



XII Encuentro de Abogados sobre Derecho de Extranjería

Organizado por la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española y el Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Alicante

Alicante, 9, 10 y 11 de mayo de 2002

CONTINUANDO CON LAS JORNADAS SOBRE DERECHO DE EXTRANJERÍA REALIZADAS EN LOS DISTINTOS COLEGIOS DE ABOGADOS DE TODA ESPAÑA, DURANTE LOS PASADOS DÍAS 9, 10 Y 11 DE MAYO, SE CELEBRÓ EN ALICANTE EL XII ENCUENTRO DE ABOGADOS SOBRE DERECHO DE EXTRANJERÍA.

ESTE XII ENCUENTRO, ORGANIZADO POR LA SUBCOMISIÓN DE EXTRANJERÍA DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA (CGAE) Y EL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE ALICANTE, CONVOCÓ A TODOS LOS ESPECIALISTAS Y RESPONSABLES DE LAS ÁREAS DE EXTRANJERÍA DE CADA COLEGIO PROVINCIAL.

POR RESULTAR DE INTERÉS GENERAL PARA TODOS LOS ABOGADOS Y DEMÁS PERSONAS SENSIBILIZADAS CON ESTE TEMA, REPRODUCIMOS LAS CONCLUSIONES A QUE LLEGARON, DESPUÉS DE TRES DÍAS DE INTENSO TRABAJO, LOS 160 ESPECIALISTAS REUNIDOS PARA ANALIZAR ESTA MATERIA.

DESDE EDITORIAL LEX NOVA (AULA LEX) QUEREMOS FELICITAR AL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE ALICANTE Y A LA SUBCOMISIÓN DE EXTRANJERÍA DEL CGAE POR LA EXTRAORDINARIA ORGANIZACIÓN DE ESTE ENCUENTRO.

apoyado las Jornadas con la presencia de los responsables de sus Áreas de Extranjería, la felicitación y agradecimiento por el apoyo prestado al Encuentro.

Segundo. Dirigir a la Comisión Interministerial de Extranjería y Ministerios implicados las conclusiones de este Encuentro, manifestando al mismo tiempo la voluntad de la Abogacía Española de concurrir, a través de su Consejo General –Subcomisión de Extranjería–, en la aplicación y desarrollo de la nueva legislación de extranjería, conscientes del imprescindible papel de la Abogacía en cuanto exclusiva responsable de la defensa técnica legal de los extranjeros.

I. BALANCE DE UN AÑO: MARCO EUROPEO Y ESPAÑOL

1.ª Comisión Europea: Libro Verde.

Se aprueba la creación de una Comisión de trabajo, en el seno de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española, encargada de elaborar un Informe acerca del contenido del documento presentado por la Comisión Europea «Libro Verde relativo a una Política Comunitaria de retorno de los residentes ilegales», de fecha 10 de abril de 2002.

2.ª Presidencia Europea

La Presidencia española de la Unión Europea debiera suponer una nueva oportunidad para recuperar el camino emprendido en Tampere. Es preciso impulsar el desarrollo de unas políticas comunitarias inspiradas en

CONCLUSIONES

El XII Encuentro Intercolegial de Responsables del Área de Extranjería, Abogados y Juristas especialistas, reunido en Alicante bajo el patrocinio de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española, ha debatido, durante los días 9, 10 y 11 de mayo la problemática surgida en la aplicación y desarrollo de la nueva regulación de la normativa de extranjería y su repercusión en el ejercicio del derecho de defensa de los extranjeros en nuestro país, concluyendo:

Primero. Felicitar al Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Alicante, en la persona de su Decano D. Mariano Caballero Caballero y de todo el grupo de compañeros del Colegio de Alicante; al personal del Colegio, y a todas las entidades colaboradoras, particularmente a Editorial Lex Nova, por la espléndida organización formal y material del Encuentro; y, en especial, al Consejo General de la Abogacía.

El Encuentro acuerda dirigirse a la Comisión Permanente del CGAE a fin de que traslade, a las Juntas de Gobierno de los Colegios que han



la equiparación de derechos y tratamiento de la irregularidad en la perspectiva de la integración de los inmigrantes que se encuentran en suelo europeo.

Se deben entender la extranjería, la inmigración y la multiculturalidad como factores de progreso y de cambio. Siendo este un reto colectivo que tenemos que afrontar entre todos, incluida la Abogacía española.

3.ª El nuevo Derecho Judicial de extranjería

Manifiestar la necesidad de participar activamente en el desarrollo del nuevo Derecho Judicial de extranjería que viene impuesto por la promulgación de las recientes normativas de extranjería, que en importante medida han venido a suponer un desencuentro con la jurisprudencia anterior de nuestros Tribunales.

En este sentido, se destaca el decisivo papel que debe jugar la Abogacía en la creación de ese nuevo Derecho. A través del planteamiento e interposición de los correspondientes recursos jurisdiccionales, en el ejercicio de la defensa técnica legal, se posibilitarán las decisiones judiciales. Sin el concurso de la Abogacía no pueden existir procesos ni, por consiguiente, jurisprudencia.

Parece necesario urgir la reflexión acerca de la nueva praxis que debe surgir como consecuencia de la actual regulación de la jurisdicción contencioso-administrativa, y más concretamente en el campo de las medidas cautelares positivas.

4.ª Adecuación de las estructuras colegiales y formación

Se constata la necesidad de adecuar las estructuras colegiales a las necesidades impuestas por el incremento del fenómeno migratorio en nuestro país.

Consideran que la formación-especialización de los Abogados, fundamentalmente de aquellos que prestan sus servicios profesionales en los Turnos y Servicios de Oficio de carácter público, es una tarea del Estado. En este sentido, se estima urgente la con-



secución de los correspondientes Convenios de colaboración en materia de formación que corrija el actual estado de ausencia de financiación.

El Encuentro recomienda, de cara al próximo encuentro, incluir dentro de las Ponencias del mismo una de ellas que sirva de marco de discusión acerca de las estructuras organizativas colegiales en esta materia.

5.ª Nacionalidad

Se entiende como positivo el camino de reforma del Código Civil en materia de nacionalidad, pero muestran su preocupación por algunas limitaciones del alcance de la reforma, destacando:

- Se debieran haber ampliado los beneficios de la opción a todos los hijos de españoles, independientemente de que los ascendientes hubieren o no nacido en España.

- Se debió haber contemplado la reducción del plazo de residencia legal a 5 años en los supuestos de Apatriada, en coherencia con el Convenio de Ginebra de 1954.

II. TRATAMIENTO DE LA IRREGULARIDAD

1.ª Irregularidad y delincuencia

Se debe evitar la vinculación entre

irregularidad y delincuencia. La creciente presencia de extranjeros en situación de irregularidad exige la puesta en práctica de soluciones que den cumplimiento al principio «pro integrador» que inspiró la elaboración de la nueva normativa de extranjería, alejándose de una visión policial y represiva del fenómeno migratorio.

2.ª Igualdad en derechos

Hay que evitar los recortes de derechos y libertades de los inmigrantes y avanzar hacia el reconocimiento de la igualdad de derechos y trato. No sólo se debe luchar contra la discriminación, hay que favorecer la igualdad.

3.ª Arraigo

El concepto de arraigo, y el de circunstancias excepcionales, deberán ser completados teniendo en cuenta el anteriormente citado principio «pro integrador», con criterio generoso y flexible que facilite la normalización de los inmigrantes irregulares que decidieron vivir y trabajar en Europa.

4.ª Asistencia Letrada en frontera

El XII Encuentro, como ya hiciera el anterior Encuentro de León, quiere reiterar su felicitación por el trabajo realizado por los turnos y servicios de extranjería de los Colegios de Aboga-



dos con fronteras exteriores que permitieron implantar en el plazo más urgente los Servicios de Asistencia en frontera que han garantizado el ejercicio de la defensa efectiva de los extranjeros.

Motivo de especial atención del Encuentro han sido las actuaciones letradas en frontera, terrestres, marítimas y aeroportuarias. Ante la presencia creciente de inmigrantes en las zonas fronterizas españolas se constatan importantes dificultades y deficiencias materiales y técnicas en las que se desarrolla el trabajo profesional de los letrados que ejercen su trabajo en frontera.

Se aprueba, por ello, la elaboración por la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía de un Informe que contemple la problemática de la asistencia letrada en las fronteras exteriores españolas.

Asimismo, se da por recibido el Informe elaborado por el Ilustre Colegio de Abogados de Las Palmas que se adjuntará al Informe general.

5.ª Polizones

De conformidad con el criterio del Defensor del Pueblo, el XII Encuentro entiende que tan pronto se tenga conocimiento de la existencia de un polizón a bordo de un buque, con independencia de que haya manifestado o no su intención de entrar en España o de solicitar asilo, deberá garantizarse la asistencia letrada, tutelando así su derecho de asistencia jurídica gratuita contemplado en el art. 22 de la LO 4/2000.

6.ª Asilo

Se debe garantizar el Derecho de Asistencia Letrada reconocido en el art. 22 de la Ley Orgánica 8/2000 a todos los extranjeros que pretendan entrar en España a través de cualquier frontera o puesto fronterizo habilitado, independientemente de que deseen o no pedir asilo.

A tal efecto se debe asegurar el inicio, tramitación y conclusión del expediente que pueda llevar a la denegación, de entrada, retorno y/o

devolución con adopción de todas las garantías previstas en la LO 4/2000 y Reglamento de ejecución.

7.ª Apátridas

Se debe proceder a una reforma de la L.O. 4/2000 al objeto de hacer extensivo a los solicitantes de la condición de apátrida el mismo beneficio que se prevé para los solicitantes de asilo.

Se estima que en todo caso debería ofrecerse la oportunidad de instar el reexamen de las solicitudes cuando concurren nuevos datos, documentos o declaraciones que no pudieron aportarse en su momento.

Se considera que la concreta regulación reglamentaria de la revocación del estatuto de apátrida no protege suficientemente las más elementales garantías de seguridad jurídica y de audiencia del interesado.

III. VÍAS DE ACCESO A LA PERMANENCIA LEGAL EN ESPAÑA

1.ª Reagrupación familiar

Reitera que el éxito de cualquier política integradora pasa por una concepción amplia y generosa del derecho a la reagrupación familiar. En este sentido se considera preciso reforzar el reagrupamiento familiar como derecho de todos los miembros de la familia y no como mero instrumento de la política de inmigración conforme al Contenido del Convenio de Roma.

Al supeditarse el derecho a la reagrupación familiar a un tiempo previo de residencia y a otros requisitos la institución familiar de los residentes extranjeros en España no cuenta con el nivel de protección que se otorga a las familias en nuestro Ordenamiento Jurídico. Esta desconsideración trae como consecuencias prácticas administrativas que frustran a diario multitud de reencuentros familiares, lo que desemboca en multiplicidad de conflictos personales, cuando no desencadenan procesos de inadaptación y marginalidad.

Se constata la existencia de informaciones contradictorias en las páginas web de los diferentes consulados españoles (se han examinado en concreto las de los Consulados españoles de Buenos Aires, Caracas, México D.F. y La Habana), que contienen una enumeración de requisitos que excede en algunos casos de forma abierta y flagrante el contenido de la LO 4/2000.

El nuevo Reglamento de Ejecución insiste en la pretensión de penalizar a los cónyuges, en el supuesto de matrimonios extranjeros y mixtos, con la irregularidad durante un año, pues sólo se concederá la exención de visado por matrimonio, es decir la normalidad residencial, una vez transcurra un año de convivencia irregular en España. Tal pretensión contraviene el tenor legal y constitucional, al menos en el caso de matrimonios mixtos celebrados por cónyuge español.

2.ª Menores no acompañados

La protección de estos menores ha de ser igual a asunción efectiva de la tutela por parte de las CCAA correspondientes.

Se han de garantizar por todas las Administraciones públicas, por mandato legal, los siguientes derechos:

- Derecho del menor a ser oído en cualquier procedimiento que le afecte.
- Derecho a una identidad (nombre, apellidos, nacionalidad, etc.)
- Interés del menor por encima de cualquier otro interés legítimo.

La llegada de un menor extranjero no acompañado a territorio nacional ha de tener como respuesta única e inmediata por parte de la Comunidad Autónoma correspondiente la asunción de la tutela por parte de la citada entidad, sin usar, por tanto, distintas varas de medir en función de la nacionalidad de la que el menor manifieste ser originario.

Una vez que la prueba ósea haya determinado la minoría de edad deberá ser puesto inmediatamente a disposición de los servicios de protección de menores, con inmediata declaración de desamparo y comunicación



inmediata a las Subdelegaciones de Gobierno de la correspondiente Solitud de estancia.

3.ª Régimen general laboral, contingente y acuerdos migratorios: El problema de la coexistencia del denominado procedimiento régimen general y contingente

Se considera que la voluntad del Legislador es la de hacer coexistir diferentes procedimientos de regulación de los flujos migratorios, en este sentido se estima oportuno realizar las siguientes precisiones:

1. La posibilidad de realizar ofertas nominativas por parte de las empresas o empleadores debe coexistir con el contingente global, al menos en los siguientes supuestos:

A) Que se trate de ofertas nominativas realizadas a trabajadores extranjeros que se hallen o residan en España (art. 39 LOEx).

B) Que no puedan ser cubiertas a través del contingente anual, bien porque el cupo en la provincia sea

cero, o no se contemple la actividad empresarial (art. 65.10 y 11; art. 70.1.1 RELOEx).

2. Las resoluciones denegatorias basadas en una mera indeterminada y genérica alegación de «situación nacional de empleo» deben ser recurridas por no tener en cuenta los criterios fijados en el art. 70.1.1 RELOEx, es decir la capacitación para el desempeño de la profesión o puesto de trabajo, resultado de la gestión y en su caso el principio de reciprocidad (art. 70.1.1 RELOEx).

De la misma manera deberán impugnarse aquellas resoluciones que no resuelvan motivadamente todas y cada una de las cuestiones planteadas en la solicitud inicial.

3. Otras indicaciones:

A) Teniendo en cuenta que en los supuestos del art. 31.4 LOEx y art. 41.2 RELOEx, residencia temporal por arraigo, la autorización para trabajar está excluida del contingente, se deberá estudiar la posibilidad en cada caso como paso preliminar para el acceso al trabajo sin la consideración

de la situación nacional de empleo [arts. 31.4 LOEx; 41.2 y 71.1.i) RELOEx].

B) En el caso de empleo doméstico, entendemos que el Gobierno debe tener en cuenta las recomendaciones del Defensor del Pueblo y considerar el carácter de puesto de confianza inherente al régimen de interno. En estos supuestos el derecho constitucional a la intimidad familiar del empleador debe ser protegido frente a un eventual criterio de protección del mercado laboral.

C) Asimismo, en aquellos casos en que exista un poder general extendido a favor del trabajador lógicamente debe poderse tramitar la oferta por el procedimiento general nominativo [Art. 71.2.a) RELOEx].

IV. ASPECTOS SANCIONADORES

1.ª Multa y expulsión

El XII Encuentro, pese a considerar que la sanción tipo que instaura el nuevo régimen sancionador de extranjería es la sanción-multa, ha



constatado que la práctica administrativa seguida hasta el momento invierte el criterio legal convirtiendo la expulsión en la sanción tipo y la multa en la excepción alternativa, contraviniendo el espíritu y la letra del texto legislativo.

Entienden que en todo caso se deberá tener en cuenta el principio de proporcionalidad y examinar la justicia o no de la sustitución agravada de la sanción de multa por la expulsión.

2.ª El procedimiento preferente de expulsión

Se considera que el procedimiento de expulsión preferente tan sólo debería aplicarse a los supuestos infractores más graves, garantizando el principio de proporcionalidad. Sin embargo, se constata una práctica administrativa que hace del procedimiento preferente la regla general, pretendiendo dejar al ordinario como procedimiento excepcional.

Se señala la importancia, dada la trascendencia de la elección de uno u otro procedimiento, de la motivación por parte del órgano instructor en la resolución decisiva de la elección del procedimiento.

3.ª La defensa en el procedimiento preferente

En el procedimiento preferente se deberá garantizar en todo caso el derecho de defensa, uno de cuyos elementos esenciales es el derecho a un procedimiento que permita una «defensa eficaz». Por ello, se deberá asegurar, desde el inicio mismo del procedimiento el derecho a la asistencia letrada, así como el derecho de audiencia, de prueba y de tutela judicial efectiva.

4.ª Ejecutividad y suspensión

Cualquier procedimiento debe permitir el efectivo acceso de los extranjeros a los Tribunales de Justicia y la posibilidad de plantear la suspensión de los actos materiales de expulsión hasta la resolución cautelar que puedan adoptar los Tribunales.

Debe conciliarse la tensión entre la pretensión gubernativa de una inme-

diata ejecución y el derecho a la tutela judicial efectiva, que exige el sometimiento de tal decisión a los Tribunales de Justicia.

5.ª Pateras: respuesta administrativa

Se estima que la respuesta administrativa para los supuestos de quienes son localizados penetrando en la península en pateras, no puede ser otra que la medida de devolución del art. 58. Teniendo en cuenta que en estos supuestos la autoridad judicial deberá denegar los internamientos por ausencia de previsión legal en este caso.

6.ª Competencia jurisdiccional

Por otra parte, el XII Encuentro insiste en la necesidad de instar al Gobierno a tratar de dictar una norma que fije con precisión la competencia objetiva de los distintos órganos de la jurisdicción contenciosa-administrativa en esta materia, para acabar con la actual y contradictoria situación en materia de competencia jurisdiccional.

7.ª Medidas limitativas de libertad e internamiento

Las medidas limitativas de libertad de los extranjeros extracomunitarios sometidos a procedimientos sancionadores, de dudosa inconstitucionalidad, deberá aplicarse de forma restrictiva y excepcionalmente, cumpliendo el mandato de la doctrina sentada por el alto Tribunal Constitucional.

En cuanto al momento en que se puedan acordar dichas medidas la Ley limita ese momento al de la propuesta de expulsión, lo que el derecho administrativo define como acto final de la instrucción del expediente, que lo define como tal y propone la sanción de expulsión como elección frente a la sanción tipo de multa.

Sin embargo, el Reglamento pretende situar la posibilidad de detener, solicitar internamiento o acordar cualquier otra medida al momento del inicio del expediente, cuando éste ni siquiera tiene capacidad para definir –siquiera como posibilidad– su finalización en la sanción máxima y más grave de expulsión.

Si concretamos en el internamiento, el mismo no debe presentarse, como hace el art. 102.7, como medida sistemática a adoptar en todos los casos de una determinada infracción, al presentar el resto de las medidas como subsidiarias al mismo, pues la jurisprudencia del Tribunal Constitucional establece precisamente la regulación contraria. Además, resulta clara la ilegalidad de que el Reglamento no recoja, como sí lo hace el RD 155/1996, la expresa imposibilidad de solicitar internamiento para los casos de devolución del art. 58.2.b), como se establece en el mismo artículo en su punto 5 «in fine».

Por último, y dado que el Reglamento manifiesta la voluntad de recoger el conjunto de normas que hoy aparecen dispersas en materia de extranjería, sería necesario que también recogiera en su articulado lo que hoy se regula en la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999, sobre funcionamiento y régimen interno de los centros de internamiento, sobre todo en aquellos aspectos que, por establecer ciertos servicios necesarios para el debido cumplimiento de los derechos fundamentales de los internos no limitados por la medida de internamiento.

Por otra parte, se estima oportuno reflexionar acerca de posibles reformas legislativas que otorguen la competencia en materia de internamientos judiciales a los jueces de lo contencioso-administrativo, en lugar de la que actualmente tienen los jueces de instrucción.

V. ORGANIZACIÓN DEL PRÓXIMO ENCUENTRO

Finalmente acuerdan que el XIII Encuentro a celebrar el próximo año 2003 se organice, en los meses de mayo-junio, en la sede y bajo el patrocinio del Ilustre Colegio de Baleares.

Queda, asimismo, y formalmente aceptada, la candidatura del Ilustre Colegio de Córdoba para la organización del XIV Encuentro Intercolegial. ■