



Consejo de Estado: Dictámenes

Número de expediente: 786/2009 (TRABAJO E INMIGRACIÓN)

Referencia: 786/2009

Procedencia: TRABAJO E INMIGRACIÓN

Asunto: Anteproyecto de la Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

Fecha de Aprobación: 25/6/2009

TEXTO DEL DICTAMEN

El Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día 25 de junio de 2009, señores que al margen se expresan, emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

"En cumplimiento de una Orden comunicada de V. E. de 12 de mayo de 2009, con registro de entrada el mismo día, el Consejo de Estado en Pleno ha examinado, con carácter urgente, el expediente relativo al Anteproyecto de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

ANTECEDENTES

Primero. Contenido del anteproyecto

El anteproyecto sometido a consulta, de fecha de 11 de mayo de 2009, se inicia con una exposición de motivos que hace referencia a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y a las tres reformas posteriores, especialmente la realizada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, que motivó la presentación de varios recursos de inconstitucionalidad, resueltos por el Tribunal Constitucional declarando la inconstitucionalidad de los artículos que imponían para el ejercicio de unos derechos fundamentales la residencia legal en España. Seguidamente, se afirma que cada vez son más las normas comunitarias que deben ser incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico, citando una serie de Directivas adoptadas en los últimos años, alguna de cuyas normas es preciso incorporar. En tercer lugar se hace mención a la nueva dimensión de la inmigración en España y a la respuesta normativa que requiere. En consecuencia, la reforma que se propone se justifica por la necesidad de incorporar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, dando una nueva redacción acorde con la Constitución, a los artículos de la misma que se han declarado inconstitucionales, la de incorporar las Directivas europeas sobre inmigración que están pendientes de transposición o que no se han transpuesto plenamente, y la de adaptar la Ley Orgánica a la nueva realidad migratoria en España que presenta unas características y plantea nuevos problemas respecto de los que existían cuando se aprobó la última reforma de la ley.

Como objetivo de la reforma se señala el establecer un marco de derechos y libertades de los ciudadanos extranjeros que garantice a todos el ejercicio pleno de los derechos fundamentales y el ejercicio progresivo de los restantes derechos en función del período de residencia legal en España, el perfeccionar el sistema de canalización legal y ordenada de los flujos migratorios y reforzar la vinculación de los mismos a la capacidad de acogida y a las necesidades del mercado de trabajo, el aumentar la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular, reforzando los medios e instrumentos de control y los sancionadores, especialmente por lo que se refiere a quienes faciliten el acceso o permanencia de la inmigración ilegal en España, agravando el régimen sancionador en este caso y, reforzando los procedimientos de devolución de los extranjeros que han accedido ilegalmente a nuestro país, el favorecer la integración de los inmigrantes haciendo de la integración uno de los ejes centrales de la política de inmigración, el adaptar la normativa a las competencias de ejecución laboral previstas en los Estatutos de Autonomía que inciden en el régimen de autorización inicial de trabajo, así como potenciar la coordinación de las actuaciones de las Administraciones Públicas con competencias que asimismo inciden en materia de inmigración y reforzar la cooperación entre ellas con el fin de prestar un servicio más eficaz y de mejor calidad a los ciudadanos, y reforzar e institucionalizar el diálogo con las organizaciones sindicales y empresariales así como con las organizaciones de inmigrantes en la definición y desarrollo de la política migratoria.

Seguidamente, se exponen las líneas fundamentales de las modificaciones contenidas en el anteproyecto.

El anteproyecto de Ley Orgánica consta de un artículo único sobre las modificaciones que se introducen en la Ley 4/2000, de 11 de enero, en su articulado y en sus disposiciones adicionales, y de tres disposiciones adicionales, de una disposición derogatoria única y de cuatro disposiciones finales.

El artículo único, en su número 1 da una nueva redacción al apartado 3 del art. 1, y en su número 2 a la letra b) del art. 2.

En el número 3 introduce un nuevo art. 2 bis sobre la política migratoria, y el número 4, un nuevo art. 2 ter, sobre integración de los inmigrantes.

El número 5 da una nueva redacción al apartado 2 del art. 3, para suprimir el inciso "de los extranjeros".

El número 6 da una nueva redacción al art. 4 para exceptuar de la necesidad de la tarjeta de identidad de extranjero a los titulares de un visado de residencia y trabajo temporal.

El número 7 da una nueva redacción al art. 5, sobre el derecho a la libertad de circulación.

El número 8 da una nueva redacción al art. 6, modificando sólo su número 1, para eliminar la referencia a criterios de reciprocidad.

El número 9 suprime en el apartado 1 del art. 7 sobre la exigencia de autorización o residencia en España en el ejercicio de libertad de reunión o manifestación. Lo mismo hace el número 10 en la nueva redacción del art. 8, sobre el derecho de asociación.

El número 11 da una nueva redacción al art. 9, sobre el derecho a la educación, suprimiendo algunos incisos del precepto precedente.

El número 12 da una nueva redacción al art. 10, consistente en sustituir en su número 1 el término "tendrán" por "tienen".

El número 13 da una nueva redacción al art. 11, sobre libertad de sindicación y de huelga, suprimiendo el requisito de residencia legal en España.

El número 14 da una nueva redacción al art. 12, sobre el derecho a asistencia sanitaria, sustituyendo la expresión "residan habitualmente" por "tengan su domicilio habitual" en su número 1 y en el párrafo cuarto cambiar la expresión "tendrán" por "tienen".

El número 15 da una nueva redacción al art. 13 sobre derechos en materia de vivienda.

El número 16 da una nueva redacción al art. 14, para sustituir en sus párrafos 1 y 2 la expresión "tendrán" por "tienen". Ese mismo cambio lo introduce el número 17, al modificar el apartado 2 del art. 15.

Los números 18, 19, 20 y 21 dan una nueva redacción, respectivamente, a los arts. 17, 18, 18 bis (se trata de un nuevo artículo) y 19. Estos preceptos introducen cambios significativos en los beneficiarios de la reagrupación, acotando los familiares que integran la familia nuclear, incluyendo parejas de hecho y discapacitados, y facilitando a los familiares reagrupados el acceso al mercado de trabajo. En cuanto a la regulación de los ascendientes, la limita a los mayores de 65 años, aunque por razones humanitarias puede preverse una edad inferior.

El número 22 da una nueva redacción al art. 22 sobre el derecho a la asistencia jurídica gratuita, en su apartado 1 sustituyendo "tendrán" por "tienen", en su apartado 2 incluyendo la asistencia jurídica gratuita en la denegación de entrada, en el apartado 4 previendo la forma de obtención de la asistencia jurídica gratuita contra las resoluciones que pongan fin a la ley administrativa en materia de denegación de entrada, devolución y expulsión.

El número 23 da nueva redacción a la letra a) del apartado 2 del art. 23, sustituyendo "ciudadano extranjero" por "extranjero".

Dentro del Título II, sobre el régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros, el número 24 introduce un nuevo apartado 5 en el art. 25,

para permitir el registro de entrada en territorio nacional de los extranjeros extracomunitarios a los efectos del control de su permanencia legal en España.

El número 25 da una nueva redacción al art. 25 bis sobre tipos de visado, modificando la lista precedente en cuanto a la no exigencia de visado de tránsito a extranjeros en caso de repatriación o alejamiento, y se distingue entre visados de residencia y trabajo y el de residencia y trabajo de temporada, se amplían los supuestos de visados de estudios y se crea el visado de investigación.

El número 26 da una nueva redacción al art. 28 sobre la salida de España, limitada, en su número 1, a permitir el registro de la salida de los extracomunitarios a efectos del control de su período de permanencia legal en España, e incluir dentro de los supuestos de salida obligatoria una nueva letra d) en el apartado 3 relativa a cumplimiento del plazo en el que un trabajador extranjero se hubiera comprometido a regresar a su país de origen en el marco de un programa de retorno voluntario.

El número 27 da una nueva redacción al título del Capítulo II, sustituyendo el de "situaciones de los extranjeros" por el de "de la autorización de estancia y de residencia".

El número 28 da una nueva redacción al apartado 2 del art. 29 sobre la acreditación de la situación de extranjeros.

El número 29 da una nueva redacción al apartado 1 del art. 30 sobre situación de estancia, para referirse, más allá de los estudiantes, a "la admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado".

El número 30 modifica el inciso final del apartado 2 del art. 30 bis para referirse a la "residencia de larga duración".

El número 31 da una nueva redacción al inciso final del número 4 del art. 31, para incluir la referencia al período de suspensión de la pena privativa de libertad, en vez de a la "situación de remisión condicional de la pena". En el número 5 de ese art. 31, se sustituye "permiso" por "autorización" y la referencia al Ministerio del Interior por "las autoridades competentes".

El número 32 añade un nuevo art. 31 bis, que regula la residencia temporal y trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género.

El número 33 da una nueva redacción al art. 32, sustituyendo el término "permanente" por "de larga duración", introduciendo tres números nuevos, sobre los extranjeros residentes de larga duración en otro Estado miembro de la Unión, la concesión de autorización y residencia de larga duración en supuestos de especial vinculación con España y regula cuatro supuestos de extinción de la residencia de larga duración.

El número 34 da una nueva redacción al art. 33 sobre el régimen especial de estudiantes, ampliándolo a la "admisión a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado". El cambio se aprovecha para introducir mejoras de redacción, sustituyendo "será igual a" por "coincidirá", "renovará" por "prorrogará", y además para prever la movilidad de estudiantes en el territorio de la Unión.

El número 35 da una nueva redacción al art. 35, sobre menores no acompañados. Se prevé la promoción del establecimiento de acuerdos de colaboración, se hace referencia a los servicios competentes de la Comunidad Autónoma, en el procedimiento de repatriación se da audiencia al menor, si tiene suficiente juicio, y al Ministerio Fiscal, y se permite la intervención directa de los mayores de 16 años y menores de 18 años.

El número 36 da una nueva redacción al título del Capítulo III con el siguiente tenor "de las autorizaciones para la realización de actividades lucrativas".

El número 37 da una nueva redacción al art. 36, para prever supuestos de autorizaciones provisionales, imponer la entrada en vigor de la autorización de residencia y trabajo que condiciona el alta en la Seguridad Social, debiendo comprobar la entidad gestora la existencia de la autorización, exigir, al solicitar el empresario la autorización, acompañarla de un contrato de trabajo que garantice la actividad durante el período de vigencia de la autorización, aclarar que la carencia de autorización no invalida el contrato de trabajo, pero que el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa. Un nuevo apartado 7 establece que no se concederá autorización para residir y trabajar a los extranjeros que en un programa de retorno voluntario se hubieran comprometido a no retornar a España.

El número 38 da una nueva redacción al art. 37, añadiendo un apartado 2, que establece que "la autorización inicial de residencia por cuenta propia se limitará a un ámbito geográfico y a un sector de actividad. Su duración se determinará reglamentariamente".

El número 39 da una nueva redacción al art. 38, sobre autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena. Junto a este añadido "de residencia", el nuevo texto del art. 38 regula detenidamente la determinación de la situación nacional de empleo, aclara que la concesión de la autorización se basará en la solicitud de un puesto vacante, y que la vigencia de la autorización está condicionada a que el extranjero solicite el correspondiente visado y que, una vez en España, se produzca el alta del trabajador en la Seguridad Social. Además, establece que el empresario estará obligado a comunicar el desistimiento de la solicitud. La autorización inicial se limitará a un determinado ámbito y se renovará a su expiración en los supuestos que el nuevo número 6 establece reproduciendo en buena parte lo previsto en el actual número 3 del art. 38. El apartado 7 establece que a partir de la primera concesión, las autorizaciones se concederán sin limitación alguna de ámbito geográfico u ocupación. El número 40 incorpora un nuevo art. 38 bis, sobre el régimen especial de los investigadores.

El número 41 da una nueva redacción al art. 39, sobre gestión colectiva de contrataciones en origen, sustituyendo la expresión "el contingente de autorizaciones administrativas por gestión colectiva de contrataciones en origen", y eliminando la idea del contingente como cupo anual cerrado sustituido por un procedimiento de contratación colectiva con posibilidad de selección y formación en el país de origen, encomendándose la aprobación al Ministerio en vez de al Consejo de Ministros.

El número 42 da una nueva regulación al art. 40, limitada a cambios en la letra k) para incluir a las víctimas de violencia de género o de trata de seres humanos, añadiendo una letra m) relativa a la vuelta de los extranjeros que hayan hecho uso del programa de retorno voluntario.

El número 43 da una nueva redacción al art. 41 sobre excepciones a la autorización de trabajo eliminando la actual referencia en la letra i) a los hijos o nietos de los españoles de origen.

El número 44 da una nueva redacción al art. 42 sobre trabajadores de temporada para añadir "de residencia" al sustantivo autorización en los apartados 1 y 2, y respecto a su regulación reglamentaria especificar "así como la documentación de su situación".

El número 45 da nueva redacción sólo al apartado 2 del art. 43 para intercalar la referencia a "residencia" en la autorización de trabajo.

Con referencia a las tasas del Capítulo IV, el número 46 da una nueva redacción al art. 44 consistente en considerar hecho imponible la solicitud de autorizaciones administrativas y de documentos sustituyendo la referencia "concesión" por la de "solicitud". Ello lleva en el número 47 a modificar el art. 45.1 sobre devengo y a introducir dos nuevos apartados 2 y 3 referidos al servicio doméstico, y en el número 48 el art. 46 sobre sujetos pasivos para referirse a la peculiaridad del servicio doméstico. El número 49 añade un nuevo párrafo 3 al art. 47 para eximir del pago de tasas a las entidades públicas de protección de menores.

El número 50 da una nueva redacción al apartado 1 del art. 49 para suprimir el inciso "en los distintos departamentos ministeriales".

Entrando en el contenido del Título II de la Ley Orgánica objeto de reforma, el número 51 añade una letra d) al art. 52 para incluir como falta leve trabajar en empleo o lugar no contemplado en la autorización de residencia y trabajo.

El número 52 da una nueva redacción al art. 53 ("Infracciones graves") incluyendo su texto actual en un apartado 1, en el que modifica el subapartado c) con vistas a evitar falsos empadronamientos. Añade un nuevo apartado 2 que contiene cuatro letras, la a) respecto a la falta de alta o registro, la b) la contratación de trabajadores con una autorización que no les habilita para trabajar en ese territorio u ocupación, la c) promoción de la inmigración irregular mediante invitación expresa y la d) permitir el empadronamiento irregular de un extranjero con el objeto de hacerle acreedor de los beneficios que puede otorgarle dicha situación y que incluso puede afectar a extranjeros que no viven en España.

El número 53 da una nueva redacción al art. 54 sobre infracciones muy graves, con escasos cambios. En el apartado 1 d) menciona "residencia" respecto a la autorización, y en el apartado 1 e) tipifica la conducta descrita en el apartado 2 d), del artículo anterior, agravada por existir ánimo de lucro. Además, tipifica como infracción muy grave en el apartado 1 f) los matrimonios de conveniencia o en fraude de ley, y los supuestos en que las empresas soliciten autorizaciones para extranjeros y simulen una relación laboral con el único propósito de obtener indebidamente autorizaciones.

El número 54 da una nueva redacción al art. 55 para incrementar la cuantía de las sanciones. Además, aclara el papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social respecto al levantamiento de actas por las nuevas infracciones relacionadas con el ámbito laboral. El número 55 da una nueva redacción al art. 57 sobre expulsión del territorio. El apartado 1 se acomoda a la nueva estructura del artículo 53. El apartado 4 incluye el inciso "legalmente", respecto a permanecer en España se prevé la posibilidad de revocación de la orden de expulsión, y determina la posibilidad de advertencia al extranjero con autorización de residencia válida en otro Estado miembro de la obligación de dirigirse de inmediato a otro Estado so pena de expulsión. El apartado 5 prevé situaciones de no procedencia en principio de la sanción de expulsión incluyendo a los residentes de larga duración. En el apartado 6 se añade un inciso sobre no conculcar el principio de no devolución, y se sustituye la expresión "incapacitados" por discapacitados. En el apartado 7 se modifica la letra a) para hacer más expeditiva la expulsión de extranjeros que hayan cometido hechos delictivos. Un nuevo apartado 10 determina los casos en los que es posible la expulsión fuera del territorio de la Unión de un extranjero residente de larga duración en otro Estado de la Unión.

El número 56 da una nueva redacción al art. 58 para incluir un nuevo apartado 2 sobre la duración del período de prohibición de entrada, previendo la posibilidad de no imponer la prohibición de entrada si el extranjero hubiera abandonado el territorio durante la tramitación del expediente, permitiéndole así regresar pero obteniendo la autorización a través de los cauces legales. Además, se permite revocar la prohibición

de entrada impuesta si el extranjero saliese por sus medios durante el período voluntario de cumplimiento de la orden de expulsión.

El número 57 da una nueva redacción al art. 59 sobre colaboración contra redes organizadas. En su apartado 1 se incluye el supuesto de las víctimas de la trata de seres humanos, en el apartado 2 se otorga a las víctimas un período de reflexión para decidir sobre la colaboración con las autoridades, en el apartado 3 se aclara que el retorno será asistido, que la autorización será de residencia y de trabajo y que se velará por su subsistencia, seguridad y protección. Un nuevo apartado 5 permite la aplicación del sistema a los menores.

El número 58 da una nueva redacción al art. 60 sustituyendo su título "retorno" por el de "efectos de la denegación de entrada", tiene en cuenta en su nuevo apartado 1 lo dispuesto en el art. 26.2 y determina que la denegación de entrada conllevará la adopción inmediata de las medidas necesarias para que regrese en el plazo más breve posible, permitiendo si la situación dura más de 72 horas solicitar su internamiento. En el apartado 4 se sustituye la expresión "de retorno" por la de "proceder al regreso a consecuencia de la denegación de entrada".

El número 59 da una nueva redacción al art. 62. Su apartado 1 tiene en cuenta la nueva tipificación de infracciones y prevé la audiencia del Ministerio fiscal antes de adoptar el ingreso en centro de internamiento, además de referirse al principio de proporcionalidad, sustituir fuga por incomparecencia e incluir las actuaciones tendentes a dificultar o evitar la expulsión. El nuevo apartado 2 establece la duración máxima del internamiento en 60 días y permite al juez suspender el cómputo del plazo en caso de solicitud de asilo o de habeas corpus. Un nuevo apartado 4 regula los supuestos de finalización del internamiento con puesta en libertad. El anterior apartado 3 se convierte en apartado 5 con algunos cambios respecto a la protección de los menores. El nuevo apartado 7 se remite a la Ley Orgánica del Poder Judicial para determinar el juez competente.

El número 60 da una nueva redacción al art. 62 bis para incluir como única novedad el derecho del extranjero a entrar en contacto con las organizaciones no gubernamentales y organismos de protección de los inmigrantes.

El número 61 da una nueva redacción al art. 62 ter idéntica a la redacción del precepto ya introducida por la Ley Orgánica 14/2003.

El número 62 da una nueva redacción al art. 63 para restringir la aplicación de un procedimiento preferente de expulsión en los casos de infracción por estancia o trabajo irregular, a unos supuestos tasados que especifica.

El número 63 introduce un nuevo art. 63 bis que regula el procedimiento ordinario de expulsión, previendo un plazo para abandonar el extranjero voluntariamente y por sus medios el territorio nacional.

El número 64 da una nueva redacción al art. 64 sobre la ejecución de la expulsión una vez expirado el plazo de cumplimiento voluntario, previendo la detención y conducción hasta el puesto de salida o en otro caso el internamiento. El nuevo apartado 2 garantiza el mantenimiento de la unidad familiar, la asistencia sanitaria, el acceso a la enseñanza básica de los menores y la atención de las necesidades especiales de las personas vulnerables. La ejecución de la resolución se hará a costa del empleador que hubiera sido sancionado, del extranjero si tuviera medios económicos, y de no darse ninguna de esas condiciones se comunicará al representante diplomático o consular. El nuevo número 6 prevé la no incoación de expediente de expulsión para el traslado de extranjeros en tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea.

El número 65 da una nueva redacción al segundo párrafo del apartado 1 del art. 66 estableciendo que la ejecución de la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas habrá de hacerse en lo posible por medios telemáticos, tratando de garantizar la adecuada protección de los datos recabados.

El número 66 da nueva redacción al art. 68 con un nuevo título, Coordinación de las Administraciones Públicas. Su apartado 1 prevé la constitución de la Conferencia Sectorial de Inmigración para asegurar la coordinación de las actuaciones que desarrollen la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas. Además prevé coordinar las actuaciones de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas que asumen competencias ejecutivas en materia de autorización inicial de trabajo.

El número 67 da una nueva redacción al apartado 1 del art. 70 para suprimir la referencia a organizaciones sociales de apoyo, y para referirse a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas como componentes del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes.

El número 68 incorpora un nuevo artículo, el art. 72, para establecer la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, órgano colegiado del que forman parte las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y que será informada sobre la evolución de los movimientos migratorios e informará de las propuestas de ocupaciones de difícil cobertura.

El número 69 introduce un nuevo apartado 3 en la disposición adicional primera, para permitir que las autorizaciones iniciales puedan modificarse cuando resulte necesario e impone a la Administración responder en un mes, previendo el silencio positivo en caso de ausencia de respuesta.

El número 70 da nueva redacción al apartado 1 de la disposición adicional tercera, para permitir la previsión reglamentaria de supuestos que exceptúen la necesidad de presentación personal y ante el órgano competente para resolver.

El número 71 da nueva redacción al apartado 4 de la disposición adicional cuarta para añadir la salvedad de existencia de una orden de expulsión revocada.

El número 72 da nueva redacción a la disposición adicional quinta, para referirse a la gestión informática de los procedimientos en la nueva redacción de los apartados 3 y 4 y en el nuevo apartado 5.

El texto del anteproyecto de la Ley Orgánica de reforma incluye tres disposiciones adicionales. La primera para adaptar al conjunto de la legislación el cambio del término "residencia permanente" por el de "residencia de larga duración", la segunda sobre la reagrupación familiar de los españoles respecto de sus familiares nacionales de terceros países, y la tercera encomendando al Gobierno aprobar en el plazo de seis meses un Reglamento sobre el régimen de internamiento de los extranjeros.

Finalmente, el anteproyecto de Ley Orgánica de reforma incorpora una disposición derogatoria genérica y cuatro disposiciones finales, una en la que se determinan por remisión los preceptos de la misma que tienen rango de Ley Orgánica, otra que prevé la habilitación competencial, una tercera de desarrollo reglamentario y la cuarta que prevé su entrada en vigor el día siguiente al de su publicación en el BOE.

Segundo. Memoria justificativa

La memoria justificativa afirma que son tres las razones para la reforma que se proyecta: adaptar determinados preceptos de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en su redacción dada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha declarado la inconstitucionalidad de tales preceptos; proceder a la transposición de determinadas Directivas europeas sobre inmigración a nuestro ordenamiento jurídico interno agotado ya el plazo para llevar a cabo su transposición, adaptar la regulación a los nuevos requerimientos que plantea el fenómeno migratorio en España para perfeccionar el sistema de ordenación de flujos migratorios para ajustarlos a nuestra capacidad de acogida y a las necesidades del mercado de trabajo, así como reforzar los mecanismos de vigilancia y control con el fin de hacer más efectiva la lucha contra la inmigración ilegal, potenciar los instrumentos que pueden facilitar la integración social de los inmigrantes y reforzar la cooperación entre las Administraciones públicas que intervienen en la gestión de la inmigración.

En síntesis, los objetivos que se persiguen con la reforma que se proyecta de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en su redacción actual, serían los siguientes:

- Establecer un marco de derechos y libertades de los ciudadanos extranjeros que garantice a todos el ejercicio pleno de los derechos fundamentales y el acceso progresivo al ejercicio de los restantes derechos en función del período de residencia legal en España.
- Perfeccionar el sistema de canalización legal y ordenada de los flujos migratorios, y reforzar la vinculación de la inmigración a la capacidad de acogida y a las necesidades reales del mercado de trabajo.
- Aumentar la eficacia en la lucha contra la inmigración irregular, reforzando los medios e instrumentos sancionadores, especialmente por lo que se refiere a quienes faciliten el destino o la permanencia de la inmigración ilegal en nuestro país, agravar el régimen sancionador y reforzar los procedimientos de devolución de los extranjeros que han accedido ilegalmente a nuestro país.
- 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.
- Potenciar la coordinación de las actuaciones de las Administraciones públicas con competencia que inciden en la inmigración y reforzar la cooperación entre ellas con el fin de prestar un servicio más eficaz y de mejor calidad a los ciudadanos.
- Reforzar el diálogo con las organizaciones sindicales y empresariales así como con las organizaciones de inmigrantes en la definición y desarrollo de la política migratoria, así como potenciar el diálogo y la cooperación con los países de origen y tránsito de la inmigración.

Seguidamente, la memoria examina la estructura y contenido del anteproyecto, afirmando que, aunque las modificaciones que se introducen en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, afectan a un número importante de artículos de la misma, una parte importante de dichas modificaciones están dirigidas simplemente a introducir una mejora técnica en la redacción actual. Dentro de las modificaciones sustantivas se incluye la eliminación, en la regulación de determinados derechos fundamentales, de la exigencia de la residencia legal del extranjero para poder ejercer los mismos, lo que se completa con una nueva regulación de derechos de los ciudadanos extranjeros. Por otro lado, con la reforma proyectada se acomete la transposición de una serie de Directivas europeas, en el ámbito de la lucha contra la inmigración irregular, que persiguen profundizar en los instrumentos preventivos, aumentar la eficacia de los procedimientos de repatriación y la mejora de las garantías en las distintas situaciones. Ello permitirá el registro de la entrada y salida de extranjeros a los efectos de control de su período de permanencia legal en España,

obligará a las compañías de transporte a comunicar a las autoridades una relación de las personas transportadas, y dará más facilidades para hacer posible la colaboración de las víctimas de trata de seres humanos en la desarticulación de las redes que promueven la inmigración y la explotación ilegal de los inmigrantes. Además, el anteproyecto incorpora el régimen común de tratamiento de los Estados miembros de la UE para los extranjeros que se hallan en situación irregular, incrementando la seguridad jurídica, logrando más eficacia en los procedimientos, sin retroceder en las garantías.

En cuanto al retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal, la Directiva establece plazos de internamiento máximos de dieciocho meses, que representan una mejora para algunos Estados miembros de la UE que tenían plazos de internamiento indefinidos. En el caso español, se propone aumentar el plazo de internamiento de 40 a 60 días.

Otro de los objetivos de la reforma es perfeccionar el sistema de canalización legal y ordenada de los flujos migratorios y reforzar su vinculación a la capacidad de acogida y a las necesidades del mercado de trabajo. A tales efectos, se vincula el inicio de la autorización de residencia y trabajo al contrato de trabajo efectivo y el alta en la Seguridad Social, se establece la concreción de la situación nacional de empleo en el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, se limita las autorizaciones iniciales a una ocupación y ámbito geográfico de acuerdo con los motivos que dieron lugar a su concesión, se crea un procedimiento específico de residencia a efectos de investigación científica, se regula la movilidad de los residentes de larga duración en otros países de la UE que quieran residir en España vinculándola a una actividad productiva, y se moderniza la Administración para dotar de más agilidad a los trámites a través de la comunicación electrónica.

La reforma también tiene en cuenta el cambio que se ha introducido en la distribución de competencias entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de autorización inicial del trabajo de extranjeros, como consecuencia de haberse reconocido en los nuevos Estatutos de Autonomía de algunas Comunidades Autónomas la competencia de estas en la indicada materia, y está dirigida a garantizar, en los casos de concurrencia de competencias, una actuación coordinada de ambas Administraciones, con el fin de respetar el carácter integral e integrado de la política migratoria y de prestar el mejor servicio a la ciudadanía.

Por otro lado, a fin de aumentar la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular, se modifican determinados preceptos de la Ley de forma que se establecen nuevas infracciones para quienes insten la autorización de un extranjero pero luego no lo contratan y para quienes simulen una relación laboral con el propósito de obtener una autorización, y se aumentan las sanciones económicas para todas las infracciones. Las infracciones leves tendrán un máximo de 500 euros, las graves un máximo de 1.000 euros y las muy graves pueden llegar hasta los 10.000 euros, evitar el "sobrepadronamiento" de viviendas o el tráfico entre particulares de falsos empadronamientos con el propósito de obtener los beneficios reales o futuros que puede otorgarles nuestro sistema, dar una respuesta sancionadora al matrimonio celebrado en fraude de ley, y para evitar la reagrupación al margen de los cauces legalmente previstos, se podrá sancionar a quienes promuevan la estancia irregular de sus familiares.

Otros objetivos que persigue la reforma de la Ley Orgánica 4/2000 son reforzar e institucionalizar el diálogo con las organizaciones sindicales y empresariales en la definición y desarrollo de la política migratoria, y potenciar el diálogo y cooperación con los países de origen y tránsito de la inmigración.

La memoria concluye afirmando que la Ley que resulte de la reforma propuesta será más acorde con nuestro texto constitucional y con la normativa que en materia de inmigración ha aprobado la Unión Europea, pero también con la realidad migratoria de nuestro país. Se destaca que nuestra legislación migratoria cada vez está más influida por la normativa europea, considerando positivo contar con un marco normativo europeo común en materia de inmigración, y de forma particular en los tres grandes ejes de la política migratoria, a saber, la canalización ordenada y legal de los flujos migratorios, la integración de los inmigrantes y la lucha contra la inmigración irregular. La reforma va más allá de las normas que es obligado incorporar a nuestro ordenamiento jurídico, asumiendo el espíritu y la finalidad del sistema europeo de inmigración en su conjunto, entendiéndolo por tal e integrado por las normas imperativas, por supuesto, pero también los acuerdos y pactos que están sirviendo de base para la articulación y definición de una política común europea en materia de inmigración, en particular el Pacto Europeo para la Inmigración y el Asilo. Finalmente, se advierte que la reforma sólo incorpora el acervo comunitario en materia de inmigración cuya incorporación requiere una norma con rango de ley, dejando al desarrollo reglamentario otros aspectos.

El expediente contiene una memoria económica en la que, tras describir las líneas esenciales de la reforma y reconocer que tendrán un impacto social significativo, considera que "dichas medidas no suponen un gasto con repercusión presupuestaria".

El informe sobre el impacto por razón de género destaca que el proyecto presenta un impacto positivo por razón de género, en particular por la referencia a la igualdad, la protección de las víctimas de violencia de género y trata de seres humanos y la nueva regulación de la reagrupación familiar.

Tercero. Informes obrantes en el expediente

Se han integrado en el expediente remitido los siguientes informes:

1. El informe del Consejo General del Poder Judicial.
2. El Dictamen del Consejo Económico y Social.
3. El informe del Consejo Fiscal.
4. Informes emitidos por el Consejo General de la Abogacía, los Gestores Administrativos, el Consejo General del Colegio Oficial de Graduados Sociales.
5. Informes emitidos por diversas asociaciones, Cáritas Española, Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad, el Comité Nacional de Transporte por Carretera y el Grupo Parlamentario Izquierda Republicana-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds.
6. Procedentes de las Comunidades y Ciudades Autónomas constan informes del Parlamento de Canarias, de la Junta de Castilla y León, de la Generalitat de Catalunya, de la Junta de Andalucía, del Gobierno de Aragón, de la Ciudad Autónoma de Ceuta, de la Comunidad de Madrid, de la Ciudad Autónoma de Melilla, del Gobierno Vasco y de la Generalitat Valenciana.
7. Sendos informes de CEOE, UGT, la Confederación Sindical de CC OO y el sindicato ELA.
8. Informes de los Ministerios de Administraciones Públicas, Asuntos Exteriores y de Cooperación, Economía y Hacienda, Educación, Política Social y Deporte, Fomento, Igualdad, Industria, Turismo y Comercio, Interior, Justicia y Sanidad y Consumo.
9. Informes de diversos órganos relacionados con la extranjería y la inmigración, como son la Comisión Interministerial de Extranjería, la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, la II Conferencia Sectorial de la Inmigración, el Consejo Superior de Política de Inmigración y el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes.

Cuarto. Revisión del texto inicial del anteproyecto

Figura en el expediente un texto inicial del anteproyecto sobre el que se han emitido la mayor parte de los informes y dictámenes, que, una vez examinados y valorados, han permitido contribuir a mejorar la propuesta inicial a través de diversos cambios en el anteproyecto que ha sido remitido a este Consejo de Estado. Acompaña al expediente un amplio documento sobre las observaciones efectuadas al anteproyecto inicial, distinguiendo entre observaciones generales, de técnica normativa, de forma, sobre la exposición de motivos y sobre diversos apartados del artículo único, así como una valoración de las diversas observaciones en cuanto a su aceptación o rechazo para su incorporación al nuevo texto del anteproyecto, cuyas modificaciones respecto al texto que se reforma y al anteproyecto inicial se incluyen de forma resaltada en el documento específico.

Quinto. Informe final de la Secretaría General Técnica del Ministerio proponente

La Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo e Inmigración ha emitido informe favorable sobre el anteproyecto definitivo el 11 de mayo de 2009.

Sexto. Alegaciones presentadas ante este Consejo

Remitido en el anterior estado el expediente a este Consejo, presentó ante él un escrito de alegaciones la Federación Andalucía Acoge, en representación de la Sección en España de la Plataforma MIGREUROPE, escrito que se ha incorporado al expediente.

Séptimo. Declaración de urgencia

El 1 de junio de 2009, se recibió oficio del Ministro de Trabajo e Inmigración, por el que se declaró la urgencia del expediente y se recabó de este Consejo que emitiese su dictamen en el plazo máximo de 15 días, de acuerdo con lo establecido en el art. 19.1 de su Ley Orgánica.

CONSIDERACIONES

A la vista de los anteriores antecedentes, el Consejo de Estado formula las siguientes consideraciones:

Primera. El expediente remitido a la consideración de este Cuerpo Consultivo se refiere a un anteproyecto de Ley Orgánica (citado también, en adelante, de modo abreviado, como el "Anteproyecto") por la que se reformaría la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (a la que también se aludirá en lo sucesivo, de modo abreviado, como "LOE").

La memoria justificativa del Anteproyecto y su exposición de motivos dan cumplida cuenta de que el mismo responde a una triple finalidad:

- Recoger en la Ley Orgánica 4/2000 la doctrina derivada de diversas sentencias del Tribunal Constitucional que declararon inconstitucionales varios preceptos de esa Ley Orgánica.

- Terminar de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico diversas Directivas comunitarias europeas en materia de inmigración, como son la Directiva 2003/110/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea; la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades competentes; la Directiva 2004/82/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas; la Directiva 2004/114/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado; la Directiva 2005/71/CE de 12 de octubre de 2005, del Consejo, relativa a un procedimiento específico de admisión de los nacionales de terceros a efectos de investigación científica, y la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal.

- Adaptar la mencionada Ley Orgánica a la nueva realidad migratoria en España y a las nuevas cuestiones y problemas surgidos desde las últimas reformas que en ella se introdujeron.

Por lo tanto, resulta que, en la medida en que el Anteproyecto se dirige a recoger en nuestro ordenamiento jurídico varias Directivas comunitarias y a modificar una Ley Orgánica que también efectuó ese ejercicio de transposición respecto de otros textos comunitarios europeos, su dictamen por el Pleno de este Consejo tiene carácter preceptivo en aplicación del artículo 21, número dos, de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, que prevé la intervención de ese Pleno en relación con los "anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo", precepto que ha de ponerse en relación con la disposición adicional primera de la Ley 8/1984, de 19 de mayo, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea, que establece que "el Consejo de Estado deberá ser consultado sobre las normas que se dicten en ejecución, cumplimiento y desarrollo del Derecho comunitario europeo, de conformidad y en los términos establecidos en su propia Ley Orgánica".

Segunda. Desde el punto de vista procedimental, el expediente no suscita reparos en su tramitación, ya que en él figura una primera versión del Anteproyecto y han informado el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo Económico y Social, el Consejo Fiscal, las Comunidades Autónomas y Ciudades Autónomas, los interlocutores sociales, diversas asociaciones y organizaciones de inmigrantes, diversos Ministerios, así como los órganos colegiados existentes en materia de inmigración y extranjería.

Las numerosas observaciones formuladas sobre el texto inicial han sido consideradas detenidamente y se han explicitado las razones por las que se han aceptado o rechazado esas observaciones.

Por último, consta informe final de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo e Inmigración, una memoria justificativa, una memoria económica y un informe de impacto por razón de género.

Además de que atienden las exigencias previstas para preparar un texto de rango legal, todas esas actuaciones han facilitado un amplio debate sobre el alcance y el sentido de la reforma y han perfeccionado la elaboración de un texto normativo de tanta trascendencia.

Con ello, puede pasarse ya a examinar las cuestiones de fondo que la proyectada norma legal suscita.

Tercera. Ese examen abordará, sucesivamente y por separado, las siguientes cuestiones: - La orientación y técnica generales que inspiran al Anteproyecto. - Las disposiciones generales del régimen de extranjería e inmigración. - Los derechos y libertades de los extranjeros. - El régimen jurídico de entrada, salida, situaciones y permisos aplicable a los extranjeros. - Las tasas. - Las infracciones y sanciones. - La cooperación y coordinación entre las Administraciones competentes.

Cuarta. Por lo que atañe a la orientación y técnica globales del Anteproyecto, merecen algún comentario individualizado las siguientes cuestiones:

- La opción por una reforma parcial de la Ley Orgánica 4/2000.

- El carácter orgánico de la proyectada Ley y la habilitación competencial para aprobarla.

- La entrada en vigor de la nueva Ley y su desarrollo reglamentario.

A) La opción por una reforma parcial de la Ley Orgánica 4/2000. Para cumplir los objetivos de la reforma -que acaban de recordarse en la primera de estas consideraciones-, se introducen sesenta y ocho modificaciones en el articulado de la Ley Orgánica 4/2000, aparte de modificar cuatro de sus disposiciones adicionales. En una Ley que consta de 71 artículos, ese número de modificaciones es muy importante, siendo escasos los preceptos cuya versión originaria o ya previamente reformada se va a mantener sin cambios. A primera vista, ese alcance tan extenso de la reforma plantearía el interrogante de si no sería más adecuado, desde la perspectiva de la mejor técnica legislativa, haber procedido a elaborar un anteproyecto de ley orgánica de extranjería para sustituir, por entero, a la profundamente alterada Ley Orgánica 4/2000. Sin embargo, una lectura sosegada de la reforma permite comprobar que su alcance sustantivo es mucho menos intenso que el que parecería desprenderse de ese elevado número de preceptos afectados.

La propia memoria reconoce que se introducen cambios consistentes en meras mejoras técnicas y de redacción, que no alteran el sentido y alcance de la regulación precedente. Nada hay, obviamente, que objetar a una mejora y depuración de los textos legales ya vigentes.

Sin embargo, estas reformas "técnicas", neutras en cuanto a su alcance modificador, son incluso mayores que las que la propia memoria indica y, a juicio del Consejo de Estado, son perturbadoras en cuanto pueden aparentemente transmitir la impresión de que ha habido modificaciones en los artículos cuya nueva redacción parcial o total se sustituye, cuando lo cierto es que los ajustes introducidos son, en muchos casos, de muy escasa significación. Por ejemplo, cambiar "que residen" por "residentes", "tendrán" por "tienen", suprimir al referirse a los extranjeros la expresión "ciudadanos", cambiar "que residen habitualmente" por "que tengan su domicilio habitual", referirse expresamente junto a la autorización de trabajo a la de residencia (cuando la Ley regula como única la autorización de trabajo y residencia) son supuestos de cambios manifiestamente innecesarios, que incrementan la dimensión del Anteproyecto, dispersan la atención, dificultan el más fácil y mejor conocimiento del alcance de las auténticas reformas de fondo que el mismo contiene y pueden provocar un cierto empobrecimiento del análisis y debate de la iniciativa legislativa, al no poder concentrarse en esas modificaciones de mayor significación.

Por otro lado, llama la atención la técnica utilizada para, en unos casos, dar una redacción sólo al apartado que se modifica, mientras que, en otros, se introduce una nueva redacción completa del precepto, lo que resulta innecesario dado el limitado alcance del cambio. Así, no se justifica una nueva redacción del art. 4 simplemente para exceptuar de la obligación de tarjeta de identidad a los titulares de un visado de residencia y trabajo o para establecer los supuestos en que se puede obtener la tarjeta de identidad por una autorización no superior a seis meses, ni una nueva redacción del art. 5, que solo introduce un mínimo ajuste gramatical, o del art. 6, que sólo se modifica en su número 1, o del art. 10, siendo así que el nuevo cambio que introduce en su apartado 2 es cambiar el orden del inciso "como personal laboral", o del art. 12, en el que el cambio se limita a sustituir "residan habitualmente" por "tengan su domicilio habitual" en su apartado 1, y en el apartado 4 reemplazar "tendrán" por "tienen", o la nueva redacción completa del art. 14 para una modificación similar.

En esa misma línea, y también sin carácter exhaustivo, sería más adecuada la reforma sólo parcial del art. 28 así como la del art. 31 en el inciso final de su apartado 4 y en el apartado 5. En el art. 37 sería más lógico introducir sólo el párrafo que ahora se enumera con el número 2. No se justifica, sin embargo, dar nueva redacción al art. 40 cuando los cambios se reducen a las letras k), l) y m). Lo mismo cabe decir del art. 41, al que no debería darse una nueva redacción completa, ya que su modificación se reduce a suprimir la letra j) del apartado 1 y del apartado 3, o del art. 42, cuya única reforma es incluir una innecesaria precisión de que la autorización es "de residencia y trabajo". En el art. 46, bastaría añadir un último inciso, como se hace en los arts. 47, 49 o 52. No se justifica la nueva redacción completa del art. 62 bis, que se limita a incluir una letra j), ni la necesidad de una nueva redacción del art. 62 ter. En el art. 66, la reforma debería limitarse a introducir un nuevo párrafo en su apartado 1. También la reforma de la disposición adicional quinta podría ser parcial, puesto que consiste en introducir los nuevos apartados números 3, 4 y 5.

En suma, el Consejo de Estado se permite sugerir que se valore una revisión del Anteproyecto, para reducir las mejoras técnicas que no suponen reformas sustanciales a las que sean estrictamente necesarias, así como para homogeneizar la técnica normativa utilizada, optando únicamente por reformular de forma completa aquellos preceptos en los que se introduzcan cambios extensos y de alcance y limitándose, en los demás, a introducir modificaciones en los apartados o incisos afectados.

Por lo demás, en aplicación de los criterios recogidos en la Ley Orgánica 3/2007, convendría una revisión general de redacción del texto, al servicio del objetivo de utilizar "un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo". B) El carácter orgánico de la proyectada Ley y la habilitación competencial para aprobarla. La disposición final primera del Anteproyecto se ocupa de esta cuestión, que está adecuadamente reflejada en su cuerpo, pero no así en su rúbrica, que alude al "rango de Ley Orgánica", siendo así que la diferencia entre las llamadas Leyes ordinarias y las Orgánicas no se desmenuja en el terreno del "rango" normativo sino de las materias afectadas.

C) La entrada en vigor de la nueva Ley y su desarrollo reglamentario. La disposición final cuarta del Anteproyecto se inclina por la inmediata entrada en vigor de la nueva legislación (el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial del Estado), lo que es una fórmula bien elocuente para proclamar la importancia y relevancia que se le quiere conceder si bien escasamente operativa.

Por ello, cabría considerar la conveniencia de fijar un plazo más realista para la efectividad de la nueva legislación, lo que siempre podría combinarse con las oportunas reglas especiales que decreten la inmediata entrada en vigor de las concretas disposiciones de la nueva Ley que

realmente precisen de tan singular régimen.

La cuestión de la vacatio legis general de la nueva Ley está conectada con la del plazo de 6 meses que se concede al Gobierno para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para la aplicación y desarrollo de la proyectada nueva legislación (disposición final tercera), que se antoja excesivamente reducido, máxime si se tiene en cuenta la revisión que el Anteproyecto efectúa de los principios y objetivos generales de la política migratoria y las muy diversas disposiciones reglamentarias que pueden ser necesarias para ir llevándolos a la práctica.

Precisamente por eso, sería preferible que el plazo que fijase la disposición final tercera del Anteproyecto se refiriese, estrictamente, a las disposiciones reglamentarias que abordasen las materias respecto de las que se requiera contar de un desarrollo reglamentario para poder aplicar los cambios que derivan, directa e inmediatamente, de la nueva legislación, como son, por ejemplo, los relativos a las diversas modalidades de autorizaciones de residencia y trabajo.

Con independencia de ello, y como ya ha destacado en otras ocasiones en las que se aborda un amplio cambio de régimen legal, el Consejo de Estado entiende que debería aprovecharse el tiempo que requiera la tramitación parlamentaria del proyecto de la nueva Ley Orgánica para agilizar la preparación del desarrollo reglamentario que la dote de plena operatividad.

Quinta. En punto a las disposiciones generales del régimen de extranjería e inmigración de la Ley Orgánica 4/2000 (Título Preliminar, artículos 1 y 2), las modificaciones que el Anteproyecto contiene se cifran en dos nuevos artículos que preconiza introducir en la citada Ley Orgánica, que definen los principios generales de la política migratoria (artículo 2 bis) y las directrices aplicables a la integración de los inmigrantes (artículo 2 ter).

A) Los principios generales de la política migratoria. En su previa intervención en expedientes relativos a la regulación de la inmigración y extranjería, este Consejo ha partido de recordar que el artículo 149, número 1.2, de la Constitución reconoce al Estado competencia exclusiva en materia de "nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo" y que, en ejercicio de tal competencia, el Estado dispone de un considerable margen de libre decisión, que se ve corroborado, desde la óptica de la regulación europea de los derechos humanos, por la jurisprudencia que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha elaborado en aplicación del Convenio de Roma.

Dentro de esa esfera de potestad estatal, encaja sin dificultad que se proponga establecer, con rango legal y, por tanto, alcance general, los principios a los que debe responder la política migratoria. Por ello, el propuesto nuevo artículo 2 bis de la Ley Orgánica 4/2000 no suscita objeción alguna y puede servir a una reflexión explícita sobre los fines de ese importante ámbito de la acción pública.

Avanzado ese juicio general positivo a la orientación de ese primer nuevo precepto de la Ley Orgánica 4/2000, ha de volverse la atención sobre los términos en que se formulan los sucesivos principios que figuran dentro de la relación propuesta, que pueden agruparse en 4 bloques.

1. Principios relativos a la cooperación internacional. Responden a tal caracterización, aunque desde ópticas distintas, los principios que preconizan "la coordinación con las políticas definidas por la Unión Europea" (inciso a) y "la promoción del diálogo y la colaboración con los países de origen y tránsito de inmigración, mediante acuerdos marco dirigidos a ordenar de manera efectiva los flujos migratorios y fomentar y coordinar las iniciativas de cooperación" (inciso i).

El hecho de que el Anteproyecto esté conectado con la transposición de diversas Directivas comunitarias europeas refleja elocuentemente la importancia del primer de esos principios, máxime desde la situación de España de uno de las fronteras exteriores de la Unión Europea.

Por lo que hace al diálogo y colaboración con los países de origen y tránsito de inmigrantes, la experiencia ya disponible revela que son dos pilares imprescindibles para la adecuada efectividad de la política migratoria española, de modo que el principio que ahora se analiza es, al igual que el anteriormente comentado, uno de los pilares de la política migratoria española.

2. Principios referidos a la persecución de actividades ilegales frecuentes en materia de inmigración. A este segundo grupo cabe adscribir "la lucha contra la inmigración irregular" (inciso f) y "la persecución de la trata de seres humanos" (inciso g).

El primero de ellos es, en realidad, una directriz inspiradora de todo el régimen de extranjería e inmigración, que se encamina a canalizar los flujos migratorios a través de unos cauces y de acuerdo con modalidades preestablecidas que ordenen la entrada, circulación, residencia y trabajo de los extranjeros en España.

El segundo se enfrenta a una de las realidades que se dan en el tráfico migratorio y está directamente entroncado con la preservación de la dignidad y consideración debidas a todos los seres humanos y a evitar que situaciones de necesidad en países de origen puedan ser utilizadas para actividades incompatibles y denigratorias para tal dignidad.

3. Principios ceñidos a la situación general que se predica de los inmigrantes en España. A este apartado pertenecerían "la integración social de los inmigrantes" (inciso c), "la igualdad efectiva entre mujeres y hombres" (inciso d) y "la efectividad del principio de no discriminación y, consecuentemente, el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para todos aquellos que vivan y trabajen legalmente en España, en los términos previstos en la Ley" (inciso e).

Se trata de principios que dibujan los objetivos que se aspira a alcanzar en lo que se refiere a la situación en que habrían de estar los inmigrantes en España y que responden a una adecuada inmersión de los mismos dentro de la estructura social española, sin discriminaciones por razón de género.

Por lo que se refiere al reconocimiento de iguales derechos a los extranjeros que vivan y trabajen legalmente en España, se está ante una directriz sobre la que habrá ulterior ocasión de volver, al entrar a examinar en detalle las novedades que el Anteproyecto introduce en esa materia, que están, en muy buena medida, vinculadas con los diversos pronunciamientos que el Tribunal Constitucional ha efectuado sobre los derechos que corresponden a los extranjeros y las condiciones que pueden afectarles.

Por ello, basta ahora con hacer una primera reflexión de índole general sobre la forma en que el propugnado nuevo artículo 2 bis, e) de la Ley Orgánica 4/2000 define los beneficiarios de ese reconocimiento de derechos.

Ese precepto empieza por ceñir tal reconocimiento a los extranjeros "que vivan y trabajen legalmente en España", lo que, desde un punto de vista estrictamente gramatical, parece aludir a una doble condición acumulativa (vivir y trabajar). Sin embargo, es claro que algunos de los derechos que se reconocen serán ejercidos por extranjeros que sólo residan, pero que ni trabajen ni aspiren a trabajar en España, y también por los que residan fuera pero trabajen dentro de España.

Por otra parte, y como habrá también ulterior ocasión de profundizar, una vertiente especialmente relevante de los derechos de los extranjeros es la de índole laboral, que está enmarcada por unos parámetros muy específicos, como son los que definen la situación nacional de empleo, de modo que el hecho de haber entrado y residir en España no coloca a los extranjeros en la misma posición que los nacionales en relación con esa vertiente laboral.

El Anteproyecto trata, probablemente, de canalizar esas matizaciones a través de la fórmula final "en los términos previstos en la Ley" que contiene el inciso ahora analizado.

Sin embargo, teniendo en cuenta la relevancia del régimen de derechos y obligaciones de los extranjeros, los variados pronunciamientos que el Tribunal Constitucional ha efectuado al respecto y el hecho de que el Anteproyecto introduzca previsiones específicas referidas a cada uno de esos derechos, el Consejo de Estado entiende que la norma general ahora comentada debiera quedar enunciada en unos términos más generales, como podrían ser "la efectividad del principio de no discriminación y, consecuentemente, el reconocimiento de derechos y obligaciones en los términos previstos en la Ley".

4. Principios concernientes a la vertiente socioeconómica de los inmigrantes. Dentro de este último capítulo se encuadrarían "la ordenación de los flujos migratorios laborales de acuerdo con las necesidades de la situación nacional del empleo" (inciso b) y "la igualdad de trato en las condiciones laborales y de Seguridad Social" (inciso h).

El primero de ellos recoge uno de los criterios que la legislación española ha venido siguiendo en relación con la vertiente laboral de la inmigración, como es vincularla con las necesidades y situación de empleo de la economía española. Se trata de un criterio general que se desenvuelve a través de múltiples técnicas (requisitos generales para la obtención de autorizaciones de trabajo, procedimientos específicos para acreditar la situación de empleo, regímenes especiales para cuantificar y determinar, con carácter previo y para ciertos períodos temporales, las necesidades y posibilidades de trabajos abiertas a los extranjeros, acuerdos internacionales para hacer efectivas en los países de origen las demandas de empleo que no encuentren satisfacción entre nacionales españoles,...).

Por lo que se refiere a la igualdad de trato en las condiciones laborales y de Seguridad Social, trata de concretar los estándares que quieren aplicarse a los extranjeros inmigrantes que desarrollen actividades laborales en España.

Hechas estas consideraciones de índole general acerca de los principios de la política migratoria que el Anteproyecto propugna introducir en la Ley Orgánica 4/2000, queda por avanzar algún comentario más concreto acerca de los términos en que está concebido el propuesto nuevo artículo 2 bis de esa Ley Orgánica.

Su párrafo inicial defiere al Gobierno, en el marco de las competencias estatales en la materia, llevar a cabo una política migratoria basada en los mencionados principios y contiene la habitual salvedad de "sin perjuicio de las (competencias) que hayan asumido las Comunidades Autónomas".

Dentro de los respectivos ámbitos competenciales reconocidos al Estado y a las Comunidades Autónomas, el Consejo de Estado entiende que los principios que acaban de examinarse son directrices de alcance general de toda la política migratoria y de extranjería, de modo que son

aplicables a todas las entidades públicas que actúan en ese ámbito, aunque sea con muy distintos alcances.

Ello conlleva que la atención a tales principios compete tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas y, a propósito de la organización administrativa del primero, no solo al Gobierno, sino también, obviamente, a los departamentos ministeriales intervinientes en la esfera de la extranjería e inmigración, lo que debería reflejarse en el primer párrafo de ese nuevo artículo 2 bis.

B) Las directrices aplicables a la integración de los inmigrantes. El Anteproyecto aborda esta segunda modificación de las disposiciones generales de la Ley Orgánica 4/2000 propugnando introducir en esa Ley Orgánica un nuevo artículo 2 ter, dedicado a la "integración de los inmigrantes", que desarrolla, pues, el principio general de "integración social de los inmigrantes" (inciso c) del propuesto nuevo artículo 2 bis), que ya se ha comentado anteriormente.

La importancia de ese principio de la política migratoria y sus múltiples implicaciones y vertientes justifican que el Anteproyecto le dedique ese desarrollo específico.

En cuanto a los términos en que lo hace, el apartado número 1 del propuesto nuevo artículo 2 ter marca a los poderes públicos la obligación de promover la plena integración de los extranjeros "sin más límite que el respeto a la Constitución y la ley". Entiende el Consejo de Estado que, en puridad de términos, ese respeto a la Constitución y la ley no es un límite a las actuaciones que tiendan a la plena integración de los inmigrantes, sino el marco para llevarlas a cabo, de modo que convendría matizar la actual redacción de tal apartado, suprimiendo su actual último inciso e iniciándolo con una fórmula próxima o similar a "Dentro del respeto a la Constitución y la ley".

También en este artículo 2 ter, apartado 1, se propone sustituir la expresión "en un marco de convivencia de identidades y culturas diversas" por la fórmula "favoreciendo la convivencia de identidades y culturas".

En lo que se refiere al apartado número 2 de ese precepto, recoge la directriz de incorporar el objetivo de la integración en todas las políticas y servicios públicos, promoviendo la participación de los inmigrantes "en condiciones de igualdad de trato".

Sin embargo, y como ya ha sido comentado, la igualdad de trato figura dentro de los principios de la política migratoria que el Anteproyecto preconiza incorporar a la Ley Orgánica 4/2000 mediante un nuevo artículo 2 bis, h), que centra esa igualdad de trato "en las condiciones laborales y de Seguridad Social" que se aplicarán a los inmigrantes.

A ello ha de añadirse que la doctrina constitucional tiene bien establecido que no dimana del marco constitucional una obligación general de aplicar una igualdad de trato a nacionales españoles y extranjeros, sino que tal igualdad será una decisión de política legislativa.

En consecuencia, y a fin de evitar confusiones sobre el alcance de la citada igualdad de trato, este Consejo estima preferible que el primer párrafo del propuesto nuevo artículo 2 ter, número 2, de la Ley Orgánica 4/2000 suprima su alusión final a "en condiciones de igualdad de trato".

Todavía en relación con ese nuevo artículo y apartado, y como mera sugerencia de redacción, se propone suprimir la alusión a "sociedad receptora", y corregir la redacción, de forma que pase a decir "... promoviendo su participación...", con supresión del inciso "de las personas inmigrantes".

En lo que concierne al segundo párrafo de ese nuevo artículo, y también en cuanto a sugerencia de formulación, no es muy afortunado iniciarlo con el adverbio "asimismo", ya que es obvio que las acciones de índole formativa forman parte de las políticas y servicios públicos a que alude el primer párrafo de tal precepto. Por ello, sería preferible sustituirlo por el adverbio modal "especialmente" u otro similar.

Y por lo que hace al apartado número 3 de ese nuevo artículo 2 ter, y en línea con lo que se ha indicado a propósito del propuesto nuevo artículo 2 bis, se sugiere reemplazar el término "el Gobierno" por el de "la Administración General del Estado".

Sexta. Los apartados cinco a veintitrés del artículo único del Anteproyecto introducen modificaciones en múltiples artículos del Título I de la LOE, relativo a los derechos y libertades de los extranjeros.

Algunas de esas modificaciones son consecuencia directa de la jurisprudencia constitucional recaída en relación con determinados preceptos de la LOE, como los que afectan a los derechos de reunión, asociación, educación, sindicación y asistencia jurídica gratuita, si bien la reforma no se limita a exigencias derivadas de dicha jurisprudencia.

Otros preceptos se modifican por razones distintas, de diversa índole, que más bien parecen relacionadas con el concepto de "capacidad de acogida" (vivienda, reagrupación familiar) o con una mejora técnica de la Ley (participación, documentación). En fin, en un tercer grupo de casos parece tratarse de simples modificaciones de detalle, no siempre fácilmente perceptibles (circulación, trabajo y seguridad social, asistencia sanitaria, servicios sociales, transferencias, no discriminación). Estas modificaciones, limitadas a veces a un simple cambio del tiempo verbal, han dado lugar a que los diferentes órganos y entidades que han tenido ocasión de pronunciarse sobre el Anteproyecto hayan planteado cambios de mayor calado.

En principio, las observaciones que siguen se limitarán a las modificaciones sustantivas proyectadas en el texto remitido a consulta, sin entrar a analizar las múltiples propuestas alternativas o adicionales formuladas por los órganos que han intervenido en el proceso de su decantación.

Se seguirá, a tal efecto, el mismo orden que mantiene la Ley, cuyo Título I se divide en cuatro capítulos, relativos a derechos y libertades, reagrupación familiar, garantías jurídicas y medidas antidiscriminatorias (aunque sin referencia a este último, en el que sólo se introduce una modificación de detalle, en el artículo 23.2.a) de la LOE).

A) Derechos y libertades. Las diferencias existentes entre cada uno de ellos aconseja comentarlos por separado.

1. Participación pública. Aunque el Anteproyecto recoge el texto de los cuatro apartados del artículo 6 de la LOE, únicamente se introduce una modificación de alcance en el primero de ellos, puesto que los apartados 2 y 4 no se alteran, y la reforma operada sobre el apartado 3 es una simple mejora de redacción.

El apartado 1 se refiere al derecho de sufragio de los extranjeros (en las elecciones municipales), por lo que ha de enmarcarse en lo previsto en el artículo 13.2 de la Constitución, que dispone: "Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por Tratado o Ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales". Este precepto, sus posibles interpretaciones y alcance han sido objeto de estudio por el Consejo de Estado en el Informe de 24 de febrero de 2009 sobre las propuestas de modificación del régimen electoral.

Baste subrayar aquí que el derecho de sufragio está, en principio, reservado a los españoles, si bien la Constitución admite que por Tratado o por Ley se puedan establecer salvedades a tal reserva, en el ámbito de las elecciones municipales y, en todo caso, "atendiendo a criterios de reciprocidad". La redacción hoy vigente del artículo 6 de la LOE suscita dudas -sobre las que ya llamó la atención el Consejo de Estado en el Informe citado-, puesto que en él se prevé la posibilidad de que se reconozca el derecho de sufragio a los extranjeros, atendiendo a criterios de reciprocidad "en los términos que por ley o tratado sean establecidos para los españoles residentes en los países de origen de aquéllos". Esta redacción resulta cuando menos confusa, puesto que una cosa es que la reciprocidad pueda apreciarse sin necesidad de tratado (i. e., teniendo en cuenta el reconocimiento del derecho de sufragio de los españoles que pueda hacer la ley extranjera); y otra muy distinta que el reconocimiento del derecho de sufragio de los extranjeros residentes en España se haga "en los términos" establecidos en la ley extranjera (que es lo que dice, en realidad, el artículo 6.1 transcrito).

La redacción ahora proyectada se limita a recoger la posibilidad de que los extranjeros residentes sean titulares del derecho de sufragio en las elecciones municipales "en los términos establecidos en la Constitución y en las leyes". Con ello no se avanza en el reconocimiento del derecho (lo que, ciertamente, podría hacer la Ley, siempre que lo hiciera "atendiendo al principio de reciprocidad"), sino que tan sólo se recoge una remisión a lo dispuesto en la Constitución y en las leyes. La remisión a la Constitución parece superflua, especialmente teniendo en cuenta que la Constitución no reconoce el derecho sino que autoriza su reconocimiento -limitado- por tratado o por ley; y la remisión a "las leyes" ha de entenderse referida, principalmente, a la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (y, en particular, a sus artículos 176 y 177).

Ahora bien, más allá de los acuerdos preexistentes (por ejemplo, con Noruega), ha de notarse que a lo largo del presente año, se han promovido y autorizado diversos acuerdos internacionales (con Colombia, Perú, Argentina o Islandia, entre otros) orientados precisamente a reconocer el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales de los nacionales de esos Estados residentes en España (y de los españoles residentes en dichos Estados). Por ello, parece oportuno que el artículo 6 de la LOE, que ahora se modifica, haga también referencia a esta vía de reconocimiento del derecho que no sólo está prevista en la Constitución, sino que está siendo utilizada en la práctica.

Por todo ello, se proponer modificar el texto proyectado, para introducir una referencia a los tratados. Una posible redacción sería la siguiente: "Los extranjeros residentes en España podrán ser titulares del derecho de sufragio en las elecciones municipales, en los términos establecidos en las leyes y, en su caso, tratados internacionales".

Si la omisión de la mención de los tratados pretende dar una mayor fuerza expansiva al derecho de sufragio (activo), para no hacer depender su reconocimiento de la existencia de un tratado, sería necesario incorporar alguna previsión que cumpliera la exigencia constitucional de atender a criterios de reciprocidad (por ejemplo, que los respectivos países permitan el voto a los españoles en dichas elecciones, tal y como hoy recoge el artículo 176.1 de la LOREG) y establecer las condiciones para el ejercicio del derecho que, hasta ahora, se vienen incorporando a los tratados celebrados sobre la materia (como el plazo o plazos de residencia legal previa e ininterrumpida, el empadronamiento o la inscripción en el censo electoral).

Ello permitiría votar en España, en las elecciones municipales, a los extranjeros residentes cuyos países de origen reconocieran a los españoles

el derecho de voto en sus elecciones locales, aun cuando no se hubiera celebrado un acuerdo internacional con el Estado en cuestión.

En fin, se trata de cuestiones sobre las que se ha pronunciado recientemente el Consejo de Estado en el Informe antes mencionado, al que ahora no puede sino hacerse una remisión de carácter general.

2. Derechos de reunión y asociación. El apartado 1 del artículo 7 se modifica, de forma que pasa a decir: "Los extranjeros tienen el derecho de reunión, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles". Se suprime, por tanto, el inciso final de la redacción actual ("... y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España"). El mismo inciso se suprime ahora en el apartado 1 del artículo 8, que pasa a reconocer a todos los extranjeros el derecho de asociación "conforme a las leyes que lo regulan para los españoles".

Es clara la vinculación de estas modificaciones con la jurisprudencia constitucional y, en particular, con la Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre. Señala dicha sentencia, en un fundamento que se refiere, entre otros, a los derechos de reunión y asociación (f.j. 4), que el artículo 13.1 de la Constitución concede al legislador una notable libertad para regular los derechos de los extranjeros en España, pudiendo establecer determinadas condiciones para su ejercicio. Sin embargo, una regulación de este tenor debe tener en cuenta, en primer lugar, el grado de conexión de los concretos derechos con la garantía de la dignidad humana, según los criterios que el propio Tribunal expone; en segundo lugar, el contenido preceptivo del derecho, cuando éste venga reconocido a los extranjeros directamente por la Constitución; en tercer lugar, y en todo caso, el contenido delimitado para el derecho por la Constitución y los tratados internacionales; y, por último, las condiciones de ejercicio establecidas por la Ley deberán dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, y guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida.

Ya en relación con el derecho de reunión y, concretamente, respecto de la exigencia de la previa obtención de autorización de estancia o residencia en España para su ejercicio, señala el Tribunal Constitucional que podría entenderse que éste es uno de los "condicionamientos adicionales" que el legislador puede legítimamente establecer al ejercicio de un derecho que la Constitución reconoce directamente a los extranjeros. Pero el precepto debatido -el artículo 7.1 de la LOE- no se limitaba a condicionar el ejercicio del derecho de reunión por parte de los extranjeros en situación irregular, sino que impedía radicalmente cualquier ejercicio del mismo a las personas que se encontrasen en España en aquella situación irregular.

A partir de ello, concluye el Tribunal: "El legislador orgánico puede fijar condiciones específicas para el ejercicio del derecho de reunión por parte de los extranjeros que se encuentran en nuestro país sin la correspondiente autorización de estancia o residencia, siempre y cuando respete un contenido del mismo que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre" (f.j. 6).

Y, razonando de forma análoga para el derecho de asociación, señala que el legislador orgánico podría fijar condiciones específicas para el ejercicio del derecho de asociación por parte de los extranjeros que se encuentran en nuestro país sin la correspondiente autorización de estancia o residencia, siempre y cuando respetara un contenido del mismo que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre (f.j. 7).

En coherencia con ello, el Tribunal Constitucional no declara la nulidad del inciso de los artículos 7.1 y 8.1 que ahora se suprime ("... y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España"), puesto que ello entrañaría una clara alteración de la voluntad del legislador ya que de este modo se equipararía plenamente a todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa, en el ejercicio de los señalados derechos. Por ello, concluye el Tribunal que ha de ser el legislador "el que establezca dentro de un plazo de tiempo razonable las condiciones de ejercicio de los derechos de reunión, asociación y sindicación por parte de los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España".

Este razonamiento del Tribunal Constitucional explica que alguna de las asociaciones intervinientes en la tramitación del Anteproyecto haya propuesto finalizar los artículos reseñados con la expresión "... conforme a las leyes que lo regulan" (suprimiendo el inciso final "para los españoles"), a fin de que pueda modularse legalmente el ejercicio de estos derechos, cuando así lo aconseje la situación de irregularidad de sus titulares extranjeros, siempre dentro de los márgenes permitidos por la doctrina constitucional.

A juicio del Consejo de Estado, el inciso final proyectado ofrece dudas acerca de si las leyes que regulan los derechos de reunión y asociación para los españoles pueden establecer condiciones de ejercicio de los derechos de reunión y asociación, y, en particular, definir condiciones específicas para su ejercicio por parte de los extranjeros que carezcan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España. La supresión del inciso "para los españoles" daría una mayor claridad a la norma (especialmente si después se introducen condicionamientos específicos en las leyes reguladoras de uno u otro derecho). Nótese, además, que las leyes orgánicas reguladoras de estos derechos (Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión, y Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación) incorporan una regulación general, no limitada, en particular, "para los españoles". Por ello, se considera preferible suprimir el mencionado inciso ("para los españoles"), de forma que el precepto concluya con el inciso "conforme a las leyes que lo regulan".

En fin, si la finalidad pretendida fuera excluir de raíz en la Ley Orgánica proyectada cualquier posible modulación de los derechos de reunión y asociación para su ejercicio por parte de los extranjeros irregulares (respetando, en todo caso, el contenido que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona), lo coherente sería utilizar otras expresiones en los artículos 7 y 8 (como "en las mismas condiciones que los españoles"), lo que, sin embargo, no parece pretender el Anteproyecto, ni viene exigido por la jurisprudencia constitucional.

La solución a que se orienta el Anteproyecto se puede justificar porque son esas leyes, reguladoras de cada uno de los derechos, las que llevan a cabo la configuración global del derecho y establecen, en principio, las condiciones que deben establecerse para su ejercicio con carácter general, lo que permite discernir las que deben establecerse en particular para determinados supuestos (por ejemplo, para los extranjeros en situación irregular).

En definitiva, dentro de la libertad de configuración normativa de que goza el legislador (y que el Tribunal Constitucional le reconoce, como derivada de su posición constitucional), el Anteproyecto opta por no imponer condiciones específicas para el ejercicio de los derechos de reunión y asociación por parte de los extranjeros que se encuentren en España sin la correspondiente autorización de estancia o residencia. Ello no impide, no obstante, que en el futuro el legislador "sectorial" (al regular cada uno de los derechos) pueda establecer condiciones de ese tipo, respetando siempre el contenido que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre.

3. Derecho a la educación. La regulación que el Anteproyecto prevé en relación con el derecho a la educación suscita consideraciones de distinto orden, que merecen atención separada.

a) El artículo 9 de la LOE se refiere al derecho a la educación, que se modifica a fin de recoger la doctrina del Tribunal Constitucional que, en la misma Sentencia 236/2007, ya citada, declaró la inconstitucionalidad del artículo 9.3 y la nulidad del término "residentes" que en él se recogía. De acuerdo con ello -se dice en el documento de valoración de las observaciones efectuadas-, se trata de dejar claro "que la educación hasta los dieciocho años de edad es un derecho que incluye la obtención de la titulación y el acceso a becas y ayudas y cuyos titulares son todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa". No obstante, se añade, la formulación de derecho y deber se cñe a la educación obligatoria.

En la citada Sentencia 236/2007, la entidad recurrente basaba su impugnación en que el artículo 9.3 de la LOE era inconstitucional al impedir el acceso a la enseñanza no básica a los extranjeros menores de dieciocho años que no tuvieran residencia legal en España, puesto que el derecho del niño a ser escolarizado consagrado en el artículo 27.1 de la Constitución comprendería tanto la enseñanza básica como la no básica. En congruencia con ello, el Tribunal Constitucional concluye su razonamiento sobre este punto señalando que el derecho de acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a la educación, y que su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor, por lo que se declara la inconstitucionalidad del inciso "residentes" del artículo 9.3 de la LOE.

Pero debe notarse que todo el razonamiento del Tribunal Constitucional en relación con esta cuestión (recogido en el f.j. 8) hace abstracción de la distinción entre extranjeros menores de 18 años y los que son mayores de esa edad; incluso, aunque la entidad recurrente se refiere a la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, el Tribunal razona sobre la base de otros instrumentos internacionales, con exclusión de aquel (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convenio de Roma). A partir de ello, concluye que el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la educación, en su dimensión prestacional, no se limita a la enseñanza básica (obligatoria y gratuita, de acuerdo con el artículo 27.4 de la Constitución), "sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se imponga constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad".

Sentado lo anterior, afirma el Tribunal que ese derecho a la educación garantizado en el artículo 27.1 de la Constitución "corresponde a "todos", independientemente de su condición de nacional o extranjero, e incluso de su situación legal en España". Precisa la sentencia que la supresión de la residencia para el derecho a la educación no obligatoria no entraña una discriminación en perjuicio de los extranjeros regulares, "puesto que aquellos que carezcan de autorización para residir pueden ser expulsados (...), pero mientras se encuentren en territorio español no pueden ser privados de este derecho por el legislador".

Por todo ello, concluye que el contenido constitucionalmente declarado del derecho a la educación "incluye el acceso no sólo a la enseñanza básica, sino también a la enseñanza no obligatoria, de la que no pueden ser privados los extranjeros que se encuentren en España y no sean titulares de una autorización para residir".

En definitiva, los razonamientos del Tribunal Constitucional no se cñen a los extranjeros menores de 18 años, sino que se extienden a todos los extranjeros, mayores y menores de edad.

Por ello, entiende el Consejo de Estado que debe suprimirse la exigencia de residencia (esto es, el término "residentes") de la redacción

proyectada para el artículo 9.2 de la LOE. Dicho apartado limita a los extranjeros residentes (en el caso de los mayores de 18 años) el derecho a acceder a las demás etapas educativas postobligatorias.

b) Una segunda subdivisión de edades se plasma en el proyectado apartado 1 del artículo 9 de la LOE. En él se distingue entre, de un lado, los menores de dieciséis años, que tienen derecho y deber a la educación (lo que incluye el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria) y, de otro, los menores de dieciocho años, que "también tienen derecho a la enseñanza postobligatoria".

La distinción responde a las observaciones formuladas en relación con el hecho de que los menores de 16 años tienen el derecho y el deber de acceder a la educación básica (por lo que las Administraciones educativas tienen la obligación de escolarizarlos), mientras que los mayores de 16 años menores de 18 años tienen el derecho, pero no el deber (y, en su caso, han de acceder a esta etapa a través de la oferta de educación de adultos).

Ahora bien, puesto que los mayores de 16 años tienen el derecho a permanecer en la etapa cursando la enseñanza básica hasta los 18 años (artículo 4.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación), el reconocimiento del derecho de los extranjeros mayores de 16 años y menores de 18 no debe limitarse a la enseñanza postobligatoria, sino que debe incluir la posibilidad de permanecer cursando la enseñanza básica hasta los 18 años (cumplidos el año en que finalice el curso), posibilidad esta que deriva, con carácter general del citado artículo 4.2 de la Ley Orgánica 2/2006. En caso de mantenerse la actual redacción del Anteproyecto, se estaría negando a los extranjeros el derecho a permanecer en la enseñanza básica iniciada antes de los 16 años, hasta que cumplan los 18 años. Resulta necesario corregir dicha restricción -que no parece conscientemente establecida- en el texto del artículo 9.1 del Anteproyecto.

c) En relación con el acceso al sistema de becas y ayudas al estudio, observa el Ministerio de Educación que, dada su configuración, es necesario distinguir entre extranjeros residentes y no residentes, dado que, para su correcta gestión, es preciso identificar al beneficiario mediante DNI NIE, acreditar la composición de la unidad familiar e identificar el domicilio del beneficiario mediante certificación expedida por las autoridades españolas y justificar los umbrales de renta mediante presentación de la declaración del IRPF. En definitiva, se dice, la "gestión de las becas y ayudas es sólo posible si el extranjero es residente, porque sólo así se garantiza que "en las mismas condiciones que los españoles" puedan acceder a los fondos públicos".

Tal y como se recoge en la jurisprudencia constitucional aludida, ha de distinguirse entre el reconocimiento del derecho, cuyo contenido esencial constitucionalmente garantizado ha de extenderse a los extranjeros, con independencia de la situación administrativa en que se encuentren, y las condiciones de su ejercicio. Así, al margen de la condición de español o extranjero (y de la situación administrativa del interesado), es claro que, para la correcta y adecuada gestión de las becas y ayudas, puede ser necesaria la acreditación de determinados extremos (composición de la unidad familiar, umbrales de renta, etc.); acreditación que ha de exigirse a todos los potenciales beneficiarios, sin que factores tales como la ilegalidad de la residencia o el hecho de residir algún miembro de la unidad familiar fuera del territorio nacional (sea español o extranjero el solicitante) exima al interesado de acreditar, con igual o análogo grado de certeza, el cumplimiento de los requisitos necesarios para acceder a las becas o ayudas de que en cada caso se trate.

No se olvide, en relación con ello, que el legislador puede establecer condiciones de ejercicio del derecho comunes a españoles y extranjeros e, incluso, como el propio Tribunal Constitucional señaló en la Sentencia 236/2007, puede el legislador establecer condiciones de ejercicio respecto de los derechos y libertades de los extranjeros, que serán constitucionalmente válidas si, respetando su contenido esencial, se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida (f.j. 4).

En definitiva, a juicio del Consejo de Estado, el legislador tiene un margen de maniobra suficiente (sea en la legislación de extranjería o sea en la legislación sobre educación) para establecer las condiciones que garanticen una adecuada gestión de las becas y ayudas, destinadas potencialmente tanto a españoles como a extranjeros.

d) Por todo lo que queda señalado, entiende el Consejo de Estado que debe considerarse la reincorporación de una regla general como la que habría el artículo 9 de la LOE en una versión anterior del Anteproyecto, en la que se comenzaba sentando la regla de que todos los extranjeros tienen derecho a la educación de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa (puesto que es en esa legislación donde se establece, con carácter general, qué enseñanzas ofrece el sistema educativo, cuándo existe un deber o sólo un derecho, en qué casos y edades éste se limita al acceso o a la permanencia en una etapa ya iniciada, etc.).

A partir de ello, el texto del artículo puede concretar los supuestos en que el derecho se reconoce en las mismas condiciones que los españoles o señalar condiciones de ejercicio para los extranjeros, siempre que sean constitucionalmente válidas, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional que ha quedado aludida; o bien, claro está, remitir esas condiciones de ejercicio a la legislación educativa.

4. Libertad sindical y derecho de huelga. El apartado trece del artículo único del Anteproyecto modifica el artículo 11 de la LOE en sus dos apartados. En el primero de ellos se recoge el derecho de los extranjeros a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, y se suprime el inciso final ("que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España"). Se trata, por tanto, de una modificación análoga -en principio y con el matiz que después se indicará- a la ya examinada en relación con la reforma de los artículos 7 y 8 de la LOE (derechos de reunión y asociación).

El fundamento de esta modificación se encuentra, igualmente, en la jurisprudencia constitucional y, en particular, en la STC 236/2007, que recuerda cómo esa jurisprudencia ha vinculado la titularidad del derecho de libertad sindical a "todos" los trabajadores en su caracterización material y no jurídico-formal. Por ello, no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para su ejercicio por parte de los trabajadores extranjeros, aunque lo sea para la celebración válida de su contrato de trabajo y, en consecuencia, para la obtención de la condición jurídico-formal del trabajador. A partir de ello, entiende el Tribunal Constitucional que la exclusión total del derecho de libertad sindical de aquellos extranjeros que trabajen pese a no haber obtenido autorización de estancia o residencia en España no se compeadece con el reconocimiento del derecho de libertad sindical que efectúa el artículo 28.1 de la Constitución (como tampoco se compeadece con este derecho -se dice- la limitación consiguiente que deriva para el derecho de los sindicatos de defender y promover los intereses de estos trabajadores).

No obstante, también aquí señala el Tribunal que el legislador orgánico puede fijar condiciones específicas para el ejercicio del derecho de sindicación por parte de los extranjeros que se encuentran en nuestro país sin la correspondiente autorización de estancia o residencia, siempre y cuando respete un contenido del mismo que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona. En consecuencia, pueden reiterarse aquí las consideraciones que se hicieron más arriba en relación con los derechos de reunión y asociación, en relación con la libertad de configuración normativa de que goza el legislador.

Hay, sin embargo, un matiz diferente en el caso de la redacción propuesta para el artículo 11.1 de la LOE. La diferencia radica en que los artículos 7 y 8 reconocen los derechos de reunión y asociación para todos los extranjeros "conforme a las leyes que los regulan para los españoles" (lo que, como se dijo, no impide que la legislación reguladora de cada uno de los derechos pueda establecer condiciones específicas para su ejercicio por parte de los extranjeros que se encuentran en España sin la correspondiente autorización de estancia o residencia). En cambio, el artículo 11 reconoce el derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, directamente, "en las mismas condiciones que los trabajadores españoles".

Por tanto, las mismas razones que justifican que en los artículos 7 y 8 se reconozcan los derechos de reunión y asociación conforme a las leyes que los regulan (ya se ha indicado que sería preferible suprimir el inciso "para los españoles"), para los españoles, avalarían análoga solución para los derechos a que se refiere el artículo 11.1 de la LOE. En definitiva, debe subrayarse que la supresión de un mismo inciso en los artículos 7, 8 y 11, da lugar a distintos regímenes para unos y otros derechos en función de la redacción preexistente. El apartado 11.2 se recoge en los términos vigentes ("De igual modo podrán ejercer el derecho de huelga"), una vez que fue declarado nulo el inciso "cuando estén autorizados a trabajar", en este caso por la Sentencia del Tribunal Constitucional 259/2007, de 19 de diciembre, que señala que el concepto de trabajador relevante para la determinación del ámbito subjetivo del derecho de huelga ha de entenderse en su caracterización material, independientemente de la legalidad o ilegalidad de su situación; por tanto, concluye, no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para el ejercicio del derecho de huelga por parte de los trabajadores extranjeros, aun cuando dicha situación resulte exigible para la celebración válida de un contrato de trabajo (a lo que se añade que la carencia de autorización, de acuerdo con la LOE, no invalida el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero). Por supuesto, dado el tenor de este apartado 2, su régimen vendrá determinado por la redacción que finalmente se dé al apartado 1, al que se acaba de hacer referencia.

5. Derechos en materia de vivienda. El artículo 13 de la LOE atribuye a los extranjeros residentes el derecho a acceder al sistema público de ayudas en materia de vivienda en las mismas condiciones que los españoles. Con la modificación proyectada, la concreción del derecho se remite a "los términos que establezcan las Administraciones competentes", si bien se añade que, en todo caso, "los extranjeros residentes de larga duración tienen derecho a dichas ayudas en las mismas condiciones que los españoles".

Dicha modificación ha sido objeto de diversas objeciones por parte de entidades y órganos preinformantes, por la dualidad de regímenes que vincula la igualdad de trato a la residencia de larga duración. Se ha cuestionado incluso tal previsión desde el punto de vista del Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007-2010 que establece, como uno de sus objetivos, la garantía de acceso de los inmigrantes a los servicios públicos, y especialmente -entre otros- a la vivienda, "en igualdad de condiciones que la población autóctona".

Es clara la conexión del precepto con el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, que el artículo 47 de la Constitución reconoce a todos los españoles. El artículo proyectado no niega tal derecho a los residentes que no lo sean de larga duración (ni tampoco a los no residentes), sino que se refiere al acceso a las ayudas en esta materia y lo remite a "los términos que establezcan las Administraciones competentes", lo que es consecuencia de las competencias que en esta materia corresponden a las CC AA, de acuerdo con lo dispuesto en sus Estatutos de Autonomía, y a los entes locales (artículo 25.2.d de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local), como también de la vinculación entre el tipo de acceso a la vivienda y las perspectivas de permanencia del interesado, teniendo en cuenta el carácter escaso del recurso en cuestión. No obstante, se pone un límite al margen de actuación del legislador autonómico y de las administraciones competentes, al garantizar a los residentes de larga duración el acceso a tales ayudas en las mismas condiciones que los españoles; límite éste que, por otra parte, es acorde con lo dispuesto en el artículo 11.1.f de la Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de

noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.

A juicio del Consejo de Estado, la previsión no es objetable desde el punto de vista constitucional, por más que sea deseable una intensificación de la acción de los poderes públicos en esta materia, tal y como se deriva del Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración, diversificando los tipos de actuaciones e incluyendo otros que se han sugerido a lo largo de la tramitación del Anteproyecto (como prestaciones de alojamiento dirigidas a personas en riesgo de exclusión social) y encaminadas a evitar una nueva categoría de exclusión residencial.

Aclarado lo anterior, conviene precisar que los términos de acceso a los sistemas públicos de ayudas en materia de vivienda no serán siempre establecidos por las Administraciones competentes (como presupone la proyectada redacción del artículo 13), sino que, en ocasiones, será el legislador -estatal o autonómico- el que concrete, en mayor o menor grado, los términos de ese acceso. Se propone, por tanto, que se altere ligeramente el inciso final de la primera oración del párrafo, que podría ser del siguiente o parecido tenor: "... en los términos que establezcan las leyes y las Administraciones competentes".

B) Reagrupación familiar. El Anteproyecto prevé la modificación del régimen de reagrupación familiar, que quedaría plasmado en los nuevos artículos 17, 18, 18 bis y 19 de la LOE. Según indica la memoria justificativa, las modificaciones en este ámbito se orientan, fundamentalmente, a un doble objetivo: dar prioridad a la familiar nuclear y mejorar la futura integración de los familiares reagrupados.

Todo ello debe analizarse a la luz de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, en la que se recoge la necesidad de armonizar las legislaciones nacionales sobre las condiciones de admisión y de residencia de los nacionales de terceros países (considerando 3), como también la afirmación de que la reagrupación familiar es necesaria para la vida en familia (considerando 4) y el objetivo de garantizar la protección de la familia (considerando 6).

En relación con ello, conviene precisar que el Tribunal Constitucional ha afirmado que el derecho a la reagrupación familiar no forma parte del contenido del derecho consagrado en el artículo 18 de la Constitución, que regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal (STC 236/2007, f.j. 11). No obstante, reconoce que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -en contraste con la de nuestro Tribunal Constitucional-, ha deducido del artículo 8.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) un "derecho a la vida familiar", que comprendería como uno de sus elementos fundamentales el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía; sin embargo, precisa, no ha llegado a reconocer explícitamente un auténtico derecho a la reagrupación familiar derivado del artículo 8 del CEDH, que sólo sería eficaz en el supuesto de que la vida familiar no fuera posible en ningún otro lugar, por impedimento legal o fáctico.

En fin, también se tienen en cuenta, en las modificaciones que el Anteproyecto introduce, otras normas europeas, como algunas previsiones de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, o de la Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de investigación científica.

A partir de todo ello, se examinan a continuación algunas cuestiones relativas a la reagrupación de la pareja no matrimonial, a la reagrupación de los ascendientes y a los efectos de la reagrupación.

1. Reagrupación de la pareja no matrimonial. La prioridad que se da a la familia nuclear, acorde con la citada Directiva 2003/86/CE, se plasma en la introducción de reformas en cuanto a los potenciales beneficiarios de la reagrupación: de un lado, se regula la reagrupación de la pareja con análoga relación de afectividad a la conyugal; de otro, se modifica la regulación de la reagrupación de los ascendientes.

La pareja con análoga relación de afectividad se equipara al cónyuge a estos efectos (artículo 17.4 proyectado), si bien se remite a la regulación reglamentaria el desarrollo de las garantías probatorias que eviten la utilización fraudulenta de esta figura y para que esa relación de afectividad análoga a la conyugal "pueda producir efectos en España" (artículo 17.5 proyectado).

A juicio del Consejo de Estado, este último inciso debe modificarse, puesto que no se trata -no debe tratarse- de una remisión a la regulación reglamentaria relativa al régimen general de producción de efectos en España de uniones civiles o parejas registradas, sino del régimen particular de producción de efectos en relación, concretamente, con la reagrupación familiar de los extranjeros residentes en España.

Por otra parte, se ha cuestionado en la tramitación del expediente la posibilidad y términos de acreditación de esa relación de afectividad y la posible utilización fraudulenta de la figura. Se trata de una cuestión que se deberá abordar con las debidas cautelas por vía reglamentaria, para lo cual pueden ser útiles algunas pautas que se recogen en la citada Directiva 2003/86/CE. Esta Directiva se refiere a la posibilidad de autorizar la reagrupación de la pareja no casada "que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada" o de la "pareja registrada" (artículo 4.3); y precisa el artículo 5.2 de la Directiva que, cuando se examine una solicitud relativa a la pareja no casada del reagrupante, los Estados miembros tendrán en cuenta, con el fin de probar la existencia de vínculos familiares, elementos tales como hijos comunes, la cohabitación previa, el registro de la pareja y "cualquier otro medio de prueba fiable".

2. Reagrupación de los ascendientes. Mayores dudas ha suscitado la nueva regulación relativa a la reagrupación de ascendientes, en cuanto exige, de un lado y como regla general, que los ascendientes reagrupables sean mayores de 65 años (artículo 17.1.d) y, de otro, que este concreto grupo de familiares sólo puedan ser reagrupables a partir del momento en que el solicitante (reagrupante) adquiera la residencia de larga duración (artículo 18.1). Esta nueva regulación ha sido criticada por algunos de los órganos y entidades intervinientes a lo largo del proceso de elaboración del Anteproyecto, por el retroceso que supone respecto de la regulación preexistente.

La memoria justifica el nuevo régimen por la influencia imprevista y compleja en el mercado de trabajo que tiene la entrada, por esta vía, de ascendientes que se hallan en edad y situación de trabajar. Se trata, por tanto, de adecuar la regulación a la capacidad de acogida y al mercado laboral de nuestro país. Por ello, se ciñe más la reagrupación a la llamada familia nuclear (cónyuges e hijos) si bien se permite la reagrupación de ascendientes mayores de 65 años, puesto que ello no tendrá impacto en el mercado laboral y, objetivamente, tales personas pueden encontrarse en una situación de mayor vulnerabilidad (lo que también lleva a matizar la regla y admitir excepciones por razones de carácter humanitario).

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, las objeciones fundamentales a esta nueva regulación se han formulado a partir del contenido de la Directiva 2003/86/CE, antes mencionada, lo que exige alguna consideración al respecto.

Dicha Directiva impone que se autorice ("autorizarán") la reagrupación del cónyuge y los hijos menores a que se refiere su artículo 4.1. En cambio, en relación con los ascendientes en línea recta y primer grado no se impone, sino que se permite (podrán autorizar), aunque se matiza: "siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el capítulo IV" y cuando los ascendientes estén a cargo del reagrupante o de su cónyuge "y carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen" (artículo 4.2).

Ciertamente, la Directiva dispone que su regulación no afectará a la facultad de los Estados miembros de adoptar o conservar disposiciones más favorables (artículo 3.5). De acuerdo con ello, si no se impone la reagrupación de los ascendientes, parece que el Estado miembro puede aceptarla (como medida más favorable) e imponer las restricciones que tenga por conveniente en relación con tales familiares. No obstante, también parece razonable entender que, aunque no se les imponga (a los Estados miembros) la reagrupación de estos familiares, en caso de que se admita, se haga con unas exigencias mínimas (que serían las del artículo 4.2.a) y las del capítulo IV). A partir de ello, pueden analizarse los dos requisitos nuevos incorporados en el Anteproyecto.

En relación con la exigencia de que sean mayores de 65 años, entiende el Consejo de Estado que, aunque se trata de un requisito no previsto en la repetida Directiva 2003/86/CE, no es objetable -desde la perspectiva de esta norma comunitaria- su exigencia por el derecho interno. Puesto que la Directiva no impone la reagrupación de los ascendientes, el ordenamiento español podría rechazar tal posibilidad, y consiguientemente, puede también admitirla sólo parcialmente (esto es, en relación con los mayores de 65 años). No obstante, quiere llamarse la atención sobre la pertinencia de mantener la excepción orientada a permitir la reagrupación de ascendientes menores de 65 años, cuando concurren razones de carácter humanitario, a la vista de las consideraciones que se hicieron más arriba sobre el objetivo de protección de la familia y el derecho a la vida familiar, afirmado por el TEDH (que, como se ha apuntado, comprendería, como uno de sus elementos fundamentales, el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía).

Mayores dudas suscita la exigencia de que el reagrupante haya adquirido previamente la residencia de larga duración (artículo 18.1 del Anteproyecto), lo que supone, con carácter general, una residencia previa y continuada de cinco años (según la redacción proyectada del artículo 32 de la LOE: apartado treinta y tres del Anteproyecto). Ya no se trata de una de las exigencias del familiar reagrupable, sino de los requisitos del reagrupante. Y en relación con este punto, el artículo 8 de la Directiva (inserto en el capítulo IV, al que se remite el artículo 4.2: "siempre que se cumplan las condiciones establecidas en el capítulo IV") establece: "Los Estados miembros podrán requerir que el reagrupante haya residido legalmente en su territorio durante un periodo de tiempo, que no podrá superar dos años, antes de reagrupar a los miembros de su familia con él" (aunque se prevé una excepción que la extiende hasta tres años como máximo, en función de la legislación existente en el momento de adopción de la Directiva).

Como se ha apuntado, aunque no se imponga a los Estados miembros la reagrupación de los ascendientes, sí parece que, en caso de que se opte por aceptar tal posibilidad, deben respetarse las exigencias que la Directiva recoge en su capítulo IV y, en particular, cuando no se trata de una restricción relativa a los ascendientes reagrupables, sino de los requisitos exigibles al residente reagrupante (como es el de que la residencia legal previa exigida no supere los dos años).

De acuerdo con ello, entiende el Consejo de Estado que debe suprimirse o modificarse la exigencia del artículo 18.1 proyectado, de que los ascendientes solamente podrán ser reagrupados a partir del momento en que el solicitante adquiera la residencia de larga duración.

También suscita dudas la falta de incorporación de la exigencia, en el artículo 17.1.d) proyectado, de que los ascendientes reagrupables lo sean "en línea recta y en primer grado" y de que "carezcan del apoyo familiar adecuado en el país de origen" (criterio que la Directiva utiliza para delimitar los ascendientes reagrupables: artículo 4.2.a); exigencia, esta última, que sería coherente con los objetivos que, en este ámbito, se propone el Anteproyecto, aunque no se ignoran los problemas que podría plantear su acreditación. No obstante, ya se ha aludido a la facultad de

los Estados miembros de adoptar o conservar disposiciones más favorables (artículo 3.5 de la Directiva).

Por último, quiere llamarse la atención sobre el requisito contemplado en el artículo 17.1.d) proyectado de que "existan razones que justifiquen su residencia en España": si se trata de ascendientes del reagrupante, que están a su cargo y que son mayores de 65 años, parece que concurren ya razones suficientes que justifican su residencia en España. Nótese que, en la redacción actualmente vigente de la LOE hay una diferencia de matiz, no exento de virtualidad, al exigirse que "existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España" (lo que da pie para que por vía reglamentaria se concreten casos en que se considera que existe esa "necesidad" de autorizar la residencia en España: por ejemplo, en función de la carencia de un apoyo familiar adecuado en el país de origen).

3. Efectos de la reagrupación familiar. El segundo objetivo a que alude la memoria justificativa en relación con la nueva regulación de la reagrupación familiar se refiere a la mejora de la integración de los familiares reagrupados, lo que conduce a un mayor rigor en la comprobación de las condiciones con que cuenta el extranjero para reagrupar (dejando su concreción al desarrollo reglamentario) y el otorgamiento automático de autorización para trabajar a los reagrupados en edad laboral.

Este último aspecto se contempla en el artículo 19 proyectado, en cuyo apartado 2 se dispone que, en caso de que el cónyuge fuera víctima de violencia de género, podrá obtener la autorización de residencia independiente desde el momento en que se hubiera dictado una orden de protección a favor de la misma "o cuenten con un informe del Ministerio Fiscal en el que se constata la existencia de indicios de violencia, sin necesidad de que se haya cumplido el requisito anterior".

En relación con ello, cabe señalar que la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, incluye previsiones sobre la acreditación de las situaciones de violencia de género. Así, su artículo 23 dispone que las situaciones de violencia que dan lugar al reconocimiento de los derechos laborales "se acreditarán con la orden de protección a favor de la víctima"; y se añade: "Excepcionalmente, será título de acreditación de esta situación, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección".

A juicio del Consejo de Estado, debe ponderarse la conveniencia de introducir alguna previsión en el Anteproyecto que refleje el carácter provisional de este segundo título de acreditación de la violencia de género y, por consiguiente, también de la autorización de residencia independiente obtenida por este medio; así, puede valorarse la atribución de un carácter provisional al permiso independiente hasta que se dicte la orden de protección (en cuyo caso perderá ese carácter provisional) o bien hasta que se deniegue la orden de protección solicitada o de otro modo una decisión judicial desvirtúe los indicios que sirvieron de base al informe del Ministerio Fiscal (y, por tanto, a la autorización de residencia independiente). Y ello, a fin de evitar la utilización de esta vía para objetivos diferentes del que se persigue en el artículo 19.2 proyectado. Nótese que la solución que se propone guarda coherencia con el carácter provisional de la autorización a que se refiere el apartado 3 del artículo 31.bis que el Anteproyecto incorpora (relativo a mujeres extranjeras víctimas de violencia de género).

C) Garantías jurídicas. El capítulo III del Título I de la LOE regula, bajo el título de "Garantías jurídicas" el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 20), el derecho al recurso contra los actos administrativos (artículo 21) y el derecho a la asistencia jurídica gratuita (artículo 22). Sólo este último es objeto de modificación por el Anteproyecto sometido a consulta.

Las modificaciones introducidas en el artículo 22 responden a fundamentos de distinto orden que, por tanto, conviene examinar por separado. Así, la reforma de sus apartados 1 y 2 está directamente vinculada a la jurisprudencia constitucional recaída sobre esta materia en la STC 95/2003 y confirmada -ya en relación con la LOE- en la STC 236/2007. En cambio, la incorporación de los nuevos apartados 3 y 4 responde más bien a razones derivadas de la aplicación, en la práctica, del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

1. Exclusión del requisito de la residencia. Como consecuencia de la impugnación por el Defensor del Pueblo del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia jurídica gratuita, la STC 95/2003 afirmó la conexión instrumental entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho a la tutela judicial efectiva, cuya titularidad predica de todas las personas, incluidos los extranjeros, con independencia de su situación jurídica (y, por tanto, también de los no residentes legalmente en España). A partir de ello, el Tribunal considera inconstitucional la norma impugnada en cuanto limitaba el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros a aquellos que residieran legalmente en España. Al precisar el alcance de la declaración de inconstitucionalidad, el Tribunal señala que los extranjeros que se encuentren en España y reúnan las condiciones requeridas legalmente para ello "podrán acceder a la asistencia jurídica gratuita en relación con cualquier tipo de proceso a efectos del cual gocen de la precisa legitimación". Posteriormente, esa misma jurisprudencia sería recogida en la STC 236/2007, que declaró, por ello, la inconstitucionalidad del artículo 22.2 de la LOE y la consiguiente nulidad del inciso "residentes" que figuraba en él.

La nueva redacción proyectada cumple con las exigencias de esta jurisprudencia, puesto que su apartado 1 reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita a los "extranjeros que se hallen en España", sin exigir el requisito de la residencia, en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan y en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles.

La exigencia de "que se hallen en España" es la misma que se recoge hoy en el artículo 22.1 (que no ha generado los problemas de constitucionalidad antes aludidos), análoga a la que se recoge actualmente en el artículo 2 de la Ley de Asistencia jurídica gratuita antes citada, y parece justificarse, entre otras razones, por la exigencia de que exista un punto de conexión para el reconocimiento del derecho o por razón de la efectiva aplicación práctica del régimen de asistencia jurídica gratuita. No obstante, este derecho se reconoce, en la repetida Ley de Asistencia jurídica gratuita, a los ciudadanos españoles y a los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea sin esa misma exigencia de encontrarse en España.

Pues bien, la mencionada exigencia de hallarse en España, en relación con la asistencia jurídica a los extranjeros, no está exenta de dudas de constitucionalidad, habida cuenta de su conexión instrumental con el derecho a la tutela judicial efectiva, del que son titulares todas las personas, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional antes reseñada. Nótese que una persona -extranjera o no- no necesita hallarse en España para ser titular del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución española, en la medida en que esa persona puede ser demandada en España o, en general, ver vulnerados sus derechos en nuestro país (por ejemplo, por agresiones al patrimonio que tenga aquí, o por ataques a su honor o a su imagen, injurias o calumnias, etc.).

En todo caso, dicha previsión (exigencia de hallarse en España) ha de ponerse en conexión con el apartado 4, que el Anteproyecto añade en el artículo 22 de la LOE; se prevé en dicho apartado que, cuando el extranjero se encuentre fuera de España, la solicitud del derecho a la asistencia jurídica gratuita y la manifestación de la voluntad de recurrir la resolución administrativa podrán realizarse ante la misión diplomática u oficina consular correspondiente. No se ignora que este nuevo apartado 4 está vinculado a las razones prácticas que han llevado a incorporar también el nuevo apartado 3. Pero su contraste con el reconocimiento del derecho a los extranjeros "que se hallen en España" es evidente.

Por todo ello, se propone una reconsideración del inciso de referencia y de su conexión con el apartado 4 del artículo 22 proyectado. Se trata de una exigencia (la de que "se hallen en España") para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, que, más bien, debería estar vinculada a la situación jurídica del interesado o a su condición procesal como parte en un proceso tramitado en España. Ahora bien, paralelamente deben regularse (o, cuando menos, remitirse a su legislación específica) las condiciones de ejercicio del derecho en los casos en que el extranjero se encuentre fuera de España, más allá de la limitada previsión incorporada al apartado 4 proyectado, relativa al lugar de presentación de la solicitud correspondiente o de manifestación de la voluntad de recurrir. Así, a título de ejemplo, son evidentes los problemas derivados de la más difícil acreditación de la insuficiencia de recursos y demás requisitos para poder acceder a la asistencia jurídica gratuita (puede recordarse, en este sentido, lo que antes se ha apuntado en relación con el acceso al sistema de becas y ayudas de estudio).

Dicho lo anterior, debe precisarse que el Tribunal Constitucional no ha llegado a afirmar la inconstitucionalidad de esa exigencia de encontrarse en España para el reconocimiento del derecho. Así, en la STC 95/2003, ante la objeción de que la estimación del recurso y la anulación del inciso "que residan legalmente en España" llevaría al reconocimiento universal del derecho a la asistencia jurídica gratuita a toda persona extranjera que, reuniendo los requisitos económicos legalmente previstos, quisiera litigar ante los Juzgados y Tribunales españoles (ya se encontrase en España, ya en el extranjero), el Tribunal Constitucional señala ("para efectuar el enjuiciamiento que en este momento nos compete") que la extensión del ámbito tutivo del beneficio de justicia gratuita en esos términos "conduciría a unos resultados que desde luego no vienen exigidos por el texto constitucional, cuya eficacia normativa se contrae a su ámbito propio de aplicación".

Por ello, se concluye en aquel caso que, anulada la palabra "legalmente", la expresión "que residan [en España]" había de entenderse referida a la situación puramente fáctica de los que se hallan en territorio español. Por lo mismo, no se objeta, en el presente caso, la constitucionalidad del texto proyectado, aunque sí se sugiere una reconsideración de la exigencia en cuestión y de su conexión con el apartado 4 del artículo 22 del Anteproyecto, a la luz de la jurisprudencia y de los razonamientos vertidos por el Tribunal Constitucional en las sentencias reseñadas.

2. Asistencia jurídica gratuita en determinados procedimientos administrativos. El apartado 2 del artículo 22 proyectado dispone que los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos administrativos que puedan llevar a su denegación de entrada, devolución o expulsión del territorio español, y en todos los procedimientos en materia de asilo, cuando carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa aplicable; y añade a continuación que también "tendrán" derecho a la asistencia jurídica de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice.

La modificación fundamental respecto del tenor vigente del artículo 22.1 de la LOE radica en que el nuevo texto se limita a los procedimientos administrativos, lo que tiene una justificación clara a partir del texto introducido en el nuevo apartado 1 del artículo 22.

Por lo demás, la previsión del derecho a intérprete, hasta ahora referida a los procedimientos administrativos y judiciales (en los casos y materias aludidos), queda ahora limitada a los procedimientos administrativos, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto en el artículo 143 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y demás normas que resulten aplicables.

3. El problema de los "recursos virtuales". El apartado 3 se orienta a resolver un problema práctico, en relación con la posibilidad de que el abogado designado de oficio en vía administrativa mantenga la representación en la vía contencioso-administrativa, sin conocimiento del interesado y sin que éste -quizás ya fuera del territorio nacional- haya manifestado expresamente su voluntad de ejercicio de las correspondientes acciones (lo que ha dado lugar a una jurisprudencia que viene a denegar el acceso al recurso por no constar debidamente acreditada la voluntad

de recurrir o la atribución de la representación).

A tal fin, se dispone ahora que, en los procesos contencioso-administrativos contra las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa en materia de denegación de entrada, devolución o expulsión, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita requerirá una nueva solicitud y la constancia expresa de la voluntad del extranjero de interponer el recurso o ejercitar la acción correspondiente. Y añade que la manifestación de la voluntad de recurrir la resolución administrativa deberá realizarse en la forma y ante el funcionario público que reglamentariamente se determine, de manera que se garantice la facultad de ejercer su derecho a la asistencia jurídica gratuita también cuando, según las causas legalmente previstas, el extranjero pudiera hallarse privado de libertad.

La versión anterior de la nueva regulación proyectada suscitó objeciones por introducir para el extranjero una condición diferente o más gravosa que la exigida a los nacionales para el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, lo que no resultaría acorde con la jurisprudencia constitucional que ha reconocido a los extranjeros el ejercicio de este derecho en igualdad de condiciones que a los nacionales.

La redacción acogida finalmente en el texto remitido a consulta responde a una propuesta del Consejo Fiscal, orientada a evitar tal objeción, lo que en efecto se consigue, a juicio del Consejo de Estado. Así, puede entenderse que la concesión del derecho a la asistencia jurídica gratuita para los expedientes administrativos a que se refiere el artículo 2.e) de la repetida Ley de Asistencia jurídica gratuita alcanza a todas las actuaciones que se lleven a efecto hasta agotar la vía administrativa; posteriormente, para el mantenimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita en la vía contencioso-administrativa, sería necesaria la cumplimentación de todos los requisitos que la ley exige a cualquier otro ciudadano español o extranjero. En definitiva, se trataría de una regla especial, derivada de la especialidad del supuesto (el del citado artículo 2.e) de la LAJG que, ciertamente se prevé sólo para los extranjeros, pero que constituye una extensión de su derecho respecto del que, con carácter general, se reconoce a españoles y extranjeros).

Lo anterior conduce a otra cuestión que convendría aclarar en el texto: el de la relación de la segunda regla que el artículo 22.3 proyectado incluye con la regla general establecida en el artículo 24 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). Si la aplicabilidad de lo previsto en el artículo 24 de la LEC era clara en versiones anteriores del Anteproyecto, la cuestión no es diáfana en el texto sometido a consulta que, sin mención de dicho precepto de la LEC, remite a la regulación reglamentaria la forma y el funcionario ante el que debe manifestarse la voluntad de recurrir. Ello se justifica por la posibilidad de que el extranjero estuviera privado de libertad, pero no es claro si lo previsto en este apartado 3 del artículo 22 se limita a tales supuestos (privación de libertad) o, como parece, la regla se aplicará en todo caso (incluso desplazando la regla general del artículo 24 de la LEC). A juicio del Consejo de Estado debe mantenerse, con carácter general, la regla del artículo 24 de la LEC, sin perjuicio de que se añadan otras posibilidades o especialidades derivadas de situaciones particulares en que puedan encontrarse los extranjeros en los casos a que se refiere el Anteproyecto.

En fin, en todo caso deben adoptarse las medidas necesarias para evitar que, por denegación del derecho a la asistencia jurídica gratuita o por otras causas, pueda producirse indefensión.

4. El derecho de extranjeros que se encuentran fuera de España. Esa misma cuestión trata de resolverse (ya en el apartado 4) en relación con los casos en que el extranjero se encuentre fuera de España en el que, como se dijo, se establece que la solicitud del derecho a la asistencia jurídica gratuita y la manifestación de la voluntad de recurrir la resolución administrativa podrán realizarse ante la misión diplomática u oficina consular correspondiente.

Su ubicación a continuación del apartado 3 -con el específico problema que trata de resolver- parece remitir, en primer término, a los casos en que la denegación de entrada, la devolución o expulsión se hayan llegado a consumir. Pero debe notarse que la previsión no se limita a tales supuestos y, como se adelantó, supone una contradicción -o, cuando menos, un fuerte contraste- con el reconocimiento del derecho a los extranjeros "que se hallen en España".

Séptima. El Anteproyecto dedica los apartados veinticuatro a cuarenta y cinco de su artículo único a la modificación de numerosos preceptos integrados en el Título II de la Ley Orgánica 4/2000, dedicado al "Régimen Jurídico de los extranjeros" (artículos 25 y siguientes). Al tiempo, procede a la incorporación de nuevos artículos, a fin de dotar de un régimen específico a algunos aspectos que no estaban expresamente previstos en nuestro ordenamiento de extranjería.

Como ya se ha advertido, el Consejo de Estado considera que la reforma proyectada podría limitarse a la de aquellos aspectos que presentan una especial relevancia, por ejemplo, por la necesidad de incorporar ciertas Directivas comunitarias, sin que sea preciso abordar en este concreto proceso de reforma cuestiones de matiz o de mejora de redacción que no obedecen a las finalidades primordiales que animan la iniciativa legislativa sometida a consideración. En particular, se considera que es paradigmático de esta extravagancia desde la perspectiva de los objetivos del Anteproyecto el apartado veintiocho de su artículo único, cuya justificación reside en la supuesta mejora técnica que supone la eliminación del artículo "el" antes de la referencia al "pasaporte o documento de viaje". En términos similares, podría objetarse el cambio de redacción del artículo 31.2 (consistente en el desplazamiento de la expresión "sin necesidad de realizar actividad lucrativa").

A fin de exponer las principales novedades que se presentan en los referidos apartados del artículo único del Anteproyecto, así como las observaciones que a los mismos efectúa el Consejo de Estado, se seguirá el siguiente orden:

- Régimen de control de entradas y salidas - Tipos de visado - Víctimas de violencia de género - Residencia de larga duración - Régimen de los estudiantes y otros colectivos - Autorización de residencia y trabajo - Régimen de los investigadores - Otras cuestiones

A) Régimen de control de entradas y salidas. El Anteproyecto incorpora en el nuevo artículo 25.5 y en el artículo 28 (apartados veinticuatro y veintiséis, respectivamente) un régimen de control de las entradas y salidas de España, por parte de los extranjeros a los que no sea de aplicación el régimen comunitario. Dicho mecanismo tiene como finalidad el control de sus períodos de permanencia en España, de modo que puedan tenerse datos fidedignos acerca de su estancia en territorio nacional y la observancia por los mismos de los plazos de permanencia establecidos en la legislación de extranjería. El único límite que se impone a la aplicación de dichos mecanismos es el respeto a las prescripciones de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Semejantes previsiones entroncan con las contenidas en los artículos 2.3, 22, 96, 101.2 y 102 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, y en el artículo 21.d) del Reglamento (CE) nº 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen).

El Consejo de Estado valora de manera positiva esta novedad, que permitirá a priori un mejor control de los plazos de permanencia en España por parte de los extranjeros y, en consecuencia, una vigilancia más estrecha de la inmigración irregular o del empleo fraudulento de las figuras de visado que se contemplan en nuestra legislación.

B) Tipos de visado. El Anteproyecto da una nueva redacción al artículo 25 bis de la Ley Orgánica 4/2000, a los efectos de introducir en el mismo nuevas categorías de visado como consecuencia de la transposición de la Directiva 2004/114/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado, y de la Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica. Además, se efectúan algunas precisiones en la redacción vigente.

Debe destacarse que una de las innovaciones del Anteproyecto radica en el condicionamiento de la eficacia de la autorización de residencia y trabajo al alta del trabajador extranjero en la Seguridad Social -artículos 25 bis, 2.d), 36 y 38-. Si no se produjera esa alta, el extranjero quedaría incurso en el supuesto de infracción grave previsto en el artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000 (encontrarse irregularmente en territorio español).

Se sugiere revisar la redacción de este apartado -letra d) del artículo 25 bis.2- y del artículo 36.2 proyectado, para que se refleje que el alta en la Seguridad Social condiciona la eficacia de la autorización, no su "entrada en vigor" (como dice actualmente el Anteproyecto), ni su validez. Además, ha de tenerse en cuenta que el precepto que tipifica esa infracción grave es el artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, y no su artículo 53.a).

Por último, ha de significarse que, si se concediera la autorización pero no se produjera el alta en el Sistema de la Seguridad Social, el trabajador extranjero quedaría obligado a salir del territorio nacional, según el inciso añadido al artículo 25 bis.2.d). Esta regla, sin embargo, no encuentra paralelo en el artículo 28.3 ni en el propio artículo 53.1.a). A juicio del Consejo de Estado, la sistemática del texto legal en anteproyecto ganaría con la inclusión de este nuevo supuesto de salida obligatoria, que no encaja en ninguno de los ya previstos, ni siquiera en el de "falta o carencia de autorización", por los motivos apuntados.

C) Víctimas de violencia de género. Según resulta de la exposición de motivos, por medio del nuevo artículo 31 bis -apartado treinta y dos del artículo único del Anteproyecto-, se ofrece a las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género la posibilidad de obtener una autorización por circunstancias excepcionales y se facilita la denuncia de estos hechos.

Pues bien, ese nuevo artículo 31 bis se articula sobre la presentación de la denuncia en las dependencias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y en la posibilidad de que las extranjeras que se encuentran en situación de irregularidad puedan solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales y de que se les conceda, en su caso, una autorización de trabajo provisional, a la espera de que se produzca la terminación del proceso penal que se tramita a raíz de la denuncia.

Por consiguiente, como se ha indicado, el régimen establecido parte de la indiferencia de la situación en que se encuentre en España la mujer extranjera denunciante, ya sea regular, ya sea irregular. Cualquiera que considere que sufre violencia de género está facultada para presentar una denuncia, previsión que se encuentra en línea con el carácter integral de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

No obstante, ha de señalarse que esa ampliación en lo subjetivo encuentra una considerable restricción en lo que hace al posible lugar de presentación de la eventual denuncia. Así, se considera que sería más acorde con la finalidad protectora perseguida que se permitiera esa presentación de la denuncia en otras dependencias públicas o que, incluso, se hiciera ya aquí precisión (en el sentido indicado por el nuevo apartado tercero de la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/2000 - apartado setenta del artículo único del Anteproyecto-) de aquellas otras personas u organismos públicos o privados que pueden presentar este género de denuncias en representación o en lugar de las mujeres extranjeras.

Junto a ello, se prevé que si la mujer se encontrara en situación de irregularidad, el procedimiento de expulsión que se tramite, por la infracción del artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, quedará suspendido hasta la resolución del "procedimiento penal denunciado". Al margen de este último calificativo, cuya supresión se sugiere pues el procedimiento penal no se denuncia sino que se incoa, en su caso, a raíz de la presentación de una denuncia, la previsión se valora positivamente.

La mujer en situación irregular puede solicitar la concesión de una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, a partir del momento en que se dicte orden de protección en su favor o exista informe del Ministerio Fiscal en el que se constate la existencia de indicios de violencia de género (artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004). En cualquier caso, no se dictará resolución por la que se conceda o deniegue dicha autorización en tanto no termine el proceso penal, sin perjuicio de que se pueda conceder por la autoridad competente una autorización provisional a favor de la mujer extranjera, que conllevará su habilitación para permanecer en España en régimen de estancia. A este respecto, quizás fuera conveniente que se incluyera en el artículo 30, relativo a la situación de estancia, alguna mención a esta novedad, a fin de garantizar la coherencia interna del texto legal.

Debe indicarse, además, que sería preciso revisar el cuarto y último apartado del nuevo artículo 31 bis, ya que si el proceso penal concluyera con la declaración de víctima de violencia de género, se prevé que tendrá lugar la terminación del eventual expediente administrativo sancionador incoado por infracción del artículo 53.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, sin que quepa propuesta de sanción, pudiendo concederse una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales a favor de la mujer extranjera.

Esta solución presenta el problema inherente a la incoación de estos procedimientos a instancia de parte interesada, de modo que la mujer extranjera en situación irregular en España no tiene por qué solicitar la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales y, a la terminación del proceso penal, no tiene por qué producirse la correlativa concesión de la misma, si el proceso judicial concluyera con la declaración de víctima de violencia de género -con los correlativos efectos en la subsistencia, en su caso, de la posible autorización provisional-. En este caso, la mujer extranjera víctima de violencia de género, al no haber presentado la correspondiente solicitud de otorgamiento de la autorización mencionada, no podrá obtener su concesión y, en consecuencia, se encontraría en España en situación irregular, por lo que habría de incoarse de nuevo un procedimiento sancionador por la causa del artículo 53.1.a) de la propia Ley Orgánica 4/2000.

La previsión comentada, en suma, podría conducir al resultado -sin duda, no querido- de que la mujer extranjera víctima de violencia de género, que no hubiera instado en su momento el otorgamiento de la autorización de residencia y trabajo por estas concretas circunstancias excepcionales, se encontrara en España en situación irregular, con las inevitables consecuencias sancionadoras.

Quizá, para evitar la eventualidad descrita, podrían preverse mecanismos de cierre del beneficio aquí reconocido (como la concesión de la autorización de oficio por la autoridad competente, la conversión de la autorización provisional de residencia en definitiva o la previsión de un mecanismo de audiencia a la interesada que no hubiera solicitado la autorización, a la conclusión del proceso penal en el que se le declara víctima de violencia de género, a fin de que pudiera solicitarla, para su concesión tras la comprobación de la concurrencia de los requisitos exigidos), de modo que no se frustrase la finalidad tutiva perseguida.

En relación con este precepto, por último, se debe eliminar en su último apartado la reiteración de la expresión "el expediente".

D) Residencia de larga duración. El Anteproyecto transpone parte de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, incorporando la denominación de "residencia de larga duración" en vez de la hasta ahora empleada de "residencia permanente". Así se establece en el artículo 32, modificado por el apartado treinta y tres del artículo único, y la disposición adicional primera del Anteproyecto, que prevé que "todas las referencias a los términos residencia permanente o residente permanente contenidas en el ordenamiento jurídico se entenderán referidas a la residencia de larga duración".

Por lo que refiere a esta última cláusula general de sustitución (tal es la rúbrica de la citada disposición complementaria), se sugiere revisar su redacción a fin de hacerla más precisa, ya que lo que se sustituye es la expresión "residencia permanente" por la de "residencia de larga duración" y la de "residente permanente" por la de "residente de larga duración".

El artículo 32 proyectado establece en su segundo apartado que "tendrán derecho a residencia de larga duración los que hayan tenido residencia temporal en España durante cinco años de forma continuada, que reúnan las condiciones que se establezcan reglamentariamente. Se considerará que la residencia ha sido continuada aunque por períodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente el extranjero haya abandonado el territorio nacional temporalmente".

Los artículos 1 y 3 de la citada Directiva 2003/109 condicionan la posibilidad de acceder al estatuto de residente de larga duración a que la residencia en el territorio de cualquier otro Estado miembro haya sido "legal", mención que no contiene el Anteproyecto. Es cierto que el vigente artículo 32 de la Ley Orgánica 4/2000 tampoco incluye esa mención que, sin embargo, sí se encuentra en el artículo 72.1 de su Reglamento de desarrollo (Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre).

El Consejo de Estado considera que ese matiz es de suma importancia y así lo explicita la citada Directiva, que recuerda que "el criterio principal para la adquisición del estatuto de residente de larga duración debe ser la duración de residencia en el territorio de un Estado miembro", residencia que "debe ser legal e ininterrumpida", testimoniando con ello el enraizamiento de la persona en el país" (considerando número 6). Es precisamente esa residencia en la legalidad la que permite que el estatuto jurídico de los nacionales de terceros países pueda aproximarse al de los nacionales de los Estados miembros, concediéndoseles un conjunto de derechos lo más cercano posible al de los ciudadanos de la Unión Europea (considerando 2). Este mecanismo de integración de los nacionales de los terceros países que estén instalados de manera permanente en los Estados miembros es un elemento clave para promover la cohesión económica y social (considerando 4).

Por ello, se entiende que debe incluirse la mención a la legalidad de la residencia en el artículo ahora examinado.

En este orden de consideraciones, la transposición de la Directiva 2003/109 se encuentra limitada en el Anteproyecto a la incorporación parcial a nuestro ordenamiento de las reglas contenidas en sus artículos 9 (retirada o pérdida del estatuto -proyectado artículo 32.5-) y 14.2 (motivos que permiten a un extranjero residente de larga duración residir en un Estado miembro distinto de aquél que le hubiera otorgado el estatuto de residencia de larga duración -proyectado artículo 32.3-), y a la transposición diseminada del contenido de la igualdad de trato regulada en su artículo 11, aunque algunas de sus previsiones (el reconocimiento de títulos profesionales o el acceso a bienes y servicios y el suministro de bienes y servicios a disposición del público) no encuentran reflejo en el Anteproyecto. Por otra parte, se remiten al desarrollo reglamentario gran parte de las cuestiones relativas a la determinación del ámbito temporal del estatuto de residente de larga duración. En la medida en que se trata de aspectos que inciden de manera directa en dicho estatuto, podría valorarse la posibilidad de completar el artículo 32 proyectado incorporando algunas de esas reglas.

Finalmente, queda por indicar que no se considera técnicamente correcta la redacción del proyectado artículo 32.3, pues antes que "acceder a una autorización de larga duración", el extranjero puede "obtener una autorización de residencia de larga duración".

E) Régimen de los estudiantes y otros colectivos. El artículo 33 de la Ley Orgánica 4/2000 se modifica por el apartado treinta y cuatro del artículo único del Anteproyecto para proceder a la transposición de la Directiva 2004/114/CE del Consejo, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado.

En términos generales, la transposición de esta Directiva es correcta, si bien cabe destacar algunas cuestiones puntuales.

Una de las actividades de carácter no laboral que permiten acceder a un extranjero a este concreto régimen de admisión y permanencia en territorio español es la consistente, conforme al proyectado artículo 32.1.c), en la participación "en programas de intercambio de alumnos en cualesquiera centros docentes o científicos españoles, públicos o privados, oficialmente reconocidos". La específica mención del carácter "español" de los centros no parece necesaria. La Directiva, en su artículo 9, exige la prueba de la admisión del alumno en un centro de enseñanza secundaria, lo que remite a la legislación nacional. En concreto, la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, no establece disposición alguna acerca de la nacionalidad de los centros educativos, limitándose a diferenciar los públicos de los privados, de los que pueden ser titulares cualquier persona física o jurídica (artículos 108, 114 y 115). La cuestión, además, puede presentar ciertas dificultades de encaje con la libertad de establecimiento de las sociedades constituidas con arreglo a la ley de cualquier otro Estado miembro, a las que la redacción del precepto ahora examinado parecería excluir de la posibilidad de instaurar esos programas de intercambio por cualquiera de sus sedes. En suma, no se considera precisa la mención, ya que el intercambio necesariamente ha de tener por destinatario un centro ubicado en territorio español.

En relación con esta cuestión, debe notarse la falta de incorporación a este precepto de la regla de reciprocidad que establece el artículo 9.2 de la Directiva, así como la simplificación de las reglas de duración de la autorización que la misma recoge. En concreto, la Directiva establece como regla subsidiaria la de la duración de la actividad en otro Estado miembro, y como regla general la de la expedición por plazo de un año, como límite máximo o mínimo, sin condicionarlo a priori a la duración de los estudios, del programa de intercambio, el aprendizaje o el servicio de voluntariado. Debería reflexionarse acerca de la conveniencia de establecer un régimen más pormenorizado al respecto, en los términos de los artículos 12 y siguientes de la Directiva.

Además, existe una reiteración innecesaria de la mención "en España" en el primer apartado del precepto proyectado.

F) Autorización de residencia y trabajo. El Anteproyecto parte en esta materia del régimen vigente de la Ley Orgánica 4/2000, si bien introduce

algunas novedades que no acaban de perfilarse en su totalidad.

Así, en concreto, las modificaciones proyectadas de los artículos 37 y 38 introducen, en sus respectivos apartados segundo y quinto, la distinción entre la autorización inicial de residencia y trabajo y las posteriores, a lo que ha de unirse que la concesión de la autorización de trabajo se realizará conjuntamente con la de residencia, salvo en los casos previstos en el artículo 36.1 de la Ley Orgánica 4/2000 -apartado treinta y siete del artículo único-. El Anteproyecto recoge así, de manera implícita, la posible existencia de distintos órganos competentes para el otorgamiento de dicha clase de autorizaciones, cuestión de la que ya conoció el Consejo de Estado en el expediente nº 322/2009/2.129/2008, relativo a un proyecto de Real Decreto por el que se modificaba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 4/2000 y el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Podría valorarse la conveniencia de incorporar al Anteproyecto la determinación de estos aspectos orgánicos, directamente relacionados con la distribución constitucional de competencias, pues el instrumento legal parece más adecuado que el puramente reglamentario para su plasmación.

Por otra parte, ha de indicarse que se mantiene prácticamente en sus términos literales el régimen contenido en el actual artículo 37 sobre la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia, con el añadido de un nuevo apartado relativo a esa autorización inicial (apartado segundo). En concreto, el proyectado apartado primero de este precepto dispone lo siguiente:

"Para la realización de actividades económicas por cuenta propia habrá de acreditarse el cumplimiento de todos los requisitos que la legislación vigente exige a los nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada, así como los relativos a la suficiencia de la inversión y potencial creación de empleo, entre otros que reglamentariamente se establezcan".

Esta clase de autorización puede ser la primera que obtenga un extranjero, pero también puede ser fruto de las posibles modificaciones de las situaciones de los extranjeros, materia que disciplinan los artículos 95 y siguientes del Reglamento de desarrollo de 2003.

La exigencia del cumplimiento de ciertos requisitos a los extranjeros (en concreto, el Anteproyecto menciona los relativos a la suficiencia de la inversión potencial creación de empleo, entre otros que reglamentariamente se establezcan) puede ser puesta en relación con la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de Servicios), y de las disposiciones internas que incorporen a nuestro ordenamiento sus principios (caso del proyecto de Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, cuyo anteproyecto fue objeto del dictamen nº 99/2009).

Debe hacerse notar que allí donde la Directiva de Servicios establece un ámbito subjetivo de aplicación limitado básicamente a los prestadores de servicios nacionales de un Estado miembro o a las personas jurídicas establecidas en un Estado miembro (artículo 4.2, definición de "prestador"), el referido proyecto de Ley define al "prestador" como "cualquier persona física con la nacionalidad de cualquier Estado miembro, o residente legal en España, o cualquier persona jurídica o entidad constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro, cuya sede social o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión Europea, que ofrezca o preste un servicio" (artículo 3.2). A continuación, el mencionado proyecto de Ley establece un principio general de libertad de establecimiento (artículo 4) y una serie de requisitos prohibidos (artículo 10), en el sentido de que en ningún caso podrá supeditarse el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio a esa clase de requisitos. En esta clase de requisitos prohibidos se incluyen los "requisitos de naturaleza económica, en particular, los que supediten la concesión de la autorización a la prueba de la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica establecidos por la autoridad competente" -artículo 10.1.e) del anteproyecto de Ley que transpone la Directiva de Servicios-.

El Consejo de Estado considera que los requisitos exigidos en el Anteproyecto no coinciden con los mencionados requisitos prohibidos. No obstante, llama la atención sobre esta cuestión por diversas razones. Ante todo, por la necesidad de que se coordinen de manera adecuada los distintos proyectos legislativos comentados, a fin de evitar posibles disparidades. Junto a ello, porque ha de diferenciarse entre los supuestos de autorización inicial y los posteriores, en íntima relación con la situación de residencia legal en España y, finalmente, para que sean tenidas en cuenta, en su caso, en la eventual modificación del vigente Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 4/2000, que no contiene en su versión actual este tipo de precisiones (artículos 58 y siguientes y artículos 96, 98 y 99).

Por otra parte, ha de indicarse que se ha introducido una regla nueva en el artículo 36, en la que se prevé que "no se concederá autorización para residir y realizar una actividad lucrativa, laboral o profesional, a los extranjeros que, en el marco de un programa de retorno voluntario a su país de origen, se hubieran comprometido a no retornar a España durante un plazo determinado, en tanto no hubiera transcurrido dicho plazo" (apartado séptimo). Esta previsión ha de conectarse con el Real Decreto-ley 4/2008, de 19 de septiembre, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen, en cuyo artículo único se establece que "para poder ser beneficiario del abono de la prestación por desempleo, en la modalidad señalada en el apartado uno, el trabajador extranjero deberá comprometerse a retornar a su país de origen, en el plazo de treinta días naturales y no retornar a España en el plazo de tres años" (apartado cuatro).

Como se puede advertir, el Real Decreto-ley no configuró un supuesto de prohibición de entrada (artículo 26 de la Ley Orgánica 4/2000), sino uno de regreso condicionado, entendido como aquel que, de infringirse lo previsto en el Real Decreto-ley, implica la pérdida del beneficio concedido. No obstante, al tratarse de un abono en dos veces de la respectiva prestación por desempleo, la articulación de un mecanismo de cobro de lo indebido, en caso de regreso anticipado, presenta notables dificultades. Por ello, se considera que este supuesto específico de denegación de otorgamiento de autorizaciones para residir y trabajar es adecuado.

Finalmente, se considera que debe hacerse referencia completa a las denominaciones de las autorizaciones reguladas. En este sentido, debería añadirse "por cuenta ajena" en la primera frase del proyectado artículo 38.6. Se sugiere asimismo revisar la redacción de la letra d) de este apartado, en el que no es preciso incluir la expresión "que se establezcan", pues el precepto ya contiene una remisión al desarrollo reglamentario.

G) Régimen de investigadores. El apartado cuarenta del artículo único del Anteproyecto introduce un nuevo artículo 38 bis que dedica al "Régimen especial de los investigadores". A través de este artículo se procede a la incorporación de ciertos aspectos regulados en la Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica.

No existe ninguna regla sobre la autoridad competente para expedir las autorizaciones específicas a las que tienen derecho las personas que ostenten la condición de "investigador". La Directiva (artículo 7) condiciona la admisión en el territorio de los Estados miembros a la comprobación de ciertos requisitos. Efectuada la misma, se autorizará la entrada en el territorio, expidiéndose la autorización de residencia para un período igual o superior a un año, con posibilidad de renovación en el caso de que sigan reuniéndose las condiciones exigidas. En el caso de que la duración del proyecto de investigación fuera inferior a un año, el permiso se expedirá por una duración igual a la del proyecto (artículo 8).

El Anteproyecto, por su parte, se limita a indicar (artículo 38 bis, apartado cuarto) que "la situación del extranjero en régimen de investigador será la de autorización de residencia y trabajo, que se renovará anualmente si el titular sigue reuniendo las condiciones establecidas para la expedición de la autorización inicial".

A juicio del Consejo de Estado, la situación de los investigadores no es la de "autorización de residencia y trabajo", sino la de "residencia temporal" (artículo 31 de la Ley Orgánica 4/2000), con las especialidades derivadas de su régimen específico. En atención al tipo de actividad desarrollado, se les concederá una autorización de residencia y trabajo especial -o la prevista en el artículo 36-, que tendrá la duración que corresponda a la del proyecto mismo, si fuera inferior a un año, o que será de un año, con posibilidad de renovación o prórroga, en el caso de que continúe el proyecto de investigación y el interesado reúna las condiciones establecidas.

Por otra parte, se entiende que el apartado séptimo de este artículo 38 bis no recoge las diferentes posibilidades de movilidad de investigadores que establece el artículo 13 de la Directiva 2005/71. En ésta, si un nacional de un tercer Estado ha sido admitido como investigador estará autorizado a realizar parte de su investigación en otro Estado miembro, con arreglo a lo previsto en tal precepto. En concreto, se diferencia según el investigador permanezca por un período de hasta tres meses o superior. En el primer supuesto, su permanencia en otro Estado miembro podrá fundarse en el convenio de acogida existente. En el segundo podrá exigirse un nuevo convenio. En todo caso, si la legislación del Estado miembro establece la obligación de visado o autorización para ejercer esta movilidad, deberá concederse en forma que no obstaculice la continuación de la investigación.

Desde esta perspectiva, el artículo 38 bis.7 carece de los matices señalados, pues establece que no será exigible el visado si el investigador solicita realizar en España parte de su investigación por tiempo superior a tres meses, pudiendo solicitar una autorización de residencia y trabajo y obtenerla de reunir los requisitos que se establezcan reglamentariamente. Quizás lo que debería indicarse es que el visado se expide en todo caso, pues habilita al extranjero a permanecer en España -artículo 25.2.g)-, y que sólo en aquellos supuestos en que se prevea que vayan a superarse los tres meses de permanencia en España para un proyecto investigador, se exigirá la autorización de residencia y trabajo, con los matices que se establezcan reglamentariamente, y sin perjuicio de la posibilidad de que se exija un nuevo convenio de acogida.

H) Otras cuestiones. El artículo 41 de la Ley Orgánica 4/2000 se dedica a los supuestos específicos de "excepciones a la autorización de trabajo". La modificación que propone el Anteproyecto consiste en la supresión de la letra j) de su apartado 1 y de su apartado tercero. Por ello, se sugiere (regla nº 61 de las Directrices de técnica normativa) que no se incluya en el texto la totalidad del precepto, sino que simplemente se haga indicación de que se suprimen esos apartados del precepto y que la anterior letra k) pasa a ser, por causa de esa eliminación, la nueva letra j).

Finalmente, se sugiere una corrección de algunas imprecisiones detectadas en el texto (así, por ejemplo, sólo en el artículo 35.5, en su primer párrafo, antes de la mención al representante, debería emplearse el determinante "del", en tanto que en su segundo párrafo segundo no hay coordinación entre el sujeto "menores" y la partícula "le").

Octava. El Anteproyecto introduce novedades significativas en el régimen de las tasas aplicables a las actuaciones administrativas en materia de extranjería e inmigración, aspecto que este Consejo comentó recientemente (dictamen del pasado día 26 de marzo, relativo al expediente

número 322/2009/2.129/2008, referido a un proyecto de Real Decreto que modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, destacando que las modificaciones que quisieran introducir en relación con el procedimiento único de expedición de las autorizaciones de trabajo y residencia exigirían una norma de rango legal.

Tratándose ahora de preparar una norma de tal rango, el Anteproyecto aborda diversos aspectos de tales tasas, que conviene examinar por separado.

A) El hecho imponible. La nueva redacción que se propone dar al artículo 44 de la Ley Orgánica 4/2000 sustituye ese hecho, que pasaría de ser la concesión de las autorizaciones y la expedición de los correspondientes documentos acreditativos, como se prevé en la actual redacción de ese precepto, a estar representado por la solicitud de tales autorizaciones y documentos.

La memoria justificativa basa tal cambio en el hecho de que la mera solicitud de autorización ya supone una actividad de la Administración o Administraciones competentes.

Entiende este Consejo que la solicitud de autorizaciones o documentos no se corresponde con la configuración de las tasas como tributos correspondientes a una actividad administrativa singular demandada por el contribuyente y que a él beneficia. En el caso de que se quisiera enfatizar la actividad que deriva de tal tipo de solicitud y la justificación de que lleve aparejada la exigibilidad de la correspondiente tasa, el hecho imponible de esta última debiera referirse a la "tramitación" de la correspondiente solicitud.

B) El devengo. El Anteproyecto también reformula el actual artículo 45 de la Ley Orgánica 4/2000, empezando por referir el devengo de las citadas tasas a la solicitud de la correspondiente autorización o documento, opción que este Consejo entiende aceptable, ya que esa configuración del devengo no es incompatible con que el hecho imponible de la tasa en cuestión no sea la solicitud presentada por el interesado, sino su tramitación.

La nueva redacción de ese artículo 45 también aborda casos especiales de devengo, el primero de los cuales se refiere a las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena a favor de trabajadores de servicio doméstico de carácter parcial o discontinuo, en las que el Anteproyecto propugna que el devengo se produzca en el momento de afiliación o alta del trabajador en la Seguridad Social. Lo mismo ocurre en el segundo de esos casos, relativo a la renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo a favor de ese mismo tipo de trabajadores de servicio doméstico y, también, de los trabajadores por cuenta ajena en ausencia del empleador.

Esa regla especial de devengo se basa, quizá, en que, como se verá, posteriormente, el sujeto pasivo de la tasa es el propio trabajador (en el caso de los trabajadores de servicio doméstico a que se ha hecho referencia) y a la ausencia de empleador en el otro supuesto a que acaba de aludirse.

En todo caso, la memoria no aporta mayores explicaciones en apoyo de tal criterio, que suscita una cierta extrañeza, ya que refiere el devengo de una tasa por autorización o documentación administrativa a un hecho que, aunque presupone tal autorización o documentación, es posterior y ajeno a ellas y se produce, por otra parte, ante entidades administrativas distintas de las que conceden la referida autorización o documentación.

En consecuencia, convendría sopesar si existen, realmente, datos o elementos de gestión que hagan aconsejable mantener esa regla especial de devengo.

C) Los sujetos pasivos. Se ocupa de ellos la nueva redacción que el Anteproyecto preconiza dar al artículo 46 de la Ley Orgánica 4/2000, que introduce la regla especial de reputar sujeto pasivo a los propios trabajadores en el caso de los que se desenvuelvan en el servicio doméstico de carácter parcial o discontinuo, lo que se juzga adecuado a la vista de las características que se dan en ese tipo de relaciones laborales.

D) Las exenciones. Merece una opinión favorable la novedad que el Anteproyecto introduce en el artículo 47 de la Ley Orgánica 4/2000, al prever que las entidades públicas de protección de menores estarán exentas del pago de las tasas a las que se viene aludiendo.

E) La gestión y recaudación de las tasas. Haciéndose eco de las nuevas competencias que han asumido ciertas Comunidades Autónomas en relación con las autorizaciones de residencia y trabajo, el Anteproyecto da nueva redacción al artículo 49 de la Ley Orgánica 4/2000, sustituyendo la alusión que actualmente hace a "los distintos departamentos ministeriales" por una referencia más genérica a "los órganos competentes", lo que es una buena forma de reflejar esa diversidad de entidades actuantes.

Novena. El Anteproyecto dedica los apartados números 51 a 65 y el 71, así como su disposición adicional tercera al régimen de infracciones y sanciones aplicable a los extranjeros, dentro del cual existen diversas cuestiones que requieren un análisis diferenciado.

A) Cuestiones generales. Las políticas comunitarias sobre migración se han planteado en el marco del área de libertad, seguridad y justicia, más que en el de la libre circulación de personas, y se han centrado en limitar la entrada en el territorio comunitario a los ciudadanos de terceros países con fines de trabajo y en establecer fronteras eficaces a emigrantes no deseados, así como en el tratamiento de la inmigración irregular, desde un punto de vista eminentemente policial. Se impone a cada Estado miembro una función de salvaguarda de las fronteras de la Unión Europea frente a flujos migratorios incontrolados y de garantizar la protección del conjunto de los territorios de los Estados contra la inmigración ilegal. La cooperación de los Estados en la política migratoria ha llevado a medidas restrictivas y represivas, de acuerdo con objetivos económicos y de orden público de controlar los ingresos, pero también las salidas vinculadas a la temporalidad de origen de la migración o a la irregularidad de la situación.

El tratamiento comunitario de la migración tiene, pues, una doble dimensión: la integración del inmigrante en situación legal, poniendo el centro en el individuo y en sus derechos con un cierto espacio de derechos de ciudadanía, y el tratamiento de la inmigración ilegal, en la que también se tiene conciencia de los abusos y explotaciones que sufren muchos inmigrantes, especialmente menores y mujeres, incluida la trata de personas, contemplando la vulnerabilidad en que se encuentran ese tipo de inmigrantes, que responde a los fenómenos de la migración irregular, frente a la que ha de diseñarse un marco más coherente e integrado de las políticas nacionales y de las instituciones europeas.

En esa línea, el Consejo Europeo aprobó, en octubre de 2008, el Pacto Europeo sobre la inmigración y el asilo, asumiendo compromisos en relación con la inmigración legal, teniendo en cuenta las prioridades, las necesidades y las capacidades de acogida y favoreciendo la integración del inmigrante. Sin embargo, la política comunitaria común en materia de inmigración se está centrando más en la lucha contra la inmigración irregular, en asegurar el retorno a su país de origen de los extranjeros en situación irregular y en establecer restricciones o condicionamientos para la migración legal que en la integración social y en la protección jurídica de los trabajadores migrantes.

En ese sentido, la Comisión Europea ha tratado de diseñar una política comunitaria sobre expulsión o "retorno" de inmigrantes en dos documentos sucesivos: el Libro Verde sobre una política comunitaria de retorno de residentes ilegales (COM/2002/175) y la Comunicación sobre una política comunitaria de retorno de inmigrantes ilegales (COM/2002/564). En ellos, la Comisión ha señalado la necesidad de una coordinación operativa entre los Estados, de dar prioridad al retorno voluntario y de asegurar la obligación de los terceros Estados de readmitir a sus nacionales a través de cláusulas de readmisión en los acuerdos para asegurar la salida de inmigrantes ilegales, aunque respetando la normativa internacional y los derechos humanos. Para ello, sería necesario también la adopción de normas comunes sobre la finalización, la residencia legal y las decisiones de expulsión, detención y retención.

Adicionalmente, la Comisión Europea adoptó, en julio de 2006, una Comunicación sobre las prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal, en la que sostuvo que debe cooperarse con los países de origen y tránsito, hacer una gestión integrada de las fronteras exteriores con un planteamiento tecnológico adecuado, acentuar la lucha contra la trata de seres humanos, facilitar documentos de identidad y de viaje difíciles de falsificar y crear un marco jurídico común a nivel de la Unión Europea en materia de regularizaciones. La Comunicación concedió especial prioridad a la adopción de medidas para evitar la contratación ilegal de inmigrantes y para reducir el riesgo de abusos y, sobre todo, a establecer una política en materia de retorno, que debería ser una piedra angular en la política de la Unión Europea en materia de migración y que es fundamental para asegurar el respaldo a la migración legal.

En ejecución del mandato del Consejo de Bruselas de noviembre de 2004, el punto culminante de este proceso de tratar de corregir las situaciones de migración y residencia ilegal ha sido la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, cuya transposición es uno de los ejes centrales del Anteproyecto, en cuanto afecta al tratamiento de la expulsión, internamiento, infracciones y cuestiones conexas.

La Directiva contiene un conjunto de reglas aplicables a los nacionales de terceros países en situación ilegal y establece una política común de expulsiones o de retorno "como un elemento necesario de una política de migración bien gestionada", asegurando un enfoque armonizado y más efectivo de los procedimientos de retorno, aunque tratando de respetar los derechos de los afectados, con un conjunto mínimo común de garantías jurídicas. Como declara la propia Directiva, su objetivo es establecer, a nivel comunitario, normas comunes sobre retorno, expulsión, uso de medidas coercitivas, internamiento y prohibición de entrada. La Directiva prevé un procedimiento para el "retorno" obligado de los inmigrantes irregulares, que pueda llevar a una decisión de expulsión que ha de ser motivada, decidida con criterios objetivos y en consideración a las circunstancias del caso. Acordado el retorno, el afectado está obligado a dejar el territorio del correspondiente Estado, dándosele la oportunidad de abandonarlo voluntariamente, salvo que existan motivos específicos que desaconsejen la concesión de un periodo de espera, como el riesgo de fuga de la persona. A efectos de la expulsión forzosa, sólo se permite el internamiento en caso necesario y si no se pueden aplicar medidas menos coercitivas. Consecuentemente, el internamiento exige una decisión escrita y motivada, sólo puede comprender un breve periodo y habrá exclusivamente de mantenerse mientras dure el procedimiento, con un límite no superior a seis meses (extensible a doce en especiales circunstancias, en especial si no coopera el afectado). Por otra parte, la decisión de internamiento está sometida a control judicial en un plazo razonable, debe llevarse a cabo en locales especializados y habrá de cesar si desaparece el motivo que lo justificó.

En la misma línea de control de la inmigración ilegal, están las Directivas 2003/110/CE, 2004/82/CE y 2004/81/CE, que han previsto la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal y que cooperen con las autoridades competentes.

Sobre la base de esta normativa comunitaria, la exposición de motivos del Anteproyecto señala que el Título III de la Ley Orgánica 4/2000, con el objetivo de reforzar la lucha contra la inmigración irregular, prevé nuevas infracciones para evitar actuaciones fraudulentas, tales como los matrimonios de conveniencia, la promoción de la inmigración irregular por medios indirectos o el falseamiento de los datos para el empadronamiento. Del mismo modo -prosigue la exposición de motivos- "se propone el aumento de las sanciones económicas para todas las infracciones", se introducen modificaciones con relación a las medidas de suspensión y devolución y se amplía el plazo de internamiento.

B) Régimen de infracciones. Con relación al régimen de infracciones y sanciones, el Anteproyecto se sitúa en sintonía con la vigente Ley Orgánica 4/2000, aunque se ha decantado por endurecer aquel régimen sancionador (con algunas excepciones como por ejemplo la infracción de "encontrarse trabajando en una ocupación, sector de actividad, o ámbito geográfico no contemplado por la autorización de residencia y trabajo de la que se es titular" que se propone pasar de ser una infracción calificada de grave a leve), ampliando las conductas susceptibles de sanción (vid. la reforma del artículo 53.2 que incorpora nuevas infracciones graves o la del artículo 54.1 que introduce en sus apartados e) a g) tres nuevas infracciones muy graves) y elevando las cuantías de las sanciones (vid. modificación proyectada del artículo 55).

1. Obligación de poner en conocimiento de las autoridades competentes. Con relación a las infracciones graves, el apartado 52 del artículo único del Anteproyecto introduce una serie de cambios en el artículo 53 de la Ley Orgánica, entre otros, en el apartado c): "Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio, así como incurrir en falsedad en la declaración de los datos obligatorios para cumplimentar el alta en el padrón municipal (...). Cuando una autoridad o funcionario municipal tuviera conocimiento de una posible infracción por esta causa, lo pondrá en conocimiento de las autoridades competentes con el fin de que pueda instruirse el oportuno expediente sancionador". En este sentido se vuelve a incorporar como infracción -al igual que ya recogiera el Reglamento de 1996- la ocultación de otras circunstancias distintas de la nacionalidad, estado civil o domicilio, y, además, no se exige que la falsedad sea "grave". Se sugiere sustituir la expresión "Cuando una autoridad o funcionario municipal" por la siguiente: "Cualquier autoridad que".

2. "Promover la permanencia irregular en España". También con relación a las infracciones graves, se proyecta como nueva infracción la de "promover la permanencia irregular en España de un extranjero, cuando su entrada legal haya contado con una invitación expresa del infractor y continúe a su cargo una vez transcurrido el período de tiempo permitido por su visado o autorización. Para graduar la sanción se tendrán en cuenta las circunstancias personales y familiares concurrentes" (nueva redacción del artículo 53.2.c). Y la revisión del artículo 54.1.e) introduce una nueva infracción muy grave, consistente en realizar "con ánimo de lucro" la infracción anteriormente referida. Se valora positivamente que en la última versión del Anteproyecto se precise que, para considerar la conducta objeto de infracción, la "entrada legal" del extranjero tiene que contar "con una invitación expresa del infractor y continúe a su cargo una vez transcurrido el período de tiempo permitido por su visado o autorización", lo que excluiría la imposición de una sanción para las acogidas humanitarias del extranjero en situación irregular si su entrada se produjo sin la participación de quien lo acoge.

C) Sanciones. Con carácter general, el apartado 54 del artículo único del Anteproyecto modifica el artículo 55 de la Ley Orgánica 4/2000, incrementando las cuantías de las sanciones, a lo que nada tiene que objetar el Consejo de Estado, sobre todo teniendo en cuenta que las cuantías de la Ley Orgánica vigente se fijaron, en pesetas, en el año 2000 y, posteriormente, la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, modificó dicho precepto fijando las cuantías en euros sin, prácticamente, alterar la cuantía.

1. Gastos de viaje. El artículo 55.1.b) impone al empresario el abono de los gastos de viaje si concurre la infracción grave prevista en el artículo 53.2.a). A juicio del Consejo de Estado debiera revisarse la conexión entre la sanción e infracción referidas, toda vez que esta última consiste en "no dar de alta, en el Régimen de la Seguridad Social (...) o no registrar el contrato de trabajo" con relación a un extranjero para quien se ha solicitado la autorización de residencia y trabajo y, en consecuencia, ello no implica la existencia de un expediente de expulsión, por lo que no tendría sentido la sanción que se proyecta ahora sobre el empresario al referirla al artículo 53.2.a).

2. Expulsión. Dos de los preceptos que sufren más modificaciones dentro del régimen de sanciones son los artículos 57 ("Expulsión del territorio") y 58 ("Efectos de la expulsión y devolución"). Téngase en cuenta, con carácter general, que la Ley Orgánica 4/2000 supuso una reducción del ámbito de la expulsión que, sin embargo, cambió con la Ley Orgánica 8/2000. La medida de expulsión del territorio nacional, que supone una limitación de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente (artículo 19 de la Constitución), ha venido siendo avalada por la jurisprudencia constitucional, que ha afirmado que dicha medida "cumple con las exigencias de predeterminación normativa y certeza que se derivan de los principios de legalidad y seguridad jurídica consagrados en los arts. 25.1 y 9.3 CE, pues la imposición de la sanción de expulsión no depende de la absoluta discrecionalidad de la Administración, cuya actuación se encuentra condicionada, de una parte, por la existencia de una conducta tipificable como infracción grave [art. 53.a) de la Ley Orgánica 4/2000], y, por otra, por la concurrencia de los criterios establecidos en la misma Ley o por la remisión de ésta a la Ley 30/1992. (...) la Ley establece unos presupuestos objetivos y subjetivos, así como unos criterios de aplicación que condicionan normativamente a la Administración para decidir cuándo procede la imposición de la sanción de expulsión y permiten el control jurisdiccional de sus decisiones" (STC 113/2002, de 9 de mayo, y STC 260/2007, de 20 de diciembre).

La reforma proyectada sobre los artículos 57 y 58 de la Ley Orgánica 4/2000 tiene por objeto, básicamente, incorporar una serie de Directivas comunitarias y, en particular, las disposiciones contenidas en la ya comentada Directiva de retorno (Directiva 2008/115/CE) y en la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.

El Considerando 16 de esta última Directiva dispone que los residentes de larga duración deben gozar de una protección reforzada contra la expulsión, protección que se inspira en los criterios fijados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En tal sentido, en el artículo 57 se propone la incorporación del apartado 5.b, en virtud del cual la sanción de expulsión no podrá ser impuesta a los extranjeros que se encuentren en determinadas situaciones (los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años, los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española, los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, etc.), salvo en casos muy graves (infracción consistente en la participación en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o implicación en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana).

Pues bien, la modificación proyectada incluye ahora a los "residentes de larga duración" a quienes, salvo por dichas razones, no podrá imponerse la sanción de expulsión. Sin embargo, se matiza a continuación que "antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado".

La cuestión de una de las sanciones más severas, como es la expulsión, resulta en este precepto un tanto diluida y confusa. Es cierto que se trata de una transcripción casi literal del artículo 12 de la Directiva 2003/109/CE, que señala que "antes de adoptar una decisión de expulsión de un residente de larga duración, los Estados miembros deberán tomar en consideración los elementos siguientes: a) la duración de la residencia en el territorio; b) la edad de la persona implicada; c) las consecuencias para él y para los miembros de su familia; d) los vínculos con el país de residencia o la ausencia de vínculos con el país de origen".

No obstante, y sin perjuicio de que efectivamente las autoridades deban tomar en consideración tales circunstancias, deberían establecerse determinados parámetros que permitiesen delimitar mejor la discrecionalidad otorgada a las autoridades. A estos efectos de la discrecionalidad en el régimen de infracciones y sanciones, el Tribunal Constitucional ha señalado en varias ocasiones que "la necesidad de que la ley predetermine suficientemente las infracciones y las sanciones, así como la correspondencia entre unas y otras, no implica un automatismo tal que suponga la exclusión de todo poder de apreciación por parte de los órganos administrativos a la hora de imponer una sanción concreta. Así lo ha reconocido este Tribunal al decir en su STC 207/1990, de 17 de diciembre, FJ 3, que el establecimiento de dicha correspondencia "puede dejar márgenes más o menos amplios a la discrecionalidad judicial o administrativa"; lo que en modo alguno puede ocurrir es que quede "encomendada por entero a ella", ya que ello equivaldría a una simple habilitación en blanco a la Administración por norma legal vacía de contenido material propio, lo cual, como hemos dicho anteriormente (con cita de la STC 42/1987), contraviene frontalmente las exigencias constitucionales" (STC 113/2002 y ATC 409/2007, entre otros).

3. Expulsión gubernativa. Por otro lado, el artículo 57, en su apartado 7.a), de la Ley Orgánica 4/2000, relativo a la denominada "expulsión gubernativa", ha sufrido también alguna modificación a destacar. Señala la vigente Ley Orgánica 4/2000 que, cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, "la autoridad gubernativa someterá al juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, autorice, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su expulsión, salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación".

Recuérdese que la inclusión de esta medida de expulsión (sustitutiva del proceso, no de la eventual pena) no ha sido pacífica tanto en el debate parlamentario como por una parte de la doctrina, que ha afirmado que la autorización judicial de la expulsión gubernativa conlleva unas graves consecuencias jurídicas pues supone eliminar la función de juzgar y, en consecuencia, negar a los extranjeros derechos que se reconocen en el artículo 24 de la Constitución, aplicables a aquéllos en concordancia con el artículo 13 de la Carta Magna, e implica una renuncia forzosa al proceso o, más bien, al ius pueniendi que, como se ha destacado, no resulta coherente con la preeminencia de la actividad jurisdiccional frente a la potestad administrativa sancionadora.

Todo ello fue objeto de examen por el Tribunal Constitucional (por ejemplo, STC 174/1999 y 24/2000), el cual sentó que la medida de expulsión administrativa tiene la naturaleza propia de una sanción administrativa: "La autorización del Juzgado de Instrucción no sustituye a la resolución administrativa, de suerte que la medida de expulsión sigue siendo una decisión que corresponde a la Administración, y constituye una sanción administrativa, sujeta a control jurisdiccional (...) la orden de expulsión decretada por la autoridad gubernativa competente no es una pena, pero sí una sanción administrativa que, como tal sanción, ha de encontrar cobertura en la legislación de extranjería, por imperativo del art. 25.1 CE (SSTC 94/1993, de 22 de marzo, y 116/1993, de 29 de marzo) y respetar el derecho de defensa, dándose audiencia al extranjero antes de acordar la expulsión (STC 242/1994, de 20 de julio), al igual que sucede con la medida judicial de internamiento preventivo previo a la expulsión" (SSTC 140/1990, de 20 de septiembre, 96/1995, de 19 de junio, 182/1996, de 12 de noviembre, y 24/2000, de 31 de enero).

La resolución judicial que autoriza la expulsión no puede ser calificada como una "sanción" sustitutiva de la sanción penal, a diferencia de lo que sucede con la expulsión del extranjero "condenado", medida que tampoco es una pena, sino "una posibilidad de suspender la potestad estatal de

hacer ejecutar lo juzgado, que se aplica al extranjero para salvaguardar los fines legítimos que el Estado persigue con ello" (STC 242/1994, de 20 de julio), y sin que el extranjero ostente derecho alguno a la sustitución de la pena privativa de libertad por la medida de expulsión (STC 203/1997, de 25 de noviembre, y ATC 33/1997, de 10 de febrero), ni viceversa; es decir, tampoco tiene derecho a que, en lugar del expediente de expulsión, se siga el procedimiento judicial hasta su terminación por sentencia.

Debe tenerse en cuenta -señala el Tribunal Constitucional en su Sentencia 24/2000- que los extranjeros "sólo gozan del derecho a residir en España en virtud de autorización concedida por autoridad competente, de conformidad con los Tratados internacionales y la Ley (arts. 13 y 19 CE, SSTC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2, y 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3; y Declaración de 1 de junio de 1992, relativa al Tratado de la Unión Europea)". Por tanto, es lícito -según ha venido exponiendo el Tribunal Constitucional, entre otras STC 242/1994, de 20 de julio, y ATC 331/1997, de 3 de octubre- que la Ley de Extranjería subordine el derecho de los extranjeros a residir en España al cumplimiento de determinadas condiciones, como son, entre otras, la de no estar implicados en actividades contrarias al orden público, o la de no cometer delitos de cierta gravedad. Esa conclusión se ve corroborada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, sin dejar de recordar que los Estados europeos deben respetar los derechos humanos plasmados en el Convenio de Roma, no ha dejado de subrayar la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos "asunto Abdulaziz", de 28 de mayo de 1985, "asunto Berrehab", de 21 de junio de 1988, "asunto Moustaqim", de 18 de febrero de 1991 y "asunto Ahmut", de 28 de noviembre de 1996).

Según la citada STC 24/2000, la intervención autorizatoria del Juez penal en el supuesto de que los hechos que justifican la medida de expulsión puedan ser delictivos supone para el extranjero disponer de mayores garantías respecto a los demás extranjeros sujetos exclusivamente a expediente de expulsión. En efecto, en este supuesto, además de las garantías de defensa en el procedimiento administrativo, y del control de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la eventual decisión de expulsión, el extranjero dispone de un trámite judicial previo ante la jurisdicción penal. El Juez penal competente debe examinar esa decisión administrativa de expulsión, y sólo si la autoriza, comprobando que el extranjero encartado por delitos menos graves está incurso en alguno de los supuestos de expulsión, y atendiendo a las circunstancias del caso, puede la Administración acordar la expulsión. El papel del Juez penal en este caso es, pues, en cierto modo, análogo al del Juez que conoce en sede de hábeas corpus de la situación del extranjero que va a ser expulsado. En estos casos, el control pleno de la legalidad de la medida de expulsión corresponde a los Tribunales contencioso-administrativos, pero "el Juez penal debe velar prima facie por los derechos del extranjero, revisando, aunque de manera provisional, el presupuesto material que justifica la actuación administrativa para la que se pide su intervención" (vid. también SSTC 12/1994, de 17 de enero, 21/1996, de 12 de febrero, 66/1996, de 16 de abril, y 174/1999, de 27 de septiembre).

En suma, el órgano judicial autoriza a la autoridad gubernativa para decretar la expulsión y, para ello, habrá de verificar si el extranjero contra el que se sigue el procedimiento administrativo de expulsión está o no "procesado o inculpado" (ahora imputado) en un proceso penal por delitos o faltas para los que la Ley prevé una pena privativa de libertad inferior a seis meses o una pena de distinta naturaleza, si se halla incurso en un supuesto de expulsión y si la autorización resulta preferible a la continuación del procedimiento penal, ponderando las circunstancias concurrentes del caso. Todo ello sin perjuicio del derecho que asiste al recurrente de ejercitar contra la orden de expulsión, en su caso, los recursos procedentes en vía administrativa y contencioso-administrativa, así como de instar la adopción de medidas cautelares en esta sede, entre ellas la de suspensión (artículos 34 y 35 de la Ley Orgánica 7/1985 y STC 115/1987, de 7 de julio).

La reforma que ahora se proyecta en el artículo 57.7.a) parece que pretende dar un paso más al disponer, con carácter imperativo, que el Juez "autorizará" la expulsión (se suprime el texto vigente acerca de que "la autoridad gubernativa someterá al Juez que (...) autorice"). Sin embargo, a continuación queda mitigado el carácter automático de la autorización judicial, siendo ello más coherente con el propio sistema -y teniendo en cuenta las repercusiones que tiene la autorización o no de la medida de expulsión lo que exigirá al Juez valorar las circunstancias que concurren en cada caso-, de tal forma que se vuelve a repetir la idea de que el Juez podrá denegar la autorización siempre que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que así lo justifiquen.

A la vista de todo lo referido por la jurisprudencia y de las consecuencias de orden jurídico que se derivan de la autorización judicial, el Consejo de Estado entiende que convendría evitar el peligro de que se conceda de modo mecánico la correspondiente autorización, en sintonía precisamente con la posibilidad que el propio texto proyectado ofrece de no conceder la autorización si se apreciaren circunstancias que justifiquen tal denegación. Y ello con mayor motivo ahora, ya que el artículo proyectado deja de exigir que las circunstancias sean "excepcionales" para denegar la autorización de expulsión.

Además, en virtud de los artículos 245.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 141 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, parece lógico que la concesión o denegación de la autorización deba hacerse a través de "Auto", lo que exige en todo caso una motivación tanto en el supuesto de autorización como en el de la denegación y no solo en este último caso, tal y como afirma el Anteproyecto (cuando se "aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación").

Por otra parte, esa resolución judicial será susceptible de recurso, en el que podrá atacarse la procedencia o no de conceder la autorización de la expulsión pero no la expulsión en sí misma que, como cualquier acto administrativo, deberá ser objeto, en su caso, del correspondiente recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Por ello, en la jurisprudencia citada y, en particular, en la STC 24/2000, se refiere que el control de la legalidad de la medida de expulsión adoptada por la autoridad gubernativa corresponde al orden contencioso-administrativo, pero el Juez penal debe velar por los derechos del extranjero, revisando, aunque de manera provisional, el presupuesto material que justifica la actuación administrativa para la que se pide su intervención, lo que está en conexión con la propia normativa comunitaria que determina que la medida de expulsión se aplicará de conformidad con los derechos fundamentales del extranjero (artículo 8.4 de la Directiva 2008/115/CE).

4. Efectos de la expulsión: prohibición de entrada. Las modificaciones del artículo 58 de la Ley Orgánica 4/2000 ("Efectos de la expulsión y devolución") deben examinarse principalmente a la luz de la citada Directiva 2008/115/CE, cuyo artículo 11 regula la "Prohibición de entrada", disponiendo, en su apartado 2: "La duración de la prohibición de entrada se determinará con la debida consideración de todas las circunstancias pertinentes del caso concreto y, en principio, su vigencia no excederá de cinco años. Podrá sin embargo exceder de cinco años si el nacional de un tercer país representa una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional".

Por su parte, el apartado primero del artículo 58 de la Ley Orgánica 4/2000 no se modifica ahora por el Anteproyecto, señalando que la expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español y se establece un período mínimo de tres años de prohibición de entrada y un máximo de diez.

A continuación, en el nuevo apartado segundo que se proyecta incluir en ese precepto se establece, con carácter general, un plazo máximo de diez años cuando el extranjero suponga una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública, por no haber obtenido la prórroga de estancia... o "encontrarse trabajando en España sin (...) autorización de trabajo...". Y, en un párrafo segundo, se refiere que "dicho plazo -el de los cinco años- podrá ampliarse hasta el máximo previsto en el apartado anterior -diez años- cuando el extranjero suponga una amenaza para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública".

A la vista de tales modificaciones, ha de destacarse que la aludida Directiva establece un plazo general de prohibición de entrada de "cinco años" para todos los supuestos, plazo que podrá exceder si el nacional de un tercer país representa una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional. A juicio del Consejo de Estado, y al margen de que en la Directiva no se establece un plazo mínimo de vigencia de la prohibición de entrada, parece más ajustado con la norma comunitaria fijar un plazo máximo general de vigencia de cinco años. De hecho, esto es lo que, muy probablemente, ha pretendido establecer el Anteproyecto, pues, a la luz del párrafo segundo del artículo 58.2, no sería procedente que las razones que en él se contemplan (amenaza para el orden público, seguridad pública, seguridad nacional...) solo se apliquen a los supuestos del artículo 53.1. Por tanto, sugiere el Consejo de Estado que el apartado 1 del artículo 58 se modifique, fijándose como plazo máximo general el de cinco años y pasando el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 58 a ser el párrafo segundo del apartado 1 de dicho precepto.

De tenerse en cuenta tal modificación, conllevaría la necesidad de adaptar la redacción de ese párrafo segundo del art. 58.2 proyectado, en una línea similar, por ejemplo, a la siguiente: "Dicho plazo podrá ampliarse hasta el máximo de diez años cuando el extranjero suponga una amenaza para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública", y de suprimir el primer párrafo de ese artículo 58.2, ya que no sería necesario establecer un régimen específico para los supuestos en él previstos, sino subsumirlos en la regla general que se propone, coincidente, por cierto, con la norma comunitaria.

Peró, además, el Consejo de Estado sugiere, también en este punto, reconsiderar la necesidad de establecer un plazo máximo excepcional de diez años cuando el extranjero suponga una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional... Y ello no solo por una cuestión de transposición de la Directiva en cuestión, que no establece plazo máximo alguno en tales supuestos ("Podrá sin embargo exceder de cinco años si..."), sino porque cabría interpretar que, al prever un plazo máximo, se obliga necesariamente a levantar la prohibición de entrada a partir de su conclusión, aun cuando el eventual extranjero pudiera seguir suponiendo entonces una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

También con relación a esta cuestión, considera el Consejo de Estado que los supuestos de "orden público", "seguridad pública", "seguridad nacional" o "salud pública" a que se refiere el Anteproyecto pueden limitarse a los tres primeros, que son, por otra parte, los que prevé la Directiva pues puede entenderse que la amenaza para la "salud pública" quedaría subsumida dentro de "seguridad pública".

Finalmente, la ejecución de la expulsión se regula en el apartado 64 del Anteproyecto que modifica el artículo 64 de la Ley Orgánica 4/2000.

D) Colaboración contra redes organizadas. La Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades competentes, trata de hacer frente "a la inmigración ilegal en su origen, centrándose por ejemplo en quienes se dedican a la trata de seres humanos y a la explotación económica de los migrantes" (Considerando 2). Pues bien, la reforma propuesta para el artículo 59 de la Ley Orgánica 4/2000 incorpora las cuestiones a que se refiere esa Directiva, tales como la introducción del término "trata" dentro del apartado primero o la nueva redacción que se da a su apartado segundo, introduciendo el denominado período de reflexión a que se refiere el artículo 6 de la Directiva.

En concreto, se establece en el Anteproyecto un período de reflexión de, "al menos, treinta días, a fin de que decida si desea acogerse a esta vía [denunciar a las autoridades a los autores o cooperadores de tráfico ilícito o trata de seres humanos]". Dispone el apartado tercero que a los extranjeros que hayan quedado exentos de responsabilidad administrativa se les podrá facilitar a su elección, el retorno asistido o la autorización de residencia y trabajo, "velando (...) por su subsistencia y, en su caso, seguridad y protección". Sin que esta redacción merezca objeciones, este Consejo hace notar que en este punto, al menos, la Directiva es más completa, ya que señala que los Estados miembros "velarán por que los nacionales de terceros países interesados que no posean suficientes recursos disfruten de un nivel de vida que les garantice la subsistencia y el acceso a tratamiento médico de urgencia. Los Estados miembros satisfarán las necesidades especiales de los más vulnerables, incluyendo, en su caso y si así lo dispone su legislación nacional, la asistencia psicológica".

Finalmente, al vigente artículo 59 de la Ley Orgánica 4/2000 se incorporan dos nuevos apartados, el número 5, que dispone que las previsiones generales de colaboración contra redes organizadas serán de aplicación también a los extranjeros menores de edad, y el número 6, que remite al desarrollo reglamentario las condiciones de colaboración de las organizaciones no gubernamentales sin ánimo de lucro que tengan por objeto la protección y reinserción de las víctimas de los delitos señalados (tráfico ilícito y trata de seres humanos).

E) Centros de internamiento. Merece una especial atención la reforma que se proyecta en el artículo 62 de la Ley Orgánica 4/2000, relativo al ingreso en centros de internamiento en cuanto medida que garantice la eficacia de la resolución de expulsión. Como se ha recordado por alguno de los órganos preinformantes en el expediente, la constitucionalidad de esta medida fue expresamente admitida por el Tribunal Constitucional, que afirmó que la disponibilidad sobre la libertad es judicial, sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión y de la ejecución de la misma: "Este carácter judicial de la privación de libertad hace plenamente aplicable también al caso de los extranjeros la doctrina sentada por este Tribunal, para el supuesto distinto de la prisión provisional. Ha de decirse que el internamiento del extranjero debe regirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar (...) de modo que no es la sustanciación del expediente de expulsión, sino las propias circunstancias del caso, por razones de seguridad, orden público, etc., las que han de justificar el mantenimiento de esa pérdida de libertad, siendo el Juez, guardián natural de la libertad individual, el que debe controlar esas razones". (STC 41/1982, de 2 de julio y 115/1987, de 7 de julio). La decisión judicial, en relación con la medida de internamiento del extranjero pendiente de expulsión, ha de ser "adoptada mediante resolución judicial motivada" (STC 41/1982, de 2 de julio), que debe respetar los derechos fundamentales de defensa (art. 24.1 y 17.3 de la Constitución), en conexión con el art. 5.4 del citado Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Se cumple así la exigencia que el Tribunal de Estrasburgo estableció en su Sentencia de 18 de junio de 1971 (caso De Wilde, Ooms y Versyp) de que toda persona privada de su libertad, con fundamento o no, tiene derecho a un control de legalidad ejercido por un Tribunal, y por ello con "unas garantías comparables a las que existen en las detenciones en materia penal".

El órgano judicial -afirma la STC 115/1987 y más recientemente la STC 260/2007- habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, "en el bien entendido no las relativas a la decisión de la expulsión en sí misma (sobre la que el Juez no ha de pronunciarse en este procedimiento), sino las concernientes, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida o cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión. Interpretado en estos términos el precepto impugnado, es plenamente respetuoso no sólo del art. 17.2 de la Constitución, sino, al mismo tiempo, también del art. 25.3, al no ser una decisión administrativa, sino judicial, la que permite la pérdida de libertad, pues no existe condicionamiento alguno sobre el Juez para decidir sobre esa libertad. Tampoco entraría el precepto en colisión con el art. 24.2 de la Constitución, porque del mismo no se deduce limitación alguna de los derechos de defensa del extranjero ni se impide su intervención en el correspondiente procedimiento".

Las principales modificaciones que afectan a la medida de internamiento se refieren al plazo, tal y como también se prevé en la Directiva 2008/115/CE, cuyo artículo 15.5, establece: "El internamiento se mantendrá mientras se cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1 y sea necesario para garantizar que la expulsión se lleve a buen término. Cada Estado miembro fijará un período limitado de internamiento, que no podrá superar los seis meses". La redacción vigente de la Ley Orgánica establece un plazo máximo de "40 días" como tiempo de internamiento, que ahora se proyecta extender hasta en un máximo de "60 días", lo que se ajustaría a la previsión comunitaria.

Sin embargo, el apartado 6 del artículo 15 de la Directiva dispone que "los Estados miembros sólo podrán prorrogar el plazo previsto en el apartado 5 por un período limitado no superior a doce meses más, con arreglo a la legislación nacional, en los casos en que, pese a haber desplegado por su parte todos los esfuerzos razonables, pueda presumirse que la operación de expulsión se prolongará debido a: (a) la falta de cooperación del nacional de un tercer país de que se trate, o (b) demoras en la obtención de terceros países de la documentación necesaria". La norma comunitaria parece tajante al señalar que "sólo podrán prorrogar el plazo" hasta un determinado período (12 meses) y por los supuestos tasados indicados. Por su parte, la reforma que se proyecta en la Ley Orgánica de Extranjería prevé en el apartado 3 del artículo 62 supuestos no exactamente iguales a los reseñados en la Directiva, pues se refiere al caso del asilo (para el que por cierto se refiere un plazo de 14 días) y al del hábeas corpus (que no señala expresamente plazo alguno, remitiéndose a los plazos previstos por la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de "Habeas Corpus").

Sin perjuicio de que parece más lógico establecer un plazo máximo como hace la Directiva (18 meses), el Consejo de Estado comparte el parecer del Consejo General del Poder Judicial en el sentido de que debe excluirse que la tramitación de los procedimientos de asilo o de hábeas corpus, pueda dar lugar a que se suspenda el cómputo del plazo toda vez que al ejercicio de cualquier derecho de los extranjeros no debería ligarse una consecuencia negativa, como es la prolongación del plazo de internamiento, salvo que -como advierte el aludido Consejo General- se acredite que su ejercicio tiene un carácter fraudulento, precisamente dirigido a evitar la expulsión.

Como precisión de índole menor, téngase en cuenta que la nueva redacción de este artículo 62, en su apartado 7, se cita a sí mismo ("A los efectos del artículo 62 de la presente Ley...") por lo que debe modificarse la redacción empleando una expresión, como por ejemplo "A los efectos del presente artículo...".

Finalmente, los artículos 63 y 63 bis regulan los denominados procedimientos preferentes (para los supuestos contemplados en los artículos 53.1.d) y f), 54.1.a) y b) y 57.2; se sugiere que el artículo 63.1 cite a los referidos preceptos en este orden y no como lo hace ahora: 54, 57 y 53, y además falta la preposición "en" con anterioridad a la cita del artículo 54) y ordinario (para el resto de supuestos).

Décima. En punto a la cooperación y coordinación entre las Administraciones públicas actuantes en materia de extranjería e inmigración, el Anteproyecto contiene dos variados grupos de previsiones, unas referidas a órganos y cauces orgánicos para canalizar tal cooperación y coordinación y otras a aspectos informáticos instrumentales para esa misma finalidad.

A) La Conferencia Sectorial de las Administraciones Públicas. La nueva redacción que se propone para el artículo 68 de la Ley Orgánica 4/2000 sustituye el actual Consejo Superior de Política de Inmigración, en el que se integran representantes de las Administraciones estatal, autonómicas y municipales, por una Conferencia Sectorial integrada por los responsables de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas competentes en esa materia, lo que se corresponde con las atribuciones que estas últimas están asumiendo en tal ámbito.

En consecuencia, nada hay que objetar al respecto, si bien convendrá tener en cuenta la presencia que las Administraciones municipales deberán tener en esa nueva Conferencia Sectorial o bien a través de otros cauces. B) El Foro para la Integración Social de los Inmigrantes. El Anteproyecto también modifica ese cauce de cooperación y coordinación entre las Administraciones públicas, que sirve, al mismo tiempo, para contar con los puntos de vista y aportaciones de las organizaciones sociales interesadas, introduciendo cambios en la actual redacción del artículo 70, número 1, de la Ley Orgánica 4/2000.

Esos cambios se centran, precisamente, en tales organizaciones sociales, distinguiendo entre las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, que son consideradas miembros ordinarios de ese Foro y otras organizaciones de ese mismo carácter, que pueden acceder a tal Foro dentro del grupo de las llamadas "organizaciones con interés e implantación en el ámbito migratorio".

Para que tal distinción quede más perfilada y no suscite dudas en la práctica, convendría matizar la redacción propuesta para ese artículo 70, número 1, precisando que el segundo grupo de organizaciones sindicales y empresariales es distinto de las más representativas y podrán acceder al Foro para la Integración Social de los Inmigrantes en la medida en que desarrollen específicamente actuaciones en relación con los inmigrantes.

C) La Comisión Laboral Tripartita de Inmigración. El Anteproyecto propone elevar el rango de las disposiciones que prevén la existencia de tal Comisión, que pasarían del actual Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 al cuerpo de esta última (nueva redacción de su artículo 72), lo que no suscita objeciones y puede ser una vía adecuada para expresar y reflejar la importancia que se concede a las funciones de las organizaciones sindicales y empresariales en relación con la inmigración.

Una vez que se ha optado por incluir la existencia de tal Comisión en el propio cuerpo de la norma legal básica en materia de inmigración y extranjería, debiera sopesarse la conveniencia de no incorporar a ella alusiones a concretos órganos ministeriales que pueden modificarse con el tiempo y las sucesivas revisiones de las estructuras administrativas. Por ello, la propugnada nueva redacción del artículo 72 de la Ley Orgánica 4/2000 podría sustituir su mención al "órgano colegiado adscrito al Ministerio de Trabajo e Inmigración, a través de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración" por una alusión al "órgano colegiado adscrito al Ministerio competente en materia de inmigración".

En relación con las funciones de tal Comisión, el Anteproyecto las centra en ser informada de la evolución de los movimientos migratorios en España y ser consultada sobre las propuestas del Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura y de contratación de trabajadores de temporada. Una vez que se ha decidido dar un mayor realce a esa Comisión, incorporándola al propio cuerpo de la Ley Orgánica 4/2000, convendría plantearse si no debería dejarse la puerta abierta a que esa Comisión pudiese servir también para analizar las propuestas y sugerencias de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas.

D) Los aspectos instrumentales para la cooperación y coordinación entre las Administraciones públicas. El Anteproyecto aborda tales aspectos dando nueva redacción a la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 4/2000 e introduciendo en ella tres órdenes distintos de modificaciones: la existencia de una aplicación informática común para la tramitación de los procedimientos en materia de extranjería, el acceso de las Comunidades Autónomas competentes a los procedimientos informatizados y las funciones del Observatorio Permanente de la Inmigración.

1. La aplicación informática común para la tramitación de los procedimientos en materia de extranjería. Siendo evidente la importancia que una adecuada organización de los medios informáticos tiene para la tramitación de tales procedimientos, parece excesivo que la norma legal básica en materia de extranjería e inmigración predetermine que deberá existir una aplicación informática común aplicable a esa tramitación y entre a detallar los estándares que tal aplicación deberá reunir (nuevo apartado número 3 de la citada disposición adicional), decisión que corresponde, con mayor naturalidad, a ulteriores normas reglamentarias de desarrollo y decisiones de gestión.

En consecuencia, este Consejo sugiere que tal apartado sea reformulado en la línea de prever la necesidad de que los órganos estatales competentes para tramitar los procedimientos en materia de extranjería deberán contar con los oportunos medios informáticos, estandarizados y adecuadamente coordinados entre sí, definiendo para ello qué órganos serán competentes al respecto, y enunciando las finalidades que tales medios informáticos deberán servir y atender.

2. El acceso de las Comunidades Autónomas a los procedimientos informatizados. El nuevo apartado número 4 que el Anteproyecto preconiza incluir en la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 4/2000 es un buen ejemplo del tipo de declaraciones y previsiones que corresponde efectuar a esa Ley Orgánica en materia de medios instrumentales y pudiera servir de referencia para la reformulación del previo apartado número 3 de esa misma disposición.

3. Las funciones del Observatorio Permanente de la Inmigración. La última de las modificaciones que el Anteproyecto introduce en la disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 4/2000 consiste en añadirle un nuevo apartado número 5, que define las funciones del Observatorio Permanente de la Inmigración, centradas en aunar la información estadística en materia de extranjería, inmigración, asilo y nacionalidad, con la finalidad de que las entidades responsables de gestionar las políticas públicas en esos campos puedan analizar e intercambiar la información relacionada con los movimientos migratorios.

Se trata, pues, de incorporar los cometidos de ese Observatorio a la norma legal básica en materia de extranjería e inmigración, lo que vuelve a ser expresión de la importancia que se reconocen a los órganos instrumentales que canalizan la cooperación y coordinación entre las diversas Administraciones responsables.

Estando actualmente regulado ese Observatorio en normas reglamentarias (básicamente, el Real Decreto 345/2001) y habiendo experimentado diversas adscripciones ministeriales (primero al Ministerio del Interior y, en la actual, al Ministerio de Trabajo e Inmigración), convendría sopesar si esa incorporación del mismo al escalón superior de la regulación en materia de extranjería e inmigración no debiera ir acompañada de dejar también reflejados en la Ley Orgánica 4/2000 los rasgos básicos que definen a ese órgano.

CONCLUSIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado en Pleno, es de dictamen:

Que, una vez consideradas las observaciones que se formulan en el cuerpo de este dictamen, puede V. E. elevar a la aprobación del Consejo de Ministros el anteproyecto de Ley Orgánica al que se refiere la presente consulta."

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 25 de junio de 2009

EL SECRETARIO GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. MINISTRO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN.

[Inicio](#) [Contactar](#) [Aviso jurídico](#) [Nuestra web](#) [Accesibilidad](#) [Mapa](#)

Agencia Estatal BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. de Manoteras, 54 - 28050 Madrid - Tel.: (+34) 902 365 303