

ESPAÑA

**ANÁLISIS Y RECOMENDACIONES
AL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA
DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN
DE EXTRANJERÍA**

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO
ESPAÑOL DE RESPETAR, PROTEGER Y REALIZAR
LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS
INMIGRANTES EN ESPAÑA

**AMNISTÍA
INTERNACIONAL**



ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	3
2. INICIATIVA DE LA REFORMA. LA TENDENCIA DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA A LA RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS INMIGRANTES	6
2.1. Las modificaciones de la normativa española en materia de extranjería.	6
2.2. El origen y evolución de las competencias de la Unión Europea en materia de inmigración	8
3. LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS DE RESPETAR, PROTEGER Y REALIZAR LOS DERECHOS HUMANOS. PRINCIPIOS INTERNACIONALES A OBSERVAR EN LA LABOR LEGISLATIVA	12
4. PREOCUPACIONES Y RECOMENDACIONES AL PROYECTO DE LEY DESDE UNA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	15
4.1. Luces y sombras respecto a los derechos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales	15
4.1.1. Limitaciones en el derecho a la educación	16
4.1.2. Dificultades de acceso al derecho a la salud	17
4.1.3. Obstáculos en el acceso al derecho a la vivienda	18
4.1.4. Limitaciones a la reagrupación familiar	20
4.1.5. Obstáculos para pedir asilo	20
4.2. El acceso al debido proceso y el régimen sancionador	22
4.2.1. El derecho a la asistencia letrada	22
4.2.2. El endurecimiento del régimen de sanciones	24
4.3. Las condiciones de la detención	25
4.3.1. El aumento del plazo de internamiento	25
4.3.2. La suspensión del plazo de internamiento	27
4.3.3. Las condiciones del internamiento	27
4.4. El principio de no devolución y la política de expulsiones	29
4.4.1. Excepciones a la prohibición de entrada	30
4.4.2. El uso excesivo de la fuerza en la ejecución de las expulsiones	31
4.4.3. La ausencia de documentación	31
4.5. Menores extranjeros no acompañados (MENA)	32
4.5.1. Los menores solicitantes de asilo	33
4.5.2. Los acuerdos con terceros países para la repatriación de menores no acompañados	34
4.5.3. La concesión del permiso de residencia	35
4.6. Las víctimas de violencia de género y trata de seres humanos	36
4.6.1. La protección de las mujeres inmigrantes víctimas de violencia de género	36
4.6.2. La protección de las personas inmigrantes víctimas de trata	37
5. CONCLUSIONES	41
ANEXO I Tabla resumen sobre los aspectos positivos y negativos del Proyecto de Ley	43
ANEXO II Tabla resumen sobre las recomendaciones de Amnistía Internacional	45

ESPAÑA: ANÁLISIS Y RECOMENDACIONES AL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN DE EXTRANJERÍA

LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO ESPAÑOL DE RESPETAR, PROTEGER Y REALIZAR LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS INMIGRANTES EN ESPAÑA

1. INTRODUCCIÓN

El pasado 26 de junio, el Consejo de Ministros aprobó el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Éste fue remitido al Congreso de los Diputados y publicado en su Boletín Oficial del Estado el 1 de julio para el inicio de su tramitación parlamentaria.

La Ley de Extranjería vigente ya ha sido reformada en tres ocasiones en los últimos nueve años¹. Por lo tanto, nos encontramos ante la cuarta iniciativa de reforma que, como expresa la “Exposición de motivos” del presente Proyecto de Ley, responde a la necesidad de incorporar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucionales algunos artículos de la reforma de 2000; a la obligación de transponer las directivas europeas en materia de inmigración, y a la urgencia de adaptar la legislación española a la nueva realidad migratoria en España. En el transcurso de las anteriores iniciativas de reforma, Amnistía Internacional ya mostró su preocupación por el progresivo recorte que, lamentablemente, se ha venido produciendo en los derechos de las personas inmigrantes en España².

Amnistía Internacional reconoce y respeta el derecho de los Estados a controlar sus fronteras y los flujos migratorios, pero recuerda que, en ningún caso, dicha potestad se puede ejercer de forma ilimitada. A los principios internacionales de obligado cumplimiento (*ius*

¹ Estas reformas se han llevado a cabo a través 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; la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros; y la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, 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, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

² Informe de Amnistía Internacional, “España: ¿Somos todos iguales ante la Ley? Preocupaciones y Recomendaciones de Amnistía Internacional al Proyecto de Reforma de la Ley de Extranjería”.

cogens)³, se suman los compromisos internacionales voluntariamente suscritos por el Estado español en materia de derechos humanos. Así, el Gobierno español tiene la obligación y el deber de respetar estos estándares internacionales, de modo que ninguna iniciativa política y/o legislativa interna pueda menoscabarlos. La reforma en curso de la legislación de extranjería debe, por tanto, ser plenamente coherente con lo dispuesto en los tratados internacionales en materia de derechos humanos comprometidos por España⁴. Sin embargo, es motivo de especial preocupación para la organización que la actual reforma de extranjería esté presidida por un enfoque centrado más en la seguridad nacional y el rendimiento económico, que en garantizar el respeto, acceso y protección de los derechos humanos de las personas inmigrantes y/o necesitadas de protección internacional que llegan a España; máxime en un contexto de crisis económica como el actual en el que son frecuentes los incidentes racistas y/o xenófobos, así como de rechazo hacia las personas inmigrantes.

La consideración de los derechos humanos como patrimonio inalienable de todas las personas, por el hecho de su nacimiento, sitúa a este catálogo de normas internacionales por encima de cualquier situación jurídica como la “residencia” o la “nacionalidad”. Por ello, las autoridades españolas están obligadas a garantizar que las reformas legislativas responden al deber del Estado, internacionalmente asumido, de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos de las personas inmigrantes y refugiadas.

En este sentido, Amnistía Internacional da la bienvenida a algunas de las disposiciones del Proyecto de Ley como el reconocimiento, en cumplimiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007⁵, de los derechos de reunión, manifestación, asociación, sindicación y huelga para los inmigrantes irregulares; la incorporación de algunas garantías para las personas víctimas de trata de seres humanos como el “periodo de reflexión”; el reconocimiento explícito del derecho del menor no acompañado (MENA) a ser oído en el procedimiento de repatriación; así como lo positivo del reconocimiento expreso, por primera vez en la legislación de extranjería, del principio de no devolución (*non refoulement*). Sin embargo, la organización lamenta que esta nueva reforma no elimine obstáculos hasta ahora existentes y/o añada otros, para garantizar la protección de los derechos humanos de los inmigrantes en situación irregular en España. En este sentido, cabe destacar las limitaciones en el acceso al derecho a la educación y la salud, así como al permiso de residencia para mujeres en situación irregular que son víctimas de violencia de género o víctimas de trata. Asimismo, son motivo de especial preocupación para la organización la falta de garantías en las disposiciones sobre la devolución de menores y en la firma de acuerdos de devolución con terceros países; el aumento del plazo del internamiento; el aumento del catálogo de infracciones y sanciones, o las trabas al derecho de acceso a la justicia.

³ Entre los principios internacionales de obligado cumplimiento por parte de los Estados, cabe mencionar el principio de no discriminación, el principio de no devolución (*non refoulement*) o el principio de prohibición absoluta de la tortura.

⁴ Entre estos compromisos internacionales cabe destacar: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

⁵ 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.

A través de este informe, Amnistía Internacional ha elaborado un análisis sobre el presente Proyecto de Ley atendiendo al grado de adecuación de esta iniciativa de reforma a las normas internacionales de derechos humanos comprometidas por el Estado español. El informe está construido en base a tres apartados. El primero de ellos, ofrece un panorama general sobre la tendencia de las políticas de extranjería en el ámbito español, incidiendo también en el importante impacto de las políticas de control migratorio desarrolladas en los últimos años en el marco de la Unión Europea. El segundo, llama la atención sobre el deber de todo Estado y, en particular, del Estado español de observar una serie de principios de derechos internacional de obligado cumplimiento a la hora de afrontar la labor legislativa, en general, y en materia de inmigración, en particular. Y, finalmente, el último apartado ofrece un análisis pormenorizado de las disposiciones del Proyecto de Ley desde una perspectiva del derecho internacional de derechos humanos comprometido por el Estado español. En este último apartado, Amnistía Internacional presenta una serie de recomendaciones a considerar por quienes legislan, a fin de que la futura ley sea plenamente coherente con los estándares de derecho internacional.

Por otro lado, hay que recordar que el Gobierno aprobó, el 12 de diciembre de 2008, el Plan de Derechos Humanos; una iniciativa a la que Amnistía Internacional ha dado la bienvenida y confía en que se traduzca, en la práctica, en una protección transversal y efectiva de los derechos humanos de todas las personas en territorio español.

Así, a tenor de la presente reforma legislativa, la organización quiere recordar que la política migratoria española tiene que ser coherente y plenamente respetuosa con los derechos humanos de las personas inmigrantes, independientemente de su situación de regularidad o irregularidad administrativa. Como Amnistía Internacional ha venido reiterando en el curso de los sucesivos intentos de reforma en materia de extranjería, que “no tener papeles no significa no tener derechos”. Es esencial que quienes legislan en España garanticen la elaboración de una futura ley de extranjería que atienda al impacto de ésta sobre las personas inmigrantes desde un enfoque de respeto y protección de los derechos humanos.

2. INICIATIVA DE LA REFORMA. LA TENDENCIA DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA A LA RESTRICCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS INMIGRANTES

2.1. LAS MODIFICACIONES DE LA NORMATIVA ESPAÑOLA EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

Como ya se ha señalado en la “Introducción”, el Proyecto de Ley examinado es la cuarta reforma de la legislación de extranjería española desde la promulgación de la Ley Orgánica 4/2000⁶. Ésta última, fruto del consenso entre las fuerzas políticas mayoritarias en el Parlamento, se vio modificada a los pocos meses de su entrada en vigor, dando lugar a la promulgación de la Ley Orgánica 8/2000 que afectó a numerosos artículos. En líneas generales, puede decirse que esta nueva reforma supuso un retroceso en el reconocimiento de los derechos de la población inmigrante, fundamentalmente de aquellas personas en situación irregular. Por ejemplo, la Ley Orgánica 8/2000 reconoció el derecho de asociación, reunión, sindicación y huelga sólo a las personas inmigrantes documentadas. Así, esta reforma motivó la presentación de varios recursos de inconstitucionalidad, entre los que destaca el presentado por el Parlamento Navarro. Éste fue resuelto por la Sentencia 236/2007 del Tribunal Constitucional que declaró la inconstitucionalidad de parte del articulado de la Ley.

Una nueva vuelta de tuerca en lo que a la limitación de derechos se refiere, tuvo lugar con la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, “de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración de los extranjeros”. Como deja traslucir su propio título, esta reforma partía de una clara vinculación entre inmigración y delincuencia. Y, apenas dos meses más tarde, la Ley Orgánica 14/2003⁷, de 20 de noviembre, venía a plantear una nueva reforma en la normativa de extranjería.

Además de las continuas iniciativas de reforma mediante ley orgánica, también los reglamentos para el desarrollo de la ley han sido objeto de constantes modificaciones. El primer lugar, la Ley se desarrolló conforme a lo establecido en el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 4/2000. Este Reglamento fue objeto de recurso ante el Tribunal Supremo que dejó sin efecto algunos de sus artículos⁸. En la

⁶ Con anterioridad a la Ley Orgánica 4/2000, esta materia se venía rigiendo por la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, Sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.

⁷ Ley Orgánica 14/2003 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, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo del 2003, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por la que se anulan diversos preceptos del Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

actualidad, la ley vigente se ha desarrollado a través del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre. En el momento de su elaboración, Amnistía Internacional manifestó su preocupación por venir a constatar una vez más la tendencia a restringir los derechos de los inmigrantes y no aprovecharse para mejorar las garantías de acceso a sus derechos humanos⁹.

Amnistía Internacional ha venido manifestando a lo largo de estos últimos años su preocupación por la ausencia de políticas migratorias respetuosas con los derechos humanos de las personas inmigrantes. La cuestión migratoria se viene abordando más desde un enfoque de seguridad y de rentabilidad económica que de respeto y protección de los derechos humanos. Además, que todas estas reformas hayan tenido lugar en tan corto espacio de tiempo, evidencia que las iniciativas de reforma quedan motivadas más por las circunstancias socioeconómicas imperantes en cada momento, que por un conocimiento riguroso del impacto real de la normativa existente.

La organización quiere también poner de relieve que las políticas de seguridad desarrolladas en los últimos años en el seno de la Unión Europea –especialmente desde los atentados del 11-S– han tenido un impacto importante en el recorte de los derechos de las personas inmigrantes; lo cual también ha contribuido a prestar cada vez menos atención a las razones por las que las personas se ven obligadas a abandonar sus lugares de residencia. Y si bien es cierto que los Estados miembros están obligados a transponer las directivas de la Unión Europea, no lo es menos que, en algunos casos, los Estados se sirven de esta obligación para justificar un recorte en los derechos de las personas inmigrantes en sus leyes internas. Buena prueba de ello es que el Proyecto de Ley objeto aquí de estudio, amplía el plazo para el internamiento de los inmigrantes en situación irregular amparándose en la Directiva 2008/115¹⁰, conocida como Directiva de Retorno. Amnistía Internacional quiere recordar que, por regla general, las directivas europeas recogen unos “mínimos” a respetar por todos los Estados miembros, permitiendo en todo caso la aplicación de normas más favorables a las contenidas en la directiva. Esta tendencia se observa también en lo relativo a la regulación del derecho de asilo. Así, el Proyecto de Ley Reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria aprobado por el Congreso de los Diputados en pleno el pasado 25 de junio y y en el momento de cierre del presente documento en el Senado, supone un retroceso en el reconocimiento de los derechos de los refugiados apelando, en muchas ocasiones, a los imperativos de las directivas europeas.

Amnistía Internacional muestra especial preocupación por el hecho de que en España, al igual que en el resto de países de la Unión Europea, los derechos humanos de las personas refugiadas e inmigrantes sean, muchas veces, sacrificados en nombre del control migratorio y la seguridad. La organización ha venido denunciando que, en la práctica, las salvaguardas que el propio ordenamiento jurídico español dispone se ven reducidas con frecuencia a actuaciones que esconden una realidad de indefensión, con consecuencias especialmente serias sobre las personas necesitadas de protección internacional¹¹.

Por otro lado, España cuenta, desde diciembre de 2008, con un Plan de Derechos Humanos que no puede convertirse en papel mojado. Por ello, Amnistía Internacional pide al Gobierno y al Parlamento que se trabaje coherentemente con el Plan de Derechos Humanos y sus compromisos

⁹ Véase: “España: oportunidades perdidas y mejoras insuficientes en materia de derechos humanos. Recomendaciones de Amnistía Internacional a la reforma del Reglamento de Extranjería”, diciembre de 2004.

¹⁰ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Relativa a las Normas y Procedimientos en los Estados miembros para el Retorno de los Nacionales de Terceros Países en Situación Irregular. DOUE, 24 de diciembre de 2008.

¹¹ Para más información, véase el informe: “España: Agenda de Derechos Humanos para la legislatura 2008-2012”.

queden reflejados en la futura ley de extranjería. De este modo, como se verá en el apartado 4 del presente documento, será necesario abordar contradicciones como, por ejemplo, el reconocimiento en el Plan del acceso a las ayudas a la vivienda sin discriminación alguna y su reconocimiento en el Proyecto de Ley sólo a los residentes de larga duración.

2.2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LAS COMPETENCIAS DE LA UNIÓN EUROPEA EN MATERIA DE INMIGRACIÓN

Según la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, una de las razones que ha motivado la reforma de la legislación de extranjería es la necesidad de transponer algunas de las directivas europeas¹².

La asunción de competencias en materia de extranjería por parte de la Unión Europea arranca en 1993 con el Tratado de Maastricht, en el que se preveía que la inmigración formaba parte del llamado tercer pilar junto a los asuntos de justicia e interior. Esto supuso el establecimiento de una cooperación intergubernamental y que los acuerdos en esta materia se adoptasen por unanimidad en el seno del Consejo. Posteriormente, con el Tratado de Ámsterdam en 1999, la materia pasó a integrar el llamado primer pilar¹³. Se pasa, por lo tanto, de la cooperación intergubernamental a la asunción de competencias plenas en esta materia por parte de la Unión Europea. Esta necesidad de cambio vino en buena medida motivada por la creación

¹² Según la Exposición de Motivos, las directivas europeas a transponer mediante la presente reforma son: Directiva 2003/110/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la Asistencia en Casos de Tránsito a Efectos de Repatriación o Alejamiento por Vía Aérea; la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al Estatuto de los Nacionales de Terceros Países Residentes de Larga Duración; la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la Expedición de un Permiso de Residencia a Nacionales de Terceros Países que sean Víctimas de la Trata de Seres Humanos o hayan sido Objeto de una Acción de Ayuda a la Inmigración Ilegal que Cooperen con las Autoridades Competentes; la Directiva 2004/82/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la Obligación de los Transportistas de Comunicar los Datos de las Personas Transportadas; la Directiva 2004/114/CE del Consejo, 13 de diciembre de 2004, relativa a los Requisitos de Admisión de los Nacionales de Terceros Países a Efectos de Estudios, Intercambio de Alumnos, Prácticas No Remuneradas o Servicios de Voluntariado; la Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un Procedimiento Específico de Admisión de los Nacionales de Terceros Países a Efectos de Investigación Científica; la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a Normas y Procedimientos Comunes de los Estados Miembros para el Retorno de los Nacionales de Terceros Países en Situación Irregular.

¹³ “En un plazo de cinco años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el Consejo adoptará medidas destinadas a garantizar la libre circulación de personas de conformidad con el artículo 14, conjuntamente con las medidas de acompañamiento directamente vinculadas con aquélla y relativas a los controles en las fronteras exteriores, el asilo y la inmigración (...)”, artículo 61a).

del espacio Schengen¹⁴ que preveía, entre otras cosas, la creación de un espacio interior sin fronteras¹⁵.

Según el artículo 63 del Tratado de Ámsterdam, el Consejo debía adoptar, en un plazo de cinco años a partir de su entrada en vigor, medidas sobre política de inmigración en los siguientes ámbitos: condiciones de entrada y residencia; expediciones de visados y permisos, e inmigración y residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales. Por su parte, el apartado 4 del mismo artículo establecía que en el mismo periodo de cinco años, a partir de la fecha de entrada en vigor del Tratado, deberían adoptarse medidas orientadas a “definir los derechos y las condiciones con arreglo a los cuales los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro puedan residir en otros Estados miembros”. Asimismo, establece que “las medidas adoptadas por el Consejo en virtud de los puntos 3 y 4 no impedirán a cualquier Estado miembro mantener o introducir en los ámbitos de que se trate disposiciones nacionales que sean compatibles con el presente Tratado y con los acuerdos internacionales”. De acuerdo con lo establecido en este último apartado, el Tratado deja un importante margen de actuación a los Estados miembros en lo referente al ámbito migratorio.

Será posteriormente, en 1999 y en el Consejo de Ministros celebrado los días 15 y 16 de octubre en Tampere, donde quede establecida la política común en materia de inmigración y de asilo. Los ejes de esta política común son: la colaboración con los países de origen¹⁶, el sistema europeo común de asilo, el trato justo de los nacionales de terceros países¹⁷ y la gestión de los

¹⁴ El Acuerdo Schengen, firmado el 14 de junio de 1985 entre Alemania, Bélgica, Francia, Luxemburgo y los Países Bajos, establece un territorio sin fronteras, el denominado “espacio Schengen”. El 19 de junio de 1990, los cinco Estados partes del Acuerdo firmaron el Convenio de Schengen, en el que se definen las condiciones y garantías de aplicación de la libre circulación. Dicho Convenio modifica las leyes nacionales y está sujeto a ratificación parlamentaria. A la lista de países se han ido sumando Italia (1990), España y Portugal (1991), Grecia (1992), Austria (1995), Suecia, Finlandia y Dinamarca (1996).

¹⁵ El Espacio Schengen implica: a) la supresión de los controles en las fronteras comunes y la realización de estos controles en las fronteras exteriores; b) la definición común de las condiciones de paso a través de las fronteras exteriores y el establecimiento de normas uniformes de control de estas personas en dichas fronteras; c) la separación en las terminales de los aeropuertos y puertos entre los viajeros que circulan en el ámbito de Schengen y los procedentes del exterior de la zona; d) la armonización de las condiciones de entrada y de visados para las estancias cortas; e) la coordinación entre administraciones para supervisar las fronteras (funcionarios de conexión, armonización de las instrucciones y de la formación impartida al personal); f) la determinación de la responsabilidad de los transportistas en la lucha contra la inmigración irregular; g) la obligación de declarar a todo nacional de un tercer país que circule de un país a otro; h) la definición de normas relativas a la responsabilidad del examen de las solicitudes de asilo, recogidas en el Convenio de Dublín; i) el establecimiento del derecho de observación y persecución transfronteriza para los agentes de policía de los Estados miembros del espacio Schengen; j) el refuerzo de la cooperación judicial a través de un sistema de extradición más rápido; k) la creación del Sistema de Información Schengen.

¹⁶ Para ello se fijan como objetivos: la lucha contra la pobreza; la mejora de las condiciones de vida y las posibilidades de trabajo; la prevención de los conflictos; la consolidación de los estados democráticos, así como garantizar el respeto de los derechos humanos, en particular, los derechos de las minorías, las mujeres y los niños y niñas; y la colaboración con terceros países interesados, con objeto de fomentar el codesarrollo.

¹⁷ El estatuto jurídico de los nacionales de terceros países debería aproximarse al de los nacionales de los Estados miembros. A una persona que haya residido legalmente en un Estado miembro durante un periodo de tiempo por determinar y que cuente con un permiso de residencia de larga duración, se le debería conceder en ese Estado miembro un conjunto de derechos de carácter uniforme lo más cercano posible al de los ciudadanos y ciudadanas de la Unión, que contenga, por ejemplo, el derecho a residir, recibir educación y trabajar por cuenta ajena o propia, sin olvidar el principio de no discriminación respecto de los ciudadanos y ciudadanas del Estado de residencia.

flujos migratorios¹⁸. Y será en el 2004 cuando se dé un paso más con los acuerdos de la Haya¹⁹ que fija como prioridades, entre otras: avanzar en el reconocimiento de los derechos fundamentales y de la ciudadanía; establecer un enfoque equilibrado de la inmigración; elaborar una gestión integrada de las fronteras exteriores de la Unión Europea; establecer un procedimiento común en materia de asilo; y maximizar las repercusiones positivas de la inmigración.

En el momento actual, y dado que el Programa de la Haya finaliza en diciembre de 2009, la Unión Europea se encuentra inmersa en la aprobación del llamado Programa de Estocolmo que estará en vigor del 2010-2014. Este programa contempla, entre otras medidas: la mejora de las herramientas para combatir la inmigración irregular; la adopción de un sistema de asilo común que permita el reparto de la carga, así como la solidaridad entre los Estados; la mejora en los sistemas de base de datos, así como la mejora de los sistemas de información que permita su intercambio entre las fuerzas policiales de los Estados miembros; la mejora en la calidad de los sistemas judiciales; asegurar que las políticas migratorias sean acordes a las necesidades del mercado laboral y que, al mismo tiempo, permitan la integración de los inmigrantes; y seguir abordando el tema de la inmigración ilegal.

Amnistía Internacional pide que el Programa de Estocolmo prevea mecanismos de seguimiento que permitan conocer el impacto de las políticas exteriores de desarrollo en los derechos humanos de los inmigrantes y los solicitantes de asilo, así como el impacto de los controles fronterizos sobre aquellas personas que buscan protección en el seno de la Unión Europea. Asimismo, la organización espera que el nuevo marco establecido por el Programa de Estocolmo sirva para desvincular las asociaciones entre inmigración y delincuencia y, con ello, se garantice que no se adoptan medidas de carácter penal contra los inmigrantes por la única razón de encontrarse en situación irregular²⁰.

A lo largo de estos años, son muchas las directivas que se han adoptado en el seno de la Unión Europea y que han de ser traspuestas a los ordenamientos internos de los Estados miembros. De este modo, la necesidad de visados, los derechos de los residentes de larga duración, la reagrupación familiar, la comunicación de datos sobre las personas que acceden a territorio comunitario por parte de las compañías transportistas, etc. son algunas de las materias que han sido reguladas con el propósito último de ir creando una política de inmigración común en el conjunto de los 27 Estados miembros. Esto no ha supuesto, sin embargo, que dicha política sea igual en todos los Estados. Es fácil advertir que en aquellos puntos más polémicos como el internamiento de las personas que carecen de documentación o el reconocimiento de derechos a las personas inmigrantes, siguen existiendo grandes diferencias entre unos Estados y otros.

¹⁸ El Consejo Europeo destaca la necesidad de que se gestionen de forma más eficaz los flujos migratorios en todas sus etapas. Pide que se desarrollen, en estrecha cooperación con países de origen y de tránsito, campañas de información sobre las posibilidades reales de inmigración legal, y que se impida toda forma de trata de seres humanos. Deberá seguir desarrollándose una activa política común en materia de visados y documentos falsos, incluidas una cooperación más estrecha entre los consulados de la UE en terceros países y, cuando sea necesario, la creación de oficinas de expedición del visado común de la UE.

¹⁹ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005, «Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia» [COM (2005) 184 final – Diario Oficial C 236 de 24.9.2005].

²⁰ Puede consultarse el documento “From Word to action on human Rights. Amnesty International’s recommendations for the Swedish Presidency of the UE”, (2009).

La última norma adoptada ha sido la “Directiva de Retorno” que, si bien presenta aspectos positivos como el reconocimiento del principio de no devolución, ha venido a consagrar, entre otros aspectos, el uso de la detención por un periodo máximo de hasta 18 meses por sanciones de tipo administrativo²¹. Por otro lado, en el ámbito de la Unión Europea la inmigración se contempla siempre como un problema. En los últimos años hemos asistido a la creación de una serie de obstáculos como la política de visados, la necesidad de que las compañías transportistas notifiquen todos los datos de aquellas personas que llegan a territorio de la Unión Europea, el establecimiento de registros donde consten las entradas y salidas de ciudadanos y ciudadanas de terceros países, la creación de la Agencia FRONTEX que, constituyen, por enumerar sólo algunos, trabas a la posibilidad de que personas de terceros países se asienten en el territorio de la Unión. Este propósito se ha visto incrementado en los últimos años amparándose en el deseo de seguridad que liga inmigración con delincuencia²².

Amnistía Internacional ha venido mostrando su preocupación por el hecho de que estas políticas de seguridad estén impidiendo que las personas que huyen de violaciones de derechos humanos puedan llegar a territorio europeo y solicitar asilo. Es evidente que, en la actualidad, la preocupación por el tema de la seguridad y una creciente obsesión por parte de los Estados de ligar migración con seguridad ha producido una merma en la protección de los derechos humanos de los inmigrantes. A ello hay que unir el actual contexto de crisis económica que ha llevado a restringir aún más la posibilidad de que los inmigrantes puedan acceder a territorio europeo. Buena prueba de ello es, por ejemplo, la limitación en la reagrupación de los ascendientes que contempla el actual Proyecto de Ley –sólo a partir de 65 años–, la creación de la llamada tarjeta azul, que prevé la posibilidad de autorizar residencia y trabajo sólo para profesionales altamente cualificados, o la restricción en los cupos.

En este contexto de lucha contra el terrorismo, centralidad del principio de seguridad y crisis económica, es donde se va a producir la cuarta modificación de la legislación de extranjería española. Por ello, Amnistía Internacional hace un llamamiento al Estado español para que ahora más que nunca, garantice que la normativa de extranjería no contribuye a situar a la población inmigrante en una situación de mayor vulnerabilidad, dificultando o limitando la protección y ejercicio de sus derechos humanos.

²¹ Si bien en algunos casos, este plazo ha supuesto la limitación en algunos países del tiempo en el que los inmigrantes pueden estar privados de libertad.

²² Esta confusión entre inmigración y políticas de seguridad se ve reflejada en otros ámbitos, y así, tras los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York, el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas adoptó la Resolución 1373 que exhorta a los Estados a:

“f) Adoptar las medidas apropiadas de conformidad con las disposiciones pertinentes de la legislación nacional y el derecho internacional, inclusive las normas internacionales de derechos, antes de conceder estatuto de refugiado, con el propósito de asegurarse de que los solicitantes de asilo no hayan planificado ni facilitado actos de terrorismo, ni participado en su comisión;

g) Velar, de conformidad con el derecho internacional, por que el estatuto de refugiado no sea utilizado de modo ilegítimo por autores, organizadores o patrocinadores de actos de terrorismo, y por que no se reconozca la reivindicación de motivaciones políticas como causa para denegar las solicitudes de extradición de presuntos terroristas”.

3. LAS OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS DE RESPETAR, PROTEGER Y REALIZAR LOS DERECHOS HUMANOS. PRINCIPIOS Y NORMAS INTERNACIONALES A OBSERVAR EN LA LABOR LEGISLATIVA

Según la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos²³, las obligaciones básicas de los Estados en virtud del derecho internacional de los derechos humanos son tres: el deber de proteger, el deber de respetar y el deber de realizar.

Estos deberes estatales conllevan obligaciones de índole material que deben ser desarrolladas y plasmadas en medidas y acciones dentro de la legislación interna. En el caso de las reformas legales, entran principalmente en juego los deberes de proteger y respetar²⁴. Atendiendo al “deber de proteger”, el Estado debe prevenir, investigar, castigar y reparar el daño causado por violaciones o abusos contra los derechos humanos. Ello requiere, por lo tanto, una actitud activa por parte del Estado. En el ámbito de la legislación de extranjería, implicará la obligación de ajustar el derecho interno a las normas y estándares internacionales, promulgando leyes que incorporen dichos estándares.

Los Estados tienen, entre otras obligaciones, la de adoptar las medidas necesarias para crear las condiciones sociales, económicas, políticas y de otra índole, así como las garantías jurídicas requeridas para que toda persona sometida a su jurisdicción, individual o colectivamente, pueda disfrutar en la práctica de todos esos derechos y libertades. Además, adoptarán las medidas legislativas, administrativas y de otra índole necesarias para asegurar que los derechos y libertades quedan efectivamente garantizados.

En cuanto al “deber de respetar”, exige que los Estados no incurran en determinados actos o conductas que interfieran –directa o indirectamente– en el disfrute de los derechos humanos. Por eso, bajo este deber, incumbe a los Estados observar y respetar una serie de principios y normas internacionales siempre que quieran restringir o limitar ciertos derechos y libertades.

Por lo tanto, la presente reforma se presenta como una oportunidad para ajustar el derecho interno a las exigencias del derecho internacional, introduciendo y modificando aquellas disposiciones que impidan u obstaculicen la plena efectividad y aplicación de las normas recogidas en los tratados internacionales de derechos humanos. De este modo, el Proyecto de Ley

²³ Resolución 53/144, de 8 de marzo de 1999, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas.

²⁴ De conformidad con el deber de realizar, el Estado está en la obligación de propiciar –adoptando las medidas que sean necesarias para– el goce y disfrute de los derechos humanos y alcanzar la efectiva realización de los derechos.

a debatir en el Parlamento, debe adecuarse a las normas internacionales, representadas por los tratados internacionales ya enumerados, y debe evitarse toda discriminación por razón de la nacionalidad en el acceso y disfrute de los derechos humanos.

Por otro lado, la legislación internacional recoge una serie de principios de obligado cumplimiento por parte de los Estados (*ius cogens*). Estos principios han de verse reflejados y respetados en aquellos casos en los que se proceda a la limitación de los derechos de los inmigrantes. Por ello, Amnistía Internacional insta a que principios como el de proporcionalidad, subsidiariedad, interés superior del menor, no devolución o prohibición de la tortura, por enumerar algunos, estén presentes en el texto de la futura ley.

Así, por ejemplo, debería modificarse la disposición relativa al “internamiento de inmigrantes irregulares” para que ésta responda claramente a los principios de proporcionalidad y de subsidiariedad. Esto es, privar a una persona de su libertad no es proporcional a la finalidad última que, en este caso concreto, la normativa de extranjería persigue, que no es otra que garantizar la regularidad administrativa de todas las personas en territorio español. Asimismo, por el grave alcance de la privación de libertad, esta medida debería contemplarse en el texto de la ley sólo como subsidiaria; es decir, como último recurso tras probar la insuficiencia de las medidas previamente adoptadas.

No menos importancia tiene la aplicación del principio del interés superior del menor que, como se verá más adelante, debe presidir toda la regulación que la futura ley contenga en lo relativo a menores extranjeros no acompañados (MENA). Además, este principio debe quedar complementado con el principio de no devolución cuando el menor pueda sufrir torturas o malos tratos en caso de ser devuelto a su país de origen.

Por otro lado, Amnistía Internacional quiere mostrar su inquietud por el hecho de que el texto del Proyecto de Ley recurra, en ocasiones²⁵, a la utilización de conceptos jurídicos indeterminados como “orden público”, “seguridad nacional”, “seguridad pública”, “salud pública” o “salud nacional”. Como establecen los llamados Principios de Siracusa²⁶ y Principios de Limburg²⁷, en los casos en los que el Estado establezca limitaciones a los principios recogidos tanto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, estas restricciones deben quedar justificadas por alguna de las siguientes razones:

- se base en uno de los motivos que justifican las limitaciones reconocidas por el artículo pertinente del Pacto;
- responda a una necesidad pública o social apremiante;
- responda a un objetivo legítimo;
- y guarde proporción con ese objetivo.

²⁵ Artículos 5.2, 53.1b) y f), 58.2 y 63.1c).

²⁶ Aprobados por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas. Comisión de Derechos Humanos, 41º periodo de sesiones, 24 de agosto de 1984.

²⁷ Dichos principios fueron establecidos en 1986 y revisados en enero de 1997 por un grupo de personas expertas, reunidas en la ciudad de Maastricht.

Por lo tanto, en aquellos casos en los que se recurre a un recorte de los derechos humanos, el Estado tiene la obligación de demostrar que estas restricciones están amparadas en alguna de las circunstancias mencionadas. Siguiendo los principios internacionales señalados, Amnistía Internacional quiere recordar que los Estados no pueden legislar de forma ilimitada, así como tampoco pueden gozar de discrecionalidad para llenar de contenido conceptos jurídicos indeterminados recogidos en sus leyes. Toda limitación en el acceso a un derecho humano debe ser rigurosamente explicada y justificada de forma transparente por el legislador español.

4. PREOCUPACIONES Y RECOMENDACIONES AL PROYECTO DE LEY DESDE UNA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

4.1. LUCES Y SOMBRAS RESPECTO A LOS DERECHOS POLÍTICOS, CIVILES, ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Numerosos tratados internacionales de derechos humanos consagran que las personas inmigrantes son titulares de todos aquellos derechos inherentes a las personas por el mero hecho de serlo²⁸. Sin embargo, la envergadura que ha adquirido el fenómeno migratorio en los últimos años y los particulares riesgos y desventajas que afectan a los derechos humanos de estas personas, llevaron a la ONU a plantear la necesidad de un tratado internacional específico: la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares*²⁹. Aunque ya ha sido ratificada por más de 40 países, éstos son en su mayoría emisores de emigración³⁰. Lamentablemente, ninguno de los países receptores de inmigración más importantes –entre ellos los europeos y, particularmente, España– han firmado y ratificado dicha Convención.

Aún así, como se ha mencionado previamente, España está obligada por numerosos tratados internacionales a revisar y modificar las leyes, políticas y procedimientos de inmigración a fin de eliminar todo elemento de discriminación y hacerlos compatibles con las obligaciones de los Estados en virtud de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por ese motivo, Amnistía Internacional se alegra de que el Proyecto de Ley incorpore la doctrina constitucional sobre el reconocimiento de los inmigrantes irregulares a su derecho de asociación, reunión, sindicación y huelga. Ya en su informe “España: ¿somos todos iguales ante la ley?” (2003), la organización denunciaba que dicho recorte era contrario a las obligaciones contraídas por España en virtud de los tratados y convenios internacionales, aspecto que corroboró la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 236/2007³¹.

²⁸ En este sentido, cabe destacar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966; el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966; y el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, adoptado el 4 de noviembre de 1959.

²⁹ Aprobada el 18 de diciembre de 1990, entró en vigor el 1 de julio de 2003. Esta convención es considerada como uno de los siete principales tratados de derechos humanos, pues contempla una amplia protección para las personas inmigrantes y los miembros de su familia, con independencia de su situación administrativa. De este modo, tiene como objetivo reforzar la protección efectiva de los trabajadores/as migrantes y sus familiares, y prevé un estándar mínimo de derechos de todas las personas que migran.

³⁰ El último en ratificarla ha sido Ruanda.

³¹ Dicha Sentencia se dictó resolviendo el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Parlamento Navarro contra la Ley Orgánica 8/2000.

Pero, a pesar de este avance, subsisten importantes motivos de preocupación tanto sobre el Proyecto de Ley como sobre la actual legislación de extranjería en relación con el ejercicio de otros derechos igualmente reconocidos y protegidos por los tratados de derechos humanos antes mencionados. Se exponen a continuación las dificultades u obstáculos existentes para poder acceder a derechos tales como la educación, la salud, la vivienda, la vida en familia y el asilo o protección internacional.

4.1.1. Limitaciones en el derecho a la educación

El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC) reconoce el derecho de todas las personas a la educación, que deberá hacerse extensible a todos los que residan en el territorio de un Estado parte, comprendiendo tanto a los nacionales como a los no nacionales y con independencia de su situación administrativa. Asimismo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (en adelante, el Comité DESC), en su Observación General número 13, señala que los Estados deben velar por el derecho de acceso a las instituciones y programas de enseñanza públicos sin discriminación alguna³², tanto en el caso de la educación primaria, secundaria y superior, debiendo ser esta última igualmente accesible a todas las personas, sobre la capacidad de cada una. En este mismo sentido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial estableció en 2004, en su Recomendación General número 30 relativa a los ciudadanos y ciudadanas de terceros países, que los Estados deben eliminar los obstáculos que impidan el disfrute del derecho a la educación, así como garantizar que las instituciones educativas públicas están abiertas a estas personas y a los hijos e hijas de inmigrantes indocumentados que se encuentren en el territorio de un Estado miembro³³.

La actual legislación de extranjería reconoce a todas las personas extranjeras menores de 18 años el derecho a acceder a la educación básica, gratuita y obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. Limita, sin embargo, el acceso a la educación no obligatoria³⁴ y a la enseñanza para la integración social sólo a los extranjeros residentes, excluyendo a los no residentes³⁵. Esta limitación fue considerada por el Tribunal Constitucional (TC) contraria a la Constitución Española en su Sentencia 236/2007.

En consonancia con esta sentencia del TC, el Proyecto de Ley elimina esta limitación al reconocer el derecho a la educación postobligatoria a todos los inmigrantes (entre 16 y 18 años) independientemente de su situación administrativa. Sin embargo, el texto de la reforma no responde a las obligaciones internacionales en materia de educación recogidas en el PIDESC, pues el artículo 9.2 limita el derecho a la educación para los mayores de 18 años, estableciendo de forma expresa que sólo se reconocerá a los "extranjeros residentes". Amnistía Internacional quiere recordar que esta nueva limitación en el disfrute del derecho a la educación no aparece recogida

³² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General número 13, párrafos 57 y 19. Doc. ONU E/C.12/1999/10, de 8 de diciembre de 1999.

³³ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación General 30, párrafos 29 y 30, de 1 de octubre de 2004.

³⁴ En la franja de edad comprendida entre los 16 y 18 años.

³⁵ Véase artículo 9 de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por las leyes orgánicas 8/2000, 11/2003 y 13/2003.

en la Sentencia del TC mencionada³⁶. Es más, el dictamen del Consejo de Estado al presente Proyecto ya se ha pronunciado al respecto, recomendando al Gobierno que “debe suprimirse la exigencia de residencia (esto es, el término “residentes”) de la redacción proyectada para el artículo 9.2 de la LOE”.

4.1.2. Dificultades de acceso al derecho a la salud

Un segundo motivo de preocupación para Amnistía Internacional se refiere a las limitaciones que presenta la redacción del artículo 12 en relación con el derecho a la salud³⁷. Aunque reconoce el derecho a la asistencia sanitaria a todas las personas extranjeras en caso de urgencia (enfermedad grave o accidente), cuando son menores de edad o mujeres embarazadas (durante el embarazo, parto y postparto), el acceso a cualquier otro servicio de salud se reconoce sólo a las personas extranjeras inscritas en el padrón.

El Comité DESC, en su Observación General número 20 sobre la no discriminación, establece que no se debe impedir el acceso a los derechos amparados en el PIDESC por razón de nacionalidad. El Comité subraya que todas las personas deben tener acceso a los DESC, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean³⁸. En el mismo sentido se ha pronunciado el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial que, en su Recomendación General número 30, establece que los Estados deben respetar el derecho de los no ciudadanos y ciudadanas a un adecuado estándar de salud física y mental, absteniéndose de limitar o denegar el acceso a los servicios públicos de salud preventivos, curativos o paliativos³⁹. Por otra parte, es importante recordar que el Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa⁴⁰ subrayó que “sin perjuicio de las políticas de inmigración de cada Estado Parte en la Carta Social, los extranjeros no pueden ser excluidos de determinados derechos inherentes a la dignidad de la persona, como es la asistencia sanitaria”. En este sentido el Comité estableció que “una legislación o una práctica que niegue el derecho a la asistencia médica a los ciudadanos extranjeros, en el territorio de un Estado parte, aun cuando estén en situación irregular, es contraria a la Carta Social Europea Revisada”⁴¹.

³⁶ Así, en su Fundamento Jurídico 8º establece: “la supresión de la residencia para el derecho a la educación no obligatoria no entrañaría, como alega el Abogado del Estado, una discriminación en perjuicio de los extranjeros regulares, puesto que aquellos que carezcan de autorización para residir pueden ser expulsados siguiendo los procedimientos legalmente establecidos, pero mientras se encuentren en territorio español no pueden ser privados de este derecho por el legislador”.

³⁷ Entre otros instrumentos internacionales, el derecho a la salud se recoge en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979) y la Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

³⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General número 20, párrafo 30. E/C.12/GC/20, del 2 de julio de 2009.

³⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación General 30, párrafo 36, de 1 de octubre de 2004.

⁴⁰ La última revisión de la Carta se ha producido el 3 de mayo de 1996, pero España no ha procedido, hasta la fecha, a su ratificación.

⁴¹ Reclamación nº 14/2003, párrafos 30-32. Federación Internacional de Ligas de Derechos Humanos contra Francia, decisión de fondo de 7 de septiembre de 2004. Si bien el Estado español no ha procedido a la ratificación de la Carta Social, en base a la firma realizada en el año 2000, y de acuerdo con el artículo 18 de la Convención de

Frente a estas obligaciones internacionales del Estado español, el artículo 6.3 del Proyecto establece que los ayuntamientos incorporarán al padrón a las personas extranjeras que “residan” en el municipio. En la Exposición de Motivos del texto de reforma se dice claramente que los términos “residencia” o “residente” se referirá siempre a estancia y residencia legal. Lo preocupante para Amnistía Internacional es que de esta disposición se deduce que sólo accederán al padrón los inmigrantes en situación regular y, por lo tanto, sólo éstos podrán optar a la asistencia sanitaria básica⁴². De acuerdo a los estándares internacionales de derechos humanos, todas las personas inmigrantes, independientemente de su situación de regularidad, deben contar con la documentación necesaria para acceder al conjunto básico de derechos; derechos que no están condicionados por su situación administrativa. La Plataforma para la Acción de la Conferencia Mundial de Durban, insta a los Estados a que “adopten todas las medidas posibles para garantizar que todas las personas, sin discriminación, estén inscritas en el registro y tengan acceso a la documentación necesaria que refleje su identidad jurídica y les permita beneficiarse de los procedimientos y recursos legales disponibles y las oportunidades de desarrollo”⁴³.

Además, como Amnistía Internacional ya expresó con motivo de la anterior reforma, la tendencia a dificultar el acceso al padrón de los inmigrantes con condiciones tales como la exigencia para los ciudadanos y ciudadanas no comunitarios del pasaporte en vigor; la caducidad del empadronamiento por el paso del tiempo (dos años)⁴⁴; así como la posibilidad de que la policía pudiera acceder a los datos del padrón⁴⁵. Todos estos son aspectos que, lamentablemente, continuarán en vigor tras la reforma si no se modifican en el actual Proyecto de Ley.

Por todo ello, Amnistía Internacional pide que no se restrinja el empadronamiento a los inmigrantes residentes. Es importante recordar que éste es el único cauce para visualizar a las personas que habitan en un determinado municipio, permitiéndole el acceso a derechos fundamentales como la sanidad, con independencia de su situación administrativa.

4.1.3. Obstáculos en el acceso al derecho a la vivienda

La organización también manifiesta su preocupación por la limitación que el actual proyecto introduce en el derecho a acceder a ayudas en materia de vivienda, ya que lo restringe a los residentes de larga duración⁴⁶ -mientras que la legislación vigente se lo reconoce a todos los residentes-. Esta reforma persigue trasponer la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de

Viena de los Tratados de 1969, los Estados firmantes de un tratado se deben de abstener de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado.

⁴² Conforme a lo establecido en el artículo 12 del Proyecto de Ley, sólo tendrían derecho a la asistencia sanitaria pública los menores (apartado 3), las mujeres embarazadas en lo relativo al embarazo, parto y postparto (apartado 4); y a la asistencia sanitaria de urgencia para casos de enfermedad grave o accidente (apartado 3).

⁴³ Párrafo 37 de la Plataforma de Acción de Durban.

⁴⁴ Sin necesidad de probar que han variado las circunstancias que lo motivaron y sin ser oída la persona registrada. Artículo 16 de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases de Régimen Local. El mismo fue modificado por lo establecido en el artículo tercero de la Ley Orgánica 14/2003.

⁴⁵ Estos datos, anteriormente, no eran públicos y sólo se podía acceder a ellos con autorización judicial.

⁴⁶ “Residente de larga duración” es la expresión por la que se sustituye la actual “residencia permanente”.

noviembre, Relativa al Estatuto de los Nacionales de Terceros Países Residentes de Larga Duración⁴⁷.

Son varias las normas internacionales que reconocen el derecho a no sufrir discriminación en el acceso a la vivienda. Es el caso, por ejemplo, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares⁴⁸. Además, el Comité DESC, en su Observación General número 4, advierte que la dignidad inherente a toda persona exige que se les garantice a todas el derecho a la vivienda. Añade, además, que los Estados “deben crear subsidios de vivienda para las personas que no pueden costearse una vivienda así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda”⁴⁹.

Por su parte, el Relator Especial de la ONU sobre el Derecho a una Vivienda Adecuada, en su informe tras visitar España en 2004, subrayó la discriminación que sufren los trabajadores inmigrantes en Almería, El Ejido y Roquetas de Mar (Andalucía) en el acceso a la vivienda, y destacó las malas condiciones de sus viviendas y el hacinamiento. El Relator recomendó que se adoptasen todas las medidas posibles para “velar por la igualdad de oportunidades en el acceso a la vivienda y para implantar mecanismos eficaces que documenten la discriminación en el acceso a la vivienda, con inclusión de instrumentos estadísticos”⁵⁰. Por otra parte, la Relatora Especial sobre los Derechos de los Migrantes, en su visita a España en 2003, recomendó al Gobierno español “adoptar políticas activas para fomentar el alquiler de vivienda protegido para los inmigrantes de bajos ingresos”⁵¹.

También se ha pronunciado al respecto la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía⁵² que en su informe recoge que dicha limitación puede suponer una vulneración de lo establecido en el artículo 11 del PIDESC.

Por todo ello, la organización pide que se elimine del texto de la ley la referencia a la “larga duración” como una condición para tener acceso a las ayudas a la vivienda. Además, cabe

⁴⁷ Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), de 6 de agosto de 2004.

⁴⁸ Esta última reconoce el derecho a gozar de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado donde se encuentra trabajando en relación al acceso a la vivienda y a los planes sociales de vivienda.

⁴⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General número 4, párrafos 7 y 8b, de 13 de diciembre de 1991.

⁵⁰ Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a una Vivienda Adecuada. Visita a España. Doc. ONU A/HRC/7/16/Add.2, de 7 de febrero de 2008.

⁵¹ Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de los Migrantes. Doc. ONU E/CN.4/2004/76/Add.2, de 14 de enero de 2004.

⁵² “¿Cabe entender que se hable de política de integración restringiendo al mismo tiempo la igualdad en el acceso a ayudas para vivienda sólo a los residentes de larga duración? ¿Es que acaso los residentes iniciales no serán en el futuro de larga duración y no tienen la misma necesidad de vivienda que el resto de mortales? ¿No viola España de este modo el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que señala expresamente que <los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia>?”, Informe de la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía, de 23 de febrero de 2009, página 10.

recordar que el vigente Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (2007-2010) establece expresamente el derecho de las personas inmigrantes a los servicios públicos -entre ellos, la vivienda- en igualdad de condiciones que los españoles⁵³.

4.1.4. Limitaciones a la reagrupación familiar

La legislación internacional, en concreto el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, establece que toda persona tiene derecho al respeto a su vida privada y familiar⁵⁴. Amnistía Internacional da la bienvenida al hecho de que la actual reforma introduzca la posibilidad de reagrupar a la persona con la que el reagrupante mantenga análoga relación de afectividad “siempre que dicha relación esté debidamente acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España”⁵⁵.

De este modo, quienes legislan en España optan por establecer condiciones más favorables⁵⁶ a lo recogido en la Directiva 2003/86/CE del Consejo de Europa, de 22 de septiembre, sobre el Derecho a la Reagrupación Familiar⁵⁷, siguiendo así la jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas. Por lo tanto, valorando de forma positiva esta disposición, Amnistía Internacional pide a las autoridades españolas que, en el desarrollo reglamentario de este artículo, se garantice que dicha relación pueda ser probada con diferentes medios que respondan a la disparidad de realidades sociales y administrativas de los países de origen.

Por otra parte, cabe destacar que diversas organizaciones de defensa de los inmigrantes han denunciado el recorte que el Proyecto de Ley establece en la reagrupación familiar de los ascendientes al reconocer este derecho, por un lado, sólo a los residentes de larga duración y, por otro, sólo a los ascendientes mayores de 65 años. Amnistía Internacional quiere recordar que la legislación vigente permite la reagrupación de ascendientes que dependan económicamente del reagrupante sin límite de edad y sin necesidad de que fueran residentes de larga duración. Por lo tanto, la nueva disposición supondría, lamentablemente, una mayor limitación en el derecho a la reagrupación familiar en comparación con la legislación actual.

4.1.5. Obstáculos para pedir asilo

El artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece el derecho de toda persona a pedir asilo y obtener protección en caso de persecución⁵⁸. Amnistía

⁵³ <http://www.tt.mtas.es/periodico/inmigracion/200702/INM20070216.htm>

⁵⁴ Véase el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁵⁵ Artículo 17.4 del proyecto examinado.

⁵⁶ El artículo 3.5 de la Directiva establece que “la presente Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros de adoptar o conservar disposiciones más favorables”.

⁵⁷ El artículo 4.3 establece que “los Estados miembros podrán, por vía legislativa o reglamentaria, autorizar la entrada y la residencia, de conformidad con la presente Directiva (...) de la pareja no casada nacional de un tercer país que mantenga con el reagrupante una relación estable debidamente probada o del nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja registrada...”, DOUE, de 3 de octubre del 2003.

⁵⁸ Asimismo, el artículo 13.4 de la Constitución Española establece que “la Ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”. Capítulo I, “De los

Internacional viene desde hace tiempo denunciando el impacto que las políticas migratorias está teniendo sobre los solicitantes de asilo y refugiados que llegan a las fronteras europeas. Personas que huyen de graves violaciones de derechos humanos encuentran enormes obstáculos para viajar, poder llegar a Europa (incluida España) y pedir asilo. Entre estos obstáculos también se encuentran los de naturaleza legal y, por lo tanto, cabe recordar al Ejecutivo y al legislador su deber de identificarlos y derribarlos en coherencia con sus obligaciones internacionales. Si bien las multas a las compañías transportistas⁵⁹ ya son motivo de preocupación en la legislación actual, éstas se intensifican en el actual Proyecto de Ley, dificultando todavía más las posibilidades de solicitar asilo. De hecho, los datos aportados por la Oficina de Asilo y Refugio ejemplifican los efectos de esta cadena de obstáculos. En 2008 España recibió el número más bajo de solicitudes de asilo del periodo comprendido desde 2001⁶⁰.

Sin embargo, la legislación internacional de protección de las personas refugiadas reconoce que quienes huyen de violaciones de derechos humanos no pueden ser sancionados por no obtener la documentación requerida para abandonar el país. En ocasiones, huyen de un gobierno opresivo y tienen que marcharse clandestinamente, o la situación es demasiado urgente para seguir la tramitación de la documentación necesaria. En otros casos, el Estado se ha derrumbado a causa de un conflicto armado y es imposible obtener el pasaporte o los certificados necesarios para obtener el visado, etc. Por ello, no es razonable exigir a las personas en busca de protección internacional que dispongan de documentación adecuada. Y sin embargo, en los últimos años se ha incrementado la exigencia de visado a los nacionales de un número creciente de países.

Por ello, ya en la anterior reforma de la Ley de Extranjería, la organización exhortó al Parlamento español a adoptar las medidas oportunas –por ejemplo, un visado por circunstancias excepcionales– para facilitar que las personas que quieran pedir asilo puedan viajar a España y hacerlo⁶¹.

Recomendaciones

Amnistía Internacional insta a los diputados/as a que en el curso de la tramitación parlamentaria garanticen que:

españoles y los extranjeros”. Sin embargo, Amnistía Internacional, en su informe de análisis del Proyecto de Ley de Reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria –remitido ahora al Senado– ha mostrado su preocupación por el hecho de que el objeto de la ley se limite a los nacionales no comunitarios. Como la organización ha transmitido a los grupos parlamentarios, esta limitación es contraria al principio de no discriminación del artículo 3 de la Convención de Ginebra. Véase, informe “Comentarios de Amnistía Internacional al Proyecto de Ley Reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria”, 30 de enero de 2009.

⁵⁹ Además de estas sanciones, cabe también subrayar las dificultades derivadas de las políticas de visados, los controles migratorios en países de origen (oficiales de enlace, etc.) para que muchas personas puedan salir de sus países de origen y solicitar protección internacional.

⁶⁰ En 2008, el número total de solicitantes de asilo fue de 4.516, la cifra más baja de la serie temporal 2001-2008. El número de solicitudes de asilo ha mantenido una tendencia decreciente entre los años 2001-2008, con la excepción del crecimiento producido durante el año 2007. Durante este año, la cifra de 7.662 solicitudes alcanzadas se explica, en parte, por el volumen de solicitudes presentadas por nacionales iraquíes. Sin embargo, la mayoría de estas solicitudes se presentó por vía diplomática, no otorgándose finalmente por esta vía protección internacional en ninguno de los casos. Sólo obtuvieron protección quienes solicitaron asilo en territorio español.

⁶¹ Apartado 6 del artículo 1 del Proyecto de Ley que incluye un artículo 25 bis en la Ley de Extranjería.

- 1.- Todas las personas inmigrantes tienen acceso al padrón y pueden así acceder al derecho a la salud. La organización pide que se modifique el artículo 6.3, de modo que el acceso al derecho a la salud no quede limitado únicamente a los residentes.
- 2.- Todas las personas inmigrantes tienen reconocido el derecho a la educación, sin vinculación alguna a su edad y/o situación administrativa. La organización pide que se dé una nueva redacción al artículo 12.
- 3.- El término “residentes de larga duración” queda suprimido del artículo 13.
- 4.- El Estado español ratifica la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.
- 5.- Se prevé un nuevo visado para los solicitantes de asilo en las disposiciones del Proyecto de Ley.

4.2. EL ACCESO AL DEBIDO PROCESO Y RÉGIMEN SANCIONADOR

4.2.1. El derecho a la asistencia letrada

Amnistía Internacional da la bienvenida a la modificación que el Proyecto de Ley introduce respecto al derecho a la asistencia letrada gratuita a los extranjeros. Este derecho queda garantizado para todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa –de acuerdo con la Sentencia del TC 95/2003, de 22 de mayo–⁶².

Sin embargo, un primer motivo de preocupación para la organización responde al hecho de que el artículo 22 introduzca la necesidad de presentar una segunda solicitud de asistencia letrada gratuita cuando se quiera recurrir ante la jurisdicción contenciosa administrativa una resolución que ponga fin a la vía administrativa. Por lo tanto, la nueva redacción del artículo 22 introduce una condición para los inmigrantes que, sin embargo, no se exige a las ciudadanas y ciudadanos españoles. A éstos se les pide una única solicitud de asistencia jurídica gratuita⁶³. El propio Consejo General del Poder Judicial, en su informe de valoración del Anteproyecto, ha manifestado en relación a este artículo que se trata de: “(...) un tratamiento diferenciado, y más gravoso, que a los nacionales, en el procedimiento de reconocimiento de este derecho en la jurisdicción contencioso-administrativa”⁶⁴.

⁶² Recurso de inconstitucionalidad 1555/96, promovido por el Defensor del Pueblo contra el inciso “que residan legalmente en España” del apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

⁶³ El artículo 7.1 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita establece que “la asistencia jurídica gratuita en el transcurso de una misma instancia se extiende a todos sus 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”.

⁶⁴ Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, página 33.

Asimismo, un segundo motivo de preocupación responde a que la reforma sigue sin recoger expresamente el derecho de los polizones a la asistencia letrada e intérprete. En anteriores informes, Amnistía Internacional ya ha denunciado la situación de muchos polizones que no consiguen tener la asistencia letrada que establecen las legislaciones internacional y española⁶⁵. Ello se debe a que muchas Delegaciones de Gobierno casi nunca permiten que los polizones tengan asistencia letrada e intérprete en la primera entrevista que tienen con la policía en el buque⁶⁶. Amnistía Internacional viene denunciando esta práctica que vulnera el derecho de las personas inmigrantes y de los solicitantes de asilo y que, sin embargo, consagra la Instrucción de 28 de noviembre de 2008 de la Secretaría de Estado de Interior⁶⁷.

Por ello, la organización pide que se incluya en la nueva redacción del artículo 22 una garantía expresa de que los polizones tendrán derecho a asistencia letrada e intérprete en la primera entrevista con la policía, para evitar así las interpretaciones que efectúan algunas Delegaciones de Gobierno que dificultan el ejercicio efectivo de estos derechos.

En tercer lugar, Amnistía Internacional manifiesta su preocupación por las dificultades de acceso a la asistencia letrada y el derecho al recurso que encuentran muchas personas a las que se les deniega alguno de los tipos de visados que permiten la llegada a España cuando lo solicitan en las embajadas españolas en su país de origen. Por ello, insta a las autoridades a que faciliten información adecuada a través de folletos o por los propios funcionarios consulares, sobre la posibilidad de recurrir esas decisiones ante los tribunales españoles y sobre su acceso a la justicia gratuita⁶⁸.

Recomendaciones

Amnistía Internacional insta a los diputados/as a que en el curso de la tramitación parlamentaria garanticen que:

- 1.- Queda suprimida del artículo 22.3 la doble petición de justicia gratuita, eliminando así las desigualdades en el acceso a este derecho entre los nacionales y extranjeros.
- 2.- Queda introducido en el artículo 22.3 un apartado relativo a la asistencia letrada e intérprete de los polizones desde la primera entrevista.
- 3.- Queda recogida expresamente en el artículo 22.3 la obligación de los consulados españoles de facilitar información sobre la posibilidad de recurrir las denegaciones en materia de visados en aquellos casos en los que el ciudadano extranjero se encuentra en su país de origen.

⁶⁵ Ver por ejemplo, "España: oportunidades perdidas y mejoras insuficientes en materia de derechos humanos. Recomendaciones de Amnistía Internacional a la reforma del Reglamento de Extranjería, 2004".

⁶⁶ Realizan una interpretación restrictiva de la legislación de extranjería que reconoce la asistencia letrada en los procedimientos que llevan aparejados la denegación de entrada, pues consideran que el polizón no realiza necesariamente esa solicitud o petición de entrada.

⁶⁷ Sobre aspectos procedimentales ligados al posible ejercicio del derecho de asilo por polizones extranjeros.

⁶⁸ A este respecto, véase el artículo 9 del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 Tendente a Facilitar el Acceso Internacional a la Justicia.

4.2.2. El endurecimiento del régimen de sanciones

Como ha venido ocurriendo en anteriores iniciativas de reforma, el actual Proyecto de Ley endurece el régimen de infracciones y sanciones con la intención de contribuir a la lucha contra la inmigración irregular⁶⁹. De este modo, se aumentan, respecto a la ley actual, las multas a las compañías transportistas (aéreas, marítimas y terrestres) por transportar a personas sin la documentación de viaje adecuada, pasando de un mínimo de 500.000 a 750.000 euros “a tanto alzado con independencia del número de viajeros transportados”. Sin embargo, la Directiva 2004/82/CE establece este mínimo en 5.000 euros⁷⁰. Asimismo, como resultado de la transposición de dicha Directiva, se endurece el control sobre los datos de los pasajeros, quedando las compañías obligadas a notificarlos a los Estados.

Amnistía Internacional muestra una vez más su preocupación por el hecho de que la actual reforma no retire las multas a las compañías transportistas cuando se trata de personas solicitantes de asilo. Aunque se establece que no se impondrá la multa cuando la solicitud sea admitida a trámite, para la organización dicha excepción no es suficiente e impone una carga excesiva a las compañías que, antes del viaje, no pueden saber si la solicitud será o no admitida a trámite. Ello no sólo puede dar lugar a criterios arbitrarios de selección de los pasajeros y pasajeras sino, sobre todo, introduce obstáculos que impiden viajar a personas que huyen de violaciones de derechos humanos y protección internacional. Además, frente a las decisiones de las compañías, los solicitantes no disponen de los recursos legales, reconocidos por la legislación internacional y nacional, para recurrir tales decisiones; pues no disponen de acceso a abogado, intérprete, ni a organizaciones especializadas en la materia que puedan apoyarles.

Amnistía Internacional quiere recordar que la legislación internacional de refugiados establece que no se debe penalizar a quienes huyen de persecución por haber entrado en un país sin la documentación adecuada⁷¹. En la medida en que las compañías se ven obligadas, para evitar las multas, a no dejarles subir a bordo por no llevar la documentación de viaje, se está impidiendo el acceso a la protección internacional a la que tienen derecho estas personas.

Por otra parte, la organización manifiesta su preocupación en lo relativo a la sanción por el empadronamiento de personas que no viven de forma efectiva en la vivienda al efecto (artículo 53.2d). Por su parte, el Dictamen del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes sobre el Anteproyecto de esta reforma, ya subrayó que se debería suprimir dicha sanción dejando sin efecto lo establecido en el artículo 53.2d).

⁶⁹ Se modifican los artículos 53 y 54 en lo relativo a las infracciones, el artículo 55 relativo a sanciones, el artículo 63 relativo al procedimiento, además de la introducción de un nuevo artículo 63bis.

⁷⁰ La Directiva 2004/82/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la Obligación de los Transportistas de Comunicar los Datos de las Personas Transportadas establece en su artículo 4.1a) que “su importe máximo no sea inferior a 5.000 euros”.

⁷¹ Véase, por ejemplo, el Manual de Procedimientos y Actuaciones para Determinar la Condición de Refugiados del ACNUR, septiembre 1988, apartado 196.

Recomendaciones

Amnistía Internacional insta a los diputados/as a que en el curso de la tramitación parlamentaria garanticen que:

1.- Quedan suprimidas las infracción y sanciones a las compañías transportistas previstas en los artículos 54.2 y 55.1c), para los casos en que la persona transportada haya solicitado asilo, sin que se incluya el requisito de la admisión a trámite.

4.3. LAS CONDICIONES DE LA DETENCIÓN

4.3.1. El aumento del plazo de internamiento

En junio de 2008, la Unión Europea aprobó la Directiva de retorno que, entre otros, establece 18 meses como plazo máximo para la detención de personas inmigrantes en situación irregular. Esta Directiva ha sido objeto de numerosas críticas por parte de Naciones Unidas, ONGs, académicos y numerosos gobiernos latinoamericanos⁷²; fundamentalmente, por fijar un periodo de internamiento máximo tan prolongado en el tiempo cuando, en definitiva, estas personas no han cometido ningún delito. De hecho, a tenor de la transposición de esta Directiva, el presente Proyecto de Ley eleva el plazo de internamiento de los 40 días contemplados actualmente, a 60 días –quedando incluso abierta la posibilidad de que este periodo se amplíe a 14 días más (artículo 62)–.

Amnistía Internacional recuerda que la finalidad de garantizar la regularidad administrativa de todas las personas en territorio español no es proporcional a la privación de libertad como medio para la persecución de este fin. Además, de acuerdo con la legislación internacional de derechos humanos, toda persona tiene derecho a la libertad y a no sufrir detención y/o prisión arbitrarias⁷³. Esto significa que toda detención de una persona inmigrante sólo será ajustada a Derecho cuando las autoridades puedan demostrar, caso a caso, que la detención es una medida necesaria y proporcional al objetivo que se persigue, que las alternativas no son eficaces, y que existe un riesgo objetivo de que la persona no sea encontrada. Además, a esto se suma la obligación de reconocer el derecho de dicha persona a recurrir la decisión de internamiento y a estar detenido por el menor tiempo posible.

Asimismo, y tal y como ha quedado reflejado en el punto tercero del presente informe, en virtud de los “Principios de Siracusa”⁷⁴, cualquier limitación al ejercicio de los derechos humanos

⁷² Diez expertos en derechos humanos de Naciones Unidas enviaron una carta a la presidencia del Consejo de la Unión Europea, entonces ejercida por Francia, en la que manifestaban su preocupación por las disposiciones recogidas en esta Directiva (<http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=27414&Cr=Asylum&Cr1>). Para conocer la opinión de Amnistía Internacional al respecto, véase “Comentarios de Amnistía Internacional a la Directiva 2008/115/CE”, junio de 2009.

⁷³ Véase: el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; los artículos 3 y 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; y el artículo 16 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

⁷⁴ Del 30 de abril al 4 de mayo de 1984 se celebró en Siracusa una conferencia internacional que culminó con la adopción de los denominados “Principios de Siracusa”. Estos fueron distribuidos como documento oficial del 41º Periodo de Sesiones de la Comisión de Derechos Humanos en relación con el tema del programa sobre los Pactos Internacionales de Derechos Humanos.

debe responder a una necesidad pública o social apremiante, a un objetivo legítimo, y debe guardar proporción con este objetivo o finalidad concreta que se persigue. Al aplicar una limitación, el Estado no utilizará medios más restrictivos de lo que sea estrictamente necesario para lograr el propósito de la limitación y será éste quien deba justificar –tiene la carga de probar– las limitaciones a un derecho garantizado por los Pactos Internacionales de Derechos Humanos. Además, las leyes que impongan limitaciones al ejercicio de los derechos humanos no serán, en ningún caso, arbitrarias o irrazonables, y las normas jurídicas que limiten el ejercicio de los derechos humanos serán claras y accesibles a todo el mundo⁷⁵. Junto a todo esto, Amnistía Internacional quiere destacar especialmente que estos Principios establecen claramente que ni la “seguridad nacional” ni la necesidad de proteger la “seguridad pública” –conceptos jurídicamente indeterminados a los que alude en varias ocasiones la presente reforma– se podrán utilizar como pretexto para imponer limitaciones vagas o arbitrarias y sólo se podrán invocar cuando existan garantías adecuadas contra posibles abusos⁷⁶.

Ya en anteriores informes, la organización ha denunciado, por ejemplo, el internamiento de personas que no pueden ser devueltas por no existir convenios de readmisión con su país de procedencia o por la negativa de los países de origen a aceptar su retorno. En estos casos resulta difícil justificar una medida privativa de libertad, ya que las autoridades españolas saben que dichas personas no van a poder ser expulsadas. Algo parecido ocurre en los casos en los que la medida de internamiento se aplica como cautelar mientras se tramita el procedimiento de expulsión que, según la legislación, puede durar hasta seis meses.

Por todo ello, Amnistía Internacional considera que el actual Proyecto de Ley debería establecer la detención como una medida excepcional o último recurso, una vez se hayan agotado las medidas existentes alternativas al internamiento. Algunas de estas medidas aparecen previstas en la propia ley pero, en la práctica, se utilizan con menor frecuencia que el internamiento. Éstas son, por ejemplo, la retirada del pasaporte, la residencia obligatoria en un determinado lugar, la presentación periódica ante la autoridad competente, alojamiento en centros abiertos y semiabiertos, o la obligación de prestar fianza o caución para responder. Sin embargo, en la práctica, se opta de forma general por la medida más extrema, el internamiento, que, en definitiva, implica una privación de libertad por una sanción de tipo administrativo.

La Relatora Especial de los Derechos Humanos de los Inmigrantes ya señaló en su informe de 2002 que los Estados deben garantizar que todas las personas inmigrantes disponen de alternativas no discriminatorias a la detención⁷⁷. Por su parte, el Consejo de Europa establece que “sólo podrá procederse a la privación de la libertad de una persona, con el fin de garantizar el cumplimiento de una orden de expulsión (...) si, tras analizar detenidamente la necesidad de

⁷⁵ Principios de Siracusa. B. Principios Interpretativos relacionados con cláusulas de limitación específicas - “Prescritas por la ley”.

⁷⁶ Principios de Siracusa. B. Principios Interpretativos relacionados con cláusulas de limitación específicas.

⁷⁷ “Los gobiernos deberán contemplar la posibilidad de abolir progresivamente toda posibilidad de detención administrativa (...) Cuando no sea posible tomar esta medida de inmediato, los gobiernos deberían adoptar disposiciones para garantizar el respeto de los derechos humanos de los inmigrantes en el contexto de la privación de libertad y en particular (...) Velar porque existan para los migrantes medidas no privativas de libertad y otras opciones diferentes de la detención e, incluso, incorporar dichas medidas en la legislación y velar por que las condiciones que en ellas se establecen no sean discriminatorias para los extranjeros”. Informe de la Relatora Especial de los Derechos Humanos de los Inmigrantes, 30 de diciembre de 2002, E/CN.4/2003/85, párrafos 74 y 75.

privación de libertad en cada caso particular, las autoridades del Estado anfitrión han llegado a la conclusión de que no puede garantizarse efectividad en el cumplimiento de la orden de expulsión recurriendo a medidas no privativas de libertad, como sistemas de supervisión, obligación de presentarse periódicamente ante las autoridades, fianzas u otros sistemas de garantía”⁷⁸.

4.3.2. La suspensión del plazo de internamiento

El artículo 62 prevé la posibilidad de ampliar el plazo de internamiento hasta 74 días en aquellos casos en los que el extranjero/a haya presentado una solicitud de asilo o cuando se presente un *habeas corpus*. Las razones que fundamentan esta ampliación no están recogidas en la llamada Directiva de Retorno, cuyo artículo 15 sólo contempla la posibilidad de ampliar el plazo por la falta de cooperación del nacional de un tercer país afectado, o por la demora en la obtención de la documentación necesaria que deban expedir terceros países.

De conformidad con la legislación internacional de las personas refugiadas, Amnistía Internacional se opone a la detención de los solicitantes de asilo a menos que las autoridades puedan demostrar que existe un riesgo objetivo de que dicha persona pueda ausentarse y siempre que hayan fallado otras medidas alternativas a la detención. Por ello, sólo en los casos descritos por la Directiva puede mantenerse detenido a un solicitante de asilo y así debería recogerse en el Proyecto de Ley. En este mismo sentido, el informe del Consejo General del Poder Judicial señala que “debería excluirse del cómputo del plazo de suspensión la tramitación de los procedimientos de asilo o *habeas corpus*, dado que al ejercicio de un derecho del extranjero no puede ligarse una consecuencia negativa, como es la prolongación del plazo de internamiento en cuanto medida restrictiva de la libertad”⁷⁹.

4.3.3. Las condiciones del internamiento

Si bien el nuevo Proyecto de Ley apenas altera la regulación contenida en los artículos 62bis y 62ter, dedicados a los derechos y obligaciones de las personas internadas en los centros de internamiento de extranjeros (CIES), Amnistía Internacional da la bienvenida a que se incluya la posibilidad de que el interno “entre en contacto con organizaciones no gubernamentales y organismos nacionales, internacionales y no gubernamentales de protección de inmigrantes”⁸⁰.

Por el contrario, Amnistía Internacional contempla con inquietud que la ampliación del plazo de internamiento contemplado en el Proyecto de Ley, pueda contribuir a empeorar la situación de las personas inmigrantes en los centros de internamiento. Ya en 2005, la organización publicó un informe en el que recogía una serie de preocupaciones sobre las condiciones de los centros de internamiento en las Islas Canarias⁸¹. Posteriormente, el Parlamento Europeo publicó en marzo de 2008 un informe sobre la situación de los CIES en los países

⁷⁸ Consejo de Europa, Comité de Ministros, Veinte Directrices sobre la Devolución, aprobadas el 4 de mayo de 2005, directriz nº 6.

⁷⁹ Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social.

⁸⁰ Artículo 62 bis j).

⁸¹ España: Frontera Sur. El Estado da la espalda a los derechos humanos de los refugiados e inmigrantes. <http://www.amnesty.org/es/library/asset/EUR41/008/2005/es/29f6bc5f-d4e8-11dd-8a23-d58a49c0d652/eur410082005es.pdf>

Europeos⁸². En concreto, en relación a España, señalaba deficiencias tales como: la deplorable higiene y condiciones físicas en algunos de ellos (refiriéndose a Algeciras, Málaga, Fuerteventura); los violentos incidentes perpetrados por el personal de seguridad en algunos centros conforme a las denuncias presentadas por los internos; la ausencia de información o dificultades para obtenerla en relación a los derechos de los detenidos, asistencia legal, traducción, centros a los que acudir en el exterior, y la naturaleza “patógena” de la detención de inmigrantes, ya débiles, que llegan en malas condiciones físicas y psicológicas por las condiciones particularmente gravosas de su viaje.

Asimismo, tanto la Relatora de Naciones Unidas para los Inmigrantes en su informe sobre España⁸³, como el Defensor del Pueblo español⁸⁴ han puesto de manifiesto las malas condiciones en las que se encuentran algunos CIES, la indebida separación entre hombres y mujeres en algunas zonas o la práctica de pintar las ropas de los internos con un número, entre otras. Por todo ello, Amnistía Internacional insta a las autoridades españolas a que, a través del desarrollo reglamentario (Disposición Adicional Tercera del Proyecto de Ley), garantice que todos los centros de internamiento cumplen la normativa internacional sobre personas privadas de libertad⁸⁵. En la actualidad, los CIES se rigen por lo dispuesto en la Orden Ministerial de la Presidencia de 22 de febrero de 1999⁸⁶.

Por lo tanto, la organización pide que en el futuro Reglamento se incluyan medidas orientadas a garantizar que los internos/as disponen de forma efectiva de una adecuada asistencia médica y psicológica; de información sobre su situación; pleno acceso a asistencia letrada e intérprete, así como a organizaciones especializadas en la defensa de las personas inmigrantes. Asimismo, debe garantizar que los internos/as no permanecen en celdas cerradas en el interior del recinto; la existencia de suficientes áreas de esparcimiento y recreativas; la existencia de bibliotecas, programas educativos, acceso a servicios sociales, así como de lugares apropiados para las prácticas culturales y religiosas de las personas internadas. Debe haber también zonas habilitadas para que los internos o internas puedan tener consigo a sus descendientes menores, medidas específicas para personas especialmente vulnerables, y debe prohibirse el internamiento de mujeres embarazadas y menores de edad no acompañados⁸⁷.

⁸² Informe encargado por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia e Interior del Parlamento Europeo.

⁸³ E/CN.4/2004/76/Add.2, 14 de enero de 2004.

⁸⁴ Informe del Defensor del Pueblo (2008).

⁸⁵ Véase, por ejemplo, el Conjunto de Principios para la Protección ante Cualquier Forma de Detención o Prisión. Resoluciones 43/173, de 9 de diciembre de 1988, y 45/111, de 14 de diciembre de 1990.

⁸⁶ La Sentencia del Tribunal Supremo dictada en el número de recurso 04/495/99, declaró la nulidad de los preceptos 30.1.2.3.6.8 y 9 en lo relativo a visitas y comunicaciones, el artículo 34, en lo relativo a medidas para garantizar el orden y la convivencia, y el artículo 33.5, en lo relativo al comiso.

⁸⁷ Así se recoge en el informe del Parlamento Europeo de 2008. Véase, “Written Declaration on the Protection of Human rights in Closed Institutions”, 0103/2008 de diciembre de 2008. Dicho informe también insta a los gobiernos a adoptar medidas orientadas a facilitar el acceso de las ONG y otros grupos de ciudadanos y ciudadanas a los centros de internamiento.

Recomendaciones

Amnistía Internacional insta a los diputados/as a que en el curso de la tramitación parlamentaria garanticen que en el artículo 62:

- 1.- Se recoge, como regla general, la imposición de otras medidas cautelares, alternativas al internamiento. Estas medidas alternativas podrían ser la prestación de fianza, la obligación de comparecer ante la autoridad pública, la retención del pasaporte o la obligación de residir en un lugar determinado del territorio nacional; medidas, todas ellas, con efectos menos restrictivos sobre la libertad que el internamiento.
- 2.- Se incluye una disposición por la que se garantiza que la detención e internamiento sólo serán de aplicación como último recurso, habiéndose mostrado como inadecuadas las demás medidas existentes. Asimismo, se garantizará de forma expresa que, en estos casos, los internos e internas estarán privados de libertad durante el menor tiempo posible y sólo cuando sea necesario y proporcional.
- 3.- Se elimina la posibilidad de ampliación del plazo de internamiento en los supuestos de ejercicio de derecho de asilo y de *habeas corpus*.
- 4.- Se prevé que, a través de su desarrollo reglamentario, se harán efectivos los principios y normas internacionales relativos a las condiciones de los CIES.

4.4. EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCION Y LA POLÍTICA DE EXPULSIONES

El Proyecto de Ley regula en sus artículos 57 y 58 los procedimientos de expulsión de personas extranjeras. Amnistía Internacional da la bienvenida a la inclusión expresa, por primera vez en la legislación española de extranjería, del principio de no devolución (*non-refoulement*)⁸⁸; una petición que viene formulando la organización desde hace años.

Dicho principio constituye una norma imperativa del Derecho Internacional contenida, entre otros, en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; el Convenio Europeo de Derechos Humanos; el Pacto de Derecho Civiles y Políticos, y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Por lo tanto, se trata de un principio de aplicación universal y naturaleza obligatoria para todos los Estados, incluso para los no firmantes de estos convenios. En el caso del Estado español, estos instrumentos internacionales han sido, además, ratificados. Por lo que no hay excusa para el reconocimiento y aplicación efectiva del principio de no devolución a toda persona que se encuentre en riesgo de sufrir torturas o tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes si es devuelta a su país.

Por ello, Amnistía Internacional insta a las autoridades a que, en cada proceso de expulsión de inmigrantes en situación irregular, se estudie en profundidad si la persona que va a ser devuelta corre riesgo de sufrir graves violaciones de derechos humanos y convertirse en preso

⁸⁸ Artículo 57.6.

de conciencia, ser sometida a torturas o tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, ejecutada extrajudicialmente o desaparecida⁸⁹.

Además, Amnistía Internacional quiere recordar que, en los últimos años, España ha firmado diferentes acuerdos de readmisión con países de los que procede la inmigración para devolver tanto a sus nacionales como a quienes, no siendo nacionales de estos países, han partido hacia Europa desde su territorio⁹⁰. Estos acuerdos, lamentablemente, prestan poca atención a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, no incluyendo así disposiciones específicas orientadas a garantizar la protección de las personas refugiadas ni disposiciones para garantizar el cumplimiento del principio de no devolución. Amnistía Internacional recuerda, sin embargo, que en algunos de los países con los que España ha firmado estos acuerdos, como Mauritania, y, en algunos casos, Marruecos, se han constatado violaciones de los derechos de las personas inmigrantes⁹¹.

4.4.1. Excepciones a la prohibición de entrada

Otra de las preocupaciones de la organización se refiere a las prohibiciones de entrada que llevan aparejadas las órdenes de expulsión. El Proyecto de Ley, en su artículo 58.2, prevé que en algunos casos de infracciones muy graves o graves⁹², además de la orden de expulsión, se impondrá una prohibición de entrada por un tiempo máximo de 5 años ampliable hasta 10⁹³. Esta prohibición puede afectar al derecho de aquellas personas que, en el transcurso de este tiempo, se puedan encontrar en riesgo de sufrir algún tipo de persecución o violación de sus derechos humanos en su país de origen, viéndose obligado a abandonarlo y solicitar protección internacional.

Por ello, Amnistía Internacional considera que el Proyecto de Ley debería incluir algunas garantías para que estas personas puedan, aún teniendo una prohibición de entrada, acceder a territorio español y solicitar asilo. Este tipo de garantías también debe extenderse a aquellas

⁸⁹ En relación al cumplimiento del principio de no devolución ante las peticiones de extradición formuladas por otros países a España, Amnistía Internacional ha mostrado especial preocupación por el incumplimiento de este principio. Véase el caso de Murat Gasayev, extraditado a la Federación Rusa desde España el 31 de diciembre de 2008, pese a los llamamientos de las organizaciones sobre los riesgos existentes de que sufriese malos tratos y tortura, así como un juicio sin las debidas garantías, en caso de ser extraditado. Asimismo, Basel Ghalyoun fue extraditado a Siria el 22 de julio de 2008, pese a las advertencias a las autoridades españolas respecto a que correría peligro de tortura y otros malos tratos. A Basel Ghalyoun no se le notificó la orden de expulsión hasta el 17 de julio, cuando salió de la cárcel y de inmediato fue puesto de nuevo bajo custodia. El 20 de julio su abogado presentó el caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y pidió, entre otras cosas, que se dictara una medida cautelar que suspendiera la devolución. El Tribunal rechazó dicha solicitud.

⁹⁰ A título de ejemplo y sin pretender enumerar todos ellos, se han firmado acuerdos de devolución con países como Marruecos, Cabo Verde, Nigeria, Guinea Conakry, Mauritania, Mali y Senegal.

⁹¹ Véase, "Mauritania: Nadie quiere tener nada que ver con nosotros. Arrestos y expulsiones colectivas de migrantes a quienes se ha negado la entrada en Europa". Julio 2008.

⁹² En concreto, las sanciones recogidas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1.

⁹³ Cuando la persona extranjera suponga una amenaza para el orden público, seguridad pública, seguridad nacional o salud pública.

personas que han sido expulsadas y que son víctimas de un delito. Así, podrían retornar y ejercer su derecho a la verdad, justicia, y reparación⁹⁴.

4.4.2. El uso excesivo de la fuerza en la ejecución de las expulsiones

En los últimos años, Amnistía Internacional ha trasladado al Gobierno español su inquietud ante el conocimiento de denuncias relativas al uso excesivo de la fuerza en los procedimientos de expulsión de inmigrantes que, lamentablemente, ha llegado a ocasionar la muerte en algunos casos⁹⁵. La organización viene pidiendo al Gobierno que elabore un protocolo sobre el uso de la fuerza en los procedimientos de expulsión que garantice que los inmigrantes irregulares y los solicitantes de asilo que son devueltos a la fuerza a su país de origen, no son objeto de un trato cruel, inhumano o degradante, ni sometidos al uso excesivo de la fuerza. El 20 de julio de 2007, el Ministerio del Interior hizo público un protocolo en esta materia⁹⁶. Amnistía Internacional dio la bienvenida a dicho protocolo por contener algunos avances como el reconocimiento expreso del deber de respetar la dignidad e integridad física de las personas que están siendo expulsadas; regirse por los principios de congruencia, proporcionalidad y oportunidad en el uso de los medios, o la prohibición del uso de sedantes sin prescripción médica.

Sin embargo, la organización sigue solicitando que las autoridades adopten medidas (formación en derechos humanos y gestión de las situaciones de estrés, entrenamientos, etc.) para garantizar el cumplimiento efectivo de dicho protocolo en la práctica. Además, Amnistía Internacional sigue dirigiéndose al Gobierno para que el texto del protocolo incorpore la prohibición expresa del uso de mordazas o métodos que puedan obstaculizar las vías respiratorias y entrañen un riesgo considerable para la vida, y el uso de grilletes, tal y como establece la normativa de aviación civil y la Resolución 1547 (2002) del Consejo de Europa.

Por otro lado, la organización recuerda que España sigue sin ratificar el Protocolo nº4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que prohíbe la expulsión colectiva de ciudadanos extranjeros.

4.4.3. La ausencia de documentación

El Proyecto de Ley no contempla la posibilidad de dotar de algún tipo de documentación a las personas que, estando en situación irregular, no pueden ser retornadas a sus países de origen por no ser aceptadas por éstos o por no existir un acuerdo de readmisión con dicho Estado. Por el contrario, la Directiva Europea de Retorno obliga a los Estados a abordar la situación de quienes no pueden ser expulsados, definiendo las condiciones básicas de subsistencia, así como

⁹⁴ A este respecto, Amnistía Internacional ha denunciado un caso de violación en el CIE de Málaga, donde la víctima, una ciudadana de nacionalidad brasileña, fue expulsada del país antes de la celebración del proceso contra los agentes de la autoridad inculcados por estos hechos. Véase el informe «España: una vida sin violencia para las mujeres y niñas» (julio 2009). http://www.es.amnesty.org/uploads/tx_useraitypdb/Mujer_violencia.pdf

⁹⁵ El 9 de junio de 2007, Osamuyia Akpitaye falleció mientras era expulsado a la fuerza de España con destino a Nigeria. No existe ningún vídeo que muestre qué le sucedió, pero varios testigos han afirmado que fue amordazado y atado por agentes de la policía. Falleció por asfixia poco después del despegue. Se ha acusado a dos agentes de homicidio culposo y el juicio está pendiente de celebración.

⁹⁶ Protocolo de actuación "Normas de Seguridad en las Repatriaciones y en el Traslado de Detenidos por Vía Aérea y/o Marítima", de la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior y la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil, 20 de julio de 2007.

proporcionándoles una confirmación por escrito de su situación (no “expulsables”) que les permita acreditarse en controles o verificaciones administrativas⁹⁷.

No abordar la situación de esas personas las puede condenar a un limbo jurídico, ya que ni pueden ser documentadas al tener una orden de expulsión, ni pueden ser expulsadas. Amnistía Internacional recomienda que, siguiendo la Directiva mencionada, el Proyecto de Ley incluya un nuevo artículo que prevea la existencia de algún tipo de documentación para todas aquellas personas que no puedan ser expulsadas. La situación de irregularidad se transforma, en muchos casos, en vulnerabilidad ante la discriminación e incluso ante abusos o violaciones de derechos humanos.

Recomendaciones

Amnistía Internacional insta a los diputados/as a que en el curso de la tramitación parlamentaria garanticen que:

- 1.- Los acuerdos de readmisión con terceros países recogen mecanismos para garantizar que se respeta de forma efectiva el principio de no devolución, y se atiende a las necesidades especiales de protección de las personas solicitantes de asilo.
- 2.- Se incluye en el artículo 58 la posibilidad de establecer excepciones a las prohibiciones de entrada para los casos de personas que huyen de violaciones de derechos humanos y necesitan protección internacional o de personas que han sido, antes de ser devueltas, víctimas de delitos y deben retornar para ejercer su derecho a la justicia.
- 3.- Se ratifica el Protocolo nº 4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que prohíbe la expulsión colectiva de ciudadanos extranjeros.
- 4.- Se incluye en el articulado la posibilidad de otorgar algún tipo de documentación a las personas que no pueden ser expulsadas para que puedan mostrarla en los controles policiales o para el ejercicio efectivo de sus derechos básicos.

4.5. MENORES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS (MENA)

La organización viene observando con preocupación la tendencia de los gobiernos europeos, incluido el español, a primar el control migratorio sobre el principio del interés superior del menor recogido en la Convención de los Derechos del Niño. Amnistía Internacional ha documentado en varios informes la inadecuada protección que, en muchas ocasiones, las autoridades españolas ofrecen a los MENA en incumplimiento de sus obligaciones internacionales⁹⁸.

⁹⁷ Véase el artículo 12 de la Directiva de Retorno.

⁹⁸ La organización ha podido conocer casos de expulsiones en las que no se ha garantizado la reagrupación familiar, no se ha tenido en cuenta el debido proceso legal ni asegurado la posterior integración familiar del menor. También ha recogido denuncias de presuntos malos tratos a menores por miembros de las Fuerzas de Seguridad tanto españolas como marroquíes, así como denuncias de malos tratos dentro de los centros de acogida o las condiciones precarias y degradantes de éstos. Otros motivos de preocupación han sido la demora en la tramitación de la

El actual Proyecto de Ley contiene, en su artículo 35, avances importantes. Por ejemplo, Amnistía Internacional valora de forma positiva que se recoja de forma expresa el principio del interés superior del menor⁹⁹, el derecho del menor a ser oído, el reconocimiento de la capacidad de obrar de los mayores de 16 años en lo relativo al procedimiento de repatriación, o el posible nombramiento de un defensor o defensora si la voluntad del menor es contraria a la de quien ostenta su tutela¹⁰⁰.

Sin embargo, suscita especial preocupación el apartado 7 del artículo 35, el cual plantea la posibilidad de repatriar a un menor con autorización de residencia¹⁰¹. Amnistía Internacional pide a las autoridades españolas que no se devuelva a ningún menor salvo que se garantice que va a ser realmente reagrupado o enviado a unos servicios de protección que garanticen de forma efectiva su derecho a una vida digna.

La organización también muestra preocupación por la iniciativa aprobada por el Parlamento de Canarias¹⁰², según la cual se propone devolver a las autoridades estatales la competencia para el ejercicio de la tutela de los menores extranjeros no acompañados. Esta decisión, al diferenciar el tratamiento de los menores extranjeros respecto a los nacionales, sería contraria al principio de igualdad consagrado en numerosos tratados internacionales de derechos humanos y, concretamente, en el artículo 2 de la Convención de los Derechos del Niño¹⁰³.

4.5.1. Los menores solicitantes de asilo

La reforma no menciona el derecho de los menores no acompañados a solicitar asilo. En el año 2007, el Comité de los Derechos del Niño llamó la atención a España sobre la ausencia de datos oficiales sobre niños y niñas no acompañados solicitantes de asilo y refugiados. Asimismo, Amnistía Internacional viene solicitando al Gobierno español que haga públicos estos datos para

documentación de residencia de los menores; la vulneración del derecho del menor a ser oído y a recibir información de su caso; la ausencia de asistencia letrada; los problemas en las pruebas médicas para determinar la edad, o la firma de acuerdos con terceros países para la devolución de menores no acompañados que no garantizan una verdadera reagrupación familiar. Véase, por ejemplo, los informes de Amnistía Internacional: “Frontera Sur: España da la espalda a los derechos de las personas migrantes y solicitantes de asilo” (2004) y “España: Crisis de identidad: Tortura y malos tratos de índole racista a manos de Agentes del Estado” (2002).

⁹⁹ Como se reconoce en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño.

¹⁰⁰ El artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño establece que “los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez (...) Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

¹⁰¹ “La concesión de una autorización de residencia no será obstáculo para la ulterior repatriación cuando favorezca el interés superior del menor, en los términos establecidos en el apartado cuarto de este artículo”.

¹⁰² Se puede consultar en el Boletín Oficial del Parlamento de Canarias, de 19 de enero de 2009. Consulta 7L/CG-0009 sobre el Proyecto de Reforma de la LOE.

¹⁰³ “Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”.

poder conocer el alcance de la protección internacional que se está dispensando a los menores extranjeros solicitantes de asilo¹⁰⁴. Es muy importante que se facilite a todo MENA información suficiente sobre su derecho a solicitar asilo. La presente reforma de la Ley de Extranjería se presenta como una oportunidad, hasta ahora no aprovechada, para garantizar de forma expresa que los menores extranjeros son informados sobre su derecho a solicitar asilo, poniendo todos los medios que faciliten su petición.

Así, preocupa a Amnistía Internacional la previsión contenida en el artículo 35.4 del Proyecto de Ley, según la cual “la Administración española solicitará informe sobre las circunstancias familiares a la representación diplomática del país de origen con carácter previo a la decisión sobre la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación”. Según la legislación internacional de las personas refugiadas debe garantizarse que no se informa al país de origen sobre la posible solicitud de asilo efectuada por una persona, manteniendo así la confidencialidad. Por tanto, dicho artículo debe recoger como excepción los casos de menores solicitantes de asilo o cuando existan indicios de que estos puedan huir de violaciones de derechos humanos.

Por otra parte, cabe también destacar que la reforma no recoge de forma expresa el deber de la Administración de facilitar y el derecho del menor a contar con asistencia letrada durante el proceso de repatriación. La organización considera que, además de recogerse expresamente que dispondrá de asistencia letrada, es muy importante que dicha asistencia disponga de la formación necesaria en materia de legislación internacional sobre los derechos de los menores.

4.5.2. Los acuerdos con terceros países para la repatriación de menores no acompañados

El Proyecto de Ley recoge en el primer apartado del artículo 35 la posibilidad de celebrar acuerdos con terceros países para “la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de los menores no acompañados”. Sin embargo, no incluye mención alguna a la obligación de que dichos acuerdos respeten plenamente la Convención de los Derechos del Niño, así como al deber de garantizar que toda repatriación se lleve a cabo con todas las garantías y respetando el principio del interés superior del menor.

Amnistía Internacional recuerda que dichos acuerdos deben recoger de forma expresa la no devolución de menores en aquellos casos en los que puedan sufrir torturas o malos tratos por parte de las autoridades del Estado de nacionalidad, cumpliendo con ello lo establecido en el artículo 37 de la Convención de los Derechos del Niño¹⁰⁵. La organización recuerda, una vez más, que sólo se debe devolver al menor si se garantiza plenamente la reagrupación familiar. Y, en caso de no ser posible, los menores extranjeros serán puestos a disposición de los servicios de protección del país de origen, aunque sólo si éstos son capaces de garantizar una vida digna para el menor. La mera existencia de servicios sociales en el país de procedencia no es suficiente. Las autoridades españolas tienen la obligación de realizar las actuaciones pertinentes para confirmar

¹⁰⁴ El artículo 22.1 de la Convención sobre los Derechos de Niño establece: “los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean partes”.

¹⁰⁵ Además de los tratados ya mencionados que recoge el derecho a la no devolución, el artículo mencionado establece que “ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

que estos servicios cumplen los mínimos establecidos por los estándares internacionales y, en caso contrario, no se debe proceder a la repatriación de los MENA. En este mismo sentido se pronunció el Defensor del Menor de Andalucía en su informe de junio de 2004¹⁰⁶.

4.5.3. La concesión del permiso de residencia

El Proyecto de Ley establece que la residencia de los menores bajo tutela será considerada regular y que, una vez acreditada la imposibilidad de retorno, se le otorgará una autorización de residencia. Señala además que, reglamentariamente, se determinarán las condiciones para que los menores dispongan de dicha autorización de residencia.

Hasta ahora, de acuerdo con la ley actual, los menores tienen derecho a recibir el permiso de residencia al cumplir nueve meses de estancia en España tutelados por la Administración. Sin embargo, Amnistía Internacional ha recibido numerosas quejas sobre el incumplimiento en varias Comunidades Autónomas de la obligación de iniciar la tramitación de dichos permisos a los menores que tienen acogidos en tutela.

Por ello, si bien la iniciativa de reforma no introduce ninguna novedad en este sentido, la organización pide, una vez más a las autoridades españolas, que cumplan, en la práctica, con su obligación de documentar a los menores extranjeros no acompañados que llegan a España.

Recomendaciones

Amnistía Internacional insta a los diputados/as a que en el curso de la tramitación parlamentaria garanticen que, en el artículo 35 relativo a los menores no acompañados:

- 1.- El principio del interés superior del menor preside toda la normativa sobre MENA, sin que dicho principio quede supeditado en ningún momento a los fines del control migratorio.
- 2.- Los acuerdos con terceros países garantizan mecanismos que hagan efectivo el principio de no devolución, así como que los menores son, realmente, reagrupados familiarmente o entregados a servicios de protección capaces de hacer efectivos sus derechos. En caso contrario, no deben ser, en ningún caso, devueltos.
- 3.- Se introduce una disposición relativa al deber de informar a los MENA sobre su derecho a solicitar asilo. Esta previsión debe introducirse también en el Proyecto de Ley Reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria, actualmente en tramitación en el Senado.
- 4.- Queda suprimido el apartado 7 en lo relativo a la repatriación de menores residentes.

¹⁰⁶ “Sí podemos decir (...) que todas las personas consultadas -formal o informalmente- sobre esta cuestión coincidían en calificar de primario y deficiente dicho sistema, considerándolo escasamente preparado y dotado para atender las necesidades del elevado número de menores que padecen situaciones de riesgo en Marruecos y claramente incapaz de afrontar con garantías la incorporación al mismo de un elevado número de menores como el que podrían ser retornados desde nuestro país (...). Asimismo, debemos destacar que muchos de nuestros interlocutores nos indicaron que los menores que superan determinadas edades -a partir de los 11 o 12 años- reciben en Marruecos una consideración social -que no legal- similar a la de los adultos, por lo que rara vez son objeto de atención por parte de los Servicios de Protección de Menores”.

4.6. LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y TRATA DE SERES HUMANOS

4.6.1. La protección de las mujeres inmigrantes víctimas de violencia de género

Amnistía Internacional acoge con entusiasmo algunas de las disposiciones incluidas en el Proyecto de Ley para los casos de mujeres inmigrantes víctimas de violencia de género a manos de sus parejas o exparejas (artículos 19.2 y 31bis). En relación al artículo 19.2, la organización valora de forma positiva que se habilite un procedimiento para que, en materia de reagrupación familiar, el cónyuge víctima de violencia de género pueda acceder a una autorización de residencia independiente. Y, respecto a las disposiciones contenidas en el nuevo artículo 31bis, la organización considera un avance positivo que se recoja expresamente en su apartado 1 el derecho de las mujeres inmigrantes que denuncien, al estatuto integral de protección recogido en la Ley Orgánica 1/2004¹⁰⁷, independientemente de su situación administrativa.

En todo caso, la organización quiere recordar que deberían establecerse alternativas a la presentación de la denuncia en comisaría para acreditar la condición de víctima de violencia de género, como ocurre actualmente en algunas leyes autonómicas como las de Cataluña y Galicia. Por ejemplo, se podría contemplar la posibilidad de presentarla en otras dependencias públicas o a través de organizaciones que tengan entre sus fines la lucha contra la violencia de género¹⁰⁸. De acuerdo a la Recomendación Rec (2002) 5 del Comité de los Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre la Protección de las Mujeres contra la Violencia, “los Estados miembros deberían garantizar que las víctimas reciben, sin discriminación alguna, atención inmediata y general, facilitada por un esfuerzo multidisciplinar y coordinado; exista o no denuncia formal por parte de la víctima”¹⁰⁹.

Asimismo, Amnistía Internacional reconoce un avance importante en el reconocimiento (artículo 31bis, apartado 2) no sólo de la autorización de residencia sino también la de trabajo a las mujeres inmigrantes víctimas de violencia de género. De este modo, se favorece que estas mujeres puedan acceder a una autonomía económica que les permita salir de la espiral de violencia en la que normalmente se encuentran. Este mismo artículo también reconoce el derecho a solicitar ambas autorizaciones no sólo desde que se dicte una orden de protección, sino también cuando haya un informe del Ministerio Fiscal que constate la existencia de indicios de violencia (apartado 3). En este sentido, si bien Amnistía Internacional valora positivamente que se amplíen y diversifiquen los requisitos para acceder a ambas autorizaciones, más allá de la denuncia, advierte sobre la necesidad de una mayor implicación del Ministerio Fiscal en la elaboración de estos informes para dar efectividad a la nueva redacción de este artículo.

Sin embargo, sigue siendo motivo de preocupación que las mujeres en situación irregular puedan verse sometidas a un procedimiento de expulsión cuando acuden a denunciar a las comisarías el maltrato del que son objeto. Por lo tanto, para Amnistía Internacional, el apartado 2

¹⁰⁷ Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

¹⁰⁸ En este mismo sentido se ha pronunciado el Informe del Consejo de Estado. Referencia 786/2009, de 25 de junio de 2009.

¹⁰⁹ Véase párrafo 23 en: http://www.migualdad.es/mujer/politicas/docs/5_Rec_2002_5.pdf. También, véase: “Amnistía Internacional. Más riesgos y menos protección. Mujeres inmigrantes en España frente a la violencia de género”, noviembre 2007, páginas 17 y 18.

del artículo 31bis responde al tenor y letra de la Instrucción 14/2005 de la Secretaría de Estado de Seguridad¹¹⁰; una directriz sobre la que la organización ha pedido reiteradamente su suspensión y sustitución por otra que contenga indicaciones a los agentes policiales sobre el deber de protección efectiva de los derechos humanos de todas las personas, sin discriminación alguna en función de circunstancias como la situación administrativa de residencia¹¹¹.

Amnistía Internacional quiere recordar, una vez más, el carácter disuasorio que este patrón de actuación policial, contenido en la Instrucción 14/2005, tiene para muchas mujeres. Muchas de ellas no denuncian su condición de víctimas de violencia de género a manos de su pareja o expareja por miedo a que se les inicie un procedimiento de expulsión que finalice con su salida de España¹¹². Lamentablemente, el artículo 31bis apartado 2 del Proyecto de Ley objeto de análisis, viene a consagrar legislativamente lo establecido en la mencionada Instrucción. Por ello, Amnistía Internacional pide que se modifique el apartado 2 del artículo en lo relativo a la “suspensión” del expediente administrativo sancionador y se suprima del apartado 4 la última frase¹¹³.

4.6.2. La protección de las personas inmigrantes víctimas de trata

Amnistía Internacional da la bienvenida a los pasos dados en los últimos años por el Estado español para avanzar en la protección de las personas víctimas de la trata. Así, el pasado 1 de agosto entró en vigor el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Personas, tras su ratificación en abril de 2009. Asimismo, el 12 diciembre de 2008, el Gobierno aprobó el Plan Integral de Lucha contra la Trata con Fines de Explotación Sexual.

La organización ya ha dado a conocer al Gobierno sus preocupaciones y recomendaciones respecto al Plan mencionado¹¹⁴. De este modo, el presente epígrafe se centra en el alcance del

¹¹⁰ Dicha Orden no se aplica en el País Vasco que tiene una orden propia dictada en el año 2003 en virtud de la cual los agentes de la autoridad no vienen obligados a realizar ningún tipo de control migratorio cuando asisten a una víctima de delito.

¹¹¹ Véase, “Amnistía Internacional. Más riesgos y menos protección. Mujeres inmigrantes en España frente a la violencia de género”, noviembre 2007.

¹¹² El informe de Amnistía Internacional “España: una vida sin violencia para mujeres y niñas” recoge que el “índice de víctimas mortales por millón es mucho más elevado entre las extranjeras que entre las españolas. A lo largo de los últimos nueve años (1999-2007), ese índice ha sido 2,05 por millón entre las españolas y 13,18 entre las extranjeras. (...) En 2008, la tasa de mujeres muertas víctimas de violencia de género por millón fue de 13,93 para las extranjeras y de 1,57 para las españolas, lo que le equivale al primer grupo estar casi nueve veces por encima del segundo”.

¹¹³ “Cuando del procedimiento penal concluido no pudiera deducirse la condición de víctima de violencia de género, continuará el expediente administrativo sancionador inicialmente suspendido”. Apartado 4 del artículo 31bis del Proyecto de Ley.

¹¹⁴ Preocupa especialmente a la organización que el Plan se refiera exclusivamente a la trata con fines de explotación sexual, dejando fuera otros supuestos de explotación incluidos en la definición de trata del Convenio del Consejo de Europa (artículo 4) como la explotación laboral, los matrimonios serviles, el tráfico de órganos, la mendicidad y otras formas de esclavitud. Asimismo, el Plan debería recoger una medida relativa al procedimiento para la identificación y derivación de las víctimas de trata. La ausencia de esta medida obstaculiza el acceso de las posibles víctimas de trata a la protección que requieren como víctimas de una gravísima violación de derechos humanos. Tampoco se han habilitado en dicho Plan Integral mecanismos que garanticen un apoyo económico efectivo para las víctimas, así como su derecho a una completa reparación. Para más información, véase “Amnistía Internacional: Una vida sin violencia para mujeres y niñas”, julio 2009.

Proyecto de Ley presentado sobre las personas inmigrantes víctimas o presuntas víctimas de la trata. No obstante, si bien el objeto de análisis aquí es la futura ley de extranjería, es importante recordar que el Estado español tiene la obligación de reconocer y garantizar los derechos recogidos en el Convenio del Consejo de Europa a todas aquellas personas que se determine que son víctimas o presuntas víctimas de trata, sean personas inmigrantes, comunitarias o españolas.

El Proyecto de Ley modifica el artículo 59 vigente que recoge la “colaboración contra redes organizadas”. Este artículo se refiere a las víctimas, perjudicados o testigos de actos de tráfico ilícito de inmigrantes o trata de seres humanos, y recoge los requisitos necesarios para que se les conceda un permiso de residencia y trabajo. En referencia a esta nueva redacción, Amnistía Internacional recomienda, en coherencia con el artículo 2 del Convenio del Consejo de Europa¹¹⁵, que se modifique su título, ya que estos actos pueden ser realizados no sólo por “redes criminales organizadas”¹¹⁶ sino también por individuos aislados que no responden a esta definición, e incluso por uno o varios miembros de la familia de la víctima. Por lo tanto, la organización recomienda, en primer lugar, que se modifique el título actual por “Colaboración contra el tráfico ilícito o la trata de seres humanos”. De no hacerlo, se estaría dejando en una situación de desprotección a todas aquellas víctimas cuyos tratantes no encajan en la definición legal de delincuencia organizada.

Asimismo, un segundo motivo de preocupación es que el nuevo artículo 59 siga vinculando la concesión de un permiso de residencia al hecho de que la víctima de trata “denuncie” a los autores o cooperadores de dicho tráfico, “o coopere y colabore” con los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería, “proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores”. Amnistía Internacional ha podido saber que, en la práctica, esta disyuntiva (denuncie o colabore) suele quedar reducida a una sola opción: denunciar ante las autoridades competentes. De modo que si la presunta víctima no interpone una denuncia, lo habitual es que los agentes policiales encargados del control migratorio, inicien un procedimiento de expulsión. Además, estos agentes, al no disponer de un protocolo o instrucciones claras para la identificación de las posibles víctimas de trata, se suelen aproximar a ellas como inmigrantes en situación irregular; sin darles, por lo tanto, acceso al sistema de protección al que tienen derecho como víctimas de una gravísima violación de los derechos humanos como es la trata.

En este sentido, Amnistía Internacional, pide que se elimine del artículo 59.2 la exigencia de que las informaciones aportadas por la víctima sean “esenciales”. Asimismo, de acuerdo con el artículo 14 del Convenio del Consejo de Europa, la futura ley de extranjería debe reconocer expresamente el derecho de las víctimas de trata a un permiso de residencia renovable no sólo cuando denuncien o colaboren en la investigación policial, sino también cuando “la autoridad competente considera que su estancia es necesaria a causa de su situación personal”¹¹⁷;

¹¹⁵ El artículo 2 (“Campo de aplicación”) establece: “el presente Convenio se aplicará a todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada”.

¹¹⁶ Según la definición recogida en el artículo 282bis, apartado 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes (...)”.

¹¹⁷ Artículo 14 del Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos.

entendiéndose por tal, razones de seguridad, salud, situación familiar u otros factores relevantes¹¹⁸.

Por ello, la organización considera urgente la armonización de la legislación española de extranjería con lo dispuesto en el Convenio del Consejo de Europa; de modo que las personas que decidan no denunciar a sus tratantes, tengan acceso a un permiso de residencia y de trabajo por las circunstancias personales derivadas de la trata. Amnistía Internacional quiere recordar que la trata es una forma de esclavitud y, con ello, una gravísima violación de los derechos humanos. La protección a las víctimas o presuntas víctimas de trata no puede quedar supeditada a las políticas de control migratorio o lucha contra el crimen organizado. Es urgente derribar los obstáculos legales que contribuyen a invisibilizar a las víctimas y, en consecuencia, a impedirles el acceso a sus derechos de asistencia, protección, justicia y reparación.

Por otra parte, es motivo de satisfacción que el artículo 59.2 incluya el reconocimiento de un periodo de reflexión para la víctima de “al menos 30 días”, como establece el artículo 13 del Convenio del Consejo de Europa. Sin embargo, la Red Española de Lucha contra la Trata, siguiendo las recomendaciones de los organismos internacionales expertos en la materia, recomienda que dicho plazo se amplíe a tres meses para que las víctimas puedan empezar su recuperación física y psicológica y decidan sobre alternativas de salida a la trata y sobre la interposición de la denuncia debidamente asesoradas y acompañadas.

Finalmente, la organización echa en falta la inclusión de cautelas suficientes en caso de que se proceda a la devolución de la víctima a su lugar de procedencia o lugar donde tenga la residencia. Así, el artículo 59.3 debería recoger el principio de no devolución (*non-refoulement*) para evitar todos aquellos supuestos en los que dicha devolución pudiera suponer un riesgo de revictimización.

Recomendaciones

Amnistía Internacional insta a los diputados/as a que en el curso de la tramitación parlamentaria garanticen que:

En las disposiciones relativas a mujeres inmigrantes víctimas de violencia de género

1.- Queda suprimida del artículo 31bis la necesidad de abrir un expediente administrativo sancionador a las mujeres inmigrantes en situación irregular que acudan a una comisaría a interponer una denuncia como víctima de violencia de género. De este modo, debe quedar sin efecto la Instrucción 14/2005 de la Secretaria de Estado de Seguridad.

2.- Se incorpora la posibilidad de presentar las denuncias no sólo en comisaría, sino también en otras oficinas públicas o a través de asociaciones que prevean estos supuestos entre sus fines.

En las disposiciones relativas a personas inmigrantes víctimas de trata

1.- Se introduce expresamente en el Proyecto de Ley que las víctimas de trata podrán acceder a un permiso de residencia y trabajo cuando su permanencia sea necesaria atendiendo a su situación

¹¹⁸ Artículo 14 del Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos conforme a la interpretación que del mismo se hace en el Explanation Report del Convenio.

personal; entendiéndose por tal, razones de seguridad, salud, situación familiar u otros factores relevantes. Armonizando de este modo la legislación de extranjería española con el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata.

2.- Se modifica el actual título del artículo 59 por “Colaboración contra el tráfico ilícito o la trata de seres humanos”.

3.- Queda suprimido del artículo 59.2 que las informaciones aportadas por la víctima de trata sean de carácter “esencial” para la investigación policial y desarticulación de la red criminal.

4.- El artículo 59 incluya en su apartado 3 el principio de no devolución para garantizar que, en caso de retorno a su país de origen o de residencia, la persona no sufra ningún riesgo de revictimización.

5. CONCLUSIONES

Amnistía Internacional ha venido documentando, a lo largo de este informe, que la reforma de la legislación de extranjería presenta luces y sombras. Frente a importantes avances en el reconocimiento de los derechos humanos de las personas inmigrantes, fruto de la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de algunos tratados internacionales como el Convenio Europeo de Lucha contra la Trata de Personas o de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la reforma sigue presentando aspectos que están en abierta contradicción con los tratados internacionales ratificados por España.

Es importante el reconocimiento de derechos como el derecho a la huelga, a la sindicación, el derecho de reunión o el derecho de asociación; es importante también el avance que se ha producido en otras materias como la trata de personas o la situación de las mujeres inmigrantes indocumentadas víctimas de violencia de género, pero los avances no son suficientes, es necesario que en éstas y otras materias se proceda a la modificación en sede parlamentaria de alguno de los artículos recogidos en el Proyecto de Ley; de otra forma, seguiríamos manteniendo una legislación de extranjería poco respetuosa con los siete tratados básicos de derechos humanos.

Pero al lado de estos avances en el reconocimiento de los derechos humanos de las personas inmigrantes, el Proyecto de Ley sigue presentando algunas sombras; la ampliación del plazo de internamiento pasando de los 40 actuales a 60 días, o la regulación contenida relativa a la situación de los menores no acompañados, son, por citar alguno, objeto de preocupación para Amnistía Internacional.

Como ha quedado de manifiesto en el capítulo 4 del informe, sigue sin respetarse de forma plena los principios reconocidos en normas internacionales de los que España es parte, como el principio de interés superior del menor y el principio de no devolución en las repatriaciones de menores; y se hace necesario el reconocimiento del derecho de asistencia letrada a los menores en los expedientes de repatriación. En definitiva, en el tratamiento de los menores, sigue primando su condición como inmigrantes sobre el reconocimiento de su necesidad de protección especial como menores.

Por su parte, el aumento del plazo del internamiento es contemplado con preocupación por la organización. La privación de libertad por sanciones administrativas debe estar presidida siempre por el principio de proporcionalidad y por el principio de subsidiariedad. Sólo será posible proceder al internamiento en aquellos casos en los que el resto de las medidas se muestren ineficaces para hacer posible que la persona no se sustraerá a la acción de la justicia.

Preocupante es también la posibilidad de ampliar dicho plazo en aquellos casos en los que el interno solicite asilo. Nunca el ejercicio de un derecho puede tener una consecuencia negativa como es el aumento del plazo de internamiento.

Y al lado de estas luces y sombras, el Proyecto de Ley presenta a juicio de la organización, un retroceso en relación con la legislación vigente. Derechos que ya tenían reconocidos las personas inmigrantes se han visto limitados, como es el caso de la reagrupación de los ascendientes, el endurecimiento de las limitaciones para acceder al padrón municipal para los no residentes o la necesidad de que los inmigrantes sean residentes de larga duración para tener ayudas en materia de vivienda.

No podemos dejar de mencionar también, que a juicio de la organización, el Proyecto de Ley no recoge la doctrina constitucional establecida en la STC 236/2007. En lo relativo al derecho a la educación, hace extensible este derecho sólo a los menores de edad y a los mayores documentados, pero no a los mayores en situación de irregularidad. La misma observación debe hacerse con respecto al derecho a la asistencia jurídica gratuita, donde frente a la doctrina constitucional, el Proyecto de Ley establece una clara distinción entre los extranjeros a los que exige una doble solicitud frente a los españoles a los que no se les exige. Sigue sin reconocerse, por otro lado, la asistencia letrada a los polizones desde la primera entrevista.

Y en lo tocante al régimen sancionador, el Proyecto de Ley es claramente más restrictivo que la legislación vigente. Por un lado, incrementa el número de las infracciones y por otro, endurece el régimen sancionador.

Amnistía Internacional quiere señalar una vez más que respeta el derecho de los Estados a legislar sobre el fenómeno migratorio, pero esa legislación tiene que estar inspirada por el respeto absoluto a los derechos humanos. La adopción de un marco de derechos humanos mejoraría la comprensión de las causas fundamentales de la inmigración: sus vínculos con la pobreza y la inseguridad, la falta de desarrollo económico y las crecientes desigualdades entre unos países y otros, y dentro de los propios países. También contribuiría a garantizar un mejor equilibrio entre las preocupaciones de seguridad y el derecho a la libertad de circulación de las personas.

Por último, la organización quiere recordar que el Gobierno español cuenta con un plan de derechos humanos que debe plasmarse de forma transversal en todas sus políticas, incluida la política migratoria, y que en fechas próximas asumirá la Presidencia de la Unión Europea. Amnistía Internacional considera que es un buen momento para dar un impulso a toda la materia de derechos humanos y, en definitiva, que la nueva legislación de extranjería, que salga finalmente del Parlamento, se caracterice por el respeto absoluto a los derechos humanos plasmados en los diferentes tratados internacionales.

ANEXO I

TABLA RESUMEN SOBRE ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL PROYECTO DE LEY

ASPECTOS POSITIVOS	ASPECTOS NEGATIVOS
<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Reconocimiento de los derechos de reunión, manifestación, asociación, sindicación y huelga de los inmigrantes en las mismas condiciones que los españoles, de acuerdo con la Sentencia del TC 236/2007. <input type="checkbox"/> Reconocimiento del derecho a la educación de los menores no documentados. <input type="checkbox"/> Reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar para las parejas de hecho. <input checked="" type="checkbox"/> Reconocimiento expreso del principio internacional de no devolución en materia de expulsiones. <input type="checkbox"/> Reconocimiento del derecho de los internos en los CIES a contactar con ONGs y organismos nacionales, internacionales y no gubernamentales de protección de inmigrantes. <input type="checkbox"/> Avances en el reconocimiento expreso del principio del interés del menor. <input type="checkbox"/> Reconocimiento del derecho del menor a ser oído en lo relativo a su procedimiento de repatriación e incorporación de la posibilidad de nombrar a un defensor judicial. <input type="checkbox"/> Avances sobre las garantías de que la repatriación de un MENA al país de origen se realizará mediante la reagrupación familiar o la puesta a disposición del menor ante los Servicios de Protección de Menores. <input type="checkbox"/> Reconocimiento del derecho de las mujeres inmigrantes víctimas de violencia de género a disponer de una tarjeta independiente de la del maltratador cuando ésta ha sido obtenida a través de la reagrupación familiar. <input type="checkbox"/> Reconocimiento del derecho de las mujeres inmigrantes víctimas de violencia de género a acceder a un permiso de residencia y de trabajo. <input type="checkbox"/> Aclaración terminológica en el artículo 59 de la diferencia entre tráfico de inmigrantes y trata de seres humanos, así como el reconocimiento de un periodo de reflexión para la víctima de trata de acuerdo con el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Personas. 	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Predomina en la reforma un enfoque general más centrado en la seguridad nacional y el rendimiento económico que en garantizar el respeto, acceso y protección de los derechos humanos de las personas inmigrantes o necesitadas de protección internacional. <input type="checkbox"/> Limitaciones de acceso en el derecho a la educación a los inmigrantes mayores de edad indocumentados. <input type="checkbox"/> Condiciona el derecho a la salud al hecho de estar empadronado. <input type="checkbox"/> Limitaciones en la reagrupación familiar para los ascendientes menores de 65 años. <input type="checkbox"/> No corrige los problemas de acceso al padrón, e incluso los agrava, al distinguir entre residentes y no residentes y permitiendo su acceso sólo a los primeros. <input type="checkbox"/> Limitaciones en el acceso a las ayudas en materia de vivienda a los residentes de larga duración. <input type="checkbox"/> Exige a las personas inmigrantes una doble solicitud de asistencia jurídica gratuita, a diferencia del procedimiento establecido para los nacionales. <input type="checkbox"/> Ausencia en el texto de la ley del derecho de los polizones a asistencia jurídica gratuita desde la primera entrevista con los funcionarios portuarios. <input type="checkbox"/> Endurecimiento del régimen sancionador al elevar la cuantía de las sanciones ya existentes e incluir algunas nuevas. <input type="checkbox"/> Ampliación del plazo de internamiento de las personas extranjeras en los CIES de 40 a 60 días, quedando abierta la posibilidad de que se prolongue 14 días más cuando el interno solicite asilo o <i>habeas corpus</i>. <input type="checkbox"/> Se contempla en el texto del Proyecto de Ley la posibilidad de repatriar a menores con autorización de residencia si responde al interés superior del menor. A la organización le preocupa que se pueda hacer un mal uso de esta disposición. <input type="checkbox"/> Ausencia de previsión alguna sobre el deber de la Administración de informar a los MENA sobre su derecho a solicitar asilo, así como a facilitarles los medios para solicitarlo. <input type="checkbox"/> Ausencia de previsión que garantice que los acuerdos de repatriación de menores con terceros países respetan, en todo caso, el principio de no devolución.

ASPECTOS POSITIVOS	ASPECTOS NEGATIVOS
	<p><input type="checkbox"/> Las mujeres inmigrantes indocumentadas siguen encontrando un obstáculo legal al exigir que, con la denuncia como víctima de violencia de género, se les abra un procedimiento de expulsión. Si bien el Proyecto de Ley contempla la posibilidad de suspenderlo, el artículo 31bis recoge un procedimiento que disuade, en muchos casos, a estas mujeres víctimas de una violación de derechos humanos, a denunciar su situación.</p> <p><input type="checkbox"/> La nueva redacción del artículo 59, si bien introduce algunas mejoras, sigue estando presidido por un enfoque que prima la seguridad y lucha contra el crimen organizado a la protección de las víctimas de trata. Sigue exigiendo la denuncia o colaboración, aportando datos esenciales, para la investigación policial para que las víctimas queden exentas de responsabilidad administrativa.</p>

ANEXO II

Tabla resumen sobre las recomendaciones de Amnistía Internacional

ARTÍCULO/OBJETO	OBSERVACIONES	RECOMENDACIÓN	FUNDAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL
Artículo 9. <i>Derecho a la educación</i>	Debe garantizarse el acceso a la educación a todas las personas, con independencia de su edad y situación administrativa.	Suprimir el requisito de la edad para el acceso a la educación y la exigencia de encontrarse en situación administrativa regular. En este mismo sentido se ha pronunciado la STC 236/2007.	Artículo 13 del PIDCP, Observación General número 13 del Comité DESC y Recomendación General número 30 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.
Artículo 12. <i>Derecho a la salud</i>	El acceso a los servicios básicos queda restringido para sólo aquellas personas que se encuentren empadronadas.	El derecho a la salud no puede estar condicionado por normas de Derecho Administrativo.	Artículo 9 del PIDESC, Observación General número 20 del Comité DESC y Recomendación General número 30 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.
Artículo 6.2. <i>Acceso al padrón</i>	Sólo podrán empadronarse los residentes.	Suprimir la mención a residentes y no residentes del párrafo VII de la Exposición de Motivos.	Artículo 11 del PIDESC.
Artículo 13. <i>Acceso a ayudas en materia de vivienda</i>	El acceso a las ayudas se condiciona a la residencia de larga duración.	Suprimir el requisito de la “residencia de larga duración”.	Artículo 11 del PIDESC y Observación General número 4 del Comité DESC.
Artículo 22. <i>Derecho a la asistencia jurídica gratuita</i>	<input type="checkbox"/> Se exige a los inmigrantes una doble petición, no siendo este requerimiento de aplicación para los nacionales españoles. <input type="checkbox"/> No se recoge la asistencia letrada a los polizones.	<input type="checkbox"/> Eliminar el requisito de doble petición de asistencia jurídica gratuita. La STC 236/2007 estableció el acceso a la justicia gratuita para las personas extranjeras sin este condicionamiento. <input type="checkbox"/> Recoger expresamente la asistencia letrada a polizones desde la primera entrevista.	Artículos 20.2 y 27 del PIDCP.

Artículo 35. <i>Menores no acompañados (MENA)</i>	No se prevé la posibilidad de que los MENA soliciten asilo.	Recoger expresamente la obligación por parte de las autoridades administrativas de informar al menor sobre su derecho a solicitar asilo, así como a facilitarle los medios para hacerlo.	Artículo 22 de la Convención de los Derechos del Niño.
Artículo 35.1. <i>Repatriación de menores</i>	<input type="checkbox"/> No se recoge expresamente el principio de no devolución. <input checked="" type="checkbox"/> No recoge expresamente el principio del interés superior del menor.	<input type="checkbox"/> Introducir de forma expresa este principio internacional para la repatriación de menores, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5 de la Directiva de Retorno. <input type="checkbox"/> Introducir de forma expresa este principio en lo relativo a las disposiciones sobre repatriación.	<input type="checkbox"/> Artículo 33 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de Refugiado. <input type="checkbox"/> Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.
Artículo 35.4. <i>Posibilidad de solicitar informes sobre las circunstancias familiares del menor a la representación consular del país de origen</i>	No se prevé como excepción que el menor pueda ser solicitante de asilo.	Incluir alguna salvaguarda para que no se aporte esta información en caso de que el menor sea un posible solicitante de asilo.	Artículo 5 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de Refugiado
Artículo 35.5 <i>Ausencia de asistencia letrada</i>	No se reconoce explícitamente el derecho del menor a contar con asistencia letrada para la defensa de sus intereses	Debe preverse, con carácter obligatorio, la posibilidad de solicitar asistencia letrada que deberá ser de oficio cuando carezca de recursos, en consonancia con lo establecido en el artículo 24 CE.	Artículos 20.2 y 27 del PIDCP.
Artículo 58. <i>Prohibición de entrada</i>	No se recogen excepciones a la prohibición de entrada en aquellos casos en los que se ha procedido a la expulsión del inmigrante.	Prever la posibilidad de dejar sin efecto la prohibición de entrada cuando se haya dado un cambio en las circunstancias del sancionado como, por ejemplo, la necesidad de solicitar asilo.	Artículo 1.2 de la Convención de Ginebra sobre el estatuto de Refugiado.
Artículo 58. <i>Efectos de la expulsión</i>	No se prevé la posibilidad, como excepción, de que aquellas personas que han sido víctimas de un delito y han sido expulsadas del territorio español puedan regresar a efecto de ejercer sus derechos como víctimas.	Prever posibilidad de dejar sin efecto la prohibición de entrada cuando las personas inmigrantes sancionadas hayan sido víctimas de un delito en España y deben retornar para ejercer su derecho a la justicia.	Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de Derechos humanos y de violaciones graves de Derecho Internacional Humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Resolución de la Asamblea General 60/147 de Naciones Unidas aprobada el 16 de diciembre de 2005. Principio I.2.

<p>Artículo 59. <i>Víctimas de trata</i></p>	<p>La concesión de un permiso de residencia sigue vinculada al hecho de que la víctima de trata denuncie a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopere y colabore “proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores”.</p>	<p><input type="checkbox"/> Introducir expresamente en el Proyecto de Ley, en coherencia con el artículo 14 del Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Personas, el derecho a acceder a un permiso de residencia y trabajo “cuando su permanencia sea necesaria atendiendo a su situación personal”.</p> <p><input type="checkbox"/> Modificar el actual título del artículo 59 por “Colaboración contra el tráfico ilícito o la trata de seres humanos”.</p> <p><input type="checkbox"/> Suprimir del artículo 59.2 que las informaciones aportadas por las víctimas de trata sean de carácter “esencial” para la investigación policial.</p>	<p>Artículo 14 del Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Personas.</p> <p>Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente de Mujeres y Niños (Protocolo de Palermo).</p>
<p>Artículo 62. <i>Ingreso en centros de internamiento</i></p>	<p>Únicamente se recoge el internamiento como medida posible mientras se tramita el expediente sancionador.</p>	<p>Aplicar el principio de proporcionalidad al imponer medidas cautelares. Debe introducirse expresamente que el internamiento sea el último recurso, contemplándose medidas alternativas a éste.</p>	<p>Artículo 9 del PIDCP; artículos 3 y 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 16 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares.</p>
<p>Artículo 62.3.a) <i>Suspensión del plazo de internamiento por solicitud de derecho de asilo y habeas corpus</i></p>	<p><input type="checkbox"/> Se penaliza la solicitud de asilo y de <i>habeas corpus</i>.</p>	<p><input type="checkbox"/> Excluirse la posibilidad de que los solicitantes de asilo y peticionarios de <i>habeas corpus</i> puedan verse sometidos a un plazo de internamiento mayor.</p>	<p>Artículos 31 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de Refugiado.</p> <p>Artículos 9 del Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles.</p>