

Documento de valoración preliminar del Anteproyecto de Ley de Reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Elaborado por la Comisión de Defensa del Colegio de Abogados de Barcelona. Abril 2009.

El objeto de este documento preliminar es iniciar un trabajo de análisis de la futura reforma de la Ley de extranjería, que comenzó con el anteproyecto de Ley presentado en diciembre de 2008¹.

El anteproyecto aún no ha sido tramitado ante el Parlamento español pero todo indica que será tramitado antes de que finalice abril, por lo que habrá que esperar a ver el documento final. Con respecto a la ley resultante continuaremos el análisis desde la perspectiva de las vulneraciones constitucionales del documento, si fuese este el caso. Sin embargo, desde la Comisión hemos considerado necesario iniciar el estudio con el documento que ya tenemos, realizando la valoración del articulado de reforma desde la perspectiva de la vulneración de derechos, del incumplimiento de la normativa existente y de la creación de situaciones de discriminación e indefensión.

Mediante esta primera aproximación hemos constatado que la propuesta de reforma supone un endurecimiento de la normativa existente, volviéndonos a encontrar con una regulación utilitarista y mercantilista de las personas no nacionales, puesto que las diferentes situaciones legales administrativas en las que éstas llegarán a encontrarse estarán siempre ligadas al mercado laboral y con unas exigencias –como ha sido habitual hasta ahora– imposibles de acreditar en muchas de las diferentes situaciones administrativas reguladas.

El documento de anteproyecto continúa regulando el reagrupamiento familiar de manera restrictiva, discriminatoria y contraria al propio

¹ Destacamos en cursiva los artículos actuales de la Ley de Extranjería y en subrayado los del anteproyecto de reforma.

ordenamiento jurídico. No respeta la individualidad de las personas ni su dignidad y, por si fuera poco, genera vínculos de dependencia y desigualdades dentro de la familia. Esta regulación contrasta sensiblemente con las diferentes normativas aprobadas por el Gobierno central en materia de relaciones familiares, y las políticas encaminadas a garantizar la igualdad hombre- mujer.

Por otra parte hay un retroceso en la regulación de los derechos reconocidos a los ciudadanos de terceros estados, y sobre todo a los que estén sin autorización administrativa de residencia, no respetando las sentencias más recientes del Tribunal Constitucional, aunque una de las justificaciones de esta reforma es el cumplimiento del mandato constitucional de acuerdo con el contenido de estas sentencias.

Otro aspecto a destacar, y muy preocupante, es la criminalización constante de la condición de inmigrantes. Esta articulación genera que en el anteproyecto se sancionen conductas que bajo el punto de vista de su propia y específica normativa no son sancionables (como veremos con el tema de las inscripciones en los padrones municipales) y que gran parte del régimen sancionador se ampare en conceptos sin definición legal que abren la puerta a actuaciones con un gran margen de discrecionalidad que puede avalar actuaciones arbitrarias prohibidas en el ordenamiento jurídico.

Muy destacable resulta además el hecho de que finalmente, y a pesar de las manifestaciones expresas del Gobierno, se haya ha ampliado el plazo de internamiento de una persona sesenta días, o incluso en determinados supuestos sin límite, no estableciéndose ningún periodo máximo. También se endurecen a graves o incluso a muy graves situaciones que hasta ahora tenían meramente la consideración de infracciones leves.

Respecto a los menores se continúa vulnerando la normativa interna e internacional en materia de protección de los menores y muy específicamente de los denominados "no acompañados".

El análisis que entregamos tiene como finalidad compartir nuestras reflexiones sobre este primer documento, contribuyendo así, en la medida de nuestras posibilidades, al imprescindible y necesario debate sobre la reforma que se quiere llevar a cabo, la cual continúa vulnerando derechos de las personas.

Se ha realizado una selección de los artículos en los que hemos considerado más importante llamar la atención sobre la redacción que se propone valorando la contradicción a la normativa existente y sus posibles consecuencias.

Valoración preliminar del anteproyecto de reforma de la LOEx 4/2000

Artículos analizados:

1.- Derecho de educación (art.9)	4
2.- Derecho en materia de vivienda (art.13)	6
3.- Postulación procesal (art. 22.bis)	6
4.- Reagrupación Familiar (art.17, 18 y 19)	7
5.- Menores no acompañados (MENA) (art.35).....	15
6.- Autorizaciones de trabajo (art. 38)	19
7.- Las infracciones y el régimen sancionador (art.53 y art.54)	21
8.- Expulsión del territorio español (art.57 a 62).....	27
9.- Colaboración con redes organizadas (art. 59 de la LOEx).....	28
10.- Centros de internamiento (art.62)	29
11.- Procedimiento preferente (art.63)	31

Derechos

1.- Derecho de educación (art.9)

El redactado del **derecho de educación** que proporciona el anteproyecto no respeta la normativa española, europea ni internacional y, en concreto, obvia la Sentencia del Tribunal Constitucional², de 7 de noviembre 2007, que anula determinados artículos de la Ley actual de extranjería, cuando el cumplimiento de esta sentencia es uno de los motivos alegados por el gobierno para llevar a cabo la reforma que propone. El Tribunal Constitucional, respecto al redactado del artículo 9 de la LOEx, en su apartado 3, suprimió el requisito de residencia legal para el acceso a la enseñanza no obligatoria para todos los extranjeros, mayores o menores. Es decir, todos los extranjeros tienen derecho a la enseñanza no obligatoria en igualdad de condiciones que los españoles, con independencia de su situación administrativa. El redactado propuesto en el anteproyecto, desoye el mandato del Tribunal Constitucional y requiere nuevamente la residencia para los mayores de 18 años en el acceso a la enseñanza no obligatoria.

La **Sentencia 236/2007 del TC**, de 7 de noviembre de 2007 recogía el siguiente pronunciamiento:

“Por ello, **debemos declarar la inconstitucionalidad del inciso «residentes » del art. 9.3** de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de

² **Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre de 2007**. Recurso de inconstitucionalidad 1707-2001. Interpuesto por el Parlamento de Navarra contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, 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

enero, en la redacción por el art. 1, punto 7, de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.”

La redacción del anteproyecto es la siguiente:

“1. Todos los extranjeros tienen derecho a la educación de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa.

2. Los extranjeros menores de dieciocho años tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas. En caso de alcanzar la edad de dieciocho años en el transcurso del curso escolar, conservarán ese derecho hasta su finalización.

3. Los extranjeros residentes mayores de dieciocho años tienen el derecho a acceder a las etapas educativas postobligatorias, a la obtención de las titulaciones correspondientes, y al sistema público de becas en las mismas condiciones que los españoles.

4. Los poderes públicos promoverán que los extranjeros puedan recibir enseñanzas para su mejor integración social.”

Otro punto importante de la modificación de este artículo es la **supresión del actual art.9.2**, que recoge el mandato legal a las Administraciones públicas de garantizar un número de plazas suficientes en el ámbito de la educación infantil.

La redacción actual del art.9.2.LOEx es:

En el caso de la educación infantil, que tiene carácter voluntario, las Administraciones públicas garantizarán la existencia de un número de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que lo solicite.

2.- Derecho en materia de vivienda (art.13)

En el redactado del anteproyecto también encontramos un retroceso en la configuración de este derecho, dado que el actual LOEx reconoce el derecho al acceso al sistema de ayudas públicas de los residentes legales en igualdad de condiciones. Ahora el anteproyecto sólo garantiza el acceso en igualdad de condiciones a los residentes de larga duración, es decir, a los que llevan 5 años de residencia legal y continuada, y la situación de los otros residentes la deja a la decisión de las CC.AA.

La redacción actual de la LOEx 4/2000 es:

Artículo 13 LO 4/2000. *Derecho a ayudas en materia de vivienda. Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder al sistema público de ayudas en materia de vivienda **en las mismas condiciones que los españoles.***

La redacción del anteproyecto es:

“Artículo 13. Derechos en materia de vivienda. Los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a los sistemas públicos de ayudas en materia de vivienda **en los términos que establezcan las Administraciones competentes.** En todo caso, los extranjeros residentes de larga duración, tendrán derecho a dichas ayudas en las mismas condiciones que los españoles”.

3.- Postulación procesal (art. 22.bis)

En este nuevo redactado se recoge la práctica de algunos Juzgados contenciosos de no admitir las designas de los servicios de justicia gratuita de los colegios de abogados, lo que en definitiva comporta que aunque el abogado designado haya asistido al ciudadano extranjero y reciba la notificación de la resolución de expulsión no pueda interponer el recurso contra este acto salvo que el ciudadano comparezca ante el órgano jurisdiccional y ratifique su voluntad de

recurrir. Este requerimiento de manifestación expresa de la voluntad de recurrir comportará una grave situación de indefensión para los ciudadanos extranjeros expulsados o para aquellos que no tengan contacto con el abogado que los asistió en la comisaría, pues el abogado recibirá la notificación de la resolución definitiva pero no podrá interponer válidamente el recurso.

El mismo **Consejo General del Poder Judicial**, en su informe de valoración del anteproyecto de reforma, ha manifestado respeto a la redacción de este artículo:

"(...) un tratamiento diferenciado, y más gravoso, que a los nacionales, en el procedimiento de reconocimiento de este derecho en la jurisdicción contencioso- administrativa.

El artículo 7 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita dispone que el reconocimiento del derecho se extiende, en el transcurso de una misma instancia, a todos los trámites e incidencias, incluida la ejecución, y se mantiene para la interposición y sucesivos trámites de recursos contra aquellas resoluciones que pongan fin al proceso en la correspondiente instancia. La Ley no exige, por tanto, una nueva solicitud ni, en consecuencia, una nueva valoración de las circunstancias económicas del beneficiario, por lo que el trámite introducido en el precepto que se examina, supone la exigencia al extranjero de requisitos no aplicables a los nacionales en la citada Ley."

4.- Reagrupación Familiar (art.17, 18 y 19)

La regulación que plantea el anteproyecto restringe la regulación actual, que en sí misma ya es restrictiva, y en consecuencia continúa la vulneración del derecho a vivir en familia, perpetuándose la dualidad de regulaciones para las familias nacionales y las no nacionales.

Respecto a los familiares que se pueden reagrupar, en la nueva redacción hemos detectado que las modificaciones que a continuación indicamos restringen este derecho, llegando en algunos

supuestos, como el de los ascendientes, a limitarlos de tal forma que se hace imposible su ejercicio.

El legislador no respeta, entre otros, los principios rectores de la política social y económica y jurídica de la familia, en los artículos 39 CE³.

Respecto el actual **artículo 17 se modifican las letras a), c) y d), y los apartados 3,4 y 5.**

Cónyuges (art.17.1.a)

En la redacción del artículo 17 LOEx del anteproyecto, respecto del reagrupamiento de los cónyuges en segundas nupcias o posteriores, se suprime la palabra "familiares" que recoge la actual redacción del artículo, quedando de la siguiente manera:

El extranjero residente que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas o posteriores nupcias sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge.

En cambio, **la redacción actual del art. 17** señala que "*en segundas o posteriores nupcias sólo podrá reagrupar con él **al nuevo cónyuge y sus familiares***".

³ **Artículo 39 CE.** 1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación y de la madre, cualquiera que sea su estado civil. La Ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos

Así, si no se modifica esta redacción del anteproyecto, resultará que el cónyuge reagrupado en segundas nupcias, si tiene un familiar menor del que es representante legal, no podrá reagruparlo con él.

Hijos (art.17.1.b)

La nueva redacción del apartado c) del artículo 17, modifica la palabra "*incapaces*" por "*incapacitados*". Así la redacción del **anteproyecto** dice "**los menores de 18 años o incapacitados**", y la redacción **actual** recoge "*los menores de 18 años o incapaces*".

El Diccionario de la Lengua española define «*incapacitado*» de la siguiente manera: «*dicho de una persona sujeta a interdicción civil*»; y el término «*incapaz*» de esta otra: «*que no tiene cumplida personalidad para actos civiles, o que carece de aptitud legal para algo determinado*»

Esta modificación del término tendrá muchas consecuencias tanto legales como prácticas: en definitiva, se convertirá en un obstáculo para el ejercicio del derecho a la reagrupación de los hijos mayores e incapaces, ya que para acreditar la situación de "incapacitados" se deberá recurrir a la intervención judicial y a sentencia judicial del país de origen, cuando en la legislación actual no es la única vía de acreditación de la situación de "incapaz" del hijo. Por otra parte, esta limitación imposibilitará la acreditación mediante sentencia judicial si los países no tienen establecido este mecanismo y existen diferencias de regulación o de definición de los incapacitados entre la legislación de los países de origen y la española.

Mediante la nueva redacción se pretende dar cobertura legal a la instrucción sobre el reagrupamiento familiar de hijos menores o

incapaces⁴, donde se recoge la necesidad de acreditación a través de resolución judicial, careciendo de efectos en otro caso; además, la incapacitación debe ser de las reconocidas dentro del ordenamiento jurídico español, aunque el ordenamiento de su nacionalidad reconozca legalmente situaciones de incapacidad propias.

Ascendientes (art.17.1.d)

La reforma respecto al reagrupamiento de los ascendientes, o sea, de los padres y madres de los residentes legales en territorio español, supondrá, en la práctica la imposibilidad de reagrupar a los ascendientes y, a su vez, la de los familiares de éstos, aparte de no respetar, entre otras, la Directiva comunitaria 2003/86/CE sobre el derecho al reagrupamiento familiar⁵.

La redacción del anteproyecto introduce el requisito de que los padres tengan **65 años** para poder ser reagrupados, además de tener que acreditar (como ya se requiere ahora) la "*necesidad*" de la reagrupación. Y al no explicitarse que se tenga que concretar reglamentariamente esta "*necesidad*" para todos los supuestos de reagrupación de ascendientes se deja abierta la puerta a la discrecionalidad.

Con la nueva redacción del punto 3, los ascendientes reagrupados sólo podrán reagrupar a su cónyuge cuando obtengan una residencia de larga duración y acrediten los demás requisitos para la reagrupación. Esto quiere decir que hasta que no se lleven cinco años de residencia legal en territorio español no se podrá iniciar el trámite para reagrupar al cónyuge, o sea, para ejercer su derecho a vivir en familia. Por tanto: si

⁴ Instrucción DGI/SGRJ/01/2008, sobre la reagrupación familiar de hijos menores o incapaces sobre los que el reagrupante ostenta la representación legal

⁵ Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar DOUE. Diario Oficial de la Unión Europea, 03 de Octubre 2003 (núm. 7)

sólo pueden ser reagrupados a partir de los 65 años, únicamente podrán iniciar el trámite a partir de los 70 años, supuesto que acrediten los demás requisitos, esto es, solvencia económica y vivienda.

La redacción del anteproyecto es :

d) Los ascendientes del reagrupante y de su cónyuge, cuando estén a su cargo, sean mayores de 65 años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. Reglamentariamente se determinarán las condiciones para la reagrupación de los ascendientes de los residentes de larga duración en otro Estado miembro de la Unión Europea y de los beneficiarios del régimen especial de investigadores.

3. Quando se trate de ascendientes reagrupados, éstos sólo podrán ejercer, a su vez, el derecho de reagrupación familiar tras haber obtenido la condición de residentes de larga duración y acreditado solvencia económica. Excepcionalmente, el ascendiente reagrupado que tenga a su cargo uno hijo menor de edad o incapacitado, podrá ejercer el derecho de reagrupación en los términos dispuestos en el apartado segundo de este artículo.

Relación de afectividad análoga a la conyugal (art.17.4)

La nueva redacción del art. 17 incorpora el reconocimiento de las relaciones análogas a la conyugal a efectos del reagrupamiento familiar.

La redacción del anteproyecto es :

4. La persona que mantenga con el extranjero residente una relación de afectividad análoga a la conyugal se equipará al cónyuge a todos los efectos previstos en este capítulo, siempre que dicha relación esté debidamente acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España. En todo caso, las situaciones de matrimonio y de análoga relación de afectividad se considerarán incompatibles entre sí. No podrá reagruparse a más de una persona con análoga relación de afectividad, aunque la ley personal del extranjero admita estos vínculos familiares.

5. Reglamentariamente, se desarrollarán las condiciones para el ejercicio del derecho de reagrupación así como para acreditar la

relación de afectividad análoga a la conyugal y para que ésta pueda producir efectos en España.

Sin embargo esta redacción plantea muchas dudas legales y de efectividad, puesto que al no existir una regulación estatal de parejas de hecho y no existir, por tanto, ni un registro ni criterios uniformes para todo el territorio, se deja al reglamento la determinación de qué se entiende por parejas de hecho a efectos de ley de extranjería y esto podrá comportar discriminaciones hacia las nacionales o no nacionales que no habrá oportunidad de acreditar en el ejercicio del derecho al reagrupamiento familiar.

Acreditación de medios económicos del residente legal (art.18.2)

Es muy importante, por sus consecuencias y las dudas existentes sobre su legalidad, remarcar especialmente el apartado 2 que se introduce en el artículo 18, ya que **excluye**, como acreditación de solvencia económica por parte del residente legal que quiere iniciar el trámite de reagrupación de sus familiares, **medios económicos provenientes de los sistema de servicios y prestaciones sociales.**

La redacción del anteproyecto es:

Art.18.2. El reagrupante deberá acreditar, en los términos que se establezcan reglamentariamente, que dispone de un alojamiento adecuado y de medios económicos suficientes para cubrir sus necesidades y las de su familia, una vez reagrupada, **sin necesidad de recurrir al sistema de servicios y prestaciones sociales.**

Por tanto a una persona que esté percibiendo cualquier tipo de prestación social no le será computada, a efectos de valorar su situación económica, la cantidad que reciba. Ejemplos de algunas de estas prestaciones excluidas: prestaciones de paro, incapacitados

laborales, prestaciones no contributivas, pensiones de jubilaciones, ayudas al alquiler, etc.

Residencia independiente de los cónyuges reagrupados

(art.19.2.3)

Hay que seguir subrayando, como cuestión previa a la crítica de la redacción del anteproyecto, que establecer como regla general un sistema de residencias dependientes respecto de los familiares reagrupados hacia el familiar que los reagrupó genera relaciones de jerarquía, desigualdades y discriminaciones dentro de la familia, vulnerándose, en consecuencia, el derecho a la dignidad de las personas y a la igualdad entre hombres y mujeres, lo que es una violación del ordenamiento jurídico español. La nueva redacción que se propone continúa en esta línea: hay que señalar como primer punto la desaparición de la posibilidad de que los ascendientes pasen a una situación de residencia independiente, puesto que en la redacción del artículo 19 del anteproyecto desaparece el punto 3 de la redacción actual que recoge esta opción.

Un segundo aspecto a destacar es que se continúa vinculando la obtención de una residencia independiente en las situaciones de violencia de género no a la denuncia, sino a la adopción de una orden de protección en favor de la víctima. Por lo tanto continúan en una situación de vulneración y de sujeción a su agresor aquellas mujeres que denuncian una situación de violencia y respecto de las cuales el Juzgado competente no considera necesaria la adopción de la orden de protección, por lo que se está condenando a una mujer víctima a que continúe vinculada a la residencia de su marido habiendo sido agredida y presentado la denuncia.

Otra novedad que se incorpora y genera preocupación, bajo el punto de vista de la inseguridad jurídica, es el establecimiento de que los cónyuges e hijos mayores de 18 años sólo podrán ser independientes cuando dispongan de medios económicos suficientes para cubrir sus necesidades, dejando al futuro reglamento que determine la cuantía sin establecer la LO ningún tipo de máximo, mínimo o de excepciones.

Familiares reagrupados y acceso al trabajo (art.19.1)

La redacción del art. 19 que incorpora el anteproyecto habilita a los familiares reagrupados a trabajar sin necesidad de hacer ningún trámite. No obstante, a pesar de las apariencias, este artículo no garantiza el derecho de los reagrupados al trabajo. En primer lugar quedan excluidos los familiares de los ascendientes reagrupados y, en segundo lugar, se restringe esta posibilidad de trabajar ya que durante el primer año de vigencia de la residencia de los familiares reagrupados, cónyuges e hijos mayores de 16 años, podrá limitarse su acceso a trabajos considerados deficitarios en mano de obra y según la situación nacional de paro.

La redacción del anteproyecto es la siguiente:

Veintiuno. El artículo 19 queda redactado de la siguiente manera:

1. La autorización de residencia por reagrupación familiar de la que sean titulares el cónyuge e hijos reagrupados mayores de dieciséis años, habilitará para trabajar sin necesidad de ningún otro trámite administrativo. Reglamentariamente podrá establecerse que durante el primero año de vigencia de su autorización, los familiares reagrupados sólo tengan acceso a las ocupaciones consideradas deficitarias en mando de obra según la situación nacional de empleo. Dicha limitación no será aplicable para los familiares de residentes de larga duración.

5.- Menores no acompañados (MENA) (art.35)

La nueva redacción de este artículo asume como criterio general la repatriación del menor, no la garantía del interés del menor, como exige la normativa internacional de protección de los menores. Habría que contemplar la repatriación únicamente en el marco del cuidado por el interés del menor y no, como se hace en esta redacción, como criterio principal.

Se añade al artículo 35.1 este nuevo párrafo:

1. El Gobierno promoverá el establecimiento de Acuerdos de colaboración con los países de origen que contemplan, integradamente, la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de los menores no acompañados.

El nuevo párrafo vulnera los derechos del menor en tanto afirma que el principal objetivo es la repatriación de los menores: se afirma que todas las actuaciones por parte del Gobierno que tengan como finalidad la firma de Acuerdos Internacionales serán destinados a:

- promover la prevención de la inmigración irregular,
- la protección y
- el retorno de los menores.

No se establece el criterio de observar el interés superior del menor como establece la Convención de los Derechos de los niños. Tal y como está redactado se contemplan los acuerdos internacionales con la única finalidad de retornar a los menores con su familia sin velar y averiguar cuál es de interés del menor y qué conviene a su bien. No se puede determinar por defecto la devolución del menor a su país de origen.

En la redacción del anteproyecto del **punto 2 del artículo 35** sólo se modifica una palabra del vigente art. 35.1, pero puede plantear graves

dificultades respecto de la asistencia para determinar la edad. Desaparece la palabra "oportunas" referida a las instituciones sanitarias a los efectos de determinar la edad. Así, pues, se abre la vía a que la determinación de la edad no se realice de forma exclusiva por instituciones sanitarias, ya que podrían darse otros mecanismos probatorios, más aún teniendo en cuenta que estas pruebas no gozan de plena fiabilidad. En todo caso, en beneficio del menor, sería necesario que este artículo previera que, si la edad ha de determinarse mediante pruebas radiológicas, se tomase en todo caso como referencia siempre la parte inferior del intervalo que estas pruebas proporcionan como resultado.

La nueva redacción del artículo 35.4, que es el art. 35.3 LOEx, establece que el Estado solicitará información a las representaciones diplomáticas del país de origen. Ahora bien:

- No se prevé cómo se determinará el consulado si el menor está indocumentado.

- No se establece referencia alguna al consentimiento del menor para la realización de esta consulta, reiterándose que su finalidad no es otra que decidir sobre la repatriación:

- Establece la repatriación como elemento principal de actuación. VULNERA EL DERECHO DEL MENOR a que se observe primero su interés superior y se averigüe después si conviene o no la repatriación. La redacción, en sí misma, vulnera el derecho del menor en tanto que explícitamente quiere obviar el carácter permanente que conlleva la averiguación del interés superior del menor.

El último párrafo establece que sólo se tendrá en cuenta el interés superior del menor a los efectos de la repatriación; por tanto, la inconstitucionalidad es muy relevante.

Por otro lado, se establece una nueva competencia: únicamente las instituciones centrales del Estado iniciarán y resolverán los

procedimientos de repatriación; y si bien es cierto que se solicitará un informe con carácter previo al servicio de protección de menores, no se menciona la posibilidad de que ésta misma efectúe la solicitud de repatriación, por lo que queda abierta la puerta a que las instituciones oficiales de protección de menores de las CC.AA. pierdan competencias en este ámbito, contribuyéndose a aumentar la grave situación de vulnerabilidad e indefensión en la que se encuentran los menores

Derecho a la asistencia jurídica de los menores (art. 22)

El artículo 22 del anteproyecto sólo prevé el derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos administrativos de devolución, retorno o expulsión, olvidándose de las repatriaciones, que no son un procedimiento sancionador, pero sí un procedimiento que implica la salida del país y que según la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 95/2003, de 22 de mayo de 2003, confiere el derecho a la asistencia jurídica gratuita. Se vulnera así el derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que se impide recurrir una decisión de la Administración a través de la asistencia jurídica gratuita, único medio que garantiza en estos supuestos el acceso a los tribunales.

Expulsión de los menores (art.57.2)

El artículo 57.2 de la redacción del anteproyecto, que trata de las expulsiones al final de este apartado 2 del artículo 57, establece que un menor podrá ser repatriado cuando cometa un delito de pena superior a un año.

Problemas que plantea esta redacción:

- Los menores no son condenados, sino que se les impone una medida educativa. ¿Qué criterio se seguirá para determinar

que la pena es de un año? ¿Se determinará acaso como si fuesen adultos, vulnerando la normativa específica al respeto?

- Se prevé la repatriación del menor en el interior de un artículo sancionador, aunque un menor nunca puede ser expulsado. En definitiva: no se tiene en cuenta el interés superior del menor y se plantea la actuación como si fuera una sanción.

Al final del apartado se establece asimismo que el menor al que se hubiera impuesto una medida educativa (no una pena) podrá ser expulsado cuando alcance la mayoría de edad. Esta redacción también plantea los siguientes problemas:

- Para el menor no existe la figura de los antecedentes penales, por lo que no es constitucional expulsar a una persona por el hecho que cometiera un delito siendo menor.
- El Decreto 232/2002, de 1 de marzo, que regula el Registro de sentencias sobre Responsabilidad Penal de los Menores dice que a los datos del registro sólo accederán los órganos jurisdiccionales.
- Les "Regla de Beijing"⁶, en el número 21, confirma esta imposibilidad de acceder al registro.

Como conclusión acerca de los MENA podemos afirmar que su situación será grave siempre que siga sin respetarse su derecho más básico: la investigación del interés superior del menor. La repatriación no debe ser el criterio general, sino una consecuencia de este derecho

⁶ Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores ("Reglas de Beijing") Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985.

21. Registros.

21.1 Los registros de menores delincuentes serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros. Sólo tendrán acceso a dichos archivos las personas que participan directamente en la tramitación de un caso en curso, así como otras personas debidamente autorizadas.

21.2 Los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente.

más básico. Por otra parte hemos visto que su condición empeora notablemente, ya que el menor podrá llegar a ser expulsado en casos de comisión de un delito. Nuevamente, se vulnera los derechos de los menores ya que un menor al que se impone una medida reeducativa podrá ser devuelto a su país, dejando sin efecto la medida educativa, de manera que se contempla el retorno del menor a su país como sanción más que con una finalidad educativa y de acuerdo a su interés. Por último destacar que tampoco se respeta el derecho del menor a una asistencia letrada independiente proporcionada por la Administración ante cualquier decisión que ésta tome.

6.- **Autorizaciones de trabajo** (art. 38)

La redacción propuesta del artículo 38.4 supone que el empresario tendrá que comunicar su voluntad de desistimiento de la solicitud inicial de trabajo, sin que se establezca cuál será la situación en que quedará el trabajador extranjero ante la desaparición del expediente iniciado y en trámite o la modificación de las condiciones de la oferta inicial. Además no se configura ningún tipo de control ni de mecanismo de justificación del desistimiento o modificación del expediente por parte del empresario. Eso sitúa a los trabajadores extranjeros en una situación de indefensión absoluta ante las actuaciones de los empresarios con los que habían iniciado un trámite con expectativas de contratación y que ya había sido aprobado a la Administración competente, ya que la propuesta del anteproyecto no reconoce ningún tipo de intervención del trabajador.

La redacción del anteproyecto es:

Arte.38.4. El empresario o empleador estará obligado a comunicar el desistimiento de la solicitud de autorización si, mientras se

resolviera la autorización o el visado, desapareciera la necesidad de contratación del extranjero o se modificasen las condiciones del contrato de trabajo que sirvió de base a la solicitud. Asimismo, cuando el extranjero habilitado se hallase en España deberá registrar en los Servicios Públicos de Empleo el contrato de trabajo que dio lugar a la solicitud y formalizar el alta del trabajador en la seguridad social, y si no pudiera iniciarse la relación laboral, el empresario o empleador estará obligado a comunicarlo a las autoridades competentes.

Otra novedad que podrá generar graves consecuencias en la vida laboral de los residentes legales, su acceso y continuidad en el mercado laboral es la nueva redacción del **art. 38 en el punto 5**, que dice que las autorizaciones iniciales se limitarán a determinado territorio y ocupación. En este momento la Ley⁷ excluye la limitación al ámbito geográfico, sector o actividad, y el Reglamento⁸ limita este tipo de autorizaciones al sector. El hecho de limitar a la ocupación esta primera autorización implica restringir severamente los ámbitos donde los extranjeros pueden trabajar durante su primera residencia en las diversas vicisitudes de los contratos laborales, como, por ejemplo, si son despedidos o si la empresa cierra, etc., al margen, evidentemente, de vulnerar sus derechos como trabajadores a la promoción en su profesión⁹. En definitiva contribuirá más a la irregularidad sobrevenida, pues si el trabajador, aunque ya posea la autorización, se queda sin trabajo y no puede acceder a otras ocupaciones diferentes de las que

⁷ Art.38.3.d) *Cuando concurren las circunstancias que se establezcan reglamentariamente. A partir de la primera concesión las autorizaciones se concederán sin limitación alguna de ámbito geográfico, sector o actividad.*

⁸ Art.49.2 *La autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena tendrá una duración de uno año y podrá limitarse a uno ámbito geográfico y sector de actividad determinado conforme a las instrucciones o directrices determinadas por la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.*

⁹ **Estatuto de los Trabajadores.** Real decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores.

Art. 4.1 Los trabajadores tienen como derechos básicos, con el contenido y el alcance que la normativa específica dispone para cada uno, los siguientes: a) Trabajo y libre elección de profesión o de oficio

Art.4.2 En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho: b) A la promoción y la formación profesional en el trabajo.

aparecen en su documento, no podrá trabajar y no renovará su autorización.

La redacción del anteproyecto es:

Art.38.5. La autorización inicial de residencia y trabajo se limitará, salvo en los casos previstos por la Ley y los Convenios Internacionales firmados por España, a un determinado territorio y ocupación. Su duración se determinará reglamentariamente.

7.- **Las infracciones y el régimen sancionador** (art.53 y art.54)

En este apartado de la redacción del anteproyecto tenemos que destacar un aspecto tan preocupante como el de la criminalización constante de la condición de inmigrantes que inspira todo el texto normativo. Se parte de una presunción de culpabilidad respecto al ciudadano no nacional.

Esta articulación genera que en el anteproyecto se sancionen conductas que desde el punto de vista de su propia y específica normativa no son sancionables (como veremos en el tema de las inscripciones en el padrón municipal), amparándose gran parte del régimen sancionador en conceptos sin definición legal que abren la puerta a actuaciones con un gran margen de discrecionalidad que pueden avalar actuaciones arbitrarias de difícil o imposible control. Además es muy destacable que finalmente, y a pesar de las manifestaciones expresas del Gobierno, se haya ampliado el plazo de internamiento de una persona a sesenta días, o incluso en determinados supuestos sin límite, no estableciéndose ningún periodo máximo. También se endurecen a graves o incluso a muy graves situaciones que hasta ahora tenían meramente la consideración de infracciones leves

Nueva redacción del art. 53. Infracciones graves

Aumenta el catálogo de infracciones graves. Se agrupan en dos grandes párrafos. El primero incluye las letras a) y h) del articulado actual, añadiendo la letra i). El segundo incorpora las letras a) y d)

La nueva redacción del art. 53.1 incorpora como infracción grave (que permitirá por lo tanto la sanción de expulsión) "la falsedad en la declaración de los datos obligatorios de alta del padrón municipal."

Esta redacción no respeta la normativa existente y discrimina a nacionales de extranjeros en el sentido de que la propia Ley de Bases del Régimen local¹⁰, norma específica que regula el padrón municipal, no recoge el supuesto de falsear datos como infracción, sino que únicamente contempla la posibilidad de tramitar la baja de la inscripción por inclusión indebida, siendo además el órgano competente para gestionar y controlar los registros del padrón las administraciones locales. Por tanto, por una parte, nos encontramos con que se sanciona una actuación que en la norma específica no se contempla, resultando además que la administración que tendrá que valorar la infracción no tiene competencias en los datos del padrón, y por otra parte se genera una discriminación entre nacionales y no nacionales: los nacionales que falseen los datos sólo serán dados de baja de oficio y, por el contrario, los no nacionales serán sancionados pecuniariamente o incluso con la expulsión del territorio.

La redacción del anteproyecto es :

Art.53.1.c) Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento de las

¹⁰ **Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Artículo 17.1:** La formación, mantenimiento, revisión y custodia del Padrón municipal corresponde al Ayuntamiento, de acuerdo con lo que establezca la legislación del Estado

autoridades competentes los cambios que afectan 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 a los efectos previstos en esta Ley, siempre que tales hechos no constituyan delito.

En la misma línea argumental anterior, consideramos contrario a derecho el apartado arte. 53.2 d), que sanciona el consentimiento de la inscripción de un ciudadano extranjero por parte del titular de la vivienda. Se da un tipo agravado de esta conducta cuando exista afán de lucro, la infracción muy grave del nuevo art. 54.1 e), que prevé la sanción de expulsión si el infractor es extranjero.

La redacción del anteproyecto es :

Art.53.2.d) Consentir la inscripción de un extranjero en el Padrón Municipal, por parte del titular de una vivienda habilitado para tal fin, cuando dicha vivienda no constituya el domicilio real del extranjero. Se incurrirá en una infracción por cada persona indebidamente inscrita.

Una nueva infracción prevista en la propuesta de reforma es la **letra i) del art. 53.1**, que tipifica de grave, con multas de hasta 10.000 euros, **trabajar en una ocupación sector o actividad diferentes a las recogidas en la autorización**. Aquí debemos hacer referencia a las graves consecuencias que tiene la limitación de la ocupación y del sector en las autorizaciones de trabajo en el contexto del mercado laboral actual. Pues si la persona con autorización de residencia y trabajo está ocupado en un trabajo diferente al que consta en su tarjeta podrá ser sancionado, como hemos visto, con una multa de hasta 10 mil euros. Es, además, una invasión de competencias en el ámbito laboral.

La redacción del anteproyecto es:

53.1.i) Encontrarse trabajando en una ocupación, actividad o sector no contemplado por la autorización de residencia y trabajo de la que se es titular.

Una nueva infracción que se introduce es la del apartado c) del art. 53.2, que sanciona a las personas que den apoyen económico a ciudadanos extranjeros en situación irregular.

La redacción del anteproyecto es :

Art.53.2 c) Promover la permanencia irregular en España de un extranjero. Se considerará que se promueve la permanencia irregular cuando el extranjero dependa económicamente del infractor y se prolongue la estancia autorizada más allá del período legalmente previsto. En la propuesta de sanción por esta infracción se tendrán especialmente en cuenta todas las circunstancias personales y familiares.

Esta redacción ha provocado importantes y numerosas movilizaciones, así como acciones sociales de personas y entidades que trabajan en el ámbito de la asistencia social, al considerar que con esta infracción se sanciona la solidaridad y que vacía de ayuda material el mandato jurídico asistencial del Estado español. Las multas por esta infracción van desde 501 hasta 30.000 euros.

Esta posible comisión de la infracción de ayuda económica a una persona en situación administrativa irregular va contra los propios principios inspiradores del ordenamiento jurídico español, que tienen que estar presentes en toda actividad legisladora, así como el respeto a los derechos y obligaciones del poderes públicos reconocidos en el texto constitucional y normativa internacional superior. Entre otros la Constitución española en su art.1¹¹, que promulga como principios superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad.

¹¹ Arte.1 CE: España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

Además este principio jurídico de solidaridad hacia los otros tiene tal reconocimiento en el ordenamiento jurídico español, que el propio Código Penal, artículo 195 CP¹², sanciona aquellas conductas de personas que desatienden a otros en estados de desamparo .

Infracciones muy graves (art. 54)

La redacción del nuevo art. 54 incorpora los apartados e), f) y g).

La redacción es la siguiente:

e) Realizar, con ánimo de lucro, la infracción prevista en la letra d) del apartado 2 del artículo anterior

f) Contraer matrimonio, simular relación afectiva análoga o constituirse en representante legal de un menor, cuando dichas conductas se realicen con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente derechos reconocidos en esta ley, siempre que tales hechos no constituyan delito

g) Simular la relación laboral con uno extranjero, cuando dicha conducta se realice con ánimo de lucro o con el propósito de obtener indebidamente derechos reconocidos en esta ley, siempre que tales hechos no constituyan delito

Estas infracciones, aparte de su discutible cobertura legal, generan indefensión y contribuyen a la arbitrariedad pues se remiten al concepto jurídico indeterminado: "con el propósito de obtener indebidamente derechos reconocido en esta Ley " .

Esta redacción respecto a los matrimonios recoge una práctica muy extensa de criminalizar, de sospechar de los matrimonios entre nacionales y no nacionales, como por ejemplo algunas instrucciones de

¹² Delito omisión del deber de socorro. artículo 195.1 El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses.

la Dirección General de Registros y Notariados¹³, muy discutidas por la doctrina mayoritaria. Pero lo fundamental es que esta práctica vulnera el derecho fundamental a contraer matrimonio y, en consecuencia, el ordenamiento jurídico.

Es importante señalar que es unánime la doctrina civilista que en el ámbito del matrimonio presume la validez, al ser considerado el *ius connubio* un derecho fundamental de la persona tal como establece el arte 32 CE y el *Pacto de los derechos civiles y políticos*.

También es mayoritaria la jurisprudencia que afirma que "*entre los fines del matrimonio no se exige en nuestro Código el amor, de ahí que sean muchos los matrimonios que se celebran por razones de otra índole, como seguridad económica, compañía, estabilidad, etc., sin que ello implique una causa de nulidad*"¹⁴, y así también lo recoge la doctrina autorizada¹⁵. El matrimonio no es más que un negocio jurídico que requiere la manifestación de la voluntad de las partes, según como está configurado en nuestro ordenamiento jurídico. La *affectio maritalis* no es un requisito constitutivo del matrimonio y es tan legítimo contraer matrimonio por conveniencia económica como por conveniencia moral¹⁶. En concreto, el Código civil, en su art.73, recoge las causas por las que el matrimonio se declara nulo y deja de producir efectos: en ninguno de los supuestos se contempla el supuesto del anteproyecto.

Respecto al punto g) de este art. 54, reiteramos lo dicho anteriormente: generará indefensión y arbitrariedad en su aplicación, al margen de que no se especifique si el único infractor es el trabajador o también se aplicará al empresario.

¹³ DGRN, Instrucción de 31 de enero de 2006 (BOE nº 41, de 17 de febrero de 2006).

¹⁴ Entre otras, SAP de Murcia, de 19 de junio de 2001, FD4.

¹⁵ El matrimonio civil exige uno consentimiento verdadero de querer contraer matrimonio, pero en modo alguno prejuzga la finalidad cono que ese consentimiento se presta (Díez Picazo y Gullón)

¹⁶ 16 M.L.Arcos Vieira, *La desaparición de la affectio maritalis como causa de separación y divorcio*, Navarra, Aranzadi. 2000. P.18.

8.- Expulsión del territorio español (art.57 a 62)

Se modifican los apartados 1, 2, 4, 5.b), 6 y 7.a) primer párrafo y 10 del artículo 57 LOEx.

El apartado 2 añade la posibilidad de expulsar a menores por comisión de delitos sancionados con pena privativa de libertad superior a un año, tal como expusimos en el apartado de menores.

El apartado 4, segundo párrafo, introduce la posibilidad de tramitar expedientes de expulsión a ciudadanos no comunitarios pero residentes legalmente en otro Estado parte de la UE cuando superen el periodo de estancia en territorio español. Se aplica la sanción expulsión a residentes legales de otros países comunitarios.

El apartado 7.a) de el art. 57 introduce una novedad en su redacción que puede comportar consecuencias jurídicas muy importantes, vulnerando la presunción de inocencia.

La redacción del anteproyecto es

7. a) 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, el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la autorizará salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifican su denegación.

La redacción actual de la LOEx es:

7.a) Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en uno procedimiento judicial por delito o falta para lo 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.

Esta redacción invierte la necesidad de motivación pues establece que como regla general se autorizará la expulsión salvo que aprecie existencia de circunstancias que motiven su denegación; también desaparece la obligatoriedad de que se realice “en el plazo más breve posible”.

9.- **Colaboración con redes organizadas** (art. 59 de la LOEx)

En la redacción que establece el anteproyecto parece que, aunque la persona sea víctima y colabore en la denuncia de su situación, la Administración se reserve la opción de tramitar la expulsión o no del territorio español. Esto pudiera desprenderse de la redacción, que incorpora el término “podrá”; lo que puede llegar a entenderse como discrecionalidad de la Administración, sin que se garantice la no expulsión de la víctima.

La redacción del anteproyecto es

1. El extranjero que haya cruzado la frontera española fuera de los pasos establecidos al efecto o no haya cumplido con su obligación de declarar la entrada y se encuentre irregularmente en España o trabajando sin autorización, sin documentación o documentación irregular, por haber sido víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito o trata de seres humanos, inmigración ilegal, o de tráfico ilícito de mando de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado si denuncia a las autoridades.

competentes a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopera y colabora con los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores

Pero el aspecto a destacar más importante del entero redactado de este artículo 59 del anteproyecto es la inseguridad jurídica que provoca toda su redacción, pues está llena de conceptos jurídicos indeterminados y de otros que ni siquiera son jurídicos, como cuando habla de "dar un período de reflexión, de al menos treinta días, a fin de que decida..."

10.- **Centros de internamiento** (art.62)

De la redacción del anteproyecto del art. 62, tenemos que destacar que en el apartado 1 se introducen como motivos para valorar el internamiento del ciudadano extranjero conceptos propio del ámbito penal, "**riesgo de fuga por carecer de domicilio o de documentación, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión**". De dicha redacción se puede desprender que siempre y cuando no se tenga documentación administrativa, lo que ocurrirá en la mayoría de las situaciones administrativas de detención, se tendrá que adoptar la medida de internamiento.

Respecto a la duración del internamiento es muy preocupante la redacción que establece el anteproyecto en su art.62.2, porque no sólo amplía el plazo máximo actual de 40 días a 60¹⁷ y con "carácter general" (imprecisión inasumible cuando hablamos del derecho a la

¹⁷ Aunque el Gobierno central manifestó ante la aprobación de la Directiva 2008/115/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, que no modificaría éste plazo de 40 días.

libertad), sino que además establece unos supuestos de suspensión del cómputo de los días sin establecer un límite máximo de tiempo, por lo que, en aplicación de Directiva de retorno¹⁸, se puede llegar a 6 meses de internamiento por una simple infracción administrativa. Además se vincula al ejercicio de derechos, como puede ser la solicitud de *hábeas corpus* o de asilo, una consecuencia tan negativa como la prolongación del internamiento. La propuesta de reforma tiene que determinar el tiempo máximo y el control judicial de la medida de suspensión. Esta regulación no respeta los criterios marcado por el TC cuando se refiere a la medida de internamiento (entre otras, Sentencias núm.175/1985 y núm. 341/1993): "*...el internamiento del extranjero debe regirse por el principio de excepcionalidad y la libertad debe ser respetada, salvo que se estime indispensable la pérdida de libertad por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial*". Es especialmente destacable el supuesto de suspensión del cómputo del tiempo para el caso de enfermedad o de otras supuestas causas no imputables a la Administración, pues configura una medida que supone pérdida del derecho a la libertad como si fuera un "derecho" del Estado a disponer de las personas.

La redacción del anteproyecto es

Art.62.2. El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima, con carácter general, de 60 días, y sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente. El cómputo del plazo señalado en este artículo quedará suspendido mientras dure la tramitación y resolución de los procedimientos de asilo o de hábeas corpus que, en su caso, se hubiesen iniciado. Igualmente procederá dicha suspensión en caso de enfermedad del extranjero o por otras causas no imputables a la Administración que impidan o dificultan su salida de España.

¹⁸ Directiva 2008/115/CEE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008.

11.- Procedimiento preferente (art.63)

La redacción del anteproyecto continúa introduciendo conceptos indeterminados, práctica generalizada en toda la propuesta de reforma, pero que en un procedimiento sancionador agrava más la situación de indefensión en la que se encontrarán los ciudadanos, imposibilitándose una correcta defensa. Así vemos que, para determinar la aplicación de este trámite preferente en la imposición de la sanción, el cual comporta una reducción considerable de los plazos por defenderse jurídicamente y la imposibilidad de la salida voluntaria del país, se establecen criterios tales como:

- a) riesgo de fuga
- b) que el extranjero evitara o dificultase la expulsión o su ejecución.
- c) que el extranjero representase un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

En el apartado 4 del artículo 63 se mantiene el plazo de 48 horas para hacer alegaciones ante el acuerdo de iniciación del expediente sancionador.

Este plazo de 48 horas dentro de un procedimiento sancionador con un resultado posible tan grave y lesivo como es la expulsión de territorio español, no garantiza el mandato de el art. 24 CE en relación con el art. 6.3 b) y d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en relación a garantizar la disponibilidad del tiempo necesario para preparar la defensa. En esta línea es remarcable la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 10 de febrero de 1983, caso Albert y le Compte, y la Sentencia de 21 enero 1984, caso Rtu rk, de 28 de junio de 1984, caso Cambell y Fell. El TEDH consideró que el plazo de quince días parecía razonable para preparar una defensa mínimamente adecuada.

En el apartado 7 del artículo 63 se determina que la ejecución de la expulsión se llevará a término “forma inmediata” sin especificar el plazo máximo para llevar a la práctica esta ejecución, la forma, el procedimiento, etc., lo cual contribuye nuevamente a vulnerar los derechos de los ciudadanos no nacionales detenidos y en espera de la ejecución de la medida sancionadora. La redacción del anteproyecto es: **Art. 63.7.** La ejecución de la orden de expulsión en los supuestos previstos en este artículo se efectuará de forma inmediata.

Barcelona, catorce de abril de dos mil nueve.