

Valoración y propuestas al Borrador de Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España

INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 2/2009 de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 12 de diciembre, de 2009 incluía una Disposición Final tercera titulada “adaptación reglamentaria” por la cual, el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la publicación de esta Ley Orgánica, dictaría cuantas disposiciones de aplicación y desarrollo fueran necesarias. Tras ocho meses de retraso sobre el mandato previsto, el pasado 8 de febrero la secretaria de Estado de Inmigración y Emigración, Anna Terrón, presentaba en Madrid el proyecto del nuevo Reglamento de extranjería.

264 artículos (99 más que el actualmente vigente) y 24 Disposiciones Adicionales dan cuenta de la primera nota que caracteriza a este reglamento, su extensión. Sin embargo, tal como veremos más adelante, esta extensión no está en correspondencia con la concreción de todas las materias reguladas por la Ley Orgánica 2/2009, de manera que el desarrollo reglamentario es desigual con aspectos que se detallan como nunca se había hecho hasta ahora a través de la vía reglamentaria frente a otras cuestiones importantes que siguen sin concretarse.

Este documento no pretende enmendar el texto del borrador ni realizar un análisis exhaustivo de todo su articulado. Se limita a destacar aquellos aspectos que en opinión de la Federación de Asociaciones de SOS RACISMO merecen ser valorados sin dejar por ello de realizar propuestas para su mejora. A fin de establecer una cierta sistematización, abordamos este estudio siguiendo el orden establecido en el borrador de reglamento.

RÉGIMEN DE ENTRADA

Aparte de lo ya señalado por la Ley Orgánica 2/2009 el borrador viene a ser una adecuación al Reglamento n° 810/2009 de 13 de julio de 2009 Código de visados y el Reglamento n° 562/2006 del Código de Fronteras Schengen sin olvidar el Sistema de Información de Visados VIS, (Reglamento n° 767/2008).

El art. 25.5 y el art. 28.1 de la Ley Orgánica 2/2009) establecían la posibilidad de registrar las entradas y salidas del país *a los efectos de control de su período de permanencia legal en España*. En similares términos a los señalados en la ley, el borrador de Reglamento en su artículo 14 establece que las entradas podrán ser registradas por las autoridades competentes en el Registro Central de Extranjeros, *a los efectos de control de su período de permanencia legal en España, de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal*. Y respecto a las salidas, el artículo 21.4 dispone que las salidas de territorio español de los extranjeros a los que no les sea de aplicación el régimen comunitario de extranjería *podrán ser registradas por las autoridades competentes en el Registro Central de Extranjeros, a los efectos de control de su período de permanencia legal en España, de conformidad con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal*

Aunque se trata de una posibilidad y los preceptos comentados quedan fuera del apartado correspondiente al régimen sancionador merecen una especial atención por las consecuencias que pueda tener estos registros. En el ámbito europeo, este tipo de registros se encuadra en un paquete de medidas aprobadas por la Comisión Europea en febrero de 2008 y que se resumen en la Comunicación “Preparación de los próximos pasos en la gestión de fronteras en la Unión Europea” (COM2008/69 de 13.02.2008). La Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2009 analizó esta Comunicación y manifestó sus dudas en cuanto a la necesidad y proporcionalidad de las medidas propuestas, dada la magnitud de sus costes y los riesgos potenciales que representan para la protección de los datos personales.

La versión española de este control se ha puesto en marcha ya a través de una prueba piloto en los aeropuertos de El Prat y Barajas mediante un sistema bautizado como ABC SYSTEM, "System-Automatic Border Control System". Observamos con preocupación que el borrador de reglamento no haya definido la utilidad de estos registros de salida y entrada. Y si bien es cierto que se difiere su desarrollo normativo a una Orden Ministerial conjunta del Ministerio de la Presidencia, Interior y de Trabajo e Inmigración, lo cierto es que bajo la apariencia de un mero registro electrónico se oculta un control de fronteras tanto exteriores como interiores; y es este último aspecto el que resulta especialmente denunciabile.

En un reciente informe de la Comisión Europea sobre la aplicación del título III (Fronteras interiores) del Reglamento (CE) n° 562/2006 del Código de Fronteras Schengen (COM 2010/554 de

13.10.2010) se volvía a recalcar la importancia de un espacio sin fronteras, mostrando su preocupación por las dificultades que algunos Estados imponen en ese espacio, señalando de manera muy clara respecto a las inspecciones de seguridad sobre personas, (artículo 21.B del Código Schengen) lo siguiente:

Los controles deberían limitarse a verificar la identidad del viajero por medio de un documento de viaje... Los nacionales de terceros países pueden identificarse por medio del pasaporte. Los controles no deben verificar si el nacional de un tercer país está en posesión de un visado o un permiso de residencia, pues son meros controles de identidad por razones de seguridad comercial o de transporte. Los Estados miembros no pueden pedir que se proceda a ningún control adicional, y a los transportistas no se les puede exigir ninguna responsabilidad por transportar a personas que tal vez no cumplan las condiciones de entrada o estancia en otros Estados miembros de Schengen. Las compañías aéreas tampoco pueden obligar a los nacionales de un tercer país a demostrar la legalidad de su estancia mediante la presentación de un visado o un permiso de residencia. La inclusión de tal obligación en el contrato con el viajero sería burlar la supresión del control fronterizo en las fronteras interiores, (pag. 6)

Estas consideraciones hay que completarlas con la importante sentencia del TJCE de 22 de junio (Asuntos acumulados C-188/10 y C-189/10, Melki y otros) que declara contraria al constituyente una infracción del artículo 67, apartado 2, del TFEU la normativa nacional que atribuye a las autoridades de policía de un Estado miembro competencia para controlar la identidad de personas presentes exclusivamente en una zona fronteriza interior de 20 km., independientemente de su comportamiento y de cualquier circunstancia particular que entrañe un riesgo para el orden público.

Aplicadas las anteriores consideraciones a los artículos 14 y 21 del borrador, entendemos que estos registros de entrada y salida deben ser destinados exclusivamente al control de fronteras exteriores y ser considerados como tales. Y en este sentido, entendemos que son controles absolutamente prescindibles si tenemos en cuenta que ya existen sistemas de control como puedan ser el SIS II, el Sistema de Información de Visados (VIS) o EURODAC y que su puesta en marcha supone un coste económico desproporcionado.

La obligación de los transportistas de remitir información sobre los pasajeros trasladados se concreta algo más al establecer que una Orden Ministerial fijará las rutas en las que sea obligatoria esta remisión de información (art. 17.2).

Por último, la concepción originaria de la devolución como medida no sancionadora se ha ido desnaturalizando con la imposición de una prohibición de entrada y el borrador añade ahora un plazo de prescripción. Estas circunstancias, unidas a la jurisprudencia sobre esta materia (STSJ de Andalucía de 28.03.07), hacen albergar pocas

dudas sobre el carácter sancionador de esta medida; de manera que debería ubicarse en el Título XIV y fijarse las garantías procedimentales reservadas para la expulsión.

PROPUESTA:

1.1º Desaparición de los artículos 14 y 21.4 por no ser acorde a la prohibición de establecimiento de fronteras interiores que se recoge en el Código de Fronteras Schengen y no añadir nada a los mecanismos de control de fronteras ya existentes.

1.2º Reubicar el Capítulo IV sobre devolución en el Título correspondiente al procedimiento sancionador y establecer, al menos, las mismas garantías que se precisan para la expulsión, en especial, la necesidad de expediente.

ESTANCIA

Del Título III referido a la estancia nos detenemos únicamente en el Capítulo II: “Autorización de estancia por estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado”. En este apartado el Reglamento debe ceñirse a lo dispuesto en la Directiva 2004/114/ de 13 de diciembre de 2004 relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado. Pues bien, el borrador continúa sin corregir aspectos terminológicos importantes que ya se detectaban en la L.O. 2/2009. Recordemos que en la Directiva se diferencia al “estudiante”: un nacional de un tercer país admitido en un centro de enseñanza superior y el “alumno”: nacional de un tercer país admitido en el territorio de un Estado miembro para seguir un programa reconocido de enseñanza secundaria. Por otro lado, lo que el borrador denomina “prácticas” en el art. 37.1 b) la Directiva se refiere a “aprendiz no remunerado” y le dedica un régimen específico, al igual que el voluntariado, que tampoco se desarrolla en el borrador. Con todo, lo que supone una clara contradicción con lo recogido en la Directiva es la propia consideración de la situación de estudios como estancia y no como residencia. El borrador, al igual que el actual reglamento exige un plazo de estancia de al menos tres años para pasar a la situación de residencia. En el art. 196 se contempla un supuesto genérico de reducción de este plazo cuando se trate de extranjeros cuya residencia en España se considere oportuna por razón de la relevancia excepcional de los méritos profesionales y científicos acreditados por aquéllos. Al anterior se le añaden dos supuestos muy concretos: extranjeros que adquieren el título de especialistas en Ciencias de la Salud y extranjeros que poseyendo el título de Medicina vayan a realizar su trabajo en el Cuerpo Militar de Sanidad.

PROPUESTA:

2.1º Que las autorizaciones por estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado sean autorizaciones de residencia al contemplarlo así la Directiva 2004/114.

2.2º Ajustar las definiciones de “estudiante”, “alumno”, “aprendiz no remunerado” y “régimen de servicios de voluntariado” a lo que dispone al respecto el artículo 2 de la mencionada Directiva 2004/114.

RESIDENCIA TEMPORAL Y ESFUERZO DE INTEGRACIÓN

La adaptación de la Ley a diversas Directivas europeas ha originado una diversidad de autorizaciones nunca vista hasta ahora. El artículo 45 da cuenta de nueve tipos de autorización de residencia que ocupan 72 artículos. Casi un 30% del reglamento se ocupa en explicar la categorización de diferentes tipos de inmigrantes conformando un abanico que iría desde el inmigrante poco cualificado que renueva a duras penas su permiso teniendo que dar cuenta de su “esfuerzo de integración, hasta el inmigrante altamente cualificado al que se le ofrecen facilidades para que reagrupe a su familia y se establezca en el país como residente de larga duración.

Una cuestión importante como es la acreditación de medios económicos, que hasta ahora quedaba diferida a instrucciones que eran interpretadas de maneras muy diferente por las diversas subdelegaciones de gobierno, ahora se trasladan al reglamento, lo cual supone un avance respecto a la situación anterior con el añadido de escoger como referencia el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) que para el año 2011 se establece en 532,51 €/mes. Así las cosas, la exigencia del art. 47.1 de una cantidad equivalente al 400% del IPREM (2.130 €/mes) resulta excesiva para muchas personas que solicitan una autorización de residencia como permiso residual cuando no encaja en otro tipo de autorizaciones; de ahí que el borrador debería contemplar algún tipo de excepción a los requisitos previstos en el art. 46.

La reagrupación familiar sufrió un importante recorte en la ley Orgánica respecto a los ascendientes que ahora el borrador intenta corregir considerando como razones humanitarias el supuesto de que uno de los padres no tenga 65 años. En cuanto a los medios económicos para acreditar la solvencia se fija una escala a través del IPREM que va desde los 931,90 €/mes para el caso de un único reagrupante hasta los 1.198 €/mes si fueran dos. Estas cantidades se deben acreditar excluyendo gastos derivados por ejemplo del alquiler de vivienda. Lo anterior, unido a la exigencia de muchas subdelegaciones de no admitir como arrendatarios o propietarios de la vivienda a personas ajenas al núcleo familiar, hace que resulte muy difícil llevar a cabo la reagrupación. De ahí la exigencia de establecer requisitos más

flexibles a los que ahora existen sobre todo en lo relativo al concepto de disponibilidad de vivienda, de manera que el art. 55.5 debería señalar de manera expresa la posibilidad de que en una vivienda exista más de una unidad familiar siempre que se cumplan los otros requisitos. En cuanto a la renovación de estas autorizaciones, la exigencia del art. 61 relativa a acreditación por el reagrupante de que los hijos a su cargo continúan escolarizados está fuera de lugar: un menor no puede ser “castigado” sin permiso por no estar escolarizado y los padres tampoco. Vincular la escolarización con la extranjería abre la puerta a otras consideraciones igualmente improcedentes como el aprovechamiento escolar, la higiene o el vestido.

Estas consideraciones dan pie para abordar el tema de la integración. Recordemos que el artículo 2.ter de la Ley ofrecía un concepto de integración centrada en obligaciones para el inmigrante relativas a *acciones formativas, el conocimiento y respeto de los valores constitucionales y estatutarios de España, de los valores de la Unión Europea, así como de los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, así como medidas específicas para favorecer la incorporación al sistema educativo, garantizando en todo caso la escolarización en la edad obligatoria y el aprendizaje del conjunto de lenguas oficiales*. Para llevar a cabo estas medida se prevé la aprobación de un Plan estratégico Plurianual que a su vez contendrá programas de acción bienales para reforzar la integración social de los inmigrantes. La L.O. 2/2009 introdujo un concepto, el “esfuerzo de integración” sin terminar de definirlo; en las renovaciones se refería a *“la asistencia a las acciones formativas contempladas en el artículo 2 ter de esta Ley”* (art. 37.1 de la Ley); en la reagrupación familiar se habla de *“programas de integración socio-cultural y de carácter lingüístico”* y el *“seguimiento de programas de inserción sociolaborales y culturales”* es uno de los puntos a recoger en el informe para el arraigo social. Así las cosas, el reglamento debía definir y concretar qué se entendía por “esfuerzo de integración”. Pues bien, el borrador que comentamos se limita a traspasar la literalidad del art. 2 ter de la ley por lo que seguimos sin saber muy bien cuál es el objetivo último de estos informes. Todo ello en un contexto en el que el rumbo de la política de integración se decanta en muchos casos en la imposición de determinadas condiciones a modo de “contratos de adhesión” donde el sentido bidireccional desaparece y la integración se mezcla con la extranjería para condicionar la permanencia en el país o su entrada en función del cumplimiento de exámenes de lengua historia y supuestos valores comunes dando como resultado lo que algunos autores denominan la “integración coercitiva”. Algunos ejemplos de este tipo de política de integración serían los Programas de Instrucción en Holanda, el Contrato de Acogida e Integración (Contrato d’Accueil et d’Intégration, CAI) de Francia, el Programa de introducción danés o la política unificada de conocimiento lingüístico para inmigrantes (Gesamtsprachkompetenz) en Alemania. Si la integración es un proceso y no un examen puntual de determinados conocimientos, la Administración debería facilitar en el ámbito laboral la realización de

cursos que se impartan desde los servicios públicos de empleo para que, por ejemplo, quienes están en situación irregular puedan preparar su entrada en el mercado laboral.

En el borrador nos encontramos con situaciones en las que este informe se aportaría cuando no se cumplan otros requisitos, tal es el caso de la renovación de la autorización de residencia no lucrativa (art. 51); la renovación de la autorización por reagrupación (art. 61.5) y las renovaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena (art. 71.4) y cuenta propia (art. 107.4). Por otro lado, el informe es obligatorio para las autorizaciones por arraigo social (art. 122.2). El arraigo social es hoy la vía de regularización más utilizada para quienes están en situación irregular. El reglamento vigente contempla este tipo de informes que tienen un carácter de facultativos y no vinculantes en atención a lo dispuesto en el art. 83 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. A este respecto y considerando algunas propuestas recientes por parte de ayuntamientos que reclaman el carácter vinculante de estos informes, bueno sería despejar cualquier duda al respecto, de lo contrario, se deja en manos de la Comunidad Autónoma o en su caso del municipio la concesión o no de este tipo de autorizaciones. Al hilo de lo anterior, la Conferencia Sectorial de Inmigración debería fijar con anterioridad a la entrada en vigor del reglamento qué organismo autonómico será el encargado de elaborar estos informes, de lo contrario se creará una situación de inseguridad jurídica y un incumplimiento de lo dispuesto en el art. 2 ter.3 de la propia L.O. 2/2009.

Por último, y en un plano más general, volvemos a mostrar nuestra preocupación en la puesta en práctica de estos informes al haber dejado el borrador un campo de actuación al respecto muy abierto. Es un hecho evidente que hoy en día las Comunidades Autónomas tienen diferentes concepciones de lo que se entiende por integración, de manera que, por ejemplo, el Pacto para la Inmigración de Cataluña y el concepto de “política pública común” se aparta de los “Programas de Compensación” recogidos en la Ley 15/2008, de 5 de diciembre, de integración de las personas inmigrantes en la Comunitat Valenciana o los planes integrales del modelo andaluz. Llegados a este punto y para finalizar con este tema retomamos los Principios Básicos Comunes, en concreto el Principio 1º que habla de la integración como un proceso bidireccional y dinámico de ajuste mutuo por parte de todos los inmigrantes y residentes de los Estados miembros. Es precisamente esta bidireccionalidad la que debería ser el elemento fundamental vertebrador de las diferentes políticas de integración que se impulsan en las CCAA y su incidencia en los informes de inserción.

PROPUESTA:

3.1° Los requisitos de solvencia económica para la autorización de residencia del art. 47 son excesivos teniendo en cuenta que es la autorización de residencia no lucrativa de referencia

3.2° El borrador debe contemplar de manera expresa que la disponibilidad de vivienda en la reagrupación no es incompatible con el hecho de compartir la vivienda entre más de una unidad familiar.

3.3° El esfuerzo de integración referido a la autorización por arraigo debería contemplar la posibilidad de realización de cursos de inserción laboral ofertados por los servicios públicos de empleo. Debe remarcarse el carácter no vinculante de estos informes.

3.4° La previsión del art. 122.4 de modificación de los requisitos del arraigo por Orden Ministerial debe suprimirse o reconducir su previsión en la búsqueda de contenidos comunes en la evaluación del esfuerzo de integración.

3.5° Con anterioridad a la entrada en vigor del reglamento, se debe fijar de manera clara por parte de todas las CCAA el organismo encargado de emitir el informe y su posible transferencia a la administración municipal.

AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA Y TRABAJO

La determinación de la situación nacional de empleo regulada en el art. 65 ofrece varias novedades encaminadas todas ellas a limitar al máximo la posibilidad de que puedan ofrecerse ocupaciones codemandadas por la población autóctona. En primer lugar, se prevé no incluir en el Catálogo ocupaciones que puedan ser cubiertas por personas que hayan participado en cursos formativos. El Servicio Público de Empleo dará publicidad en todo el territorio del estado a la oferta no incluida en el Catálogo. El certificado negativo debe aclarar si el puesto puede ser cubierto por demandantes que puedan realizar un curso de formación. En definitiva, los filtros que se prevén en este borrador hacen prácticamente imposible que una persona extranjera pueda ser contratada teniendo en cuenta las limitaciones geográficas y de empleo.

El borrador se hace eco del actual contexto de crisis económica y apuesta por la contratación de trabajadores autóctonos. Sin embargo, el borrador no parece haber tenido en cuenta esta situación de crisis a la hora de establecer otros requisitos. Así, se continúa con la exigencia de un contrato de un año de duración y los requisitos de renovación se mantienen inmutables respecto al reglamento actual a excepción de suplir alguno de ellos con el informe de esfuerzo de integración. En definitiva, con una tasa de paro entre la población extranjera de diez puntos por encima de la media, este borrador de reglamento da la espalda a esta situación.

Estas dificultades contrastan con las facilidades que se otorga al portador de la tarjeta azul UE y que indican que se trata de un perfil de

inmigrante que queda al margen de la política de control de flujos que predomina con el resto de inmigrantes trabajadores. Destacan dos limitaciones: la posibilidad de aplicar la situación nacional de empleo, (que en la Directiva 2009/50. se fija en un plazo máximo de dos años mientras que el borrador no alude a plazo alguno) y la “*necesidad de proteger la suficiencia de recursos humanos en el país de origen del extranjero*” que se establecía en la L.O. 2/2009. Esta segunda limitación se traslada al borrador en el art. 88 como causa de denegación *Cuando la contratación afecte a los sectores que en el país de origen del trabajador sufren escasez de mano de obra de acuerdo con lo establecido en un Acuerdo internacional sobre la materia.* Sin embargo, la falta de concreción de este posible acuerdo internacional es evidente, de manera que esta previsión normativa no deja de ser un brindis al sol de imposible materialización y que no tiene otra función que la de “tapar” el probable efecto de “fuga de cerebros” que este tipo de autorizaciones conlleva.

La regulación de las actividades de campaña o temporada será objeto de una directiva destinada a regular esta materia por lo que podría ser modificada. La autorización por cuenta propia se reserva a los mayores de 18 años cuando la edad laboral está fijada en 16 y se sigue planteando esta autorización en términos de proyecto empresarial en sentido amplio sin tener en cuenta la multitud de actividades que se desarrollan de manera autónoma por una única persona. La autorización para quienes han retornado voluntariamente se plantea como una autorización inicial sin perjuicio de que pueda computar los años anteriores a efectos de residencia de larga duración; y si no se flexibiliza el plazo de prohibición de retorno de tres años resulta difícil conjugar la posibilidad de que un empleador realice un contrato nominativo porque desea mantener la relación laboral con el retornado y el cumplimiento de dicho plazo.

PROPUESTA:

4.1° Los requisitos de duración del contrato y de renovación de la autorización de trabajo deben ajustarse al actual contexto de crisis económica.

4.2° El borrador debe concretar la causa de denegación de Tarjeta Azul señalada en el art. 88.1 f) para evitar la “fuga de cerebros”

4.3° Los requisitos para la autorización por cuenta propia debe ajustarse a supuestos de trabajadores autónomos que no necesitan instalar un negocio.

4.4° El plazo de prohibición de entrada de tres años debería ser más flexible en casos en los que el empleador que contrató con anterioridad al trabajador retornado ofrece un nuevo contrato antes de finalizar el plazo de tres años.

MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y VÍCTIMAS DE TRATA DE SERES HUMANOS

Con las limitaciones que venían establecidas en el art. 31 bis de la L.O. 2/2009 el borrador ha intentado compensarlas con una autorización inicial de trabajo y residencia de cinco años. Las limitaciones a las que aludimos se refieren a la incoación de un expediente de expulsión a la mujer extranjera en situación irregular. No obstante, cabe recordar que actualmente se tramita en el Parlamento una propuesta de ley encaminada a modificar la ley para que el expediente de expulsión no sea necesario. Y si bien la supresión del expediente de expulsión es una cuestión de coherencia en cuanto al bien jurídico protegido, se observa cómo la autorización que se otorga a la mujer extranjera en situación irregular es más garantista que la que corresponde al resto de mujeres víctimas de violencia doméstica si no se corrigen determinadas desigualdades. Efectivamente, el art. 59.2 referido a la residencia independiente de la mujer reagrupada no dice que acceda a una autorización de trabajo y residencia de cinco años; y lo mismo cabe decir de la mujer separada del comunitario (art. 9.4 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo). Por otro lado, se introduce un plazo de seis meses para solicitar la autorización definitiva de cinco años, si bien el órgano judicial y el Ministerio Fiscal están obligados a informar de esta autorización. Aunque el borrador regula la autorización de los descendientes de la mujer víctima de malos tratos la limita a los menores, siendo más coherente otorgar la autorización a los hijos e hijas que estén a cargo de la mujer sin distinción de edades.

Hasta que la modificación de la ley no excluya la obligatoriedad de incoar expediente de expulsión podrá articularse la solución que contempla el art. 133 para la colaboración contra redes organizadas y que consiste en emitir un informe sobre exención de responsabilidad en relación a la infracción del art. 53.1 de la Ley, si bien este informe debería ser acordado de manera automática y evitaría el efecto disuasorio que tiene el expediente de expulsión.

Esta exención de responsabilidad aparece también en el capítulo IV referido a víctimas de trata de seres humanos. Sin embargo, su aplicación es totalmente contraria al fin perseguido. Efectivamente, el art. 140.2 dispone que de no determinarse la exención de responsabilidad se reactiva el expediente de expulsión. Con ello, además de quedar la víctima de trata en una situación de absoluta desprotección deja sin efecto la previsión del art. 138.4 referida a la suspensión inmediata del expediente sancionador. Asimismo, la posibilidad de articular dos tipos de autorizaciones (una vinculada a la colaboración en la investigación del delito y la otra a la situación personal de la víctima) va a producir en la práctica situaciones confusas, de manera que lo idóneo sería mantener una única

autorización que tenga en cuenta las circunstancias personales de la víctima, al margen del éxito policial en la averiguación del delito. Finalmente, la causa de extinción del art. 162.2 d) para este tipo de autorizaciones (cuando el titular deje de cooperar), debe ser eliminada por ser una circunstancia poco concreta, indeterminada y que se presta a decisiones arbitrarias y presiones para la víctima.

PROPUESTA:

5.1º La autorización de cinco años de la mujer irregular víctima de violencia doméstica debe extenderse al supuesto del art. 59.2 y a los casos del art. 9.4 del Real Decreto 240/2007.

5.2º La alusión del borrador a los descendientes menores de edad como beneficiarios de la autorización que se otorga a la madre debe modificarse por el concepto de “descendientes a cargo de la madre” sin distinción de edad.

5.3º La incoación de un expediente sancionador debe sustituirse por un procedimiento de exención de responsabilidad.

5.4º La previsión del art. 140.2 debe corregirse para no ser contradictoria con la suspensión inmediata del expediente sancionador a la víctima de trata.

5.5º Eliminación de la causa de denegación de autorización a la víctima de trata regulada en el art. 162.2 d).

MENORES EXTRANJEROS

El art. 182 es claro al no exigir la residencia legal de ambos progenitores para el menor nacido en España, cuestión ésta que muchas subdelegaciones interpretan en el sentido de exigir a ambos progenitores la residencia legal. Esperemos que en adelante se aplique el criterio fijado por este artículo. Por el contrario, el art. 183.3 se limita a decir que la vinculación de la autorización del menor no nacido en España se vincula a la autorización de la madre o el padre. Considerando la situación que se da en la práctica de irregularidad sobrevenida, el borrador debería articular fórmulas para que el menor no pierda su residencia legal en aras de preservar el interés superior del menor.

El Capítulo III referido a menores no acompañados hace alusión a la localización de *un menor cuya minoría de edad sea indubitada por razón de su documentación o de su apariencia física* (art. 187.1). Aplicado este criterio a controversias que han existido en relación a la edad fijada en los pasaportes, significa que si la documentación del menor establece su minoría de edad, esta circunstancia debe ser suficiente para ponerlo en disposición del organismo encargado de su protección.

La previsión del art. 187.5 referida a la información 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 debería realizarse desde el momento en que el menor es localizado. En este punto se resalta la importancia de contar con un intérprete que explique al menor en qué consiste la prueba de edad y siguiendo las recomendaciones del Defensor del Pueblo, que el menor tenga asistencia letrada desde el primer momento.

La repatriación del menor ocupa cinco artículos (del 188 al 192). La importancia que se le da a esta actuación no parece corresponderse con los datos. Según la memoria Anual de la Fiscalía General del estado correspondiente al año 2009, se incoaron 224 expedientes de repatriación y finalmente se ejecutaron 11, un 5%; sin olvidar que ocho de los menores repatriados lo fueron al margen de la ley de Extranjería dado que eran niños rumanos; otros dos eran de nacionalidad colombiana y uno ucraniano. El aumento de garantías en el expediente de repatriación es consecuencia de la trasposición al borrador de sentencias emitidas por diferentes tribunales cuya culminación se plasma en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de diciembre de 2008 (Rec. de amparo n.º. 3319/2007).

El plazo de nueve meses fijado en el art. 193.1 para el otorgamiento de la autorización de residencia es criticable cuando desde diferentes instancias se ha insistido en que este plazo debe operar como límite máximo y no como término “a quo”. Por el contrario, se valora positivamente el que la Subdelegación otorgue de oficio esta autorización aunque no resulta muy afortunada la alusión que se realiza al inicio “por orden superior”. Que la renovación de la autorización de residencia tenga una vigencia de un año creemos que es contrario al criterio que con carácter general se establece en el art. 51 para la autorización de residencia que fija una vigencia de dos años. En definitiva, la autorización de residencia de un menor no es diferente a la establecida en el art. 51 por lo que acortar su vigencia resulta contrario a derecho.

La prueba de que el borrador de reglamento intenta crear una autorización de residencia *sui generis* que no se enumera en el art. 45.2 está en que la renovación de la autorización del menor que pasa a mayoría de edad sí tiene una vigencia de dos años. En este punto se llama la atención sobre lo ya dicho respecto al carácter no vinculante que estos informes deben tener en base a lo establecido en el art. 83 de la Ley 30/92. De lo contrario, se dejaría en manos del ente tutelante decidir sobre la continuación en situación de residencia regular de menores que dejan de estar tutelados; otorgaría en definitiva una competencia absolutamente exorbitante.

Otro tanto cabe decir con el informe de recomendación del art. 195 para los menores que salen de la tutela sin haber sido documentados con una autorización. En este caso la situación sería aún más injusta ya que podría darse el supuesto de un menor a quien el ente tutelante deliberadamente no le documenta y una vez alcanzada la mayoría de edad realiza un informe desfavorable para que la

Subdelegación no le otorgue el permiso. Con todo, lo verdaderamente preocupante es la introducción por el borrador de un plazo para solicitar esta autorización que se fija en sesenta días naturales previos o en los noventa días naturales posteriores a la fecha en que cumpla los dieciocho años. En la práctica significa que el menor es “expulsado” del sistema de protección al siguiente de cumplir la mayoría de edad, que se encuentra en muchas ocasiones en la calle y no está precisamente en disposición de acudir a la Subdelegación a solicitar este permiso. Esta previsión fue introducida en el actual reglamento por una recomendación del Defensor del Pueblo que trataba de dar solución a los casos en los que la administración tutelante incumplía el plazo de nueve meses, de manera que no se puede exigir al extranjero que cumpla en nueve días lo que el ente tutelante no ha hecho en nueve meses.

Cerramos el tema no sin antes mencionar importantes cuestiones que no se regulan en el borrador y que fueron introducidas de manera novedosa por la L.O. 2/2009. Así por ejemplo, seguimos sin saber cómo las CCAA podrán establecer acuerdos con los países de origen dirigidos a procurar que la atención e integración social de los menores se realice en su entorno de procedencia considerando que las CCAA tienen vedada la adopción de acuerdos internacionales. Otra novedad de la Ley era la posibilidad de atribuir la tutela a ONGs, fundaciones o entidades dedicadas a la protección de menores. El borrador, en fin, se ha olvidado de aclarar el encaje que tiene este ejercicio de tutela con el artículo 172 del Código Civil, que es la norma donde se regula el ejercicio de la tutela y que de entrada resulta contrario al principio de igualdad que el ejercicio de la tutela por una entidad privada sólo se prevea para menores extranjeros.

PROPUESTA:

6.1°. En interés del menor, se debe mantener la residencia en los casos de irregularidad sobrevenida de los padres.

6.2° Asistencia letrada y de intérprete desde el momento en que es localizado el menor sin distinción de edad.

563° El borrador debe aclarar que el plazo de nueve meses del art. 193.1 debe interpretarse como máximo y no como término “a quo”

6.4° La vigencia de la autorización de residencia que se renueva debe ser de dos años.

6.5° Eliminación del plazo para solicitar autorización en los casos del art. 195.

RÉGIMEN SANCIONADOR

Tras un año de vigencia de la L.O. 2/2009 se ha demostrado que el procedimiento preferente en las infracciones por estancia irregular es la regla y no la excepción tal como se señalaba en la Ley. De ahí la necesidad de que el borrador corrija esta mala práctica indicando que en todo caso se aplicará el procedimiento ordinario y tras un periodo de aportación de documentación se modificará en su caso el procedimiento por el preferente.

Al igual que en el tema de los menores no acompañados, este borrador no regula sanciones nuevas recogidas en la L.O. 2/2009 y que resulta necesario aclarar. Es importante saber cómo se lleva a cabo la infracción consistente en contraer matrimonio, simular relación afectiva análoga o constituirse en representante legal de un menor, cuando dichas conductas se realicen con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente un derecho de residencia. ¿Son ambos contrayentes los sancionados?, ¿sólo el extranjero?; ¿qué tipo de comunicación se articulará entre los registros Civiles y los órganos de extranjería? etc. Otro tanto cabe decir del art. 53. 2 b) de la Ley referido a promover la permanencia irregular en España de un extranjero, cuando su entrada legal haya contado con una invitación expresa del infractor y continúe a su cargo una vez transcurrido el período de tiempo permitido por su visado o autorización. El art. 8 del borrador al regular la carta de invitación tampoco dice nada al respecto.

Y este artículo 53.2 prevé por último como infracción consentir la inscripción de un extranjero en el Padrón Municipal por parte del titular de una vivienda habilitado para tal fin, cuando dicha vivienda no constituya el domicilio real del extranjero. ¿Cómo comunica el responsable del mantenimiento del Padrón esta circunstancia a la Brigada de Extranjería?; ¿quiénes son los sancionados? Muchas preguntas y pocas respuestas las que ofrece este borrador en el apartado sancionador.

Por último y en lo referente a Centros de Internamiento nos remitimos a la valoración y propuestas que sobre este particular realiza la red MIGREUROP.

PROPUESTA:

7.1º Reubicar el Capítulo IV sobre devolución en el Título correspondiente al procedimiento sancionador y establecer, al menos, las mismas garantías que se precisan para la expulsión, en especial, la necesidad de expediente. (Propuesta 1 2º).

7.2º Que el expediente por infracción del art. 53.1 a) se inicie en todo caso por el procedimiento ordinario y tras un plazo de audiencia para aportación de documentos se prorroga, en su caso, su modificación.