



B.
GRUPO DE TRABAJO SOBRE BASES LEGALES

9 PROPUESTAS DEL GRUPO DE TRABAJO SOBRE BASES LEGALES



9.1 Derecho Administrativo:

Necesidad de un Derecho Administrativo único con un solo concepto de administrado: los principios y garantías deben ser los mismos para todos.

Es cierto que hay procedimientos específicos, en los que hay determinadas diferencias y limitaciones, pero éstas deben ser razonables, establecerse con criterios muy claros y justificarse con los límites de la Constitución.

9.2 Arraigo, razones humanitarias, colaboración con la Justicia y Administración y circunstancias excepcionales:

Debe conjugarse las autorizaciones de residencia por arraigo, razones humanitarias, por colaboración con la Justicia y la Administración y por circunstancias excepcionales.

2.1) Arraigo:

Aunque es contradictorio, hay acuerdo unánime en que debe establecerse un mecanismo racional para resolver aquellos casos en que fracase el régimen sancionador (expulsiones inejecutables, largos períodos de estancia irregular en España...).

Al contemplar la figura del arraigo, debe trasladarse la definición jurisprudencial que se viene haciendo desde el año 1991. En esta línea debería considerarse que existe arraigo cuando concurren circunstancias como las siguientes:

- Personales: se trata de un derecho de naturaleza subjetiva (hijo de mi padre, nieto de mi abuelo ...) que no debe someterse a plazo ni a ninguna circunstancia excepcional, incluso aunque se tenga una orden de expulsión por estancia irregular en España.
- Laborales: conectado con la circunstancia del desempeño de una actividad laboral, sea por cuenta propia o por cuenta ajena.
- Arraigo por determinado plazo de permanencia en España: este supuesto debe mantenerse con carácter residual. Si no concurren las circunstancias anteriores, debería considerarse que, la permanencia en España durante un determinado periodo de tiempo, debería permitir igualmente la obtención del permiso por arraigo.

Igualmente, se propone que esta figura sirva para los que tienen expulsiones inejecutables.

2.2.) Razones humanitarias:

Deben incluirse aquéllas que tienen un determinado nivel de determinación, por ejemplo: tratamiento médico, situaciones de violencia, de violencia de género... A la mujer maltratada debería concedérsele la autorización de residencia por razones humanitarias, esté o no regular tanto ella como su pareja. Es evidente que si a una mujer se la expulsa a su país de origen, al igual que a la pareja que la ha maltratado, su vida está en grave riesgo.

2.3) Colaboración con la Justicia y Administración españolas.

2.4) Por circunstancias excepcionales:

Se consideró que no se pueden definir ni regular, porque por su naturaleza no pueden preverse, por algo son excepcionales.

9.3 Vías migratorias:

¿Régimen general o contingente?

La mayoría opinan que debe haber una vía esencial, que es el **régimen general**, y una vía residual, que es la del **contingente**.

3.1) Régimen General (Situación Nacional de empleo)

Sí, como procedimiento esencial para la regularización de trabajadores extranjeros. Se acepta que debe respetarse la situación nacional de empleo, pero para ello es necesario rectificar las deficiencias que tiene el sistema actual:

- Es imprescindible la gestión de la oferta de trabajo, para ver si efectivamente hay o no trabajadores españoles o extranjeros con autorización de residencia y trabajo que quieran o puedan realizar ese trabajo.
- Cuando se solicita un trabajador al INEM, éste expide un certificado en el que consta el número de demandantes y otro en el que consta el resultado de la gestión, éste último es imprescindible para una correcta aplicación del criterio de la situación nacional de empleo.
- Es necesario que el certificado que emita el INEM sea individual, al menos cuando éste sea positivo.
- Los epígrafes del INEM permiten la segregación de las distintas actividades en epígrafes específicos, es necesario que cada actividad quede referenciada según su epígrafe específico y que cuando se certifique si hay demandantes de empleo en una actividad, el certificado se refiera al epígrafe concreto relativo a esa actividad. Por ejemplo, bajo el epígrafe de servicio doméstico quedan incluidas las siguientes actividades: limpieza de oficinas, limpieza de cristales de edificios y chóferes/mecánicos privados.

3.2) Contingente.

¿Debemos hablar de contingente o contingentes ?

Un único contingente no puede contemplar todos los sectores, por lo que se opta por un sistema de contingentes, más que de contingente. Hablaríamos, por ejemplo, de:

- Un contingente sectorial y territorial: ante una necesidad constatada de mano de obra, debería mirarse si hay gente irregular que esté realizando, o pueda realizar, ese trabajo. En caso de que fuera así, previo acuerdo de las organizaciones sindicales y empresariales, debería fijarse un contingente (sería un sistema similar al que existía hace años en España y permitiría luchar contra la economía sumergida).
 - Contingente sectorial de ámbito nacional: por ejemplo, necesidad de enfermeras en GB, o la necesidad de cuidadores de personas dependientes que puede aparecer en España dentro de 10 años.
 - Contingentes de trabajo temporal: Por ej. para Marruecos y Latinoamérica

Deberían establecerse unas normas fijas que permitieran fijar contingentes de un tipo u otro en función de las necesidades.

3.3) Visados de búsqueda de empleo.

Se plantearon dos alternativas:

- Mantenerlos dentro del contingente,
- Dirigirlos a aquellos países con los que no hay convenio, que no son beneficiarios de las plazas de contingente; funcionando, entonces, como medida para el cumplimiento del compromiso de solidaridad internacional asumido por España.

3.4) Reagrupación familiar

Se plantea que el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar debe estar sujeto únicamente a que el extranjero goce de cierta estabilidad en el territorio de España, sin que sea menester que haya renovado su permiso o haya residido durante determinado periodo de tiempo.

3.5) Mecanismos de protección internacional

Se plantea si pueden introducirse restricciones o cupos para los supuestos de asilo político.

España debe cumplir su compromiso internacional con relación al reasentamiento de refugiados.

Ante la situación actual en que se ha desplazado la competencia del control de fronteras a las empresas transportistas ubicadas en los países de origen, se ve la necesidad de crear un sistema ("habeas corpus", Defensor del Pueblo, Juez de inmigración ...) al que se pueda recurrir en caso de que se impida a una persona desplazarse a España.

9.4 Renovaciones de los permisos

En la actualidad hay muchos problemas con las renovaciones de los permisos: exigencia de largos períodos de cotización, lentitud en la resolución, falta de certificación del silencio positivo ...

Por consiguiente, hay un consenso alrededor de la necesidad de agilizar la tramitación de las renovaciones.

Hay también un acuerdo unánime, en que la regla general debería ser la renovación, y en función de este criterio se hacen varias propuestas:

- Que en el momento de la caducidad de la autorización de residencia o residencia y trabajo la Administración, con base a la información que le consta (alta en la S.S...), notifique directamente al interesado que su autorización ha sido renovada.
- Que se conceda directamente un permiso a largo plazo con cláusula de revisión. Por ejemplo, se concede un permiso por 5 años que debe pasar una revisión al inicio del 2º y el 4º año.

La Administración podría revocar este permiso si durante su vigencia el extranjero incurriera en alguna causa de resolución (ej: infracción penal, administrativa...). Es decir, se trataría de una concesión sujeta a condición resolutoria.

Con esta propuesta se puede plantear de nuevo el problema del silencio positivo, porque si en el momento de la presentación de la revisión la Administración se toma más de 3 meses para resolver, estaremos en la misma situación que la actual: un documento que no ha pasado la revisión y sin un certificado de silencio positivo.

9.5 Expulsión de los extranjeros

5.1) Supuestos que pueden conducir a la expulsión:

Se reflexiona especialmente sobre el supuesto previsto en el [art. 53.a\) de la Ley \(encontrarse irregularmente en territorio español\)](#). En relación con el mismo, se pone de manifiesto que no todas las irregularidades deberían tener la misma consideración jurídica, en la medida en la que tampoco tienen la misma trascendencia económica y social.

Por esta razón, se considera oportuno distinguir entre los diferentes tipos de irregularidades en los que puede incurrir un extranjero y, consecuentemente, definir sanciones que constituyan un castigo proporcional a las mismas, en función de su gravedad.

En esta línea, se considera que la irregularidad de un extranjero que está incorporado al mercado de trabajo nacional debería ser sancionada con una simple multa disuasoria. Paralelamente, se debería conceder un permiso de residencia y trabajo "provisional", al extranjero irregular; es decir, un permiso que habilitara la permanencia del extranjero en España durante el periodo de 1 año (sin permitirle, no obstante, disfrutar de algunos de los derechos que se reconocen a los extranjeros que han obtenido el permiso siguiendo los cauces legalmente previstos; así, no tendría derecho a reagrupar a sus familiares, tampoco a salir del país...). Ello no obstante, transcurrido el periodo de 1 año, estaría en disposición de obtener un permiso inicial, con la sola presentación de un contrato de trabajo.

Así mismo, además de la consideración de la circunstancia del trabajo, se proponen otros criterios que deberían tomarse en consideración por la nueva Ley al definir los diversos tipos de irregularidades: el tiempo de estancia irregular, la concurrencia de irregularidad desde el momento de la entrada en el territorio español, la existencia de una tramitación de un permiso en curso...

Por otro lado, se propone la conveniencia de eliminar la causa de expulsión tipificada en el art. 53.f) (realización de actividades contrarias al orden público), en la medida en la que se considera que estas actividades ya tienen una sanción generalmente prevista para todos los ciudadanos en la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

Tampoco parece adecuado el mantenimiento de la expulsión en los supuestos previstos en el art. 57.2 de la Ley (haber sido condenado por una conducta dolosa que constituya un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a 1 año), por conculcación del principio constitucional *non bis in idem*. Así como la posibilidad de sustituir una pena de privación de libertad inferior a 6 años por la expulsión, prevista en el art. 89 del Código Penal, en la medida en la que no asegura la adecuada represión de la conducta delictiva.

5.2) Sanciones alternativas a la expulsión:

Si bien hasta el momento actual el régimen sancionador de las infracciones en materia de extranjería se ha apoyado principalmente en la sanción de expulsión, se coincide en mantener una posición crítica frente a esta sanción.

Se manifiesta una coincidencia general en la necesidad de reflexionar más detenidamente con el objetivo de encontrar sanciones susceptibles de sustituir a la expulsión, que puedan constituir una respuesta más eficaz y proporcionada ante las infracciones al régimen de extranjería.

Dichas sanciones alternativas deberían reunir tres características: tener efecto disuasorio, efecto retributivo sobre los verdaderos culpables de las infracciones administrativas y posibilidad de modulación, en atención a la gravedad de la conducta castigada.

En esta línea podría explorarse, igualmente, la sustitución de la sanción de expulsión por una salida obligatoria, sin prohibición de entrada, para aquellos casos en los que, no existiendo reincidencia, el extranjero reconociera su responsabilidad y se comprometiera a ejecutar voluntariamente la salida.

5.3) Ejecución de la sanción de expulsión:

Es evidente que la mayoría de las resoluciones de expulsión decretadas no son ejecutadas y que ello provoca la permanencia de una bolsa de extranjeros irregulares, que no pueden acceder a ningún permiso y están condenados a mantenerse en la oscuridad.

En la medida en la que esta situación no beneficia a nadie, se considera conveniente ofrecer soluciones para aquellos casos en los que el mecanismo represivo del estado haya fracasado, al no haber sido ejecutada la sanción.

En relación con esta cuestión, se valora especialmente la solución apuntada por el documento que acaba de publicar el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Cataluña titulado: "Vía catalana para el desarrollo del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000". Una solución que consiste en la concesión de una autorización de residencia y trabajo a precario, la cual debería tener validez en tanto no fuera ejecutada la sanción.

Por otro lado, se comenta igualmente la necesidad de reconsiderar el periodo de prescripción de la sanción de expulsión, que debería disminuirse. Además se plantea la necesidad de alterar el sistema de cómputo de la prescripción. Se coincide en que dicho plazo debería computarse a partir de la fecha de la firmeza de la resolución por la que se impone la sanción, sin que deba añadirse al cómputo el periodo de prohibición de entrada.

5.4) Procedimiento de expulsión:

Se mantienen posiciones distintas. Unas abogan por la eliminación del procedimiento preferente y el mantenimiento de un solo procedimiento ordinario, que permita garantizar el ejercicio material del derecho a la defensa.

Otras posiciones, en cambio, apoyan el mantenimiento del procedimiento preferente, pero incrementando las garantías de la forma siguiente: previsión de un plazo para la presentación de alegaciones de 10 días; obligación de la doble notificación (al extranjero y a su abogado) de todos los actos sustanciados en el curso de este tipo de procedimientos; así como el establecimiento de un periodo de duración del procedimiento administrativo acorde con la naturaleza excepcional y urgente del procedimiento, es decir, prever la caducidad del mismo si no ha sido resuelto dentro de un corto periodo de tiempo.

9.6 Medida cautelar de detención e internamiento de los extranjeros

6.1) Detención del extranjero:

Existe una especial preocupación en aclarar el momento a partir del cual debe considerarse que se ha practicado una detención; momento que constituye el "dies a quo" en el cómputo del plazo de 72 horas, a partir del cual sólo puede prolongarse la privación de libertad en la medida en la que se resuelva el internamiento del extranjero.

En relación con esta cuestión, se acuerda que dicho plazo debe iniciarse desde que la autoridad priva de libertad al extranjero, obligán-

dole a que le acompañe a las dependencias policiales para su identificación. Régimen que debe aclararse normativamente dada la confusión de los cuerpos de seguridad, así como su tendencia a posponer su iniciación en detrimento del derecho de libertad deambulatoria del extranjero.

6.2) Internamiento de los extranjeros:

Por cuanto hace referencia a la autoridad competente para acordar el internamiento de los extranjeros, se converge en la necesidad de que continúe siendo la judicial. Ello no obstante, parece más adecuado que en lugar de los Jueces de Instrucción, sean los Juzgados de lo Contencioso-administrativo los encargados de adoptar estas resoluciones. Así mismo, debería asegurarse legalmente que el juez que se pronuncie sobre la detención, no coincida con el que más tarde deba conocer sobre un hipotético recurso interpuesto contra la sanción de expulsión; para evitar que su juicio pueda sufrir contaminación alguna, al realizado en ocasión de la adopción de la medida cautelar.

Se insiste en la necesidad de relegar la utilización de esta medida para aquellos casos más excepcionales, en los que no pueda garantizarse de ninguna otra forma el cumplimiento de la sanción de expulsión y, además, sea evidente que la misma va a ejecutarse durante el periodo de internamiento.

También se propone la reducción de su duración a un periodo máximo de 30 días.

Finalmente, en relación con las condiciones que deberían regir este tipo de internamiento no penitenciario, se coincide en considerar que debería estar sometido a la custodia exterior de la policía y tutelado, en el interior, por funcionarios asistentes sociales, dada la vulnerabilidad del colectivo internado.

Por otro lado, en la medida en la que estos extranjeros no sufren ningún castigo ni han sido privados de otros derechos que no sea el deambulatorio no debería impedirseles el uso del teléfono móvil, deberían tener acceso a internet -previo pago-, etc. Lógicamente, los Juzgados de lo Contencioso-administrativo deberían hacerse cargo también de la vigilancia del adecuado funcionamiento de estos Centros.

9.7 Protección internacional de los extranjeros

7.1) Medidas para facilitar el acceso al asilo.

Con carácter general, se coincide en que el grado de desarrollo de los instrumentos de control de fronteras está constituyendo un verdadero obstáculo para el ejercicio del derecho a solicitar asilo en España. Por esta razón, se reflexiona sobre la procedencia de establecer alguna medida capaz de contrarrestar el efecto de los instrumentos dispuestos para el control de flujos. Concretamente, se discute la conveniencia de la creación de una nueva modalidad de visado, el visado para asilo, y el establecimiento de la posibilidad de prever el asilo por vía diplomática en el propio país de procedencia del extranjero.

Si bien éstas podrían ser medidas que eliminaran los obstáculos de acceso al territorio español, acercando la ventanilla de solicitud al país de origen; se coincide en que su funcionamiento habitual podría conllevar graves problemas de relación internacional entre España y el país de procedencia y, además, no podría evitarse que el extranjero recibiera represalias del Estado, al no poder dotársele de adecuada protección en su país de origen, en tanto no emprendiera su viaje hacia España. Por esta razón, se considera que cuando puedan concurrir motivos que permitieran admitir a trámite una solicitud de asilo, las misiones diplomáticas de España en el extranjero, simplemente deberían tener instrucciones de facilitar un visado turístico inmediatamente, en virtud del cual el extranjero pudiera iniciar su viaje a España.

7.2) Supuestos que deben permitir la solicitud de asilo

Se comenta que los supuestos recogidos en el Convenio sobre el estatuto de los refugiados, hecho en Ginebra el 28 de julio de 1951, deberían ser actualizados, en la medida en la que no recogen adecuadamente todos los casos en los que hoy debería ofrecerse protección internacional a través de la figura del asilo. Así por ejemplo, no contemplan el asilo por persecución a causa de la orientación sexual.

En la medida en la que cualquier enumeración puede quedar superada por el transcurso del tiempo y la evolución histórica, se considera que una solución legislativa podría consistir en considerar que deben gozar de asilo todos aquellos que hayan visto vulnerados alguno de los derechos fundamentales. Ello no obstante, no se concretó cuáles eran los derechos incluidos en este concepto.

7.3) El papel de los transportistas

Teniendo en cuenta la responsabilidad que el ordenamiento jurídico atribuye al transportista que conduce al territorio español a un extranjero que no cuenta con los documentos oportunos, y que esta circunstancia obstaculiza el traslado al territorio español de aquellos extranjeros que pretenden solicitar asilo y no cuentan con visado; se considera oportuno que la Ley continúe previendo como causa exculpante de la responsabilidad de la compañía de transporte, el hecho de que el extranjero solicite asilo y su petición sea admitida a trámite.

Por otro lado, se expresa la preocupación ante la situación actual en la que, de hecho, se está atribuyendo un primer control de fronteras en el exterior a las compañías de transporte, sin dar ninguna alternativa al extranjero para contactar con la autoridad española en el caso de que la compañía rechace trasladarlo a España por falta de los documentos oportunos.

En estos supuestos debería arbitrarse un sistema que permitiera que el extranjero contactara directamente con las autoridades españolas, únicas preparadas para la adopción del juicio oportuno.

9.8 Conveniencia del desarrollo de una administración especializada para hacerse cargo de la aplicación de la normativa de extranjería.

La Comisión confluyó en dos premisas básicas:

- a) Que el tratamiento del fenómeno migratorio no puede realizarse desde una organización administrativa que se base en un enfoque sectorial de la realidad (trabajo, interior, sanidad, educación...). Al contrario, la complejidad y multidisciplinariedad del fenómeno, exige un tratamiento integrado, que permita diseñar soluciones eficaces, por haber tenido en consideración todos los aspectos; y que garantice la coordinación de las diversas acciones sectoriales en materia de extranjería.
- b) Que en la medida en la que la política de inmigración está integrada por varios brazos, en algunos de los cuales tiene un especial protagonismo la intervención de las CC.AA.; la organización administrativa a la que se confía la aplicación del derecho de extranjería, debe contar con la presencia y participación activa de las CC.AA.. Es decir, debe constituir un foro de deliberación obligada entre los poderes públicos con competencia sobre esta materia, y de búsqueda de soluciones consensuadas.

Sentadas estas dos premisas, se consideró que una de las soluciones organizativas que podía ser oportuna era la constitución de una Agencia administrativa especializada, que asumiera todas las competencias del Estado en esta materia y cuyo órgano de dirección deberían estar representados los distintos poderes públicos con competencias en esta materia. Una solución organizativa que, por otro lado, contaba con la ventaja de eliminar el carácter político de la gestión de la extranjería.

Por otro lado, se insistió especialmente en la necesidad de modificar la organización consular actual siguiendo el principio de especialización propugnado mediante la creación de una Administración "ad hoc" como la prevista en el párrafo anterior.

Esto significa que la Agencia debería contar con una presencia activa en los consulados de España, mediante la asignación de un "Departamento", en ellos, en el que asumiera directamente la tramitación burocrática de todos los asuntos en materia de extranjería y, además, pudiera desarrollar funciones paralelas a las que realiza el INEM, pero en el exterior.