

LA REFORMA DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

Eliseo Aja

Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad de Barcelona

1. El marco general de la reforma.
2. Derechos y libertades de los extranjeros.
 - Ampliación de los derechos políticos y sindicales fundamentales a los extranjeros en situación irregular.
 - Otros derechos de prestación: educación y vivienda.
 - El cambio en la asistencia jurídica gratuita.
 - Modificaciones ajenas a la ley en el derecho de sufragio.
3. La reagrupación familiar.
4. El traslado a la ley de la «laboralización» de la política de inmigración realizada por el reglamento de 2004.
5. La lucha contra la inmigración irregular.
 - Nuevas infracciones.
 - Las dificultades para configurar la expulsión.
 - Procedimientos ordinario y preferente de expulsión.
 - Las modificaciones de la detención en centros de internamiento.
 - Menores inmigrantes no acompañados.
6. Integración.
7. La aprobación de la Ley de Extranjería.

El presente capítulo se centra en el análisis del proyecto de reforma de la Ley de Extranjería en España. En primer lugar el estudio valora las novedades del nuevo proyecto de ley respecto a los derechos y las libertades de los extranjeros, y analiza la ampliación de los derechos políticos y sindicales fundamentales, los derechos a la educación y la vivienda, el cambio en la asistencia jurídica gratuita y el derecho de sufragio, de difícil reconocimiento por la reciprocidad que exige la Constitución. El nuevo trato que merece la reagrupación familiar en la nueva ley merece un capítulo especial, así como el debate en torno a la conexión entre las políticas de empleo y la inmigración, y la nueva regulación propuesta para luchar contra la inmigración irregular. Finalmente el texto hace balance del trato escaso que merecen las políticas de integración en el nuevo proyecto de ley.

RESUMEN

1. EL MARCO GENERAL DE LA REFORMA

La situación general en que se enmarca la reforma de la vigente Ley de Extranjería se delimita a partir de tres puntos: el enorme crecimiento de la inmigración entre 2000 y 2008 (y el consiguiente volumen actual), los efectos desastrosos para el empleo de la crisis económica surgida

en 2008 y la urgencia jurídica de proceder a la modificación de varios preceptos de la ley.

La última causa es aludida por la exposición de motivos de la propia ley y no ofrece dudas: hay siete directivas europeas pendientes de transposición (España ya ha sido condenada por el retraso de algunas), varias sentencias constitucionales han anulado algunos preceptos legales e, incluso, han declarado a otros inconstitucionales sin nulidad, lo que obliga a su pronta reforma, y además los nuevos Estatutos de Cataluña y de Andalucía han introducido algunas modificaciones competenciales que afectan a la ley.

Pero siendo ciertas estas urgencias jurídicas, el gran crecimiento de la población inmigrante desde 2000, así como los cambios políticos realizados a partir de 2004 (que jurídicamente no tocaron la ley sino sólo su reglamento), y también las medidas que puede requerir la crisis económica, parecen causas de la reforma tan importantes o más que las jurídicas.

Hay que recordar que la legislación vigente es en realidad fruto de varias leyes: en primer lugar, la Ley Orgánica 4/2000, de los derechos y libertades de los extranjeros en España y de su integración social, que se aprobó por una mayoría parlamentaria liderada por el PSOE. Fue reformada por la LO 8/2000 aprobada por la mayoría absoluta del PP en las Cortes y, posteriormente, fue de nuevo modificada por la ley 14/2003 que aprobaron conjuntamente el PP y el PSOE. Inmediatamente después de ésta y de las elecciones de 2004, ganadas por los socialistas, el gobierno de Rodríguez Zapatero pudo elaborar un reglamento totalmente nuevo (Real Decreto 2393/2004), que introdujo un giro de «laboralización» notable de las políticas de inmigración, sin que la ley contuviera las normas más adecuadas a esta nueva orientación.¹ La nueva ley pretende, por tanto, elevar el rango de las disposiciones más importantes del reglamento.

¹ Una exposición más amplia en mi artículo «La evolución de la normativa sobre inmigración» en E. Aja y J. Arango (2006: 17-46).

Otra causa, en sí misma suficiente para la reforma legal estriba en el volumen importante de población inmigrante que reside en España con perspectivas de quedarse. A grandes rasgos, según el padrón, la población extranjera pasó de 900.000 personas en 2000 a más de 5,5 millones al inicio de 2009, lo que significa el 12% de la población. La Exposición de Motivos de la ley lo recoge así: «el fenómeno migratorio ha adquirido tal dimensión en España y tiene tales repercusiones en el orden económico, social y cultural que exige que por parte de los poderes públicos se desarrolle una actuación decidida en diversos frentes, incluido el normativo».

¿Cuáles son las consecuencias directas de este factor en la nueva ley? La legislación vigente en extranjería, tras las reformas citadas, es, en conjunto, bastante razonable, comparada con los estados más próximos, aunque plantea algunos problemas puntuales serios, que sólo en parte se abordan por la nueva reforma. Ciertamente la legislación actual reconoce los derechos más importantes, exige unas condiciones aceptables para la reagrupación familiar en general e impulsa formas de inmigración legal, a la vez que refuerza el control de fronteras y combate la inmigración irregular (generalización de visado, convenios con países de origen, etc.).

Todo esto se mantiene. Las novedades que más destacan serían la traslación a la ley de las formas de acceso laboral (Catálogo de ocupaciones, en particular) que ahora están en el reglamento, la restricción de la reagrupación familiar de ascendientes y el tímido inicio de regular la integración. Ciertamente el importante crecimiento de la inmigración en los últimos años conduce a poner en primerísimo plano la integración de la población inmigrante, aún más si se considera que la crisis económica y el paro puede facilitar la aparición de conflictos con sectores nacionales, pero su tratamiento en la ley resulta inicial, y tampoco se abordan con seriedad algunos problemas claves del régimen jurídico (situación de los expulsados que continúan en el país, menores no acompañados, decisión y control judicial sobre el internamiento, etc.).

La conclusión premilitar sobre la reforma sería que, aunque el cambio de la legislación resulta necesario para atender ciertas obligaciones jurídicas urgentes, el factor determinante es el volumen de población llegada estos años, y la necesidad de reforzar los procesos de integración, así como la particular atención a servicios sociales que pueden ser más necesarios como consecuencia de la crisis económica.

Se trata de una reforma parcial, que además se incrusta sobre algunos trazos normativos de la inmigración bien consolidados, de modo que su alcance puede considerarse intermedio. Esto no es una crítica. En un ámbito tan polémico como la inmigración, puede ser positivo que las reformas sean parciales, cuando así perduran rasgos que han alcanzado el consenso de los principales partidos, incluso al precio de que la técnica jurídica se resienta un poco por la incorporación de remiendos nuevos al tejido normativo anterior.

En la exposición, primero trataré los elementos en que se produce una reafirmación del conjunto normativo, de manera que las reformas operan como consolidación del modelo (derechos, reagrupación y laboralización del sistema) y después, aquellos que introducen mayores novedades (persecución de inmigración irregular e integración). También se podría pensar que en vez de dos grupos se trata más bien de una escala de menor a mayor novedad, en el mismo orden que he citado.

2. DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS

Las novedades en este ámbito son escasas, por mucha importancia que se dé a las sentencias del Tribunal Constitucional de 2007 que declararon inconstitucionales varios preceptos de la Ley Orgánica de Extranjería sobre derechos políticos y sindicales de los extranjeros en situación irregular. En realidad para entender el valor relativo de estas sentencias frente a la expectación que levantó su planteamiento, es preciso tener en cuenta la confusa teoría general de los derechos de los extranjeros que viene sosteniendo el Tribunal Constitucional, pero esto requeriría una explicación demasiado larga, y ahora bastará referirse

al corto alcance material y la escasa coherencia teórica de las sentencias de 2007.

Ampliación de los derechos políticos y sindicales fundamentales a los extranjeros en situación irregular

Puede afirmarse la consolidación global de los derechos que corresponden a los extranjeros, porque se han aplicado en todos estos años de gran crecimiento de la inmigración, ya que derivan de las dos leyes de extranjería de 2000 (las Leyes Orgánicas 4 y 8 del 2000). Vista su aplicación estos años, el resultado puede considerarse positivo porque prácticamente equipara los derechos de los inmigrantes con residencia legal a los españoles (salvo el sufragio, pero éste es un problema de la propia Constitución) y reconoce unos derechos mínimos a los que se encuentran en situación irregular, destacando en el panorama comparado el derecho a la salud de los empadronados y la regularización por arraigo. Con muy pocas variaciones (algunas restricciones en las leyes de 2003 y algunas ampliaciones de los derechos laborales impulsadas por la jurisprudencia ordinaria) este sistema de libertades de los extranjeros se ha consolidado en estos años.

EL PROYECTO DE LEY RECONOCE A TODOS LOS EXTRANJEROS, INCLUIDOS LOS QUE SE ENCUENTREN EN SITUACIÓN IRREGULAR, LOS DERECHOS DE REUNIÓN, MANIFESTACIÓN Y ASOCIACIÓN, DE SINDICACIÓN Y HUELGA

Pero en su inicio, el año 2000, tanto PSOE como PP escogieron los derechos de los extranjeros como ámbito de confrontación, y la gran polémica legal se centró curiosamente en los derechos constitucionales de los irregulares. Postulando su restricción, el PP aparecía como contrario a la inmigración ilegal, que la mayoría de la opinión rechazaba, y el PSOE asumía el papel de defensor de las esencias constitucionales. En realidad se debatía el derecho de reunión, asociación, sindicación y huelga de los inmigrantes

en situación irregular, lo que no dejaba de ser un debate más teórico que real (por la infrecuencia de conflictos jurídicos de este tipo), pero así se planteó el enfrentamiento político en aquel momento.

La restricción de esos derechos realizada por la LOE 8/2000, que aprobó la mayoría del PP, pretendía además ser sibilina, porque no negaba la titularidad de estos derechos a los inmigrantes en situación irregular, sino que les prohibía su ejercicio mientras no tuvieran el permiso de residencia o trabajo. Contra esta redacción de la ley se presentaron varios recursos de inconstitucionalidad impulsados por los socialistas y algún partido minoritario, desde varias comunidades autónomas, y al cabo de casi siete años el Tribunal Constitucional ha dictado las sentencias que resuelven el conflicto. Se ha decidido además mediante varias sentencias, principalmente la 236/2007 y la 259/2007 (las demás son repetitivas), y su doctrina es incorporada a la nueva ley, de modo que los derechos citados quedan regulados igual para los extranjeros en situación irregular que para los que tienen residencia, y, por tanto, igual también que para los ciudadanos españoles.

LA MEJOR SOLUCIÓN PARA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE VOTO SERÍA LA REFORMA DE LA CONSTITUCIÓN, PERO LA REALIZACIÓN DE ACUERDOS QUE RESPETEN LA RECIPROCIDAD EXIGIDA CONSTITUCIONALMENTE PUEDE SER UNA VÍA DE INICIO

Los problemas de las personas inmigrantes en situación irregular son muchos, principalmente para encontrar trabajo y evitar la expulsión, y son muchos los recursos que se plantean con ocasión de las detenciones, las estancias en centros de internamiento, etc., pero son muy pocos los que afectan a los derechos de reunión, asociación, etc. El debate sobre el alcance de estos derechos de los inmigrantes en situación irregular es bastante irrelevante, salvo en el plano de los principios, y a estas alturas se han ido justa-

mente las sentencias del Tribunal Constitucional, porque fundamentan la inconstitucionalidad de la ley en la vulneración de la dignidad de la persona, idea de perfiles tan abstractos que puede servir para casi todo (Vidal, 2009).

En todo caso, la incorporación al proyecto de reforma de 2009 de los derechos reconocidos en las últimas sentencias constitucionales no plantea problemas, produciéndose la igualación de las personas en situación irregular en los derechos de reunión, manifestación, asociación, sindicación y derecho de huelga. Así el proyecto de ley reconoce estos derechos a todos los extranjeros, incluidos los que se encuentren en situación irregular, considerando que forman parte de la dignidad humana y no pueden ser limitados sólo por la carencia de requisitos administrativos, como la residencia (!). Igualmente los derechos de sindicación y huelga se reconocen a todos los extranjeros, cualquiera que sea su situación, sin que los derechos puedan subordinarse a la autorización de trabajo.

Otros derechos de prestación: educación y vivienda

El derecho de educación presenta una mayor complejidad porque la Ley de Extranjería, hasta ahora, sólo reconocía a los extranjeros irregulares menores de edad el acceso a la educación básica –admitiendo la educación posterior para los regulares– y el Reglamento de 2004 había previsto la posibilidad de que las comunidades autónomas ampliaran su ámbito, después de que el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña hubiera anulado un reglamento de la Generalitat que reconocía la educación posobligatoria también a los jóvenes en situación irregular (Larios, 2006). Ahora directamente la ley reconoce el derecho a la educación posobligatoria a los menores de 18 años, incluyendo las titulaciones y las becas correspondientes.

En el nuevo texto legal, desaparecen dos números, el que se refería a la educación infantil (que se calificaba de carácter voluntario y ordenaba a las administraciones que garantizaran un número de plazas suficientes) y el que reconocía el acceso de los residentes a actividades docentes o de investigación, así como a la creación y dirección de

centros. Lógicamente hay que entender que desaparecen las anteriores prescripciones particulares y en este ámbito se aplican las normas generales.

El artículo 13 que regula los derechos conectados con la vivienda presenta algún matiz nuevo al realizar la equiparación del extranjeros con los nacionales, no cuando los últimos posean la residencia, que es la condición general, sino cuando posean la autorización de residencia de larga duración.

La cuestión da pie a una reflexión más general sobre algunos derechos de prestación, y se ha planteado antes en otros países, especialmente en el ámbito de los servicios sociales. Es frecuente que se fije un tiempo previo de residencia (un año, dos años...) para evitar que la prestación de un nuevo servicio pueda provocar la llegada masiva de inmigrantes a la comunidad autónoma o al municipio que ha creado ese servicio para atender mejor las necesidades. Esta precaución puede tener sentido, siempre que el tiempo de residencia previo sea razonable. Pero en este caso resulta excesivo (la residencia permanente exige cinco años), y parece ir destinada a tranquilizar a la opinión pública sobre la preferencia de los españoles en algo tan complicado como la vivienda. Pero su introducción en la ley quiebra una línea general importante de igualdad de los derechos de los extranjeros residentes legalmente con los nacionales, de modo que la exigencia de la residencia permanente queda reservada para cuestiones mucho más importantes, como proteger frente a la expulsión del extranjero (cuando corresponda esta sanción), y suele ponerse también como ejemplo de requisito para una eventual concesión del derecho de voto. Nada de esto es comparable al acceso a las ayudas para la vivienda.

El cambio en la asistencia jurídica gratuita

El artículo 22 del proyecto de ley contiene una regulación de la asistencia jurídica gratuita, que recoge la doctrina del Tribunal Constitucional en cuanto al alcance del derecho que llega a todos los extranjeros, consolidada especialmente en la STC 95/2003, pero introduce elementos nuevos restringiendo el planteamiento de recursos judiciales

por el abogado de oficio si no está clara la voluntad de recurrir de la persona afectada, de forma que se intenta corregir algunas prácticas forenses inadecuadas que se han multiplicado en los últimos años. Se distinguen ambos aspectos en la exposición siguiente.

En cuanto a la extensión del derecho es preciso recordar que la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita reservaba la plena titularidad del derecho a los extranjeros residentes, de forma que los extranjeros sin permiso de residencia sólo podían acudir a ella en los procesos penales y de asilo, privándose de ella a los inmigrantes en situación irregular que fueran expulsados, así como a los que llegaban a los aeropuertos y recibían una denegación de entrada o eran devueltos por penetrar por lugares distintos a las fronteras. Contra esta exclusión recurrió el Defensor del Pueblo y la STC 95/2003 declaró inconstitucional la condición de la residencia legal que exigía la ley, considerando que el derecho a la justicia gratuita, como instrumental del derecho al acceso a la tutela judicial, corresponde al extranjero que se encuentre en España y acredite insuficiencia de recursos para litigar, que es lo que establece el artículo 119 CE al definir la justicia gratuita.

Antes de que llegara esta Sentencia sobre la Ley de Justicia Gratuita, la Ley Orgánica de Extranjería 8/2000 había suavizado la norma anterior, permitiendo que los inmigrantes irregulares pudieran tener la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos administrativos y en los judiciales que pudieran desembocar en la denegación de entrada y la expulsión, mientras que los residentes legales tenían acceso a todas las jurisdicciones. Recientemente la STC 236/2007 al pronunciarse sobre esta ley ha razonado que también esta fórmula era insuficiente y ha declarado nulo el término residentes, extendiendo la justicia gratuita a las personas que se encuentran en España (sin exigir la residencia) y para todas las jurisdicciones y no sólo para la penal y la contenciosa relacionada con el estatuto del extranjero.

El proyecto de ley incorpora lógicamente estas doctrinas del Tribunal Constitucional y regula la titularidad del derecho con la máxima amplitud, de forma que en un párrafo se reconoce

la posibilidad de justicia gratuita en todas las jurisdicciones a los extranjeros que se encuentren en España, en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles, y en otro párrafo se reconoce la justicia gratuita a los extranjeros que se encuentren en España para todos los procedimientos administrativos que puedan llevar a su denegación de entrada, devolución o expulsión del territorio español, así como los relacionados con el derecho de asilo. Es obvio que este derecho ante la administración corresponde sólo a los extranjeros (los españoles no pueden ser expulsados) e implica la mayor trascendencia para evitar las distintas formas de repatriación ante la administración, sin tener que llegar a los tribunales, donde quizás sea ya demasiado tarde.

Pero el proyecto contiene otro aspecto distinto que pretende atajar un abuso de algunos abogados, que generan lo que se ha llegado a llamar «procesos virtuales». En los procedimientos que pueden acabar con el alejamiento de España del extranjero, especialmente en la denegación de entrada y consiguiente retorno al país de origen que se produce en los aeropuertos (y también en las devoluciones de las pateras y cayucos), es habitual que se reconozca al extranjero la insuficiencia de medios para recurrir sin más prueba que la simple manifestación del interesado y, en virtud de la misma, se atribuye la representación a un abogado del turno de oficio para que le represente. Por la gravedad que implica la denegación de entrada o la devolución, se admite esta mera declaración del extranjero para reconocerle el derecho, cuando en cambio los españoles han de demostrar en un procedimiento expreso la insuficiencia de recursos para litigar (naturalmente en casos distintos a la repatriación). Nos movemos por tanto aquí en un aspecto del derecho de los extranjeros que no es comparable con los nacionales, porque aquellos tienen mayor facilidad de acceso, pero también arrostran unas consecuencias mucho más graves.

Esta situación ha generado en los últimos años unas conductas criticables de algunos letrados de oficio que, una vez rechazado el recurso administrativo, y con el extranjero devuelto a su país, presentan también recursos contencioso-administrativos ante las distintas instancias judiciales e

incluso recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional, sin que conste la voluntad del extranjero y ni siquiera se conozca su paradero.

El Tribunal Supremo en algunas decisiones ha aceptado esta práctica, pero en otras sentencias no, exigiendo la concesión adecuada de la representación al abogado, bien mediante notario, o bien ante el secretario judicial. Los excesos llegaron incluso al Tribunal Constitucional que, por no atajar a tiempo los primeros recursos presentados con manifiesto desconocimiento del teórico recurrente, vio aparecer centenares de recursos sobre extranjería, en 2005, que se convirtieron en miles dos años después.²

La interpretación favorable a un otorgamiento presunto de legitimación al abogado de oficio desde los recursos administrativos hasta los judiciales ha conducido a una situación de colapso de los juzgados en las ciudades en que hay mucha inmigración y a un enorme gasto económico del turno de oficio. Para atajar los inconvenientes de estos «procesos virtuales» de consecuencias muy reales, el proyecto de ley requiere que en los procesos contencioso-administrativos contra resoluciones que pongan fin a la vía administrativa en materia de denegación de entrada, devolución y expulsión, la asistencia gratuita reciba una nueva solicitud y la constancia expresa de la voluntad del extranjero de interponer un recurso, formalizada ante los funcionarios públicos que se designen reglamentariamente, también cuando esté privado de libertad y cuando se encuentre fuera de España (a través de la oficina consular).

Modificaciones ajenas a la ley en el derecho de sufragio

El derecho de voto de los extranjeros en España se regula directamente por la Constitución, y por tanto la Ley de Extranjería poco puede innovar, pero sin embargo todas las leyes de extranjería se han referido sucesivamente a

² Gonzalez Beilfuss (2006) recuerda que en la Providencia 303/2005 dos magistrados ya plantearon el problema de legitimación porque el recurso fue presentado por un abogado de oficio en nombre de una extranjera expulsada sin constar que ésta deseaba recurrir, porque ni siquiera se sabía donde se encontraba. La *Memoria del Tribunal Constitucional, 2008* señala que 3.518 recursos de amparo se han presentado este año en materia de inmigración (P. 28).

esta cuestión, probablemente por lo importante que es. La Ley Orgánica 4/2000 preveía unas elecciones paralelas a las locales sólo para los extranjeros residentes, pero el sistema no se llegó a aplicar, y desapareció en la Ley Orgánica 8/2000, que como las siguientes repitió las exigencias de la Constitución y, dada la práctica inexistencia del sufragio, puso el acento en la participación de los extranjeros en los procedimientos generales de consulta y participación local, así como en facilitar la participación de éstos en las elecciones de su país.

La dificultad para el reconocimiento del derecho de voto estriba en que la Constitución exige reciprocidad, de manera que para aceptar el derecho del extranjero residente se requiere que su país de origen reconozca el mismo derecho a los españoles que residan en aquel país. Ante esta barrera, los preceptos de la sucesivas leyes de extranjería resultaban cínicamente una declaración de buena voluntad en favor de la participación, porque era obvio que los extranjeros no podían votar en España, aunque llevaran muchos años de residencia.

El Consejo de Europa, ya hace años, recomendó con mucha fuerza la aceptación del voto de la población inmigrante que lleve varios años de residencia en el país, y efectivamente el reconocimiento del voto se ha ido extendiendo poco a poco por distintos países de Europa. En el mismo sentido, en 2006 el Congreso de los Diputados instó al Gobierno para buscar el establecimiento del voto de los inmigrantes, y esta orientación se concretó en el nombramiento de un embajador especial que debía acelerar la celebración de acuerdos internacionales para que se concretara la exigencia de reciprocidad, proceso en el que nos encontramos. La solución mejor sería la reforma de la Constitución, pero la realización de acuerdos que respeten la reciprocidad exigida constitucionalmente puede ser una vía de inicio (Aja y Moya, 2008).

En estas circunstancias la regulación que contenga la ley de extranjería es bastante secundaria porque la regulación sigue pasando por la Constitución, los tratados internacionales y la ley electoral, pese a lo cual el artículo 6 del pro-

yecto de ley se refiere al derecho de voto con algunas novedades en su literalidad: repite que los extranjeros residentes en España podrán ser titulares del derecho de sufragio en las elecciones municipales, puntualiza que en los términos establecidos en la Constitución, las leyes y los tratados, y no menciona el criterio de reciprocidad (que figura en la ley actual), aunque es evidente que no se puede obviar. Aparte de las cuestiones políticas más conocidas (qué se entiende por elecciones democráticas, en qué condiciones se cifra la reciprocidad, etc.), la mayor polémica pasa por el carácter del acuerdo internacional que contenga la reciprocidad, porque hasta ahora se ha realizado a través de fórmulas muy sencillas y en cambio el artículo 94.1 CE parece exigir un tratado internacional ratificado por las Cortes, ya que se afectan claramente derechos fundamentales (letra c) y deben reformarse leyes (letra d).

LA NUEVA LEY SUPONE UNA «LABORALIZACIÓN» DE LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN EN EL MISMO SENTIDO QUE HABÍA OPERADO CINCO AÑOS ANTES EL REGLAMENTO

3. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR

Es bien sabido el papel esencial que tiene la reagrupación familiar en casi todos los países con fuerte inmigración laboral, especialmente en una fase inmediatamente posterior a la llegada del primer volumen importante de trabajadores. La reagrupación es muy importante en dos aspectos, por lo menos; en primer lugar, porque facilita enormemente la integración del inmigrante (por los efectos positivos de tener al cónyuge y a los hijos cerca); y en segundo lugar, porque se transforma en una vía legal de nueva inmigración, ya que una gran parte de los familiares se incorpora antes o después al mercado de trabajo.

Parece claro que en España la primera gran entrada de trabajadores ya se ha producido y ahora nos encontramos en pleno proceso de reagrupación de familiares de los in-

migrantes que llegaron primero, como muestra que en 2008 los visados de residencia por reagrupación se aproximaban al número de visados por residencia y trabajo: 130.928 de éstos por 103.422 visados por reagrupación familiar (Boletín, 2009).

EL CONTINGENTE DE TRABAJADORES CONTRATADOS EN ORIGEN COMO UNA VÍA TRADICIONAL DE ACCESO DE LOS INMIGRANTES NO HA SIDO UNA BUENA EXPERIENCIA, PESE A HABER SIDO UNA PIEZA DE CAMBIO PARA ACUERDOS INTERNACIONALES SOBRE INMIGRACIÓN

La regulación de la reagrupación en la normativa vigente presenta unos rasgos generales consolidados de manera que el proyecto de ley de reforma introduce modificaciones menores, aunque alguna –como la limitación de los ascendientes– es uno de los puntos principales de crítica a la reforma. Una primera nota de continuidad la muestra la posición y el carácter que la regulación de la reagrupación mantiene en el conjunto de la ley, porque desde las leyes de 2000 la reagrupación se encuentra en el Título I correspondiente a los derechos y libertades, como si fuera parte del derecho fundamental a la intimidad familiar, aunque la STC 236/2007 ha dejado claro que no se incluye en el derecho del artículo 18 CE, porque se trata de un fenómeno distinto, de protección de la familia.³

Más allá del mantenimiento de su ubicación y de esta ambigua dimensión conectada con el derecho fundamental, su regulación en el proyecto de reforma mantiene los rasgos normativos esenciales, con dos novedades: la reducción de la reagrupación de ascendientes y la incorporación automática del permiso de trabajo a los familiares reagrupados. Hay otros cambios menores como la admi-

³ Esta orientación había sido avanzada por Santolaya (2004: 143 y ss). La orientación más próxima a la consideración de derecho fundamental puede verse en Montilla (2009: 159 y ss).

sión de las parejas de hecho, las ventajas otorgadas a la residencia de larga duración y la concesión de permiso independiente al cónyuge y los hijos, además del reconocimiento del permiso independiente a la mujer maltratada.

La continuidad se observa en el mantenimiento de los requisitos de la reagrupación: un año de residencia previa y la autorización para otro, así como la disposición de vivienda y medios suficientes para mantener a los familiares en unas condiciones cuya concreción se reenvía al reglamento. Lógicamente se incorporan facilidades para la reagrupación de familiares del residente de larga duración en un país de la Unión Europea, y también para el beneficiario del nuevo régimen especial de investigadores, aspectos que derivan de las directivas comunitarias.

Como detalles adicionales se establece que en la valoración de los ingresos no computarán los provenientes del sistema de asistencia social, pero sí los que pueda aportar el cónyuge, que resida en España y conviva con el reagrupante. Se barajó la posibilidad de limitar la comprobación de las condiciones exigidas a los ayuntamientos (que el reglamento actual admite junto a los notarios), pero no se dio este paso por temor a que algún ayuntamiento realizara una oposición sistemática y negara todas las peticiones.

En el procedimiento se introducen algunas mejoras, como la posibilidad de realizar la petición de reagrupación al mismo tiempo que la renovación de la autorización de residencia (18.bis), que ya estaba en el Reglamento, y la previsión de comunicación entre administraciones para programar plazas escolares, si la reagrupación afecta a menores (18.3). Además, siguiendo la posibilidad abierta por la directiva comunitaria, la reforma introduce la reagrupación de la pareja de hecho (art. 17.4), cuando esté acreditada y reúna requisitos exigidos en España para producir efectos, que se remite al Reglamento.

La mejora más importante es, sin embargo, la habilitación para trabajar (art. 19), que se incorpora a la autorización de residencia por reagrupación de cónyuge e hijos mayores de 16 años, sin ningún otro trámite administrativo. Esta

incorporación automática del derecho a trabajar del reagrupado resuelve muchos problemas que ahora se presentaban, especialmente entre los jóvenes tras cumplir los 16 años, porque podían acceder fácilmente a la autorización de trabajo si obtenían un contrato, pero éste no siempre era fácil de conseguir y, mientras no se tenía, surgían obstáculos para la inscripción en cursos de formación ocupacional, sin lo cuales la consecución del contrato resultaba más difícil. Ahora se rompe este círculo vicioso y se facilita el acceso de los jóvenes inmigrantes al trabajo, mejorando un factor decisivo para su integración.

El otro cambio importante es la restricción de la reagrupación de los ascendientes, que se realiza de dos modos, alargando la exigencia de residencia desde un año hasta cinco (residencia de larga duración) para solicitar la reagrupación y limitando las categorías de los familiares reagrupables a los ascendientes que sean mayores de 65 años.

La reducción de la posible reagrupación familiar en cadena por medio de los ascendientes ya está prevista en la normativa vigente 2000, de manera que los ascendientes reagrupados no pueden a su vez reagrupar a otros hijos hasta que no obtienen la residencia de larga duración (hasta ahora llamada permanente), limitando así una excesiva reagrupación familiar, con la introducción de condiciones diferentes para los descendientes (un año y permiso para otro) y los ascendientes, hasta cierto punto comprensibles, porque los ascendientes podría reagrupar enseguida a otros hijos (y nietos, indirectamente). Pero ahora se da una nueva vuelta de rosca al exigir que el reagrupante posea la residencia de larga duración (y no sólo un año) para reagrupar a los ascendientes (18.1, 2.º inciso).

Pero el punto más conflictivo es la restricción de los ascendientes a los mayores de 65 años. ¿Por qué puede reagruparse al padre cuando cumple los 65 años y en cambio no se puede cuando tiene 55 o 60? La respuesta evidente reside en que en los últimos supuestos puede trabajar, mientras que a partir de los 65 se considera jubilado, pero es muy debatible prescindir de la estancia del ascendiente en España antes de esa edad, al menos por dos razones:

porque supone un nuevo trabajador y una cotización a la Seguridad Social que compensa sus futuros gastos, y porque contribuye a las cargas familiares (cuidando a los nietos, por ejemplo), sin romper la cadena familiar tradicional, si los interesados la desean mantener. Da la impresión de que los responsables políticos quieren manifestar su preocupación ante el paro de los nacionales y cortan la entrada de nuevos inmigrantes a través de la reagrupación, y como no pueden hacerlo –o sería demasiado fuerte hacerlo– con el cónyuge y los hijos, lo hacen con los ascendientes, mientras están en edad laboral.

Como excepción se admite (art. 17.1.d.) que los casos de ascendientes en situación muy complicada (incapacidad en el país de origen, por ejemplo) puedan resolverse por la vía de las causas humanitarias, pero no resuelve el problema planteado y además introducirá una inseguridad jurídica notable al tener que discernir cuándo la situación de los padres constituye o no causa humanitaria.

También hay otros cambios menores en la obtención de la autorización independiente del cónyuge y de los hijos, que antes se podía alcanzar cuando tuvieran permiso de trabajo y ahora, como éste lo tienen automáticamente, se produce cuando dispongan de medios económicos suficientes (19.2 y 3). En ambos casos se remite al Reglamento la fijación de la cuantía suficiente (19.4) y el problema se planteará cuando obtengan remuneración por un trabajo, pero la cuantía no se considere suficiente.⁴

También está prevista la autorización independiente para la víctima de malos tratos de género, desde el momento en que se haya dictado una orden de protección a su favor, o cuente con informe del Ministerio Fiscal, en coherencia con Ley 1/2004 de Protección Integral contra la Violencia de Género. Lógicamente debería extenderse a parejas de hecho.

⁴ Es positiva la nueva forma de renovación-reagrupación que incluye la reforma del Reglamento aprobada en julio de 2009, art. 53.5.ter, cuando un trabajador no puede renovar su permiso de trabajo (9 meses de 12 o 18 de 24) y el cónyuge cumple con los requisitos económicos para reagrupar al trabajador. Lo mismo para renovar una autorización de trabajo por cuenta propia (62.1.b Reg).

4. EL TRASLADO A LA LEY DE LA «LABORALIZACIÓN» DE LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN REALIZADA POR EL REGLAMENTO DE 2004

Nadie niega que una de las causas principales de la inmigración es la necesidad de mano de obra de la sociedad de destino, pero los inmigrantes son personas con vertientes muy diversas y resulta difícil extraer la conclusión de que el agotamiento del mercado de trabajo debe significar la marcha de los inmigrantes, porque puede haber múltiples lazos que los unan al país de adopción. Aunque objetivos semejantes se intenten, como ha hecho el Decreto-ley 4/2008 que abona acumulativamente la prestación de desempleo a los inmigrantes que regresan a su país, su éxito suele ser reducido.⁵

Pero descartada una conexión mecánica y primaria entre la disminución de las ofertas de trabajo y la reducción de la inmigración, cabe plantearse la relación entre las políticas de empleo y la inmigración como uno de los criterios atribuidos al control de flujos. Normalmente estos criterios apenas se explicitan, pero existen en todas las políticas de inmigración y pueden plantearse, al menos en el plano teórico.

Así el Informe sobre el proyecto de ley elaborado por el Consejo Económico y Social propugna que las entradas generales de inmigrantes se adapten a las necesidades de mano de obra y que las entradas no vinculadas a la vía laboral (reagrupación, asilo, etc.) no sean superiores a las vinculadas a las necesidades del mercado de trabajo. Por el contrario, el informe realizado por el Foro para la Integración Social de la Inmigración previene contra un enfoque de ésta excesivamente ligado al mercado de trabajo y oponen un concepto de «capacidad de acogida» que precisaría mayor concreción.

Probablemente este conato de polémica surge porque el artículo 2.bis.b) plantea, como un principio general de la

⁵ *La Vanguardia* (28/07/2009) citando fuentes oficiales consideraba que solamente 4.000 personas se habían acogido a las ventajas de cobrar el paro acumuladamente, en los seis primeros meses de su aplicación, cuando el Gobierno había previsto que se llegaría a 100.000 inmigrantes retornados por esta vía. El reportaje periodístico distingue las reacciones por nacionalidades y señala cómo algunas, aunque están muy golpeadas por el desempleo, regresan a su país sin acogerse a esta vía.

política de inmigración: «la ordenación de los flujos migratorios laborales de acuerdo con las necesidades de la situación nacional del empleo»; y en una dirección semejante la Exposición de Motivos plantea como un objetivo destacado de la reforma: «perfeccionar el sistema de canalización legal y ordenada de los flujos migratorios laborales, reforzando la vinculación de la capacidad de acogida de trabajadores inmigrantes a las necesidades del mercado de trabajo». (III.2). Refuerza esta orientación la explicación de la propia Exposición de Motivos sobre el Título II al decir que se «regula con mayor nivel de concreción la situación nacional de empleo en el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura y limita las autorizaciones iniciales a una ocupación y ámbito territorial» (EM,VII). Estas explicaciones indican una mayor consideración del empleo, así como una eficacia superior en su cuantificación respecto a la contratación de extranjeros, a través del método introducido por el Reglamento y experimentado satisfactoriamente estos años del Catálogo de Ocupaciones.

Tampoco las posiciones del Consejo Económico y Social y del Foro tienen que entenderse como irreconciliables, pero es significativo que tal polémica aflore ahora por primera vez; puede reflejar la preocupación por los efectos de la crisis económica y del paro, o puede significar cierta madurez del debate sobre la inmigración, que introduce criterios explícitos y conscientes en la determinación de su volumen.

Pero la calificación de «laboralización» de la inmigración ya se utilizó por los expertos para referirse al reglamento de 2004, en un sentido parcialmente distinto. Por una parte, para subrayar el paso del grueso de las competencias sobre inmigración del Ministerio del Interior al Ministerio de Trabajo, así como el protagonismo que correspondió a los sindicatos y empresarios en la elaboración del Reglamento. También, en sentido más próximo al apuntado antes, para subrayar la mejor adecuación del ingreso de los inmigrantes con la necesidad de mano de obra.

En todos estos puntos, que pueden verse defendidos en la exposición de motivos del Reglamento, el proyecto de ley bebe del Reglamento, y aún va más lejos (diluyendo por el

ejemplo el contingente de trabajadores contratados en origen), de manera que puede afirmarse con fundamento que la nueva ley supone una mayor laboralización de la política de inmigración en el mismo sentido que había operado cinco años antes el Reglamento. De esta forma la nueva ley eleva de rango los principales caracteres del Reglamento, como la presencia de sindicatos y empresarios en la Comisión Laboral Tripartita, la técnica del Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura como principal instrumento para la contratación de nuevos trabajadores extranjeros –atendiendo a la situación nacional del empleo– y el alta en la Seguridad Social como forma de control de la contratación real. Además incorpora alguna novedad, tomada de la directiva, como la previsión de la situación especial del investigador. En cambio, apenas menciona una modificación que enseguida será importante, la participación de las comunidades autónomas en la autorización inicial de trabajo.

La Comisión Laboral Tripartita está regulada en el artículo 72 como órgano colegiado integrado por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y será consultada sobre las propuestas del Catálogo de Ocupaciones que se menciona a continuación, así como en la contratación de trabajadores en el extranjero y de temporada, de manera que los sindicatos y las asociaciones de empresarios se pronuncian sobre todas las decisiones que afectan al volumen de nuevos trabajadores inmigrantes que se podrán contratar.

El proyecto de ley rechaza las novedades incorporadas al visado en 2003 y le devuelve a su función tradicional, denominando como «autorización de residencia y trabajo» (art. 36) el permiso central de todo el sistema, en el trabajo por cuenta ajena. Es el permiso que se concede a los mayores de 16 años, conjuntamente (salvo algunos supuestos particulares como penados), y su entrada en vigor se condiciona al alta en la Seguridad Social que debe realizar el empresario contratante (esta subordinación del permiso al alta en la Seguridad Social para evitar falsos contratos fue una experiencia muy positiva del proceso de normalización del 2005).

La nueva ley (art. 38) incorpora el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura como técnica para medir la situa-

ción nacional del empleo, y para responder de forma eficaz a sus necesidades, previendo –como también hace el reglamento actual– que pueda determinarse directamente la insuficiencia de demandantes de empleo, lo que comprobarán las oficinas públicas correspondientes.

El procedimiento de concesión de la autorización se organiza a partir de la solicitud del empresario, con oferta de contrato. El empresario afectado por alguna circunstancia que le desanima de la contratación ha de avisar para interrumpir el proceso de documentación.

El artículo 40 contiene una serie de supuestos en que no se toma en cuenta la situación nacional del empleo para obtener una autorización de residencia y trabajo, como sucede en los puestos de confianza, las renovaciones de la autorización, los hijos o nietos de español de origen, etc.

EN MATERIA DE INTEGRACIÓN, AUNQUE LA NUEVA LEY SÓLO LE DEDICA UN ARTÍCULO, MANTIENE LA CONTINUIDAD DEL FONDO DE APOYO A LA INTEGRACIÓN AFIRMANDO QUE SE DOTARÁ ANUALMENTE

La ley aborda también un punto que enfrenta a la jurisprudencia laboral (a partir del principio de que el contrato de trabajo existe por el mero acuerdo de trabajo entre un empresario y un trabajador), sobre los efectos jurídicos que tiene el trabajo realizado por un inmigrantes empleado irregularmente. Hace años que los jueces comenzaron a reconocer derechos al trabajador en esta situación, para evitar a éste los perjuicios que tan injustamente eran beneficio para el empresario, aunque ha variado mucho el alcance de sus pronunciamientos.

La nueva ley establece (art. 36.5) que la carencia de autorización de residencia y trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario, no invalida el contrato de

trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni es obstáculo para obtener las prestaciones que le pueden corresponder. Pero añade –porque era uno de los puntos de polémica jurisprudencial– que el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener la prestación del desempleo. Otro límite general se contiene en la misma norma: salvo que esté legalmente previsto, el reconocimiento de una prestación no puede modificar la situación administrativa del extranjero. Algunos supuestos previstos son los accidentes y enfermedades laborales y el arraigo laboral, en este caso incluido en el reglamento.

En la autorización de trabajo por cuenta propia se introduce la limitación del permiso inicial a un ámbito territorial y a un sector de actividad, como existe desde siempre en el permiso de trabajo por cuenta ajena, para dirigir los nuevos inmigrantes a los sectores en que realmente se necesita la mano de obra, y se introducen también algunos matices nuevos.

Junto al Catálogo de Ocupaciones, la otra vía tradicional de acceso de los inmigrantes durante los últimos años ha sido el contingente de trabajadores contratados en origen, según una previsión de las necesidades del mercado laboral en las distintas comunidades autónomas. Pese haber sido una pieza de cambio para la celebración de acuerdos internacionales sobre inmigración en los últimos años, la experiencia real no es buena (salvo para algunos trabajos de temporada), porque generalmente se contrataba a un número reducido de trabajadores.

La ley cambia la denominación del «contingente» y pasa a rotularla como «gestión colectiva de contrataciones en origen» (art. 39) para diluir su impacto en la opinión pública, seguramente porque además ahora es aún más difícil prever un volumen de trabajadores extranjeros que sean contratados, en la situación de crisis que atraviesa la economía. También puede influir la contratación especial que tienen abierta las grandes empresas en el propio Ministerio, a través del organismo dirigido a facilitar la contratación de personal muy especializado y de las grandes firmas.

La Unidad de Grandes Empresas es la unidad administrativa responsable de la gestión de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena que se solicitan a favor de directivos y técnicos de alta cualificación, científicos, profesores de universidades públicas y artistas de reconocido prestigio internacional, en cuya contratación concurren razones de interés económico, social, laboral o cultural. La creación de la Unidad de Grandes Empresas se realizó por Acuerdo de Consejo de ministros, de 16 de febrero de 2007, publicado en virtud de la Resolución de 28 de febrero de 2007, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.

La Unidad de Grandes Empresas ha absorbido las competencias atribuidas a la Dirección General de Inmigración por la disposición adicional primera del Reglamento (RD 2393/2004), es decir, la concesión de las autorizaciones de trabajo cuando las solicitudes sean presentadas por empresas que pretendan contratar trabajadores estables y que, teniendo diversos centros de trabajo en distintas provincias, cuenten con una plantilla superior a 500 trabajadores.

Una situación nueva de residencia y trabajo creada por la directiva comunitaria 2005/71/CE es el régimen especial de los investigadores que la ley recoge (38bis), referida al investigador extranjero que viene a España mediante un convenio de acogida firmado con un organismo de investigación con el objetivo único o principal de realizar un proyecto de investigación. También se admite que el investigador que se encuentra como tal en otro Estado comunitario pueda realizar parte de su investigación en España durante un período superior a tres meses, sin necesidad de visado.

En cuanto a los trabajadores de temporada la ley no aporta modificaciones, sino una remisión reglamentaria y consideraciones sobre el alojamiento digno, la prestación de servicios sociales, la previsión de orientar su contratación hacia países con los que España haya firmado acuerdos sobre regulación de flujos, así como la colaboración de comunidades autónomas y ayuntamientos con el Estado en la programación de las campañas de temporada.

Una reforma de importancia será sin duda la participación de las comunidades autónomas en la decisión sobre la autorización inicial de residencia y trabajo que permiten algunos Estatutos de Autonomía reformados en los últimos años (de momento, Cataluña y Andalucía). El proyecto de ley en el artículo 68.2 se limita a prever que comunidades autónomas que asuman competencias ejecutivas en la concesión de la autorización inicial de trabajo deberán realizarla coordinadamente con las competencias del Estado, para garantizar la igualdad en la aplicación de la normativa de extranjería en todo el territorio, objetivo que se ha concretado en la reforma del Reglamento vigente realizado por el Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio. Por su parte la DA 5.^a se refiere a una aplicación informática común que presumiblemente será instrumento de coordinación no sólo entre diferentes ministerios, sino también entre distintas administraciones.

5. LA LUCHA CONTRA LA INMIGRACIÓN IRREGULAR

La Exposición de Motivos del proyecto de ley afirma como uno de sus objetivos: «Aumentar la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular» (V.3), finalidad que difícilmente encontrará oposición, porque está generalizada la idea de que la irregularidad no es buena para nadie, y, sin embargo, las previsiones que desarrollan este objetivo han sido algunas de las más polémicas hasta el momento.

En este apartado se puede incluir el incremento de algunas formas de control (registro de entrada y salida, nuevas obligaciones de los transportistas), el aumento de todas las multas, la configuración de nuevas infracciones de ayuda a la estancia irregular, las modificaciones en el procedimiento de expulsión y el alargamiento del período máximo de permanencia en un centro de internamiento, que ha sido uno de los motivos más claros de crítica.

Un punto importante de reflexión gira sobre la expulsión de los inmigrantes (medida específica del derecho de extranjería) que se yuxtapone al sistema general de sanciones leves, graves y muy graves, pero también se conecta

con el procedimiento que se utilice en la expulsión (ordinario o agravado) y con el criterio de proporcionalidad que la ley propone para la aplicación de la expulsión.

Nuevas infracciones

En la actualidad la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena puede circunscribirse a un sector de actividad y ámbito geográfico, pero si el inmigrante incumple la prohibición y se va a trabajar a otro sector u otra provincia, porque es más rentable (lo que no es infrecuente), la vulneración carece de sanción. Esta situación cambia ahora porque el proyecto de ley configura una nueva infracción leve (art. 52), consistente en el trabajo de un inmigrante en una ocupación, sector de actividad o ámbito geográfico no contemplado por la autorización de residencia y trabajo que se posee. Parece lógico que una infracción acarree una sanción, pero justamente en estos momentos de crisis económica el objetivo de procurar que los trabajadores al llegar a España acudan al tipo de trabajo y lugar asignados se contraponen con la extensión del desempleo y la urgencia de encontrar trabajo en sectores y territorios no previstos inicialmente.

También pasan a considerarse infracciones graves algunas conductas que se veían hasta ahora como parte de la picaresca que rodeaba a la irregularidad. Por una parte se amplía la ocultación o falsedad grave de datos, incluyendo los obligatorios para cumplimentar el padrón. Hasta ahora había existido en algunos sectores sociales, incluyendo a los responsables de algunos ayuntamientos, una especie de tolerancia respecto a la veracidad de la inscripción de un extranjero irregular en el padrón (especialmente sobre su domicilio); la nueva medida pretende incrementar la seriedad del empadronamiento en beneficio de todos y en particular de los inmigrantes, para los que constituye un medio –inexistente en otros países– de acceso a derechos y de relación con el país, cuando no se encuentran en una situación plena de legalidad. La norma introduce también el mandato a cualquier autoridad que conozca la infracción para que la comunique a las autoridades competentes (53.1.c).

Por otra parte, al mismo artículo 53 se le añade todo un nuevo número 2, que incluye otras conductas que pretenden completar la lucha contra la irregularidad que tanto pueden ser cometidas por españoles como por extranjeros.

La primera consiste en no dar de alta en la Seguridad Social al trabajador extranjero cuya autorización de residencia y trabajo se ha solicitado, o no registrar el contrato de trabajo que está en la base de la solicitud, cuando el empresario sabe que el extranjero se encuentra en España dispuesto a comenzar el trabajo. La infracción es coherente con el nuevo sistema en que la validez misma de la autorización depende del alta en la Seguridad Social (art. 36), medida clave que se introdujo para desincentivar la realización de falsos contratos y permisos, ya que no sirven si el empresario no comienza a pagar las cuotas a la Seguridad Social. Estará exento de la infracción el empresario que comunique a las autoridades competentes las razones sobrevenidas que impidan el inicio de la relación laboral o que pongan en riesgo la viabilidad de la empresa.

La segunda es la otra cara de la moneda de la infracción leve, ya vista, de trabajar fuera de su ámbito o actividad, cuando la realiza el empresario contratando a trabajadores en un ámbito u ocupación en que sabe que no pueden trabajar.

La tercera nueva infracción grave consiste en promover la permanencia irregular de un extranjero cuando la estancia partiera de una invitación expresa del infractor y continúe a su cargo una vez transcurrido el tiempo permitido por su visado o autorización. Ha existido también en algunos sectores una idea peculiar de la solidaridad con los inmigrantes que llevaba a multiplicar la emisión de cartas de invitación a extranjeros que después se quedaban. Ya en 2007 se había formalizado la carta de invitación que nacionales y extranjeros residentes podían enviar a familiares y amigos,⁶ y ahora se trata de introducir un grado más de

⁶ Orden PRE 1283/2007, de 10 de mayo, por la que se establecen los términos y requisitos para la expedición de la carta de invitación de particulares a favor de extranjeros que pretenden acceder al territorio nacional por motivos de carácter turístico o privado.

seriedad en la carta de invitación para que puedan funcionar correctamente los viajes legítimos de los extranjeros sin que la llegada de un familiar o un amigo para pasar unas semanas se confunda sistemáticamente con un candidato a la inmigración irregular. La norma añade que para graduar la sanción se tendrán en cuenta las circunstancias personales y familiares concurrentes.

Una nueva infracción grave se configura como el consentimiento del titular de una vivienda para que un extranjero la inscriba en el padrón como su domicilio, cuando no sea el domicilio real del extranjero. Se trata también de la otra cara de la moneda de la infracción examinada antes sobre la comunicación de datos falsos al padrón. Como ya se ha señalado, los efectos positivos del padrón condujeron años atrás a facilitar falsos domicilios, realizados o tolerados incluso por entes locales y ONG, y ahora se trata de invertir estas prácticas, justamente a favor de la seriedad del padrón.

El proyecto de ley incorpora además tres nuevas formas de infracción muy grave (letras e, f y g) a las ya existentes en el art. 54 de la ley vigente: la primera es realizar con ánimo de lucro la acción anterior, es decir, el consentimiento para que un extranjero inscriba una vivienda como domicilio sin serlo, con la diferencia de que ahora interviene el ánimo de lucro. La segunda es contraer matrimonio, simular relación afectiva análoga o constituirse en representante legal de un menor cuando se haga con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente un derecho de residencia. La última consiste en simular una relación laboral con un extranjero, cuando se haga con ánimo de lucro o para obtener indebidamente derechos reconocidos en esta ley.

Todas las multas (art. 51) se incrementan: las leves, que antes podían ser de hasta 300 euros, ahora pueden llegar hasta 500; las graves, que iban de 301 a 6.000 euros, ahora son de 501 a 10.000; y las muy graves, que antes iban de 6.001 a 60.000 euros, ahora van de 10.001 a 100.000 euros. También se aumentan las multas previstas para transportistas, sobre cuyas obligaciones se introducen además algunas variaciones.

La norma general establece que las sanciones se graduarán de acuerdo con el criterio de proporcionalidad (55.3), valorando culpabilidad, daño, riesgo y trascendencia, y respecto a la cuantía se tendrá en cuenta la capacidad económica del infractor (55.4). La ley contiene otras previsiones (decomiso, cierre de establecimiento) y los plazos de prescripción de infracciones y sanciones, pero el punto clave estriba en la posibilidad de sustitución de la multa por la expulsión del territorio español si el infractor es extranjero y si la infracción es muy grave o pertenece a ciertas categorías de las graves, entre las cuales la más general es carecer de permiso de residencia, si concurren algunos agravantes, como enseguida se verá.

Las dificultades para configurar la expulsión

Las normas anteriores pueden considerarse más o menos razonables y aún más con la introducción del principio de proporcionalidad, pero en extranjería la clave de la potestad sancionadora se encuentra en la expulsión, medida que plantea serios problemas, tanto desde el punto de vista del principio de justicia como del criterio de la eficacia de la administración pública, y a veces de ambos a la vez.

Por una parte, la previsión de la expulsión se impone de forma natural como sanción para quien ha entrado en el país de forma ilegal, o entrando de forma legal se ha quedado en él ilegalmente, porque si sólo se aplica una multa, y no la expulsión, puede pensarse que la multa compensa el riesgo de vulnerar la legalidad y, con ello, se fomenta la inmigración irregular. Alguna experiencia tenemos con la respuesta que ofreció la Ley Orgánica 4/2000, antes de su reforma por la LO 8/2000. Por otra parte, es obvio que la expulsión no debe realizarse en ciertos casos, por el peligro de persecución en el país de origen, por los lazos familiares creados aquí o por la propia situación personal del extranjero. Estas y otras circunstancias pueden configurarse como excepciones a la expulsión, sin que la misma deje de ser una medida general. Esta parece ser la posición de la directiva europea sobre retorno.

Desde otra óptica, las decisiones de expulsión deben ser ejecutadas con eficacia porque si no dan pie al mantenimiento en el país de un número de personas en situación de *alegalidad*, estatuto mucho peor que la irregularidad, porque en este caso ya se ha recibido la orden de expulsión aunque por diferentes motivos no se les consigue expulsar. Esta situación es más frecuente de lo que parece porque, tras la detención de una persona, la expulsión requiere determinar el país de origen, obtener la readmisión de su gobierno (difícil si no hay un convenio expreso) y dedicar medios económicos cuantiosos para realizar las expulsiones, por el coste de los viajes de los extranjeros expulsados y de la policía que les acompaña.

La situación del expulsado que continúa en el país, que podría remediarse con un permiso precario en tanto no se les pueda expulsar, no está prevista por la legislación, ni tampoco por la nueva ley, de modo que tales extranjeros forzosamente alimentan la economía sumergida, como mínimo. Ciertamente, a los tres años pueden intentar la regularización por arraigo, pero la situación es demasiado dura y larga para continuar en nuestro ordenamiento como simple situación de hecho.

Hasta ahora la ley permitía la expulsión en cinco supuestos de infracción grave y en cualquiera de las infracciones muy graves, previa tramitación del correspondiente expediente administrativo. La expulsión conllevaba la extinción de cualquier autorización y la prohibición de regreso a España hasta un máximo de diez años, pero no podía aplicarse (salvo por algunas causas muy graves) a los que tuvieran residencia permanente, hubieran nacido en España y pasado cinco años aquí, y otras categorías semejantes.

Lo más importante de la regulación de la expulsión hasta ahora es que la ley admitía que la situación irregular de una persona se podía resolver con la expulsión o con multa, y la jurisprudencia ha venido exigiendo que cuando la autoridad optaba por la expulsión se motivara por la especial gravedad de la infracción y, en todo caso, se respetaran los criterios formulados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para salvaguardar los lazos familiares que

tuvieran los infractores, realizando una ponderación entre la gravedad de la infracción y los perjuicios que suponía la expulsión.⁷

Ésta es la línea que sigue la nueva ley, incluyendo ahora de forma expresa en la regulación de la expulsión la consideración del principio de proporcionalidad respecto a la multa (57.1) y exigiendo que se incluya en la motivación la valoración de los hechos. Además del cambio que supone llevar a la norma el resultado de la jurisprudencia, que garantiza su generalidad, también es nueva la previsión de que la expulsión pueda revocarse en los supuestos que se determinen reglamentariamente y se toma en cuenta la posibilidad de que el extranjero posea residencia en otro país comunitario (57.4). Se mantienen las categorías de personas excluidas de la expulsión, incorporándose una especial consideración de los años de residencia que tengan los titulares de una autorización de residencia de larga duración, así como la consideración de «los vínculos creados», y se incluye expresamente la prohibición de expulsar vulnerando el principio internacional de «no devolución», que ha impuesto la jurisprudencia de los tribunales internacionales y europeos. Antes de mencionar otras reformas menores que se introducen respecto a la expulsión, la gran pregunta es si conviene dejar abierta como alternativa la multa, y si con ello –además del riesgo de incentivar la irregularidad– no se contradice la directiva europea, que no plantea semejante alternativa.

No se modifican en cambio las expulsiones en las que existe decisión del juez penal, que presentan algún elemento de automatismo criticable y se incorporan formas de protección al residente de larga duración en un país comunitario.

Entre los efectos de la expulsión (art. 58) se modifica de forma importante la prohibición de regresar, que antes era

⁷ Así la STC 140/2009 que considera contraria a la tutela judicial de la Constitución la expulsión de un extranjero realizada sin motivar por qué se optó por ella respecto a la multa y sin tener en cuenta el arraigo que manifestaba.

de tres a diez años, y ahora se deja más a las circunstancias de cada caso pero sin exceder los cinco años, salvo cuando se trate de amenaza para el orden público y la seguridad en que se mantiene el tope máximo anterior de diez años.

Hay una nueva previsión importante que permite excluir la prohibición de entrada si, en supuestos que se determinarán reglamentariamente, el extranjero abandonara el territorio nacional durante la instrucción del expediente administrativo sancionador por supuestos a) y b) del 53.1 (sin papeles). También se determinarán los supuestos en que podrá revocarse la orden de expulsión cuando abandone el territorio en el plazo de cumplimiento voluntario previsto en la orden de expulsión.

En la colaboración contra redes organizadas (art. 59) se añade como delito del que se puede ser víctima la «trata» y se introducen novedades realistas para facilitar la posible colaboración del extranjero que ha sido víctima de tráfico o trata de personas, dándole un plazo de 30 días para decidir su colaboración, proporcionando además mayor apoyo a quienes decidan colaborar.

Procedimientos ordinario y preferente de expulsión

En la legislación española de extranjería es tradicional la distinción entre estos procedimientos, que tienen como diferencia clave la sumariedad del preferente y, por ello, su tramitación en muy pocos días, de manera que la expulsión se puede realizar muy rápidamente. La norma fue impugnada ante el Tribunal Constitucional porque tal celeridad podía vulnerar el derecho a recurrir, e incluso la posibilidad de que el juez suspenda cautelarmente la medida de expulsión, como parte de la tutela judicial, del artículo 24 de la Constitución. La STC 236/2007 en su fundamento jurídico 16 abordó esta cuestión y el Tribunal ha considerado que la brevedad que impone la ley se justifica por la fácil apreciación de la conducta infractora o por su gravedad, y entiende que el juez ordinario siempre puede intervenir cautelarmente. Por tanto, el procedimiento preferente es constitucional.

Pero la clave del sistema hasta ahora consistía en que el procedimiento preferente no se limitaba a las infracciones «muy graves», sino que también abarcaba algunas «graves» e incluso la más general de ellas, la carencia de permiso de residencia.

La nueva ley introduce toda una serie de cambios porque reserva el procedimiento preferente para las infracciones más graves, ya que a partir de ahora el supuesto más general (carecer de autorización de residencia) sólo podrá seguir esta vía si tiene algún agravante como riesgo de incomparecencia, intento de evitar la expulsión o peligro para el orden público y la seguridad nacional.

Por tanto el procedimiento preferente (art. 63) se reserva para las infracciones, que ya estaban contempladas en los artículos:

- 53.1.d) y f) incumplir medidas cautelares o de orden público.
- 54.1.a) actividades contrarias a seguridad nacional.
- 54.1 b) promover inmigración clandestina.
- 57.2 condena por delito con pena superior a un año.

Además, como se acaba de subrayar, el 53.1.a), la carencia de autorización de residencia sólo puede acarrear expulsión si además hay riesgo de incomparecencia, propósito de evitar la expulsión o por infracción de orden público (ejercer derechos no equivale a intentar evitar expulsión).

Los rasgos más importantes del procedimiento preferente en todos estos supuestos son: se mantiene la asistencia jurídica y de intérprete gratuitas; sigue, tras el acuerdo de iniciación del expediente, el plazo de 48 horas para alegaciones; si no hay alegaciones ni propuesta de prueba, o si no se admitiese motivadamente, el acuerdo de iniciación se considerará propuesta de resolución, con remisión a la autoridad competente para resolver; si se acepta la prueba, se prevén tres días más para su práctica. En definitiva se han aumentado los párrafos para dar una redacción más «garantista» a la norma, pero los caracteres esenciales continúan siendo los mismos (números 2, 3 y 4).

La novedad estriba en que el artículo 63.bis diseña un procedimiento ordinario diferenciado del existente hasta ahora, especialmente porque introduce un plazo de cumplimiento voluntario de la expulsión (que no existe en el preferente). Este cumplimiento voluntario figurará en la resolución que adopte la expulsión y podrá realizarse en un plazo que dura entre siete y treinta días, comenzando a contar desde la notificación de la resolución. Además, el plazo se podrá prorrogar por circunstancias del caso, como la duración de la estancia, la afectación de niños escolarizados o la existencia de vínculos familiares que lo justifiquen.

El procedimiento se establece en el artículo 64 y tienen como principales características que, una vez expirado el plazo de cumplimiento voluntario, se realiza la detención y conducción a la frontera. Si no se puede ejecutar en 72 horas, se puede solicitar internamiento.

Se prevén supuestos tanto para la prórroga del plazo voluntario como para la suspensión de la expulsión: el mantenimiento de la unidad familiar, la atención sanitaria, la consideración de los menores presentes (según duración de la estancia, el acceso a la enseñanza) y las necesidades especiales para personas vulnerables. La norma no dice quiénes son vulnerables, pero en el anteproyecto se manejaron las siguientes situaciones: menores, incapacitados, ancianos, embarazadas, padres solos con hijos menores, y personas que han padecido tortura, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o social.

Además, se incorpora a la ley que la ejecución se hará a costa del empleador cuando hubiera sido sancionado por el 53.2.a) o el 54.1.d) y que no se precisa incoación de expediente cuando se trate del tránsito de la repatriación realizada por un Estado miembro de la UE.

Entre las medidas cautelares (art. 61) hay pocos cambios, pero uno resulta muy significativo porque el nuevo 63.bis.3 permite en el procedimiento ordinario cualquiera de las medidas salvo la letra e) que es la detención en un

centro de internamiento, de manera que el internamiento queda sólo para el procedimiento preferente de expulsión. Por tanto, se distinguirán mucho más los procedimientos: el procedimiento ordinario admite el cumplimiento voluntario y no permite el internamiento, salvo tras agotarse el período voluntario, y en cambio el procedimiento preferente carece de período voluntario para cumplir la expulsión y admite la detención en un centro de internamiento. La diferencia resulta más significativa aún por los cambios del internamiento y su posible extensión hasta 60 días.

Las modificaciones de la detención en centros de internamiento

Desde su admisión constitucional en la STC 115/1987 la detención en centros de internamiento no es considerada una sanción, sino una medida de aseguramiento para la expulsión efectiva, y, entre otras cosas, por eso se realiza en lugares que no sean establecimientos penitenciarios ni estén sometidos al régimen carcelario. También la directiva comunitaria de retorno configura la detención de la misma manera, llegando a decir que pierde su sentido si llega un momento en que se descarta que la expulsión sea factible, lo que no quita que en cambio le haya adjudicado una duración enorme, hasta seis meses, que pueden prolongarse 12 más.

Hasta ahora en España la duración máxima podía ser de 40 días y el proyecto de ley lo extiende a 60 días, con la consiguiente polémica no sólo por este alargamiento, sino también porque en la sentencia citada el TC argumentó que los 40 días se justificaban porque éste es el máximo posible para un delincuente sometido al trámite de la extradición. Si la norma fuera impugnada, ¿cómo justificaría la extensión 20 días más? Sin embargo, la duración mucho más larga que permite la directiva y la efectiva transposición de los demás estados europeos relativiza el cambio.

Por otra parte, el internamiento que inicialmente era para la expulsión y después se extendió a la devolución vuelve a ampliar su aplicación ahora a los supuestos de ex-

pulsión en sustitución de condena del artículo 57.2, según dispone el artículo 62.1, de manera que por una parte puede considerarse prácticamente general a todas las formas de alejamiento, pero por otra se excluye cuando se utilice el procedimiento ordinario, en el sentido examinado.

La nueva ley busca mejorar la decisión del juez sobre el internamiento, que es uno de los puntos negros hasta el momento, en dos aspectos, el juez competente y los criterios para su decisión.

En estos momentos el juez que decide el internamiento es el juez de guardia del lugar en que se produce la detención y la orden de expulsión, pero éste es un juez civil-penal, que no está familiarizado con la legislación de extranjería (que se aplica por la jurisdicción contencioso-administrativa), y, además, en muchas ocasiones no puede controlar el tratamiento que se da en el centro de internamiento, porque pueden estar situados a muchos kilómetros de distancia. Para evitar estos inconvenientes, que impiden realmente el control judicial, se ha barajado la posibilidad de que se encomendara la decisión a un juez de lo contencioso de la ciudad en que exista el centro de internamiento, que no cumplen normalmente labores de control de este tipo, o a una especie de juez de vigilancia penitenciaria (sin este carácter) para cuidar el buen funcionamiento del centro y de los detenidos. La decisión es remitida por el proyecto a la Ley Orgánica del Poder Judicial, que es la ley encargada de fijar las funciones de los jueces.

En la mejora de los criterios para decidir sobre el internamiento, el proyecto de ley añade la audiencia de ministerio fiscal y la introducción del criterio de proporcionalidad, junto a los indicios para la decisión que ya derivaban de la jurisprudencia constitucional y ahora se explicitan.

También ha sido criticada la introducción de la suspensión del cómputo de los plazos si el extranjero solicita asilo o *habeas corpus*, y realmente tiene poco sentido que se suspenda durante cuatro o dos días, que es lo

que se tarda en resolver, un plazo que se ha alargado ahora hasta 60 días.

El artículo 62.bis establece los derechos de los internados, y, entre sus muchos apartados, se añade un nuevo párrafo j) que permite entrar en contacto con ONG y organismos de protección de inmigrantes nacionales e internacionales, pero la mayoría ya están vigentes y en cambio la situación es manifiestamente mejorable.

Menores inmigrantes no acompañados

Aunque la nueva ley, como la vigente, trata a los menores no acompañados (art. 35) en el apartado del permiso de residencia, en realidad se advierte que toda la preocupación de las normas está volcada en su repatriación, de manera que lo trataremos aquí brevemente, tras insistir en que se trata de un tema muy delicado y difícil, para el que no se ha encontrado aún el enfoque adecuado.

En general, se mantiene el grueso de la regulación existente, incorporando pocas novedades efectivas, al margen de que alguna previsión pueda ofrecer resultados a largo plazo.

En este sentido, la primera reforma da protagonismo a las relaciones con los estados que son origen de esta inmigración, impulsando al Gobierno a promover acuerdos de colaboración con ellos dirigidos a la prevención de la inmigración irregular y el retorno de los menores no acompañados. Parece repetirse, y no es una crítica porque siempre es interesante el diálogo con los países origen de la inmigración, la estrategia de los convenios de colaboración realizados con los países africanos para que prevengan desde sus fronteras la salida de cayucos y además acepten la readmisión de los que pese a todo llegan a la frontera. Solamente que los menores presentan características muy específicas.

Esta colaboración tiene una primera concreción en la solicitud de información que el Gobierno dirigirá a la representación diplomática del país de origen sobre las circunstancias

familiares del menor, como paso previo a la decisión de iniciar un procedimiento de repatriación.

La segunda novedad estriba en una mayor participación del menor en el procedimiento que decidirá su repatriación, porque se le debe dar audiencia «si tiene suficiente juicio» (lo que se supone en todo joven capaz de realizar la travesía para llegar a España), y aquellos que tengan entre 16 y 18 años pueden intervenir personalmente o mediante representante en los procedimientos administrativo y en su caso judicial de repatriación. Esta norma resuelve afirmativamente la polémica que se había planteado sobre si el menor podía tener una asistencia jurídica diferente a la proporcionada por la protección de menores, que al fin y al cabo es también administración.

Si hay repatriación se hará mediante la «reagrupación familiar»⁸ (¿?) o la entrega a los servicios de protección de menores, según dice la ley, siguiendo el principio de interés superior del menor. En la misma línea de solución polémica y un punto cínica, se añade que la autorización no será obstáculo para la repatriación y que la ausencia de autorización no impide el reconocimiento de los derechos del menor (art. 35.4). Finalmente, se remite al Reglamento la fijación de las condiciones que deben cumplir los menores tutelados para renovar su autorización cuando se hagan mayores de edad, que es uno de los principales problemas actuales.

6. INTEGRACIÓN

Si en los últimos diez años se ha incorporado a España alrededor de cinco millones de nuevos residentes, parece evidente que la integración entendida como mejora de la convivencia correcta entre los distintos grupos de nacionales y de inmigrantes resulta un objetivo de la mayor importancia. En otros países con mayor experiencia que nosotros este objetivo ha generado políticas públicas diversas, con elementos polémicos en cada una de las direcciones

⁸ Utilizar esta expresión para referirse a la repatriación del menor que se devuelve a la familia, aparte de no ser correcto, resulta sardónico.

(Francia, Gran Bretaña), y en ocasiones cambiantes, dentro del mismo país, como por ejemplo en Holanda.

En España la ley vigente aludía a esta función en su título (Ley de los derechos y libertades de los extranjeros y de su *integración social*), pero apenas añadía nada más en su articulado y tampoco se ha producido un debate serio sobre la orientación que podría seguirse, más allá de una polémica en el período electoral de 2008 en que el Partido Popular asumió la propuesta de contrato del inmigrante impulsada en Europa por Sarkozy, y el Partido Socialista se opuso firmemente a esta orientación.

En contraste con este vacío legal algunos ayuntamientos que recibían un porcentaje importante de población inmigrante comenzaron a plantearse políticas locales de integración ya hace más de una década. También algunas comunidades autónomas se plantearon actividades expresas en los ámbitos de su competencia, especialmente en educación, sanidad y servicios sociales, e incluso elaboraron planes de integración, con este o parecido nombre. Por su parte el Estado ha elaborado ya varios planes plurianuales, con una incidencia real muy debatible, hasta el vigente Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (1007-2010), y la propia Unión Europea ha reflexionado sobre la cuestión y ha elaborado diferentes documentos.

Existe por tanto madurez suficiente para colocar como principal estrategia actual la integración: la ley parece compartir esta opinión porque en la Exposición de Motivos (V) dice que uno de sus objetivos principales es «reforzar la integración como uno de los ejes centrales de la política de inmigración que, teniendo en cuenta el acervo de la Unión Europea en materia de inmigración y asilo, apuesta por lograr un marco de convivencia de identidades y culturas».

Sin embargo, la ley sólo dedica un artículo, el 2bis, a la integración. En un primer apartado impulsa a todos los poderes públicos a procurar la integración «en un marco de convivencia de identidades y culturas diversas sin más lí-

mite que el respeto a la Constitución y la ley». En un segundo apartado considera que la integración es un objetivo que debe incorporarse de forma transversal a todas las políticas públicas y que, además, requiere acciones formativas para difundir los valores democráticos y el conocimiento de las lenguas que se hablan en el territorio español. Por último se alude a la colaboración entre las distintas administraciones públicas para conseguir los objetivos anteriores y, más en concreto, a su actuación en el marco del plan estratégico y con cargo a un fondo estatal que se dotará anualmente.

En realidad, el contenido de este artículo es más importante de lo que parece porque tanto las actividades públicas locales y autonómicas como la relación entre municipios, comunidades y Estado están funcionando bastante bien gracias a la puesta en marcha del Fondo de Apoyo a la Integración y la ley recoge su continuidad, aunque afirmando que se dotará anualmente.

El Fondo de Apoyo a la Integración se creó en 2005 por el Gobierno central con la finalidad de reforzar las actividades de municipios y comunidades autónomas dirigidas a este fin, concretamente destinando a la educación (competencia autonómica) el 50% y a las actividades municipales el 40%, de una cifra que ya inicialmente fue importante y en los últimos años ha oscilado en torno a los 200 millones de euros.

El Fondo se desarrolla mediante la celebración de convenios entre el Estado y las comunidades autónomas atribuyendo los recursos conforme a una serie de criterios que ponderan el volumen de población inmigrante, de acuerdo con distintas variables, y la posterior distribución de los recursos que las comunidades autónomas realizan entre sus municipios con mayores necesidades.

Esta experiencia está resultando positiva porque permite la intervención de las distintas instancias políticas, el Estado programando y financiando las nuevas necesidades, las comunidades atendiendo directamente educación y orientando el resto de las políticas sociales y los ayuntamientos

aplicando las medidas concretas en materia de acogida, servicios sociales, etc.

Pero otras muchas incógnitas se plantean al hablar de integración de la inmigración, sin que la ley las resuelva. Quizás este primer paso sirva para estimular un diálogo sobre las experiencias realizadas fuera y dentro de España en este campo. También pueden resultar muy positivos los progresos en el reconocimiento del derecho de sufragio, aunque sean al margen de esta ley. En todo caso, no hay que olvidar que en España somos cinco millones más de personas desde hace pocos años –además, de culturas diversas– y son precisas políticas públicas específicas para evitar los conflictos, más aún en épocas de crisis. El debate parlamentario del proyecto de ley podría centrarse en la ampliación de las políticas favorables a la integración.

7. LA APROBACIÓN DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

Cuando el Anuario está a punto de salir de imprenta, el Congreso de los Diputados ha aprobado el texto del proyecto de Ley de Extranjería (Boletín del Congreso, 6 de noviembre), introduciendo algunos cambios importantes, que probablemente ya no se modificarán en el Senado, dada la correlación de fuerzas que se ha producido en su aprobación, y por tanto será la versión definitiva de la ley. Tanto los cambios como el probable carácter definitivo del texto aprobado animan a redactar esta nota de urgencia.

Tras superar tres enmiendas a la totalidad presentadas por el PP, PNV y ERC-IU, el proyecto de ley recibió 700 enmiendas al articulado y muchas han sido aceptadas parcialmente (un 40% se dijo en el debate), de manera que se han producido cambios interesantes y notables, hasta el punto que el texto final fue aprobado por algunos grupos parlamentarios que inicialmente estaban recelosos (CiU y CC; BNG se abstuvo) e incluso por alguno que al principio era abiertamente contrario (PNV).⁹

⁹ El Diario de Sesiones de 21 de octubre, que recoge el debate del pleno, refleja este esfuerzo de varios grupos por alcanzar acuerdos, así como el reconocimiento a la ponente socialista por su apertura.

En general, puede decirse que los cambios han ampliado la participación de las comunidades autónomas (CCAA), han concretado algunos elementos de la política de integración (en parte atribuida a las CCAA) y han mejorado elementos concretos como la protección a las víctimas de la trata de personas, la trasposición de un nuevo tipo de residencia y trabajo (profesiones altamente cualificadas), la mejora del control de los centros de internamiento y la coordinación entre las diferentes instancias, con la mención expresa al principio de solidaridad entre territorio.

En el análisis del proyecto de ley he apuntado la importancia extraordinaria que tiene en la actualidad la integración de los inmigrantes, justamente por el volumen de la población inmigrante llegada en pocos años, e incluso por las dificultades adicionales que provoca la crisis económica, y también he afirmado que la nueva ley avanzaba en esta dirección –sobre todo, mediante la referencia al Fondo de Apoyo a la integración–, pero de manera insuficiente. Las reformas introducidas en el Congreso han añadido algunos progresos, especialmente en torno a los informes que emitirán los ayuntamientos y las CCAA sobre el grado de conocimiento de las lenguas y las culturas de España que posea cada inmigrante, y por ello sobre la asistencia a cursos programados para proporcionar estos conocimientos (programas de integración sociocultural y lingüística, art. 19). Éstos resultan importantes para las renovaciones de permisos (31.7) y para el arraigo (68). También juega un papel semejante el acreditar la escolarización de los hijos para la renovación de la residencia y la adquisición de la residencia de larga duración (9.4).

Un segundo eje de los cambios introducidos en el debate parlamentario del Congreso corresponde al aumento de las funciones de las CCAA, que algo debe tener que ver con el apoyo a la ley de CiU, PNV y CC (ERC votó en contra) pero que también responde, por una parte, a las reformas de los Estatutos de Cataluña y Andalucía, que han reconocido competencias para decidir sobre la autorización inicial de trabajo (38.3 y DA9^a para la contratación en origen) y, por otra, sobre el papel que lógicamente deben desarrollar las CCAA en las políticas de integración, que en

mi opinión resulta una competencia compartida por todas las instancias (UE, Estado, CCAA y entes locales), conectada de cerca con la cultura en un sentido amplio, y que la ley contempla no sólo en general (19), sino también en relación con informes de arraigo (68) y nacionalización por residencia (DF5^a).

Un punto concreto, importante en sí mismo y muy delicado, se abre decisivamente a las CCAA al considerar la posibilidad de que éstas concluyan acuerdos con los gobiernos de los países de origen de los Menores Inmigrantes No Acompañados (MINA) para realizar políticas que impulsen a los jóvenes a permanecer en su entorno (35.2). Esta línea generaliza la experiencia iniciada por alguna comunidad autónoma que ha colaborado en la creación y gestión de alguna escuela en Marruecos, con la intención de compensar el impulso de los más jóvenes a la emigración clandestina, pero la apuesta es muy fuerte, porque si saliera bien generaría una enorme demanda.

Hay otros puntos concretos de interés, que han surgido del debate parlamentario, como la introducción del período de reflexión para alcanzar mayor eficacia en la persecución de los culpables de la trata de personas (59.bis), la extensión de la responsabilidad del subcontratista que tiene trabajadores en situación irregular al contratista principal, si es conocedor de la situación; el esfuerzo por un efectivo control de la situación en los centros de internamiento con su atribución a un segundo juez, del lugar en que se encuentra el centro (62.7) y la concreción de algunos puntos para mejorar la coordinación entre las CCAA y el Estado, y quizás también de los ayuntamientos, aunque me parece que esto va a depender cada vez más de las comunidades autónomas.

BIBLIOGRAFÍA

AJA, E.; ARANGO J. *Veinte años de inmigración en España*. Barcelona: Fundació CIDOB, 2006.

AJA, E.; MOYA, D. «El derecho de sufragio de los extranjeros residentes». En: AJA, E.; ARANGO, J.; OLIVER, J. *La inmigración en la encrucijada*.

Anuario de la Inmigración en España 2008. Barcelona: Fundació CIDOB, 2008, P. 64-81.

Boletín Estadístico de Extranjería e Inmigración. No. 20, mayo de 2009 P. 3. Observatorio Permanente de la Inmigración.

GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus. «Les pasteres també arriben al Tribunal Constitucional». En: LARIOS, M. J.; NADAL, M. (dirs.) *L'estat de la immigració a Catalunya, Anuari 2005*. Vol. 1. Barcelona: Ed. Mediterrània, 2006. P. 101-114.

LARIOS, M.J. «Las Comunidades Autónomas: Cataluña». En: AJA, E.; MONTILLA, J. A.; ROIG, E. *Las Comunidades Autónomas y la inmigración*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. P. 285-316.

LARIOS, M.J.; NADAL, M. (dirs.) *L'estat de la immigració a Catalunya, Anuari 2005*. Vol. 1. Barcelona: Ed. Mediterrània, 2006.

MONTILLA, J.A. «El derecho a la reagrupación familiar». En: AJA, E. (coord.) *Los derechos de los inmigrantes en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. P. 159 y ss.

SANTOLAYA, Pablo. *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. P. 143 y ss.

VIDAL FUEYO, María del Camino. «La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007». *Revista española de derecho constitucional*. No. 85. Madrid, 2009. P. 353-379.