



# **PROPUESTA DE ACPE AL PROYECTO DE REFORMA DEL REGLAMENTO DE LA LOEX**

Barcelona, 23 de febrero de 2011

## TÍTULO III

### LA ESTANCIA EN ESPAÑA

#### Capítulo II Residencia temporal por reagrupación temporal:

##### ART. 53:

##### **CONSIDERANDOS: Sobre parejas de hecho, ascendientes y PIB**

Se debería añadir un supuesto más para acreditar la relación de afectividad análoga a la conyugal, pues se ha omitido la realidad de aquellas parejas que tienen un hijo y que con independencia del tiempo que llevan conviviendo, obviamente, son realmente no solo una pareja de hecho sino una familia.

Respecto a la reagrupación de ascendientes en los que concurren circunstancias humanitarias, consideramos que deben ser eliminados los requisitos establecidos con carácter general para este tipo de reagrupación. Las circunstancias humanitarias constituyen por sí mismas, una excepcionalidad que deberá valorarse individualmente. Los ejemplos establecidos en este borrador son correctos, sin embargo, la limitación impuesta de que hayan estado a su cargo deja fuera del precepto a situaciones tan graves como el desamparo sobrevenido del ascendiente, así como que viva en una situación calamitosa. Dichos supuestos acreditan por sí mismos, la dependencia y la necesidad

En relación a la cuantía de los importes enviados al país de origen para poder considerar que se está a cargo del reagrupante, si bien proporciona un dato de carácter objetivo, el 51% del PIB anual, resulta manifiestamente excesivo, dadas las desigualdades sociales existentes a menudo en ciertos países.

## PROPUESTA

### Artículo 53. Familiares reagrupables.

“El extranjero podrá reagrupar con él en España a los siguientes familiares:

(...)

**b)** La persona que mantenga con el reagrupante una relación de afectividad análoga a la conyugal. A los efectos previstos en esta sección, se considerará que existe **relación de análoga afectividad a la conyugal** cuando:

(...)

3º Asimismo, se acredita la vigencia de una relación no registrada, cuando la pareja tenga descendencia común.

(...)

**e)** Excepcionalmente, cuando concurren razones de carácter humanitario, se podrá reagrupar a los ascendientes ~~que reúnan los requisitos establecidos en el párrafo anterior, salvo el relativo a la edad.~~

Se considerará que concurren razones humanitarias, **entre otros casos**, (...)

Se entenderá que los familiares están a cargo del reagrupante cuando acredite que, al menos durante el último año de su residencia en España, ha transferido fondos o soportado gastos de su familiar, que representen al menos **el 40% de la renta del producto interior bruto per cápita**, (...)

### Artículo 54. Medios económicos a acreditar para la obtención y renovación de residencia temporal por reagrupación familiar.

#### CONSIDERANDOS

1. Deberían disminuir los importes económicos que se solicitan para poder reagrupar. En base a las siguientes consideraciones:

Tal y como recoge el considerando 2 de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, las medidas sobre reagrupación familiar deben adoptarse de conformidad con la obligación de proteger a la familia y respetar la vida familiar que se consagra en numerosos instrumentos del Derecho Internacional.

La propia Directiva considera la reagrupación familiar necesaria para la vida en familia y elemento facilitador de la integración al contribuir a la creación de una estabilidad sociocultural.

Solicitar unos ingresos consistentes en el 175% del IPREM para poder reagrupar a un solo familiar, hará mucho más difícil la reagrupación de un buen número de personas, que viven en nuestro país, y que a pesar de contar con otros ingresos, no lo pueden documentar. Esta imposibilidad, dificultará la integración de estas personas que ven frustrada su voluntad de reunirse con su familia.

La misma Directiva-art.7.1.c- precisa que los recursos deben ser suficientes, fijos y regulares, incluyendo como elemento de valoración la posibilidad tener en cuenta la cuantía de los salarios y pensiones mínimos, así como el número de miembros de la familia.

Ponemos de manifiesto que el salario mínimo interprofesional en España para el año 2010 se fijó en 633,55 euros mensuales, de manera que el importe consistente en el 175% del IPREM, supera en mucho esta cantidad.

Si el IPREM previsto para el año 2011 es de 532,51 euros, el 175% supone acreditar que se ganan un mínimo de 930 euros por reagrupar una persona.

En múltiples ocasiones, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha aceptado que una persona pueda reagrupar a su cónyuge cobrando la prestación por desempleo, en el supuesto de que por su importe superaba el salario mínimo interprofesional, por todas STSJCat 723/09, de 22.06.09.

Debería ajustarse el valor de referencia en un tanto por ciento más real, relacionando IPREM CON SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL

**2. Art. 54.2:** *En relación al requisito consistente en “mantenimiento de una fuente de ingresos en el año inmediatamente posterior a la presentación de la solicitud de autorización” implica estar en posesión de un contrato indefinido o un contrato por obra y servicio.*

## **COMENTARIOS**

Este requisito no tiene en cuenta que el trabajo temporal es una de las características más significativas del mercado laboral español, afectando al 30% de las ocupaciones de baja cualificación, ante el 17% de la media europea; y el 23% de los trabajos que requieren una formación superior frente al 11% europeo, lo que sitúa a España desde hace ya unos años en la primera posición de la Unión Europea en temporalidad.

Añadir que la tasa de temporalidad se dispara entre los ciudadanos inmigrantes con contrato de trabajo, registrándose una temporalidad del 44%, hecho que nos desmarca del resto de países.

Es por ello que se considera que se debería tener en cuenta no tanto el tipo de contrato sino la trayectoria laboral de la persona que pretende reagrupar, de no ser así se estará penalizando a las personas con contratos de corta duración, así como a aquellos que salen de una situación de cobro de prestación por desempleo y que aporten contratos de obra o servicio, en los que se puede prever que si finaliza el contrato no se habrá generado un nuevo derecho a percibir prestación de desempleo suficiente, ya que solo tendrán esta condición los que tengan tres años cotizados.

## **PROPUESTA**

### **2. DEBE SER ELIMINADO.**

**2.** La posibilidad de disminuir estos importes que prevé el reglamento (punto 3), *“cuando concurren circunstancias excepcionales acreditadas que aconsejen dicha minoración en base al principio superior del menor, según lo previsto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”*. Precisamente la LPM responde al principio no solo constitucional, sino universal de amparo y protección efectiva del menor. Mantener la excepcionalidad con respecto a los

hijos, es una auténtica desnaturalización de nuestro sistema constitucional. En cualquier caso el art. 11 de la mencionada Ley obliga a las administraciones públicas, no solo a proteger, sino a fomentar y favorecer el desarrollo del menor con sus progenitores.

Si el interés superior del menor se identifica con la permanencia en su núcleo familiar y en el ámbito cultural del que procede, priorizando la condición de menor por encima de la de ciudadano extranjero, tal como recoge la Convención sobre los Derechos del Niño que España ratificó en 1990, y existe la voluntad de uno o de los dos progenitores de querer reagrupar a sus hijos, entonces siempre deberá poder disminuir esta cantidad.

Creemos que el legislador sólo reducirá los importes necesarios cuando se puedan acreditar circunstancias como: necesidad de tratamientos médicos, menores incursos en procedimientos de separación de sus progenitores, especial situación de vulnerabilidad o inclusión en programas sociales..etc.

El punto 5 del mismo artículo detalla los documentos a presentar para acreditar medios económicos. En caso de trabajadores por cuenta ajena, se dispone que la Oficina de Extranjería comprobará de oficio no sólo la situación de alta sino también las bases de cotización.

Este último requisito no está teniendo en cuenta el numeroso, colectivo de los/ las empleados del hogar. En este sector, tanto las trabajadoras fijas como las discontinuas, es decir, tanto si trabajan por cuenta de un solo empleador o cabeza de familia como para varias familias, la base de cotización es una cantidad fija, independientemente de lo que realmente perciben.

De esta forma consultando las bases de cotización no se podrá en ningún caso demostrar lo que realmente se percibe, y no se ajustarán nunca a la capacidad económica que se aplica en estos procesos y que se basa en el índice del IPREM. Durante el año 2010, la Base de cotización se fijó en 738,90 euros/mes y el importe mínimo consistente en el 175% del IPREM supera en mucho este importe.

Tras este razonamiento se debería añadir el caso especial de los trabajadores de servicio doméstico, que deberán demostrar de otra forma el importe que realmente reciben.

Parar evitar prácticas discriminatorias entre diferentes provincias, que para acreditar los importes efectivamente percibidos requieren que tanto el cabeza de familia como las diferentes personas para las que es trabaja, en caso de empleadas de hogar discontinuas, ingresen mediante transferencia bancaria los importes recibidos en concepto de salario, se debería explicitar que la acreditación de estos importes deberá ajustarse a la normativa laboral para este sector. I en la actualidad, no existe regulación legal que imponga el pago a través de transferencia bancaria.

Así pues en el caso de las trabajadoras del hogar, tendría que ser suficiente la carta salario firmada por el empresario, con expresión de la duración de la jornada así como de la antigüedad.

No se puede imponer un requisitos para la acreditación de recibo de salario en trámites de reagrupación familiar a los trabajadores, cuando el efectivo cumplimiento depende exclusivamente de la cabeza de familia, y que por imperativo legal, no están obligados a pagar los salarios fijados a trabas de transferencias bancarias.

#### **PROPUESTA DE REDACCIÓN AL ARTÍCULO 54:**

“a) En caso de unidades familiares que incluyan, computando al reagrupante y al llegar a España la persona reagrupada, dos miembros: se exigirá una cantidad que represente mensualmente EL 120% DEL IPREM, sin que pueda exceder dicha cantidad al SMI.

a) En caso de unidades familiares que incluyan, al llegar a España la persona reagrupada, a más de dos personas: una cantidad que represente mensualmente el 40% del IPREM.

3. La exigencia de dicha cuantía podrá ser minorada cuando el familiar reagrupable sea descendiente y demuestre una situación de riesgo o desamparo.

De alegarse la realización de una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, la Oficina de Extranjería competente comprobará, de oficio, la información relativa a la afiliación y alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social del solicitante, y, en su caso, las bases de datos de cotización. En el caso de empleados domésticos, se aportará certificado de ingresos del empleador o empleadores.

### **Artículo 55 Requisito sobre vivienda adecuada a acreditar por un extranjero para la obtención o renovación de una autorización de residencia por reagrupación a favor de sus familiares.**

#### **CONSIDERANDOS**

En cuanto al informe de vivienda, cuyo objeto es acreditar que el reagrupante tiene una vivienda adecuada para atender sus necesidades y las de su familia, se deben tener en cuenta los siguientes aspectos:

1. La conveniencia de que estos informes continúen siendo elaborados por los Ayuntamientos:
  - a. Un primer motivo, y quizás el más evidente, es porque los Ayuntamientos vienen realizando estos informes desde el aprobación del anterior reglamento 2393/2004, y por lo tanto, tienen ahora una experiencia que difícilmente adquirirá cualquier otro administración.
  - b. Debe tenerse en cuenta que el artículo 66.2 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña dispone como competencia municipal la cohesión social. El hecho que el extranjero tenga que dirigirse a dependencias municipales para realizar uno de los trámites que necesita para reagrupar a su familia, hace que éste se vincule con su ayuntamiento y por tanto, se consiga esta cohesión social. Cohesión que cómo dispone la Directiva anteriormente

mencionada de reagrupación familiar, es más fácil de conseguir cuando el extranjero ha reagrupado ya a su familia.

- c. *Dispone el artículo 9.5 del mismo Decreto Legislativo, que "En todo caso, la atribución de competencias a los entes locales debe hacerse de acuerdo con la naturaleza y las características de estos entes y las necesidades de eficacia o economía, a satisfacer, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, y procurando, de manera general, que el ejercicio de las competencias corresponda, de manera preferente, a las autoridades más próximas a los ciudadanos".*
- d. *Dispone el artículo 71 del Decreto Legislativo mencionado que como actividad complementaria, para la gestión de sus intereses, el municipio también puede ejercer actividades complementarias de las propias de otras administraciones públicas y, en particular, las relativas, entre otros a la vivienda.*

*Asimismo dispone la Ley 18/2007, del 28 de diciembre, reguladora del derecho a la vivienda, en los artículos 43 y 44 que los entes locales, tienen que impulsar políticas orientadas a erradicar las situaciones de sobreocupación y de infravivienda. De este modo las inspecciones que realizan los técnicos de los Ayuntamientos para elaborar este informe de disponibilidad de vivienda, sirve a la vez para poder realizar estas tareas, que la ley encomienda a los Ayuntamientos.*

2. En cuanto a la posibilidad que el informe de vivienda sea realizado por la corporación local, en el supuesto que la CCAA no lo haya elaborado en el plazo de 15 días, supone la necesidad de duplicar un servicio, a utilizar solo, para el eventual caso que la CCAA no elabore el informe. No es ni eficaz ni efectivo establecer que dos instancias de la Administración pública tengan competencias sobre la elaboración de un mismo documento, preceptivo para la presentación de tramitación de extranjería. Supone la creación de infraestructuras por parte de las dos administraciones, y la creación por parte de las CCAA de toda una red de oficinas y técnicos en todos los pueblos de Cataluña, que puedan cumplir este objetivo.

3. El plazo de 15 días para que sea emitido el informe de vivienda, es totalmente insuficiente. No sólo es prácticamente imposible en municipios donde el número de solicitudes de reagrupación familiar es

muy alto, sino que en la práctica, y desde ya hace unos años, la Subdelegación de Gobierno de Barcelona, ha confiado plenamente en los informes de las corporaciones, de forma que no acepta ni el acta notarial mixta que según el reglamento anterior (el 2393/2004) se podía realizar, una vez transcurridos los 15 días sin que el Ayuntamiento hubiera emitido el correspondiente informe.

El hecho que la no emisión del informe en el plazo de 15 días por parte de la corporación local, posibilite al extranjero solicitante de reagrupación familiar, a presentar toda la documentación relativa a la vivienda, directamente a Subdelegación del Gobierno, hace pensar que en este caso, el legislador estatal, quizá pretende, vaciar de contenido esta competencia, que teóricamente había delegado en las CCAA, por cuanto conoce sobradamente, que es imposible realizar este informe en el plazo de 15 días.

6. En cuanto al contenido del informe de vivienda, el nuevo reglamento tendría que desarrollar y explicar algunos de los conceptos que utiliza:

- a) El concepto "título que habilita para la ocupación de la vivienda", debe entenderse como cualquier título admitido en derecho, para acreditar que aquella es la vivienda habitual de aquella persona, con independencia, que sea el reagrupante el titular del contrato de alquiler o el propietario de la vivienda.
- b) El concepto "condiciones de habitabilidad y equipamiento" puede comportar una práctica administrativa discrecional, sino se explicita expresamente, que en ningún caso será obligatoria la presentación de la correspondiente cédula de habitabilidad.
- c) En cuanto al número de personas empadronadas, deberá tenerse en cuenta, lo dispuesto por el artículo 4 de la Ley 55/2009, de 7 de abril relativa a las Condiciones de Habitabilidad de las viviendas y la cédula de habitabilidad, que dispone cuando se considerará que hay sobreocupación.

## **PROPUESTA DE REDACCIÓN AL ARTÍCULO 55:**

“1. El extranjero que solicite autorización de residencia para la reagrupación de sus familiares, deberá adjuntar en el momento de presentar la solicitud de dicha autorización, informe expedido por el Ayuntamiento o la corporación local que hasta el momento lo había estado desarrollando, a la que pertenezca el lugar de residencia del reagrupante, a los efectos de acreditar que cuenta con una vivienda adecuada para atender sus necesidades y las de su familia.

2. El Ayuntamiento o Corporación Local deberá emitir el informe y notificarlo al interesado en el plazo máximo de 1 mes desde que le sea solicitado.

3. En todo caso, el informe debe hacer referencia, al menos, a los siguientes extremos: título que habilite para la ocupación de la vivienda, número de habitaciones, uso al que se destina cada una de las dependencias de la vivienda, número de personas que la habitan y condiciones de habitabilidad y equipamiento que en todo caso deberán ser emitidas por un técnico del Ayuntamiento o Corporación Local que haya visitado el domicilio.”

## **Artículo 56. Procedimiento para la Autorización de residencia por reagrupación familiar.**

### **CONSIDERANDOS**

En el punto 4 recoge: “Presentada la solicitud en forma o subsanados los defectos, el órgano competente la tramitará y resolverá. Pedirá de oficio el informe de los servicios competentes de la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil en materia de seguridad y orden público, así como al Registro de Penados y Rebeldes”

Estamos ante conceptos jurídicos que han sido interpretados por los Tribunales, que son de difícil concreción y que alcanzan actuaciones en diferentes ámbitos como son: sanciones por conductas incívicas, violencia de género, sanciones administrativas por infracciones de seguridad viaria, y otras conductas reguladas muchas de ellas en la ley 1/1992, de 26 de febrero que prevé:

#### Artículo 1.

*1. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 149.1.29 y 104 de la Constitución corresponde al Gobierno, a través de las autoridades y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a sus órdenes, proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, crear y mantener las condiciones adecuadas a tal efecto, y remover los obstáculos que lo impidan, sin perjuicio de las facultades y deberes de otros poderes públicos.*

*2. Esta competencia comprende el ejercicio de las potestades administrativas previstas en esta Ley, con la finalidad de asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como la de prevenir la comisión de delitos y faltas.*

Esta ley incluye infracciones (previstas en los artículos 23 a 26 de esta ley) que permiten a la Administración del Estado que en los expedientes de reagrupación familiar, no sólo se tenga acceso a los datos contenidos en el Registro de Penados y Rebeldes, sino también en los ficheros de otros cuerpos policiales, incluida la Policía local, en los cuales se hayan instruido procedimientos por infracciones contenidas en la Ley de Seguridad ciudadana, y Ordenanzas municipales que afecten a las conductas descritas.

La nueva redacción del reglamento no establece criterios de valoración a tener en cuenta cuando aparezca un elemento desfavorable, al equiparar la documentación solicitada tanto en procedimientos iniciales como en renovaciones, sin quedar especificado qué valoración específica pueden tener estos hechos en el proceso de renovación.

Ya la Ley Orgánica 2/2010 de 12 de diciembre, de modificación parcial de las anterior leyes orgánicas de extranjería, en el apartado dedicado a Infracciones y Sanciones, contempla como infracción grave las conductas contrarias al orden público. Debería tenerse en cuenta que este hecho supone la vulneración del principio "non bis in idem" aplicable también al derecho administrativo sancionador, que prohíbe que una misma conducta pueda ser sancionada en dos ordenamientos o en este caso ser considerada negativa para la concesión de la residencia por reagrupación familiar.

El apartado 8, establece la remisión de la información estadística sobre solicitudes y concesiones de autorizaciones iniciales de residencia por reagrupación familiar de menores de edad, que tengan que integrarse en la escolarización obligatoria, a las autoridades educativas competentes de la Comunidad Autónoma.

Debería disponerse el establecimiento de un mecanismo de transmisión ágil, con el Consorcio de Educación, para el caso de Barcelona ciudad, para que esta información llegue rápidamente a las autoridades que tienen que planificar la necesidad de los recursos municipales en esta materia

### **PROPUESTA DE REDACCIÓN AL ARTÍCULO 56**

“4. Presentada la solicitud en forma o subsanados los defectos, el órgano competente la tramitará y resolverá lo que proceda. A dichos efectos, recabará de oficio el informe de los servicios competentes del Registro Central de Penados y Rebeldes.”

## **Artículo 57 Tramitación del visado en el procedimiento de reagrupación familiar**

### **CONSIDERANDOS**

Se ha suprimido el apartado 3 del artículo 43 del anterior reglamento, que suponía la posibilidad de comparecencia del interesado a instancia de la propia Embajada o Consulado, que tramita el visado, cuando querían comprobar ciertos extremos.

Durante los cinco años de vigencia del anterior reglamento, la única garantía jurídica de defensa que el interesado tenía, en los supuestos de denegación de visado, era que la comparecencia tenía que estar recogida en un Acta, que si bien muchas veces no había sido entregada al solicitante, en un posterior recurso judicial, era adjuntada junto a todo el expediente administrativo, y permitía conocer de primera mano las preguntas y respuestas que se habían tenido en cuenta en las valoraciones de las denegaciones de visado. Así pues, la

supresión de esta comparecencia vulneraría el derecho de defensa del interesado.

El apartado tercero de este artículo, dispone que: se podrá denegar el visado cuando se hayan presentado documentos falsos. Creemos que la redacción no es correcta, en cuanto debería hacerse constar que, la falsedad de un documento, debe haber sido declarada por la autoridad judicial competente.

### **PROPUESTA DE REDACCIÓN AL ARTÍCULO 57**

No suprimir el apartado 3 del antiguo artículo 43.

## **ARTÍCULO 61. Renovación de residencia de las autorizaciones de residencia en virtud de reagrupación familiar.**

### **CONSIDERANDOS**

Este precepto es excesivamente gravoso para las familias extranjeras, exigiendo documentación que implica un coste económico, personal, y un esfuerzo titánico, con la mera finalidad de renovar una residencia, cuando a la Administración, muchos de esos requisitos ya le constan. Consideramos sinceramente que este artículo busca la eliminación de la reagrupación familiar como derecho de la persona, sin tener en cuenta el arraigo que ya ha generado. El someter al extranjero a una constante inspección en su forma de vida además de mantenerle en la vorágine burocrática para la obtención de la nueva documentación exigida para poder residir con la condición de ciudadano, no responde en absoluto al principio de "integración social" que predica el título del Texto legal que ahora se reglamenta.

Con este precepto parece que la ratio legis del presente reglamento es el incrementar la bolsa de los llamados irregulares sobrevenidos, además de colapsar definitivamente los ya de por sí saturados servicios de las oficinas de extranjeros. Condenamos en suma al extranjero a ser súbdito administrativo, considerado como mera mano de obra y no como persona sujeto de derechos.

El requisito consistente en *“haber mantenido escolarizados a los menores a su cargo en edad de escolarización obligatoria durante la permanencia de éstos en España”* debería matizarse.

Deberían tenerse en cuenta situaciones como por ejemplo, el abandono voluntario del menor adolescente, hecho muy habitual en España, no sólo en la población inmigrante, sino también en la autóctona. Además existen otros mecanismos para perseguir la no escolarización de los menores. Ante todo este precepto no deberá confundir escolarización con absentismo escolar.

Asimismo debe suprimirse el requisito consistente en volver a presentar un informe de vivienda, para los casos de renovación de la reagrupación familiar. Esta novedad puede comportar la irregularidad sobrevenida de muchísimas familias, siendo este hecho totalmente contrario a principios de integración que según la reformada Ley de Extranjería tiene que prevalecer en cualquier actuación de la administración. La aplicación de este requisito supondría tener que pedir hasta tres veces este informe por la persona extranjera para las sucesivas renovaciones de residencia suyas y de sus familiares. Este requisito es un despropósito ante la tan necesitada eficacia y agilidad de las oficinas de extranjeros. La eventual irregularidad sobrevenida de una familia, abocará a la marginalidad a familias enteras.

Lo mismo cabe decir en cuanto al mantenimiento del matrimonio, que reconvierte en un inicial una mera renovación, con ingentes documentos a aportar y la dificultad de su obtención.

El apartado 5 incorpora la necesidad de presentar dos nuevos informes que antes no eran necesarios:

Certificado de estar al corriente de las obligaciones en materia de seguridad social y fiscal.

Este requisito debería suprimirse, si tenemos en cuenta que tanto la administración tributaria como la de la tesorería de la seguridad social, disponen de mecanismos establecidos para el requerimiento en procesos de incumplimiento así como procedimientos ejecutivos para el cobro de las deudas.

Igualmente se valorará, teniendo en cuenta el informe positivo de la Comunidad Autónoma de su lugar de residencia, el esfuerzo de integración del extranjero.

El concepto de integración fue introducido por la Ley 2/2209, de 12 de diciembre, en su artículo 2 ter.

*“Las Administraciones Públicas incorporarán el objetivo de la integración entre inmigrantes y sociedad receptora, a todas las políticas y servicios públicos, en los términos previstos en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía.”*

El artículo 18 de esta ley, prevé la promoción de la participación de los reagrupados en programas de integración. Ahora bien, con la redacción del reglamento, se ha pasado de la promoción de una acción, a la realización casi vinculante para el mantenimiento de la situación de residencia. Creemos que el derecho de residencia, sobre todo en casos de familiares, tendría que quedar regulado con el cumplimiento de unos requisitos objetivos y no dejar en la subjetividad de un informe “de esfuerzo de integración”, especialmente cuando el concepto de integración es de por sí tan abstracto, difuso y probable fuente de múltiples conflictos.

El contenido de este informe, deberá recoger el contenido que se enumera en el reglamento de extranjería, que se contrastará con el que dispone la Ley de Acogida y el futuro reglamento que la desarrollará.

En cuanto a la Administración responsable de su realización, el reglamento únicamente menciona a las CCAA, sin que en ningún momento disponga la posibilidad de delegar en las corporaciones locales.

## **PROPUESTA**

(...)

1.-Para la renovación de una autorización de residencia por reagrupación familiar, se deberán cumplir los siguientes requisitos

a) Relativos al reagrupado:

1º. Que sea titular de una autorización de residencia por reagrupación familiar en vigor o se halle dentro del plazo de los 90 días naturales posteriores a la caducidad de ésta.

2º. Que se mantenga el vínculo de parentesco en que se fundamentó la concesión de la autorización a renovar.

~~3º. Haber mantenido escolarizados a los menores a su cargo en edad de escolarización obligatoria durante la permanencia de éstos en España.~~

4º. Haber abonado la tasa por tramitación del procedimiento,

b) Relativos al reagrupante:

1º. Que sea titular de una autorización de residencia en vigor o se halle dentro del plazo de los 90 días naturales posteriores a la caducidad de ésta.

~~2º. Que cuente con empleo y/o recursos económicos suficientes para atender las necesidades de la familia, incluyendo la asistencia sanitaria, de no estar cubierta por la Seguridad Social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 54 de este Reglamento.~~

~~3º. Que disponga de una vivienda adecuada para atender sus necesidades y las de su familia, y que habrá de ser su vivienda habitual, de acuerdo con lo establecido en el artículo 55 de este Reglamento.~~

(...)

a) La posibilidad de renovar la autorización de residencia a los extranjeros que hubieran sido indultados o se hallasen en situación de remisión condicional de la pena o de suspensión de la pena privativa de libertad.

b) El incumplimiento de las obligaciones del solicitante en materia tributaria y de seguridad social.

Igualmente se valorará, teniendo en consideración el informe positivo de la Comunidad Autónoma de su lugar de residencia, el esfuerzo de integración del extranjero.

(...)

## **TÍTULO IV**

### **RESIDENCIAS Y TRABAJO**

#### **Capítulo Tercero**

**Artículo 71. Renovación de las autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.**

## CONSIDERANDOS

El contenido de este precepto contiene unos requisitos que consideramos que son altamente gravosos para aquel extranjero que residiendo y trabajando en España puede verse abocado a incurrir en irregularidad sobrevenida, y entendemos que la inclusión de certificado por parte de la Comunidad Autónoma no facilita en absoluto la obtención de la documentación, pues de ordinario dichos certificados se obtienen de los propios centros escolares.

De otra parte, no compartimos la vinculación de la renovación al hecho de la escolarización. En el supuesto, de que un progenitor no tuviese escolarizado a su hijo, existen otras normas sancionadoras, o correctoras mucho más acordes que la aquí planteada, que aboca a la irregularidad al progenitor negligente, y con ello se perjudica el derecho de percibir alimentos del menor y en definitiva de convivir en una familia debidamente regularizada.

Desde luego en cualquier caso deberá tratarse de un requisito subsanable, ya que resulta extraño, y seguro fuente de problemas, el que una persona en su renovación deba presentar el citado Certificado.

Asimismo y en relación a la valoración de los antecedentes penales se echan en falta aquellos supuestos fruto del colapso de la Administración de Justicia. Nos referimos a aquellas condenas no privativas de libertad que no han podido ser cumplidas por causas ajenas a su voluntad como el caso de los Trabajos en beneficio de la comunidad, las multas, o incluso las condenas de alejamiento.

Dado que la negación de estos supuestos en principio prejuzga el cumplimiento del condenado. Igualmente falta la valoración de la gravedad de la condena

**En relación a las deudas tributarias y sociales,** si bien nadie puede soslayar el cumplimiento con las obligaciones tributarias, indudablemente este precepto acarreará nuevos problemas, especialmente por parte de aquellos administrados que no vengán obligados a realizar su declaración de la renta. El incumplimiento de las obligaciones tributarias debe ser objeto de sanción por parte de dicha

Administración, nunca que lleve aparejado el castigo de la gravedad de ver privada a una persona de ser un residente regular. En suma es la justa aplicación del principio non bis in idem.

En relación a las causas de denegación previstas en el artículo 69 del presente Reglamento, el que la presunción de inocencia decaiga en el ciudadano extranjero que trabaja y reside regularmente en nuestro país es una causa de discriminación que conculca el propio espíritu constitucional, pues reiteramos, hace decaer la presunción de inocencia que se predica de todas las personas con independencia de su origen. (art. 24.2. CE)

Por ello entendemos, que para no condenar a la irregularidad a aquel extranjero que puede que resulte absuelto en un procedimiento judicial posterior, este apartado debe ser modificado. Ni la Ley de Extranjería ni el presente Reglamento prevén reparación alguna, al extranjero que le fue privada su residencia por un informe gubernativo y que acabó con un veredicto de inocencia, lo cual no deja de ser manifiestamente injusto.

Además este precepto colisiona con el art. 47.2 en materia de condenas penales, haciendo superfluo el anterior, cuando la realidad es que un mero informe gubernativo desfavorable puede frustrar el legítimo derecho del extranjero.

Y en cuanto a los plazos de resolución de las renovaciones, lamentablemente este precepto ha sido fuente de reiterados incumplimientos por parte de la Administración en materia de expedición de Certificado de Silencio Positivo, pues el mismo, simplemente no se expide en tiempo correcto.

La ausencia de expedición de certificados hace decaer el principio del silencio positivo. Por ello, no puede mantenerse así.

## **PROPUESTA DE REDACCIÓN**

(...)

3. Junto con la solicitud de renovación deberán presentarse los documentos acreditativos de que se reúnen las condiciones para su

concesión, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, ~~esí como informe emitido por la autoridades autonómicas competentes que acredite la escolarización de los menores a cargo en edad de escolarización obligatoria.~~

4. Para la renovación de la autorización se valorará, en su caso, previa solicitud de oficio de los respectivos informes:

a) Que el extranjero haya sido indultado o se halle en situación de remisión condicional de la pena o de suspensión de la pena privativa de libertad u otra medida impuesta, o en fase de cumplimiento.

~~b) Que el extranjero haya incumplido sus obligaciones en materia tributaria y de seguridad social.~~

5. (...)

6. Será causa de denegación de las solicitudes de renovación, además del incumplimiento de algunos de los requisitos previstos en este artículo, la concurrencia de alguno de los supuestos de denegación previstos en el artículo 69 de este Reglamento, **excepto el relativo a que la situación nacional de empleo permita la contratación, y al apartado e) del mismo precepto**".

7. (...). **En el supuesto de que transcurridos treinta días naturales, la Administración no hubiese emitido el preceptivo Certificado, el administrado, sin más trámites podrá solicitar la expedición de la tarjeta de identidad de extranjero."**

## **TÍTULO V. RESIDENCIA POR CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES**

### **CAPÍTULO I. Residencia por circunstancias excepcionales por arraigo, protección internacional, razones humanitarias, colaboración con autoridades, seguridad nacional o interés público**

## **Artículo 122. Autorización de residencia temporal por razones de arraigo.**

### **CONSIDERANDOS AL ARRAIGO LABORAL**

A pesar de que la modificación operada en esta materia es positiva, puesto que rebaja los plazos de reconocimiento de relación laboral, entendemos que por la casuística producida en este precepto debe recordarse que las resoluciones de los Institutos o Centros de mediación, arbitraje y conciliaciones laborales, son ejecutivas en sí mismas, con independencia del origen del trabajador.

Cuando se habla de resolución judicial, debería matizarse en el sentido de las resoluciones administrativas con carácter judicial. Dado que las conciliaciones laborales administrativas constituyen auténticos títulos ejecutivos de conformidad con el art. 68 de la Ley de Procedimiento Laboral, resultaría discriminatorio para los trabajadores extranjeros excluirles de esa vía, contraviniendo con ello los tratados internacionales suscritos por España con la Organización Internacional del Trabajo, y en especial el art. 23.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que consagra la igualdad de todos los trabajadores.

Por ello si la legislación laboral contempla y exige el intento de Conciliación Previa laboral-administrativa, no se puede soslayar esta herramienta de conciliación para los extranjeros. De mantenerse este redactado, la Conciliación previa, devendría en una mera dilación en el reconocimiento del Derecho al trabajador, por su esterilidad, y correlativamente en nada contribuiría a la descongestión de los órganos judiciales.

### **PROPUESTA DE REDACTADO AL ARTÍCULO 122.1**

“ ...A los efectos de acreditar la relación laboral y su duración, el interesado deberá presentar una resolución judicial **o administrativa del órgano conciliador legamente competente** que la reconozca o la resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que la acredite.”

## CONSIDERANDOS AL ARRAIGO SOCIAL

La redacción es altamente confusa y generará múltiples complicaciones, dado que en el párrafo c) sobre vínculos familiares, se incluyen informes administrativos.

En el apartado C hay una errata: “bien presenten o presentar”.

En cuanto a los vínculos familiares y las parejas de hecho no puede introducirse un término extraño a nuestra legislación “parejas de hecho registradas”: No existiendo un Registro general en todo el territorio estatal de parejas de hecho, pues es inexistente en nuestra legislación civil.

En cualquier caso los registros municipales de parejas de hecho, en el supuesto de que existan, resultarán altamente eficaces a efectos probatorios, pero la existencia de pareja de hecho no puede quedar constreñida a un registro inexistente. Aún tratándose de una ley estatal, debe tener en consideración la realidad legislativa autonómica.

En conclusión entendemos que las parejas de hecho lo son con independencia de los registros, y por ello, cualquier medio probatorio debe ser admitido para la constatación de las mismas, y no constreñirlas a un documento registral ausente de regulación.

Informe de integración: El redactado dicho sea con todos los respetos constituye un auténtico esfuerzo de comprensión. Por ello, a continuación proponemos un texto más coherente en aras a una mayor transparencia.

### PROPUESTA DE REDACTADO AL ARTÍCULO 122.2 c):

**Art. 122.2. c) 1.** Tener vínculos familiares con otros extranjeros residentes.

A estos efectos, los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges **o parejas de hecho registradas**, ascendientes y descendientes en primer grado y línea directa.

**Art. 122.2. c) 2.** Alternativamente a los vínculos familiares, presentar un informe que acredite su integración social.

El informe de integración social será emitido por la Comunidad Autónoma en cuyo domicilio tenga su domicilio habitual, salvo que Autoridad autonómica haya establecido su delegación a la Corporación Local, y que previamente haya sido puesto en conocimiento de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.

Dicho informe habrá de ser emitido en el plazo de 15 días desde la fecha de solicitud.

El informe de integración referido anteriormente podrá ser emitido por la Corporación local en la que el extranjero tenga su domicilio habitual, en los siguientes casos:

En caso de inacción de la Administración competente, que habrá de ser debidamente acreditada por el interesado en los términos previstos en el art. 126 2.b. de este Reglamento, podrá justificarse este requisito por cualquier medio de prueba admitido en derecho.

### **Art. 122.3. Por arraigo familiar:**

#### **CONSIDERANDOS**

El derecho a vivir en familia del menor es independiente a la guardia y custodia, y por el contrario está íntimamente vinculado a la realidad de la patria potestad.

#### **PROPUESTA DE REDACTADO AL ARTICULO 122.3**

*~~“Cuando se trate de padre o madre de un menor de nacionalidad española, siempre que el menor esté a cargo de y conviva con el progenitor que solicite la autorización.”~~*

### **Art. 122.4**

## **CONSIDERANDOS**

“Art. 122.4. Por Orden del titular del Ministerio de la Presidencia a propuesta de los titulares de los Ministerios del Interior y de Trabajo e Inmigración, y previo informe de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, se podrán revisar los requisitos exigibles de acuerdo con lo previsto en este precepto para la concesión de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales por razones de arraigo social”

De mantenerse este precepto carece de todo sentido la presente modificación reglamentaria. Dejar al albur de los avatares políticos o sociales, temas tan trascendentes como la residencia de los extranjeros, vacían de contenido la presente iniciativa de reglamento.

Nuestro sistema legislativo proscribire las normas que renuncian a su propio fuero, siendo extraño incluso a nuestro sistema democrático, por ello el precepto debe ser eliminado.

## **PROPUESTA DE REDACTADO AL ARTICULO 122.4**

Dicho precepto debe ser eliminado

## **Artículo 126. Procedimiento.**

### **CONSIDERANDOS AL INFORME SOCIAL DEL ARTÍCULO 126 2.b)**

Entendemos que la redacción del reglamento vigente es más clarificadora que la que se propone.

De una parte encontramos desacertada la relación entre domicilio habitual y empadronamiento. La movilidad del extranjero, especialmente en la búsqueda de empleo, implica en muchas ocasiones desplazamientos y cambios de domicilios constantes. Nuestra experiencia nos dice que el extranjero solicita y se empadrona en aquel municipio dónde va a obtener un contrato de trabajo, piedra angular del arraigo social. Por ello, el informe de arraigo no puede quedar supeditado al concepto de habitualidad, cuando el extremo a acreditar es la permanencia en territorio español.

La nueva redacción deja a la subjetividad y con ello a la arbitrariedad la valoración del “esfuerzo de integración”, máximo cuando muchas de estas Leyes que surgen en los últimos tiempos, como la Llei d'Acollida se encuentra impugnada ante el Tribunal Constitucional por el Defensor del Pueblo.

### **PROPUESTA DE REDACCIÓN AL ARTÍCULO 126 2.b:**

Art.126.2. b): En los supuestos de arraigo acreditado mediante informe emitido por la Autoridad competente, en éste deberá constar el tiempo de permanencia del interesado en su domicilio, los medios de vida con los que cuente, su grado de conocimiento de las lenguas que se utilicen, la inserción en las redes sociales de su entorno, los programas de inserción socio-laboral de instituciones públicas o privadas en los que haya participado y cuantos otros extremos puedan servir para determinar su grado de arraigo.

### **CONSIDERANDOS A LOS REQUERIMIENTOS DEL ARTICULO 126 3:**

Lamentablemente esta Asociación ha sufrido con carácter periódico y reiterativo el mal uso de este precepto por parte de las oficinas de extranjeros, que utilizan este apartado, en perjuicio de sus administrados.

Aunque pudiese quedar claro que este precepto obliga a la Administración a evitar el abuso de la inadmisión a trámite, resulta obvio que la realidad ha devenido diferente. Por ello, consideramos, a la vista de la praxis, una redacción más diáfana y concordante con el espíritu de la Ley, esto es, que el requerimiento no es potestativo sino una exigencia en pro de la petición legítima del administrado.

### **PROPUESTA DE REDACCIÓN AL ARTÍCULO 126 3:**

**Art. 126.3:** El órgano **competente inexcusablemente deberá requerir**, de no haberse aportado anteriormente, del solicitante que aporte los documentos señalados en los artículos anteriores u otros documentos que sean necesarios para justificar los motivos de la solicitud, y le manifestará que, de no hacerlo en el plazo que se señale en la notificación, que no podrá ser superior a un mes, se le tendrá por desistido de la solicitud y se producirá el archivo del procedimiento.

## **CONSIDERANDOS AL ARTÍCULO 126 7:**

El sistema actual que deriva a las Comisarías de Policía la solicitud de la tarjeta, responde a un sistema descentralizado y de proximidad, si bien entendemos que en casos como la provincia de Barcelona el remitir al extranjero a la Oficina de extranjería supone un retroceso. Prevemos colapso y todavía más retrasos para la obtención de la tarjeta efectiva, maxime en una administración de la que se sabe que tiene problemas de volumen de trabajo. Por ello, el sistema actual debe mantenerse.

## **PROPUESTA DE REDACCIÓN AL ARTÍCULO 126 7**

En el plazo de un mes desde la notificación de la concesión de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales o, en su caso, desde su entrada en vigor, el extranjero deberá solicitar personalmente la tarjeta de identidad de extranjero **ante la Oficina de Extranjería correspondiente.**

## **Artículo 127. Autorización de trabajo del titular de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales.**

### **CONSIDERANDOS AL ARTÍCULO 127.1**

Encontramos incompleta la redacción de este artículo y confusa en general.

No queda claro si las personas acogidas al art. 123 están autorizadas para trabajar o no. En el supuesto de que lo estuvieran, consideramos que también deberían incluirse las personas que se hayan acogido al art. 125.

### **PROPUESTA DE REDACCIÓN AL ARTÍCULO 127.1**

“Art. 127. 1. PÁRRAFO TERCERO:

La concesión de residencia por circunstancias excepcionales de los artículos 123 y 125 del presente Reglamento llevarán aparejada una Autorización de trabajo en España durante la vigencia de la misma.”

## **Título VI. RESIDENCIA DE LARGA DURACIÓN**

### **CAPÍTULO I. Residencia de larga duración**

#### **CONSIDERANDOS AL ARTÍCULO 145.2**

La reducción en cuanto a las ausencias de doce a diez meses carece de todo fundamento y es contra-*legem*, pues la LOEX en su art. 32 establece el plazo de 12 meses. Correlativamente a nuestra propuesta, el siguiente párrafo es redundante, además de constituir la actual redacción un agravio comparativo de las circunstancias laborales, con respecto a otras circunstancias de cierta entidad por ejemplo enfermedad sobrevenida en el extranjero, circunstancias excepcionales en general, etc.-.

#### **PROPUESTA DE REDACTADO AL ARTÍCULO 145.2**

2. La continuidad a que se refiere el apartado anterior no quedará afectada por ausencias del territorio español de hasta seis meses continuados, siempre que la suma de éstas no supere el total de **doce meses** dentro de los cinco años referidos en el apartado 1, salvo que las correspondientes salidas se hubieran efectuado de manera irregular. ~~En caso de ausencias por motivos laborales, la continuación de la residencia no quedará afectada por ausencias del territorio español de hasta doce meses continuados, siempre que la suma de éstas no supere el total de un año dentro de los cinco años requeridos. ”~~

## **COMENTARIOS AL ARTÍCULO 146.2 y 4**

En cuanto a la exigencia de acreditación de la escolarización del menor, resulta un requisito de doble imposición, puesto que está implícito en la renovación de menores. Además si son menores que no están a su cargo, ¿será necesario documento que acredite tal circunstancia? ¿Qué pasará en los casos de separaciones de hecho? No existirá documentación posible que lo acredite.

En suma, resulta un requisito superfluo que devendrá fuente de problemas y alargamientos innecesarios en la obtención del permiso.

En cuanto a los plazos de resolución de las autorizaciones de residencia de larga duración, debería mantenerse el contenido del art. 73.5 del vigente reglamento. Y entendemos que ello debe ser así, porque en tanto en cuanto si el reconocimiento a ese estatuto de larga duración trae su origen en una residencia continuada previa, resulta incongruente, que esta nueva residencia no goce del amparo del silencio positivo. Si la figura del silencio administrativo es otorgar protección al usuario frente a la inactividad de la administración, resultaría injusto que un residente de larga duración tuviese que estar sometido a tal contingencia, de otra parte tan común en ciertas Oficinas de Extranjeros de nuestro país. Si este precepto obedece a una necesidad de examen pormenorizado de los nuevos requisitos del extranjero, recordar simplemente que la propia Ley prevé la posibilidad de extinguir una residencia sea o no de larga duración.

## **PROPUESTA DE REDACCIÓN AL ARTÍCULO 146.2 y 4**

2. La solicitud deberá acompañarse de la siguiente documentación:

(...)

~~c) En caso de solicitudes fundamentadas en periodos de residencia previos, informe emitido por las autoridades competentes, que acredite la escolarización de los menores a su cargo, en edad de escolarización obligatoria.~~

~~(...)~~

4. Se entenderá que la resolución es favorable en el supuesto de que la Administración no resuelva expresamente en el plazo de tres meses desde la presentación de la solicitud. “

## **CAPÍTULO II. Residencia de larga duración-UE**

### **COMENTARIOS AL ARTÍCULO 148**

Sin duda, el inciso que se introdujo finalmente en el artículo 32.3 de la LOEX, cuando dice “...o por otros fines en las condiciones que se establezcan reglamentariamente”, fue una subsanación al error en el que incurrió por incorrecta trasposición de la Directiva Comunitaria al restringirlo a las situaciones laborales.

Desde muchos colectivos se puso de manifiesto la gran ausencia en cuanto a los solicitantes de mera residencia, como por ejemplo, los jubilados residentes de larga duración de otro estado de la Unión.

De mantener el redactado de este precepto, se estaría conculcando el mandato legal.

### **PROPUESTA DE REDACCIÓN AL ARTÍCULO 148**

“Se halla en situación de residencia de larga duración-UE el extranjero que **haya sido autorizado a residir y o trabajar** en España indefinidamente en las mismas condiciones que los españoles y que se beneficia de lo establecido sobre dicho estatuto en la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre.”

### **Artículo 149. Requisitos.**

### **COMENTARIOS AL ARTÍCULO 149**

Damos por reproducidos nuestros argumentos en cuanto al plazo de diez meses del artículo 145.

### **PROPUESTA DE REDACCIÓN AL ARTÍCULO 149**

1. (...)

La continuidad no quedará afectada por ausencias del territorio español de hasta seis meses continuados, siempre que la suma de éstas no supere el total de **doce meses** dentro del periodo de permanencia de cinco años exigible, salvo que las correspondientes salidas se hubieran efectuado de manera irregular.

## **Capítulo III. Menores extranjeros no acompañados**

### **Artículo 186. Definición.**

#### **COMENTARIOS AL ARTÍCULO 186**

Entendemos que cuando se refiere a la costumbre se puede estar refiriendo a figuras como la Kafala. Ello no puede ser impedimento para acabar desentendiéndose del menor. El venir acompañado de un adulto legalmente o con arreglo a la costumbre no implica que el mismo no pueda estar solo y desamparado. No debería ser contemplado por el Reglamento pues podría dar lugar a confusión su aplicación práctica y acabar desprotegiendo al menor.

#### **PROPUESTA DE REDACCIÓN AL ARTÍCULO 186**

Lo previsto en el presente capítulo será de aplicación al extranjero menor de dieciocho años que llegue a territorio español solo, apreciándose riesgo de desprotección del menor, así como a cualquier menor extranjero que una vez en España se encuentre en aquella situación. El contenido de este capítulo deberá interpretarse sin perjuicio de la posibilidad de que el menor extranjero no acompañado pueda cumplir los requisitos establecidos en los artículos 59 y 59bis de la

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, o en la normativa española en materia de protección internacional.

## **Artículo 187. Determinación de la edad.**

### **COMENTARIOS AL ARTÍCULO 187**

Debe entenderse que los cuerpos de seguridad del Estado deben poner en conocimiento la circunstancia de que un menor pueda estar desamparado no solo si lo han localizado, pues puede obedecer su conocimiento a denuncias de asociaciones o particulares que puedan haber detectado esta situación.

Entendemos por tanto más correcto el anterior redactado del Reglamento que indicaba no solo su intervención en el momento de la localización sino por cualquier otro medio.

Es importante clarificar en el redactado de esta norma que la mayoría de edad de un menor solo puede ser deducida de la comprobación de documentos de identidad y filiación, tales como, el pasaporte, la cédula de identidad del país si la hubiere, el certificado de nacimiento o el libro de familia.

La inexistencia de documentos de este tipo que puedan certificar la edad del menor impone a la entidad protectora la comunicación de forma urgente e inmediata con el Consulado del país de origen del menor en nuestro país-para la comprobación de su identidad y edad. Solo en el caso de inexistencia de representación consular o de negativa a, realizar gestiones tendentes a averiguar la identidad del menor pueden justificarse la realización de pruebas médicas de determinación de la edad, que por ser agresivas deben ser practicadas siempre de forma muy excepcional.

Es necesario facilitar en todo momento del procedimiento a instancia del menor la comunicación con su representante legal, a quién debe serle comunicado el decreto de la fiscalía que fije la edad e incluso a que este representante legal esté presente en la comunicación de sus derechos de protección.

## PROPUESTA

1. Cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen **o tengan conocimiento de que un** extranjero no acompañado cuya minoría de edad sea indubitada por razón de su documentación no de su apariencia física, éste será entregado **inmediatamente** a los servicios de protección de menores competentes, poniéndose tal hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal. Los datos de identificación del menor serán inscritos en el Registro de menores extranjeros no acompañados. En el caso de que la minoría de edad de un extranjero indocumentado **por carecer de documentación** no pueda ser establecida por **su representación diplomática en nuestro país**, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en cuanto tengan conocimiento de esa circunstancia o localicen al supuesto menor en España, informarán a los servicios autonómicos de protección de menores para que, en su caso, le presten la atención inmediata que precise de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor. Con carácter inmediato, se pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que **inmediatamente** dispondrá, a la determinación de su edad, para lo que deberán colaborar las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias. Igualmente, se dará conocimiento de la localización del menor o posible menor al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente por razón del territorio donde éste se encuentre.

2. La Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración impulsará la adopción de un Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados destinado a coordinar la intervención de todas las instituciones y administraciones afectadas, desde la localización del menor o supuesto menor hasta su identificación, determinación de su edad, puesta a disposición de la Entidad Pública de protección de menores y documentación.3. Si durante el procedimiento de determinación de la edad el menor precisara atención inmediata, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado la solicitarán a los servicios autonómicos competentes en materia de protección de menores.

4. En el decreto del Ministerio Fiscal que fije la edad del menor extranjero se decidirá su puesta a disposición de los servicios competentes de protección de menores, dándose conocimiento de ello al Delegado o

Subdelegado del Gobierno competente **y al representante legal del menor** En caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, se considerará que el extranjero es menor si la edad más baja de ésta es inferior a los dieciocho años.

El decreto del Ministerio Fiscal en el que se fije la edad del menor extranjero se inscribirá en el Registro de menores no acompañados de conformidad con lo previsto en el artículo 212 de este Reglamento.

5. Tras haber sido puesto el menor a su disposición, la entidad de protección de menores le informará, de modo fehaciente y en un idioma comprensible para éste, del contenido básico del derecho a la protección internacional y del procedimiento previsto para su solicitud, así como de la normativa española en materia de protección de menores. De dicha actuación quedará constancia escrita con notificación a su defensor judicial, que en su caso habrá sido designado previamente.

## **COMENTARIOS AL Artículo 189. Inicio del procedimiento de repatriación del menor extranjero no acompañado.**

Es necesario garantizar desde el inicio del procedimiento la defensa jurídica del menor sin ambages, pues hoy es indiscutible que el mismo tiene legitimidad para otorgar, la más amplia representación legal para su defensa, además de constituir una exigencia legal.

### **PROPUESTA AL ARTÍCULO 189**

1. El Delegado o Subdelegado de Gobierno competente acordará la incoación del procedimiento de repatriación del menor cuando, según las informaciones recibidas de acuerdo con lo previsto en el artículo anterior, se considere que el interés superior del menor se satisface con la reagrupación con su familia o su puesta a disposición de los servicios de protección de su país de origen. La incoación del procedimiento deberá grabarse en la aplicación informática correspondiente.

En el acuerdo de iniciación se hará constar expresamente la identidad del menor y la existencia de informe de las autoridades competentes del país de origen.

2. El acuerdo de incoación del procedimiento será notificado inmediatamente al menor, **y a su representante legal en el caso de haber sido designado**, al Ministerio Fiscal y a la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda. Asimismo, cualquier actuación o incidencia que se produzca en el curso de procedimiento será comunicada al Ministerio Fiscal a la mayor brevedad posible.

Al mismo tiempo, el menor será informado por escrito, en una lengua que le sea comprensible y de manera fehaciente, de los antecedentes que han determinado la incoación del procedimiento y de cuantos derechos le asisten, con especial mención a la asistencia de intérprete si no comprende o habla el idioma español y **al derecho a ser asistido de letrado**

### **COMENTARIOS AL ARTÍCULO 190. Alegaciones y determinación del periodo de prueba.**

Es necesario garantizar que el acuerdo de iniciación del procedimiento se comunica a su representante legal en atención a garantizar su derecho de defensa sin distinción de edad del menor.

### **PROPUESTA AL ARTÍCULO 190. Alegaciones y determinación del periodo de prueba.**

1. Comunicado el acuerdo de incoación del procedimiento se iniciará un periodo de diez días hábiles a computar desde el siguiente a la correspondiente notificación, en el que el menor extranjero **y su representante legal**, la entidad que ostente su tutela legal, custodia, protección provisional o guarda y, en su caso, el Ministerio Fiscal podrán formular cuantas alegaciones de hecho o de derecho consideren oportunas, así como proponer las pruebas pertinentes sobre los hechos alegados.

## **CONSIDERANDOS AL ARTÍCULO 193. Residencia del menor extranjero no acompañado**

Sigue no teniendo justificación que de no ser posible repatriar al menor a éste se le tenga indocumentado durante 9 meses para después retrotraer la validez de esta residencia una vez concedida. No hay que olvidar que como menores de edad se debe garantizar su total protección y lo misma pasa también por el acceso en igualdad al sistema de protección que incluye medidas formativas.

Las gestiones consulares para determinar su filiación e identidad o los diferentes trámites administrativos deben ser gestionados de forma urgente sin que puedan retrasarse indiscriminadamente, ni amparar que durante prácticamente 1 año estos menores estén sin una documentación a la que tienen derecho. Debe por tanto poder garantizarse que transcurridos tres meses como máximo se pueda solicitar la residencia de este menor.

No resulta razonable tampoco que un menor que ha sido tutelado por una institución española, y que se ha encontrado a cargo del Estado se le impida, al otorgarle la residencia, el acceso al trabajo limitando su autorización. Esta limitación no se encuentra justificada y resulta discriminatoria con los menores reagrupados que acceden a la obtención de una residencia con derecho a trabajo a pesar de no aportar ningún contrato.

Ello además se encuentra en disconformidad con las políticas de empleo españolas dirigidas al colectivo de jóvenes. Esta exclusión no solo es desproporcionada sino que sin duda será motivo de conflicto, segregación y exclusión social

## **PROPUESTA**

### **Artículo 193. Residencia del menor extranjero no acompañado.**

1. Una vez haya quedado acreditada la imposibilidad de repatriación del menor, y en todo caso en el **plazo de tres meses** desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de

protección de menores, se procederá a otorgarle la autorización de residencia y trabajo a que se refiere el artículo 35.7 4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. (...)

### **COMENTARIOS AL ARTÍCULO 194. Acceso a la mayoría de edad del menor extranjero no acompañado que es titular de una autorización de residencia.**

Este artículo carece de sentido salvo que a los menores se les conceda la posibilidad de trabajar, ya que en caso contrario, se les condena a la irregularidad. Mantenido esta situación, deberán concurrir los requisitos de cualquier renovación.

A mayor abundamiento no existe ninguna pensión que conceda el 100% del IPREM, siempre son inferiores en su importe.

### **PROPUESTA AL ARTÍCULO 194. Acceso a la mayoría de edad del menor extranjero no acompañado que es titular de una autorización de residencia.**

(...)

2. La autorización será renovada de acuerdo con el procedimiento para la renovación de una autorización de residencia y trabajo temporal, con las siguientes particularidades:

a) Que disponga de medios de vida. ~~La cuantía a acreditar como medios de vida para sostenimiento se establece en una cantidad que represente mensualmente el 100% del IPREM.~~

b) La existencia una oferta de trabajo, o el mantenimiento del contrato vigente.

c) La continuidad en los estudios

d) Podrán ser tenidos en cuenta los informes positivos que, en su caso y a estos efectos, puedan presentar las entidades públicas competentes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 35.9 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

3. En defecto de la concurrencia de los anteriores requisitos, se valorará el grado de inserción del solicitante en la sociedad española, que será determinado tras la valoración de los siguientes aspectos:

a) El respecto a las normas de convivencia en el centro de protección.

b) El grado de conocimiento de las lenguas oficiales del Estado.

c) La existencia de lazos familiares en territorio español con ciudadanos españoles o extranjeros residentes.  
d) El tiempo que haya estado sujeto a un acogimiento, guarda o tutela de hecho por un ciudadano o institución española.

e) La participación en itinerarios de formación.

(...)

### **CONSIDERANDOS AL ARTÍCULO 195. Acceso a la mayoría de edad del menor extranjero no acompañado que no es titular de una autorización de residencia.**

Este precepto es correcto pero no debe estar sujeto a más requisitos que la mera petición del órgano de protección, y con la concurrencia de lo establecido en el artículo 194 del presente reglamento.

### **PROPUESTA DE REDACTADO AL ARTÍCULO 195. Acceso a la mayoría de edad del menor extranjero no acompañado que no es titular de una autorización de residencia**

“1. En el caso de menores sobre los que una entidad de protección de menores

ostente la tutela legal, custodia, protección provisional o guarda, que alcancen la mayoría de edad sin haber obtenido la autorización de residencia prevista en el artículo 193 de este Reglamento y hayan participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social, **ésta instará** podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales.

2. Sin perjuicio de lo anterior, y de que la recomendación de la entidad habrá de acompañar a la solicitud de autorización, ésta será presentada personalmente por el extranjero durante los sesenta días naturales previos o en los noventa días naturales posteriores a la fecha en que cumpla los dieciocho años. Esta solicitud se realizará en las

mismas condiciones que las establecidas en el artículo 194 del presente Reglamento.”

## **TÍTULO XIV.- INFRACCIONES EN MATERIA DE EXTRANJERÍA Y SU RÉGIMEN SANCIONADOR**

### **CAPÍTULO I. Normas comunes del procedimiento sancionador**

#### **Artículo 215. Actuaciones previas.**

#### **CONSIDERANDOS AL ARTÍCULO 215**

Extralimitación reglamentaria. La ley de Extranjería no prevé actuación previa alguna a la incoación de un procedimiento. El presente reglamento tiene objetivo desarrollar una Ley al que está estrictamente sometido.

Con la incorporación de dicho precepto se podría vulnerar, tanto derechos fundamentales, como el de la intimidad, así como otras normas de rango legal, en especial la ley de Protección de Datos.

#### **PROPUESTA AL ARTÍCULO 215**

Debe ser suprimido.

#### **Artículo 216. Iniciación del procedimiento sancionador. Competencia.**

#### **CONSIDERANDOS AL ARTÍCULO 216.1**

La delación indiscriminada de cualquier tipo de órgano o incluso particular, convierte a la sociedad en un Estado policial, en una materia como la presente que aborda infracciones puramente administrativas, y que en nada beneficia al título de la Ley cuando habla de derechos y

libertades, y su integración social, pues proscribire al presunto extranjero infractor a vivir en la opacidad pública.

## **PROPUESTA AL ARTÍCULO 216.1**

Art. 216.1: “El procedimiento se iniciará de oficio por acuerdo del órgano competente, ~~bien por propia iniciativa bien como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia.~~”

## **Artículo 220. Manifestación de la voluntad de recurrir.**

### **CONSIDERANDOS AL ARTÍCULO 220**

Entendemos que el presente precepto, que tiene como origen la actual redacción del art. 22 LOEx, no responde al nuevo redactado del mencionado precepto legal. Entendemos que por técnica legislativa y para evitar confusiones, es en este precepto donde se debe contemplar todo lo referente a la figura de la asistencia letrada.

Ante todo, no es posible que se establezca una limitación, en función de la situación del extranjero. Esté privado o no de libertad tanto su derecho a la asistencia letrada, como a manifestar su voluntad de recurrir, debe permanecer incólumes.

Si el art. 22 Loex establece universalmente la asistencia letrada en los supuestos descritos en la norma, ello significa, que con independencia de que el procedimiento sea o no preferente, o que el extranjero esté privado o no de libertad, en el momento de la incoación siempre debe estar asistido de Abogado defensor. Y este derecho obviamente queda prorrogado durante la tramitación del expediente sancionador, especialmente cuando el extranjero, además está privado de libertad.

Lo mismo cabe decir respecto a la asistencia de intérprete.

Este comentario no es superfluo, dada la praxis habitual de la Brigada de Extranjería cuando incoa al extranjero un procedimiento ordinario incorporando una sanción de expulsión. La ausencia de letrado en el

momento de la incoación e incluso de intérprete produce una indefensión total que debe ser corregida.

Con la asistencia letrada garantizada, ningún problema planteará a la innovadora manifestación de recurrir, pues el extranjero, libre o no, estará debidamente asesorado para manifestar de forma libre, e informada si realmente quiere recurrir. Este es el único mecanismo que puede dar una respuesta adecuada tanto al nuevo art. 22 loex como por supuesto al art. 24 CE.

Por último con respecto a la manifestación de la voluntad de recurrir, ésta debe quedar tácitamente revocada por la mera interposición de recurso contencioso-administrativo, pues de lo contrario, se estaría privando a una persona del fuero de los Juzgados y Tribunales, derecho éste irrenunciable, por su carácter constitucional y universal.

## **PROPUESTA DE REDACCIÓN AL ARTÍCULO 220**

**Art. 220:** “Asistencia letrada y manifestación de la voluntad de recurrir

“1. Los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a asistencia letrada en los procedimientos administrativos que puedan llevar a su denegación de entrada, devolución, o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de protección internacional, así como a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice. Dicho derecho es extensible a cualquier tipo de procedimiento y jurisdicción.

2. El extranjero ~~que se hallase privado de libertad~~ podrá manifestar su voluntad de interponer recurso contencioso-administrativo o ejercitar la acción correspondiente contra la resolución de expulsión ante el instructor del expediente o el funcionario del Centro de Internamiento de Extranjeros bajo cuyo control se encuentre, que lo harán constar en acta que se incorporará al expediente, **asistido de Letrado, y en su caso de intérprete.**

La manifestación expresada por el extranjero, no será obstáculo **para la posterior interposición de recurso contencioso-administrativo, de forma expresa por el propio interesado.** “

## **SOBRE EL INTERNAMIENTO, CESE DEL MISMO Y SU CONTROL JUDICIAL**

El redactado del presente borrador de reglamento incurre en una omisión respecto a la regulación del internamiento y el cese del mismo.

La praxis de los abogados especializados en extranjería nos dice que se hace absolutamente necesaria una delimitación clara de lo establecido en la Ley, con el doble objetivo de cumplir su mandato y, sobre todo, de preservar el principio de libertad de las personas.

Efectivamente, el art. 62 LOEx prescribe:

***Artículo 62. Ingreso en centros de internamiento.***

*(...)1. Incoado el expediente por alguno de los supuestos contemplados en las letras a y b del [artículo 54.1](#), en las letras a, d y f del [artículo 53.1](#) y en el [artículo 57.2 de esta Ley Orgánica](#) en el que pueda proponerse expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al Juez de Instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador.*

*(...)*

***3. Cuando hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas en el apartado 1, el extranjero será puesto inmediatamente en libertad por la autoridad administrativa que lo tenga a su cargo, poniéndolo en conocimiento del Juez que autorizó su internamiento. Del mismo modo y por las mismas causas, podrá ser ordenado el fin del internamiento y la puesta en libertad inmediata del extranjero por el Juez, de oficio o a iniciativa de parte o del Ministerio Fiscal.***

*(...)*

***6. A los efectos del presente artículo, el Juez competente para autorizar y, en su caso, dejar sin efecto el internamiento será el Juez de Instrucción del lugar donde se practique la detención. (...)***

## **COMENTARIOS**

De la lectura de los apartados 3 y 6, se observa una contradicción intrínseca que debe ser aclarada a la luz del derecho constitucional de la libertad de las personas.

Existe una dispersión en el tratamiento de la libertad, que tanto la Brigada de Extranjería, como los profesionales del Derecho sufrimos, con ocasión de los ceses de internamiento, cuando concurren Juez de Instrucción y Juez o Tribunal Contencioso-Administrativo.

De entrada, el redactado de la Ley en la intervención del Juez de Instrucción, induce a error con respecto a la naturaleza jurídica de su actividad. De manera que el Juez de Instrucción, frente a una petición de internamiento, por causa administrativa, autoriza, o no, la misma, pero nunca ordena un internamiento, por el sencillo motivo de que el procedimiento que se le plantea le es ajeno jurisdiccionalmente. En suma, el Juez de Instrucción, realiza labores de control sobre una privación de libertad que en el fondo le es extraña y por ello, desarrolla exclusivamente una tarea de examen pormenorizado de que concurren los requisitos legalmente exigidos para ese internamiento.

Si la labor del Juez de Instrucción es la de autorización y control del internamiento, y en su caso, del cese para la efectiva expulsión del extranjero, correlativamente la libertad del mismo en el fondo no es de su competencia.

En este sentido, resulta plenamente congruente el artículo 62.3 de la LOEx cuando exige que el extranjero sea puesto inmediatamente en libertad, en el momento que decaigan las condiciones del art. 62.1.

De lo antedicho, se evidencia que la inmediatez exigida en el artículo 62.3 LOEx decae de forma incomprensible, incongruente y errónea cuando en el apartado 6 del propio precepto, dice que el Juez competente para dejar sin efecto el internamiento, será el Juez de Instrucción del lugar donde se practicó la detención.

Hay que tener en cuenta que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa permite, a través de una medida cautelar, dejar en suspenso la ejecución de la expulsión, y que de ordinario, el internamiento autorizado por el Juez de Instrucción se solapa con el

conocimiento del Juez de lo Contencioso-Administrativo de la petición cautelar o cautelarísima de la suspensión de la expulsión. De hecho, cuando un Juez de lo Contencioso admite dicha medida, ordena al Centro de Internamiento la salida del interesado, en tanto en cuanto no resuelva la petición; y esta medida, ya de por sí, podría resultar contradictoria con una autorización del Juez de Instrucción de cese de internamiento, en pro de la efectiva expulsión. Y decimos “podría resultar contradictoria”, pero no lo es, precisamente porque el Juez Instructor meramente autoriza y no decreta ya que el procedimiento administrativo, no es de su competencia jurisdiccional.

Este Reglamento debe corregir la eventual disfunción que se produce de facto, cuando un Juez Contencioso-Administrativo acordase la suspensión de la expulsión, con el internamiento autorizado por el Juez de Instrucción. Este tema alcanza extrema gravedad cuando el auto judicial de suspensión de la expulsión se dicta en viernes, y el Juzgado de Instrucción, no regresa hasta el lunes.

### **PROPUESTA DE REDACCIÓN**

**Artículo 222-bis:** “El Juez de Oficio o a petición del interesado podrá ordenar el fin del internamiento.

Cuando hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas en el apartado 1, la Administración deberá poner fin al internamiento de forma inmediata **poniéndolo en conocimiento del Juez de Instrucción que autorizó el mismo.**

**Cuando el Juez de lo contencioso-administrativo acordase la suspensión de la expulsión decretada, está será comunicada a la autoridad gubernativa y la libertad del extranjero deberá llevarse a efecto de forma inmediata, con notificación de dicha circunstancia al Juez de Instrucción que hubiera autorizado el internamiento”.**

## **CAPÍTULO II. Modalidades de tramitación del Procedimiento sancionador**

## **SECCIÓN 1ª. El procedimiento ordinario**

### **CONSIDERANDOS AL ARTÍCULO 223**

Entendemos que si dicho precepto establece el procedimiento a seguir en función del tipo de infracciones, también debería especificar los procedimientos que se seguirán por el procedimiento simplificado.

### **PROPUESTA DE REDACCIÓN AL ARTÍCULO 223**

Se debe añadir: “y los previstos en el artículo 235, que se tramitarán por el procedimiento simplificado”

### **Artículo 224. Iniciación del procedimiento ordinario.**

(...)

3. En los procedimientos en los que pueda proponerse la sanción de expulsión de territorio español, el extranjero tendrá derecho a la asistencia letrada que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, si no comprende o no habla castellano, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos.

### **COMENTARIOS**

Entendemos que por técnica de redacción legislativa, toda referencia a asistencias letradas, o de intérprete, deben ir en el artículo 220 dentro de las disposiciones comunes. En cualquier caso, la expresión “tendrá derecho” debe ser entendida como un derecho irrenunciable, en el sentido que el interesado en el momento de la notificación siempre deberá estar asistido de letrado.

## **SECCIÓN 2ª. El procedimiento preferente.**

## **Artículo 231. Supuestos en que procede el procedimiento preferente.**

### **CONSIDERANDOS AL ARTÍCULO 231 y 232**

Como quiera que la modificación operada por la L.O. 2/2009, en régimen sancionador, ha hecho suyos los que hasta la fecha eran Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el principio de proporcionalidad y motivación, como elementos diferenciadores entre la sanción de expulsión o la multa, deben quedar indubitadamente reflejados en el presente Reglamento.

De mantenerse sin más la redacción propuesta, la praxis nos indica que continuará siendo el Preferente, el Procedimiento-tipo en materia de estancia irregular, cuando la voluntad del legislador ha sido recuperar el Procedimiento Ordinario, que hasta la fecha de la reciente LOEX estaba de facto desterrado de los usos de la Administración.

Este comentario lo hacemos extensible al resto del articulado.

### **PROPUESTA DE REDACCIÓN AL ARTÍCULO 231 y 232**

“**Art. 231:** La tramitación de los expedientes en los que pueda proponerse la expulsión, **atendiendo a criterios de proporcionalidad y de circunstancias objetivas y personales del extranjero**, se realizará por el procedimiento preferente cuando la infracción imputada sea alguna de las ...

#### **Artículo 232.**

1. Cuando de las investigaciones se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión, **en atención al principio de proporcionalidad y de criterios objetivos y personales del extranjero**, se dará traslado del acuerdo de iniciación motivado por escrito al interesado, para que alegue lo que considere adecuado, en el plazo de 48 horas, y se le advertirá que de no efectuar alegaciones por sí mismo o por su representante sobre el contenido de la propuesta, o si no se admitiesen, de forma motivada, por improcedentes o innecesarias, el acuerdo de iniciación del expediente será considerado como propuesta de resolución. (...)

5. En tanto se realiza la tramitación del expediente, el instructor, **atendiendo a las circunstancias previstas en el artículo 62.1 de la Ley**, podrá solicitar al juez de instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero expedientado en un centro de internamiento de extranjeros. La solicitud de internamiento deberá ser motivada. (...)

### **Artículo 233. La resolución en el procedimiento preferente. Ejecutividad.**

#### **CONSIDERANDOS AL ARTÍCULO 233**

La inmediata ejecutividad de la sanción de expulsión, nunca debe perjudicar el derecho de defensa, y en especial el derecho a recurrir ante los Juzgados y Tribunales frente a las decisiones de la autoridad administrativa.

Esta introducción viene a colación, con el problema que representa a menudo la notificación del decreto de expulsión cuando el extranjero está privado de libertad en un centro de internamiento, desde la iniciación del mismo. La notificación directa al extranjero privado de libertad, y no a su letrado, que es el único que puede proceder a la interposición del Recurso contencioso-administrativo, es una práctica común, por lo menos en el CIE Barcelona. De otra parte, el enterarse de la inminencia de una ejecución de expulsión, sin tener todavía el decreto, a través del Juzgado de Instrucción –por la petición del cese de internamiento-, es otra de las que entendemos mala praxis que en definitiva obstaculiza el derecho a la tutela judicial efectiva. Convendrán con nosotros, que flaco favor se hace a nuestro sistema constitucional, la notificación del decreto de expulsión en la escalerilla del avión, o bien durante el fin de semana para una ejecución el lunes, de forma que “a lo mejor” el abogado no esté disponible.

Por ello, entendemos, que de una parte debe resultar imprescindible, y correlativamente contemplado en el presente Reglamento, que el Juzgado de Instrucción que conoce del internamiento, notifique y de traslado de todas las diligencias y peticiones de la contraparte al abogado defensor. Decimos esto porque no todos los Juzgados actúan con esta diligencia, precisamente porque el actual texto normativo les otorga solo labores de control, pero no de notificación expresa.

De otra parte, la notificación al extranjero internado, y no al letrado – aunque el domicilio de la defensa se haya consignado como el de notificaciones-, sin una antelación prudente para que éste pueda ejercer efectivamente el Derecho de Defensa ante los Tribunales, se hace más que necesario.

## **PROPUESTA DE REDACCIÓN CONSIDERANDOS AL ARTÍCULO 233**

“1. La resolución, en atención a la naturaleza preferente y sumaria del procedimiento, se dictará de forma inmediata, deberá ser motivada y resolverá todas las cuestiones planteadas en el expediente, y no podrá aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica, **la cual será notificada al interesado y a su letrado designado.**

2. La ejecución de la orden de expulsión recaída en estos procedimientos, una **vez notificada al interesado y al letrado defensor**, se efectuará de forma inmediata, una vez transcurridas cuarenta y ocho horas desde su notificación.

De no haber sido puesto en libertad el extranjero por la autoridad judicial dentro del plazo de 60 días a que se refiere el apartado 5 del artículo 232, deberá interesarse de la propia autoridad judicial el cese del internamiento para poder llevar a cabo la conducción al puesto de salida. **De dicha petición se deberá dar traslado a la defensa letrada”**

## **Sección 4ª. Concurrencia de procedimientos.**

### **Artículo 238. Concurrencia de procedimientos.**

#### **CONSIDERANDOS AL ARTÍCULO 238**

En este precepto emerge el problema de la solicitud de cita previa. Resulta obvio, que el derecho de petición no puede quedar mermado por la gestión de las Oficinas de Extranjeros. Habida cuenta que en la mayoría del territorio estatal, la petición de cita, pasa por la aportación de documentación imprescindible para la solicitud, dicha petición

constituye una auténtica solicitud. En este sentido corrobora la postura de esta Asociación la reciente resolución del Defensor del Pueblo, N° expte 10032333 al cual nos remitimos.

De otra parte el redactado actual no responde al completo al tenor literal de la Ley cuando en el nuevo artículo art. 63.6 LOEX se dispone:

*“En el supuesto de las letras a y b del apartado 1 del [artículo 53](#) cuando el extranjero acredite haber solicitado con anterioridad autorización de residencia temporal conforme a lo dispuesto en el [artículo 31.3 de esta Ley](#), el órgano encargado de tramitar la expulsión suspenderá la misma hasta la resolución de la solicitud, procediendo a la continuación del expediente en caso de denegación.”*

De la lectura de este artículo coligiendo con este borrador de reglamento, quedarían fuera las peticiones de residencia y/o trabajo pendientes de instrucción, las que son objeto de requerimientos, o las ya mencionadas citas con la fecha de presentación deferida. Por ello, el redactado resulta no solo incompleto, sino que destierra la figura de la suspensión prevista en el art. 63.6 de la LOEx.

## **PROPUESTA DE REDACCIÓN AL ARTÍCULO 233**

Si durante la tramitación del expediente seguido por el procedimiento preferente y por la causa prevista en el párrafo a) del artículo 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, el extranjero expedientado acreditase haber solicitado, con anterioridad a su iniciación, la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de conformidad con lo dispuesto en los artículos 31.3 de la citada Ley Orgánica y 45 de este Reglamento, el instructor recabará informe de la autoridad competente sobre el estado de tramitación **de dicha solicitud y suspenderá el procedimiento de expulsión hasta la resolución de la autorización de residencia. En caso de que el interesado reuniera, de acuerdo con este informe, los requisitos previstos para la obtención de la autorización de residencia, el instructor acordará el archivo del expediente de expulsión.**

(...)

## **CAPÍTULO III. Aspectos específicos en los procedimientos sancionadores para la imposición de las infracciones de expulsión y multa**

### **SECCIÓN 1ª. Normas procedimentales para la imposición de la expulsión**

#### **Artículo 239. Supuestos en que procede el procedimiento de expulsión**

##### **CONSIDERANDOS AL ARTÍCULO 239**

En este precepto, se incluye como causa de expulsión que el extranjero condenado por una conducta dolosa a una pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

Debe tenerse en cuenta, la problemática en relación a la cancelación de antecedentes penales:

El Registro de Antecedentes Penales no cancela de oficio los mismos a pesar del mandato del artículo 136.1 del CP.

En definitiva que un antecedente penal cancelable y que no ha sido efectivamente cancelado por causas ajenas al mismo deba conllevar la expulsión de dicha persona no solo es injusto sino que el amparo normativo de esa disfunción supone un abuso de derecho

##### **PROPUESTA DE REDACCIÓN AL ARTÍCULO 239**

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 57.5 y 6 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando el infractor sea extranjero y realice alguna o algunas de las conductas tipificadas como muy graves o conductas graves de las previstas en los párrafos a), b), c), d) y f) del apartado 1 del artículo 53 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse en

lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español. Asimismo, constituirá causa de expulsión la condena, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados **o fueren cancelables**.

## **Artículo 242. Contenido y efectos de la resolución del procedimiento de expulsión.**

### **CONSIDERANDOS AL ARTÍCULO 242.2**

Con respecto a la salida voluntaria y la eventual revocación de la prohibición de entrada, entendemos que la oportunidad de estimular, lo que nosotros llamamos "ejecución voluntaria de expulsión", en beneficio tanto del debido cumplimiento del mandato de la autoridad administrativa, como para una eventual vía de economizar los tan elevados costes humanos, personales, y económicos que suponen un internamiento forzoso para la ejecución coercitiva de dicha expulsión. Por ello entendemos que un Decreto de Expulsión firme no impide que en el presente Reglamento se favorezca ese cumplimiento voluntario mediante, bien con la revocación total o parcial de la prohibición de entrada.

### **PROPUESTA DE REDACCIÓN AL ARTÍCULO 242.2**

#### 2. (...)

Sin perjuicio de lo anterior, la autoridad competente no impondrá la prohibición de entrada en caso de que el extranjero abandone el territorio nacional durante la tramitación del expediente, o revocará la prohibición de entrada impuesta. **En el caso de que el extranjero lo abandonase de forma cumplimiento voluntario previsto en la orden de expulsión. En caso de cumplimiento voluntario previsto en el Decreto de Expulsión y el extranjero abandonará el territorio nacional la autoridad competente reducirá o revocará la prohibición de entrada atendiendo a las circunstancias del caso**

La salida del territorio deberá ser oportunamente comunicada a la autoridad competente para la no imposición o revocación de la prohibición de entrada, siempre que el expediente sancionador haya sido tramitado por alguno de los supuestos contemplados en las letras a) y b) del artículo 53.1 de la Ley Orgánica artículo 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

Se entenderá que la salida ha sido debidamente comunicada:

a) Mediante cumplimentación, en los servicios policiales responsables del control fronterizo, del impreso previsto para dejar constancia de la salida del extranjero de territorio español.

b) Mediante personación en la misión diplomática u oficina consular española en el país de origen o de residencia, en la que conste documentación acreditativa de que la salida de territorio español se produjo antes de la resolución del procedimiento sancionador o durante el plazo dado para el cumplimiento voluntario de la sanción impuesta.

La autoridad fronteriza o consular a la que se haya comunicado la salida de territorio español de acuerdo con lo establecido en este apartado dará traslado, a través de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, de dicha información a la autoridad que haya impuesto la sanción de expulsión o que sea competente para su imposición, a los efectos, respectivamente, de la revocación o no imposición de la prohibición de entrada.

## **Artículo 243. Ejecución de la resolución en el procedimiento de expulsión.**

### **CONSIDERANDOS AL ARTÍCULO 243.3**

Emerge en el apartado 3 de este artículo la polémica de si la actuación de los cuerpos policiales es una detención o retención, y en definitiva, para lo que nos interesa, si debe existir control judicial y asistencia letrada o no, cuando la privación de libertad vaya a ser inferior a 72 horas.

Si el artículo 496 del la Lecrm establece un límite de 24 horas para que la autoridad ponga en disposición del Juez a la persona detenida, en materia penal, siguiendo el mandato del artículo 17.2 de la CE, no resulta congruente que una sanción administrativa disponga de 72 horas sin control alguno, para condenar a una persona al destierro. La imposibilidad de defensa del extranjero

frente a este tipo de ejecución puede provocar la vulneración de derechos tantos previstos en la LOEX como incluso vulneración de derechos fundamentales: padecimiento una enfermedad, matrimonio con comunitario, existencia un menor bajo su cargo que quede en desamparo, o mera tramitación de una autorización de residencia, son algunos ejemplos, y no infrecuentes, que pueden concurrir en este supuesto.

Somos conscientes de que esta previsión reglamentaria es infrecuente, pero si nos permite ilustrar con un caso real, que una madre de español de 3 años con una expulsión de hace 4 años estuviese a punto de expulsada en Algeciras, soslayando, y es más, abusando de la Ley en perjuicio del derecho de tanto de la extranjera como del menor español, nos conllevan a mantener que este inciso del artículo 243 en su actual redactado puede llegar a constituir un auténtico abuso de derecho

### **PROPUESTA DE REDACCIÓN AL ARTÍCULO 243.3**

3. Transcurrido dicho plazo sin que el extranjero haya abandonado el territorio nacional, los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería procederán a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que haya de hacerse efectiva la expulsión.

**Los funcionarios competentes pondrán a disposición judicial al extranjero detenido, con el fin de interesar su salida efectiva de territorio nacional, en el plazo de 72 horas y si ello no fuere posible, solicitar su ingreso en centro de internamiento, que no podrá prolongarse, en ningún caso, más allá de sesenta días, dentro de ese expediente administrativo. Todo ello con asistencia Letrada.**

### **Artículo 244. Extranjeros procesados o imputados en procedimientos por delitos o faltas.**

### **CONSIDERANDOS AL ARTÍCULO 244**

El último párrafo de este precepto resulta absolutamente incompatible con el artículo 219.2 de este Reglamento y lo que es más importante, con el artículo 57. 7 a) de la Loex que obliga a que los procedimientos penales consten en el expediente administrativo. Este párrafo que ahora comentamos, constituye un auténtico exceso reglamentario que vulnera el mandato legal. En cualquier caso, dicha nueva circunstancia debería estar sometida al principio de contradicción con el interesado y

en el marco del procedimiento administrativo y no exclusivamente en el penal. Decimos esto porque resulta necesario que estos nuevos elementos, se pongan de manifiesto ante el Letrado que ejerce la defensa en el procedimiento administrativo.

## **PROPUESTA DE REDACCIÓN AL ARTÍCULO 244**

El último párrafo debe ser eliminado

~~A los efectos de lo dispuesto en este artículo, se considerará que consta acreditado en el expediente administrativo de expulsión la existencia de procesos penales en contra del expedientado, cuando sea el propio interesado quien lo haya acreditado documentalmente en cualquier momento de la tramitación, o cuando haya existido comunicación de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal al órgano competente para la instrucción o resolución del procedimiento sancionador, en cualquier forma o a través de cualquier tipo de requisitoria.~~

## **CAPÍTULO VI. Centros de internamiento de extranjeros**

### **Artículo 255. Ingreso en Centros de internamiento de extranjeros.**

.

#### **CONSIDERANDOS AL ARTÍCULO 255.4**

La comunicación a Letrado del hecho de su internamiento, debe ser preceptiva, dando con ello cumplimiento al principio constitucional del derecho de defensa.

#### **PROPUESTA DE REDACCIÓN AL ARTÍCULO 255.4**

Esta comunicación se dirigirá al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación cuando no se haya podido notificar al consulado o éste no radique en España, **y a su letrado**. Si así lo solicitase el extranjero, se comunicará el internamiento a sus familiares, la organización no

gubernamental indicada por el extranjero u otras personas residentes en España.

## **Artículo 256. Situación de los extranjeros internos.**

### **CONSIDERANDOS AL ARTÍCULO 256**

Si bien, siempre discreparemos del carácter no penitenciario de los Centros de Internamiento de Extranjeros, actualmente, la redacción dada al precepto ignora la realidad de que los condenados por delitos penales, con el nuevo Código Penal ahora pasan a residir en estos Centros. Esta nueva incorporación, carece del correlativo redactado en el reglamento lo que puede ocasionar serios problemas en la convivencia en el Centro, y en la integridad de sus ocupantes.

Por ello, se hace necesaria una regulación más detallada en esta materia, pues es la realidad que estando privados de libertad, alguna medida reglamentaria deberá establecerse en cuanto a los expulsados "penales" y los administrativos".

A mayor abundamiento, y dada la triste experiencia sufrido en el CIE de Barcelona, donde trágicamente se suicidó un interno, y que evidencio un total fracaso en los protocolos del Centro, se hace imprescindible el establecer definitivamente un reglamento sanitario acorde con la situación en la que viven estas personas. No olvidemos que la involuntariedad de la permanencia en el centro, que les aboca a una expulsión definitiva, coloca a todos los internos en especial situación de vulnerabilidad psicológica, y ello debe tener su correlativo en este Reglamento.

Consideramos que inexcusablemente se deben establecer los mismos protocolos médicos-sanitarios que en los centros penitenciarios, en cuanto a la atención médica permanente y dependencias sanitarias a tal efecto. Todos los internos deben ser sometidos a un examen físico y psicológico a fin de preservar su integridad.

## **PROPUESTA DE REDACTADO AL ARTÍCULO 256**

2. De acuerdo con el artículo 62bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, los Centros de internamiento no tienen naturaleza penitenciaria, debiendo garantizarse que disponen de servicios de asistencia social y sanitaria con dotación suficiente.

Los citados servicios serán, al menos, equivalentes a los establecidos en los centros penitenciarios.

Igualmente, se establecerán las medidas oportunas en cuanto a la distribución de los internos con especial consideración a aquellos que puedan resultar un peligro para el resto de los internos.

22. febrero de 2011.