Esta preferencia por el principio de reagrupamiento familiar del menor debe, sin embargo, conciliarse con el respeto a un procedimiento específico para llevarlo a cabo, procedimiento de naturaleza administrativa que es susceptible de recurso en vía contenciosoadministrativa.

De acuerdo con este procedimiento, una vez localizado un menor no acompañado, el peso de las decisiones corresponde a las entidades públicas autonómicas de protección de menores, que actúan siguiendo la legislación sobre protección jurídica del menor, y bajo la supervisión del Ministerio Fiscal a quien corresponde la tutela del menor.

La primera tarea que corresponde a las autoridades es la relativa a la determinación de la edad del presunto menor. El precepto examinado, en sus apartados 2 y 3 se limita a señalar que será el Ministerio Fiscal quien habrá de disponer lo pertinente para ello, si bien debería precisarse que es precisamente a éste a quien ha de corresponder la decisión relativa a dicha determinación, que habrá de adoptarse mediante decreto motivado.

Una vez determinada la edad, y puesto el menor a disposición de los servicios públicos de protección, se produce la iniciación del procedimiento administrativo dirigido a resolver sobre su destino, procedimiento que puede iniciarse de oficio o a instancia de la entidad pública de protección. Como novedad, el apartado 4 contempla que, con carácter previo a la iniciación del procedimiento se solicite informe sobre las circunstancias familiares del mismo a la representación diplomática de país de origen.

En relación al desarrollo del procedimiento, el mencionado apartado 4 se limita a señalar que, "previo informe de los servicios de protección de menores, la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno... o, en su defecto, sobre su permanencia en España". La competencia sobre la decisión se mantiene en manos de la Administración General del Estado, sin perjuicio del informe de las entidades públicas autonómicas de protección, lo que resulta acorde con la atribución al Estado de la competencia exclusiva en materia de "inmigración" (art. 149.1.2 CE). No obstante, y en relación a estas previsiones, se considera que el apartado que se examina debería incluir una mención expresa a la necesaria audiencia del menor en el mencionado procedimiento (que sí se contempla en el art. 92.4 del Reglamento de desarrollo) y ello porque la audiencia del menor "...integra el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión...derecho que, en su calidad de fundamental, tienen todos, incluidos los menores cuando posean suficiente juicio para ello, como expresamente reconoce el art. 9 de la Ley Orgá-

nica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, por lo que la omisión del trámite de audiencia al menor supone la vulneración del art. 24.1 CE" (SSTC 221/2002, de 25 de noviembre y 71/2004, de 19 de abril). El Anteproyecto incluye como novedades la previsión de que el menor repatriado pueda ser puesto a disposición de las autoridades de protección de su país, y la remisión a la regulación reglamentaria de las condiciones que habrá de cumplir el menor que tenga autorización de residencia para acceder a otra autorización, cuando alcance la edad de 18 años. 3.- Autorización de residencia y trabajo y regímenes especiales (apartados Treinta y seis a Cuarenta y cuatro, que modifican los arts. 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42 y 43). El derecho al trabajo, recogido en el art. 35 CE no se considera integrante del acervo jurídico inherente a la persona y, como tal, imprescindible para garantizar su dignidad, por lo que, conforme a la STC 107/1984, de 23 de noviembre (F.J. 4º) "está autorizada una diferencia de trato con los nacionales". De acuerdo con ello, y en línea con el criterio común del derecho comparado, la Ley Orgánica da prioridad en el acceso al trabajo de los nacionales frente a los extranjeros, a los que limita dicho acceso mediante la exigencia de una autorización administrativa para trabajar, que está sometida a la valoración de la situación nacional de empleo. Pero una vez producido el acceso del extranjero al trabajo, el régimen aplicable se caracteriza por la igualdad de derechos laborales con los españoles.

Las autorizaciones administrativas para trabajar constituyen pues una de las bases sobre las que se asienta la protección de la mano de obra nacional, están generalmente unidas a la residencia temporal y son de distintos tipos en función de la naturaleza del trabajo a realizar. Se regulan en los artículos 36 a 39 de la Ley Orgánica, parcialmente modificados por el Anteproyecto que se examina.

El otro sistema de protección de la mano de obra nacional es la llamada "situación nacional de empleo", que no pasa de ser un concepto jurídico indeterminado, sometido a la consideración de la Administración competente, para valorar el conjunto de las autorizaciones a conceder y que tiene excepciones en determinados casos, que son los que la ley denomina "Supuestos específicos" (art. 40) y en los que no se tiene en cuenta esa situación nacional a efectos del contrato de trabajo.

En primer término y por lo que respecta a las autorizaciones individuales, se modifica el art 36, que regula la autorización para el ejercicio de actividades lucrativas, en los siguientes aspectos: se contempla que la autorización de trabajo se conceda de manera indisoluble con la de residencia, salvo en casos excepcionales en que se determine lo contrario, como el previsto para extranjeros penados (punto 1). Se contempla expresamente que la entrada en vigor de la autorización se producirá con el alta en la Seguridad Social (punto 2), se trata con ello de asegurar que la autorización corresponde a una necesidad real de contratación, evitando autorizaciones fraudulentas. Se asegura que la solicitud de autorización vaya acompañada de un contrato de trabajo que garantice que la actividad laboral del trabajador se extienda, al menos, durante toda la vigencia de la autorización (punto 4).

El punto 5 pretende clarificar una situación hasta ahora controvertida, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, que es la relativa a la validez del contrato de

trabajo, en el supuesto de contratación laboral de un extranjero sin autorización. A este respecto, el Anteproyecto dispone que el contrato no es nulo y genera obligaciones recíprocas entre el empresario y el trabajador, así como obligaciones subsidiarias de la Administración, pero que, en todo caso, el trabajador que carezca de autorización "no podrá obtener las prestaciones por desempleo". La nueva regulación que introduce este artículo no resulta definitivamente esclarecedora de la situación del trabajador extranjero que carece de autorización, pues, a la hora de delimitar las prestaciones a que tiene derecho, se limita a hacer una remisión genérica a lo dispuesto en los "convenios internacionales", y a conceptos jurídicos indeterminados ("u otras que pudieran corresponderle"), lo que no facilita la tarea jurisprudencial de delimitación de dichas prestaciones y, en concreto, las dudas existentes respecto a la percepción de la indemnización por despido improcedente o las prestaciones de Seguridad Social.

En orden a la delimitación de dicha prestaciones, habrá de tenerse en cuenta la más reciente jurisprudencia en la materia, y, especialmente la STS (Sala de lo Social, Sección 1) de 18 de marzo de 2008, dictada en recurso de casación para unificación de doctrina, y en la que se efectúa una delimitación de las prestaciones que pueden corresponder al trabajador extranjero en situación irregular. Así, señala la Sentencia que "el hecho de trabajar sin la autorización de trabajo, pese a ser una falta grave, no será obstáculo para que pueda obtener las prestaciones que pudieran corresponderle. Pero tales prestaciones...serían los servicios y prestaciones sociales básicas; entendiéndose por tales, tanto los servicios sociales a los que alude el art. 53 LGSS, como aquellas prestaciones sociales que las leyes declaren o consideren básicas a estos efectos, entre las que cabe citar la prestación de asistencia sanitaria de urgencia...y también las prestaciones que nuestra sentencia de 26-5-2004 calificó de asistencia social externa a la Seguridad Social que no está comprendida en la reserva competencial del Estado (art. 149.1.17 CE) sino en el artículo 148 de la norma suprema como competencia que puede ser exclusiva de las Comunidades Autónomas" (F.D. 5º).

Por otro lado, considera el Tribunal que el hecho de que la Ley aluda genéricamente a "las prestaciones que pudieran corresponderle" "remite al conjunto de la normativa legal aplicable, entre la que se encuentran los Convenios internacionales suscritos por España. Y, en función de ello, ha reconocido a los extranjeros...el derecho a las prestaciones de Seguridad Social derivadas exclusivamente de contingencias profesionales, y a condición de que los afectados sean oriundos, bien de países que, como España, hayan suscrito el Convenio 19 de la OIT, bien de países con los que España tiene suscritos Convenios de Seguridad Social que establezcan un régimen de reciprocidad en la materia" (F.D. 6º).

Por último, y en lo que respecta a la prestación de desempleo, la Sentencia considera que no cabe reconocerla a los extranjeros en situación irregular pues, "al contrario de lo que ocurre con las contingencias profesionales, no existen Convenios Internacionales intergrados en nuestra normativa interna que así lo autoricen....La adopción de la decisión contraria, sería tanto como desconocer la finalidad que pretende la LOEx que es incentivar la entrada y la estancia regular de

extranjeros en España. El reconocimiento de todas la prestaciones de Seguridad Social a los irregulares... supondría la plena equiparación entre los extranjeros residentes y la emigración irregular o clandestina...Ello implicaría además, la creación judicial de una especie de regularización encubierta" (F.D. 7º).

En lo relativo a la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia (art.37), la modificación introducida se concreta a la adición de un inciso, en virtud del cual "la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta propia se limitará a un ámbito geográfico determinado y a un sector de actividad. Su duración se determinará reglamentariamente".

Esta limitación geográfica, que ya había existido antes de las modificaciones de la Ley 4/2000, se coherencia con la posibilidad de que las Comunidades Autónomas, cuyos Estatutos lo prevean, puedan conceder este tipo de autorizaciones, dado que se hace posible vincular la autorización inicial con el ámbito territorial de la Administración que la concede.

Las modificaciones introducidas en la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena (art. 38) suponen la inclusión en el texto de la ley de una regulación pormenorizada del procedimiento de concesión de las mismas y de las obligaciones que corresponden al empresario o empleador, incorporando al texto de la ley previsiones que en la actualidad se recogen en el Reglamento de desarrollo de la misma. Por otro lado, y mediante la adición de un art. 38.bis se procede a la transposición de la Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa al procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica.

En segundo término, y por lo que respecta a la contratación colectiva en origen, el art. 39 viene a sustituir el actual concepto de "Contingente de trabajadores" por lo que pasa a denominarse "Gestión colectiva de contrataciones en origen". La Ley Orgánica 4/200, en su redacción actual, atribuye al Gobierno la aprobación anual del llamado contingente, en tanto que el Anteproyecto determina que corresponde al Ministerio de Trabajo e Inmigración la aprobación de la "previsión anual de ocupaciones" y de las cifras de empleos que se puedan cubrir a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen para un período determinado (que ya no es pues necesariamente anual) en relación a los extranjeros que no se hallen o no residan en España. Con ello, y aunque la redacción no resulta muy clara, parecen separarse en dos las actuaciones, por un lado, la previsión anual, y por otro, la fijación más concreta de cifras para las contrataciones programadas en origen.

La parquedad de la nueva regulación no permite pronunciarse sobre el alcance que haya de tener el nuevo sistema, que habrá de ser desarrollado por vía reglamentaria. No obstante, sí cabe apuntar que, en esta nueva regulación se ha eliminado toda mención a la participación de las Comunidades Autónomas y organizaciones sindicales y empresariales en el procedimiento de contratación colectiva en origen, que se viene haciendo efectiva a través de diversos mecanismos de colaboración (determinación de cifras, gestión de autorizaciones, colaboración en la selección en origen, etc.).

Las restantes modificaciones introducidas por el Anteproyecto tienen un carácter técnico o de mejora de la

redacción actual, debiendo destacarse únicamente que, en línea con los principios de protección e igualdad efectiva entre hombres y mujeres, el artículo 40 incluye como beneficiarias de la exención de la situación nacional de empleo a las personas que hayan sido víctimas de violencia de género o trata de seres humanos, como situaciones que requieren un tratamiento más beneficioso.

### 3º.- Infracciones y régimen sancionador (Título III)

El régimen sancionador en materia de extranjería tiene unas características propias frente al régimen sancionador común, en cuanto se integran en la Ley tipos de infracciones que reconducen a la normativa en materia laboral (Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social), en materia de orden público ( Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana) y a la propia Ley Orgánica 1/1995, de 23 de noviembre, que aprueba el Código Penal.

Por otro lado, y en lo que atañe al procedimiento sancionador, resultan de aplicación las normas comunes en materia de sanciones administrativas, contempladas en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, especialmente en sus arts. 127 a 138, donde se recogen los principios generales de la potestad sancionadora y del procedimiento sancionador, así como en los arts. 42, 44 y 92, referidos a la falta de resolución expresa en los procedimientos iniciados de oficio, entre los que se encuentra el procedimiento sancionador, y la caducidad de este procedimiento.

El Anteproyecto que se examina mantiene la filosofía general de la Ley vigente. La intensidad de la presión migratoria y las nuevas infracciones determinan que se haya optado por endurecer el régimen sancionador, ampliando las conductas susceptibles de sanción y elevando las cuantías de las multas. En esta línea, se modifica la tipificación de las infracciones graves y muy graves (apartados 50 y 51 52, que modifican los artículos 53, 54) incluyendo nuevas infracciones para quienes insten la autorización de un extranjero sin que se produzca su posterior contratación; la simulación de la relación laboral; el tráfico de falsos empadronamientos o los matrimonios celebrados en fraude de ley; y se eleva el importe de las sanciones económicas para todas las infracciones (apartado 52, que modifica el art. 55).

De lo señalado en estos preceptos, debe destacarse lo dispuesto en el artículo 53.2.c), en el que se tipifica como infracción grave "Promover la permanencia irregular en España de un extranjero", entendiéndose que el ilícito se produce "cuando el extranjero dependa económicamente del infractor y se prolongue su estancia autorizada más allá del período legalmente previsto". En relación con esta previsión, y con el objeto de evitar la posible criminalización de la actividad puramente solidaria de aquellas entidades que, sin ánimo de lucro, dedican su actividad a la atención social de los inmigrantes, debería reflexionarse sobre la posibilidad de excluir de este tipo los actos de hospitalidad realizados con carácter solidario y sin ánimo de lucro.

La modificación del artículo 59, tiene por objeto la incorporación de la Directiva 2004/81/CE, de 29 de abril,

sobre expedición de permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, y que cooperen con las autoridades competentes.

#### Expulsión del territorio nacional

El Anteproyecto (apartados Cincuenta y Tres y Cincuenta y Cuatro) viene a modificar los arts. 57 y 58, que regulan la sanción de expulsión del territorio nacional. La expulsión del territorio nacional implica la salida obligatoria del extranjero por los puestos fronterizos habilitados y bajo control de los funcionarios policiales, y puede ser una medida administrativa o fruto de una resolución judicial; dicha medida supone una limitación a la libertad de circulación y residencia, limitación que ha sido expresamente reconocida en el Derecho Internacional (art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) siempre que se adopte conforme a la Ley. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido a avalar también la constitucionalidad de esta sanción, en cuanto "el precepto cuestionado cumple con las exigencias de predeterminación normativa y certeza que se derivan de los principios de legalidad y seguridad jurídica consagrados en los arts. 25.1 y 9.3 CE, pues la imposición de la sanción de expulsión no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración, cuya actuación se encuentra condicionada, de una parte, por la existencia de una conducta tipificada como infracción grave ...y por otra, por la concurrencia de los criterios establecidos en la misma Ley o por la remisión de ésta a la Ley 30/1992 (...) la Ley establece unos presupuestos objetivos y subjetivos, así como unos criterios que condicionan normativamente a la Administración para decidir cuándo procede la imposición de la sanción de expulsión y permiten el control jurisdiccional de sus decisiones" (STC 260/2007, de 20 de diciembre, FJ. 4º).

En relación a la sanción administrativa de expulsión, debe destacarse la especial relevancia que adquieren: en primer lugar, la necesaria observancia del principio de proporcionalidad de la sanción en relación a la naturaleza de la infracción, principio que exige una valoración ponderada y razonable de la distinta gravedad de los hechos que configuran la infracción, y que habrá de ser tenido especialmente en cuenta en relación con lo dispuesto en el artículo 57.1, en cuanto el mismo contempla la sustitución de la medida de multa, por otra medida de especial gravedad, como es la de expulsión del territorio nacional; en segundo lugar, la exigencia de motivación de la resolución administrativa, que resulta necesaria en relación con cualquier acto administrativo (art. 54.1.a LRJPAC) pero especialmente cuando se trata de una resolución sancionadora (art. 138.1 LRJPAC), que se presenta como elemento indispensable para posibilitar el control jurisdiccional sobre la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican, que se encomienda a los Tribunales por el art. 106.1 en relación con el art. 103.1 de la Constitución, además de la trascendencia de tal exigencia para evitar la indefensión del sancionado, pues sólo de concurrir podrá conocer los motivos de la Administración y articular adecuadamente sus medios de defensa. De ahí que quepa apuntar la conveniencia incluir expresamente en el texto del Anteproyecto la exigencia de motivación de la resolución sancionadora, además de la necesaria audiencia del interesado en el procedimiento sanciona-

dor, en los términos ya expuestos en otra parte del presente informe.

Las modificaciones introducidas en los artículos 57 y 58 tienen por objeto incorporar al texto de la Ley las disposiciones contenidas en las llamadas Directivas de retorno y Directiva de residentes de larga duración. Además, se adaptan las previsiones en materia de expulsión a las modificaciones introducidas por el propio Anteproyecto en materia de menores no acompañados, excluyendo su expulsión y remitiéndose al procedimiento de repatriación previsto en el art. 35, hasta que accedan a la mayoría de edad, lo cual resulta acorde con el principio que inspira la reforma, que parte de la consideración de que todo menor no acompañado se considera, por definición, en situación de desamparo.

Se modifica el apartado 7.a) del artículo 57, relativo a la expulsión gubernativa durante la tramitación de un procedimiento judicial penal, para los supuestos en que el extranjero haya sido procesado o inculcado 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. La modificación que se efectúa determina que, donde antes se señalaba que la autoridad gubernativa someterá a Juez la autorización de expulsión, ahora se dispone con carácter imperativo que "el Juez...autorizará...". En relación con ello cabe recordar que esta medida de expulsión, configurada como un mero "sustitutivo procesal", fue objeto de examen por la Sentencia del Tribunal Constitucional 24/2000, de 31 de enero, que le atribuye la naturaleza propia de una sanción administrativa, no de una pena, donde la autorización judicial resulta ser un requisito necesario para que pueda llevarse a cabo por la Administración la expulsión, negándose que el extranjero ostente derecho alguno a que, en lugar del expediente de expulsión, se siga el procedimiento judicial hasta su culminación.

Expresa la citada sentencia que el papel que el Juez Penal desempeña en el procedimiento seguido para la adopción de esta medida es, en cierto modo análogo al del Juez que conoce en sede de habeas corpus de la situación del extranjero detenido que va a ser expulsado, de modo que el control de legalidad sobre el acto administrativo de expulsión corresponde exclusivamente a la jurisdicción contencioso-administrativa, mientras que el Juez Penal que autoriza la expulsión se limita, sin entrar en el fondo de la resolución, a comprobar si ha sido dictada por órgano competente, con las formalidades legales y en los supuestos autorizados por la ley. La competencia para autorizar dicha expulsión se atribuye a una u otra clase de órgano judicial penal, en función del trámite del procedimiento en que se solicite y de la naturaleza y gravedad de la infracción penal de que se trate.

En relación a esta misma cuestión, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido señalando (STS, Sala 3ª, de 2 de marzo de 2005) que la expulsión administrativa prevista en el citado precepto, exige la tramitación y finalización del procedimiento administrativo sancionador, con anterioridad a la terminación del proceso penal, y que el ámbito de aplicación del precepto no puede extenderse al supuesto de calificación de unos hechos que están siendo enjuiciados por la jurisdicción penal.

Así, la causa de la expulsión habrá de ser distinta a la

realización de esos hechos por los que se sigue causa penal, puesto que, en caso contrario, la Administración no podría pronunciarse sobre ellos sin que antes lo hubiera hecho la jurisdicción penal, con el fin de evitar la vulneración del principio non bis in idem. En definitiva, la expulsión es acordada por la Administración mediante el correspondiente acto administrativo sancionador, previa tramitación del correspondiente expediente, y por razón de la concurrencia de alguno de los supuestos previstos en la propia Ley de Extranjería. En palabras del Tribunal, la condena y la expulsión están orientados a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos, pues la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras que la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes, por lo que no se produce una infracción del principio non bis in idem contemplado en el art. 25.1 CE (Auto del TC 331/1997, de 3 de octubre).

El Anteproyecto que se examina (apartado Cincuenta y seis) modifica el art. 62 de la Ley Orgánica, en el que se regula el internamiento del extranjero, como medida para garantizar la eficacia de la resolución de expulsión del territorio nacional. La constitucionalidad de esta medida fue expresamente admitida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 115/1987, de 7 de julio, en la medida en que "la disponibilidad sobre la pérdida de libertad es judicial, sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión y la ejecución de la misma". "El órgano judicial habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, en el bien entendido no la relativas a la decisión de expulsión en sí misma (sobre la que el Juez no ha de pronunciarse en este procedimiento) sino las concernientes, entre otros aspectos, a la causa de la expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida o a cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión. Interpretado en estos términos, el precepto...es plenamente respetuoso no sólo del art. 17.2 de la Constitución sino, al mismo tiempo, también del art. 25.3, al no ser una decisión administrativa, sino judicial la que permite la pérdida de libertad, pues no existe condicionamiento alguno sobre el Juez para decidir sobre esa libertad". (en el mismo sentido STC 260/2007, de 20 de diciembre, FJ. 7º)

En lo que respecta a las modificaciones introducidas por el Anteproyecto, debe destacarse la que afecta al apartado 2 del art. 62. En su actual redacción, dicho apartado contempla que el tiempo de internamiento "en ningún caso puede exceder de 40 días", sin perjuicio de que la autoridad judicial pueda fijar una duración inferior. De acuerdo con la modificación introducida por el Anteproyecto: "El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima, con carácter general de 60 días"; además de ello se fijan las reglas para el cómputo de este plazo y los supuestos de suspensión del cómputo del mismo y se señala, en el apartado 3 que el Juez podrá ordenar el fin del internamiento cuando hayan dejado de cumplirse las condiciones que lo motivaron. La jurisprudencia constitucional ha venido a avalar la constitucionalidad de la medida de internamiento, siempre que se cumplan unos determinados requisitos: "La decisión judicial, en relación con la medida de internamiento del extranjero

pendiente de expulsión ha de ser adoptada mediante resolución judicial motivada...que debe respetar los derechos fundamentales de defensa (arts. 24.1 y 17.3 de la Constitución)...así como la interposición de los recursos que procedan contra la resolución judicial....Es decir el precepto...respetar y ha de respetar el bloque de competencia judicial existente en materia de libertad individual, incluyendo el derecho de habeas corpus del art. 17.4 de la Constitución" (STC 115/1987).

Por lo que se refiere al plazo de internamiento, la modificación introducida se acomoda a las previsiones del derecho comunitario, pues la Directiva 2008/115/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, contempla en su artículo 15.5 que cada Estado miembro fijará un período limitado de internamiento "que no podrá superar los seis meses".

El último inciso de este mismo artículo 62.2 señala que "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".

La posibilidad de suspensión del plazo de internamiento se contempla en el artículo 15.6 de la Directiva 2008/115/CE en los siguientes términos: "Los Estados miembros sólo podrán prorrogar el plazo previsto en el apartado 5 por un período limitado, no superior a doce meses más, con arreglo a la legislación nacional..." y los supuestos en que se admite dicha prórroga son: "la falta de cooperación del nacional de un tercer país de que se trate, o demoras en la obtención de terceros países de la documentación necesaria". La norma comunitaria parte de una voluntad restrictiva en la prórroga del internamiento, en un doble aspecto, por un lado, mediante la fijación de un plazo máximo de suspensión, y, por otro, mediante la enumeración de los supuestos concretos que la motivan, que han de responder a causas imputables, bien a la voluntad del propio interesado, bien a la de terceros países.

La suspensión del plazo de internamiento cautelar previo a la expulsión en el procedimiento administrativo sancionador, en cuanto comporta una prolongación de la privación de libertad, ha de ser necesariamente concebida con un carácter restrictivo en su aplicación y expresamente tasada en cuanto a su duración, con el fin de asegurar el principio de proporcionalidad en relación con el derecho fundamental a la libertad individual (art. 17 CE), siendo pertinente recordar que, en palabras del Tribunal Constitucional, "...el internamiento del extranjero debe regirse por el principio de excepcionalidad y la libertad debe ser respetada, salvo que se estime indispensable la pérdida de libertad por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial" (SSTC 175/1985 y 341/1993).

En atención a lo señalado, se estima que el precepto que se examina debería fijar expresamente el plazo máximo al que puede extenderse el internamiento, en este supuesto de prórroga, plazo que en ningún caso podrá ser superior a los 12 meses previstos en la nor-

mativa comunitaria, así como contemplar el necesario control judicial sobre la actuación administrativa, control que habrá de extenderse al examen de los motivos alegados como fundamento de la suspensión, y a la actividad administrativa dirigida a remover las causas que la motivaron. En cuanto a los supuestos que pueden motivar la suspensión del internamiento, parten de un criterio más amplio que el recogido en la normativa comunitaria, no tienen un carácter objetivo y son susceptibles de un margen de discrecionalidad en su interpretación y aplicación. En razón de ello, se estima que debería ser objeto de reflexión la redacción del precepto, con el fin de garantizar la adecuada proporcionalidad entre la medida administrativa de suspensión del internamiento y el respeto a los derechos fundamentales contemplados en el art. 17 del texto constitucional, en los términos en que ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional.

En este sentido se considera que debería excluirse del cómputo del plazo de suspensión "la tramitación de los procedimientos de asilo o habeas corpus", dado que al ejercicio de un derecho del extranjero no debe ligarse una consecuencia negativa, como es la de prolongación del plazo de internamiento en cuanto medida restrictiva de la libertad, salvo que se acredite que su ejercicio por el afectado tiene un carácter fraudulento, precisamente dirigido a evitar la expulsión. En un sentido similar, la enfermedad, en cuanto afecta al derecho a la salud, no debería ser causa de prórroga del internamiento del extranjero, salvo en el supuesto de utilización fraudulenta como mecanismo para aplazar la efectividad de la expulsión.

Las modificaciones introducidas en los artículos 62.bis, 63.bis y 64 vienen a incorporar nuevas garantías y contenidos, que son, principalmente, consecuencia de la aplicación de la Directiva comunitaria de retorno. Se contempla específicamente el otorgamiento de un amplio plazo de cumplimiento voluntario de la obligación de abandono del territorio nacional y se incorporan también las garantías derivadas de la Directiva sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea, estableciendo mayores facilidades para que las repatriaciones conjuntas entre varios Estados tengan la máxima operatividad. En el art. 66, se incorpora la Directiva sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas, introduciendo modificaciones que pretenden aumentar la eficacia de las comunicaciones entre las compañías de transporte y las autoridades de control de fronteras, junto con las previsiones necesarias para el tratamiento de los datos de carácter personal.

En el Título IV, del Anteproyecto, relativo a la "Coordinación de los poderes públicos" se introducen determinadas modificaciones de carácter institucional, entre las que se incluyen la incorporación a la Ley de la Conferencia Sectorial de Inmigración, el reconocimiento e institucionalización de la Comisión Laboral Tripartita y el establecimiento de una actuación coordinada entre las Administraciones Públicas, cuando la Comunidad Autónoma hubiera asumido competencias en materia de autorización inicial de trabajo. Son todas ellas cuestiones de índole institucional, que exceden de las facultades de informe que a este Consejo corresponden, por lo que no procede efectuar pronunciamiento alguno.

## Conclusiones

**D**e conformidad con los argumentos que acaban de exponerse, las consideraciones que se plantean en relación al texto del Anteproyecto, se sintetizan en las siguientes:

A.- El apartado Ocho del Anteproyecto modifica el artículo 6.1 de la Ley Orgánica, reconociendo la posibilidad de ejercicio del derecho de sufragio en las elecciones municipales a los extranjeros "que residan" en

España, en tanto que la redacción actual del precepto reconoce este derecho a los extranjeros "residentes" en España. La modificación terminológica introducida en el precepto no puede admitir otra interpretación que la de entender que la referencia a los extranjeros "que residan" en España ha de ser necesariamente reconducida al concepto de extranjeros que ostenten la residencia legal, pues así se deriva de lo dispuesto en los artículos 176 y 177 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General y se contempla en el derecho comparado. Por tal motivo, no existiendo razón alguna para la introducción del término "que residan", en vez del actualmente vigente de "residentes", se propone el mantenimiento de este último, que, en todo caso, evitaría futuras dudas interpretativas, salvaguardaría la coherencia interna del texto legislativo, y, al mismo tiempo, guardaría armonía con lo dispuesto en los artículos 176 y 177 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General y con la doctrina que lo interpreta.

B.- El apartado Diecisiete del Anteproyecto modifica el artículo 17.1.c), reconociendo el derecho a ser reagrupados a los "incapacitados cuando el residente extranjero sea su representante legal". La normativa comunitaria no exige para la titularidad de este derecho la incapacitación formal, sino únicamente la ausencia de facultades suficientes para atender a la propias necesidades, por lo que, y en aras a la armonización con lo dispuesto en la misma, debería sustituirse el término "incapacitados" por otro, que no suponga la exigencia de una declaración formal de incapacitación del reagrupable.

D.- El apartado Veintidós del Anteproyecto introduce un nuevo artículo 22.bis en virtud del cual se establece que, en los procesos contencioso administrativos, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita requerirá una nueva solicitud y la constancia expresa de la voluntad del extranjero de interponer el recurso o ejercitar la acción correspondiente, que habrá de realizarse por cualquiera de los medios previstos en el art. 24 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Con ello se intenta resolver un problema recurrente en la práctica, especialmente en relación con los extranjeros que se encuentran fuera del territorio nacional, consistente en que el Abogado designado de oficio en vía administrativa, mantiene la representación en el ámbito contencioso sin conocimiento del interesado y sin que éste haya manifestado expresamente su voluntad de ejercicio de las correspondientes acciones, lo que, con ocasión de la interposición del recurso contencioso administrativo, ha dado lugar a una jurisprudencia mayoritaria que viene a denegar el acceso al recurso del mismo por no constar debidamente acreditada la voluntad del recurrir o la atribución de la representación en los términos previstos en el art. 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Si bien el precepto examinado introduce un requisito cuyo objetivo último es el de evitar que pueda denegarse al extranjero el acceso al recurso en vía contenciosa, por no constar debidamente acreditada la representación, en la práctica, la regulación efectuada, en la medida en que introduce para el extranjero una condición diferente o más gravosa que la exigida a los nacionales, para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, no resulta acorde con la jurisprudencia constitucional que ha venido reconociendo reiteradamente a los extranjeros el ejercicio de este derecho, en igualdad de condiciones que a los nacionales. Por ello, se apunta la conveniencia de remitir la regulación contenida en este precepto a las oportunas modificaciones de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita o de la propia Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en orden a contemplar las posibles limitaciones al ejercicio de este derecho en las distintas instancias, en condiciones equiparables entre nacionales y extranjeros.

E.- El apartado Treinta y Cuatro del Anteproyecto da nueva redacción al artículo 35 de la Ley Orgánica, relativo a los "Menores no acompañados" y, en cuanto a la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo, al punto 4 dispone que "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". En relación a dicho apartado, se sugiere la conveniencia de incluir una mención expresa a la necesaria audiencia del menor en la tramitación del mencionado procedimiento, y ello porque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo han venido señalando reiteradamente que la audiencia del menor, cuando posea suficiente juicio para ello, integra el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, por lo que la omisión del trámite supone una vulneración del art. 24.1 CE.

F.- El apartado Treinta y seis del Anteproyecto modifica el art. 36 de la Ley Orgánica y, en el punto 5 contempla la validez del contrato de trabajo en el supuesto de contratación de un extranjero sin autorización para trabajar. Se determina en el precepto que la carencia de autorización no invalidará el contrato de trabajo, ni será obstáculo para la obtención por el trabajador de las prestaciones "derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle". En relación a este inciso se estima que la regulación prevista no resulta suficientemente esclarecedora en la delimitación de las prestaciones a que tiene derecho el trabajador, dada la remisión genérica a convenios internacionales y a conceptos jurídicos indeterminados, por lo que se apunta la posible conveniencia de efectuar una delimitación más precisa de dichas prestaciones, en línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia.

G.- El apartado Cuarenta del Anteproyecto modifica el art. 39 de la Ley Orgánica, sustituyendo el actual concepto de "Contingente de trabajadores" por lo que pasa a denominarse "Gestión colectiva de contrataciones en origen". Al margen de que la parquedad de la regulación legal no permite un conocimiento exacto sobre el alcance que haya de tener el nuevo sistema, se apunta en el informe que la nueva regulación ha

eliminado toda mención a la participación en este procedimiento de las Comunidades Autónomas y de las organizaciones sindicales y empresariales, que sí se contempla en el actual apartado 2 del artículo 39, en orden a la determinación del número y características de las ofertas de empleo. No parece justificada dicha supresión, especialmente a la vista de las previsiones contenidas en distintos Estatutos de Autonomía sobre esta participación.

H.- El apartado Cincuenta modifica el artículo 53, que tipifica las infracciones graves. En el apartado 2.c) del precepto se considera como infracción grave "Promover la permanencia irregular en España de un extranjero", entendiéndose que ello se produce "cuando el extranjero dependa económicamente del infractor y se prolongue su estancia autorizada más allá del período legalmente previsto". En relación con esta previsión, y con el fin de que no pueda incluirse como conducta infractora la actividad puramente solidaria de aquellas entidades que, sin ánimo de lucro, dedican su actividad a la atención social de los inmigrantes, debería examinarse la posibilidad de excluir de este tipo a esos actos de hospitalidad realizados con carácter solidario y sin ánimo de lucro.

I.- El apartado Cincuenta y tres del Anteproyecto modifica el art. 57, que regula la sanción administrativa de expulsión del territorio nacional, como sustitutiva de la sanción de multa. En relación a dicha regulación, se pone de manifiesto en el texto del informe la especial relevancia que adquieren, en primer lugar, la observancia del principio de proporcionalidad de la sanción en relación a la naturaleza de la infracción, principio que exige una valoración ponderada y razonable de la distinta gravedad de los hechos que configuran la infracción, y que habrá de ser tenido especialmente en cuenta en relación con lo dispuesto en el artículo 57.1, dado que el mismo contempla la sustitución de la medida de multa por otra de especial gravedad, como es la de expulsión del territorio nacional; en segundo lugar, la exigencia de motivación de la resolución administrativa, que adquiere una especial relevancia en los supuestos de resoluciones sancionadoras (artículo 138.1 LRJPAC), en cuanto constituye elemento indispensable para posibilitar el control jurisdiccional sobre la legalidad de la actuación administrativa y para evitar la indefensión del sancionado. Por ello, se apunta la conveniencia de incluir expresamente en el texto la exigencia de motivación de la resolución sancionadora, además de la necesaria audiencia del interesado en el procedimiento sancionador.

J.- El apartado Cincuenta y seis del Anteproyecto modifica el artículo 62.2 en el que se contempla la regulación del internamiento preventivo del extranjero como medida para garantizar la eficacia de la resolución administrativa de expulsión. La modificación introducida dispone que el cómputo del plazo de internamiento quedará suspendido mientras dure la tramitación y resolución de los procedimientos de asilo o de habeas corpus que, en su caso, se hubiesen iniciado, en caso de enfermedad del extranjero o por otras causas no imputables a la Administración, que impidan o dificulten su salida de España.

Dado que la suspensión del plazo de internamiento comporta una prolongación de la privación de libertad, dicha medida ha de ser concebida con carácter restrictivo con el fin de asegurar el principio de proporcionali-



dad y la adecuada salvaguarda del derecho fundamental a la libertad individual contemplado en el art. 17 de la Constitución. Por ello se estima que el precepto debería contemplar expresamente el plazo máximo al que puede extenderse el internamiento, que en ningún caso habría de ser superior a los 12 meses previstos en la normativa comunitaria aplicable, así como el imprescindible control judicial de la actividad administrativa, tanto de los motivos alegados como fundamento de la suspensión como de la actividad administrativa dirigida a remover las causas que la motivan. Asimismo, se apunta la conveniencia de que la regulación de los supuestos de suspensión tenga un carácter objetivo, sin que sea susceptible de aplicación de la discrecionalidad administrativa en su interpretación y aplicación.

En este sentido, se considera que debería excluirse del cómputo del plazo de suspensión "la tramitación de los

procedimientos de asilo o de habeas corpus", dado que al ejercicio de cualquier derecho de los extranjeros no debería ligarse una consecuencia negativa, como es la prolongación del plazo de internamiento, salvo que se acredite que su ejercicio tiene un carácter fraudulento, precisamente dirigido a evitar la expulsión y, en un sentido similar, la enfermedad no debería ser causa de prórroga del internamiento del extranjero, salvo en el supuesto de utilización fraudulenta como mecanismo para aplazar la efectividad de la expulsión.

Es todo cuanto tiene que informar el Consejo General del Poder Judicial.

Madrid, 30 de abril de 2008

## Dictamen del Consejo Económico y Social 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

### I. Antecedentes

Con fecha de 30 de diciembre de 2008 tuvo entrada en el Consejo Económico y Social un escrito del Ministro de Trabajo e Inmigración, por el que se solicitaba, al amparo de lo dispuesto en el artículo 7.1.1.a) de la Ley 21/1991, de 17 de junio, de creación del Consejo Económico y Social, que el Consejo emitiera dictamen 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. El Anteproyecto viene acompañado de una Memoria justificativa, que argumenta los motivos y oportunidad de la norma. Se adjunta también una Memoria económica que analiza su potencial impacto económico y presupuestario, concluyendo que únicamente se prevé un impacto económico en cuanto a la recaudación por la vía de las tasas. Asimismo, se ha enviado el Informe sobre el impacto por razón de género del Anteproyecto, en el que se concluye que carece del mismo.

El Anteproyecto aborda la cuarta reforma desde su entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y es la primera que se remite a este Consejo para que emita Dictamen al respecto. Cabe recordar que las tres reformas que precedieron a la que se articula a través de este Anteproyecto, se llevaron a cabo mediante las siguientes leyes:

- Ley Orgánica 8/2000, de 22 de febrero, 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. A la aprobación de esta Ley siguió la presentación de varios recursos de inconstitucionalidad, resueltos por el Tribunal Constitucional en el año 2007 mediante las sentencias STC 236/2007 y 259/2007, en las que se encuentra el origen de algunos de los cambios introducidos por el Anteproyecto respecto a las condiciones para el ejercicio de los de-

rechos fundamentales de reunión, asociación, sindicación y huelga.

- Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

- Ley 14/2003, de 20 de noviembre, 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 la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

En cumplimiento de la Disposición Adicional tercera de esta última, se dictó el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica de Extranjería 8/2000, cuyos principales contenidos en lo relativo a los aspectos laborales, son resultado del acuerdo adoptado por los interlocutores sociales en el ámbito del diálogo social, al que se hará referencia más adelante. El reforzamiento de la conexión entre autorización de trabajo e integración efectiva en el mercado laboral era uno de sus principales objetivos. Asimismo, el Reglamento desarrollaba algunas de las novedades introducidas por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, como la figura del visado para búsqueda de empleo. También fueron incorporados al Reglamento algunos de los puntos recogidos en el acuerdo alcanzado en el marco del diálogo social sobre los aspectos sociolaborales del proyecto de Real Decreto por el que se aprobaba el nuevo reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, alcanzado con el Gobierno, por las organizaciones empresariales y sindicales. Entre dichas medidas destacan la creación de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración; el refuerzo del carácter del contingente como instrumento regulador de las contrataciones colectivas programadas, con mayor flexibilidad y participación de los agentes sociales, el Catálogo de Ocupaciones de Difícil