



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

**CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN, SECRETARIO GENERAL
DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL,**

**CERTIFICO: QUE EL PLENO DEL CONSEJO GENERAL
DEL PODER JUDICIAL, EN SU REUNIÓN DEL DÍA DE LA
FECHA, HA APROBADO EL INFORME AL PROYECTO DE
REAL DECRETO POR EL QUE SE APRUEBA EL
REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE
ENERO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS
EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN
SOCIAL, SIENDO DEL SIGUIENTE TENOR LITERAL:**

I.

ANTECEDENTES.

El 8 de noviembre de 2004 ha tenido entrada en este Consejo General del Poder Judicial oficio del Secretario General Técnico del Ministerio de Justicia remitiendo el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, elaborado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, con el objeto de que sea emitido el preceptivo informe.

La Comisión de Estudios e Informes, en sesión de 15 de noviembre de 2004, designó ponente al Excmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez siendo aprobado el informe en reunión de 29 de noviembre de 2004 y elevado al Pleno del Consejo General del Poder Judicial.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

II.

SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

1.- En general.

El informe se solicita por el Ministerio de Justicia, encontrando fundamento legal dicha solicitud en el artículo 108.1.e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que atribuye a este Órgano constitucional la facultad de informar los Anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado y de las Comunidades Autónomas que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el resto del artículo 108.1 de esta Ley, a “normas procesales o que afecten a aspectos jurídico constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales y cualesquiera otras que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales”. A la luz de esta disposición legal, en una correcta interpretación del alcance y sentido de la potestad de informe que en ella se reconoce al Consejo General del Poder Judicial, el parecer que le corresponde emitir al anteproyecto remitido deberá limitarse a las normas sustantivas o procesales que en él se incluyen específicamente, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada.

El Consejo General del Poder Judicial ha venido delimitando el ámbito de su potestad de informe partiendo de la distinción entre un ámbito estricto, que coincide en términos literales con el ámbito material definido en el citado artículo 108.1.e) de la Ley Orgánica del Poder



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Judicial, y un ámbito ampliado que se deriva de la posición del Consejo como órgano constitucional del gobierno del Poder Judicial. Por tanto, dentro del primer ámbito, el informe que debe emitirse habrá de referirse, de manera principal, a las materias previstas en el precepto citado, eludiendo, con carácter general al menos, la formulación de consideraciones relativas al contenido del Proyecto en todas las cuestiones no incluidas en citado artículo 108 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En cuanto al ámbito ampliado, cabe decir que el Consejo General del Poder Judicial debe expresar su parecer también sobre los aspectos del Proyecto que afecten derechos y libertades fundamentales, en razón de la posición prevalente y de eficacia inmediata que gozan por disposición expresa del artículo 53 de la Constitución. En este punto debe partirse especialmente de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente directa de interpretación de los preceptos y principios constitucionales, vinculando a todos los jueces y tribunales. Además de lo anterior, de acuerdo con el principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones, relativas tanto a cuestiones de pura técnica legislativa, o terminológicas, con el ánimo de contribuir tanto a mejorar la corrección de los textos normativos, como a su efectiva aplicabilidad e incidencia sobre los procesos jurisdiccionales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes han de aplicar posteriormente en la práctica las normas correspondientes.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

2.- En relación con el proyecto de Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

Respondiendo el proyecto de Reglamento que se somete a la consideración de este Consejo, por un parte a la necesaria adaptación a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, modificada por las leyes orgánicas 8/2000 y 14/2003, pero también a las normas de la Unión Europea, así como a un mejora sistemática, haciéndolo más accesible para sus destinatarios e incorporando más garantías para los administrados, tal y como se indica en la exposición de motivos y en la memoria justificativa, el presente informe, en consideración a lo anteriormente expuesto, debe limitarse a incidir en los aspectos jurídico constitucionales y procesales así como en los que afecten a la tutela de los mismos ante los jueces y tribunales, sin perjuicio de que se puedan formular algunas consideraciones para una mejora de la técnica legislativa o acerca de la adecuada coordinación con lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000. Por ello se ha considerado oportuno tener en cuenta los anteriores informes de este Consejo General del Poder Judicial, de fecha 26 de julio de 2000, sobre el anteproyecto de ley de reforma de la LO 4/2000; de 20 de junio de 2001, sobre el proyecto de Reglamento de ejecución de la LO 4/2000, y de 26 de febrero de 2003, en relación con el anteproyecto de ley de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, abordando el estudio del texto remitido en lo que se refiere a la motivación de las resoluciones administrativas, la tutela judicial efectiva, relación del régimen de extranjería con las actuaciones judiciales, y el respeto a los principios de la potestad sancionadora, entre ellos el de tipicidad y proporcionalidad.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

III.

ESTRUCTURA DEL TEXTO DEL PROYECTO DE REGLAMENTO.

El proyecto de reglamento remitido por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales consta de una exposición de motivos, un artículo único, tres disposiciones transitorias, una derogatoria y cuatro finales. Se acompaña de una memoria justificativa, una memoria económica y un informe sobre impacto por razón de género. En el artículo único se aprueba el reglamento y se prevé su aplicación supletoria a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y otros Estados parte del Espacio Económico Europeo así como a quienes sea de aplicación la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por Ley 9/1994, de 19 de mayo. Las disposiciones transitorias regulan la validez de permisos, autorizaciones o tarjetas en vigor, las solicitudes presentadas con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento y la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena de los extranjeros empadronados y contratados. La disposición derogatoria deroga el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio y cuantas otras disposiciones, de igual o inferior rango, se opongan a lo dispuesto en el nuevo reglamento. Las disposiciones finales se refieren al desarrollo del Reglamento, aplicación informática para la tramitación de procedimientos, modificación de la Ley reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado y entrada en vigor.

El Reglamento se divide en trece títulos y quince disposiciones adicionales. Los títulos se refieren a: 1. Régimen de entrada y salida del territorio español; 2. Tránsito; 3. La estancia en España; 4. Residencia; 5. Contingente; 6. Trabajadores transfronterizos; 7. Autorización para investigación y estudios; 8. Menores extranjeros; 9. Modificación de las



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

situaciones de los extranjeros en España; 10. Documentación de los extranjeros; 11. Infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador; 12. Retorno, devolución y salidas obligatorias, y 13. Oficinas de Extranjeros y Centros de Migraciones.

Las disposiciones adicionales tratan de la atribución de competencias en materia de informes, resoluciones y sanciones; normativa aplicable a los procedimientos; lugares de presentación de las solicitudes; legitimación y representación; normas comunes para la resolución de visados; procedimiento en materia de visados; exigencia, normativa y convenios en materia sanitaria; plazos de resolución de los procedimientos; silencio administrativo; recursos; tramitación preferente; cobertura de puestos de confianza; cotización por la contingencia de desempleo; acceso de los menores a la enseñanza no obligatoria, y Comisión Laboral Tripartita de Inmigración.

IV.

OBSERVACIONES AL TEXTO DEL PROYECTO.

1.

Motivación de resoluciones administrativas e integración de conceptos indeterminados.

En decidida respuesta a las garantías reconocidas en el artículo 20 de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y en concreto a lo establecido en su párrafo 2, el proyecto de reglamento que se informa reconoce, con carácter general, el deber de motivación de las resoluciones que se dicten en los distintos procedimientos administrativos.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Este Consejo General del Poder Judicial ya indicó en su informe de 26 de julio de 2000 que todas las resoluciones denegatorias debían ser motivadas, en consonancia con lo establecido en los artículos 54 y 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. También recordaba la Recomendación primera dirigida al Ministerio del Interior por el Defensor del Pueblo de 7 de septiembre de 1993: “Que a los extranjeros que por cualquier razón se inadmita, se les informe con precisión y claridad, y por escrito, de los motivos del rechazo y de los recursos que puedan, en su caso, interponer, autoridad ante quien hacerlo y plazo para ello”.

El deber de motivación ha sido ampliamente examinado por la jurisdicción ordinaria, lo que pone en evidencia la relativa frecuencia con que la administración vulnera estas garantías.

Ciertamente el Tribunal Constitucional ha venido considerando en sus Sentencias 175/87, 197/88 y 243/88 que la tutela judicial efectiva sólo se predica de la actuación judicial no pudiendo ser invocado frente a actuaciones de la Administración. No obstante la dificultad de su incardinación en el art. 24 de la Constitución debe sostenerse que la necesidad de motivación de las resoluciones debe regir tanto en vía judicial como administrativa, lo que para este último caso ya se contempla con carácter general en el artículo 54 de la ya citada Ley 30/1992. Las resoluciones administrativas dictadas sin la necesaria motivación son nulas de pleno derecho al amparo de lo previsto en el artículo 62. e) de la misma ley en cuanto se han dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Efectivamente, la motivación es la expresión de las razones de la decisión tomada y de sus fundamentos, facilita al destinatario su impugnación (por lo que contribuye a delimitar su actuación defensiva) y, lo más importante, facilita su control jurisdiccional; una esfera de actuaciones carentes de motivación, aun sucinta y breve, promueve la presencia de zonas de inmunidad de imposible o muy difícil control, contrariando lo establecido en el artículo 106.1 de la Constitución, dejando carente de contenido el control judicial de la Administración. Además, la motivación es otro mecanismo por el que se dificulta la arbitrariedad de los poderes públicos, contribuyendo a su interdicción, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9.3 de la Constitución.

En el proyecto de Reglamento se prevé expresamente el deber de motivar las resoluciones administrativa en preceptos tales como el art. 13.1, relativo a la denegación de entrada; 29.6, sobre la prórroga de estancia; 35.5, en relación con la solicitud de autorización de residencia temporal; 42.4, procedimiento de reagrupación familiar; 51.5 y 53.2, residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, y 57, residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada. No se contempla expresamente este deber de motivación en otros casos de denegación de autorizaciones solicitadas por extranjeros como se puede comprobar examinando los artículos 20, sobre la prohibición de salida; 46, residencia en supuestos excepcionales; 59, residencia temporal y trabajo por cuenta propia; 65, residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios; 69, residencia temporal con excepción de la autorización de trabajo, y 73, residencia permanente.

No obstante, debe tenerse presente que la Disposición adicional segunda del Reglamento, al establecer la normativa aplicable a los



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

procedimientos, prevé la remisión, en todo lo no previsto, a lo dispuesto en la Ley 30/1992, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y en su normativa de desarrollo, por lo que debe entenderse de aplicación el artículo 54 de esta ley en lo que se refiere al deber de motivación.

En cuanto a los visados, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional considera que no tienen naturaleza de acto autorizante propiamente dicho, sino de actos de constatación soberana de que no hay inconveniente para que el extranjero interesado entre en España, de forma que ante una solicitud de visado el extranjero más que gozar de un derecho para su otorgamiento se encuentra en una situación de mero interés, y a su vez, concedido el visado, de tal otorgamiento no se deduce un derecho a entrar en España (S. de 21 de septiembre de 1990). En parecido sentido la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de abril de 1992, confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1993, excluye la concesión del visado como acto político o de soberanía, siendo un mero acto discrecional, no provocando esa situación de mero interés la falta de legitimación para impugnar su denegación. No obstante, hay quien afirma el carácter político del visado (como se deduce del art. 27.3 de la Ley Orgánica y su remisión a la disposición adicional undécima de la Ley 30/1992), aún reconduciendo, como hace la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ese acto político, a la categoría de especie dentro del género más amplio de los actos discrecionales; una especie que queda caracterizada por el grado máximo de facultades de opción que otorga (esto es, un caso de discrecionalidad de grado máximo). El visado es a la vez un acto internacional de Estado, derivado de la personalidad jurídica de este en la comunidad internacional, y un acto administrativo sometido al Derecho Administrativo.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

En relación con los visados, hay que tener en cuenta que si bien existen constantes referencias a los mismos en el articulado, como ocurre en los artículos 6 (exigencia de visado), 23 (visado en tránsito), 28 (visado de estancia), 35 (residencia temporal), 44 (reagrupación familiar), 51 y 57 (residencia temporal y trabajo por cuenta ajena), 59 (residencia temporal y trabajo por cuenta propia), 69 (residencia temporal con excepción a la autorización de trabajo), 81, 82 y 83, (visados para la búsqueda de empleo), y 87 (visado de estudios), las normas aplicables al procedimiento para su concesión son las previstas en la Disposición adicional segunda que remite al artículo 27 de la LO 4/2000, de 11 de enero, en la normativa de la Unión Europea y en las demás disposiciones que se dicten en cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por España, aplicándose supletoriamente la Ley 30/1992.

Regula con detalle la Disposición adicional sexta el procedimiento en materia de visados, de forma que en su número 2 contempla el sistema de notificaciones, citaciones y requerimientos, y en su número 5 la motivación de la resolución denegatoria del visado al concretar que se debe garantizar la información sobre el contenido de la misma, las normas que en derecho la fundamenten, el recurso que contra ella proceda, el órgano ante el que hubiera de presentarse y el plazo para interponerlo. Expresamente el número 6 de la misma disposición adicional obliga a motivar la denegación de los visados de residencia para reagrupación familiar o de residencia y trabajo por cuenta ajena.

En consecuencia, se valora positivamente que el reglamento cumpla con lo previsto en el artículo 20 de la LO 4/2000 y en la doctrina



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

del Tribunal Constitucional aunque tal vez fuera conveniente, para una mayor claridad, el que se recordara expresamente en todos los preceptos relativos a la denegación de autorizaciones la necesidad de motivación de las mismas, ya que, al contrario de lo que ocurre con los visados, para los que, como hemos visto, sí existe una norma clara y precisa sobre el deber de motivación, puede ser insuficiente la remisión genérica que en la Disposición adicional segunda se hace a la Ley 30/1992.

La regulación del procedimiento de comunicación de las citaciones, requerimientos y notificaciones en materia de visados, que se contiene en el número 2 de la Disposición adicional sexta, se estima suficiente siempre que se tengan en cuenta las especiales características del lugar en el que se van practicar los actos de comunicación, lo que supone la necesaria huída de todo formalismo de manera que se garantice por la Oficina Consular la correcta recepción del acto comunicado por el destinatario. Se valora positivamente, por lo que supone el implicar de forma efectiva al interesado en la consecución de lo por él querido, el que se obligue a señalar un domicilio a tales efectos en el que, de forma subsidiaria, se deberán efectuar las comunicaciones cuando las realizadas por teléfono fueren desatendidas, pero debe insistirse en que es necesario que quede constancia de que la comunicación se ha realizado, teniendo en cuenta para ello la abundante doctrina de nuestro Tribunal Constitucional y de los Tribunales ordinarios existente al respecto, pues no cabe duda de que la publicación de anuncios en la Oficina Consular debe ser un último remedio.

La LO 4/2000, en su artículo 25.4, contempla la entrada en España de extranjeros cuando existan razones excepcionales de índole



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España. En cuanto al primero de los supuestos debe tenerse en cuenta que se trata de un concepto jurídico indeterminado para el que resulta aplicable la doctrina que al respecto ha sustentado el Tribunal Supremo en relación a las circunstancias excepcionales que debían concurrir a los efectos de la exención de visado. Así, la concurrencia de razones o circunstancias excepcionales debe ser contemplada en relación con los supuestos de hecho concretamente contemplados en el asunto (STS 20 de abril de 1999), y para la apreciación de tales circunstancias no bastan motivos ordinarios, sino que se exige imperativamente lo fuera de lo común (STS 13 de junio de 2000).

En atención al principio de seguridad jurídica, se hace necesario insistir en la necesidad de motivar las resoluciones en materia de autorizaciones y visados, ya que sólo a través de la motivación es posible proceder a fijar las causas de una denegación basada en la inexistencia de “razones humanitarias” o concretar el concepto de “situación nacional de empleo” a los que se refieren los artículos 45.4 y 50. a) del Reglamento, teniendo presente para ello que siempre deberá ponerse en relación con los criterios que se determinan en los citados preceptos. La Ley Orgánica 4/2000 señala en su art. 3 un criterio interpretativo favorable al ejercicio de los derechos que reconoce la propia Ley a los extranjeros en condiciones de igualdad con los españoles, y entre tales derechos está el de trabajo (art. 10), pero, después, en el art. 38.1 establece que para la concesión inicial del permiso de trabajo, en el caso de trabajadores por cuenta ajena, se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo, y no es preciso ser muy avisado para caer en la cuenta de lo que una cláusula como ésta permite, y así lo demuestra la redacción del art. 70 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de dicha



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Ley Orgánica, reformada por el Ley 8/2000, para comprobar lo que puede dar de sí un precepto legal como el comentado, que permite la redacción de una norma reglamentaria que deja prácticamente a la discrecionalidad de la Administración la concesión o denegación de los permisos de trabajo por cuenta ajena. Por ello, se valora favorablemente la redacción que se da al nuevo artículo 50, pero siempre con la advertencia de que al menos, y conforme a lo dicho, se motiven suficientemente las razones de la resolución denegatoria.

2.

Aspectos relacionados con la efectividad de la tutela judicial.

La utilización de los recursos legalmente establecidos forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, siendo doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que esta posibilidad está supeditada a la utilización de aquellos recursos que la ley establezca en cada caso, siendo un tema de legalidad ordinaria la determinación de los recursos procedentes en cada caso y las normas de admisión a trámite de un recurso concreto, con tal de que éstas no sean desproporcionadas o se constituyan como un impedimento u obstáculo irrazonable.

Entre los derechos de cualquier persona, con independencia de su condición de ciudadano de un Estado, se encuentra el fundamental de obtener la tutela judicial, que, si bien, como declaró el Tribunal Constitucional en su Sentencia 99/1985, de 30 de septiembre, es un derecho de prestación sólo ejercitable por los cauces que el legislador establece, no puede ser obstaculizado, al ser preciso respetar siempre su contenido esencial (art. 53.1 de la Constitución española), por lo que la ley no puede crear impedimentos o limitaciones al derecho a la tutela



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

judicial de los extranjeros, de modo que su acceso a ella se ha de regir por idénticas normas que para los nacionales.

De aquí que el art. 20 de la Ley 4/2000, de 11 de enero, reformada por Ley 8/2000, de 22 de diciembre, reconozca que los extranjeros tienen derecho a la tutela judicial efectiva, pero, aunque dicha Ley no contuviese preceptos como los incluidos en sus arts. 20, 21 y 22, las normas aplicables a los extranjeros, para acceder a los Juzgados y Tribunales o en la tramitación y resolución de los procesos y sus incidentes, son las mismas que para los nacionales, pues las garantías jurisdiccionales para ellos han de ser las establecidas en el ordenamiento jurídico para cualquier ciudadano.

Ahora bien, aunque las garantías jurisdiccionales son idénticas, la efectividad de ellas depende de la manera como se interpreten y apliquen por los jueces y tribunales tanto las reglas procesales como las normas sustantivas, dada la frágil e inestable situación de los inmigrantes, cuya expulsión del territorio puede convertir aquéllas en una pura quimera, por lo que las medidas cautelares en el proceso adquieren, para quienes han impugnado la denegación de un asilo, de un permiso de residencia y de trabajo o la dispensa de un visado, una trascendencia singular porque la efectividad del derecho reclamado está directamente relacionada con su estancia en el país al que decidieron emigrar.

El Reglamento que se informa regula el régimen de recursos en la Disposición adicional décima, indicando que, en general, ponen fin a la vía administrativa, pudiendo interponerse contra los mismos los recursos administrativos o jurisdiccionales legalmente previstos, exceptuándose las resoluciones sobre solicitudes de prórroga de autorización de



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

residencia, renovación y modificación de autorización de trabajo, y devolución, denegación de entrada, y retorno, las cuales no agotan la vía administrativa.

Especial mención merecen los artículos 28.6, 120 y 156.6. El primero de ellos al referirse a la forma de notificación de las resoluciones denegatorias por incumplimiento de alguno de los requisitos de entrada, que prevé que se lleve a efecto mediante la fórmula de aplicación común adoptada por la normativa de desarrollo de los acuerdos internacionales de supresión de controles de fronteras en los que España sea parte. El artículo 120, en su párrafo cuarto, regula la interposición de recursos contra las resoluciones sancionadoras, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, a través de las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes, quienes los remitirá al organismo competente, precepto que no es sino una trascripción literal del artículo 65.2 de la Ley Orgánica. En el mismo sentido, el artículo 156.6 del Reglamento regula la interposición de los recursos en caso de resolución denegatoria del retorno.

En cuanto a la ejecutividad de actos sancionadores, el artículo 132.3 prevé que la excepción de la aplicación del régimen general de ejecutividad de los actos administrativos, en el caso de resolución que ponga fin al procedimiento de expulsión con carácter preferente, establecida en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 4/2000, no excluirá el derecho de recurso por los legitimados para hacerlo, sin perjuicio de la inmediatez de la expulsión y de la improcedencia de declarar administrativamente efecto suspensivo alguno en contra de la misma. Este precepto coincide íntegramente con el artículo 112.6 del Reglamento en vigor que fue analizado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de marzo de 2003 declarándolo constitucional y



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

plenamente conforme con el artículo 63.4 de la LO 4/2000 en la redacción dada por la LO 8/2000. Así, el Alto Tribunal afirma: *“El artículo 63.4 de la Ley Orgánica 4/2000 en la redacción que le da la Ley Orgánica 8/2000 establece que “la ejecución de la orden de expulsión en estos supuestos se efectuará de forma inmediata”. Tal expresión no cabe identificarla con la del artículo 94 de la Ley 30/92 en que se dispone que “los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo serán inmediatamente ejecutivos, salvo lo previsto en los artículos 111 y 138, y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario...”, ya que una cosa es que los actos sean ejecutivos y otra muy distinta que su ejecución deba efectuarse de forma inmediata. Lo primero implica que la fuerza obligatoria del acto administrativo es inmediata (art. 94 de la Ley 30/92) y que la Administración tiene la posibilidad de hacer efectiva esa obligatoriedad, incluso venciendo la oposición del particular (art. 95 de la Ley 30/92), en tanto que lo segundo supone que los órganos administrativos a quienes corresponde la ejecución deben llevarla a cabo de forma inmediata por imperativo legal, y esta obligación resulta incompatible con la suspensión de la ejecución. El precepto reglamentario que nos ocupa, en consecuencia, no puede ser estimado inconstitucional a la luz de la sentencia 115/87 y ha de estimarse conforme al mandato contenido en el artículo 63.4 de la Ley Orgánica 4/2000 en la redacción que le da la Ley Orgánica 8/2000, razones por las que su impugnación debe ser desestimada.”*

El artículo 141.6, que regula la resolución del procedimiento de expulsión, sus efectos y ejecución, dentro de la sección dedicada a las normas procedimentales para la imposición de la expulsión, prevé la ejecución inmediata de las resoluciones de expulsión del territorio nacional que se dicten en los procedimientos de tramitación preferente



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de acuerdo con las normas específicas previstas en el presente reglamento y en la LO 4/2000, por lo que este artículo debe ponerse en relación con el 132.3, anteriormente citado.

3.

Relación del régimen de extranjería con las actuaciones judiciales.

La frecuente referencia tanto de la Ley Orgánica 4/2000 como del Reglamento a los extranjeros relacionados, de una forma o de otra, con actuaciones judiciales obliga a este Consejo General del Poder Judicial a destacar la necesaria intervención de los jueces y tribunales en los mismos ya que sólo a ellos corresponde el ejercicio del Poder Judicial y están en condiciones de determinar, conforme a lo dispuesto en la legislación aplicable en cada caso, el grado de vinculación del extranjero con la particular actuación judicial llevada a cabo, por lo que la decisión de la medida a adoptar corresponde únicamente a ellos o, al menos debe contarse con su aprobación.

Así, cuando el artículo 10 c) del Reglamento se refiere a la prohibición de entrada de extranjeros reclamados en causas criminales, derivadas de delitos comunes graves, por las autoridades judiciales o policiales de otros países, debe, una vez más advertirse que se hace necesaria la motivación de la resolución, pues sólo así será posible que, por vía de recurso contencioso-administrativo, un juez o tribunal nacional determine si esa circunstancia es suficiente para entender que los hechos por los que figura reclamado constituyen delito en España, como exige el precepto, debiendo hacerse especial mención de la posibilidad



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

de que se proceda a la detención del extranjero, en cuyo caso la intervención del juez de instrucción competente es evidente.

En cuanto a las salidas del territorio nacional, debe tenerse presente que siempre será necesario contar con la autorización judicial, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 en el que se regulan los requisitos para la salida, como en el artículo 20, relativo a las prohibiciones de salida, no debiendo olvidar que la norma de referencia obligada es el artículo 57.7 de la Ley Orgánica 4/2000, y que debe respetarse el interés preferente de la investigación penal.

Dada la redacción del artículo 45.5, en relación con lo dispuesto en el artículo 46.6 a), parece darse a entender que en el caso de que una persona colabore con las autoridades judiciales corresponderá a las autoridades administrativas competentes el conceder una autorización de residencia temporal por supuestos excepcionales, cuando el interés preferente de la administración de justicia exige que sea la propia autoridad judicial la que deba tener la última palabra a la hora de acordar la concesión de la residencia, por lo que debería establecerse expresamente que una vez instada la concesión de la autorización por la autoridad judicial, la misma debe concederse siempre. No es de recibo que tenga que ser la autoridad judicial o fiscal quién deba informar a la Secretaría de Estado de Seguridad de las razones que sustentan la solicitud y ésta quien decida, y menos aún que, al amparo de lo previsto en la letra c) del precepto, tal potestad pueda delegarse, de modo que un Subdelegado del Gobierno pueda corregir la actividad judicial.

Análogas consideraciones deben hacerse al comentar el artículo 117, en especial su apartado 3. relativo a la colaboración del extranjero



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

contra redes organizadas, pues se otorga a la autoridad gubernativa la capacidad de valorar la inejecución de la expulsión de quien aparezca como víctima, perjudicado o testigo, con el evidente riesgo de que razones ajenas a la buena marcha de la investigación criminal o al desarrollo futuro del procedimiento, hagan desaparecer tan importante medio de prueba.

Se valora positivamente la previsión del artículo 46 para la concesión de residencia temporal por motivos excepcionales cuando la solicitud ha sido presentada por una víctima de violencia doméstica, así como el hecho de que la autoridad judicial pueda acordar, con las debidas garantías para su conservación, que los bienes objeto de decomiso puedan ser utilizados provisionalmente por las unidades de extranjería en la lucha contra la inmigración ilegal tal y como prevé el artículo 118.4, aunque, no obstante sería conveniente que una disposición de este tipo no estuviera regulada en un reglamento sino en una norma con rango de ley, y más en concreto en el Código Penal, como norma común a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros en términos análogos a los del artículo 374, relativo al tráfico ilegal de drogas.

También un juicio positivo merece el artículo 142, antiguo artículo 100, declarado conforme a la Ley Orgánica por la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003, y mejorado al ser el juez quien, oído el Ministerio fiscal, el interesado y partes personadas, autorizará la expulsión del procesado o inculcado, salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

4.

Procedimiento sancionador.

Como ya tuvo ocasión de decir este Consejo al informar el proyecto del anterior Reglamento, se pretende también ahora la mayor unidad posible en los procedimientos administrativos más aun cuando por la naturaleza sancionadora de los mismos involucren la afectación de derechos individuales y fundamentales de los mismos. Por ello, correctamente, el artículo 112 determina la normativa aplicable, incidiendo en que no se impondrá sanción alguna sino en virtud de procedimiento establecido al efecto, con remisión a la Ley 30/1992, a la Ley 42/1997, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, al RD legislativo 5/2000 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, al RD 928/1998 por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y, supletoriamente, al Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por RD 1398/1993, de 4 de agosto.

Del mismo modo ya se informó en su momento, y ahora debe mantenerse lo dicho, en especial ante las mejoras técnicas llevadas a cabo que: *"En otro orden de cuestiones la articulación de distintas modalidades de procedimientos administrativos sancionadores – ordinario, preferente, procedimiento para la imposición de sanción de multa y simplificado-, precedido de normas generales (a las que ya nos hemos referido con anterioridad) sobre competencia para la iniciación del procedimiento sancionador, instructor y Secretario, resolución, caducidad, prescripción y ejecución, parece ajustarse a la situación de hecho a resolver a través de cada uno de ellos, observándose en la*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

articulación de cada uno de ellos la acomodación a las garantías jurídicas exigibles al procedimiento administrativo sancionador”.

La previsión de internamiento del extranjero en un Centro de Internamiento de Extranjeros, previa autorización judicial, o, en su defecto, la adopción de alguna de las medidas cautelares viene a desarrollar reglamentariamente lo previsto en el art. 61 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000. Especial importancia tiene el que sea el juez de instrucción quien disponga el ingreso del extranjero expedientado en un Centro de Internamiento, previa solicitud motivada del instructor, pudiendo el juez determinar el plazo máximo de internamiento, que no excederá de cuarenta días (art. 131 y 132), así como que también sea necesario contar con la decisión judicial para el ingreso del extranjero en un centro cuando no pudiera llevarse a efecto la ejecución inmediata de la medida de expulsión (art. 141.7), y para el internamiento en casos de retorno y devolución el extranjero (arts. 156.3 y 157.3), si bien en estos tres últimos supuestos no estamos ante el ejercicio de potestades sancionadoras sino de ejecución forzosa para cuya efectividad, y con pleno respeto de las garantías legalmente previstas, se hace necesaria la intervención de la autoridad judicial.

Ya el informe de 20 de junio de 2001, al anterior Reglamento advertía que *“En relación con la previsión contenida en los arts. 130.2 y 132 del Reglamento, desarrollo de lo dispuesto en el art. 62 de la L.O. 4/2000, modificada por la L.O. 8/2000, el Reglamento que regule el régimen interno de los Centros deberá prever un conjunto de medidas coercitivas que pudieran adoptarse para quienes vulneren las normas de convivencia, cuya imposición deberá ser controlada por las autoridades*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

judiciales en orden al control de la proporcionalidad entre la importancia de la infracción y la medida impuesta.”

Pues bien, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003 procedió a anular los apartados 2 y 6 del artículo 130 argumentando que:” *El artículo impugnado se refiere a cuestiones que atañen directamente al estatuto jurídico de los extranjeros que hayan sido ingresados en centros de internamiento al amparo de lo dispuesto en los artículos 60 y 62 de la Ley Orgánica 4/2000 en la redacción que le da la Ley Orgánica 8/2000 y por tanto dicho estatuto jurídico, en cuanto afecte y limite el ejercicio de diversos aspectos esenciales del derecho a la libertad de los extranjeros, más allá del derecho ambulatorio a que se refiere el artículo 60.2 de la Ley 8/2000 , tal es el caso de imponer una limitación cuantitativa mediante la expresión "periódicamente" a la posibilidad de comunicación con familiares o representantes diplomáticos del país de origen, o el establecer la posibilidad imponer medidas correctivas a los "internos" que no respetan las normas de convivencia sin especificar cuales sean unas y otras, ni estas vengan establecida en la Ley-, ha de ser regulado por Ley debido a la exigencia constitucional. Así lo entendió ya el legislador en relación a una situación de privación de libertad que el Tribunal Constitucional ha considerado asimilable a lo que ahora nos ocupa en cuanto a garantías exigibles, cual es la detención preventiva, supuesto en el que el estatuto jurídico de los afectados por la medida ha sido regulado por Ley Orgánica 1/79. En efecto en esta Ley Orgánica se regula cuestiones tales como la obligación de cumplir las normas de régimen interior, asistencia sanitaria, régimen disciplinario, comunicaciones de los internos, asistencia religiosa, etc. cuestiones a las que se refiere la norma reglamentaria que ahora se impugna. En consecuencia el precepto debe ser anulado por insuficiencia de rango en todo aquello*



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

que suponga limitación de derechos al margen del artículo 60 de la Ley 8/2000 que en su número 2, en su último inciso, dispone que "los extranjeros internados estarán privados únicamente del derecho ambulatorio". Por tanto los apartados 2 y 6 del precepto que nos ocupa no pueden ofrecer duda en cuanto a la procedencia de su anulación, si bien es obligado resaltar que el apartado 6 debe ser anulado en cuanto establece un criterio de periodicidad en las comunicaciones, periodicidad que implica limitación a un derecho que esta Sala afirma resulta incuestionable y no susceptible de limitación por vía reglamentaria como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 60.2 de la Ley 8/2000 antes transcrito".

En consecuencia, se valora positivamente el que ahora se regule correctamente el régimen interno de los Centros de Internamiento en los artículos 153, 154 y 155 así como el que expresamente se excluya del internamiento a los menores que deben ser puestos a disposición de los servicios competentes de Protección de Menores, salvo que el juez de menores autorice el internamiento, previo informe favorable del Ministerio Fiscal y sus padres o tutores se encuentren ingresados en el mismo centro, manifiesten su deseo de permanecer juntos y existan módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar.

Lo cierto, es que el internamiento para menores como medida privativa de libertad no encaja adecuadamente en nuestro ordenamiento jurídico que regula el mismo tras la comisión de un delito o como medida de protección, en cuyo caso y si se quisiera limitar el derecho deambulatorio del menor, a salvo el previsto para casos de delitos de la LORPM, debería contar con la autorización del Juez de 1ª Instancia competente en materia de derecho de Familia; por ello la regulación legal, debería tener en cuenta el interés del menor y la autorización para



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

estar en centros en compañía de sus padres internos debería concederse como medida de protección por el Juez civil y no por el de Menores de competencias sancionadoras. En ningún caso, el internamiento privativo de libertad del menor debe responder a una medida cautelar previa a su expulsión.

Si bien no es materia susceptible de regulación ex novo en vía reglamentaria, sí parece oportuno llamar la atención sobre la conveniencia de que en la Ley Orgánica reguladora de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social se objetiven los criterios que Juez ha de tener en consideración a la hora de autorizar el internamiento en centros de internamiento.

5.

Otras cuestiones.

De acuerdo con el principio de colaboración entre órganos constitucionales al que se ha hecho referencia en el apartado II. 1 de este informe, debe llamarse la atención sobre algunos otros aspectos del proyecto de Reglamento.

En los artículos 2, 28.3 y 42.2 d) se alude a “Orden de la Ministra de la Presidencia”, cuando lo correcto sería “del Ministro de la Presidencia”.

El artículo 58 del Reglamento exige para la concesión de la residencia temporal en el caso de actividades profesionales independientes, además de la colegiación, un periodo de ejercicio profesional de dos años consecutivos anteriores a la llegada a España o



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

dos años en España si la actividad la ejerció por cuenta ajena, cuando el artículo 36 de la LO 4/2000 tan sólo exige la colegiación, sin ningún otro requisito adicional.

La Disposición derogatoria única menciona la reforma de la Ley Orgánica 4/2000 llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2000, pero omite toda referencia a la LO 14/2003.

No se entiende muy bien el que en el artículo 68 h) al referirse a las excepciones a la autorización de trabajo de ministros religiosos o representantes de las diferentes iglesias o confesiones se aluda expresamente a los imanes, como es sabido, encargados de presidir la oración canónica musulmana, guía, jefe o modelo espiritual o religioso de la comunidad musulmana, y por lo tanto ministro religioso y representante de una confesión y esto por dos razones. La primera, desde la lógica del proyecto informado, por cuanto si es un ministro o representante religioso no hay razones para darle ese trato específico y en segundo lugar y de no ser así, por cuanto deberían valorarse los concretos perfiles de los imanes, el contenido de su función, la forma de llegar a tal condición y la permanencia en esa tarea, para determinar si procede esa asimilación sobre todo a la vista de las importantes consecuencias que conlleva darles ese estatuto privilegiado. El Consejo General del Poder Judicial, considera oportuno llamar la atención, en esta línea, sobre la temporalidad indeterminada de esta nominación, y la posibilidad de que recaiga en cualquier persona de religión musulmana, incluso con independencia de su lugar de residencia. Otorgarles, sin más requisitos, la autorización de residencia en España, excluyéndoles del régimen general de previa obtención de otras autorizaciones puede resultar extraño.



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

Se considera que en el Reglamento debería abordarse otras cuestiones como:

- En lo que se refiere a las autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales, se debería definir el concepto de “residencia continuada”, pues la ausencia de tal definición determina que muchas personas se vean impedidas de salir del país en situaciones urgentes y graves a fin de no interrumpir esa residencia continuada, debido a que no están previstas excepciones en atención a tales situaciones.

- En cuanto a los vínculos familiares, debería extenderse el grado de parentesco al menos hasta el segundo grado, ya que en la práctica el único vínculo familiar para el arraigo son los hermanos, permaneciendo los padres en su país de origen, lo que permitiría regularizar por parentesco a estas personas.

- El informe sobre inserción social actualmente lo tramitan las Juntas Municipales, en muchos casos con grandes demoras, por ello debería bastar con otros medios acreditativos de la inserción social.

- Por lo que respecta a los requisitos para el permiso temporal de residencia y trabajo por cuenta ajena, concretamente a la necesidad de certificación del INEM sobre la situación nacional de empleo, puede darse la circunstancia de que en algunas actividades se certifique la situación de cobertura total siendo irreal. Parece aconsejable que el Reglamento permita que el empleador acredite la dificultad de contratación de nacionales, por cualquier medio de prueba admitido en derecho.

- La Disposición adicional cuarta establece en el punto nº 1 que se deben presentar personalmente las solicitudes iniciales relativas a las autorizaciones de residencia y de trabajo. En aquellos procedimientos en los que el sujeto legitimado fuese un empleador, las solicitudes



CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

iniciales podrán ser presentadas por éste o por quien válidamente ostente la representación legal empresarial.

Esto plantea importantes problemas para empresas grandes, por lo que debería admitirse la representación empresarial por medio de poder notarial o por cualquier otro medio de prueba admitido en derecho.

- La misma Disposición, en el punto 5, manifiesta que en las solicitudes de modificación o renovación de las autorizaciones de residencia y trabajo se podrán presentar personalmente, sin perjuicio de la existencia de fórmulas de representación voluntaria a través de actos jurídicos u otorgamientos específicos. No obstante no están definidas las fórmulas de representación voluntarias, por lo que deberían definirse.

Y para que conste, extiendo y firmo la presente en Madrid, a uno de diciembre de dos mil cuatro.