

Viejos remedios para nuevas realidades

Análisis de la Ley 2/2009
de reforma de la Ley de Extranjería



S.O.S. RACISMO

Federación de Asociaciones
de SOS Racismo en el Estado español

ÍNDICE

1 UNA REFORMA LEGISLATIVA ? , UNA NUEVA LEY?, UNA LEY NUEVA?	2
2 EL CONTEXTO MIGRATORIO	5
3 LA INTEGRACIÓN	7
4 LOS DERECHOS	12
5 MUJERES VICTIMAS DE VIOLENCIA DOMESTICA MENORES EN DESAMPARO VICTIMAS DE TRATA DE SERES HUMANOS	19
6 LOS TIPOS DE AUTORIZACIÓN	26
7 MODALIDADES DE CONTRATACIÓN	29
8 INFRACCIONES Y SANCIONES	35



S.O.S. RACISMO

1 UNA REFORMA LEGISLATIVA? UNA NUEVA LEY? UNA LEY NUEVA?

El pasado 19 de diciembre de 2008, nueve años después de su aprobación el Consejo de Ministros estudiaba el anteproyecto de reforma de la Ley 4/2000. Tras varias modificaciones sobre el texto original y tras recibir tres enmiendas a la totalidad y 731 enmiendas parciales, en la sesión del Congreso del pasado 26 de noviembre se aprobaba 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.

La reforma de la actual Ley de Extranjería supera los motivos que justifican dicho cambio, (incorporar las sentencias del tribunal Constitucional, incorporar Directivas europeas y adaptar la ley a la nueva “realidad migratoria”). Modificar más de 60 artículos de los 71 que contiene la Ley e introducir apartados y artículos que antes no existían hace que tengamos que hablar no de una reforma sino de una nueva ley de extranjería. Sin embargo es una ley nueva en la forma pero no en el contenido.



S.O.S. RACISMO

El 22 de Diciembre de 1999, el Congreso de los Diputados aprobaba en la última sesión antes de las elecciones que tendrán lugar en marzo del siguiente año la Ley 4/2000 de “Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y de su integración social”. Una Ley que se fraguó con el consenso inicial de la práctica totalidad de grupos parlamentarios y que a última hora contó con el voto en contra del partido en el Gobierno. El pasado 19 de diciembre de 2008, nueve años después, el Consejo de Ministros estudiaba el anteproyecto de reforma de la Ley 4/2000. En este tiempo la Ley ha sido reformada en tres ocasiones, (Leyes Orgánicas 8/2000, de 22 de diciembre, 11/2003, de 29 de septiembre y 14/2003, de 20 de noviembre) y ha contado con dos reglamentos, el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio y el actual Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre. La primera Ley de Extranjería, la Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio de derechos y libertades de los extranjeros en España tardó quince años en ser modificada y durante su tiempo de vigencia contó con un Reglamento aprobado en el año 1996 que suplía las carencias que tenía esta primera norma.

Que la anterior norma estuviera quince años sin modificar y que la actual Ley 4/2000 vaya camino de su cuarta reforma en nueve años desde su entrada en vigor en febrero del año 2000 es ya un dato que invita a la reflexión y que tiene que ver con los efectos que el fenómeno migratorio tiene en la estadística demográfica, en la actividad judicial, en la agenda de los partidos políticos e instituciones en general.

La necesidad de recoger las sentencias del TC sobre la Ley 8/2000 era evidente. La STC 236/2007 de 7 de noviembre y la 259/2007 de 19 de diciembre declaró inconstitucionales los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga en cuanto imponía como requisitos para su ejercicio el encontrarse en situación de residencia legal y por otro lado anuló los artículos relativos al acceso a la justicia gratuita y a la educación no obligatoria.

En segundo lugar estaba pendiente la transposición de varias directivas al derecho interno, entre las que destacaban la Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, la Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, del Consejo, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado y la Directiva 2005/71/CE, del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de investigación científica, sin olvidar la reciente Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.



S.O.S. RACISMO

Con todo, la adaptación de la ley a la normativa europea es un proceso inacabado que seguramente obligará a nuevas modificaciones. De hecho y durante la tramitación parlamentaria se han ido modificando diversos artículos para ser adaptados a la Directiva 2009/50 que regula la tarjeta azul, la Directiva 52/2009 sobre sanciones a empleadores o el Reglamento 810/2009 por el que se regula el Código de Visados. Y aun queda pendiente de ser aprobada la Propuesta de Directiva del Consejo, de 23 de octubre de 2007, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro, (COM 2007/0638). En una fase de discusión menos avanzada están las propuestas legislativas sobre trabajadores temporeros, aprendices remunerados y personas trasladadas dentro de una empresa.

Al margen de los dictámenes preceptivos emitidos en el trámite de aprobación de la Ley han sido varios los organismo y organizaciones que han realizado sugerencias y propuestas, (Foro de la Inmigración, Consejo general de la Abogacía, Red ACOGE, CARITAS y CEAR, Amnistía Internacional, etc). El resultado final apenas recoge estas propuestas y de las enmiendas aceptadas la mayoría pertenecen a CIU, seguido de PNV y Coalición Canaria. Y si bien el PNV se descolgó en la votación final, el resultado de la misma: 180 votos a favor (PSOE, CIU y Coalición Canaria) y 163 en contra (PP, IU-ICV-ERC y PNV) refleja la falta de acuerdo con el principal partido de la oposición indica que la nueva ley queda de nuevo a expensas de los resultados electorales, tal como ocurriera hace exactamente diez años. A la anterior nota de incertidumbre se añade el recurso de inconstitucionalidad contra el Estatuto de Cataluña que podrá trastocar algunos artículos de la nueva ley.



S.O.S. RACISMO

2 EL CONTEXTO MIGRATORIO

Y sin embargo, la realidad migratoria en la que se promulga esta ley sí es diferente a la existente en el año 1999. Hoy en día, al margen del sustancial aumento de la población inmigrante, es palpable la existencia de una población inmigrante asentada y que tiene un proyecto para vivir y trabajar en este país. Más de un millón de personas extranjeras tienen un permiso permanente que les autoriza a residir prácticamente de forma indefinida, Si a lo anterior añadimos que más de dos millones de extranjeros están en el régimen comunitario, el panorama migratorio no se corresponde con la reforma de una ley que sigue insistiendo en el reforzamiento del control de la frontera, en la sanción a la inmigración irregular y que lejos de reforzar los mecanismos de integración para quienes ya están aquí, añade dificultades a la estabilidad en los permisos.

En diez años la población inmigrante pasa a representar del 2 al 12% respecto a la población general. Si en el año 2000 los nacidos de madre extranjera suponían el 5% del total de nacimientos, en el año 2008 son el 19%.; en ese mismo periodo los matrimonios extranjeros pasan del 5 al 17%



S.O.S. RACISMO

Estos datos demuestran que la inmigración se ha convertido en España en uno de los fenómenos sociales más importantes, y sus consecuencias tienen también una gran trascendencia. Por un lado, la aportación económica y demográfica de estas personas está siendo crucial, aunque rara vez se les reconoce esta contribución y menos aún en la actual situación de crisis económica. Por otro, la percepción social de la inmigración es cada vez más negativa, con el consiguiente aumento del racismo.

Lo que en el año 2002 era un hecho social que comenzaba a aflorar, hoy en día se ha convertido en una realidad muy compleja formada por hijos e hijas de personas inmigradas que han nacido aquí o llegados vía reagrupación familiar; personas que han adquirido la nacionalidad y por tanto dejan de ser extranjeras desde el aspecto legal del término, etc. Asimismo es también constatable la desigual distribución de la población inmigrante en el territorio español; Comunidades como Cataluña, Madrid, Andalucía y Valencia absorben el grueso de la población extranjera. Y junto a todo esto sigue vigente el problema de la irregularidad de muchas personas que vienen como turistas y se quedan aquí a buscar trabajo.

Pues bien, lejos de aprovechar la oportunidad de una reforma legislativa para replantearse algunas cuestiones de probada ineficacia, esta ley ahonda en el modelo migratorio de la temporalidad y del ideal, (que no real) flujo migratorio ordenado. No afronta la extraordinaria complejidad del hecho migratorio que obliga a reexaminar los largos plazos que se exigen para la adquisición de la nacionalidad por residencia ni ofrece mecanismos legales de estabilidad residencial y de empleo para una parte muy importante del colectivo inmigrante que tiene un proyecto migratorio basado en el asentamiento y no en la temporalidad. En vez de ofrecer soluciones a estas nuevas cuestiones se adorna con conceptos y definiciones extraídos de la transposición de directivas europeas pretendiendo disimular con ello lo que no dejan de ser viejos problemas.

Estas son en resumen las características de esta nueva ley: la transposición de directivas que dibujan un esbozo de modelo migratorio basado en la selección de inmigrantes altamente cualificados sin obviar la prioridad en el control de los flujos; la utilización de la integración como “medidor” de unos pretendidos valores occidentales que además condicionan el acceso a las pertinentes autorizaciones o a su renovación y la incógnita de saber si la irrupción de las CCAA con un papel activo en un ámbito hasta ahora vedado como es el del otorgamiento de permisos de trabajo servirá para ofrecer otras maneras de entender la extranjería o se seguirá insistiendo en el actual modelo.



S.O.S. RACISMO

3 LA INTEGRACIÓN

Con los antecedentes arriba expuestos llama la atención que la importancia que merece darse al hecho de que por primera vez la materia de integración adquiera rango de ley de orgánica, la misma quede reducida a un artículo que de manera genérica expresa una idea de integración más cercana al Pacto de Inmigración y Asilo que a los Principios Básicos Comunes dentro de una ley de por si discriminatoria.

Hasta este momento la integración se ha situado en el ámbito de la planificación estratégica a través de diversos Planes de Integración siendo el primero el del año 1994, el Plan GRECO del año 2001 y por último el Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración. (PECI) para el periodo 2007-2010. El documento, se compone de nueve bloques si bien el contenido sustancial del Peci comienza a tomar forma a partir del sexto bloque donde se desarrollan las premisas en las que descansa el Plan, los principios generales y los objetivos. El punto séptimo es un bloque de transición donde se habla de la gobernanza de las políticas de integración y pasamos al octavo en el que se detallan las áreas de intervención divididas en 12 temas, (educación, empleo, vivienda, servicios sociales, salud, infancia y juventud, igualdad de trato, mujer, participación, sensibilización y codesarrollo). El noveno punto hace referencia a la gestión, participación y evaluación del Plan Estratégico en la gobernanza de la integración. En su versión definitiva se ha añadido un punto décimo en el que se detalla el presupuesto del plan estimado en unos dos mil millones de euros.



S.O.S. RACISMO

Para un panorama tan complejo como el descrito más arriba el PECEI emplea un concepto de integración directamente recogido de los llamados “Principios Comunes Básicos sobre Integración” aprobados por el Consejo de Ministros de Justicia y Asuntos de Interior en Bruselas, el 19 de noviembre de 2004 y que se acompaña como Anexo del documento. Esta formulación habla de la integración como un proceso bidireccional basado en derechos mutuos y obligaciones correspondientes de los ciudadanos de terceros países en situación legal y de la sociedad de acogida, que permite la plena participación de los inmigrantes. Otra característica muy propia de la teorización europea es el “planteamiento holístico” de la integración que tiene en cuenta no sólo los aspectos económicos y sociales de la integración sino también los problemas relacionados con la diversidad cultural y religiosa, la ciudadanía, la participación y los derechos políticos.

Pues bien, el artículo 2.ter, Integración de los inmigrantes, se aparta de la bidireccionalidad y se centra en la transversalidad, más cercano a lo que hemos dado en llamar “planteamiento holístico” de la integración. Con todo y en el actual contexto de crisis económica resultaba más necesario si cabe recuperar esa bidireccionalidad. Sin embargo, la idea de integración que contiene este artículo se difumina 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, 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.

Tal como apuntábamos al comienzo, el contenido de este artículo parece estar más en sintonía con lo señalado en el llamada “Pacto sobre la inmigración y el Asilo”, un documento que, reordemos, no tiene valor normativo y fue aprobado a finales del año 2008 bajo la presidencia europea de Francia. El objetivo del pacto es impulsar las acciones contenidas en otros documentos, en concreto, la Comunicación sobre “Una Política Común de Emigración para Europa: principios, medidas e instrumentos”, (COM 2008/359 de 17.6.08) y la Comunicación sobre el “Plan de política de asilo. Un planteamiento integrado de la protección en toda la UE”, (COM 360/2008 de 17.06.08). Centrándonos en el tema de la integración, .se habla de una “doble voluntad” referida al país de origen del inmigrante y el país de destino. Sin embargo, esta reciprocidad queda inmediatamente descartada al señalar que debe impulsarse una “inmigración escogida” en función de las necesidades del mercado de trabajo del país receptor. Lo anterior se llevaría a cabo a través de la Directiva 2009/50 relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado. Es importante destacar que hasta el propio Parlamento Europeo en su informe de evaluación de esta Directiva (PE 2007/0228) subrayaba la contradicción existente



S.O.S. RACISMO

en impulsar la migración circular o temporal de “cerebros” y que la Directiva ofrezca la posibilidad de trasladarse a otro estado tras dos años de trabajo hasta alcanzar el estatuto de residente de larga duración, de manera que la migración temporal se convierte en migración permanente. Circunstancia ésta que queda recogida en el nuevo texto legal en el art. 32.2, facilitándose incluso la reagrupación del ascendiente. Esta “fuga de cerebro” entra en clara contradicción a su vez con uno de los principios rectores de la política migratoria, (art. 2.bis. j) relativo a la colaboración con los países de origen, es decir, lo que sería el codesarrollo.

Es importante destacar igualmente que en este artículo no se define un concepto que encontramos en diversos apartados de la nueva ley, nos referimos al “esfuerzo de integración”. En concreto, el art. 31.7 a la hora de fijar los requisitos para la renovación de la autorización de residencia indica que : *“ A los efectos de dicha renovación, se valorará especialmente el esfuerzo de integración del extranjero que aconseje su renovación, acreditado mediante un informe positivo de la Comunidad Autónoma que certifique la asistencia a las acciones formativas contempladas en el artículo 2 ter de esta Ley.”* ; sin olvidar que a este informe debe añadirse otro que de cuenta de que los hijos, si los hubiere, están escolarizados, (art. 9.4). En la renovación de las autorizaciones de residencia de menores, vuelve a aparecer este “esfuerzo de integración” como requisitos para dicha renovación pendiente de desarrollo reglamentario. El esfuerzo de integración *a través del seguimiento de programas de inserción sociolaborales y culturales* es uno de los puntos a recoger en el informe que se elabore por parte de las CCAA o en su defecto de los entes locales a la hora de elaborar los informes de inserción para las solicitudes de autorización por arraigo, (art. 68.3). Nótese además que, a diferencia de lo que se prevé en el actual reglamento, (en el que quines tengan un familiar directo están exentos de dicho informe), ya no existen recepciones a la necesidad de solicitar este informe de inserción.

Sin definirlo como “esfuerzo de integración” encontramos aspectos similares al comentado en el art. 18 cuando señala los requisitos que debe cumplir la reagrupación familiar se dice que : *Las Administraciones Públicas promoverán la participación de los reagrupados en programas de integración socio-cultural y de carácter lingüístico*”. Por otro lado, la Disposición Adicional Quinta modifica la Ley del Registro Civil incluyendo en lo que parece ser un informe potestativo del solicitante de nacionalidad por residencia emitido por la Comunidad Autónoma a efectos de acreditar su integración en la sociedad española. Por tanto se trata a la población inmigrante como colectivo sospechoso de no cumplir como el resto en sus obligaciones y por otro como colectivo que debe demostrar mucho más que el resto el ser merecedor de derechos.

Es aventurado evaluar el objetivo último que resiguen estos informes a emitir por las CCAA pendiente de ser desarrollado reglamentariamente. No obstante, las alusiones que el portavoz del Grupo Popular realizaba en la sesión del Congreso en la que se aprobó el texto final, (BOCG del 26.11.09) nos lleva a la enmienda a la



S.O.S. RACISMO

totalidad que presentó el PP en cuyo texto alternativo al presentado por el Gobierno proponía una Disposición Final Primera que contenía el “contrato de integración” y que fue ya esgrimido en la campaña electoral de las recientes elecciones generales. Y es 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.

Volviendo al papel de las CCAA y al artículo 2 que estamos comentando, comienza este artículo fijando las competencias que corresponden al estado y las que corresponden a las CCAA utilizando una fórmula muy imprecisa. En base al artículo 149. 1 2º de la Constitución que establece la competencia estatal en materia de nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo, se indica que *“corresponde al Estado, de conformidad con lo previsto en el artículo 149.1.2ª de la Constitución, la definición, planificación, regulación y desarrollo de la política migratoria sin perjuicio de las competencias que puedan ser asumidas por las Comunidades Autónomas y por las Entidades Locales.* El artículo en cuestión sigue sin resolver los límites competenciales de las CC AA en una materia como la migratoria caracterizada por la transversalidad y que abarca competencias que forman parte de la extranjería. En consecuencia, la tradicional brecha entre extranjería-competencia estatal e integración-competencia autonómica comienza a diluirse. Prueba de ello son los artículos 138 del Estatuto de Cataluña y el artículo 62 del nuevo estatuto de Andalucía que, en similares términos vienen a reservar a sus respectivas comunidades la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en cada Comunidad. Esta competencia, que se ejercerá en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado incluye: la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena. y la tramitación y la resolución de los recursos. No hay que olvidar sin embargo que el artículo 138 del estatuto catalán ha sido objeto de recurso de inconstitucionalidad y está pendiente de sentencia por parte del Tribunal Constitucional. Una sentencia desestimatoria daría al traste con varios de los artículos de la nueva Ley y con la reciente modificación del actual reglamento de Extranjería; en definitiva, que una sentencia de este tipo por parte del TC obligaría a entrar de nuevo en una modificación de la Ley.

Pero volvamos a los informes de integración que deberán ser elaborados por las CCAA y pongamos esta previsión normativa en relación con los actuales principios recogidos en el PECEI; la pregunta a realizar es la siguiente: ¿ van a considerarse



S.O.S. RACISMO

las CC AA vinculadas por el PECEI en sus políticas de integración? Planteemos ahora esta misma cuestión de otra manera. Visto el contexto europeo de favorecimiento del modelo asimilacionista y de integración coercitiva, ¿tiene el PECEI capacidad para actuar como “dique de contención” de estas propuestas?. El mencionado art. 2.ter se limita a decir que las administraciones autonómica y local colaborarán en la formulación del plan estratégico “*tomando como referencia sus respectivos planes de integración*”, de manera que el hecho de elevar a rango de ley orgánica esta materia no excluye que cada Comunidad Autónoma opte por un modelo concreto de integración. El panorama normativo de algunas CCAA conforman esta realidad; 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 a la hora de diferenciar la propuesta gubernamental de la del PP u otras del ámbito europeo. Su no inclusión parece obedecer a un cierto olvido consciente que abre la puerta a diferentes interpretaciones por parte de las CCAA en aspectos cruciales como son la emisión de informes para dar cuenta del “esfuerzo de integración” del inmigrante.



S.O.S. RACISMO

4 LOS DERECHOS

En todo caso, la integración no puede llevarse a cabo sin el reconocimiento efectivo de derechos. Y en este punto el balance final es negativo. Exceptuando las correcciones que en materia de reconocimiento de derechos se introducen por las sentencias del TC, se aprecia un claro retroceso en el acceso a la vivienda, la reagrupación familiar o las prestaciones sociales. La integración termina diluyéndose y el poso que queda es el del apartheid jurídico.

Ya hemos expuesto al comienzo de este trabajo que uno de los motivos que justificaban el cambio en la ley eran las la STC 236/2007 de 7 de noviembre y la 259/2007 de 19 de diciembre que declaran inconstitucionales los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga en cuanto imponía como requisitos para su ejercicio el encontrarse en situación de residencia legal y por otro lado anuló los artículos relativos al acceso a la justicia gratuita y a la educación no obligatoria. Es importante recordar que el fallo del TC dejaba en manos del gobierno modular los derecho antes citados pero no hasta el extremo de impedir su ejercicio a las personas irregulares. En vez de establecer determinadas limitaciones que podrían haber sido a su vez cuestionadas desde la perspectiva constitucional, la nueva ley opta por establecer el ejercicio de estos derechos en igualdad de condiciones que los españoles.



S.O.S. RACISMO

Los derechos de las personas extranjeras y sobre todo las personas extranjeras en situación irregular no suponen ni mucho menos una labor acabada desde el plano del reconocimiento constitucional. Un ejemplo lo encontramos con el derecho de asociación. La STC 236/2007 acaba de reconocer el derecho de reunión para los extranjeros que se encuentren en situación irregular. Pues bien, cuando el Defensor del Pueblo impugnó la Ley de Extranjería del año 1985 no cuestionó la exigencia de la residencia legal para poder reunirse que establecía el artículo 7.1 de la Ley 7/85, su recurso se ceñía a la exigencia de una autorización gubernativa especial cuando el derecho de reunión se ejercía por personas extranjeras.

Pero los derechos deben ser observados también desde otros ángulos como son su importancia y la forma en que se garantiza su efectivo ejercicio. De poco sirve que ahora el TC haya reconocido el derecho de asociación de los extranjeros irregulares si luego, por ejemplo, el Registro de Asociaciones va a impedir su inscripción. No hay que olvidar que el 20 de enero de 2001, tres días antes de la entrada en vigor de Ley 8/2000, 328 inmigrantes en su mayoría pakistaníes se encierran en la iglesia del Pi en Barcelona poniendo en práctica el derecho de reunión de extranjeros irregulares. En aquellos encierros del año 2001 no se reclamaba el derecho de reunión sino un permiso de residencia y trabajo. En resumen y respecto a este colectivo de personas sin permiso de residencia, su irregularidad es una cuestión estructural fruto de la Ley de extranjería y con unos derechos en continua transformación como consecuencia de las sucesivas reformas legislativas y e su caso las posteriores correcciones del TC. Pensemos por un momento cómo aceptaríamos en términos de justicia material si el ejercicio de nuestros derechos fundamentales como personas (personas “de aquí”) dependieran de lo que dictaminara al respecto el Tribunal Constitucional.

El no haber modulado el ejercicio de los derechos contenidos en los artículos declarados inconstitucionales no significa que la reforma de la ley suponga un avance en este campo. Al contrario, se propone un recorte en un importante grupo de derechos con implicaciones en la práctica mucho mayores que lo que hubiera supuesto algunos de los derechos corregidos por el TC. Nos referimos en concreto al artículo 13 que limita el acceso a las ayudas en materia de vivienda en la mismas condiciones que los españoles solo a los extranjeros con residencia permanente. Lo cual significa que para el resto de extranjeros residentes se podrá limitar dicho acceso a las ayudas. Cuando la vivienda resulta ser uno de los elementos más importantes que se resalta en cualquier plan de integración, esta limitación resulta contradictoria con dichos principios. No obstante y en un plano más general la propuesta está en la línea marcada desde hace varios años respecto a la limitación de la población extranjera a la prestaciones y ayudas sociales. En este sentido, recordar el Real Decreto 1472/2007, de 2 de noviembre, por el que se regula la renta básica de emancipación y donde se exige la residencia legal y permanente de cinco años para acceder a las ayudas destinadas al alquiler de vivienda. No obstante lo anterior, este artículo junto al referido al derecho a la educación dejan abierta la puerta para que las CCAA legislen en materia de acceso



S.O.S. RACISMO

a la vivienda ampliando la posibilidad de acceder a la misma a quienes no tengan la condición de residentes permanentes de larga duración.

Otro derecho que se modifica con la reforma es el de la reagrupación familiar. En líneas generales, se limita la reagrupación del ascendiente para reagrupantes con residencia permanente y reagrupados mayores de 65 años. Como elementos positivos está la posibilidad de reagrupar a la pareja de hecho y que el descendiente mayor de 16 años y la mujer reagrupada puedan obtener una autorización de trabajo. La repercusión práctica de esta limitación resulta escasa pues en la actualidad existía una “norma no escrita” que denegaba de manera casi sistemática la reagrupación de ascendientes menores de 65 años. Por otro lado, las reformas que se propongan en este ámbito tendrán como límite normativo la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar que tras un largo proceso de elaboración acordó una norma de mínimos que incluso fue recurrida por el parlamento Europea al entender que no se garantizaba el ejercicio del derecho a la reagrupación. Así pues, se traspone al derecho interno lo más restrictivo de la Directiva en un tema que según las estadísticas afectaba a muy pocas personas. Mencionar a este respecto que según se recoge en el Anuario de Inmigración 2008 de CIDOB, más de dos tercios de las reagrupaciones concedidas en el 2007 se referían a hijos/as y el tercio restante se repartía entre cónyuges y en menor medida ascendientes, (pag. 126 del Informe). No obstante y al margen de consideraciones jurídicas, si bien la práctica ya limitaba la reagrupación del ascendiente, su reflejo normativa es otra contradicción con la política de conciliación de la vida familiar y laboral o la política destinada a las personas mayores que impulsa el gobierno. Al fin y al cabo, se impide que los abuelos y abuelas puedan relacionarse con sus nietos, incluso los cuiden mientras trabajan los padres

El artículo 9 por su parte garantiza el derecho a la educación. En una interpretación extensiva de la STC 236/2007 cabría entender que este derecho no quedaba limitado por la condición de residente. La reforma legislativa no lo ha entendido así y en la medida en que este artículo en la redacción dada por la Ley 8/2000 fue, junto con el referido a la tutela judicial efectiva, los únicos declarados nulos, creemos que la nueva redacción es de dudosa constitucionalidad al limitar el acceso a la educación a las personas irregulares mayores de 18 años. No obstante es importante fijarse en la redacción del artículo cuando dice que *Los extranjeros mayores de dieciocho años que se hallen en España tienen derecho a la educación de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa*, (art. 9.2). El artículo parece abrir la puerta a que las CCAA puedan reconocer para estudiantes en situación irregular derechos superiores a los previstos en la ley incluyendo el reconocimiento a la educación y a las becas.

Los derechos en el ámbito de la protección social han sufrido algunas modificaciones que merecen ser comentadas al recoger los pronunciamientos jurisprudenciales más estrechos en esta materia; nos referimos en concreto al art. 36.5. Las diferentes redacciones que ha tenido el art. 36.3, (equivalente al art.36.5



S.O.S. RACISMO

de la reforma) y el debate suscitado sobre la posibilidad de reconocer el derechos a la cobertura de contingencias no comunes a la persona extranjera irregular se ha ido resolviendo en el sentido de reconocer únicamente las contingencias comunes. En este sentido es importante el Real Decreto 1041/2005, de 5 de septiembre que modifica, entre otras normas, el Reglamento general sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 84/1996, de 26 de enero dando nueva redacción al artículo 42 en el sentido de establecer que los trabajadores por cuenta ajena extranjeros de países que hayan ratificado el Convenio número 19 de la Organización Internacional del Trabajo, de 5 de junio de 1925, que presten sus servicios sin encontrarse legalmente en España y sin autorización para trabajar o documento que acredite la excepción a la obligación de obtenerla, se considerarán incluidos en el sistema español de Seguridad Social y en alta en el régimen que corresponda a los solos efectos de la protección frente a las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Por otro lado, quedaba por resolver otra duda en cuanto al derecho a la prestación por desempleo, existiendo sentencias de Tribunales Superiores de Justicia con pronunciamientos contradictorios al respecto. En este marco encontramos los pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Supremo (STS de 18 de marzo de 2008, RJ 2008/2065 y de 12 de noviembre, de 2008, RJ 2008/5970) y que vienen a unificar criterios en el sentido de negar la prestación de desempleo. En vez de considerar un paso atrás el sentido de estos pronunciamientos y aclarar la oscura redacción del artículo para concretar a qué prestaciones tiene acceso el trabajador en situación irregular, la nueva ley desaprovecha esta oportunidad y se acoge a la jurisprudencia mas restrictiva en este campo.

Otro artículo relacionado con estos derechos de prestación ampliamente criticado por la doctrina ha sido el art. 14 que habla de dos tipos de sujetos: los extranjeros residentes, que tendrían derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos que se ofrezcan en España en igualdad de condiciones que los españoles y todos los extranjeros con independencia de su situación administrativa, que sólo tendrían derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas. La confusión principal estriba en que la ley de Seguridad Social utiliza una terminología diferente y no define qué son prestaciones básicas y específicas. Tampoco las legislaciones autonómicas sobre la materia contribuyen a aclarar el panorama, con lo cual las personas irregulares no acceden en muchas CCAA a prestaciones de carácter básico (renta básica, salario de inserción, etc) como consecuencia de esta indefinición. Y a pesar de las críticas recibidas se mantiene la misma terminología añadiendo que los menores de 18 años con discapacidad al margen de su situación administrativa sí tienen acceso a prestaciones específicas. El motivo esgrimido en las diferentes enmiendas este artículo para incluir a este colectivo era la sangrante situación en la que se encontraban estos menores a quienes no se les reconocía oficialmente su grado de discapacidad por no ser residentes legales. Cabe añadir que estas enmiendas también proponían incluir en este artículo a las mujeres extranjeras irregulares



S.O.S. RACISMO

victimias de violencia de género privadas de acceder a la Renta Activa de Inserción al no poder ser demandantes de empleo por prohibirlo expresamente la Orden TAS/3698/2006, de 22 de noviembre, por la que se regula la inscripción de trabajadores extranjeros no comunitarios en los Servicios Públicos de Empleo y en las Agencias de Colocación, (BOE 291 de 6.12.06). Esta propuesta no ha sido finalmente aceptada y la no aclaración terminológica continua produciendo importantes consecuencias en aspectos tan cruciales como el sancionador. Recordemos que el artículo 57.5 d) dispone que no se aplicará la sanción de expulsión a quienes “...sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral”. En el supuesto concreto de una persona extranjera irregular que se le incoa un expediente de expulsión precisamente por encontrarse en España en situación irregular, el hecho de recibir una prestación social impediría que fuera expulsado. De ahí la importancia en clarificar este derecho dado que en la actualidad, dependiendo de la legislación autonómica la persona extranjera irregular podrá acogerse o no a esta causa de exclusión.

Comentario a parte merece el intento de limitar el acceso a la justicia gratuita, fruto igualmente, de una interpretación que iba más allá de las restricciones impuestas por el Tribunal Supremo. La limitación del derecho a la asistencia jurídica gratuita a las personas extranjeras con residencia legal ya se pretendió introducir en la Ley 11/96 de asistencia jurídica gratuita que fue recurrida por el Defensor del Pueblo. La STC 95/2003 se pronunció en el sentido de declarar inconstitucional esta limitación, de manera que la nueva ley recoge la STC 236/2007 que no hacía sino reoperar su doctrina en este punto. Sin embargo, el gobierno quería dar una vuelta de tuerca al fijar condiciones especiales a las personas extranjeras a la hora de realizar la solicitud de justicia gratuita; en la redacción del proyecto de ley el artículo 22 señalaba que “ *En los procesos contencioso-administrativos, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita requerirá una nueva solicitud y la constancia expresa de la voluntad del extranjero de interponer el recurso o ejercitar la acción correspondiente Cuando el extranjero se encuentre fuera de España, la solicitud del derecho a la asistencia jurídica gratuita y la manifestación de la voluntad de recurrir la resolución administrativa podrán realizarse ante la misión diplomática u oficina consular correspondiente* “. Este artículo fue criticado incluso en el dictamen del Consejo del Poder Judicial que advirtió de su posible inconstitucionalidad. Si hubiera que fijar un antecedente en esta propuesta podremos mencionar un seminario celebrado en el Consejo general del Poder Judicial en octubre de 2006, sobre representación y asistencia jurídica a los extranjeros donde los casos de extranjería seguidos en los Juzgados de lo Contencioso Administrativo (estimados para Madrid en un 80%) se calificaron de “procesos virtuales” alegando que no constaba la voluntad del extranjero de interponer el recurso. A partir de esta premisa el debate se centra en clarificar que la representación ante el Juzgado y la defensa son cuestiones diferentes, de forma que un letrado ejerce el derecho de defensa pero no el de representación. Esta controversia cuenta, de momento con una Sentencia del



S.O.S. RACISMO

Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2008 que niega la facultad de representación al letrado.

Este artículo en su redacción original se mantuvo hasta el final del trámite parlamentario y ha sido modificado en la votación final del texto en el Congreso, de manera que se ha suprimido la exigencia de formular una nueva solicitud de justicia gratuita pero se mantiene la necesidad de manifestar de manera expresa la intención de recurrir y mantiene el apoderamiento a través del consulado si el extranjero se encuentra fuera de España. Las dudas sobre su legalidad se mantienen dado que se exige a la persona extranjera que manifieste expresamente si va a recurrir o a “interponer la acción correspondiente”, instaurando un requisito no previsto para las personas no extranjeras. Según se puede leer en una Instrucción de la Dirección General de Policía, Comisaría General de Extranjería de fecha 12.12.09, el momento en el que se debe realizar esta manifestación es en la ejecución del expediente sancionador, algo totalmente contrario al derecho de defensa dado que la expulsión por lo general no es inmediata, de manera que en la fase de ejecución no es preceptiva la presencia de letrado/a originándose una situación de grave indefensión ya que el letrado asignado no tendrá conocimiento de que se ha llevado a cabo la expulsión y además no sabrá si la persona extranjera manifestó su intención de recurrir la sanción.

Al hilo de lo anterior y respecto al otorgamiento de representación en el exterior, la Ley continúa sin querer reconocer las dificultades prácticas que supone para una persona extranjera y para su letrado realizar este apoderamiento ignora cuál es la situación actual de embajadas y consulados en el extranjero. Entre la posibilidad teórica que ofrece la Convención de Viena sobre relaciones consulares o el propio Reglamento Notarial para que el cónsul pueda otorgar un apoderamiento y la práctica diaria existe un abismo. Por no hablar de los países donde sencillamente no hay representación diplomática. Que el gobierno haya atendido esta reclamación del estamento judicial y se conforme con el reconocimiento formal de un derecho que en la práctica es imposible llevar a cabo denota una deliberada actitud por desconocer la realidad en favor de la disminución del volumen de asuntos aunque el mismo se haga en detrimento de las garantías jurídicas del demandante.

Por último debemos apuntar algunos avances en cuestión de reconocimiento de derechos. En materia de reagrupación es importante el reconocimiento de la pareja de hecho como reagrupable, (art. 17.4) si bien queda el temor de no poderlo llevar a la práctica argumentando similares motivos a los aducidos en el Real Decreto 240/2007 de familiares de comunitarios al hilo de las Instrucciones DGI/SGR/03/2007 que señalan que los diferentes Registros autonómicos y municipales existentes en España no serán válidos a los efectos del reconocimiento de la pareja de hecho. Es asimismo importante la previsión del art. 19.1 de que la autorización de residencia del cónyuge y del descendiente en edad laboral habilite para trabajar sin tener que pedir la autorización expresa para ello. Resaltar también la previsión de desarrollo reglamentario que hace la Disposición Adicional



S.O.S. RACISMO

Segunda para facilitar la reagrupación de familiares de españoles. Y finalmente es importante también el reconocimiento expreso del art. 10.2 sobre el acceso al empleo público aunque sea como recordatorio ante tantas bases de provisión de puestos en la administración para empleados laborales que siguen restringiendo el acceso a las personas extranjeras debido probablemente a malas prácticas administrativas.

Para finalizar con este bloque haremos una referencia a las garantías, cuestión ésta ligada de manera inexorable a los derechos. Destacamos por ejemplo el avance que supone el que la denegación del visado de estancia deba ser motivada aunque hay que puntualizar que la nueva redacción del art. 27.6 y del Apartado 2 de la Disposición Adicional Tercera viene motivada por la necesidad de adaptarse al Reglamento 810/2009 por el que se regula el Código de Visados. Por el contrario, la ampliación de supuestos de inadmisión a trámite para las solicitudes de visado de estancia, (Disposición Adicional Cuarta Apartado 2) lejos de suponer mayores garantías incrementa de maneja injustificada supuesto de inadmisión a los que se contienen como regla general en la Ley de Procedimiento Administrativo. No obstante, el apartado 1. d) de esta Disposición Cuarta sirve para fundamentar la revocación de un expediente de expulsión en solicitudes de permiso por arraigo, violencia doméstica o trata de seres humanos. Se mejora la redacción de la Disposición Adicional Sexta incluyendo la cláusula de respeto a los derechos humanos en las readmisiones. Supone una mejora en las garantías que la Disposición Adicional Cuarta de la Ley aclare las funciones de los Juzgados de Instrucción respecto al internamiento.



S.O.S. RACISMO

5 MUJERES VICTIMAS DE VIOLENCIA DOMESTICA MENORES EN DESAMPARO VICTIMAS DE TRATA DE SERES HUMANOS

El reconocimiento de derechos a determinados colectivos, (menores, mujeres víctimas de violencia de género y mujeres víctimas de trata) ofrece un balance igualmente contradictorio, con algunos avances pero también con retrocesos, en especial en lo relativo a menores.

Comencemos por este último grupo. El nuevo art. 35 comienza exponiendo la intención del Gobierno de promover *el establecimiento de Acuerdos de colaboración con los países de origen que contemplen, integradamente, la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de los menores no acompañados.* Aunque algunos grupos parlamentarios en el trámite de enmiendas proponían la supresión de este párrafo por considerarlo reiterativo, creemos que su ubicación es muy significativa. Supone toda una declaración de intenciones en el sentido de reafirmar la intención del gobierno de evitar por todos los miedos el flujo migratorio de menores y equipararlo ya de forma explícita en tratamiento a los mayores y por tanto a la pura y dura política de extranjería: control y repatriaciones. A finales de 2006 y a principios de 2007, el gobierno de España cerró acuerdos de readmisión para menores extranjeros no acompañados con Rumania (BOE núm. 195, de 16 de



S.O.S. RACISMO

agosto de 2006), Senegal ((BOCG núm. 371, de 20 de abril de 2007) y Marruecos, (BOCG Serie A, núm. 429, de 14 de septiembre de 2007). El acuerdo con Marruecos está pendiente de ser ratificado, mientras que el de Senegal entró en vigor en julio de 2008. Según el Informe de Human Rights Watch “Retornos a cualquier precio”, en Marruecos se contabilizaban 6 centros. La construcción de dos centros de acogida y unos pisos fue financiada por las comunidades autónomas de Madrid y Cataluña y la Comunidad Autónoma de Andalucía tiene planes para construir otras instalaciones, (pag. 10 del Informe). El pasado mes de octubre la prensa anunciaba la apertura de otros dos centros más en Nador y Beni Mellal. El segundo punto de este artículo se reserva a dar protagonismo a las CCAA facultándoles para 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”. Sin perfilar el alcance real de esta facultad dado que las CCAA tienen vedada la adopción de acuerdos internacionales, la ubicación de este párrafo refuerza la idea anterior de primar la contención del flujo en el país de origen.

Las anteriores propuestas son consecuencia de las dificultades que en la práctica entraña la repatriación de menores. Basta echar un vistazo a las estadísticas que por ejemplo ofrece a este respecto la Memoria del Fiscal General del Estado donde se constata que en el año 2008, según datos remitidos por la Comisaría General de Extranjería y Fronteras se pudieron llevar a cabo exactamente diez repatriaciones: un menor chileno, uno de los EE.UU., otro de Argentina, otro niño Guineano Ecuatoriano y, el resto de Rumania, (pag. 737 del Informe, VOL I, CAP III); ninguna de las repatriaciones corresponde a menores de África subsahariana o Magreb.

Este extenso artículo 35 mejora el anterior al reconocer el derecho a ser oído el menor de 18 y mayor de 16 años en los casos de repatriación y el derecho de defensa, consecuencia todo ello de una gran cantidad 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 nº. 3319/2007). El punto 7 mantiene una redacción similar al anterior respecto al carácter de residencia legal a todos los efectos del menor tutelado y el otorgamiento del permiso de residencia. A este respecto hubiera sido deseable plasmar esta autorización de residencia en términos de obligación, lo cual zanjaría muchos problemas que se dan en la práctica. Asimismo queda para el desarrollo reglamentario el plazo en el que se otorga este permiso que actualmente es de nueve meses. Recordar a este respecto lo que ha señalado la Fiscal de Sala de Menores en un oficio de 24 de abril de 2008 recogido en la Memoria Anual antes citada, (pag. 739/ en el sentido de otorgar este permiso *sin esperar de forma automática, al transcurso del plazo de nueve meses previsto en el artículo 92.5 del Reglamento, que debería operar como límite máximo y no como término «a quo.*

Se observa con especial preocupación los requisitos para la renovación del permiso que si bien se difiere a su desarrollo reglamentario la ley anuncia la necesidad de



S.O.S. RACISMO

emitir informes positivos sobre los siguientes aspectos: esfuerzo de integración, la continuidad de la formación o estudios que se estuvieran realizando y su incorporación, efectiva o potencial, al mercado de trabajo. Por otro lado se indica que reglamentariamente se determinarán las condiciones que habrán de cumplir los menores tutelados que dispongan de autorización de residencia y alcancen la mayoría de edad para renovar su autorización o acceder a una autorización de residencia y trabajo. En definitiva, de la redacción del artículo parece desprenderse la interrupción de la autorización de residencia del menor al llegar a la mayoría de edad y la continuación de esta u otra autorización que se concedería cumpliendo determinadas condiciones. Este planteamiento deja en manos del ente tutelante decidir sobre la continuación en situación de residencia regular de menores que dejan de estar tutelados; Otorga en definitiva una competencia absolutamente exorbitante y que se presta a utilizar la concesión del permiso de residencia como premio/castigo y no como el reconocimiento de un verdadero derecho. Los diferentes informes del Defensor del Pueblo dan cuenta de la problemática que desde el ámbito legal encierra la practica diaria con actuaciones dispares de las subdelegaciones de gobierno a la hora de fijar criterios con la renovación de los permisos cuando se alcanza la mayoría de edad, de manera que la ley aprobada, lejos de aclarar un asunto que hoy en día es objeto de discusión, lo complica aún más, suponiendo una vuelta más de tuerca a una realidad que ya en la práctica deja en la irregularidad muchos extutelados puesto que con un permiso de un año en el mejor de los casos es fácil perder la residencia. Por último está la necesidad de tener una autorización de residencia que facilite la integración del menor en la sociedad una vez alcance la mayoría de edad, de lo contrario, la enorme cantidad de recursos invertidos en la preparación de estos menores a la emancipación no servirá de nada.

Cerramos el tema de menores con otra novedad importante referida a la posibilidad de atribuir la tutela a ONGs, fundaciones o entidades dedicadas a la protección de menores. Desconocemos 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. De entrada resulta contrario al principio de igualdad que el ejercicio de la tutela por una entidad privada solo se prevea para menores extranjeros. Por otro lado, no todas las competencias que ejerce la administración pueden transferirse, (la ley no aclara si estamos ante una encomienda de gestión); en fin, que este nuevo artículo confunde la tutela y la guarda, privatiza el ejercicio de la tutela aunque suponemos que nunca podrá privatizar su constitución y su extinción que siempre requerirá de un acto administrativo y añade confusión e inseguridad jurídica a la situación en la que puedan encontrarse los menores, contribuyendo al mantenimiento de situaciones irregulares de menores a los que no se les otorga la tutela o se les extingue la misma sin causas legalmente justificadas. Las referencias del apartado 12 a acuerdos entre CCAA para asumir la tutela supone un acercamiento a la realidad de este fenómeno que conlleva una extraordinaria movilidad de los menores por diferentes provincias. Otra cosa es que los acuerdos se firmen en beneficio del menor o se planteen en la línea sugerida por el grupo nacionalista vasco que proponía una especie de cupos de menores para su distribución en el



S.O.S. RACISMO

estado y cuyo rechazo motivó su negativa a probar el texto legal tras haberlo apoyado en su tramitación parlamentaria.

Respecto al tema de la mujer inmigrante víctima de violencia de género, se aprecia en los últimos años un tratamiento específico de esta problemática que tiene su correspondencia en la aprobación en el Consejo de Ministros el día 9 de enero de 2009 del “Plan de atención y prevención de la violencia de género en población extranjera inmigrante 2009-2012”. Y ciertamente las cifras que este Plan y otros estudios reflejan dan cuenta de una sobre-representación de la mujer inmigrante en las estadísticas de denuncias y sobre todo de mujeres fallecidas. Recordemos a este respecto que según datos de la Memoria del Fiscal General del Estado correspondiente al año 2008 cifra en 74 las mujeres fallecidas de las cuales 39 eran extranjeras. Por otro lado, mientras se aprecia una disminución del porcentaje de víctimas españolas, que ha descendido desde el 77'1% en 2004 al 55'7% en 2008, el porcentaje de víctimas extranjeras en esos años ha pasado del 22'9% al 44'3%. Estas cifras ofrecen de manera objetiva una sobre representación de la mujer inmigrante en las estadísticas referidas a víctimas de violencia de género si tenemos en cuenta que la población extranjera supina en 2008 el 11,3% respecto a la población total. Sin embargo, estos datos tampoco deben impulsar un movimiento pendular que incida de manera excesiva en el componente inmigrante con el consiguiente riesgo de “etnificar” un problema estructural y a la vez cuyo punto de partida es la desigualdad entre hombres y mujeres. Y por estas razones la solución no puede venir (al menos no únicamente) de la normativa sobre extranjería.

En todo caso, la respuesta que desde la Ley de Extranjería se ha dado a este problema comienza con la Ley 14/2003 de 20 de noviembre que modifica el art. 19 para que la mujer víctima de violencia de género que estuviera reagrupada pudiera optar a un permiso independiente, para lo cual debía aportar medios económicos. Por otro lado, el art. 45.4 del Reglamento de Extranjería contempla una autorización por circunstancias humanitarias, incluyendo los supuestos de las víctimas de conductas violentas ejercidas en el entorno familiar. La solicitud se puede presentar con la orden de protección, pero solo se concederá la autorización cuando haya recaído la sentencia. El panorama normativo a la reforma de la ley se completaba con las Instrucciones DGI/SGRJ/05/2008, en relación con los supuestos de personas extranjeras que haya sido víctimas de determinados delitos, incluidos los de conducta violenta ejercida en el entorno familiar ó de violencia de género y la Instrucción número 14/2005, de la Secretaría de Estado de Seguridad, sobre actuación de dependencias policiales en relación con mujeres extranjeras víctimas de violencia doméstica o de género en situación administrativa irregular. Esta última Instrucción que se promulga precisamente en desarrollo de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género lo que viene a decir es que tras la denuncia interpuesta por una mujer inmigrante en situación irregular se inician Actuaciones Previas a las que le siguen un Acuerdo de Iniciación de expediente sancionador que continuará con la incoación de dicho expediente si no se adopta medida de alejamiento o se



S.O.S. RACISMO

suspenderá por el plazo de un mes si tal medida es adoptada. Durante ese mes la persona extranjera debe solicitar la autorización de residencia por circunstancias excepcionales; si se la conceden se reactiva el expediente que termina con una multa en lugar de expulsión. Si la mujer extranjera no solicita la autorización se levanta la suspensión del expediente que continuará con propuesta de expulsión.

Esta Instrucción que no era aplicada en muchas provincias por ser poco efectiva y disuadir a las mujeres extranjeras irregulares de denunciar malos tratos parecía destinada a desaparecer. De hecho, recordemos que en una entrevista concedida a Europa Press el 16 de marzo de 2009 la ministra de Igualdad, Bibiana Aído, confiaba en que la reforma de la Ley de Extranjería *acabe por animar a las mujeres inmigrantes víctimas de violencia de género a denunciar, ya que con el nuevo texto "quedaría derogada" la instrucción del Ministerio del Interior por la que se incoa expediente de expulsión a todo aquel que estando en situación irregular se acerque a una comisaría a presentar denuncia*. Pues bien, la actual reintroduce un artículo 31. bis que regula el supuesto específico de mujeres en situación irregular. Y comienza dando por hecho que a la persona extranjera se le incoa un expediente sancionador por estancia irregular, (art. 53.1 a) de la Ley), si bien el mismo queda en suspenso hasta la resolución del procedimiento penal. A partir de aquí la regulación es muy similar a la recogida en la Instrucción 14/2005 de 29 de Julio. La novedad estriba en que se concede autorización de trabajo sin necesidad de aportar oferta. Asimismo destacar que según se señala en el siguiente párrafo, *Sin perjuicio de lo anterior, la autoridad competente para otorgar la autorización por circunstancias excepcionales podrá conceder una autorización provisional de residencia y trabajo a favor de la mujer extranjera*. Queda por lo tanto la posibilidad de conceder esta autorización de manera provisional sin esperar a la sentencia. Por último, si se produce una sentencia condenatoria se concede la autorización y si no se hubiera solicitado se informará sobre ello. Pero cuando del procedimiento penal concluido no pudiera deducirse la situación de violencia de género, continuará el expediente administrativo sancionador inicialmente suspendido.

En resumen, se avanza en el otorgamiento de una autorización de trabajo y residencia pero se retrocede en el desarrollo del tratamiento de la mujer extranjera en situación irregular. A partir de ahora se impone la aplicación de la apertura de un expediente sancionador, si bien es cierto que el mismo no debe ser necesariamente la expulsión, por el contrario, lo más probable es que se trate de una multa. No obstante es importante destacar que en el trámite parlamentario se presentaron hasta 23 enmiendas que abogaban por suprimir el expediente sancionador. Otra cuestión objeto de enmiendas que no ha sido atendida es la señalada a la hora de hablar de los derechos. Nos referimos al art. 14 que al no incluir a las mujeres extranjeras irregulares víctimas de violencia de género se les excluye de poder acceder a la Renta Activa de Inserción, una prestación económica dirigida específicamente a este colectivo y que la no poder figurar como demandantes de empleo por mandato de la Orden TAS/3698/2006 se ven privadas de esta prestación. Así pues, la nueva ley no ha resuelto el problema



S.O.S. RACISMO

preocupante cual es que una mujer inmigrante víctima de violencia de género es, por este orden, primero inmigrante y luego víctima.

Respecto al tráfico de personas, las novedades del proyecto de Ley son consecuencia principalmente de la transposición de la Directiva 2004/81/CE del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes. De esta manera, al artículo 59 referido a la colaboración con redes organizadas que es modificado también en este proyecto, se le añade un artículo 59 bis específico sobre “Víctimas de trata de seres humanos”. Este artículo ha sido añadido por el Grupo Socialista y recoge algunas cuestiones planteadas por otros Grupos que habían enmendado el artículo 59. A modo de valoración de este extenso artículo diremos que mantiene un esquema similar al señalado para el art. 31 bis, es decir, el punto de partida es la incoación de un expediente sancionador y deja en manos de la “autoridad competente” declarar a la víctima exenta de responsabilidad administrativa facilitándole un permiso de residencia y trabajo siempre que se de alguno de estos supuestos: cuando lo considere necesario a causa de su cooperación para los fines de investigación o de las acciones penales, o en atención a su situación personal, y facilidades para su integración social. En el primero de los supuestos estaríamos ante la necesidad de denunciar al traficante aunque no se diga de manera expresa de esta manera y el segundo de los motivos resulta más difícil definirlo dada su ambigüedad, su falta de concreción y sobre todo porque no figura entre los criterios fijados en el artículo 8 de la Directiva 2004/81 para expedir este permiso.

Por otro lado, el periodo de reflexión que recoge el proyecto de Ley tiene por finalidad conocer si la víctima desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el procedimiento penal. Sin embargo, el artículo 6.1 de la Directiva habla de *un periodo de reflexión que les permita recuperarse y librarse de la influencia de los autores de los delitos, de forma que puedan decidir con conocimiento de causa si cooperan con las autoridades competentes*. Incluir la parte que falta en la transposición referida a “librarse de la influencia de los autores de los delitos” tiene efectos muy importantes si tenemos en cuenta que este tipo de redes tiene un poder de coacción y amenaza que puede llegar hasta las familias del país de origen. Destacar por último que en ningún caso la Directiva obliga al estado a la invocación de un expediente de expulsión, de manera que estamos como en el caso de las mujeres víctimas de violencia doméstica ante un procedimiento sancionador absolutamente prescindible.

El Tráfico de personas con el propósito de explotación sexual. constituye una manifestación más de la situación de desigualdad en la que se encuentran las mujeres en muchos lugares del mundo y supone una clara expresión de la violencia de género. Es por lo tanto urgente y necesario dotar de una perspectiva de género a este tipo de violencia que se ejerce contra las mujeres aunque sea fuera del ámbito doméstico y fijar pautas de actuación a través de los correspondientes



S.O.S. RACISMO

protocolos, con especial incidencia en el tema de la protección. Recordemos que hasta el Fiscal General del estado reconoce que la actual Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección de testigos resulta insuficiente para afrontar un problema tan complejo como es el de las redes internacionales de prostitución forzada.



S.O.S. RACISMO

6 LOS TIPOS DE AUTORIZACIÓN

Sobre los diferentes tipos de permiso y la manera de obtenerlos, esta nueva ley crea nuevas autorizaciones e incluye a las Comunidades Autónomas en la concesión de permisos iniciales. Con todo ello el sistema de permisos es más complejo y sobre todo se amplía la distancia entre un grupo de inmigrantes “escogidos”, (trabajadores altamente cualificados, investigadores, etc) frente a otro grupo de inmigrantes “no deseados”, (irregulares, extranjeros que no superen el “esfuerzo de integración”, etc).

La anterior confrontación puesta en práctica por el presidente francés Nicolas Sarkozy y su modelo de “immigration choisie” que fue plasmado en el mencionado Pacto Europeo de Inmigración y Asilo es recogido por esta nueva ley de la mano de la transposición de diversas directivas europeas. Y el resultado es ciertamente de una extrema complejidad.

En primer lugar, el antiguo poseedor de una autorización permanente pasa a ser residencia de larga duración, (art. 32) por aplicación de la Directiva 2003/109. Si



comparamos los efectos del hasta ahora vigente permiso permanente y el nuevo permiso de larga duración,, lo cierto es que apenas existen diferencias que incline a pensar que se mejora la situación anterior. Señalar que en la medida en que esta autorización trae causa de la transposición de una directiva que crea “ex novo” esta autorización, con ello se aclara el debate existente hasta ahora de considerar si la autorización permanente era una renovación de una autorización anterior, (en concreto la 2ª renovación) o bien se trata de una autorización nueva. Poco más cabe decir de un artículo que condiciona la práctica totalidad de su contenido al posterior desarrollo reglamentario.

La situación del estudiante se remite en bloque a la transposición de la Directiva 2004/114 y su reflejo en el art. 33. Pendiente de un desarrollo reglamentario, cabe decir que el artículo de la ley no recoge todos los supuestos de la Directiva ni emplea la misma diferenciación terminológica. 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. Asimismo, cuando la Ley habla de “prácticas” la Directiva se refiere a “aprendiz no remunerado”. En todo caso lo que no va a poder suplir el reglamento es la injustificada discriminación que sufrirán los estudiantes al otorgarles un visado de estancia y no de residencia, en contra de lo señalado a este respecto expresamente en la Directiva. Los perjuicios que se derivan del no reconocimiento de la situación de residencia son evidentes dado que la estancia no computa a efectos de contabilizar el tiempo necesario de permanencia para adquisición de la nacionalidad o la adquisición de la condición de residente de larga duración. En fin, que si no se da solución a este tema va a tener que ser el TJCE mediante el planteamiento de una cuestión prejudicial quien finalmente dé solución al problema. Unido a la condición de estudiante pero con un régimen singular es el del investigador que se recoge en el art. 38 bis como consecuencia de la transposición de la Directiva 2005/71 y que en parte ya fue desarrollada mediante la Resolución de 28 de febrero de 2007, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se disponía la publicación del “Acuerdo de Consejo de Ministros, de 16 de febrero de 2007, por el que se aprueban las Instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar la entrada, residencia y trabajo en España, de extranjeros en cuya actividad profesional concurren razones de interés económico, social o laboral, o relativas a la realización de trabajos de investigación y desarrollo, o docentes, que requieran alta cualificación, o de actuaciones artísticas de especial interés cultural” (BOE nº 65 de 16.03.07).

Tras los estudiantes y los investigadores, la nueva Ley incluye la figura del profesional altamente cualificado, (art. 38 ter) como consecuencia de la transposición de la Directiva 2009/50. Según la ley: *Se considerará profesional altamente cualificado a los efectos de este artículo a quienes acrediten calificaciones de enseñanza superior o, excepcionalmente, tenga un mínimo de cinco años de experiencia profesional que pueda considerarse equiparable, en los términos que se determinen reglamentariamente.* No obstante, el art. 5 de la Directiva añade unas



S.O.S. RACISMO

condiciones de admisión referidas a salario, seguro, etc. que complican la definición anterior. En todo caso las facilidades que se otorga al portador de la tarjeta azul UE indican que se trata de un perfil de inmigrante que queda al margen de la política de control de flujos que predomina el resto de inmigrantes trabajadores. Destacan dos limitaciones: la posibilidad de aplicar la situación nacional de empleo, (que en la Directiva se fija en un plazo máximo de dos años) y la *“necesidad de proteger la suficiencia de recursos humanos en el país de origen del extranjero”*. Ni la Directiva ni probablemente el reglamento van a fijar los criterios en base a los cuales podrá denegarse una tarjeta azul invocando este motivo. 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.

En resumen, la nueva ley viene a aumentar más si cabe las diferentes categorías de inmigrantes. Si la Ley 4/2000 en su original redacción introdujo el elemento del empadornamiento para establecer diferentes tipos de inmigrantes en función de su acceso a determinados derechos, la Ley 2/2009 continúa en esta línea al albur de la transposición de determinadas directivas europeas. El efecto final de todo esto no es solo la multiplicación de visados y procedimientos para su obtención sino 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. Fuera del catálogo, invisible a los ojos de la ley pero absolutamente presente en la vida diaria queda el inmigrante irregular. Con esta multiplicación de categorías definimos a la persona inmigrante por su utilidad, la despojamos de su condición de persona (nada más y nada menos) y preparamos el terreno para la competitividad entre estas diferentes categorías.



S.O.S. RACISMO

7 MODALIDADES DE CONTRATACIÓN

La migración ordenada sigue siendo el sistema ideado para venir a trabajar. Sin embargo, la realidad nos habla de una migración desordenada que el gobierno se niega a reconocer y mucho menos a recoger en una en una ley política de inmigración, Admitir esta realidad supone admitir que la ley deviene en un instrumento inservible para regular los flujos y los mecanismos legales de control y contratación se convierten en ficciones jurídicas totalmente superadas por la realidad, fomentando en la práctica la irregularidad y la explotación laboral.

La respuesta de la Ley a este panorama es el mantenimiento de mecanismos ajenos a la realidad que coexisten entre ellos si bien la ley va apuntando sus preferencias. Por lo tanto es posible establecer una escala de cuales son los mecanismos de contratación de la ley en función de las facilidades para que las personas extranjeras vengan a trabajar a este país. En el primer nivel estaría la tarjeta azul UE y el visado para investigadores. Ahora bien, un breve vistazo al mercado laboral nos indica que el grueso de la población inmigrante en este país ocupa puestos de trabajo de baja o media cualificación. A lo anterior se añade una elevada concentración relativa de la afiliación extranjera en unas pocas ramas productivas (agricultura, hostelería, construcción y transporte terrestre) con el consiguiente



S.O.S. RACISMO

peligro de etnificación de determinadas actividades. Junta a la baja calidad de los empleos y su concentración se añade otra característica relativa a la gran movilidad. El Colectivo IOE en su estudio “Inmigrantes, nuevos ciudadanos” (2008 pag. 71) describe el siguiente proceso: la movilidad laboral de los extranjeros desde ciertos nichos iniciales (jornalero agrícola, empleada doméstica) y un mantenimiento de otros (construcción y hostelería), hacia una mayor variedad de empleos en los servicios y la industria. Sin embargo, este empleo normalizado debe superar las dificultades del trabajo irregular y condiciones de trabajo inferiores. A los escollos anteriores nosotros añadimos la limitación geográfica y de empleo de la autorización de trabajo inicial. Analizado desde la perspectiva europeo de búsqueda de una estrategia global de empleo, la tarjeta azul UE tampoco parece resolver todos los problemas. Destacamos a este respecto un reciente informe del Comité Económico y Social Europeo, “SOC/346 Nuevas Capacidades para Nuevos Empleos” de 4 de noviembre de 2009 que en un ejercicio poco común de claridad y realismo viene a decir lo siguiente, (ap. 5.4): *El nuevo enfoque de la UE en materia de inmigración económica de terceros países y el flujo de cerebros de otras partes del mundo sólo constituyen remedios temporales. Con el tiempo será posible decir si la introducción de la tarjeta azul ayudará a Europa en su batalla por atraer cerebros. En la actualidad, Europa aprovecha tan sólo el 2 % de trabajadores altamente cualificados procedentes de terceros países.*

El segundo mecanismo de contratación contemplado en la ley lo constituye el régimen general y los cupos. Son los dos sistemas tradicionales de entrada de trabajadores que en la nueva ley se mantienen con algunas modificaciones.

En cuanto al régimen general regulado en el art. 38 se describe como un sistema de contratación subsidiario del regulado en el art. 39; se dice que “se basará en la solicitud de cobertura de un puesto vacante, presentada por un empresario o empleador ante la autoridad competente”, de manera que se restringe este tipo de contratación a cubrir vacantes que a su vez sean actividades de las contempladas en el catálogo de Actividades de Dificil Cobertura. Catálogo en cuya elaboración participan las CCAA, algunas con competencia para otorgar permisos iniciales de trabajo, de manera que las actividades del Catálogo podrán reducirse aún más, sobre todo en las CCAA con competencia para otorgar permisos iniciales. A parte de los requisitos de temporalidad de la oferta, (un año) absolutamente alejados de la dinámica laboral del mercado de trabajo de este país, el sistema general tiene otras dificultades añadidas como son el tiempo que se tarda en resolver la solicitud o la caótica situación de algunos consulados, (Marruecos, Colombia, Pakistán, etc) que pueden alargar este proceso hasta más de medio año. Y sobre todo destaca el hecho de que en la práctica diaria lo que ocurre es que en la mayoría de casos las personas que vienen desde su país de origen con un permiso han estado previamente de manera irregular hasta que la relación laboral se asienta y se dispone del dinero suficiente para realizar los trámites en el país de origen; la realidad es que muy pocas personas estarían dispuestas a contratar una empleada de hogar para cuidar a sus padres si previamente no se establece una mínima relación de confianza. En consecuencia, la Ley de Extranjería crea una ficción



jurídica, (el régimen general) que no se corresponde con la realidad. Resulta sorprendente que ninguna de las encuestas y estudios sobre flujos migratorios se hayan ocupado de preguntar al inmigrante que viene de su país con un permiso si previamente estuvo aquí de manera irregular.

Es importante destacar igualmente una de las consecuencias de la actuación de las CCAA en el otorgamiento de permisos que se traduce en que la autorización por cuenta propia que hasta ahora no tenía ninguna limitación geográfica y de empleo, se limita a un ámbito geográfico no superior al de una Comunidad Autónoma, y a un sector de actividad (art. 37.2). Otra dificultad a añadir en un contexto de crisis económica que hace más incomprensible si cabe este tipo de limitaciones.

Junto al régimen general está el cupo que ahora se llama “Gestión colectiva de contrataciones en origen”, (art. 39). Desde el año 1993 hasta el año 2000 se puede decir que el contingente o cupo funcionó como un mecanismo de regularización para inmigrantes que se encontraban aquí. Desde la reforma de la Ley de Extranjería, (Ley 8/2000) sólo podían acceder al contingente las personas que se encontraran en sus países de origen. El desarrollo de este mecanismo es desigual; así por ejemplo, el contingente del 2003 solo fue cubierto en un 33% y por el contrario la demanda de trabajos de temporada superó ampliamente la oferta. En general, el contingente cubre una parte pequeña de la contratación total de inmigrantes: (el contingente para el 2008 es de 15.731 puesto de trabajo mientras que en el año 2007 el número de ocupados extranjeros tiene un crecimiento de 285.200 respecto al cuarto trimestre de 2006). Hasta ahora ha sido utilizado por grandes empresas que se desplazan a los países de procedencia a preseleccionar a sus trabajadores y la actual ley refuerza este aspecto introduciendo a las CCAA con un papel activo que podrá abarcar incluso el establecimiento de agencias propias de colocación. La contratación a través del contingente y la de trabajos de temporada, (art. 42) se circunscribe a aquellos *países con los que España haya firmado acuerdos sobre regulación de flujos migratorios*. Delimitar cuales son estos países no resulta tarea fácil debido a los diferentes tipos de acuerdos que existen sobre el particular. Así tenemos acuerdos estrictamente de readmisión, (Marruecos, Argelia, Guinea Bissau y Mauritania); acuerdos formados tras el Plan GRECO que contemplan el tema de las contrataciones, (Colombia, Marruecos, república Dominicana y Ecuador) y acuerdos llamados “de nueva generación” que tratan de manera conjunta el control de flujos, la ayuda al desarrollo y el mercado de trabajo, (Gambia, Guinea Conakry, Mauritania, Malí, Cabo verde y Níger). Existen por último “memorandos de entendimiento” y declaraciones de intenciones con países como Senegal, Filipinas y El Salvador. A este grupo de países añadimos los que han suscrito acuerdos con la Unión Europea que a diferencia de estos últimos se centran en la readmisión aunque no por ello deja de ser países a los que se refiere el mencionado art. 39. Hasta la fecha, la Unión Europea ha firmado once acuerdos de readmisión con terceros países (Hong Kong, Sri Lanka, Macao, Albania, Rusia, Ucrania, Bosnia y Herzegovina, Montenegro, la Antigua República Yugoslava de Macedonia, Serbia y Moldova) y próximamente suscribirá el duodécimo con Pakistán.



S.O.S. RACISMO

Mención a parte merece el visado de búsqueda de empleo que sigue manteniéndose con las limitaciones conocidas de estar dirigido exclusivamente a hijos o nietos de españoles de origen y para determinadas ocupaciones, (art. 39.1) Sin ser la panacea, creemos que este es un permiso absolutamente desaprovechado que debería extenderse a cualquier persona extranjera arbitrando un mecanismo de entrada en el país sin contrato para, otorgando un tiempo prudencial para la búsqueda de un trabajo. Creemos que este sistema se acerca mucha más a la realidad del flujo migratorio que la contratación en origen.

En tercer lugar tenemos un sistema de contratación que en la ley no es considerado como tal, que ocuparía el último lugar en cuanto que es el menos deseable de los sistemas, nos referimos a las vías de regularización a través de autorizaciones por circunstancias excepcionales, (art. 31) que a penas sufren variaciones en su configuración legal a la espera de su desarrollo reglamentario y destacando por ser la más utilizada la vía del arraigo social. A la espera de lo que establezca el reglamento respecto a los años de estancia necesarios para acceder a este tipo de permiso y a ver si se fija algún tipo de limitación geográfica o de actividad, lo que viene a decir la nueva ley es que el informe de inserción a realizar por las CCAA o por los entes locales se amplía a todas las solicitudes, (actualmente quedaban excluidos quienes tuvieran un familiar directo en situación regular). En definitiva, ese sistema de contratación que no se reconoce como tal es la puerta de atrás para miles de personas que ante el actual bloqueo del régimen general quedan abocados a una citación de irregularidad durante, al menos tres años en un perverso juego del gato y el ratón con la Brigada de Extranjería. Y si finalmente consiguen llegar a los tres años de estancia irregular y contar con un precontrato de un año de duración, podrá solicitar un permiso a través del llamado arraigo social, un mecanismo que exime volver al país de origen a solicitar el permiso. Si la contratación en origen debe ser la regla general y el sistema de arraigo la medida excepcional la actual configuración legal supone la Ley de Extranjería al revés y el incumplimiento de uno de los pilares en que dice descansar la política del gobierno, el de la pretendida migración ordenada. Esta última consideración es ilustrativa de la gran diferencia que existe entre los mecanismos de contratación de la ley dirigidos a la inmigración ordenada y los flujos migratorios que se producen realmente y que resultan ser muy poco ordenados. Una constatación empírica de esta afirmación la ofrece la ofrece el propio gobierno. Efectivamente, en 2007 el INE realizó la primera Encuesta Nacional de Inmigrantes (ENI). Se trata de una novedosa fuente de información que permite abordar las experiencias migratorias en nuestro país a través de variables como el lugar de origen, la trayectoria migratoria de familiares y amigos, la vivienda, el trabajo, etc. Según esta encuesta, los principales motivos de su llegada a España son la mejora de la calidad de vida y las condiciones de empleo así como la reagrupación familiar. La mayoría de los inmigrantes (dos terceras partes) llegan a España utilizando como medio de transporte el avión, seguido de los que utilizan el transporte terrestre. Tan sólo un 1 por 100 declara haber llegado en patera. Y el dato que revela la brecha existente entre la teoría del modelo de migración ordenada y la realidad es que el 83,9 de los



S.O.S. RACISMO

extranjeros llegaron a España sin un contrato previo; sólo un 24,3% de los nacidos en el extranjero que trabajaban en puestos de alta cualificación tenía contrato previo y de todos los que llegaron sin contrato previo, el 35,3% encontró trabajo antes de que pasaran 15 días de su llegada a España. Para completar el modelo de migración asentada que ofrece la realidad diaria, señalar que según la encuesta el 81% manifiesta su intención de quedarse en España. En resumen, una migración desordenada en atención a los requisitos de la ley pero ordenada en cuanto al objetivo último de la mayoría de personas que migran por cuanto la búsqueda de empleo se realiza en un tiempo relativamente corto.

Colocado en un contexto de tratamiento de los flujos migratorios, el arraigo social no deja de ser la puerta de atrás vergonzante que el gobierno trata de ocultar para la regularización de una gran cantidad de personas; de ahí que al comienzo de este apartado hablemos de articulación de ficciones jurídicas, (y el arraigo es un claro ejemplo de ello) contra la tozuda realidad que supera a la administración. Al hilo de lo anterior no está de más mencionar los procesos de regularización llevados a cabo en este país y que tenían en común su puesta en marcha tras la aprobación de alguna modificación legislativa. Teniendo en cuenta a actual opinión sobre este tipo de recursos del principal partido e la oposición la existencia de una regularización al hilo de esta nueva ley resultaba impensable. Sin embargo merece la pena recordar que desde la aprobación de la primera ley de extranjería en 1985 han sido varios los procesos de regularización llevados a cabo en este país, el último al hilo de la aprobación del actual reglamento de Extranjería en el que regularizaron su situación 691.655 personas. En un Informe elaborado por el Parlamento Europeo en enero de 2008, (PE 393.282) se echa en falta un criterio uniforme en los procesos de regularización llevados a cabo por los estados de la UE (excepto República Checa y Rumania, todos los estados de la UE han empleado la regularización alguna vez) y lo que es más importante, concluye que la expulsión no es una medida válida para reducir la irregularidad: *La regularisation et la législation sont une nécessité évidente pour une politique de gestion de l'immigration européenne. L'objectif de réduire le nombre des résidents illégaux en Europe ne peut être résolu uniquement par des mesures d'expulsion. Trouver des solutions dans le domaine des régularisations constitue un enjeu politique urgent pour les institutions de l'Union européenne* (pag. 4 del Informe).

Por último, recordar que, en contra de lo manifestado reiteradamente por algunos partidos políticos, el Pacto Europeo de Inmigración y Asilo no añade nada nuevo a la actual situación que se reduce a admitir los programas de regularización como un instrumento más para la gestión de la inmigración.

Respecto a la renovación de estos permisos, a lo ya señalado sobre la exigencia del “esfuerzo de integración” que introduce como nuevo requisito el art. 31. 7 b) hay que mencionar con especial preocupación el papel activo que juega la Policía Autónoma a la hora de emitir el informe gubernativo en la concesión de la autorización inicial y sus renovaciones (art. 68.4). Los problemas que actualmente



S.O.S. RACISMO

plantea este informe se acrecientan al añadirse otro informe más con consecuencias imprevisibles .



S.O.S. RACISMO

8 INFRACCIONES Y SANCIONES

El avance en las garantías del sistema sancionador que ofrece la nueva ley queda desvirtuado por la introducción de nuevas infracciones que suponen una auténtica invasión del derecho de extranjería en ámbitos del derecho civil y administrativo, (el matrimonio, el empadronamiento, etc) que provocan situaciones de discriminación respecto a las personas no extranjeras pero que además produce otro efecto y es que el ámbito de aplicación de las sanciones no se circunscribe solo a las personas extranjeras. Por lo tanto, la nueva ley de Extranjería es una ley que nos afecta en gran medida a todas y todos y que tiene el triste privilegio de ser la primera ley de extranjería de la Unión Europea en trasponer la Directiva 2008/115 de retorno, más conocida como Directiva de la vergüenza.

El aparatado sancionador se ha visto muy mediatizado por el aumento del plazo de internamiento y la Directiva de retorno. Sin embargo, un análisis mas detallado ofrece otras novedades que habiendo pasado desapercibidas resultan igualmente criticables. En primer lugar está el art. 25.5 y el art. 28.1 que establecen la posibilidad de registrar las entradas y salidas del país *a los efectos de control de su período de permanencia legal en España*. 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. Por otro lado y en el ámbito europeo, en el capítulo correspondiente



S.O.S. RACISMO

a propuestas para la llamada gestión integral de fronteras destaca la creación de un sistema de paso automático para quienes accedan al estatuto de “viajeros registrados”, una suerte de viajeros de bajo riesgo o buena fe; la creación de un registro de entradas y salidas y finalmente un sistema electrónico de autorización de viaje. Estas propuestas forman parte de 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). El acceso a este tipo de datos puede condicionar el sentido de una autorización de visado que se solicita en el país de origen para venir a residir y trabajar si previamente se ha estado en el país de destino en situación irregular. Aunque es un motivo de denegación no recogido ni en la nueva ley ni en el actual reglamento, algunos consulados han esgrimido esta circunstancia para denegar el visado y el sacar un pasaporte nuevo en el que no aparezcan sellos de entrada y salida no servirá de nada si se cuenta con esta base de datos. Otro efecto a destacar es el facilitar la prueba para sancionar la infracción del art. 53.2 c) sobre favorecimiento de la estancia irregular y al cual aludiremos más adelante.

Entrando a analizar los tipos de infracción que contempla la ley, señalar que en as infracciones leves se añaden dos supuestos nuevos: d) *Encontrarse trabajando en una ocupación, sector de actividad, o ámbito geográfico no contemplado por la autorización de residencia y trabajo de la que se es titular*, que en el proyecto de ley figuraba como infracción grave, y el 52 e): *La contratación de trabajadores cuya autorización no les habilita para trabajar en esa ocupación o ámbito geográfico, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados*. Ambas infracciones están unidas, la primera la comete el trabajador y la segunda el empleador y suponen añadir dificultades al mantenimiento de las autorizaciones dado que los supuestos de limitación geográfica y de actividad aumentan con la nueva ley, todo ello en un contexto de grave crisis económica en el que el mantenimiento del trabajo (en muchos casos precario), resulta extremadamente difícil. Las infracciones muy graves se mantienen en su redacción anterior y se añaden dos nuevas infracciones que son realizar con ánimo de lucro, la infracción prevista en el art. 53.2 b) al que luego nos referiremos y simular la relación laboral con un extranjero. Pero nuestra atención se centra en las nuevas infracciones graves que se añaden a las que ya existían y que no sufren variaciones. Nos referimos a no dar de alta en seguridad Social al trabajador que obtenga una autorización para trabajar, contraer matrimonio con el propósito de obtener papeles, promover la permanencia irregular del extranjero a quien se invita y consentir el empadornamiento del extranjero que no viva realmente en ese domicilio.

Ningún reproche merece la primera de las infracciones señaladas, al contrario, supone una garantía de cumplimiento de lo pactado para el trabajador extranjero. La segunda infracción en cambio supone en primer lugar la invasión de la extranjería en el derecho matrimonial, en concreto, el Código Civil, la Ley de Registro Civil y su reglamento. El supuesto contemplado en la nueva ley, (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) se solapa a lo dispuesto en la Instrucción de 31 de enero de 2006 de la DGRN sobre los matrimonios de complacencia (BOE nº 41 de 17.02.06) porque en materia de derecho civil el matrimonio de complacencia se enmarca en lo que el art. 6.4 del CC llama fraude de ley, mientras que la simulación de la que habla la ley de extranjería solo cabe referirla a la regulación e los flujos migratorios. Ahora bien, resulta muy discutible que la ordenación de los flujos tenga relación con una actuación propia del derecho civil que hasta ahora tenía como única consecuencia la no celebración del matrimonio. Sin mencionar claro está la discriminación que supone frente a otros matrimonios entre nacionales que sean anulados por similares motivos y que sin embargo no llevan aparejada sanción alguna. Quedan, en fin, varios interrogantes sobre el sujeto responsable, (¿son ambos contrayentes, sólo el extranjero?), qué tipo de comunicación se articulará entre los registros Civiles y los órganos de extranjería, etc. Por tanto se aumenta el apartheid jurídico al ampliar los efectos de la ley de extranjería a otras leyes y ámbitos de carácter general para toda la población, tal como en anteriores reformas ya se hizo con la ley de Procedimiento administrativo o la Ley de Bases de Régimen Local.

El art. 53. 2 b) habla de 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. Este artículo se refiere a la autorización de invitación regulada por la Orden PRE/1283/2007, de 10 de mayo, (BOE 113 de 11.05.07). El supuesto en concreto sería el de alguien que invitado a través de este procedimiento continua en la vivienda de referencia una vez agotado el tiempo legal de estancia, quedando fuera por tanto los casos en los que alguien abandona la vivienda antes de finalizar el tiempo de estancia, quienes no hayan sido expresamente invitados con esta autorización o que sean acogidos en su vivienda por quien no haya cursado la invitación. No obstante, el efecto disuasorio que encierra esta nueva infracción resulta evidente si tenemos en cuenta que en otros países, (Francia por ejemplo) el llamado “delito de solidaridad”, (délict de solidarité) ha originado un debate muy intenso si bien es cierto que en el caso francés se trata de un delito castigado con cinco años y 30.000 euros. En nuestro contexto legislativo el art. 53.2 c) cierra el círculo iniciado por el art. 318 del Código Penal que castiga con una pena de cuatro a ocho años al que promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España; no en vano, en la solicitud de invitación que se presenta en la policía se hace expresa mención a este artículo a modo de advertencia. Se vuelve a observar un solapamiento entre ilícitos penales y administrativos en un tema que ha ido endureciéndose paulatinamente: se comenzó con las comunicaciones de los notarios a la policía sobre las cartas de invitación y se continuó con la citada Orden de 10 de mayo de 2007 que crea la autorización de invitación cuya legalidad resulta más que dudosa, (una Orden Ministerial no puede crear “ex novo “ una autorización administrativa). El broche al círculo que



S.O.S. RACISMO

comentamos lo pone el art. 25.5 con la creación de un registro de entradas al que antes aludíamos.

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. Este artículo parece que hace abstracción del referente normativo en que se apoya el empadronamiento y de la problemática social concreta que rodea a la población inmigrante y las dificultades que encuentra para el empadronamiento. Respecto a lo primero, el punto de partida es el artículo 15 de la Ley de Bases de Régimen Local : *"Toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el Padrón del municipio en el que resida habitualmente."* El empadronamiento es por tanto un derecho y a la vez una obligación, por eso el art. 72 del Reglamento de Población y Demarcación de las Entidades Locales. dispone la baja por inscripción indebida y a su vez el art. 73 prevé la posibilidad de que un ayuntamiento declare de oficio el alta en el padrón como vecinos a las personas que vivan habitualmente en su término municipal y no figuren inscritos en el mismo. Y ahondando en ese aspecto de obligatoriedad se dicta la Resolución de 21 de julio de 1997 sobre instrucciones técnicas a los ayuntamientos sobre gestión del padrón municipal, (B.O.E. de 25/07/1997 que recoge la problemática de las infraviviendas y de los "marginados" para poder ser empadronados en direcciones ficticias. Por otro lado, el empadronamiento ha estado relacionado con la extranjería en un inicio con la originaria Ley 4/2000 que establece el empadronamiento como elemento generador de determinados derechos y la Ley 14/2003 que establece la obligación de renovar el empadronamiento cada dos años para los extranjeros sin autorización permanente.

Pues bien, teniendo en cuenta estos antecedentes, la nueva ley viene a dar una vuelta más de tuerca poniendo más dificultades si cabe al empadronamiento de personas extranjeras con las importantes consecuencias que ello tiene. No olvidemos que además del otorgamiento de ciertos derechos, (sanidad, educación, prestaciones sociales, etc), el empadronamiento es a su vez un requisito para probar los tres años de estancia de cara a obtener un permiso por arraigo y ha sido un elemento esencial para anteriores procesos de regularización, (recordemos a este respecto el ultimo proceso de normalización del año 2005 y la interpretación judicial del empadornamiento no como una prueba más de la estancia son como requisito para acceder a dicho proceso). Y el efecto disuasorio entre la población que está dispuesta a ayudar a las personas extranjeras en este trámite va a ser importante. Por otro lado, los efectos prácticos de este artículo no se entienden si no hay una colaboración activa de los ayuntamientos a la hora de informar a la Dirección General de la Policía de la existencia de estos casos. Y es que recordemos que la Disposición Adicional Séptima de la Ley Orgánica 14/2003, (recurrida en inconstitucionalidad por el Parlamento vasco y actualmente pendiente de sentencia) restringe el acceso al padrón de habitantes únicamente a la Dirección General de la Policía dejando constancia *"de cada acceso, la identificación de usuario, fecha y hora en que se realizó, así como de los datos*



S.O.S. RACISMO

consultados” En consecuencia y a pesar de añadir la nueva ley en el art. 53.1c) la obligación de cualquier autoridad de poner en conocimiento de las autoridades pertinentes cualquier infracción relativa la declaración de los datos obligatorios para cumplimentar el alta en el padrón municipal, el acceso al empadronamiento no debe entenderse alterado por esta modificación. Recordando que la Resolución de 21 de julio de 1997 prevé la posibilidad de poner en conocimiento de los servicios Municipales del Ayuntamiento correspondiente el empadronamiento de alguien que no vive realmente en esa vivienda, (el conocido como empadornamiento ficticio). Estas indicaciones cobran triste actualidad tras los acontecimientos de Vic y las repercusiones que pueda tener de cara a intentar limitar el acceso al empadronamiento, de manera que es necesario recordar que la figura del empadronamiento ficticio es perfectamente legal y debe servir para que ninguna persona extranjera quede fuera del Padrón.

Otro tema de gran importancia es el referido al procedimiento sancionador, para lo cual es obligado mencionar la Directiva 208/115 de retorno. A este respecto, se observan diferencias entre la Directiva de retorno y la Ley en su redacción actual. En primer lugar la confusión terminológica, para la Directiva la expulsión se entiende como la ejecución de la obligación de retornar, es decir, el transporte físico fuera del Estado miembro (art. 3.5), sin embargo, la ley mantiene el término expulsión al expediente que se incoa. En la Directiva se contempla un procedimiento dividido en dos fases: la primera fase consiste en dictar una decisión de retorno donde se establece un plazo de siete a treinta días para la salida voluntaria; la segunda fase se inicia con la adopción de una decisión o un acto de naturaleza administrativa o judicial por el que se ordene la expulsión (art. 8) ante el incumplimiento de la salida voluntaria. Y como medida complementaria se encuentra la prohibición de entrada, que debe aplicarse obligatoriamente cuando no se da un plazo de salida voluntaria o ésta se incumple; en los demás casos y según la Directiva, la prohibición e entrada es optativa. No obstante y a pesar de que el art. 57.1 refuerza el criterio de aplicación prioritaria de la sanción de multa frente a al expulsión, lo cierto es que el sistema sancionador sigue descansando en el supuesto de expulsión como sanción principal Y en cuanto a la aplicación del procedimiento ordinario o el preferente deja en manos del funcionario de policía valorar si se aplica uno u otro procedimiento para el caso de la estancia irregular, (art. 63.1).

En cuanto a los Centros de Internamiento, recordamos la necesidad de suprimir este tipo de establecimientos de detención que vuelven a adquirir protagonismo por las lamentables condiciones y la conculcación de derechos (informe de CEAR y de SOS RACISMO Madrid, Ferrocarril Clandestino y Médicos del Mundo Madrid). En este tema la Ley aclara la doble intervención del Juzgado de Instrucción que decide el internamiento y el que lo supervisa La nota negativa es evidentemente el aumento de cuarenta a sesenta días del internamiento en el CIE, una decisión carente de toda justificación. En definitiva, que el aumento del plazo a parte de suponer un aumento en el plazo de privación de libertad no va a impedir la actual situación de “limbo de irregularidad” en que se encuentran miles de personas



S.O.S. RACISMO

extranjeras inexpulsables. De ahí que sea de aplaudir la inclusión de la mención que el art. 57.4 hace a la posibilidad de revocar en determinados supuestos la orden de expulsión.

Por último. Resulta obligado realizar una valoración crítica de esta Directiva del retorno en aspectos no tan publicitados como el referido al plazo de internamiento pero igualmente preocupantes. No olvidemos que tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la Carta de los Derechos Fundamentales se incorpora al derecho de la Unión y con ello el Convenio de derechos Humanos. Y bajo el prisma de estos instrumentos normativos, el carácter facultativo del traductor, (art. 12), las limitaciones al acceso a la justicia gratuita, (art. 15) o la posibilidad de expulsión de menores son algunas cuestiones que chocan frontalmente con estas normas y deberían ser objeto de una cuestión prejudicial a impulsar a título individual o por grupos de defensa de los derechos de las personas extranjeras.

Enero 2010
Federación de Asociaciones de SOS Racismo en el Estado español