

**GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA**  
**CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE**

*Universidad de Jaén*

**Extracto:**

Los autores de este comentario vuelven a hacer una incursión por la tan compleja como inestable regulación de la materia de extranjería e inmigración. En este estudio nos ofrecen un repaso detenido por las principales novedades que aporta el Real Decreto 2393/2004, 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Como es habitual en sus trabajos al respecto, el análisis contiene tanto una exposición clarificadora de las principales piezas de este entramado normativo e institucional cuanto una contextualización de las mismas, sea en el marco comunitario, constitucional y legislativo sea en relación a las principales decisiones judiciales, cada vez más y más importantes, recaídas en esta materia. La dimensión analítica que ha de reunir todo trabajo en esta materia, cuya caótica ordenación normativa obliga a un inexcusable esfuerzo de precisión conceptual y articulación sistemática, se ve permanentemente envuelta en una no menos imprescindible dimensión práctica. Los más relevantes problemas prácticos que suscita la aplicación, difícil, de este ámbito normativo desfilan uno a uno por estas páginas, encontrando las más de las veces respuestas que pretenden ser coherentes en un régimen que es radicalmente incoherente.

---

## Sumario:

---

- I. Introducción.
- II. Sentido, alcance y estructura del Real Decreto 2393/2004: una visión panorámica de las novedades reglamentarias.
  1. Las «razones» de la nueva regulación.
  2. Estructura y contenidos del Real Decreto 2393/2004.
- III. Una excepción potencialmente «masiva» a la regla general de ordenación de flujos migratorios: el «nuevo» proceso de normalización socio-laboral.
- IV. La «comunitarización» de la política de inmigración y sus consecuencias en el derecho español.
- V. Acceso de los extranjeros al territorio español y al «espacio de libertad, seguridad y justicia»: la entrada.
  1. Delimitación de supuestos: el ámbito subjetivo de la norma.
  2. La entrada en el territorio español y comunitario de los nacionales de terceros Estados: el visado y otros documentos.
- VI. Permanencia de los extranjeros en España y en los demás países de la UE: las situaciones jurídicas de estancia y residencia y su documentación.
  1. Las situaciones de los extranjeros y las libertades de residencia y circulación: extensión y límites de las potestades administrativas.
  2. Documentación de las situaciones.
  3. Movilidad de los nacionales de terceros Estados por el espacio comunitario.
  4. La situación de estancia en territorio español.
  5. La situación de residencia temporal en territorio español.
    - 5.1. Concepto y supuestos.
    - 5.2. La autorización de residencia temporal por reagrupamiento familiar.

- 5.3. La autorización de residencia temporal por «circunstancias excepcionales»: la laboralización extrema de la situación de arraigo.
  - 5.4. La autorización de residencia temporal vinculada con el trabajo.
  6. La situación de residencia permanente en territorio español.
  7. Situaciones especiales contempladas en el Reglamento, en las que el extranjero se encuentra legalmente en España.
  8. La presencia regular del extranjero en España justificada de conformidad con los derechos fundamentales de los extranjeros.
  9. El carácter dinámico de las situaciones: el régimen de modificación de las situaciones de los extranjeros en España.
  10. La extinción de las autorizaciones de residencia –y/o trabajo–.
- VII. Procedimientos de regulación «permanente» del acceso de los inmigrantes al mercado de trabajo español.
1. Las principales novedades normativas en materia de regulación del trabajo de los inmigrantes: una visión panorámica.
  2. Las situaciones de los extranjeros y el procedimiento general de acceso al trabajo.
    - 2.1. Planteamiento previo: la regulación inmigratoria entre protección del trabajador «nacional» y la segmentación del mercado de trabajo.
    - 2.2. Las situaciones de residencia temporal y trabajo: la autorización en circunstancias «normales» y en circunstancias «excepcionales».
    - 2.3. La residencia permanente y la prestación de servicios profesionales: el principio pleno de igualdad de trato.
    - 2.4. El régimen especial de los trabajadores transfronterizos.
    - 2.5. Otros supuestos especiales: trabajo de estudiantes o investigadores con visados de estudios y solicitantes de asilo.
    - 2.6. Las excepciones a la autorización de trabajo y supuestos excluidos del requisito de la situación nacional del empleo.
  3. La nueva configuración de la «situación nacional de empleo»: el incierto «Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura».
  4. El acceso al mercado de trabajo por el sistema de cupos: los acuerdos de contingente y los visados por búsqueda de empleo.

5. El reforzamiento de la participación de los interlocutores sociales en las políticas de regulación de los flujos inmigratorios laborales: la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración.

VIII. El control de la inmigración irregular: la potestad sancionadora de la Administración en el ámbito de la extranjería.

1. El régimen común de infracciones y sanciones en materia de extranjería: el influjo de la comunitarización.
2. Infracciones y sanciones en el orden social y vigilancia laboral: la continuidad de una incierta dualidad de regulaciones.

IX. Formas de salida del territorio.

1. Devolución y retorno.
2. Obligaciones de los transportistas en los casos de salidas obligatorias.
3. La salida voluntaria.

X. Reflexión final.

## I. INTRODUCCIÓN

La ordenación del complejo fenómeno inmigratorio se asienta sobre dos profundas contradicciones, que están en la raíz de las fuertes tensiones y la extrema inestabilidad de este ámbito normativo, siempre tan viciado como inefectivo. La primera puede formularse así: mientras que todos los Estados democráticos aceptan el «*derecho a emigrar*» –derecho de libertad–, esto es, a salir libremente de un Estado, en cuanto se considera un derecho básico en el Derecho Humanitario Internacional, ninguno reconoce hoy un auténtico «*derecho a inmigrar*» –derecho de solidaridad social–, esto es, el derecho a entrar con igual libertad a otro Estado. La libertad de salida no se corresponde, pues, con una equivalente libertad de entrada, de modo que los Estados se reservan el control del acceso de personas provenientes de otros Estados mediante un régimen específico, por lo general restrictivo.

La segunda contradicción radical apunta en un sentido parcialmente diverso u opuesto a la primera y la podemos formular del siguiente modo: mientras que este régimen de control de signo restrictivo tiene como presupuesto, por lo general, la *protección de la situación preferente de empleo* de los nacionales del Estado de destino, en la práctica totalidad de los países *las acuciantes necesidades de crecimiento económico y de flexibilización de sus mercados de trabajo*, así como cada vez más de viabilidad de sus sistemas de pensiones, *reclama una mayor apertura a los flujos inmigratorios*. La reducción de la población europea, su envejecimiento progresivo, la pérdida de competitividad y las exigencias de segmentación de los mercados de trabajo «presionarían» para incrementar la «fuerza de trabajo» inmigrante –la realmente empleada y la «de reserva»–. Aunque podemos encontrar diferentes políticas migratorias en los diversos países, diferenciadas incluso en el mismo país en atención a cada concreto momento histórico y socio-económico vivido, todas ellas aceptan la inmigración estrictamente basada en la necesidad de cobertura de puestos de trabajo generados por su economía de mercado.

En este contexto, el fenómeno de la inmigración en España está experimentando un proceso de convergencia con lo sucedido en otros países europeos. Como ellos, nuestro país somete permanentemente a modificaciones su legislación, por lo general con vista a controlar estos flujos en atención a las necesidades del mercado de trabajo, buscando, de momento con escaso éxito, diferenciar la inmigración legal –la reclamada por la economía de mercado– de la inmigración ilegal –la esplotada por fenómenos de explotación social–. A este objetivo responde el *Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre*, que aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social –RLOExIS, a partir de ahora–.

En términos bastante análogos a lo que en su momento significó, en 1996, la aparición del Reglamento de desarrollo de la nefanda «Ley de Extranjería» de 1985, este Real Decreto, largamente esperado, responde básicamente a dos grandes objetivos:

1. El primer objetivo es ofrecer *una profunda y sistemática reordenación de los procedimientos administrativos* que rigen esta procelosa materia, sea los de concesión de autorizaciones, los de visado, residencia y trabajo, sea el del régimen sancionador.

A juzgar por las proclamaciones de la fuente de producción de esta norma –como siempre poco verificables en el texto articulado y aún más ajenas a la realidad práctica–, sería hora ya no sólo de adecuar esta prolija normativa –nosotros diríamos que disparatada– «a la realidad» de la inmigración, sino también, y sobre todo, más transparente, esto es, «más accesible a sus destinatarios» (EM, párr. 4.º). El objetivo, si fuera constatable en la concreta regulación, sería de lo más loable, porque si su conocimiento –comprensión– por los especialistas resulta más que difícil insufrible, su cumplimiento resulta «martilleante» para quienes tienen que aplicarlo y, todavía mucho más, «doloroso» incluso, para quienes están llamados a cumplirlo, empleadores y sobre todo inmigrantes.

2. El segundo es establecer un *procedimiento de «normalización» de la situación socio-laboral de los inmigrantes* que, aun conviviendo y trabajando entre nosotros, no están en situación de legalidad –no tienen «en regla los papeles»–.

La cruda –y muchas veces cruel– realidad de un creciente número de personas procedentes de países extracomunitarios «que hoy se hallan en territorio español y carecen de autorización» para hacerlo, aunque incluso estén realizando una actividad económica, estaría en la base de la necesidad nuevamente sentida por los poderes públicos de «excepcionar» la regulación general prevista para encauzar correctamente los flujos inmigratorios, en particular los laborales. En todo caso, esta posibilidad siempre quedará vinculada «a una futura relación laboral». Por supuesto, queda claro –al autor del Reglamento, pero para nadie más, ni tan siquiera para los que han participado en su elaboración mediante el resaltado proceso de negociación del mismo– que esto sólo será por un período transitorio –3 meses– y para arreglar «el desaguisado» del Gobierno anterior en esta materia. Una vez puesto el «contador a 0» de la inmigración ilegal, por enésima vez se nos quiere hacer creer que los «*únicos mecanismos de acceso a una autorización de residencia serán los establecidos de manera estable en el Reglamento*», reformulados conforme al primer objetivo indicado.

El lector mínimamente informado, no ya sobre la regulación en materia de «extranjería e inmigración», sino simplemente de la realidad que le circunda, y aún más el que cuenta con criterio propio –lo que no será bien escaso para los seguidores de esta Revista–, sabe que, muy por encima de las declaraciones ampulosas, tentación que ningún gobernante parece poder vencer, y polémicas nominalistas al margen –como la poco sutil diferencia entre «regularización» y «normalización»–, estamos ante dos finalidades recurrentes. Se trata de auténticas constantes históricas de todos los esfuerzos de regulación emprendidos en esta compleja y conflictiva materia, que ya son 6 en dos décadas, desde 1985 a 2005, produciéndose el grueso de las mismas –4– en los últimos 4 años. Pero también «constantemente» incumplidos.

Como intentaremos acreditar aquí en un estricto plano técnico-jurídico, y anticipando una conclusión, no hay ni una sola razón seria, antes bien todo lo contrario, para confiar en que en esta ocasión, no obstante el angelical optimismo legislativo –también «marca común» de todos los procesos de reforma–, sí se van a satisfacer. Asimismo, es difícil ocultar respecto de esta nueva norma reglamentaria otro mal que parece ya endémico en todo este ámbito regulador, y es el carácter viciado que suele asumir ya desde la misma técnica reguladora –amén de recordar que parte importante de la LOExIS sigue pendiente de pronunciamientos constitucionales que probablemente evidencien su ilegitimidad, en la línea de lo ya apuntado por la reciente doctrina tanto del Comité de Libertad Sindical como del TC–.

En efecto no se nos antoja fácilmente explicable que una reordenación aparentemente tan relevante se haga desde la instancia reglamentaria, por más «autonomía» que desde siempre han tenido los Reglamentos de Desarrollo de las Leyes de «Extranjería» –y ahora de Integración Social–, en vez de hacer una nueva LOExIS. La maniobra de distracción consistente en reclamar la atención sobre el sentido de este Reglamento, que buscaría no tanto o no sólo la coherencia con la LOExIS sino con su marco de referencia global, atendiendo especialmente al acervo de la Unión Europea sobre la materia, no parece suficiente para escapar a esta sospecha de inicio. Una fundada sospecha que, sin prejuzgar su mayor o menor bondad en el plano de política jurídica, luego se ve confirmada en algunos aspectos del desarrollo, como por ejemplo cuando reabre extraordinarios márgenes de discrecionalidad a la Administración, y que en cualquier caso no puede quedar amparada por la técnica de elaboración seguida, cual es la de contar con «un altísimo grado de concertación entre diferentes fuerzas políticas, agentes sociales y organizaciones no gubernamentales», que habrían participado mediante un proceso de negociación del que habría resultado, al parecer, «*la conformidad con el conjunto de la regulación laboral de la inmigración contenida en esta norma*».

De nuevo quedamos perplejos ante la limitada conciencia práctica de la realidad que parece evidenciar el «legislador» de esta norma. Pero, en cualquier caso, no es denunciar esta incapacidad de los gobernantes españoles de afrontar con mayor rigor técnico, coherencia normativa y eficacia socio-económica la imprescindible reordenación de la política migratoria española, por supuesto en el marco del creciente proceso de comunitarización de la misma, si bien todavía *in fieri*, el propósito que tiene este trabajo, sino dar a conocer cuáles son las principales novedades que se han producido en esa prometida reordenación o renovación de todas las «piezas» técnicas, normativas e institucionales del *puzzle* regulador de la inmigración –hay que recordar que actualmente concurren tres leyes para determinar el régimen legal–. De este modo, damos continuidad a los últimos trabajos realizados en este mismo sentido por los autores respecto de las reformas operadas por la Ley Orgánica 14/2003 en la LOExIS (LO 4/2000), cuya DA 13.<sup>a</sup> recoge el mandato al Gobierno para aprobar el RLOExIS <sup>1</sup>.

La extensión, complejidad y abigarramiento –estamos convencidos de que menos necesario de lo que se nos quiere hacer creer, de modo que una simplificación, a demás de «remodificación»

<sup>1</sup> Vid. nuestro comentario «Una nueva reordenación del régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España: Comentarios a la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre». En *Las reformas socio-laborales del final de la legislatura*. Ed. Estudios Financieros. Madrid, 2004, págs. 69 y ss.

del mismo, ayudaría a sus destinatarios, aplicadores y obligados– de la regulación impide ofrecer aquí un análisis exhaustivo de la misma, que está mereciendo un estudio más monográfico. Aquí será suficiente con realizar una visión panorámica, pero no por ello menos rigurosa e ilustrativa, tanto de las referidas novedades, cuanto de los principales problemas aplicativos que suscita y, por supuesto, de las soluciones que se proponen para hacer meridianamente comprensible una regulación muy difícil de interpretar y, lo que es peor aunque consecuente, de aplicar. La limitada experiencia aplicativa de la normativa recientemente aprobada –entró en vigor el 7 de febrero–, en especial del proceso de normalización, ya deja bien a las claras estas deficiencias y disfuncionalidades, que sin duda harán especialmente urgente una reforma global.

En todo caso, y como nueva anticipación, sí queda claro que cambian las reglas pero no cambia ni un ápice el modelo regulador –casi absoluta confianza en la contratación en origen y necesidad de un visado que incorpora una autorización para residir y trabajar, en el marco del protagonismo regulador del acuerdo de contingentes. No obstante, sí hay una gran novedad sustancial, si bien ya introducida por la reforma legal: el proceso de autorización no sólo se abre «para dejar trabajar» sino también, aunque limitadamente, «para buscar empleo», conforme al novedoso y esperanzador –pero en una próxima reforma, no en ésta– visado por búsqueda de empleo.

## II. SENTIDO, ALCANCE Y ESTRUCTURA DEL REAL DECRETO 2393/2004: UNA VISIÓN PANORÁMICA DE LAS NOVEDADES REGLAMENTARIAS

### 1. Las «razones» de la nueva regulación.

Ni como «principio ético» ni como auténtico «derecho» se discute hoy la libertad de toda persona para poder salir de su país, cualquiera que sea la razón que la justifique, incluso la del loable propósito de lograr fuera de su lugar de origen las condiciones de vida y de trabajo dignas que en este ámbito se le niega. El gran problema surge, como advertíamos al inicio de este trabajo, cuando nos topamos con una dura realidad, que reduce sustancialmente el sentido y alcance de este derecho de libertad. Ese mismo Ordenamiento Internacional reconoce a cada Estado, aun en el marco de principios y derechos de la persona comunes e imperativos, una amplísimo margen de decisión –régimen de soberanía– para establecer quién tiene derecho y quién no a entrar en su territorio y moverse en el interior de sus fronteras, beneficiándose del conjunto de derechos que reconoce a los que viven en ese territorio, además de imponer, como es obvio, los deberes exigibles a todos ellos. Esta contradicción es la que trata de resolver, con una orientación u otra, la legislación de «extranjería e inmigración».

Asimismo, si bien es perfectamente conocido que no todos los flujos o movimientos migratorios responden a las mismas motivaciones, sí parece influir en todos ellos una doble situación: las condiciones de «demanda» de los países de destino y las condiciones de «oferta», más o menos consciente o deliberada, de los países de origen. Aunque la inmigración es un fenómeno bastante más complejo



de lo que habitualmente se reconoce, y se practica, no hay duda de que junto a las condiciones de depresión o miseria de los países de origen, el factor que más prima es la «llamada» realizada, más o menos oficialmente, por los países de destino u origen. De entre todas las razones que alimentan esa «llamada» o demanda, sin duda la que ha venido ocupando el principal lugar ha sido la llamada –las razones– del «mercado de trabajo», con la consiguiente «cosificación» del inmigrante –«mano de obra» o factor de producción– y mercantilización del fenómeno –la inmigración como bien de mercado–.

El nuevo Reglamento no iba a ser menos y, con especial sinceridad –casi crudeza– y extremado realismo, ha dejado «certificado» que en la «*arquitectura del sistema migratorio actual, la admisión de nuevos inmigrantes en nuestro país está fundamentalmente basada en la **necesidad de cobertura de puestos de trabajo***» –las razones del *cupo de mercado*–. El Reglamento, de forma estable o general, no pretende –o no consigue– alterar el modelo tradicional de regulación: los inmigrantes que quieran trabajar aquí «**deberán venir en origen con visado**» –si no lo tienen deberán volver por él– que «*les habilite para trabajar o para buscar un empleo*».

Aunque se nos promete «a bombo y platillo», aderezado con el énfasis puesto en el «altísimo grado de concertación» social adquirido por la regulación reglamentaria, una revisión sistemática que incorpora «importantes novedades», los cambios no suponen más que una reordenación de las «piezas procedimentales» de muy relativo alcance práctico. Las principales piezas afectadas son:

- Los *procedimientos de autorización*, de residencia y trabajo, para la regulación permanente de los flujos migratorios.
- La *situación nacional de empleo* como condicionante estructural de todo el entramado regulador de estos flujos, en especial de los laborales.
- El *acuerdo de contingente* como instrumento regulador de las contrataciones programadas.

Así, por lo que refiere a los *procedimientos administrativos*, de nuevo, como reconociera la última reforma legal, se nos promete la incorporación de novedades que pretenden «*agilizar las autorizaciones*» de residencia y trabajo, especialmente las «*basadas en vacantes para las que los empresarios no encuentren trabajadores residentes*» –mantenimiento del principio de preferencia del empleo nacional (o comunitario)–, por un lado, y paralelamente *aumentar el control en la concesión* de dichas autorizaciones, por otro, en particular a través de una mayor –pero de eficacia incierta o dudosa– implicación de la Administración de Seguridad Social. De este modo, la verificación o comprobación de las relaciones de encuadramiento social del inmigrante, a través de la correspondiente afiliación y el alta del trabajador, adquiere «*un carácter de control frente a las ofertas ficticias*». Con ingenuidad, se ha creído que con estas «prevenciones se podrá evitar que puedan solicitar y obtener autorizaciones quienes no tienen una verdadera intención de iniciar una relación laboral».

Por otro lado, se ha redefinido la «*situación nacional de empleo*», que es eje cardinal sobre el que se asienta toda la ordenación en cuanto principal garantía no sólo de la preferencia por los ya residentes, sino de adaptación óptima de la regulación a las exigencias o necesidades del mercado de trabajo, razón principal de la reordenación. Aunque se busca hacer de este instrumento «un diag-

nóstico riguroso» y eficiente del mercado de trabajo español, lo cierto es que se ha buscado una fórmula –la del *Catálogo de Cualificaciones de Difícil Ocupación*–, de muy difícil diseño y aún más compleja –e incierta– implantación, además de no preverse una coordinación adecuada con el marco normativo ordenador de la formación profesional. Finalmente, de reducido calado es la regulación innovadora del «*Contingente*», figura discutida y discutible pero que se mantiene casi inmodificada, sin perjuicio de la concreción dada, aunque insuficiente y desenfocada, de los novedosos «*visados para búsqueda de empleo*».

En definitiva, en lo sustancial, no se altera el entramado que tantos problemas ha generado, y aún generará más, para una regulación permanente, esto es, estable y creíble de la inmigración laboral. El proceso de negociación o concertación social, cuyos meritorios tanto se alaban en la propia EM, y que han caracterizado la elaboración de este Reglamento, permitía albergar más esperanzas. La mayor implicación de los agentes sociales apenas ha dado más fruto que un nuevo ámbito institucional –la *Comisión Laboral Tripartita de Inmigración* (DA 15.<sup>a</sup> RLOExIS)–.

Se dirá que la necesidad de «coherencia» con una «mala» ley –en última instancia, el autor de la norma reglamentaria no puede olvidar que está cumpliendo el mandato de estricto desarrollo legal dado por la DA 3.<sup>a</sup> de la LO 14/2003, que reformó la LOExIS– no permitía ir más allá. Pero lo cierto es que, por enésima vez, la ansiada prioridad de la inmigración legal –desde Tampere lugar tan común como incumplido de todos los textos normativos y políticas inmigratorias, sea del signo o color que sean– se hace estableciendo un prolijo, alambicado y trabado proceso burocrático-administrativo que más desincentiva que anima. Ni en el plano represivo, a través de instrumentos más eficaces para perseguir a los culpables –no a las víctimas–, ni mucho menos en el plano de la protección social de las víctimas, el nuevo texto está en condiciones de garantizar un control o reducción de la inmigración irregular.

Es verdad que, para tratar de evitar los efectos perniciosos –y desestabilizadores socialmente– de una aplicación a ultranza de esta normativa de control, se ha previsto un «proceso de normalización» de quienes no contando con las debidas autorizaciones sí acreditan, una vez más, «una vinculación cierta y comprobable con el mercado de trabajo». Ilusamente, decíamos, el autor del texto normativo reitera que a partir de la finalización de vigencia de esta norma transitoria y excepcional no quedará margen alguno para la irregularidad, pues «*los únicos mecanismos de acceso a una autorización de residencia*» serán los establecidos «establemente» en el Reglamento.

Vamos a comprobar de manera inmediata que, no obstante la «satisfacción» confesada por el Gobierno al contabilizar ya más de 180.000 solicitudes, no se cumplirán las elevadas expectativas sobre el número de beneficiarios reales del proceso de «regularización» o «normalización» –que tanto monta, monta tanto, pese al disolvente discurso oficial–, si se hace una aplicación estricta de los rígidos criterios establecidos. El proceso de normalización –objeto también de críticas por los «socios» de la Unión Europea (en adelante UE)– será más restrictivo y excluyente de lo «vendido» oficialmente. Asimismo, tampoco puede albergarse confianza alguna en que el pretendido «nuevo» sistema de procedimientos de autorización, algunas de cuyas novedades suponen mayor rigidez que el precedente, pueda estar en condiciones de afrontar con plena eficacia la canalización de la inmigración de forma regular.

## 2. Estructura y contenidos del Real Decreto 2393/2004.

Para «ordenar» todos estos objetivos, y como ya sucediera con otros precedentes, el Real Decreto 2393/ 2004 tiene una estructura normativa algo caótica. La norma reglamentaria cuenta con un **Artículo único** como cuerpo normativo, y, como disposiciones «extravagantes» o de cierre, **3 Disposiciones Transitorias, 1 Disposición Derogatoria, 4 Disposiciones Finales**. Los aspectos más relevantes son:

*1. Aprobación del Reglamento* de la LOExIS (art. único) y fijación de algunos aspectos de técnica jurídica para su vigencia y aplicación efectiva y coherente.

El artículo único no sólo aprueba el Reglamento, cuyo cuerpo normativo recoge, sino que también delimita su *ámbito de aplicación*. Éste se amplía, con carácter supletorio o como norma más favorable, a los beneficiarios de regímenes comunitarios, regulados en el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, y con carácter supletorio a los beneficiarios del derecho de asilo –L 5/1985, como modificada por la L 9/1994–.

También como reglas de aplicación coherente han de entenderse algunas de las disposiciones de cierre habituales en este tipo de normas. Así, queda *derogado* de forma explícita el anterior Reglamento –aprobado por el RD 864/2001–, y cuantas disposiciones, de igual o inferior rango normativo, se opongan al nuevo (DDÚ). Asimismo, se autoriza a las Administraciones competentes para proceder al correspondiente «*desarrollo normativo*» (DF 1.<sup>a</sup>). Se prevé expresamente que cuando no haya una atribución de competencias en exclusiva sea, previo informe de la Comisión Interministerial de Extranjería, el Ministerio de la Presidencia, mediante Orden, el responsable de la norma de desarrollo, como ha sucedido con el desarrollo del proceso de normalización, por ejemplo –OM PRE/140/2005, de 2 de febrero–.

Finalmente, aparece la inexcusable *regla de vigencia* (DF 4.<sup>a</sup>). A tal fin, el Real Decreto contiene dos reglas diferentes: con carácter general, la entrada en vigor de lo dispuesto en esta norma –y del RLOExIS– se producirá al mes de su publicación –por tanto, el 7 de febrero de 2005, pues apareció en el BOE el 7 de enero, algo más tarde de lo previsto–; como regla especial, lo dispuesto en el artículo 45.2 a) RLOExIS –*autorización de residencia temporal por arraigo laboral durante un período mínimo de 2 años*–, entrará en vigor a los *6 meses de estar vigente* éste –por tanto, el *7 de agosto de 2005*–. Debe tenerse en cuenta, igualmente, que la vigencia de lo previsto en la DT 3.<sup>a</sup>, el proceso de normalización, es tan sólo de 3 meses desde la entrada en vigor del RLOExIS –por tanto, *hasta el 7 de mayo*–.

*2. Régimen de Derecho Transitorio* para las situaciones previas a la entrada en vigor de la nueva regulación reglamentaria (DDTT, 1.<sup>a</sup> y 2.<sup>a</sup>).

A la regla que fija, en coherencia con exigencias de seguridad jurídica, la continuidad de la validez de los «permisos, autorizaciones o tarjetas» habilitantes para acceder, residir y trabajar en

nuestro país y concedidos antes de la entrada en vigor de la nueva norma reglamentaria (DT 1.<sup>a</sup>), se añade una norma que pretende favorecer la aplicación retroactiva de la nueva norma. En este sentido, se concede a las personas incluidas en su ámbito de aplicación el *derecho a optar* por lo dispuesto en esta regulación recientemente aprobada, a los efectos de tramitar las solicitudes relativas a su documentación ya presentadas con anterioridad a la vigencia del nuevo Reglamento. Naturalmente, esta posibilidad presupone el entendimiento del carácter más favorable de los nuevos procedimientos para los intereses de los inmigrantes que el anterior. Esta retroactividad del RLOExIS queda condicionada a «que se acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos en él para cada tipo de solicitud» (DT 2.<sup>a</sup>).

3. *Proceso de «normalización» de los inmigrantes en situación irregular* que, a la entrada en vigor del RLOExIS, cuente con un contrato de trabajo y se hallaran entre nosotros al menos 6 meses antes de su entrada en vigor (DT 3.<sup>a</sup>).

Será objeto de inmediato de un comentario descriptivo y crítico de su ordenación. Desde su temprano anuncio ha sido objeto de fuertes críticas, dentro de España y en el resto de países de la UE.

4. Establecimiento de un mandato a la Administración en materia para fijar un *sistema de gestión ágil y transparente, mediante una aplicación informática común* (DF 2.<sup>a</sup>)

Qué duda cabe de que una de las mayores críticas que se hacen, con total razón, a la ordenación de las situaciones de los extranjeros inmigrantes en España es la enorme complejidad y la dilación extrema de los procedimientos de tramitación de los documentos para residir y trabajar. El funcionamiento actual sigue siendo, pese a todas las reformas y buenas intenciones en esta materia, un ejemplo de «burocracia decimonónica», muy alejada de lo que debe ser una Administración moderna y eficaz, y por supuesto al margen de las exigencias de tratamiento personalizado y eficaz que requiere la trascendencia social, económica y humana de esta materia. A fin de tratar de corregir esta lamentable situación, ahora se nos promete, en «el plazo máximo de un año», una «aplicación informática común», coordinada por el Ministerio de Administraciones Públicas, tanto para agilizar la gestión como para ampliar su transparencia (DF 2.<sup>a</sup>).

5. *Introducción de nuevas modificaciones en el régimen de asilados y refugiados*, mediante la reforma de algunos aspectos del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984 –RD 203/1995–.

Como reconoce la EM, estos nuevos retoques de esta singular regulación de la materia inmigratoria –la inmigración por razones políticas– obedece básicamente a dos motivos. El primero, la necesidad de adaptarla a lo dispuesto en la Directiva 2003/9/CE, del Consejo, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros. El segundo, la conveniencia de mantener una regulación coherente o armónica entre el régimen de autorización de permanencia por razones humanitarias previstas en la legislación de asilo, y el régimen de autorización de residencia temporal por razones excepcionales previstas en la regulación general de inmigración, algunos de cuyos supuestos se han modificado en sentido más favorable que la regulación anterior.

Varios son los preceptos modificados. Unas modificaciones tienen un alcance eminentemente formal y competencial, mientras que otras lo son en el plano sustancial. Las modificaciones afectan a los artículos 2.3, *párrafo c*); 3, *párrafo g*); 15, *apartados 1 y 3*; 22, *apartado 2*; 23, *apartado 2*; 30; 31, *apartados 3, 4 y 5*.

### III. UNA EXCEPCIÓN POTENCIALMENTE «MASIVA» A LA REGLA GENERAL DE ORDENACIÓN DE FLUJOS MIGRATORIOS: EL «NUEVO» PROCESO DE NORMALIZACIÓN SOCIO-LABORAL

La permanencia prolongada de inmigrantes en situación de irregularidad o ilegalidad en nuestro territorio, con la consiguiente contratación «clandestina» de su prestación de servicios, genera graves problemas de toda índole, no sólo éticos y sociales, sino también jurídicos, sea en el ámbito penal sea en el ámbito laboral y de Seguridad Social. La vulneración de la ley no sólo provoca el célebre «efecto llamada» para los nuevos inmigrantes ilegales –convencidos de que más temprano que tarde serán «regularizados»–, sino que la propia indefensión de los inmigrantes ilegales les hace sujetos de explotación y les lleva a recaer en el mundo de la mendicidad y de la delincuencia. Por supuesto no es que la inmigración se identifique, como algunos pretenden, con la delincuencia, ni el «inmigrante» con el «criminal», sino que lo que ocurre es que la situación especialmente negativa de acogida empuja a un importante número de inmigrantes hacia este mundo oscuro <sup>2</sup>.

Puesto que la inmigración ilegal es fácil «carne de cañón» para la explotación humana, se suscita intensos sentimientos encontrados, unos de justicia, otros de equidad, de pragmatismo y solidaridad. Ante esta situación, no hay Gobierno, sea del signo que sea y sea cual sea su política inmigratoria que no sienta la tentación de «poner el contador a 0» y regularizar o «normalizar» situaciones fácticas, de modo que al tiempo se pone coto a intolerables situaciones de marginación, precariedad y explotación de unas personas –inmigrantes– por otras –autóctonas–. Así lo hizo el Reglamento de 1996 que, como éste, trató de reordenar los dislates legales, y así sucedió con la Ley Orgánica 4/2000, y con el RLOExIS derogado –«procedimiento para la regularización de los extranjeros»: 1985, 1991, 1996, 2000, 2001–.

En todos se ha evidenciado una infravaloración de la inmigración ilegal en nuestro país –ha habido más solicitudes que el número estimado de extranjeros en situación irregular–, si bien en este podría ocurrir lo contrario. Sean cuales sean los números finales, lo que está claro es que tendrán menos opción de las que se prevén –y temen otros países comunitarios–. Siempre se ha expresado el carácter deseable de que fuera la última –así lo expresan ingenuamente todos los impulsores públicos, y todos se han equivocado, y no hay razón para que no vuelva a suceder ahora, más aún, tal y como ha quedado la regulación (más restrictiva y más discrecional)– y en esta ocasión no lo iba a ser menos. Pese al cambio de denominación, estamos ante un nuevo episodio de regularización para hacer frente a la «gran bolsa» de irregulares existente en nuestro país.

<sup>2</sup> Más del 30 por 100 de la población reclusa es inmigrante, cuando no llega al 6 por 100 el porcentaje de dicha población sobre el total de la población española.

Los requisitos, cuya aplicación evidencia problemas serios, son (DT 3.<sup>a</sup>, OM PRE/140/2005, de 2 de febrero, de desarrollo del procedimiento aplicable al proceso de normalización):

- *Que el trabajador figure empadronado en un municipio español, con al menos 6 meses de anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento –límite el 7 de agosto de 2004–, y se encuentre en España en el momento de realizar la solicitud.*

Este requisito suscita en estos momentos fuertes críticas por su «irrealismo». En este sentido, la concurrencia del mismo no va a ser tan fácil como podría creerse por la facilidad con que se puede realizar el empadronamiento en nuestros municipios. Como reacción a la última reforma legislativa que abrió el Padrón a la policía muchos abogados, y servicios jurídicos de atención de inmigrantes, han recomendado la no inscripción. Esta práctica difundida puede suponer un fuerte revés para las pretensiones iniciales de articular un proceso normalizador amplio e incluyente. Una rígida interpretación de este requisito, sin embargo, entendemos que resulta incoherente con nuestro sistema, que admite otras formas de demostrar la presencia efectiva en España en la fecha requerida. En consecuencia, una interpretación teleológica y sistemática debe admitir otras formas de acreditación fehaciente.

- *Que el empleador haya firmado con el trabajador un contrato de trabajo cuya eficacia –esto es, sus efectos– estará condicionada a la entrada en vigor de la autorización de residencia y trabajo solicitada. Una vigencia que, además, está condicionada a que se cumpla el requisito de afiliación y/o alta.*

En el contrato de trabajo, el empresario se comprometerá, con independencia de la modalidad contractual y tipo de contrato utilizado, al mantenimiento de la prestación laboral por un período mínimo de 6 meses, salvo en el sector agrario, en el que el período mínimo será de 3 meses. En los sectores de la construcción y de la hostelería, el cumplimiento del compromiso de mantenimiento de la prestación laboral de 6 meses podrá llevarse a cabo dentro de un período máximo de 12 meses –en términos análogos a lo previsto para el contrato eventual en el art. 15 LET–. El contrato sólo será eficaz desde el momento en que se conceda la autorización de trabajo y residencia, y se produzca el encuadramiento en Seguridad Social. Se admite la contratación a tiempo parcial, siempre que quede garantizada una duración global equivalente de la prestación de servicios, computada durante toda la vigencia de la autorización.

En el ámbito del servicio de hogar familiar, también se prevé este procedimiento transitorio, bajo determinadas circunstancias. A diferencia de lo que sucede con los demás sectores, en los que es el empleador el único legitimado para realizar la solicitud de normalización, cuando se trate de trabajadores –por lo general serán del género femenino– para el servicio doméstico, si prestan sus servicios para más de un titular de hogar familiar, serán ellos/as mismos/as las que podrán instar la solicitud. Es precisamente este sector de la inmigración, que adolece de una particular «precariedad», avalada por los mismos déficit de protección legalmente mantenidos, donde mejor está funcionando el proceso de «normalización», lo que está dejando importantes puntos oscuros e instrumentaciones fraudulentas.

- Que se cumplan *los mismos requisitos que se exigen con carácter general para obtener una autorización de residencia temporal y trabajo* (art. 50 RLOExIS), salvo la situación nacional de empleo –la exención de que no se encuentren irregularmente carece de sentido, porque es el presupuesto del proceso–.

La nueva regulación dista mucho de haber simplificado o aligerado estos requisitos o cargas. Por lo que, en potencia y a reserva de la práctica, más o menos flexible –o discrecional (o arbitraria)– que lleve a cabo las autoridades, el número de beneficiarios reales será menor que el pronosticado o previsto.

A simple título de ejemplo, el requisito de carecer de antecedentes penales en España y en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español, además de compadecerse mal con el fin de reeducación o reinserción de las penas, está planteando grandes quebraderos de cabeza por la dificultad de su tramitación –recuérdese que sólo hay 3 meses para beneficiarse de este proceso excepcional–, y por la multiplicación de abusos y estafas al respecto. De ahí, que se haya aceptado la solicitud sin tener en el momento de la presentación de la misma tal requisito. Conforme a la jurisprudencia más reciente, cabe entender que en tal documento deberán figurar condenas firmes, descartándose la mera pendencia de un proceso penal, requisito exigido, *ultra vires*, en el anterior proceso de regularización de extranjeros (STS, Sala 3.<sup>a</sup>, de 13 de octubre de 2004, que declaró nulo el art. 1.1.3.<sup>a</sup> RD 239/2000, y que sin duda ha sido tenida en cuenta en el nuevo proceso de «regularización») <sup>3</sup>.

Por lo que hace a los *sujetos legitimados* para solicitar esta autorización inicial, temporal y excepcional, con carácter general se atribuye a los empleadores que pretendan contratar a un extranjero. Esta condición ha sido objeto también de importantes críticas, en la medida en que supone en cierta medida poner la suerte o el futuro de los inmigrantes en manos de aquellos empresarios que, paradójicamente, los han mantenido en situación irregular. En todo caso, parece claro que fiar el proceso a la «buena voluntad» de los empleadores puede favorecer prácticas abusivas, como las del «chantaje» laboral o el pago de «comisiones» por parte de los trabajadores que quieran regularizar su situación y vean cómo sus empleadores se resisten, salvo exigencia de una determinada contraprestación.

Como acabamos de mencionar, al mismo tiempo, se prevé un régimen especial para los extranjeros –masivamente serán «las extranjeras», insistimos– que pretendan desarrollar su actividad en el ámbito del servicio del hogar familiar, trabajando parcialmente –en otro caso siguen el régimen general de normalización– y de manera simultánea para más de un titular del hogar familiar (apdo. 2 de la DT 3.<sup>a</sup>). Estas últimas deben acreditar que reúnen los requisitos para el alta en Seguridad Social como empleados del hogar discontinuos, realizando un número de horas semanales no inferior a 30. Si los servicios se prestan a un solo cabeza de familia, los servicios deberán presentarse un mínimo de 80 horas efectivas al mes. La prestación laboral deberá mantenerse al menos durante 6 meses.

<sup>3</sup> Recogida en la *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. Núm. 263, págs. 216 y ss.

La norma regula, además, *lugar de presentación* –Oficinas de Extranjeros o cualquier otro habilitado por el Ministerio de Administraciones Públicas al efecto, para facilitar la enorme tarea que está suponiendo el proceso, de modo que es amplia la red de entidades colaboradoras, como aparece en las diferentes Guías publicadas para facilitar su tramitación–, la autoridad competente –Oficinas y Unidades de Extranjería de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno–, condiciones de la resolución y de vigencia de la autorización<sup>4</sup>. Es especialmente llamativa la fuerte intervención de los mecanismos de encuadramiento –gestión– de la Seguridad Social, auténtica condición suspensiva de vigencia de la autorización concedida. La concesión de la autorización determinará el archivo de los expedientes de expulsión pendientes, así como la revocación de oficio de las órdenes de expulsión.

Esta medida transitoria se concreta en un plazo de tres meses –7 de mayo– desde la entrada en vigor del Reglamento –7 de febrero de 2005–. Durante este período, el empleador que pretenda contratar a un extranjero podrá solicitar que se le otorgue una autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena cumpliendo las condiciones referidas. La autorización obtenida lo es por un año contado a partir de que se produzca la referida afiliación del trabajador a la Seguridad Social.

Al margen de las críticas por las deficiencias técnicas, queremos reseñar que la acogida solidaria –y no sólo mercantilizada– de los inmigrantes no puede basarse en el desconocimiento, permanente o coyuntural de las normas, a través de la tolerancia deliberada de las situaciones de inmigración irregular o ilegal para una posterior regularización o normalización, como se ha hecho hasta ahora de forma continuada, no obstante afirmarse en cada momento que ésta será la última. La polémica actual sobre si los inmigrantes constituyen una carga neta para el sector público del país de acogida o, en cambio, suponen una fuente de financiación para el mismo –aportan más, vía impuestos, de lo que reciben vía transferencias presupuestarias– se resuelve en sentido positivo en nuestro país. Por tanto, no se justifica la actitud rígida de exigir criterios tan formales como el empadronamiento, no obstante la facilidad del mismo en la práctica, ni la de exigir un tiempo mínimo de estancia previo –aquí de 6 meses– en el país para aspirar a la «normalización».

#### IV. LA «COMUNITARIZACIÓN» DE LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN Y SUS CONSECUENCIAS EN EL DERECHO ESPAÑOL

En el ámbito de la UE se está produciendo un importantísimo movimiento de reformas orientadas a rediseñar las políticas migratorias, tanto en el ámbito de la UE, que, como se verá, aspira a hacer de esta materia un espacio de regulación común, cuanto de la específica de cada país miembro, evidenciando la persistencia de notorias y notables discrepancias. España se encuentra, quiera o no (*velis nolis*), en primera línea en esta necesidad de ordenación comunitaria de la inmigración. No es de extrañar, por tanto, que la EM del Real Decreto 2393/2004 quiera resaltar que

<sup>4</sup> Para mayor detalle *vid.* Orden PRE/140/2005, de 2 de febrero, por la que se desarrolla el procedimiento aplicable al proceso de normalización previsto en la disposición transitoria tercera del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.



no sólo se trata de un texto normativo de desarrollo de la LOExIS, sino que al mismo tiempo incorpora al ordenamiento jurídico español el «*acervo de la Unión Europea sobre la materia*».

Pero con esta declaración no hace sino seguir la misma pauta –al menos en el plano del reconocimiento formal, aunque luego no siempre se corresponda, una vez más, con el real– que la actual LOExIS. Ésta también sintió la necesidad de expresar nuestro compromiso europeísta en esta materia, de modo que una razón de las reformas fuera la de adaptar paulatinamente la normativa española sobre extranjería e inmigración a las directrices comunitarias en esta materia, tras la entrada en vigor (el 1 de mayo de 1999) del Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997 (en adelante, TA) y, más particularmente, tras el transcurso del período transitorio de 5 años previsto en el artículo 67 del TCE/TA. Consciente de los compromisos que han de asumirse como consecuencia de la pertenencia a la UE, las distintas leyes de extranjería aprobadas en los últimos tiempos vienen dando cuenta de esta necesidad (en particular, LO 8/2000, LO 11/2003 y LO 14/2003) <sup>5</sup>.

Sin embargo, el RLOExIS no advierte suficientemente acerca del actual «carácter residual» de la legislación de extranjería, al menos en determinados aspectos relativos a las situaciones de los extranjeros extracomunitarios, habida cuenta de la existencia de una pluralidad de normas de origen comunitario en vigor, así como de la ya abundante jurisprudencia del TJCE sobre esta materia. Como es sobradamente conocido, aunque no siempre se actúe de modo coherente con esta obviedad jurídica, la primacía de las normas de origen comunitario debería determinar que, en la medida en que se esté en presencia de un Reglamento Comunitario, sea obligatoria su aplicación para las autoridades españolas.

En otras ocasiones, sin embargo, la norma comunitaria no desplaza a las normas de origen estatal, sino que establece la obligación para el Estado español de adaptar su normativa interna a la regulación comunitaria. En este sentido, ya hemos destacado que el Real Decreto 2393/2004 modifica determinadas disposiciones del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, aprobado por Real Decreto 203/1996, de 10 de febrero, para adaptar el Derecho español a la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo <sup>6</sup>.

Esta necesidad de adaptación se va a presentar en otros casos de gran relevancia, como sucede por ejemplo con la materia relativa a la reagrupación familiar, que exige modificaciones en la LOExIS que deberán afrontarse en el menor plazo posible <sup>7</sup>. También es destacable la asunción de

<sup>5</sup> Así lo han hecho también otros legisladores de la UE. Para el caso francés véase, D. TURPIN: «Les nouvelles lois sur l’immigration et l’asile dans le contexte de l’Europe et la mondialisation», *Revue Critique de Droit International privé*, 2004, págs. 311 y ss.

<sup>6</sup> Véase *DOCE* Serie L núm. 31, de 6 de febrero de 2003.

<sup>7</sup> Se trata de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, que debe ser transpuesta antes del 3 de octubre de 2007 (*DOCE*, Serie L núm. 251, de 3 de octubre de 2003), que requerirá la modificación de los artículos 16 a 19 de la LOExIS y, consecuentemente, de sus actuales disposiciones de desarrollo. La Directiva permite que los Estados miembros determinen el concepto de familiar de manera distinta a como se prevé en la citada norma comunitaria, que podría incluir también al ascendiente, al hijo mayor de edad, a la pareja registrada, etc. También puede citarse la más reciente Directiva del Consejo 2004/114/CE, de 13 de diciembre, 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, que debe ser transpuesta antes del 12 de enero de 2007 (*DOCE* Serie L núm. 375, de 23 de diciembre de 2004).

competencias en el ámbito, bien diferente, de la expulsión, en virtud del apartado 2.º del artículo 62 del TCE/TA, que se refiere a las medidas relativas a la estancia ilegal y a la repatriación de extranjeros <sup>8</sup>.

En cambio, el proceso de comunitarización ha incidido en menor medida en el ámbito del trabajo <sup>9</sup>. Sin embargo, se ha presentado una Propuesta de Directiva del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de los nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas por cuenta propia <sup>10</sup>.

De otro lado, la firma y ratificación por parte del Gobierno español del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985 <sup>11</sup>, y de su Acuerdo de Aplicación, de 19 de junio de 1990 (en adelante, CAAS), es otro factor que erosiona la aplicación de las reglas del Reglamento de la LOExIS relativas a las condiciones y requisitos de entrada <sup>12</sup>. La entrada en vigor de forma progresiva del CAAS dio lugar a la supresión gradual de los puestos fronterizos españoles internos, esto es, los puestos situados en el interior del espacio integrado por los países miembros de Schengen, entre los que no se encontraban sólo los comunitarios (salvo el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Irlanda y Dinamarca), sino también países no miembros de la UE –Noruega e Islandia– <sup>13</sup>. No obstante, a través de cartas al Presidente del Consejo, de 20 de mayo de 1999, 9 de julio de 1999 y 6 de octubre de 1999, el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte solicita-

<sup>8</sup> Sin embargo, como se sabe, la expulsión es una sanción que puede ordenarse por una pluralidad de motivos, entre los que se encuentran la comisión de un delito o de una falta. Por ello, la parte de la Directiva 2001/40/CE, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros Estados (*DOCE* Serie L núm. 149, de 2 de junio de 2001), que se refiere a las causas de expulsión, más concretamente, las contempladas en el artículo 3, párr. 1.º, letra a) relacionadas con infracciones penales, no puede considerarse desarrollo del nuevo artículo 63, 3.º del TCE/TA, que sólo menciona la estancia o presencia ilegal del extranjero en el espacio comunitario. Véase también la Directiva del Consejo, de 23 de febrero de 2004, por la que se establecen los criterios y modalidades prácticas para la compensación de los desequilibrios financieros resultantes de la aplicación de la Directiva 2001/40/CE relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de los nacionales de terceros Estados, cuya base jurídica también es el artículo 63, 3.º del TCE/TA (*DOCE* Serie L núm. 60, de 27 de febrero de 2004), así como la Decisión del Consejo 2004/573/CE, de 29 de abril de 2004, relativa a la organización de vuelos para la expulsión desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído decisiones de expulsión (*DOCE* Serie L núm. 261, de 6 de agosto de 2004).

<sup>9</sup> Véase extensamente sobre este particular J.L. MONEREO PÉREZ: «El Derecho social y el trabajo en el mundo de la tercera revolución industrial», en AA.VV.: *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1999, págs. 219 y ss.

<sup>10</sup> Véase, *DOCE* Serie C núm. 332, de 27 de noviembre de 2001, págs. 248 a 256.

<sup>11</sup> Acuerdo entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de Alemania y Francia, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, o Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, enmendado por distintos Protocolos de adhesión, entre ellos, el Protocolo de adhesión de España (Protocolo de Bonn, 25 de junio de 1991), *BOE* de 30 de julio.

<sup>12</sup> Firmado en Schengen, el 19 de junio de 1990. Instrumento de ratificación del Acuerdo de Adhesión del Reino de España, publicado en *BOE* núm. 81, de 5 de abril de 1994 (corrección de errores de *BOE* de 9 de abril).

<sup>13</sup> Véase sobre este particular, P. JIMÉNEZ DE PARGA MASEDA: «Reflexiones sobre la puesta en aplicación en su totalidad, el 26 de marzo de 1995, del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 22, 1995, págs. 909 y ss.

ron participar en algunas de las disposiciones del acervo de Schengen <sup>14</sup>. Más tarde, por la misma técnica de misivas, Irlanda solicitó también participar en determinadas disposiciones del acervo de Schengen <sup>15</sup>.

El «espacio Schengen» ha permitido que los nacionales de terceros Estados –no pertenecientes al citado espacio– puedan entrar al territorio de cualquier país miembro y atravesar libremente las fronteras interiores de los países parte, siempre que hayan cumplido los requisitos de entrada y posean la documentación pertinente. Como consecuencia de la reforma del TCE por el TA, gran parte de las materias que regulaba el Acuerdo de Schengen y su Convenio de Aplicación son ahora competencia específica de las instituciones comunitarias.

Por lo que respecta a la comunitarización del «acervo Schengen», el artículo 2 del Protocolo anejo al TUE y al TCE prevé su inmediata aplicación. Sin embargo, el Consejo ha de decidir por unanimidad de los Estados comunitarios que forman parte del Convenio de Schengen, cuál es la base jurídica de cada una de las disposiciones legales y decisiones adoptadas por el Comité Ejecutivo (véase, art. 2.2.º del citado Protocolo) <sup>16</sup>.

Para determinar la base jurídica que permita modificar el acervo de Schengen, el Consejo aprobó dos Decisiones, de fecha de 20 de mayo de 1999: de un lado, la Decisión 1999/435/CE, sobre la definición del acervo de Schengen a efectos de determinar la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen dicho acervo <sup>17</sup>; y la Decisión 1999/436/CE por la que se determina la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen el acervo Schengen, de otro <sup>18</sup>.

Sin embargo, la transición desde el pilar intergubernamental al pilar comunitario se está haciendo de forma deficitaria, pues se están poniendo en tela de juicio los propios postulados de constitución de las Comunidades Europeas: la delegación expresa de competencias como base para la actuación de las instituciones comunitarias. Esta situación de confusión tiene lugar como consecuencia de la pluralidad de materias comprendidas en el «acervo Schengen», sobre las que los Estados se habían puesto de acuerdo como consecuencia de su voluntad soberana.

La comunitarización del acervo de Schengen ha tenido otras consecuencias, pues no forman parte de este proceso determinados países (tanto de la UE como terceros), que eran parte de Schengen,

<sup>14</sup> Decisión 2000/365/CE del Consejo, 19 de mayo, sobre la solicitud del Reino Unido e Irlanda del Norte de participar en algunas de las disposiciones del acervo de Schengen (*DOCE* Serie L núm. 131, de 1 de enero de 2000).

<sup>15</sup> Véase Decisión 2002/192/CE del Consejo, de 28 de febrero de 2002, sobre la solicitud de Irlanda de participar en algunas disposiciones del acervo de Schengen (*DOCE* Serie L núm. 64, de 7 de marzo de 2002).

<sup>16</sup> La finalidad de esta disposición (apdo. 2.º del art. 2) está más relacionada con la función de cumplid, esto es, con la determinación de la base para poder completar las disposiciones del citado acervo, que con la estricta precisión de la base jurídica a través de la cual se ha asumido el entero entramado de normas y decisiones, denominado «acervo Schengen». El acervo Schengen delimitado para su comunitarización aparece publicado en el *DOCE*, de 22 de septiembre de 2000, con una extensión de 500 páginas.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> Véase, *DOCE* Serie L núm. 176, de 10 de julio de 1999.

motivo por el cual ha sido necesario suscribir un Acuerdo por el Consejo de la Unión Europea con la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre la asociación de estos dos Estados a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo de Schengen, aprobado por Decisión del Consejo 1999/439/CE, de 17 de mayo de 1999 <sup>19</sup>. A resultas de este proceso se ha aprobado el Acuerdo del Consejo de la UE, Islandia y Noruega con Gran Bretaña e Irlanda <sup>20</sup> así como la Decisión del Consejo de la UE, de 29 de mayo de 2000, sobre la solicitud de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de participar en las disposiciones del acervo Schengen <sup>21</sup>.

Por tanto, cuando el RLOExIS se refiere al espacio Schengen alude al conformado en la actualidad por los trece Estados a los que se refiere el Protocolo anejo al TCE, de un lado y, de otro, por el Reino de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y la República de Irlanda. Pero también por Noruega e Islandia, que forman parte del Acuerdo de Schengen (así como de las disposiciones de desarrollo que el Consejo vaya dictando).

En cuanto a Dinamarca, si bien es parte del acervo Schengen, mediante Protocolo anejo al TUE y al TCE, ha expresado su posición de quedar fuera de la aplicación de las nuevas disposiciones del Capítulo IV del TCE/TA. Sin embargo, tal exclusión no afecta a la determinación de los nacionales de terceros países que han de estar en posesión de un visado ni al visado uniforme. En segundo lugar, Dinamarca puede decidir en cada caso si participa en las disposiciones de desarrollo del acervo Schengen dentro de los 6 meses siguientes a la aprobación de una medida (art. 5 del Protocolo relativo a la posición de Dinamarca), en cuyo caso quedarán vinculados mediante una obligación de Derecho internacional público, tanto los países citados en el artículo 1 del Protocolo de incorporación del acervo Schengen, como el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte e Irlanda.

Para concluir, la comunitarización de los ámbitos del asilo y de la inmigración, de un lado, y la comunitarización del acervo de Schengen, de otro, responden a la idea de «dar cuerpo» al nuevo espacio de libertad, de seguridad y de justicia, al que ha dado vida el TA. El citado espacio es, por un lado, y en el momento presente territorialmente más limitado que el espacio Schengen (dado que todos los países integrantes de este último no son miembros del primero), pero, por otro lado, tiene unos objetivos más ambiciosos, dado que pretende garantizar estas libertades sin distinción de fronteras, esto es, en el entero espacio, sin justificar su aplicación en el hecho de que se trata de situaciones vinculadas con el espacio comunitario, sino sólo con esta nueva zona de libertad, seguridad y justicia.

<sup>19</sup> Véase, *DOCE* Serie L núm. 176, de 10 de julio de 1999. De otro lado, hay que dar también cuenta de la celebración del Acuerdo entre el Consejo de la Unión Europea, Islandia y Noruega, con Gran Bretaña e Irlanda del Norte e Irlanda, en el que se precisan cómo van a canalizarse las relaciones entre el Consejo de la Unión Europea y Noruega e Islandia, que han suscrito el Acuerdo de Schengen, con respecto al Reino Unido e Irlanda del Norte e Irlanda (o uno solo de estos Estados), para el caso de que decidan incorporar parte de las disposiciones de desarrollo del acervo Schengen, tal y como se prevé en el Protocolo anejo al TUE y al TCE, tras la promulgación del TA. Véase el texto del citado Acuerdo publicado en el *DOCE* Serie L núm. 15, de 20 de enero de 2000. Por último, el Reino de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, de un lado y, de otro, Irlanda, participan de las disposiciones de desarrollo de Schengen.

<sup>20</sup> Véase, *DOCE* Serie L núm. 15, de 20 de enero de 2000, págs. 2 y ss.

<sup>21</sup> Véase, *DOCE* Serie L núm. 131, de 1 de junio de 2000, págs. 43 y ss.

## V. ACCESO DE LOS EXTRANJEROS AL TERRITORIO ESPAÑOL Y AL «ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA»: LA ENTRADA

### 1. Delimitación de supuestos: el ámbito subjetivo de la norma.

Constituye, un presupuesto inexcusable para la aplicación (e interpretación) del nuevo Reglamento de ejecución de la LOExIS la *delimitación de cada concreta situación personal*, que requiere identificar la nacionalidad de la persona que solicita la entrada o permanencia en territorio español, así como su relación de parentesco con otras personas españolas, nacionales de un Estado parte de la UE, del Espacio Económico Europeo (en adelante, EEE) o de terceros Estados que tengan residencia legal en España. Como se sabe, los miembros de la familia, con independencia de su nacionalidad, de los nacionales de los UE y del EEE, gozan de un «derecho derivado» de circulación y de residencia en el territorio comunitario, vinculado al «ejercicio de la movilidad» por parte del miembro de la familia, nacional de un país de la UE o del EEE, al que acompañan en el Estado de acogida<sup>22</sup>. Estos últimos son los beneficiarios de las libertades comunitarias, significativamente, de la libre circulación de personas, de la libertad de residencia y de la libre circulación de trabajadores.

Con respecto a los nacionales de los Estados parte del EEE y los miembros de su familia (con independencia de su nacionalidad), es preciso hacer referencia a su equiparación a los nacionales de los Estados comunitarios, en virtud del Tratado sobre el EEE, a través del cual se hacen extensivas las libertades comunitarias también a los nacionales de los citados Estados<sup>23</sup>. No obstante, en referéndum popular Suiza no firmó el Convenio de Oporto, pero ha suscrito recientemente un Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, que entró en vigor el 1 de junio de 2002<sup>24</sup>. En la actualidad, tres de los países originariamente pertenecientes al EEE son miembros de la UE (a excepción de Noruega, Islandia, Suiza y Liechtenstein), de otro lado, Noruega e Islandia forman parte del espacio Schengen<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Cuando se alude a las personas que tienen la nacionalidad de un país comunitario, hay que referirse también al reciente proceso de ampliación de la UE. Véase el Acta relativa a las condiciones de adhesión a la Unión Europea presentadas por la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca y el Dictamen de la Comisión, de 19 de febrero de 2003 (DOCE Serie L núm. 236, de 23 de septiembre de 2003). No obstante, el Tratado de Atenas prevé su progresiva incorporación a la libertad de circulación de personas que, por tanto, por el momento, carece de efectividad alguna (véase BOE de 31 de diciembre de 2003).

<sup>23</sup> El citado Tratado está publicado en el DOCE Serie L núm. 1, de 3 de enero de 1994. El Acuerdo constitutivo de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), fue firmado el 4 de enero de 1960 en Estocolmo y entró en vigor el 3 de marzo del mismo año. Sus miembros originarios fueron: Austria, Dinamarca, Noruega, Portugal, Suecia, Suiza y Liechtenstein (que forma una Unión Aduanera con Suiza) y el Reino Unido. Finlandia llegó a ser miembro asociado en 1961 e Islandia se convirtió en miembro en 1970.

<sup>24</sup> Se trata del Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación suiza, por otra (DOCE Serie L núm. 114, de 30 de abril de 2002).

<sup>25</sup> Por este motivo, han celebrado (con el Consejo de la Unión Europea) un Acuerdo, de 18 de mayo de 1999, sobre la asociación de la República de Islandia y el Reino de Noruega a la ejecución y desarrollo del acervo de Schengen. La pertenencia de Islandia y Noruega al espacio Schengen, así como la firma del acuerdo anteriormente citado, han motivado la Decisión 2000/29/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa a la celebración de un Acuerdo con la República de Islandia y el Reino de Noruega para la determinación de los derechos y obligaciones entre Irlanda y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por un lado, y la República de Islandia y el Reino de Noruega, por otro, en los ámbitos del acervo de Schengen que se apliquen a estos Estados (DOCE Serie L núm. 15, de 20 de enero de 2000).

Por tanto, las nuevas normas reglamentarias recogidas en los artículos 1 a 20 sólo se aplican para determinar las formalidades y requisitos de entrada, estancia y permanencia de los nacionales de terceros Estados, quedando fuera de su ámbito de aplicación los nacionales de terceros Estados miembros de la familia de un español, de una persona que posea la nacionalidad de otro país comunitario o de un Estado perteneciente al EEE. Tales situaciones están comprendidas en el ámbito del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero <sup>26</sup>. Queda a salvo una eventual aplicación, sea con carácter supletorio sea por el principio de norma más favorable, conforme indica el punto 2 del artículo único del Real Decreto 2393/2004, por el que se aprueba el RLOExIS.

En cuanto a los familiares que se benefician del derecho comunitario a la libertad de circulación y de residencia de forma derivada, se trata de los comprendidos en el artículo 2 del citado Real Decreto 178/2003: en primer lugar, el cónyuge, siempre que no esté separado de hecho <sup>27</sup>; en segundo extremo, los descendientes propios y descendientes de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, sean menores de 21 años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas; y, por último, los ascendientes y los del cónyuge, siempre que no estén separados de derecho y vivan a sus expensas, con excepción de los ascendientes de los estudiantes –y cónyuges– <sup>28</sup>.

De otro lado, tampoco se aplican en todo caso las nuevas disposiciones de ejecución de la LOExIS a las personas nacionales de terceros Estados, que solicitan entrar y permanecer en el territorio español, pues tales reglas han sido desplazadas por las normas comunitarias aprobadas por las instituciones comunitarias, que son el resultado de la creación de un «espacio de libertad, seguridad y justicia», que ha tomado cuerpo tras la aprobación –el 2 de octubre de 1997– y posterior entrada en vigor –el 1 de mayo de 1999– del TA.

## 2. La entrada en el territorio español y comunitario de los nacionales de terceros Estados: el visado y otros documentos.

El **visado** sigue siendo uno de los documentos cuya exigencia es inexcusable en el momento de la entrada. El nuevo RLOExIS sigue una sistemática nueva en cuanto a la exigencia de visado

<sup>26</sup> Vid. BOE núm. 46, de 22 de febrero de 2003, cuya entrada en vigor tuvo lugar el 1 de marzo de 2003.

<sup>27</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo contencioso-administrativo) de 10 de junio de 2004 declara la nulidad del último inciso del artículo 2 del citado Real Decreto. Si bien es alto el interés de este pronunciamiento, en parecido sentido ya se había pronunciado el TJCE, en Sentencia de 13 de febrero de 1985 (Asunto 267/83, *Diatta c. Land Berlín*), al considerar que «el vínculo conyugal no puede declararse disuelto hasta que así lo haya declarado la autoridad competente». Ambas decisiones pueden referirse, no obstante, a supuestos de hecho distintos, dada la falta de vinculación con el espacio comunitario (y, consecuentemente, con las libertades) de la situación del familiar extranjero del español, que no ha «ejercido la movilidad».

<sup>28</sup> Téngase en cuenta, además, que cuando la movilidad por el espacio comunitario se justifica por motivos de trabajo, el régimen y situación de los familiares, nacionales de terceros Estados, de españoles así como de las personas que ostentan la nacionalidad de un país miembro de la UE y del EEE, se regula por el Reglamento 1612/68, en cuyos artículos 10-12 indica cuáles son los citados miembros de la familia. No obstante, la Directiva 2004/38/CE, de 30 de abril, modificará estas disposiciones tras su entrada en vigor, prevista para dos años después de la publicación oficial de la norma (DOCE Serie L núm. 158, de 30 de abril de 2004). Véase también el Reglamento 1251/70 de la Comisión, de 29 de junio de 1970, relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber accedido a un empleo (DOCE Serie L núm. 142), así como la STJCE, de 9 de enero de 2003.

acorde con la nueva función que la Ley Orgánica 14/2003 ha atribuido a este documento. Se recordará que, tras esta reforma, el visado no sólo habilita a entrar en territorio español, sino que también acredita la presencia regular del extranjero (sin perjuicio de la necesidad de que esté en posesión de la Tarjeta de Identidad de extranjero, siempre que vaya a permanecer en España durante un tiempo superior a 6 meses) <sup>29</sup>.

Por este motivo, el Título I del Reglamento se refiere con carácter general a las exigencias y documentación de entrada, pero no alude a todas las modalidades de visados, sino sólo a su exigencia así como a los casos en que no cabe exigir visado, que recoge el artículo 6.2.º. Las concretas modalidades de visado se encuentran junto a las reglas que disciplinan o regulan las condiciones de estancia o permanencia del extranjero en el territorio español. Ha de tenerse en cuenta que en el momento actual, la exigencia de visado así como de cualquier otro documento de entrada y salida está determinada, en gran medida, por las reglas que son resultado de la comunitarización de las materias del asilo y de la inmigración (Título IV del TCE/TA), de un lado; y de la comunitarización del «acervo Schengen», ya comentadas.

Por tanto, será preciso identificar la normativa aplicable al régimen de entrada de un nacional de tercer Estado en el nuevo «espacio de libertad, seguridad y justicia». En cuanto a la exigencia de visado, el Reglamento 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación <sup>30</sup>, que ha sido modificado por el Reglamento 2414/2001, del Consejo, de 7 de diciembre de 2001 <sup>31</sup> y, más recientemente, por el Reglamento 453/2003, del Consejo, de 6 de marzo de 2003 <sup>32</sup>.

Si bien el Reglamento de desarrollo de la LOExIS parece referirse a este proceso de nueva asunción de competencias por parte de las instituciones comunitarias en el específico ámbito de la inmigración, las referencias son insuficientes si se tiene en cuenta la importancia del citado proceso. Cuando el artículo 6 indica que no será exigible el visado cuando el Gobierno de España tenga suscrito algún Convenio en este sentido con determinados países, tras la asunción de competencias por parte de las instituciones comunitarias en el ámbito de la entrada al espacio Schengen y al territorio de la Unión Europea, debe tenerse en cuenta que esta cuestión está regulada por las normas comunitarias antes citadas. Precisamente por ello, el Gobierno español se ha visto obligado a denunciar algunos de los Convenios que tenía suscritos, desde largo tiempo, en el ámbito de la supresión del visado de entrada <sup>33</sup>. Por ello, la referencia contenida en el artículo 6.2.º a) del Reglamento de ejecución de la LOExIS *no sólo es incorrecta sino que induce a confusión*, pues no destaca suficientemente la existencia de normas de origen comunitario de obligado cumplimiento y de aplicación inmediata.

<sup>29</sup> Esta tarjeta equivale al «permiso de residencia uniforme», al que se refiere el Reglamento 1030/2002/CE del Consejo, de 13 de junio, y que permite al extranjero circular y desplazarse libremente por el espacio comunitario. Cabe la duda acerca de si también permite circular por el «espacio Schengen».

<sup>30</sup> Publicado en el *DOCE* Serie L núm. 81, de 21 de marzo de 2001.

<sup>31</sup> Publicado en el *DOCE* Serie L núm. 327, de 12 de diciembre de 2001.

<sup>32</sup> Véase, *DOCE* Serie L núm. 69, de 13 de marzo de 2003.

<sup>33</sup> Véase sobre este particular, C. APRELL LASAGABASTER: «La política de visados de la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 207, abril de 2002, págs. 39 y ss.

El visado ha de solicitarse con carácter previo al momento en que el extranjero se presenta en el puesto fronterizo de entrada. Sin embargo, en ocasiones, tanto las normas de origen comunitario como la LOExIS y el RLOExIS prevén la posibilidad de que se expida en frontera. Estos casos se contemplan en el Reglamento 415/2003, del Consejo, de 27 de febrero, sobre expedición de visado en frontera, incluidos los de marinos en tránsito, así como a los familiares de españoles, de comunitarios, de nacionales del EEE (en todo caso, salvo razones de orden público, seguridad pública o salud pública), de extranjeros residentes o en circunstancias excepcionales.

La jurisprudencia del TJCE es contundente en el sentido de obligar a la expedición en frontera de un visado cuando se trate de personas, que ostenten la nacionalidad de un tercer Estado pero que sean familiares del nacional de un país comunitario o del EEE, que haya ejercido la libertad de circulación. En tales casos, es exigible el visado de entrada cuando se posean la nacionalidad de un Estado mencionado en el Reglamento 539/2001, modificado por los Reglamentos 2414/2001 y 453/2003, pero su expedición es obligatoria en el momento de la entrada<sup>34</sup>. Pueden plantearse dudas respecto a la corrección de esta jurisprudencia para nacionales de terceros Estados, miembros de la familia de españoles que no han ejercido el derecho a la libre circulación, al no estar afectada ninguna libertad comunitaria<sup>35</sup>.

En cuanto al visado, en la actualidad, los tipos de visados que recoge el RLOExIS (denominados visados nacionales o de carácter territorial) sólo se expiden cuando se trata de un visado de larga duración (visados de residencia), dado que en los demás casos tendrá que expedirse el denominado visado Schengen, regulado en el CAAS. Esta modalidad de visado (de corta duración) permite a los nacionales de terceros Estados –no parte del citado convenio– circular por el territorio Schengen, como máximo, durante un período de tres meses en un período de seis.

No obstante, tras la entrada en vigor del Reglamento 1683/95/CE del Consejo, de 29 de mayo de 1995, relativo a la expedición de un «*modelo uniforme de visado*»<sup>36</sup>, los visados de corta duración han de contener las menciones indicadas en esta norma comunitaria. A partir de esta norma tales visados se denominan «visados uniformes», que (al igual que los visados Schengen) permiten a su titular circular por el territorio de los Estados miembros del espacio comunitario. Dicha norma comunitaria ha sido modificada por el Reglamento 334/2002/CE, del Consejo, de 18 de febrero de 2002<sup>37</sup>. De otro lado, recientemente se ha probado el Reglamento 333/2002/CE, del Consejo, de 18 de febrero

<sup>34</sup> Véase, entre otras, STJCE de 25 de julio de 2002 (Asunto C-459/99)

<sup>35</sup> No obstante, existen ya precedentes que permitirían hacer una interpretación extensiva del ámbito de aplicación personal de las libertades comunitarias, pues el TJCE, en Sentencia (ya citada) de 25 de junio de 2002 (Asunto C-459/99), a pesar de las observaciones del Gobierno belga, omitió hacer cualquier aclaración acerca de su competencia para resolver la cuestión prejudicial planteada, relativa a un supuesto en el que no existía ningún elemento que vinculara la situación con el espacio comunitario. Esta y otras decisiones recientes pueden poner de relieve qué miembros de la familia (de nacionalidad de un tercer Estado) del nacional español contemplados en el artículo 2 del Real Decreto 766/1992, se benefician de los derechos de circulación reconocidos a los miembros de la familia de españoles, por el hecho de que el supuesto entra (está) en contacto con el nuevo «espacio de libertad, de seguridad y de justicia» (STJCE de 19 de octubre de 2004, asunto C-2000/02, *Chen c. Secretary of State of the Home Department*).

<sup>36</sup> Publicado en el *DOCE* Serie L núm. 164, de 14 de julio de 1995.

<sup>37</sup> Publicado en el *DOCE* Serie L núm. 53, de 23 de febrero de 2002.



de 2002, sobre un modelo uniforme de impreso para la colocación del visado expedido por los Estados miembros a los titulares de un documento de viaje no reconocido por el Estado miembro que expide el impreso.

Sin perjuicio de una mayor consideración al analizar específicamente las novedades relativas a las condiciones de acceso al empleo y al trabajo de las personas inmigrantes, conviene aquí dejar constancia de la figura denominada «visado por búsqueda de empleo». Esta modalidad, prevista en el artículo 39 LOExIS y en los artículos 81 a 83 RLOExIS, altera en alguna medida relevante la ordenación tradicional del fenómeno inmigratorio, pues permite entrar en nuestro territorio a una persona que busca recursos económicos mediante la realización de una actividad laboral pero sin contar con el previo contrato. Un carácter «excepcional», al menos en este momento, que aprecia la propia norma reglamentaria al considerar que «únicamente» en estos supuestos el «visado de estancia» autorizará para buscar empleo y solicitar autorización de residencia y trabajo en España» [art. 26 a) RLOExIS].

Junto al visado, es preciso estar en posesión del **pasaporte** (salvo para los casos en que exista un convenio de supresión de pasaportes) y aportar la documentación acreditativa de la identidad de la persona. Cuando se solicita la entrada alegando la existencia de vínculos familiares con españoles, con nacionales de otros países comunitarios, con nacionales del EEE o con extranjeros residentes en España, debe acompañarse, además, la documentación acreditativa del vínculo de parentesco con la persona de la que son familiares. En tales casos, las autoridades de los puestos fronterizos desarrollan funciones propias de los Jueces del Registro Civil, pues están homologando el efecto probatorio de un documento, en el que consta el estado civil de una persona (matrimonio, filiación natural, filiación adoptiva), etc.<sup>38</sup>.

Para entrar, es preciso justificar también el objeto y condiciones de la entrada (art. 7), aportar medios económicos (art. 8) y cumplir determinadas condiciones sanitarias (art. 9), pues, de lo contrario, la entrada podrá ser denegada (art. 13). También es necesario que no concurra ninguna prohibición de entrada (art. 10)<sup>39</sup>. De otro lado, la entrada ha de tener lugar por uno de los puestos habilitados a tal efecto.

El artículo 12 del RLOExIS alude a la obligación de las personas que sean nacionales de un tercer Estado de realizar, bien en el momento de la entrada, bien en un momento posterior, la declaración de entrada, que recoge el artículo 18 del CAAS cuando se desplacen por el interior del citado espacio en el que se han suprimido las fronteras físicas. La citada declaración de entrada ha de realizarse, una vez que la persona nacional de un tercer Estado cruzó la frontera, en la Oficina de Extranjeros de la localidad en la que vaya a residir durante el tiempo en que se desplaza a España.

<sup>38</sup> Véanse los artículos 323 y 144 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE de 8 de enero), que entró en vigor el 1 de enero de 2001.

<sup>39</sup> Véase *infra*.

Parece que la norma reglamentaria de desarrollo quiere acomodarse a las reglas –ahora– comunitarias en esta materia. Sin embargo, la función educativa que hay detrás de la referencia que contiene el RLOExIS a la declaración de entrada es perniciosa porque parece indicar que la norma reglamentaria permite la aplicación de la norma convencional (ya comunitarizada). Como se sabe, los acuerdos internacionales tienen aplicación preferente desde su aplicación en el BOE (art. 93 CE) y, más concretamente, el acervo Schengen comunitarizado tiene primacía, al tratarse de una norma de origen institucional.

## VI. PERMANENCIA DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y EN LOS DEMÁS PAÍSES DE LA UE: LAS SITUACIONES JURÍDICAS DE ESTANCIA Y RESIDENCIA Y SU DOCUMENTACIÓN

### 1. Las situaciones de los extranjeros y las libertades de residencia y circulación: extensión y límites de las potestades administrativas.

Coherente con el principio de soberanía de los Estados que sigue rigiendo la «movilidad» de las personas que salen de su país para acceder a otro, la normativa reglamentaria regula primero las condiciones de acceso y después la de presencia en el territorio español. Si el Título I del RLOExIS regula el *régimen de entrada* –y el de «salida» (Capítulo III)–, y el Título II, el *régimen de tránsito* –autorización para atravesar el espacio Schengen sin acceder a un territorio nacional–, es a partir del Título III cuando se ordena una *diversidad de situaciones* en las que los extranjeros *ya han accedido y se encuentran legalmente en España*. Se trata de la situación de *estancia* (Título III), de *residencia* temporal y permanente (Título IV) y a un conjunto de *situaciones especiales*, entre las que se encuentran la relativa a la llegada al territorio español de extranjeros por la vía del contingente (Título V), los trabajadores transfronterizos (Título VI), la situación especial de los estudiantes (Título VII) y de los menores extranjeros (Título VIII). De otro lado, el Título IX se refiere a la *modificación de las situaciones* <sup>40</sup>.

La correcta interpretación y aplicación de las nuevas disposiciones reglamentarias requiere, previamente, realizar dos puntualizaciones: en primer lugar, que la residencia temporal prevista en el artículo 31.2.º de la LOExIS (tras su redacción por la LO 8/2000) está vinculada con el derecho fundamental del extranjero reconocido en el artículo 19 de la CE y; en segundo extremo, que el extranjero puede encontrarse legalmente en territorio español en casos distintos de los que prevé el citado artículo 29 de la LOExIS (como se verá *infra*). El reconocimiento por parte de la DF 1.ª de la Ley Orgánica 8/2000, del carácter orgánico del artículo 31.2.º de la LOExIS significa que la actua-

<sup>40</sup> El tránsito no constituye propiamente una «situación» en la que el extranjero puede encontrarse en nuestro país, como se desprende del artículo 29 de la LOExIS así como de su nuevo Reglamento de desarrollo (Título II), sino sólo la forma a través de la cual un extranjero puede encontrarse legalmente en España de forma puntual, esto es, acude al territorio español «de paso» hacia otros países de la Europa comunitaria o de Estados terceros.

ción de la Administración no puede vulnerar el contenido esencial de este derecho fundamental en el momento de la concesión de la autorización de residencia temporal en los supuestos contemplados en la citada disposición, esto es, residencia no lucrativa, residencia por motivos laborales y residencia por reagrupamiento familiar.

Este derecho fundamental –no existe un derecho a entrar pero sí a residir una vez se ha accedido legalmente, si bien en los términos legalmente establecidos– condiciona tanto la ordenación como su práctica administrativa, exigiendo el respeto, entre otros, al principio de proporcionalidad. Así, sería inefectivo el derecho si, por ejemplo, se exigiesen medios económicos irrazonables para cumplir el requisito de la posesión de medios de vida suficientes para atender los gastos de manutención y estancia, incluidos (en su caso) los de la familia del extranjero. En los otros dos casos, podría considerarse que el derecho del extranjero a residir en territorio español es anterior al otorgamiento de la autorización de residencia, supeditado sólo a la acreditación de la existencia de la relación laboral y el vínculo de parentesco.

En otras ocasiones, sin embargo, la autorización de residencia temporal es una concesión de la Administración supeditada a su juicio discrecional, de tal manera que el extranjero no está amparado por el citado artículo 19 de la CE hasta que no está en posesión de la misma. Se trata de las situaciones de residencia temporal a las que se refiere el artículo 31.3.º de la LOExIS (tras su redacción por la LO 14/2003), por arraigo, por razones humanitarias, de colaboración con la justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente (véase *infra*).

Por último, si bien el artículo 32 de la LOExIS no tiene carácter orgánico, también conecta con el derecho fundamental *ex* artículo 19 CE. Motivo por el cual se considera que el extranjero tiene derecho a residir de forma permanente en España cuando haya permanecido de forma legal y continuada en nuestro país durante 5 años <sup>41</sup>.

## 2. Documentación de las situaciones.

El Título X del Reglamento de ejecución de la LOExIS («*Documentación de los extranjeros*») desarrolla el artículo 4 de la LOExIS. Quizás sea éste el aspecto del actual texto reglamentario que más novedades introduce con respecto a la situación anterior habida cuenta de la necesidad de adaptación a la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, con respecto a la forma de acreditar la presencia regular del extranjero en España <sup>42</sup>. La citada Ley Orgánica reguló por vez primera en un texto con rango de ley la obligación/deber de estar en posesión de la «tarjeta de identidad de extranjero», que recogía con anterioridad la Orden de 7 de febrero de 1997. Se supone que el legislador «transponía» el Reglamento 1030/2002, del Consejo, de 13 de junio.

<sup>41</sup> De este modo ha de interpretarse la dicción literal de la norma, al indicar que: «*tendrán derecho a residencia permanente...*».

<sup>42</sup> Véase extensamente nuestro comentario a esta reforma en el monográfico, C. MOLINA NAVARRETE (coord.): *Las reformas socio-laborales del final de la legislatura*, Ed. Estudios Financieros, Madrid, 2004, págs. 69 y ss.

Junto a la crítica que ha de hacerse con respecto a la necesidad de adaptación a la norma comunitaria, que es de aplicación inmediata, la función que el legislador quiso atribuir al visado en todos los casos (documento que no sólo sirve para justificar la regularidad de la entrada, sino también para acreditar la legalidad de la presencia del extranjero en nuestro país) es incompatible con el citado Reglamento 1030/2002 <sup>43</sup>. De otro lado, en la práctica, la obligación que prevé el artículo 4, párrafo 2.º de la LOExIS, tras su modificación por la Ley Orgánica 14/2003, hace que, salvo para los casos de estancia, el extranjero tenga la obligación de solicitar la citada tarjeta siempre que su permanencia en España sea superior a 6 meses (lo que sucede en los casos de residencia temporal y cuando el extranjero acude al territorio español por motivos de estudios, pues, en estos casos la permanencia en España será, como mínimo, de 1 año) <sup>44</sup>.

La función atribuida al visado por la Ley Orgánica 14/2003, a través de la cual se quisieron evitar los «expedientes basura», debe permitir al extranjero que llega a nuestro territorio «incorporarse» desde el mismo momento de la entrada, a la situación por/para la cual le concedieron el visado/autorización correspondiente. Sin embargo, se ratifican las dudas que se pusieron de relieve acerca de la «bondad» de esta nueva concepción del visado, tanto desde la perspectiva de la gestión eficaz de los flujos migratorios, como de la seguridad jurídica (art. 9.3.º CE), dado que (se supone que) el visado es sólo un documento habilitante, pero no es la propia autorización de residencia <sup>45</sup>. De la lectura del nuevo artículo 42.5.º del Reglamento se deduce que cumple una función adicional, en la medida en que hasta que el extranjero no está en posesión del citado visado (y lo utiliza para entrar en el territorio español), la correspondiente autorización de residencia queda «en suspenso» <sup>46</sup>.

### 3. Movilidad de los nacionales de terceros Estados por el espacio comunitario.

Un objetivo de las recientes normas de origen comunitario es la «movilidad» de las personas, nacionales de terceros Estados, por el espacio europeo, de tal forma que, una vez que tiene lugar la entrada en forma legal en un Estado miembro (en nuestro caso, en España), el desplazamiento por otros Estados miembros de la Unión Europea puede tener lugar sin que deba solicitarse documenta-

<sup>43</sup> Esta incompatibilidad deriva de la circunstancia de que el citado Reglamento, que prevé la posibilidad de que los extranjeros que se encuentren en posesión del citado permiso de residencia uniforme puedan desplazarse por el territorio de los países comunitarios, no considera como tal permiso al visado (art. 2).

<sup>44</sup> Ha de tenerse en cuenta que la tarjeta se otorga tras la inscripción de la autorización de residencia en el Registro de Extranjeros. De otro lado, la reiteración constante a lo largo del Reglamento de lo que ya dispone el artículo 4, párrafo 2.º de la LOExIS («*Todos los extranjeros a los que se haya expedido un visado o una autorización para permanecer en España por un período superior a seis meses obtendrán la tarjeta de identidad de extranjero, que deberán solicitar personalmente en el plazo de un mes desde su entrada en España o desde que se conceda la autorización, respectivamente*») dificulta la comprensión de la nueva norma de ejecución.

<sup>45</sup> Véanse nuestras críticas en, «Una nueva reordenación...», *op. cit.*, conr. págs. 88 y 89.

<sup>46</sup> La citada disposición, relativa al procedimiento para el reagrupamiento de los miembros de la familia del extranjero, indica que: «en el supuesto de que el extranjero cumpla con los requisitos establecidos para la reagrupación familiar, el órgano competente resolverá la concesión de la autorización de residencia temporal por reagrupación, y se suspenderá la eficacia de la autorización hasta la expedición, en su caso, del visado, y hasta la efectiva entrada del extranjero en territorio nacional». La exigencia de que el visado sea utilizado puede ser contraria al artículo 19 de la CE, así como al derecho a la vida en familia (véase *infra*).

ción adicional. Sucede de este modo en el caso de que la persona, nacional de un tercer Estado, pretenda desplazarse por el espacio comunitario por motivos distintos al trabajo. Cuando la entrada y estancia del extranjero en el espacio comunitario tiene lugar por motivos laborales, la permanencia de mercados nacionales correspondientes al espacio geográfico de cada uno de los Estados miembros, hace que no se haya logrado aún tal movilidad de las personas que poseen la nacionalidad de terceros Estados.

Ahora bien, junto a la «movilidad por el espacio comunitario» que tiene lugar en las situaciones de estancia acreditadas a través de un visado de estancia Schengen o de un visado uniforme, en el momento actual existen ya una pluralidad de textos de origen comunitario, que tienen la finalidad de garantizar esta libertad de desplazamiento en otros casos. Cabe citar el Reglamento 1091/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la libre circulación con visado para estancias de larga duración, que modifica el artículo 18 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen y la parte I de la Instrucción consular común<sup>47</sup>. En su virtud, el visado para larga duración expedido por los Estados nacionales podrá tener, durante un período de 3 meses, valor concomitante de visado uniforme para estancia de corta duración, que permitirá al extranjero circular por el espacio comunitario durante un período máximo de tres meses.

#### 4. La situación de estancia en territorio español.

El Título III del Reglamento (arts. 25 a 32) se refiere a la *situación de estancia*, que debe ser entendida como aquella que permite al extranjero encontrarse legalmente en territorio español durante 3 meses en un período de 6 meses. No obstante, el extranjero podrá desplazarse por el espacio de los Estados actualmente miembros de la Europa comunitaria, así como de los países integrantes del espacio Schengen, si está en posesión de un visado uniforme. Cuando no es exigible el visado para la entrada, ésta podrá acreditarse también a través de la presentación del documento de identidad y de la autorización de entrada.

Reviste cierta novedad el artículo 27, párrafo 2.º, al recoger en el texto reglamentario otro de los compromisos asumidos por el Estado español desde su participación en el Acuerdo de Schengen y en su Convenio de Aplicación. Las misiones diplomáticas u oficinas consulares españolas podrán expedir visados de estancia en representación de otro país, al igual que también pueden expedir visados de estancia válidos para el territorio español las de otros Estados parte<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> DOCE Serie L núm. 150, de 6 de junio de 2001.

<sup>48</sup> Véase el artículo 30, párrafo 1.º, letra a) del CAAS, así como la Parte II (punto 1.2) de la Instrucción consular común dirigida a las misiones diplomáticas y oficinas consulares de carrera (2003/ C 310/01), publicada en el DOCE, Serie C núm. 310, de 19 de diciembre de 2003. Esta última, así como el Manual común, han sido actualizados recientemente, a través de la Decisión del Consejo, de 28 de julio de 2003, relativa a la modificación de la parte I del anexo 3 de la Instrucción consular común y de la parte I del anexo 5.º del Manual común, referentes a los nacionales de terceros países sujetos a la obligación de visado aeroportuario (DOCE Serie L núm. 198, de 6 de agosto de 2003) y la Decisión del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, por la que se modifica el punto I.4 de la parte V de la Instrucción consular común y el punto 4.1.2 de la parte I del Manual común en relación con la inclusión del requisito de posesión de un seguro médico de viaje entre los documentos justificativos para la expedición de un visado de entrada uniforme (DOCE Serie L núm. 5, de 9 de enero de 2004).

Por último, los estudiantes extranjeros y las personas que acuden al territorio español implicadas en proyectos de investigación tienen una situación de «estancia especial», que se encuentra a caballo entre el régimen general de la estancia y el régimen general de la residencia temporal <sup>49</sup>.

## 5. La situación de residencia temporal en territorio español.

### 5.1. Concepto y supuestos.

De conformidad con el artículo 33.1 del Reglamento «*son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir*». Si bien su tenor es idéntico al del artículo 30 bis de la LOExIS, tras su modificación por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, existen situaciones en las que el extranjero también se encuentra residiendo legalmente en España sin estar en posesión de la citada autorización (véase *infra*). En todo caso, la residencia puede ser *temporal o permanente* –apartado 2–, constituyendo esta última, así como una de las modalidades de residencia temporal –por reagrupamiento familiar–, un derecho subjetivo del extranjero a residir en territorio español, vinculado con el artículo 19 de la CE (tal y como indica la DT 2.ª de la LO 8/2000). La autorización de residencia no conlleva en todos los casos la autorización para realizar actividades laborales o profesionales, por lo que los residentes que pretendan ejercer este tipo de actividades precisarán al mismo tiempo la concesión de una autorización para trabajar –art. 33.3 RLOExIS–.

En cuanto a la primera –*residencia temporal*–, que es la que ha experimentado una mayor reordenación, variando notablemente la sistemática de la normativa reglamentaria derogada, es la situación en la que se encuentra el extranjero cuando su permanencia en España es autorizada por un *período superior a 90 días e inferior a 5 años* (art. 31 LOExIS), sin perjuicio de lo previsto en el Título VII –visado por estudios–. Este tipo de residencia puede justificarse por:

- a) *Reagrupamiento familiar* (Sección 2.ª, Capítulo I: arts. 38 a 44).
- b) *Supuestos excepcionales* (Sección 3.ª, Capítulo I: arts. 45 a 47).
- c) *Motivos relacionados con el trabajo* (Capítulo II: arts. 48 a 70).

### 5.2. La autorización de residencia temporal por reagrupamiento familiar.

En el primer caso, la residencia por reagrupamiento familiar, que ha adquirido una mayor singularización en la estructura de la regulación reglamentaria, estamos ante aquellas situaciones del extranjero «*autorizado a permanecer en España en virtud del derecho a la reagrupación familiar*

<sup>49</sup> La reciente Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre, también tiene la finalidad de promover la movilidad por el espacio comunitario de las personas, nacionales de terceros Estados, que acuden al territorio de cualquier país miembro de la UE para la consecución de estudios o investigaciones.

*ejercido por un extranjero residente que haya residido legalmente en España durante un año y haya obtenido autorización para residir por, al menos otro año»* (art. 38 RLOExIS). Además de delimitar los «familiares reagrupables» (art. 39), regula dos supuestos: la *reagrupación familiar por residentes reagrupados* (art. 40) y la *residencia temporal independiente de los familiares reagrupados* (art. 41). Asimismo, se regula el procedimiento para la reagrupación familiar (art. 42), con especial atención a la tramitación del visado por reagrupación familiar (art. 43), y la renovación (art. 44).

Por lo que respecta al primer supuesto, los extranjeros que hubieran adquirido la residencia mediante reagrupación podrán ejercer, a su vez, el derecho de reagrupación respecto de sus propios familiares siempre que *cuenten con una autorización de residencia y trabajo obtenidos independientemente* de la autorización del reagrupante, además de reunir los requisitos exigidos para el ejercicio del derecho. Llama, pues, la atención que el Gobierno haya hecho caso omiso de la STS, Sala 3.ª, de 20 de marzo de 2003, que anuló el artículo 41, párrafo 5.º del Real Decreto 864/2001, cuyo tenor es idéntico al actual artículo 40, párrafo 1.º del nuevo Reglamento. Como indica el Alto Tribunal, «el Reglamento no puede invertir el criterio de la ley y prohibir dicha reagrupación», que es lo que sucede si se supedita el derecho a la exigencia de que el familiar reagrupado haya obtenido una autorización de residencia y trabajo independiente. Por tanto, esta persona goza en España *del derecho a la vida en familia* desde el momento en que cuenta con la autorización de residencia por reagrupamiento familiar.

Por lo que respecta a la obtención de la residencia independiente por parte de los familiares reagrupados, supuesto ya contemplado en la regulación anterior, el nuevo Reglamento introduce interesantes novedades, si bien su alcance práctico es bastante más limitado de lo que podría esperarse y desde luego no ha dado respuesta a los principales problemas existentes a este respecto. Los supuestos contemplados son:

- Cuando obtenga la correspondiente autorización para trabajar, sin exigir período de residencia mínimo alguno –en la anterior regulación se exigía siempre acreditar haber vivido en España con el cónyuge reagrupante durante dos años–.
- Cuando haya residido en España durante 5 años, si mantiene el vínculo conyugal.
- Cuando se haya roto el vínculo conyugal que dio origen a la situación de residencia, por separación de derecho o divorcio, si acredita la convivencia en España con el cónyuge reagrupante durante al menos dos años.
- Cuando fuera víctima de la violencia de género –hemos de entender, aunque no se exprese, que en los términos de la LO 1/2004–, una vez dictada a su favor una orden judicial de protección –L 27/2003–.
- Por muerte del reagrupante.

No cabe duda de la mejora de la regulación actual, si bien en la regulación precedente había algunos «portillos» para suavizar un régimen ciertamente rígido. Así, se preveía la reducción del

plazo de convivencia mínima de dos años cuando concurren «circunstancias de carácter familiar o humanitario» que lo justificaran. Qué duda cabe que aquí entraban sin forzar los supuestos de «violencia de género». Ahora ganamos en seguridad jurídica, quedaba un extremado margen de ejercicio discrecional de lo que era más una potestad administrativa que un derecho de la persona extranjera, cónyuge reagrupado.

### 5.3. La autorización de residencia temporal por «circunstancias excepcionales»: la laborización extrema de la situación de arraigo.

En el segundo grupo de supuestos, la residencia temporal por «*circunstancias excepcionales*», se ha producido quizás la mayor reordenación, tanto sistemática o de estructura como material. El artículo 45 del actual RLOExIS distingue cuatro supuestos diferenciados:

- Por **razones de arraigo**, ya estrictamente *laboral* (acreditar relaciones laborales de una duración mínima), ya *socio-laboral* (incorporación al mercado de trabajo e integración familiar y/o social) (art. 45.2).
- Por **razones de protección internacional a las personas asiladas, refugiadas o desplazadas** (art. 45.3).
- Por **razones humanitarias** (art. 45.4).
- Por **razones de interés u orden público** (art. 45.4).

En todo caso, como recuerda el apartado 1 del artículo 45 RLOExIS, está claro que la correcta interpretación de la nueva regulación ha de partir, necesariamente, de su cotejo con el artículo 31.3.º de la LOExIS (tras su redacción por la LO 14/2003), que faculta a la Administración a conceder autorizaciones de residencia por *situación de arraigo*, por razones humanitarias, de colaboración con la justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente. Ello significa que el Gobierno sólo puede delimitar los supuestos que pueden ser considerados como «circunstancias excepcionales», pues las nociones de «arraigo», «razones humanitarias» o «colaboración con la justicia» tienen un significado delimitado en la propia ley, que no puede ser definido con carácter restrictivo por una disposición reglamentaria.

Por tanto, el operador jurídico (sea el asesor legal, sea la Administración) *no debe considerar que sólo constituyen casos de arraigo los que indica el nuevo artículo 45 del Reglamento*, sino todos aquellos en los que tal circunstancia pueda acreditarse. Así lo ha puesto de relieve la amplísima jurisprudencia existente, en especial, en materia de «exención de visado» (ya desaparecida) y también en el ámbito de la concesión del antiguo permiso de residencia temporal por motivos de arraigo (que contemplaba el art. 31.4 de la LOExIS, antes de su modificación en 2003). En consecuencia, la noción de arraigo no puede ser entendida sólo en términos *laborales* –situación que acredita una *permanencia continuada en España durante un período mínimo de 2 años* y la existencia de relaciones



laborales de duración, en cómputo global se entiende, no inferior a 1 año<sup>50</sup>–, o socio-laborales, esto es, acreditación de una permanencia continuada durante al menos 3 años, con un vigente contrato de trabajo de duración no inferior a 1 año y vínculos familiares o, alternativamente, inserción social –acreditada por Informe del Ayuntamiento en el que esté domiciliado–.

También cabe, pues, atribuir una importancia o trascendencia autónoma, esto es, al margen de la relación con el mercado de trabajo español, a los vínculos familiares –así lo entendía art. 41.2 d) del RLOExIS derogado– así como a la *inserción social* de la persona del inmigrante, como por ejemplo haber sido beneficiario de programas específicos a tal fin, en el marco de regulaciones autonómicas que, como sucede crecientemente, no atienden a la situación administrativa del inmigrante para concederles el derecho a ser beneficiarios de programas de inserción social. Una posibilidad igualmente abierta por el artículo 14.3 LOExIS. Puede decirse, por tanto, que el actual artículo 45.2.º del RLOExIS es *indebidamente restrictivo*, al primar el arraigo laboral sobre otras circunstancias atendidas sólo de modo acumulativo, careciendo de autonomía para delimitar una situación de arraigo familiar y/o social. El reconocimiento progresivo de un derecho básico a la inserción no sólo laboral sino social de las personas inmigrantes, al margen de su situación administrativa, debería promover una interpretación extensiva del concepto, conforme a la jurisprudencia en materia.

En definitiva, pese al carácter concertado o negociado y de mejora de la nueva regulación, nos encontramos, en la realidad, que con el actual Reglamento, no cabe ni el arraigo exclusivamente familiar<sup>51</sup> ni el exclusivamente social, salvo el supuesto previsto en el artículo 46.2 c) –exención del contrato por recomendación del Ayuntamiento, siempre que acredite medios de vida suficiente, lo que es realmente impensable para los inmigrantes–. El asesor jurídico deberá nuevamente «lidiar» con la Administración que habitualmente aplica sólo el texto reglamentario sin consideración de la ley y en un modo ampliamente discrecional, no siempre avalado por el carácter «potestativo» que parece atribuirle el artículo 45.1 RLOExIS<sup>52</sup>.

Significativa, pero de menor calado, entendemos, es la reordenación efectuada en los demás supuestos. Así, por un lado, se reordenan los supuestos de residencia temporal otorgados en el marco de la normativa reguladora de la situación de desplazado, asilado y refugiado –L 5/1984 y RD 1325/2003, de 24 de octubre, relativo a la protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas–; por otro, se especifican con mayor precisión los supuestos de residencia temporal por razones humanitarias. En este caso, se distinguen tres grupos de situaciones:

<sup>50</sup> La anterior regulación sólo exigía «incorporación real al mercado de trabajo», sin determinar el tiempo de la vinculación, pero exigía 3 años de permanencia continuada.

<sup>51</sup> Véase, entre otras, la reciente STSJ de Andalucía (sede de Sevilla), Sala de lo contencioso-administrativo de 19 de octubre de 2004, en la que no sólo estima el recurso presentado contra la Sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo de Córdoba (núm. 1), sino que deja sin efecto la resolución de la Subdelegación del Gobierno de Córdoba, en la que se denegó la autorización de residencia por causas excepcionales, al considerar que «además de la incorporación real al mercado de trabajo es exigible la existencia de vínculos familiares» (art. 31.4.º de la LOExIS).

<sup>52</sup> «... se podrá conceder una autorización de residencia temporal a los extranjeros que se hallen en España en los supuestos determinados en este artículo, siempre que no haya mala fe del solicitante».

- La de ser *víctima de determinados delitos* –delitos contra los derechos de los trabajadores (arts. 311 a 314); delitos con agravante de racismo, antisemitismo o cualquier otra clase de discriminación (art. 22.4 CP), o delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar (se alude sólo a la L 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las víctimas de la violencia doméstica, pues el ser víctima de violencia de género aparece, según hemos visto, como un supuesto incluido en las autorizaciones de residencia temporal por reagrupación familiar pero independiente del reagrupante)–.
- La de *padecer una grave enfermedad sobrevenida* y que requiera asistencia especializada, de «imposible» –hemos de entender también que de difícil– acceso en el país de origen, de modo que de no recibirla o interrumpirla ponga en peligro su vida o su salud.
- Quienes acrediten que el regreso a su país, para solicitar el visado, pone en *peligro su seguridad o la de su familia* –supuesto que más bien entraría en el marco de las autorizaciones de residencia por razones de índole político e ideológico, esto es, de la inmigración política regulada en el derecho de desplazados, asilados y refugiados–.

Coherente con el artículo 31.3.º LOExIS, el artículo 46.1 RLOExIS recuerda que en todos estos supuestos de residencia temporal por circunstancias excepcionales no será exigible el visado. Por este motivo, llama especialmente la atención la letra c) del artículo 45.4.º del Reglamento, en la que se prevé la posibilidad de conceder una autorización de residencia por razones humanitarias: «*a los extranjeros que acrediten que su traslado al país del que son originarios o proceden, a efectos de solicitar el visado que corresponda, implica un peligro para su seguridad o la de su familia, y que reúnen los demás requisitos para obtener una autorización temporal de residencia o de residencia y trabajo*». La norma recuerda a la antigua exención de visado, que solicitaba el extranjero al Delegado del Gobierno en comunidades uniprovinciales o Subdelegado del Gobierno.

Como en la situación anterior, la vigencia de esta autorización es de sólo un año. El procedimiento de obtención, renovación y cese se regula en los artículos 46 y 47 RLOExIS. Especial atención se dedica a los supuestos de arraigo laboral y/o socio-laboral, admitiéndose como instrumento para acreditar la incorporación al mercado de trabajo tanto el contrato de trabajo como la resolución judicial que reconozca la relación laboral, en caso de ser litigiosa, o resolución administrativa confirmatoria del Acta de infracción de la ITSS.

La nueva regulación condiciona los efectos del contrato de trabajo, en los casos en que se exija, a la entrada en vigor de la autorización de residencia y trabajo solicitada. Pero debe estar claro que, en virtud del artículo 36.3 LOExIS y la jurisprudencia que lo interpreta, la eficacia del contrato –y su validez– no está condicionada por ninguna autorización administrativa, pues tiene efectos, socio-laborales por sí mismo.

Con carácter general, sólo en el caso de los supuestos de arraigo laboral o socio-laboral –además del supuesto previsto en el art. 31.3 Reglamento de aplicación de la L 5/1984 y excepción hecha de la concedida a los menores– la autorización de residencia incorpora automáticamente una autorización de trabajo, de la misma duración que la de residencia (art. 46.7 RLOExIS). Debe recordar-

se que este supuesto sólo entrará en vigor a los 6 meses de haberlo hecho el RLOExIS. Para los restantes casos, el extranjero podrá solicitar, por sí mismo, la correspondiente autorización para trabajar, incluso simultáneamente a la de residencia.

#### 5.4. La autorización de residencia temporal vinculada con el trabajo.

Por último, se regula la situación de residencia temporal vinculada con el trabajo (Capítulo II del Título IV). La vigente regulación contempla una ordenación diferenciada en cinco grupos de supuestos:

- Autorización de residencia temporal para la *realización de trabajo por cuenta ajena* (arts. 49 a 54).
- Autorización de residencia temporal para la *prestación de servicios laborales de duración determinada*, cuyas especialidades se prevén en los artículos 55 a 57.
- *Autorización de residencia temporal para trabajar por cuenta propia* (arts. 58 a 62).
- Autorización de residencia temporal *para la prestación transnacional de servicios laborales* (arts. 63 a 67).
- Situaciones de prestación de servicios *exentas de la necesidad de solicitar autorización para trabajar* (arts. 68 a 70), conforme al artículo 41 LOExIS.

El nuevo Reglamento ha preferido no distanciar estructuralmente el tratamiento de la autorización para trabajar de la ordenación de la autorización por residencia, en coherencia con la intensificación del entendimiento de la entera «arquitectura del sistema migratorio actual» como instrumental a la «necesidad de cobertura de puestos de trabajo» (EM RLOExIS). Así, este primado de lo laboral –frente al dominio de lo gubernamental de la época precedente– ha llevado a incluir en el mismo Capítulo, aunque en Secciones diferentes, el régimen de ambas autorizaciones, a diferencia del Reglamento anterior que dedicaba un Capítulo específico a regular los permisos de trabajo. Lo mismo sucederá con la residencia permanente.

En cambio, nosotros, hemos preferido, para mayor claridad expositiva, comentar las novedades de esta ordenación de las situaciones estrictamente vinculadas al trabajo en un apartado específico. A él remitimos.

## 6. La situación de residencia permanente en territorio español.

Por lo que respecta a la residencia permanente, los artículos 71 a 74 del Reglamento desarrollan el artículo 32 de la LOExIS, que requiere la residencia del extranjero en España de forma legal

y continuada durante cinco años. Cumplidos estos requisitos, el extranjero tiene derecho subjetivo a residir en nuestro país y, por tanto, a obtener una autorización de residencia permanente<sup>53</sup>. La regulación actual, pues, coincide sustancialmente con la derogada.

La Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre, relativa al estatuto de los nacionales de terceros Estados residentes de larga duración, prevé que cuando una persona, nacional de un tercer Estado, tenga residencia legal e ininterrumpida en el territorio de un Estado miembro durante 5 años, adquirirá el estatuto de residente de larga duración, que se documentará a través de un «permiso de larga duración-CE»<sup>54</sup>. Tal permiso le permitirá permanecer en otro Estado miembro durante más de tres meses, siempre que se acrediten las circunstancias previstas en el artículo 14. Esta persona podrá, además, adquirir el estatuto de residente de larga duración en otro Estado miembro, siempre que se cumplan nuevamente las condiciones de residencia legal e ininterrumpida de 5 años, en el segundo de los Estados.

## 7. Situaciones especiales contempladas en el Reglamento, en las que el extranjero se encuentra legalmente en España.

El nuevo Reglamento ha considerado que determinadas situaciones son especiales, entre las que se encuentran, la llegada al territorio español de extranjeros a través de la utilización del *contingente* (Título V), de *trabajadores transfronterizos* (Título VI: art. 84), *autorización para investigación y estudios* (arts. 85 a 91) y *menores extranjeros* (arts. 92 a 94). Puesto que las vinculadas a la prestación de servicios profesionales las estudiaremos conjuntamente, aquí nos centramos en las últimas.

Comenzando por la relativa a la *situación de los menores*, las nuevas disposiciones se refieren realmente a casos muy distintos entre sí, que tienen en común el hecho de que los sujetos implicados no han alcanzado aún la mayoría de edad (18 años). Así, el artículo 92 se refiere a las *personas menores de edad que acuden al territorio español por motivos económicos* (esto es, se trata propiamente de inmigrantes menores de edad).

Recuperando la expresa referencia al «interés del menor» que contenía el Reglamento de desarrollo de la LOEx de 1996 (perdida en el RD 864/2001), el «superior interés del menor» es el principio jurídico que ha de ser utilizado por las autoridades administrativas (más concretamente, la Administración General del Estado) para decidir su reagrupamiento o repatriación al país de origen. Otra novedad destacable es la posibilidad de que el menor, a pesar de haber obtenido el permiso de

<sup>53</sup> Véase un extenso comentario de la citada disposición legal por G. ESTEBAN DE LA ROSA, en L. MONEREO/C. MOLINA (coords.): *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e integración social (LO 4/2000, LO 8/2000 y RD 864/2000)*, Comares, Granada, 2001, págs. 503 y ss.

<sup>54</sup> La Directiva está publicada en el DOCE, Serie L núm. 16, de 23 de enero de 2004. Véase, E. CREPO NAVARRO: «La Directiva 2003/109/CE del Consejo, relativa al estatuto de los nacionales de terceros Estados residentes de larga duración y la normativa española en la materia», *Revista de Derecho comunitario europeo*, 2004, págs. 531 y ss.

residencia al que se refiere el artículo 35.4.º de la LOExIS, pueda ser repatriado cuando sean localizados sus familiares o los servicios de protección de menores de su país de origen se hiciesen responsables del mismo (párr. 5.º del art. 92). Por último, la norma alude ahora también a las personas, tuteladas por la entidad de protección de menores, que han alcanzado la mayoría de edad sin haber obtenido la citada autorización de residencia, que podrán trabajar sin necesidad de verificar la situación nacional de empleo, en las mismas condiciones que los menores de edad [art. 40 j) de la LOExIS].

*Si el menor de edad de nacionalidad extranjera es desplazado a España dentro de programas de acogimiento*, el nuevo artículo 93 del Reglamento destaca especialmente, a diferencia del antiguo artículo 63 del Real Decreto 864/2001, el contenido del «informe previo» del Subdelegado del Gobierno, así como insiste en que esta situación no podrá derivar en la petición de constitución de una adopción por parte de las personas que acogen al menor de edad extranjero. No sólo deberán estar bien informadas, sino que deberán expresar la aceptación de este compromiso en forma escrita <sup>55</sup>. El artículo 94 se refiere ahora también a la residencia en España de una persona extranjera menor de edad nacida en España o en el extranjero <sup>56</sup>.

En cuando a la situación especial de la persona que acude al territorio español *para cursar o ampliar estudios o realizar «trabajos de investigación» o «formación no remunerados laboralmente» –trabajo investigador o formativo en sentido estricto–*, el nuevo Título VII del Reglamento contempla la necesidad de solicitar el *visado de estudios en origen*. Este visado permitirá al extranjero (y a los miembros de su familia a los que se refiere el art. 89) entrar en España y permanecer en situación de estancia para realizar estudios, trabajos de investigación o formación (art. 85.2 RLOExIS), pero deberá solicitar la tarjeta de estudiante extranjero en el plazo de un mes desde tal entrada. El procedimiento para la solicitud del visado de estudios, que deberá presentarse personalmente, se recoge de forma exhaustiva en el artículo 87 RLOExIS, mientras que las condiciones de renovación y prórroga están en el artículo 88.

La norma prevé, entre los requisitos exigidos para la obtención del visado de estudios, el tener garantizados los medios económicos necesarios para sufragar el coste de los mismos y los de estancia y regreso a su país –y, en su caso, los de sus familiares–. Pero esta condición no les priva de la posibilidad de acceder al sistema público de becas y ayudas en las mismas condiciones que los españoles, salvo que la concreta convocatoria excluya como beneficiarios a los estudiantes o investigadores en situación de estancia. Esta posibilidad no es ninguna novedad, pero cumple en esta ocasión una función educativa, que permitirá a la persona interesada en solicitar la beca poder alegarla directamente ante la autoridad administrativa correspondiente, sin necesidad de que ésta tenga que reali-

<sup>55</sup> Si se trata de un menor solicitante de asilo, se estará a lo dispuesto en el artículo 15.4.º del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, de desarrollo de la Ley 5/1984, de 26 de marzo.

<sup>56</sup> Si bien llama la atención que el apartado 2.º del artículo 94 se refiera a los «hijos de españoles» (no nacidos en España) y a las personas sujetas legalmente a la tutela de un ciudadano o institución españoles, por el hecho de que suele pensarse que estos niños gozan de la nacionalidad española, hay que poner en relación esta norma con las disposiciones del Código Civil español relativas a la nacionalidad (arts. 17 y ss.) para verificar si existe entre ellas una relación perfecta. En todo caso, el tiempo que puede transcurrir hasta que queda acreditada la nacionalidad española de una persona, incluso en los casos en los que el ordenamiento la atribuye *ex lege*, permite valorar la oportunidad de la norma (véase el art. 96 de la Ley del Registro civil, relativo al expediente de declaración de nacionalidad española con valor de simple presunción).

zar una interpretación del entero sistema (permitida, tanto por el art. 3 de la LOExIS como por el art. 14 CE)<sup>57</sup>. Como tampoco es novedad que puedan ser autorizados, mediante la formalización de un contrato a tiempo parcial o a tiempo completo pero temporal –no superior a 3 meses–, para trabajar, siempre que sea compatible con sus estudios (art. 90.2 RLOExIS).

Este catálogo, aparentemente cerrado, de situaciones especiales debe ser completado. Si bien la falta de una rúbrica específica en el actual Reglamento relativa a la situación de las mujeres embarazadas que llegan a nuestro territorio y que dan a luz en el mismo se recoge como una excepción dentro de las normas que regulan las medidas del retorno y de expulsión del territorio español (arts. 57.6.º y 58.3.º de la LOExIS) limita en un principio la posibilidad de realizar una interpretación de su situación en términos de especialidad, no lo impide totalmente.

## 8. La presencia regular del extranjero en España justificada de conformidad con los derechos fundamentales de los extranjeros.

Junto a las situaciones a las que alude el artículo 29 de la LOExIS (estancia y residencia), existen otros casos, en los que la presencia del extranjero en España también es legal, a pesar de no concurrir ninguna de las circunstancias previstas en el citado artículo 29 de la LOExIS. Se trata de los casos en los que están en juego derechos fundamentales del extranjero (art. 17 CE, art. 24 CE, etc.).

En este sentido, es de interés la STS (Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 6.ª), de 3 de abril de 2002, en la que considera (en contra de la decisión del TSJ de Madrid, que había denegado la suspensión cautelar de la ejecución de la resolución del subdelegado del Gobierno), que no puede ejecutarse la orden de expulsión como consecuencia de la «aparición de buen derecho» (*fumus boni iuris*) que asiste al extranjero. Este presupuesto, aunque progresivamente venido a menos en la dinámica de reconocimiento de la tutela cautelar, constituye el fundamento, junto al daño irreparable que le causaría tal ejecución, de este derecho de protección anticipada, integrado en el contenido esencial del derecho fundamental *ex* artículo 24 CE<sup>58</sup>.

Sin duda, el derecho fundamental más comprometido en el caso de la situación de las personas de nacionalidad extranjera en España es el que reconoce el artículo 19 CE (derecho a la libertad de circulación y de residencia). El contenido mínimo de este derecho impide que un extranjero pueda ser expulsado de nuestro país hasta que no sea dictada una decisión judicial firme (STC, 22 de marzo de 1993)<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> Véase, entre otras, la Resolución de la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación, de 14 de agosto de 2004, por la que se convocan becas predoctorales y postdoctorales al amparo del Convenio de cooperación suscrito entre el Ministerio de Educación y Ciencia y la Fundación Ortega y Gasset para el desarrollo de programas de formación y perfeccionamiento de postgraduados (BOE núm. 216, de 7 de septiembre de 2004). Su apartado 3.2.º indica las personas que pueden concurrir a la convocatoria: «...los ciudadanos en posesión de la nacionalidad española o la de un país miembro de la Unión Europea con residencia en España en el momento de la solicitud».

<sup>58</sup> El nacional ecuatoriano había solicitado la exención de visado antes de dictarse la orden de expulsión.

<sup>59</sup> La conexión entre las formas de entrada y permanencia del extranjero en el territorio español con el artículo 19 de la CE ha sido puesta de relieve expresamente por el legislador en la DF 1.ª de la Ley Orgánica 8/2000, en la que se indica el carácter orgánico del artículo 25 y del artículo 31.2.º de la citada Ley.

Sin embargo, hay otros derechos fundamentales que también están en juego cuando se trata de analizar la posición de una persona de nacionalidad extranjera que se encuentra en nuestro país. Así sucede en el caso del artículo 18 de la CE, que hay que poner en relación (en virtud del art. 10.2.º de este mismo texto) con el artículo 8 del CEDH, de 1950 (STS, Sala 3.ª, 20 de marzo de 2003) <sup>60</sup>. También está implicado el artículo 17 de la CE, en especial, cuando el extranjero es privado de libertad en las situaciones de devolución, expulsión o retorno <sup>61</sup>.

Por tanto, cuando se analiza la situación del extranjero en nuestro país (y en el espacio comunitario) no sólo debe verificarse que se trate de una de las contempladas en el artículo 29 de la LOExIS, sino que también han de ser tomado en consideración los derechos fundamentales, que corresponden a los extranjeros en igualdad de condiciones que a los españoles, de conformidad con el artículo 13.1.º de la CE y con su interpretación por el TC (STC 107/1984).

## 9. El carácter dinámico de las situaciones: el régimen de modificación de las situaciones de los extranjeros en España.

El nuevo Título IX del Reglamento (arts. 95 a 99) afronta la ordenación de las situaciones jurídico-administrativas de los extranjeros en España de una manera dinámica, esto es, desde la posibilidad de pasar de una situación a otra, en cuanto que sucede con frecuencia que llegados con una finalidad deciden, o se ven inmersos, en otra. Algunas de estas nuevas normas suponen un cambio con respecto a la regulación dada por el anterior Real Decreto 864/2001, de 20 de julio e, incluso, con respecto al propio sentido dado por el legislador en la LOExIS.

Entre ellas, se encuentra, en primer lugar, la situación de estancia por estudios de los extranjeros. El actual artículo 95 prevé el tránsito de esta situación a la de residencia por motivos laborales en condiciones especialmente ventajosas respecto a los que quieren acceder por vez primera a nuestro mercado de trabajo, por cuanto ni precisa visado ni tampoco se valorará la situación nacional de empleo. Sí han de concurrir el resto de requisitos previstos para la concesión de una autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena (art. 50 RLOExIS), además de los previstos específicamente en los apartados 1 y 4 del artículo 95 RLOExIS –permanencia en España durante al menos 3 años en situación de estancia por estudios, salvo que concurra el supuesto de reducción excepcional de este período del apartado 3; finalización de los estudios o trabajo de investigación «con aprovechamiento» y no tener la condición de becario por organismos públicos o privados dentro de programas de cooperación o desarrollo; solicitud realizada «durante los tres meses anteriores a la extinción de la autorización de estancia por estudios»–.

<sup>60</sup> BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979. El «derecho a la vida en familia» ha de ser diferenciado de la «intimidad familiar», formulado de forma indiferenciada para todas las personas en el artículo 18 CE, por tanto también en el caso de las personas, de nacionalidad extranjera, que residen con sus familiares en España. El primero tiene dos vertientes: de un lado, la posibilidad de reunificar jurídicamente a los miembros de su familia con los que conviven en España y, de otro, la posibilidad de impedir que tales miembros puedan ser expulsados de España por el solo hecho de no tener la documentación acreditativa de su permanencia legal en nuestro país.

<sup>61</sup> SSTC, 12/1994, de 17 de enero; 86/1996, de 21 de mayo; 179/2000, de 26 de junio; 169/2001, de 16 de julio.

La omnipresente conexión de las situaciones administrativas con el trabajo marca igualmente los regímenes de tránsito de otras situaciones diferentes a la de estudios. Así sucede con la de residencia a la de residencia y trabajo, por cuenta propia o ajena (art. 96), la de residencia por circunstancias excepcionales a la de residencia por trabajo (art. 98).

Asimismo se contempla la compatibilidad de situaciones de residencia y de trabajo por cuenta ajena y propia (art. 97), siempre que se cuente con la correspondiente autorización de compatibilidad –y no represente competencia desleal, se entiende, en términos laborales–. Finalmente, también se podrá modificar el alcance de la autorización inicial para residir y trabajar, por cuenta ajena o propia, tanto en lo relativo a la actividad laboral a realizar como el ámbito territorial de prestación de servicios. La norma previene que si se trata de cambio de actividad se atienda a la situación nacional de empleo. La nueva autorización no ampliará la vigencia de la autorización modificada (art. 99.3 RLOExIS).

## 10. La extinción de las autorizaciones de residencia –y/o trabajo–.

Las vicisitudes por las que puede atravesar la persona extranjera autorizada para redividir –y/o trabajar– alcanza también a las extintivas, conforme a la regulación de los artículos 75 (residencia temporal) y 76 (residencia permanente). Como es natural, la extinción se relaciona básicamente con los requisitos exigidos para su concesión inicial, de modo que cuando dejen de concurrir quedará privado de las autorizaciones concedidas, o con el transcurso del plazo para el que se expidió, o con alguna conducta del titular que evidencie o imponga la extinción. La actual regulación coincide sustancialmente con la derogada, si bien hay algún cambio de cierto alcance.

Los supuestos de extinción de la autorización de residencia temporal se ordenan en torno a que sea exigible o no un previo pronunciamiento administrativo. Los supuestos de extinción automática son los mismos –transcurso del tiempo, renuncia, expresa o tácita; renovación extraordinaria en caso de estado de excepción o de sitio; inclusión en algún supuesto de prohibición de entrada–, salvo uno, el relativo a la permanencia fuera de España durante más de 6 meses en un período de un año. Con notable mejora de la seguridad jurídica, este supuesto ahora requiere resolución motivada de la autoridad competente para su concesión –art. 75.2 f) RLOExIS–. Además, se prevé que esta circunstancia no sea de aplicación en dos casos:

- Cuando se trate de residentes vinculados mediante una relación laboral con organizaciones no gubernamentales, fundaciones o asociaciones, reconocidas oficialmente como cooperantes, si la salida tiene que ver con la realización de proyectos de investigación, cooperación al desarrollo o ayuda humanitaria realizados para ellas en el extranjero.
- Cuando los titulares de esta autorización de residencia permanezcan en el territorio de otro Estado miembro de la UE para la realización de programas temporales de estudios promovidos por la UE.

También como novedad, coherente con la centralidad que tiene en todo el entramado inmigratorio reordenado, el nuevo Reglamento trata de reforzar el control sobre la concurrencia real de



los requisitos necesarios para obtener la autorización. De ahí que, sin perjuicio de otros posibles casos o supuestos, se entiende que han desaparecido las circunstancias que sirvieron de base para la concesión –art. 75.2 d)– cuando no exista constancia de que la persona autorizada para residir y trabajar ha sido dada de alta en la Seguridad Social. En todo caso, debe recordarse que la «regularidad» o no a efectos de Seguridad Social no afecta ni a la validez del contrato de trabajo ni al derecho a acceder a las prestaciones (art. 36.3 LOExIS).

Por lo que refiere a la residencia permanente, prácticamente se mantiene el régimen anterior, con algunos retoques, unos terminológicos ligados al cambio de estructura de gobierno –se abandona la referencia, antes omnisciente, a la «autoridad gubernativa»–, y otros de algún calado material. En efecto, de nuevo el siempre polémico supuesto de las salidas intermitentes del territorio español experimenta una reforma que mejora la situación precedente. Si en el derogado Reglamento se extinguía la residencia permanente por la permanencia fuera de España «*de forma continuada durante más de seis meses en un período de un año*» –art. 53.3 d)–, ahora se cambia el supuesto por el de la salida «*durante más de 12 meses consecutivos*» o *más de 30 meses en el cómputo global de los 5 años* de residencia [art. 76 d) RLOExIS].

## VII. PROCEDIMIENTOS DE REGULACIÓN «PERMANENTE» DEL ACCESO DE LOS INMIGRANTES AL MERCADO DE TRABAJO ESPAÑOL

### 1. Las principales novedades normativas en materia de regulación del trabajo de los inmigrantes: una visión panorámica.

Ya hemos recordado en varias ocasiones cómo el «legislador reglamentario» no ha tenido ningún empacho en vincular, casi hasta la asfixia, el fenómeno inmigratorio con las «sacrosantas» necesidades del mercado de trabajo español. Bien pareciera que el objetivo fundamental de las reformas es «*agilizar las autorizaciones basadas en vacantes para las que los empresarios no encuentran trabajadores residentes*». La mercantilización de este «factor trabajo» es, pues, particularmente acusada en la reordenación reglamentaria del sistema, no obstante presentarse como una reforma orientada a tener en cuenta también las razones de la persona inmigrante, que de nuevo han de atemperarse, cuando no marginadas, por las razones del mercado.

Además de una significativa reordenación sistemática, que ha llevado incluso a eliminar la tediosa y confusa clasificación de las modalidades de autorizaciones para trabajar conforme a letras y momentos de concesión –inicial o renovado–, podemos destacar como principales novedades en esta trascendental cuestión las siguientes:

- *Reestructuración de los procedimientos de canalización de los flujos de inmigración laboral*, asegurando que respondan a las necesidades acreditadas del mercado de trabajo español. A tal fin se reajustan los tres grandes sistemas de acceso de trabajadores extranjeros:

- El denominado *Régimen General*, que se rehabilita tras el cerco o «acoso» impuesto en la ordenación precedente, siguiendo el fuerte aval dado por una sólida jurisprudencia que se resistía a su marginalidad, como ansiaba el anterior Gobierno.
  - El *Contingente* y,
  - El *Régimen de trabajo de los inmigrantes temporeros*.
- Se crea la *Comisión Laboral Tripartita de Inmigración*, integrada por la Secretaria de Estado y los interlocutores sociales más representativos de carácter estatal. Esta Comisión será consultada sobre la propuesta trimestral de *Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura*, así como sobre la propuesta del contingente anual. Expresa la creciente implicación en la gestión de la política migratoria de los interlocutores sociales.
  - Se intenta reformular el «filtro» básico para el acceso de los inmigrantes a nuestro mercado, el concepto de *Situación Nacional de Empleo*. Éste sigue configurado como el indicador básico para establecer las ofertas de empleo que podrán dirigirse a trabajadores extranjeros, pero se busca una fórmula más objetiva para su concreción, como es el referido Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura. Esta nueva definición requiere una información precisa de los Servicios Públicos de Empleo de las Comunidades Autónomas, así como de la Comisión Tripartita.
  - En el *Régimen General* de acceso al mercado de trabajo se eliminan las certificaciones previas de los Servicios Públicos a las ofertas que estén dentro del Catálogo, sin perjuicio de abrir la vía a contrataciones fuera de ese catálogo si tras la gestión pública durante 15 días el resultado es negativo.
  - En el *Contingente* se contiene de forma diferenciada 3 figuras: el contingente estable, el contingente de temporada y el visado de búsqueda de empleo.

El primero se prevé como un instrumento de contratación programada, revisable anualmente, para ofertas genéricas y con selección en el país de origen. El novedoso, desde la reforma de 2003, *visado de búsqueda de empleo*, lejos de cumplir una función instrumental al servicio de los derechos sociales o de solidaridad con las personas inmigrantes a una oportunidad de empleo y a su «empleabilidad», tiene como finalidad responder a las demandas de los empleadores de actividades con características especiales, tales como los trabajos al servicio del hogar familiar, la hostelería y las PYMES.

Veamos brevemente los principales aspectos de esta regulación.

## 2. Las situaciones de los extranjeros y el procedimiento general de acceso al trabajo.

### 2.1. Planteamiento previo: la regulación inmigratoria entre protección del trabajador «nacional» y la segmentación del mercado de trabajo.

Sabido es que el ejercicio de una actividad económica por parte de una persona inmigrante requiere, salvo que se trate de una persona titular o beneficiaria del régimen comunitario de libertad

de circulación, o de un supuesto de movilidad transnacional en aplicación de la libertad comunitaria de prestación de servicios –movilidad en el empleo; STJCE, de 21 de octubre de 2004, Asunto C-445/03–, la solicitud y obtención de una autorización para trabajar, ya se desarrolle por cuenta ajena ya por cuenta propia. De ahí, como se observó, que al regular las situaciones administrativas de residencia de los extranjeros el nuevo Reglamento diferencie los supuestos en atención a que concurra o no una autorización inicial para trabajar (arts. 48 y ss.), sometiéndola a un procedimiento dilatado y complejo, no obstante la pretensión agilizadora, o simplificadora, salpicado de continuos obstáculos en forma de requisitos administrativos. Las razones de esta laberíntica regulación parecen estar para muchos en la necesidad de garantizar una inmigración «regular» o «legal», tanto como exigencia de un mercado de trabajo basado en la «competencia leal» de los sujetos que concurren, cuanto como garantía de protección de los derechos de los trabajadores, primero nacionales, y ahora ya, residentes, que incluye tanto a ciudadanos de la UE como a extracomunitarios con residencia legal.

En opinión de muchos la incorporación al mercado de trabajo español de un número creciente de inmigrantes tendría un efecto reductor de las oportunidades de empleo para los nacionales, con su consiguiente incidencia negativa en los niveles de paro en España, partiendo de que se trata, pues, de empleos competitivos. O, cuando menos, en el nivel de salarios a consecuencia de la fuerte presión a la baja que genera un excedente de mano de obra dispuesto, casi a cualquier precio, a realizar los empleos. En un mercado no institucionalmente rígido como el nuestro, sino especialmente flexible, y en un momento de crecimiento económico ese impacto no puede verificarse por la experiencia empírica, antes parece que todo lo contrario. Como sostiene hoy el análisis económico más racional, la movilidad transnacional de mano de obra es sólo uno de los diversos fenómenos que afectan al «precio» de los recursos productivos –la fuerza de trabajo–, pero no el único, y análogos efectos producen los flujos comerciales y financieros –equivalencia en el impacto en el mercado de trabajo de los distintos flujos–, de modo que estas libertades se concretan en técnicas equivalentes en sus efectos.

En consecuencia, ni existe apenas relaciones entre la tasa de desempleo de un país y la intensidad del flujo migratorio que al mismo se dirige, ni es posible negarse a ese flujo en la sociedad globalizada actual, sólo canalizarlos o regularlos de la mejor manera posible para conciliar todos los intereses en juego –en conflicto–. Asimismo, la revisión de los estudios empíricos existentes ha evidenciado que el fenómeno de la inmigración tampoco ha supuesto la depresión de los salarios reales de los países afectados. En todo caso, existe acuerdo en aceptar que el fuerte crecimiento de la economía y el empleo en nuestro país en los últimos años, con el consiguiente mayor dinamismo de nuestro mercado de trabajo, que además se ha flexibilizado notoriamente, ha servido para amortiguar cualquier tensión socio-laboral –reducción del empleo de los nacionales o depresión de sus salarios reales– que la inmigración pudiera haber generado. Para algunos analistas, en aquellos países en que se ha reducido el incremento de las oportunidades de empleo y mantienen un intenso flujo migratorio esas tensiones sí se habrían evidenciado, lo que estaría en la base del actual movimiento de reformas legislativas en sentido restrictivo que estaría viviendo la práctica totalidad de los Estados miembros de la UE <sup>62</sup>.

<sup>62</sup> Pese a la convicción sobre la menor ambición de progreso laboral o promoción social y económica, por la mejora que supone el acceso a un empleo respecto de su situación en el país de origen, lo cierto es que es una cuestión de tiempo, pues tiende a producirse, en poco más de una generación, una creciente asimilación de los colectivos inmigrantes respecto de las comunidades locales de las zonas en que residen. Los problemas en tal sentido parece explicarse más por las resistencias o rechazos de los sectores locales más intransigentes que por la condición de inmigrante y su disparidad cultural.

En este sentido, no obstante la convicción sobre la necesidad de reforzar los flujos inmigratorios de carácter estrictamente laboral, las legislaciones nacionales o estatales, como la española, siguen estableciendo un amplísimo elenco de condiciones o requisitos, que lejos de minorarse se han reforzado o ampliado con la nueva regulación, para dificultar la llegada de personas inmigrantes. Los efectos perniciosos de esta regulación, que en lo sustancial se mantiene –ordenación de los flujos sobre la idea del visado en origen; adecuación a la «situación nacional de empleo»; autorizaciones limitadas, en lo profesional y en lo territorial, lo que complica una exigida movilidad en un mercado unitario...–, son de todos conocidos. Así, especialmente en los países del Sur de Europa, el mayor problema es la perpetuación de mercados sumergidos, de naturaleza clandestina, en los que ocupan una parte fundamental la inmigración ilegal, trabajando con niveles salariales inferiores a los mínimos regulados. Perviven situaciones difícilmente soportables de segmentación no ya «racial» del mercado de trabajo sino sexista en relación a los inmigrantes <sup>63</sup>.

El problema de ordenar los flujos migratorios sobre la base del ajuste permanente a la «situación nacional de empleo» es que nuestro país conoce la existencia de sectores o ámbitos en los que convive un alto nivel de paro con un volumen relevante de inmigración. Esta contradicción se ha visto como uno de los problemas o desajustes más serios del mercado de trabajo, que si bien se ha querido imputar a determinadas políticas de protección social –como al antiguo PER–, realmente responde a la apuesta de muchos sectores por un modelo de competitividad basado en precios –salarios bajos– y condiciones precarias que los nacionales no quieren –ni tienen por qué– sufrir. La identificación de la capacidad de nuestra economía para generar puestos de trabajo que absorba esta demanda no puede quedarse en datos formales o aparentes, sino que ha de atender esta realidad. En todo caso, la cuestión no es fácil porque un análisis estricto llevaría a paralizar sectores enteros de actividad, especialmente en determinados momentos productivos, mientras que una flexibilidad extrema conlleva el riesgo de generar mayores bolsas de inmigración ilegal a medio plazo, con el consiguiente efecto de incremento de la explotación humana o del colectivo de población inmigrante en paro forzoso. Hay quien propone reformas que flexibilicen gradualmente el mercado de trabajo, para hacerle más capaz de crear empleo y acoger el flujo creciente de inmigrantes, pero esto conlleva mayores peligros de inestabilidad y precariedad.

Estas y otras consideraciones han estado en la base de algunas de las reformas introducidas por el nuevo Reglamento, ya apuntadas y que ahora pasamos a exponer con algún detenimiento.

## *2.2. Las situaciones de residencia temporal y trabajo: la autorización en circunstancias «normales» y en circunstancias «excepcionales».*

Se halla en situación de residencia temporal con autorización para trabajar el extranjero que, mayor de 16 años, es autorizado para permanecer en España por un período superior a 90 días e infe-

<sup>63</sup> El 90 por 100 de las mujeres realizan su actividad laboral en el sector servicios –hostelería y trabajo en el hogar familiar–, mientras que los varones tiene abierto un abanico relativamente más amplio de oportunidades de empleo, en cuanto que suman el sector de la construcción –que explica la alta tasa de incidencia de la siniestralidad laboral entre los trabajadores inmigrantes, especialmente en situación de ilegalidad–, y sobre todo en el sector de la agricultura.

rior a 5 años con vista a ejercer una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena (art. 48 RLOExIS). A la vista de la actual regulación podemos distinguir los siguientes grupos de supuestos:

*a) Residencia temporal con autorización de trabajo por cuenta ajena (arts. 49 y ss.).*

Esta autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena «habilitará» –no se trata, pues, de una cuestión civil de capacidad jurídica sino de «habilitación» en sentido técnico administrativo– a los extranjeros que residen fuera de España, y que hayan obtenido un previo visado –salvo circunstancias excepcionales y los que se hallen en situación de estancia por estudios–, a iniciar una relación laboral por cuenta ajena. La ordenación viene a equivaler al desaparecido «permiso de trabajo Tipo B inicial», por lo que su duración será de un año y vendrá limitado geográficamente y profesionalmente, reproduciendo algunos de los problemas ya consabidos por esta rigidez reguladora, sin perjuicio de lo visto respecto al régimen modificativo o novatorio (art. 99). Los *requisitos* para la concesión de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena se recogen en el artículo 50 RLOExIS. A saber:

- Que la «*situación nacional de empleo*» permita la contratación del trabajador extranjero –letra a)–. Se mantiene, pues, este filtro pero reformulado, como ya se ha anunciado.
- Que se «*garantice al trabajador una actividad continuada*» durante el entero período de vigencia de la autorización para residir y trabajar –garantía de seguridad en el empleo–.
- Que se haya formalizado, por el empleador, el *alta en el correspondiente régimen de Seguridad Social*, al tiempo de acreditar la situación de «al corriente» de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social.
- Que *las condiciones fijadas en la oferta de trabajo se ajusten a las establecidas por la normativa vigente* para la misma actividad, categoría profesional y localidad –garantía de trato igual y de competencia leal–.
- Que se posea la titulación, en su caso, debidamente homologada.
- Que carezcan de antecedentes penales en España y en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en nuestro ordenamiento –una suerte de garantía de ser «buenos y honrados»–.
- Que no se encuentren irregularmente en territorio español.

Aunque han desaparecido algunos requisitos fuertemente denostados –el criterio de la reciprocidad–, o en todo caso constatados como inoperantes –certificado negativo del Servicio Público de Empleo–, la simple contemplación de los nuevos introducidos evidencian que el férreo control que quiere establecerse sobre la inmigración ilegal volverá a tornarse en contra. Si algunos de los requisitos son obvios –la igualdad de trato–, otros, como la garantía de una difícil, cuando no imposible, «seguridad en el empleo», presentan muchas dudas sobre su eficacia, especialmente en un

mercado que tiene las dosis de precariedad laboral más altas de la UE y donde, en consecuencia, es complejo garantizar la continuidad de la prestación durante toda la vigencia de la autorización.

El *procedimiento* se establece, de forma algo abigarrada, en el artículo 51, comenzando en todo caso, como en la situación anterior, por la solicitud del empleador ante la autoridad competente –la Oficina provincial de Extranjeros dependientes de las Subdelegaciones de Gobierno–. Previa a su resolución se contempla la necesidad de recabar, de oficio, una pléyade de informes de diferentes Administraciones Públicas, cuya coordinación será determinante para una mínima credibilidad y eficacia del proceso –Agencia Estatal Tributaria, TGSS, Dirección General de Policía y Registro Central de Penados y Rebeldes–. El plazo máximo para evacuar el informe es de 10 días. Requerido, en su caso, el solicitante para subsanar eventuales defectos, so pena de ver cómo se tiene por desistida la petición, y comprobados los requisitos por la autoridad, se dictará resolución motivada y notificada, que habrá de pagar las tasas (art. 51.3).

La eficacia de la resolución, de ser favorable, *queda suspendida* hasta la expedición del visado –que deberá solicitar personalmente el trabajador en el plazo de un mes desde la notificación– y efectiva entrada del extranjero en territorio nacional –en plazo no superior a 3 meses–. Quedará extinguida la autorización, sin embargo, si en el momento de la solicitud de la tarjeta de identidad del extranjero –en un plazo máximo de un mes desde la entrada–, o transcurrido un mes desde la entrada, no quedara constancia de la afiliación del trabajador autorizado inicialmente para trabajar.

En definitiva, los efectos del visado, tras la reforma legal de 2003, son los de incorporar al mismo tiempo la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena. La vigencia de ésta comenzará desde la fecha en que se efectúe la entrada en España, que deberá constar en el pasaporte –o cualquier otro título de viaje–.

La normativa reglamentaria regula igualmente, como sucediera con la derogada, tanto las causas de «denegación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena» (art. 53) cuanto la «renovación» de las mismas (art. 54). No hay grandes novedades en el plano material. En el primer caso, la *denegación*, que se vincula estrechamente a la ausencia de los requisitos exigidos para la concesión, nos encontramos con dos novedades que nos parecen especialmente relevantes.

Por un lado, se establece una excepción, para nosotros difícil de entender, a la prohibición de prestar servicios por debajo del SMI, aunque se trate de un contrato a tiempo parcial y en los estrictos términos del principio de proporcionalidad del salario al tiempo efectivo de trabajo. Así, queda abierta la posibilidad de trabajar a tiempo parcial y por debajo del SMI proporcional al tiempo efectivo cuando se trate de «*cónyuge no separado de hecho o de derecho de residente legal, o hijo en edad laboral y menor de 18 años, previamente reagrupados*» conforme a la regulación vigente (art. 41.6). No cabe duda de que es una norma promocional del acceso al empleo de los familiares reagrupados mediante el trabajo a tiempo parcial, pero una vez más esta modalidad hace gala de su dudoso «honor» de ser un contrato especialmente golpeado por las discriminaciones, directas e indirectas.

Por otro, y en sentido claramente positivo, ha desaparecido la causa de denegación basada en decisiones puramente discrecionales, aunque motivadas, de la autoridad competente –«*cuando con-*

*curra cualquier otra causa que sea considerada motivo suficiente por la autoridad competente, mediante resolución debidamente motivada», rezaba la ignominiosa letra k) del derogado art. 74 RLOExIS–. En cambio sí aparece como causa de denegación la concurrencia de «una causa prevista legalmente de inadmisión a trámite que no hubiera sido apreciada en el momento de la recepción de la solicitud». Aunque se trata de un supuesto muy polémico y, por tanto, criticado y criticable, que salvaguarda a la Administración de su propia ineficacia y mantiene una dosis importante de inseguridad jurídica, está claro que su litigiosidad no es imputable tanto a la norma reglamentaria como a la reforma legislativa.*

Por lo que concierne a la *renovación*, y con una sistemática no demasiado clara, el artículo 54.4 RLOExIS diferencia los siguientes cuatro grupos de supuestos, unos regulados directamente por este precepto y otros por remisión al artículo 38.3 LOExIS. En todo caso, la renovación presupone bien el seguir disponiendo de un contrato u oferta de trabajo, bien el disfrutar una prestación pública sustitutiva. A saber:

- *Continuidad de la actividad* que originó la autorización (no hay novedad).
- *Acreditación de realizar habitualmente una actividad para la que se concedió la autorización durante un mínimo de 6 meses* por año –la regulación anterior no precisaba un período mínimo–, pese haberse producido la ruptura del contrato de trabajo originario, siempre que:
  - Bien haya suscrito un nuevo contrato de trabajo adecuado a las características de la autorización y figure en alta –o asimilado– en el momento de la solicitud.
  - Bien cuente con una nueva oferta de trabajo acorde con el artículo 50, salvo lo relativo a la situación nacional de empleo.
- *Acreditación, no obstante la ruptura del contrato, de un período de actividad* –no tiene que ser la habitual, a diferencia del supuesto anterior– *mínimo de 3 meses por año*, siempre y cuando:
  - La ruptura de la relación laboral que originó la autorización inicial se haya interrumpido por causas ajenas a su voluntad.
  - Que haya buscado activamente empleo, mediante la participación en las acciones marcadas por el Servicio Público de Empleo o en programas de inserción socio-laboral de entidades públicas, o privadas que cuenten con subvenciones públicas.
  - Que cuente, en el momento de la renovación, con contrato en vigor.

Se trata de una novedad reglamentaria respecto a la regulación precedente. No plantea problema alguno de legalidad, dada la remisión amplia, incluso la deslegalización de parte de esta materia, en virtud de la letra d) del artículo 38.3 LOExIS. Como se recordará, en esta disposición se prevé que la renovación se produzca «cuando concurren las circunstancias que se establezcan reglamentariamente».

- Cuando sea beneficiario o de una prestación contributiva por desempleo o de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral [art. 54.5 RLOExIS por remisión a las letras b) y c) del apartado 3 del art. 38 LOExIS].

Como en la regulación precedente, y por mandato legal, la renovación se hará sin limitación alguna del ámbito geográfico para la prestación de servicios, pero con limitación de tiempo –por un período de dos años; como sucedía con los desaparecidos «permisos Tipo B renovado» y «Tipo C»–, salvo que tenga derecho a la residencia permanente. Sin perjuicio de la obligación administrativa de resolver la solicitud, debe recordarse que el silencio es positivo (art. 54.10).

*b) Residencia temporal para la prestación de servicios laborales de duración determinada:* contratación temporal de los extranjeros.

Consciente el nuevo Reglamento del protagonismo que en la contratación de extranjeros tiene el trabajo temporal, que golpea intensamente el mercado de trabajo español en general pero especialmente a los inmigrantes, se regula de forma parcialmente diferenciada el régimen de autorización de residencia temporal para la prestación de trabajos por cuenta ajena igualmente temporales. Esta ordenación aparece en los artículos 55 y siguientes RLOExIS, que si bien remite con carácter general al régimen previsto anteriormente –régimen común– también evidencia la existencia de «especialidades». En realidad, esta diferenciación no supone ninguna novedad, porque el Reglamento derogado configuraba estas situaciones como «régimenes especiales» y los trataba en lugares diferenciados –art. 78 del extinto Reglamento–, lo mismo que el artículo 42 LOExIS respecto de los trabajos de temporada.

Quizás no sea ocioso aprovechar esta diferenciación para dejar bien claro que el carácter temporal de la autorización de residencia y trabajo, tanto de la inicial como de la renovada, no determina necesariamente el carácter temporal de la prestación de servicios por cuenta ajena, aunque ésta sea hipótesis normal. En efecto, el contrato puede tener una vocación de duración indefinida, aunque exija, conforme al régimen anteriormente expuesto, una renovación de las autorizaciones, hasta alcanzar la residencia permanente. Si este contrato es, en cambio, temporal, entonces el régimen de autorización será el regulado en los artículos 55 y siguientes indicados.

Las especialidades de este régimen alcanzan básicamente a tres aspectos decisivos:

- Actividades laborales objeto de esta autorización (art. 55).
- Requisitos de acceso (art. 56).
- Procedimiento de concesión (art. 57).

Respecto a las primeras, el precepto recoge los supuestos que *grosso modo* venían cubiertas con anterioridad por los desaparecidos «permisos de trabajo Tipo A» –trabajos temporales– y «Tipo T» –trabajos de temporada o temporeros–. A saber:



- *De temporada o campaña* –la duración coincidirá con la del contrato o contratos de trabajo, con un límite de 9 meses en un período de 12 meses consecutivos– (sin novedad reguladora).
- *De obras o servicios de carácter temporal*, sin que el listado especificado en la normativa –el mismo que el anterior– tenga carácter cerrado.
- *De carácter temporal realizados* por personal de alta dirección, deportistas profesionales, artistas en espectáculos públicos, así como otros *colectivos que se determinen mediante Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* a los exclusivos efectos de posibilitar la concesión de este tipo de autorización.
- Para la *formación y realización de prácticas profesionales* –puesto que se trata de modalidades temporales, el contrato para la formación y en prácticas, no se exige garantía de continuidad por parte del empresario; artículo 56.3 RLOExIS–.

El tercer supuesto llama especialmente la atención, en la medida en que incorpora algunos colectivos que legalmente están excluidos de la solicitud de autorización de trabajo, como es el caso de «*los artistas que vengan a España a realizar actuaciones concretas que no supongan una actividad continuada*» [letra g) del art. 41 LOExIS]. En este sentido, hay una cierta concurrencia entre esta previsión y la del artículo 68 g) RLOExIS, que, como es obvio, obliga a una coordinación de ambos preceptos. Esto significa que estarán excluidos de la necesidad de autorización para trabajar aquellos artistas que realicen actividades temporales pero de muy corta duración, que la normativa fija en «*cinco días continuados de actuación o veinte días de actuación en un período inferior a seis meses*».

Como en la regulación derogada, se establece para los 3 últimos supuestos una duración máxima de un año. Aunque no se prevé la renovación, sí se condiciona esta situación a la regulación prevista en la legislación laboral en orden a la posibilidad de prorrogar estos contratos, como sucede en los casos del *contrato eventual*. El empleador está obligado a indicar en qué casos se solicita autorización para continuar con la realización de la misma obra, servicio o actividad (art. 57.8).

A los *requisitos* para obtener la autorización para trabajar previstos en el artículo 50 RLOExIS –salvo lo relativo a la situación nacional de empleo en aquellos supuestos específicos previstos legalmente como exentos de tal filtro–, se añaden los ya conocidos en orden tanto a garantizar un «alojamiento adecuado» como el «retorno» al país de origen al finalizar la actividad, organizando convenientemente los viajes de venida y los de ida o vuelta (art. 56). Se mantiene la posibilidad de eximir al empresario de garantizar el alojamiento adecuado, carga vista por los empresarios como especialmente pesada e «injusta», en atención a la concreta actividad laboral de que se trate, como sucedía antes, pero no se admite tal exención en aquellas situaciones en las que realmente se plantea la tensión o conflicto mayor entre empresarios y representantes sindicales: los trabajos de temporada o temporeros.

Este tema resulta especialmente acuciante en el ámbito del trabajo agrario, en particular en el Sur de España –Almería, Huelva, Jaén...–, que ven cómo anualmente fluyen miles de trabajadores inmigrantes sin tener garantizado un «albergue», lo que obliga a intervenciones de «emergencia» o

asistenciales por las Administraciones Públicas, especialmente de los Ayuntamientos, así como de las ONG's. El problema, no obstante, se repite año tras año sin alcanzar de momento una solución adecuada, que pasa por un mayor compromiso público, social y colectivo –negociación colectiva–.

Finalmente, por lo que respecta al *procedimiento*, otra de las cuestiones especialmente «calientes» o conflictivas en este ámbito, puesto que ni su ordenación, tramitación ni plazos son adecuados para garantizar una razonable eficacia de todo el proceso, se remite en general al régimen común al tiempo que prevé algunas especialidades. Entre ellas, destaca la mayor implicación de los Servicios Públicos de Empleo, el Estatal y los Autonómicos, en la medida en que se obliga a que las ofertas de empleo sean puestas a disposición de éstos para que se publiquen durante un tiempo –15 días–, que permita su conocimiento en todo el territorio nacional para que puedan cubrirse por los trabajadores residentes, previamente a ofertarlas a los trabajadores extranjeros que se hallen fuera del territorio. La antelación con que han de presentarse, por empresarios u organizaciones empresariales, las solicitudes para cubrir estos puestos, de 3 meses al inicio de la actividad laboral, plantea problemas graves ante la incertidumbre de las actividades de temporada –ej. agraria, hostelera–.

De la tramitación destaca la participación de las organizaciones sindicales y empresariales de ámbito provincial, que tienen el derecho de recibir las resoluciones de la autoridad competente para dictarlas al objeto de hacer las alegaciones que estimen oportunas (art. 57.4). El resto de cuestiones y fases es análoga al procedimiento común. La resolución favorable, pues, quedará igualmente suspendida hasta la expedición del visado y entrada efectiva. Puesto que lo habitual es que se aporte la oferta de empleo y no el contrato de trabajo –recuérdese que en el caso del procedimiento común se permite aportar, junto con el resto de la documentación, bien el contrato de trabajo bien la oferta de empleo, artículo 51.2 b) RLOExIS–, la diligencia aprobatoria de la autorización de residencia y trabajo se hará constar sólo cuando la autoridad competente disponga efectivamente de los contratos firmados por los empresarios. Es en este momento en el que se indicará sector de actividad, ámbito territorial y duración autorizados. Devueltos al empresario los contratos con esta diligencia e indicaciones, se devolverá al empresario para que éste los remita al trabajador a efectos de firmarlo en el país de origen, trámite necesario para que la oficina consular competente expida el visado (art. 57.6 RLOExIS), lo que hará en los mismos términos que los indicados en el procedimiento común.

En cambio, no será preciso en estos casos la obtención de la tarjeta de identidad de extranjero. Tampoco el abono de la tasa, siempre y cuando la contratación de los trabajadores sea para un período inferior a 6 meses (art. 57.7).

La inexistencia de constatación de la situación de alta, en el plazo máximo de un mes desde la entrada en España del trabajador autorizado inicialmente, abre la posibilidad de la extinción de la autorización –¡pero no afecta a la validez y eficacia del contrato de trabajo *ex art. 36.3 LGSS!*– por parte de la autoridad competente, conforme a lo previsto con carácter general en el artículo 75 RLOExIS. Ahora bien, en este caso, se prevé un especial seguimiento por parte de la autoridad de esta situación, a través del requerimiento al empresario para que explique las razones de esta «irregularidad», o de cualquier otro motivo que impida el inicio efectivo de la relación laboral –como es obvio, la falta de alta no será determinante, en muchos casos, de la ausencia de prestación efectiva–. La falta de justificación o la alegación de motivos poco convincentes será causa suficiente para que, en ulteriores solicitudes, se deniega la autorización, «por considerar que no se garantiza la actividad continuada de los trabajadores» (art. 57.10).

*c) La autorización de residencia temporal para la realización de una prestación de servicios por cuenta propia.*

Los artículos 58 a 62 del nuevo Reglamento regulan la situación de residencia temporal de los trabajadores extranjeros por cuenta propia. En este ámbito la reordenación evidencia, en el plano sustancial, una menor incidencia que en el trabajo por cuenta ajena, salvo la eliminación, también aquí, de la anterior clasificación de las modalidades de autorización para trabajar, de modo que han desaparecido formalmente las modalidades de «permiso de trabajo Tipo D, inicial»; «Tipo D, renovado» y «Tipo F» (derogado art. 69.2).

Lo más destacable reside en los requisitos exigidos para la concesión de esta autorización. Las principales novedades son:

- Se ha eliminado la reciprocidad.
- Se mantiene la exigencia, completamente irrealista a juzgar por la práctica de los últimos años, de acreditar una inversión suficiente para la implantación del proyecto y para generar empleo. Ahora bien, en vez de dejar la evaluación de este criterio a la libre determinación de la autoridad concedente se remite, con una cierta –pero relativa– mejora de la seguridad jurídica, a lo establecido mediante Orden del MTAS <sup>64</sup>.
- Se añade en la nueva regulación la exigencia, ésta aún más difícil de justificar, de que se prevea la rentabilidad del proyecto en el primer año de ejercicio, al menos para garantizar la manutención y alojamiento del interesado [letra e) del art. 58].
- Se reitera la necesidad de acreditar la «colegiación», que aparece tanto en la letra b) –acreditar cualificación profesional y titulación necesaria homologada–, cuanto en la letra d) específicamente.
- Por supuesto, se insiste en la carencia de antecedentes penales y en el carácter regular de la presencia del extranjero en nuestro país.

La regulación vigente afronta también las cuestiones de procedimiento –art. 59–, cuya mayor singularidad es, recuérdese, la legitimación del trabajador por cuenta propia para instar la solicitud, a diferencia del trabajador por cuenta ajena; los efectos del visado (art. 60), idénticos a los vistos para el trabajador por cuenta ajena y la duración inicial de la autorización de residencia –1 año–; las causas de denegación, vinculadas bien a la carencia de los requisitos para su concesión o a la concurrencia de ciertas circunstancias previstas para los trabajadores por cuenta ajena en el artículo 53 (art. 61). Los detalles del procedimiento para la renovación –cuya duración será, como antes, de dos años, salvo que proceda la residencia permanente, esto es, a los 5 años de residencia temporal– se recogen en el artículo 62, que cierra esta Sección.

<sup>64</sup> Por cierto, y a título de pura anécdota, la norma remite, como en otras ocasiones, al «Ministro». ¿Qué pasa si se nombra a una «Ministra»? ¿Hay que cambiar la norma? Ahora que tanto se habla –y se promete– en materia de igualdad, quizás cabría revisar esta técnica de redacción en el marco de la legislación reciente de impacto de género.

d) *La autorización de residencia temporal para la prestación transnacional de servicios.*

Los artículos 63 a 67 recogen el régimen de la autorización para residir y trabajar temporalmente en nuestro país de los trabajadores desplazados por sus empresas situadas en otro Estado. Esta regulación se identifica en lo sustancial con el denominado y ya extinto «permiso de trabajo Tipo G» –art. 77 del derogado Reglamento–. No debe confundirse este supuesto de movilidad transnacional con el previsto en la Ley 45/1999, aunque a ella se remita con frecuencia por el RLOExIS, pues esta ley regula la prestación transnacional de servicios en el ámbito comunitario, mientras que la norma reglamentaria lo hace de la extracomunitaria.

La diferencia es sustancial. En efecto, en cuanto a los trabajadores transnacionales movilizados en el ejercicio de la libertad comunitaria de prestación de servicios, la jurisprudencia comunitaria –ej. STJCE, de 21 de octubre de 2004 (asunto C-445/03), *Comisión de las Comunidades Europeas c. Gran Ducado de Luxemburgo*– declara la nulidad de cualquier normativa estatal que requiera para estos casos una autorización para trabajar, aunque se trate de nacionales de terceros Estados. Esta regulación no se considera discriminatoria por razón de la nacionalidad, pues no se ejerce libertad de circulación de trabajadores en sentido propio, pero sí restrictiva de la libertad de prestación de servicios, al duplicar los controles administrativos, en el Estado de origen del trabajador y en el de destino. No cabe, pues, para estos casos exigir autorización para trabajar si ya cuentan los trabajadores desplazados con autorización concedida en el Estado de origen.

Precisamente por ello, la situación contemplada en el marco del régimen común de la extranjería y la inmigración expresa con claridad que se trata de un desplazamiento hecho por «*una empresa establecida en un Estado no perteneciente a la Unión Europea ni al Espacio Económico Europeo*» –art. 63–. A los supuestos contemplados en la regulación derogada –subcontratación internacional de trabajadores y movilidad de trabajadores dentro de una misma empresa multinacional o de un grupo de empresas–, se añade el «*desplazamiento temporal de trabajadores altamente cualificados para la supervisión o asesoramiento de obras o servicios que empresas radicadas en España vayan a realizar en el exterior*» [letra c) del art. 63].

Lo más destacable de las novedades de la nueva regulación es la *eliminación*, entre los requisitos que son necesarios para obtener esta autorización, *del filtro de la «situación nacional de empleo»*, que sí se exigía en la regulación precedente. Valoramos positivamente esta supresión porque, como ya pusimos al comentar las reformas de 2003, carece de sentido, en la medida en que se trata de situaciones que no pretenden incidir de forma estable o regular en nuestro mercado de trabajo, al tiempo que reviste una serie de singularidades, económicas, organizativas y jurídicas, que hacían incomprensible tal exigencia en una economía «libre» de mercado. En consecuencia, los únicos requisitos exigidos son, como se recordará:

- Que el trabajador desplazado tenga residencia estable en el país de origen.
- Que la actividad profesional realizada por el trabajador desplazado en el país de establecimiento de la empresa que desplaza tenga carácter habitual, habiéndola desempeñado como mínimo durante 1 año de modo general y 9 meses para la empresa que lo desplaza.

- Que garantice la empresa a estos trabajadores los mismos derechos que la normativa comunitaria.

e) *La autorización de residencia temporal por razones excepcionales: la normalización permanente e individual por «arraigo laboral» y/o «socio-laboral».*

Los supuestos anteriores hacen referencia a la ordenación de situaciones administrativas vinculadas al trabajo en circunstancias que podríamos entender como «normales», más bien «deseables» ante la constatación de que en muchísimas ocasiones la situación práctica es bien diferente. Como hemos visto, la obtención de esta autorización de residencia temporal y trabajo implica la cualidad o condición de «hallarse regularmente en España», lo que para miles de personas no sucede. Para afrontar colectivamente esta situación anómala se ha diseñado el ya referido proceso de normalización jurídica de la realidad socio-económica de la inmigración laboral irregular anterior a la entrada en vigor del RLOExIS. Ahora bien, con carácter inicialmente excepcional, queda abierta una vía para proceder a una suerte de «normalización», si bien individual y en buena medida «permanente», cuando concurren determinadas circunstancias, básicamente identificadas como de «arraigo laboral» y/o «socio-laboral».

Como se señaló al estudiar la situación administrativa de residencia temporal, este régimen singular se contempla en el artículo 45.2 RLOExIS, como figura específica dentro de lo que se llama autorizaciones de residencia temporal «por circunstancias excepcionales». El apartado referido contempla dos supuestos que abren la vía para conceder esta autorización:

1. Por **«arraigo laboral»**.

Los requisitos son los siguientes:

- Acreditar permanencia continuada en España durante un período mínimo de *2 años*.
- Que carezcan de antecedentes penales, en España y en el país de origen.
- Que acrediten la *existencia de relaciones laborales* cuya duración no sea inferior a un año.

2. Por **arraigo social e inserción ocupacional** o **«arraigo socio-laboral»**.

Los requisitos son:

- Acreditar una permanencia continuada en España durante un período mínimo de *3 años*.
- Carecer de antecedentes penales.
- Contar con un *contrato de trabajo en el momento de la solicitud* –esta precisión no se exige en el supuesto anterior–, cuya duración no sea inferior a 1 año.
- Acredite *arraigo o integración social*, bien mediante la demostración de «vínculos familiares» bien mediante participación en acciones de inserción social –acreditadas mediante Informe municipal–.

El carácter reductor de esta visión del arraigo, centrado en lo estrictamente laboral o en lo socio-laboral –inserción ocupacional e inserción social al mismo tiempo–, que excluye una eficacia autónoma a la inserción o arraigo puramente social y/o socio-familiar, ya fue objeto de crítica al analizar las situaciones administrativas por lo que no haremos mayor comentario. Sí conviene recordar que el primer supuesto, el de arraigo puramente laboral, no entrará en vigor hasta el 7 de agosto de 2005 –6 meses después de la entrada en vigor del RLOExIS; DF 4.ª RD 2393/2004–.

### *2.3. La residencia permanente y la prestación de servicios profesionales: el principio pleno de igualdad de trato.*

El acceso a la situación de residente permanente supone el reconocimiento del derecho de la persona extranjera a «trabajar en igualdad de condiciones que los españoles» (art. 32 LOExIS, reproducido en el art. 71 RLOExIS). En coherencia con este entendimiento del trabajo como un derecho de los residentes permanentes, el artículo 41.3 LOExIS exime a estas personas de solicitar la autorización para trabajar.

En principio no habría que hacer mucho más comentario a esta situación. No obstante, sí queremos aprovechar este trabajo para evidenciar una vez más que el ordenamiento español no es coherente con este derecho, ni con el derecho a la no discriminación sobre el que se basa, en la medida en que siguen existiendo espacios o ámbitos de ocupación que plantea importantes limitaciones a estas personas, como es el ámbito del empleo público, lo que hoy carece de razón de ser e incluso de legalidad.

### *2.4. El régimen especial de los trabajadores transfronterizos.*

El artículo 84, que constituye incluso un Título propio, ha querido singularizar este régimen especial de autorización para trabajar, ya sea por cuenta propia o ajena, de antiguo concedido a los «trabajadores transfronterizos». La regulación no altera sustancialmente lo previsto en el derogado Reglamento, y que constituía el hoy desaparecido «permiso de trabajo Tipo F». Como alguna novedad a destacar está la relativa a considerar esta situación como un criterio a valorar, entendemos que de forma positiva, para conceder las eventuales solicitudes que pudieran presentarse por estos trabajadores para acceder a una autorización de residencia y trabajo.

### *2.5. Otros supuestos especiales: trabajo de estudiantes o investigadores con visados de estudios y solicitantes de asilo.*

Aunque no aparezcan en sentido propio como «régimenes especiales» de trabajo, no cabe duda que encontramos otras situaciones que evidencian singularidades en este ámbito. Ya hablamos del tratamiento dado por el nuevo Reglamento al «trabajo de estudiantes o investigadores», en los términos del artículo 90. Este precepto, como ya sucedía anteriormente, autoriza a quienes sean titulares de un visado de estudios para trabajar, siempre y cuando sea compatible el trabajo con sus estudios.

A tal fin, será preceptiva la solicitud del empleador para obtener la autorización de trabajo, para lo que hay que cumplir los mismos requisitos que los previstos en el régimen general de auto-

rización para trabajar por cuenta ajena, salvo la situación nacional de empleo y lo relativo a antecedentes penales. La modalidad de contratación es, como regla general, la de trabajo a tiempo parcial, si bien se admite la modalidad de trabajo a tiempo completo, pero en este caso tiene que ser temporal –no superior a 3 meses– y no desplegarse en períodos lectivos (art. 90.2). La autorización no tendrá limitación geográfica, salvo que coincida con períodos lectivos, limitándose en tal caso al ámbito territorial de residencia de su titular. Su vigencia coincide con la del contrato, pero no podrá ser superior a la duración del visado o autorización de estudios. La pérdida de vigencia del contrato aparece como causa de extinción de la autorización. Es renovable.

En cambio, no se precisa autorización para trabajar de aquellos extranjeros que realicen estudios de especialización en el ámbito sanitario español, pero ya cuenten con la licenciatura en estas disciplinas, debidamente homologadas. Bastará con que se comunique la circunstancia de actividad laboral en el ámbito sanitario a la autoridad competente (art. 91 RLOExIS).

Asimismo, una situación especial se prevé para los *solicitantes de asilo*, conforme a la nueva DA 17.<sup>a</sup>. Éstos estarán autorizados para trabajar en España una vez transcurridos 6 meses desde la presentación de la solicitud, siempre que ésta hubiera sido admitida a trámite y no estuviera resultando por causa no imputable al interesado.

#### 2.6. Las excepciones a la autorización de trabajo y supuestos excluidos del requisito de la situación nacional del empleo.

Apenas encontramos novedades en la regulación sea de los supuestos excluidos del requisito de la situación nacional de empleo, así como de excepción a la necesidad de autorización para trabajar, a algunas de las cuales ya se ha hecho referencia –especialistas sanitarios, residentes permanentes–. La razón es la delimitación legal de esta materia. Los primeros –considerado antaño como supuestos de «preferencia de acceso al empleo»–, en el artículo 40, y lo segundo en el artículo 41 LOExIS.

Esta predeterminación estricta de la ley se reconoce de forma directa y clara en el nuevo artículo 50, cuyo segundo párrafo delimita los supuestos en los que no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo mediante remisión al artículo 40 LOExIS, lo que no deja de ser una curiosa y deficiente técnica reguladora. No obstante, *se añaden otros supuestos no contemplados directamente en la Ley* pero sí en normas internacionales de obligado cumplimiento, como son aquellas en las que medie un Convenio Internacional, los nacionales de Estados no pertenecientes a la UE ni al EEE enrolados en buques españoles en virtud de Acuerdos Internacionales de pesca marítima. En estos casos, se concede validez de autorización para trabajar al duplicado de la notificación de embarque o renovación del contrato de tripulantes extranjeros en buques españoles.

Asimismo, el Reglamento ha procedido a cumplir con el mandato legal de desarrollar los términos en que han de entenderse determinados supuestos previstos legalmente. Así sucede con la cobertura de «puestos de confianza» [letra a) del art. 40 LOExIS]. La nueva regulación, sin embargo, no aporta novedad alguna en la delimitación, sino tan sólo un cambio de ubicación sistemática, lo que entendemos ha supuesto una clara deficiencia de técnica reguladora, pues dedicar una DA específica, la 12.<sup>a</sup>, a esta cuestión no nos parece acertado y hubiera sido mejor hacer la precisión en el precepto dedicado a tal fin.

En cambio, sí se dedica un artículo específico a delimitar las «*excepciones a la autorización de trabajo*» (art. 68), aunque no contiene novedades de relevancia, salvo la incorporación de un nuevo supuesto a raíz de la reforma legal de 2003 –los *menores extranjeros en edad laboral tutelados por entidad de protección de menores competente*; letra k)–. Asimismo se regula el procedimiento para obtener la exención (art. 69) y los efectos de visado de residencia que se expida en estos supuestos (art. 70). Aunque no aparece formalmente, esta materia constituye una Sección diferenciada, la Sección 5.<sup>a</sup>.

### 3. La nueva configuración de la «situación nacional de empleo»: el incierto «Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura».

Como se refirió al analizar los requisitos que dan acceso a una autorización de residencia temporal y trabajo, el papel de «filtro» o presupuesto de la «*situación nacional de empleo*» sigue siendo relevante o determinante de la ordenación de los flujos inmigratorios laborales. Los enormes problemas planteados por el entendimiento tradicional de este concepto, objeto de una fortísima litigiosidad y de interpretaciones discrepantes, además de una práctica administrativa completamente inoperante, ha llevado a un intento de reformulación en el nuevo Reglamento. A tal fin, el artículo 50 a) ha atribuido al Servicio Público de Empleo Estatal, con la colaboración e implicación de los Servicios Públicos Autonómicos, y previa consulta de los interlocutores sociales, mediante la novedosa Comisión Laboral Tripartita, la elaboración del denominado «*Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura*» para cada provincia –incluye Ceuta y Melilla–.

Por lo que refiere a su *procedimiento de elaboración*, se presupone un adecuado conocimiento de toda la información disponible sobre la gestión de las ofertas presentadas por los empleadores en los servicios públicos de empleo. Esta previsión no deja de plantear ya las primeras inquietudes, en la medida en que es sabido que ya no es obligatorio presentar por esta vía todas las ofertas disponibles y que no es práctica habitual hacerlo, antes bien todo lo contrario (no más allá del 10%). Lo que ha de considerarse como «Ocupaciones» deberá extraerse de la «Clasificación Nacional de Ocupaciones» en vigor y regulada en el marco normativo de la formación profesional. La complejidad de este instrumento, de eficacia más bien incierta, no ya en sí mismo sino por el procedimiento que ha quedado pergeñado en la «normativa» de desarrollo, se evidencia en la Resolución de 8 de febrero de 2005, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se establece tal procedimiento –BOE de 24 de febrero de 2005–. Los datos a utilizar son la «media de demandas» de los últimos doce meses, los «puestos ofertados» a lo largo del año, y los «puestos pendientes» de cubrir, mientras que los «indicadores» son:

- «El grado de penetración en el mercado de trabajo» –IP–. Relaciona el número de puestos ofertados –dividendo– con los contratos registrados para una determinada ocupación –divisor–, obteniendo un valor medio provincial.
- «El grado de dificultar para cubrir ofertas de empleo» –ID–, que relaciona la diferencia de puestos de trabajo pendientes de cubrir a una fecha concreta y los pendientes el año anterior con el número de puestos ofertados en el año.
- «De escasez de demandantes de empleo» –IE–, que relaciona la media de demandas –dividendo– con el número de puestos ofertados al año –divisor–, obteniendo un valor medio provincial.



La utilización de estos indicadores llevará a incluir en el catálogo aquellas ocupaciones que o bien tengan un valor «Media de demandas» igual a cero, en cuyo caso se incorporan de forma automática al Catálogo, o bien cumplan simultáneamente las siguientes condiciones:

- IP ocupación mayor o igual al IP provincial.
- ID ocupación mayor o igual al ID provincial.
- IE ocupación menor o igual al IE provincial.

La elaboración es un paradigma de lo que debe ser el trabajo coordinado entre el Servicio Público de Empleo Estatal y los Servicios Autonómicos. El primero es responsable de elaborarlo, con periodicidad trimestral, con datos en buena medida provenientes de los Autonómicos. Posteriormente, el Servicio Estatal los envía a éstos, antes del inicio de la segunda quincena del primer mes de cada trimestre natural, pudiendo a su vez los Autonómicos realizar modificaciones, de inclusión o exclusión, comunicando las modificaciones al Estatal. De todo ello se dará cuenta a la Comisión Laboral Tripartita. Cumplidos todos los trámites de información y consulta, se pondrá el Catálogo a disposición de los órganos competentes para la tramitación de las autorizaciones de residencia y trabajo, por cuanto se configura como un requisito o presupuesto para este procedimiento de gestión de los flujos inmigratorios laborales.

No obstante, no es ésta la única vía para determinar la situación nacional de empleo. Incluso en ocupaciones no calificadas como de difícil cobertura se admite la contratación, siempre que el empleador acredite la dificultad de contratación del puesto, mediante la gestión de la oferta de empleo presentada ante el Servicio Público de Empleo concluida con resultado negativo. Este sistema es el que, precisamente, se ha querido evitar, por su ineficacia, con el recogido a través de la gestión anticipada de estas situaciones a través del Catálogo.

#### **4. El acceso al mercado de trabajo por el sistema de cupos: los acuerdos de contingente y los visados por búsqueda de empleo.**

La regulación reglamentaria ha afrontado igualmente algunas revisiones parciales de la polémica institución, ya con fundamento legal, del acuerdo gubernativo de «contingente de inmigrantes». Al desarrollo del artículo 39 LOExIS, reformado en el año 2003, dedica el Título V (arts. 77 a 83).

Como expresa el artículo 77.2, el contingente pretende ser el instrumento que permita la «contratación programada de trabajadores» extranjeros, que ni se hallen ni residan en España, evitando así que aparezca como instrumento de regularización encubierta, como sucediera en el pasado. Las características más relevantes atribuidas a este *alternativo sistema de gestión del acceso a nuestro mercado de trabajo* es tanto la vocación de estabilidad de los empleos a cubrir, no obstante dedicar una regulación singularizada a la contratación de temporada, cuanto la selección en origen de los trabajadores, a partir de las ofertas genéricas. Esta regulación, en todo caso, se caracteriza por unas elevadas dosis de incertidumbre, en la medida en que se concede un amplio margen de decisión al «*acuerdo del Consejo de Ministros*» por el que se aprueba el contingente, pues es a éste al que incumbe regular el procedimiento para la contratación de los trabajadores extranjeros (art. 80.1).

Pero, sin duda, la mayor novedad en este ámbito aparece en la contemplación de los denominados «visados para la búsqueda de empleo», figura novedosa introducida con la reforma de 2003. Estos visados autorizarán a desplazarse al territorio español no para trabajar sino para buscar trabajo durante un determinado período –3 meses–, transcurrido el cual deberá salir del territorio si no ha formalizado un contrato de trabajo. Junto a los visados para la búsqueda de empleo dirigidos a hijos o nietos de español de origen (art. 82), se recogen los visados para búsqueda de empleo «*para determinados sectores de actividad u ocupaciones*» (art. 83). Aunque la posibilidad de realizar un análisis crítico de los mismos dependerá del acuerdo que en su día se realice a tal fin por el Consejo de Ministros, en el cupo del año 2006, parece claro el sentido restrictivo y estrictamente mercantil que asume esta figura. No es, como se dijo, un útil para hacer realidad un cupo de solidaridad con las personas que buscan trabajo, dándole una oportunidad para hacer efectivo su derecho a inmigrar por razones económicas, sino que es, una vez más, una vía más para satisfacer necesidades del mercado. En este caso dar cobertura a «puestos de trabajo de difícil cobertura» y a las «circunstancias específicas del mercado laboral concernido», a partir de las cuales se determinará cuál es el sistema más adecuado para satisfacerla.

No cabe duda de que otra ordenación de este esperanzador instrumento es posible en manos de los Servicios Públicos Autonómicos de Empleo. Sin recaer en políticas selectivas extremas –las que se orientan a seleccionar la nueva población inmigrante por su especialización profesional y adaptabilidad cultural a la sociedad de origen por afinidad cultural–, sí podría contribuir a políticas activas de inmigración que contemple la acogida y promoción de los ciudadanos de aquellos países que deseen trabajar y convivir en España.

El primer objetivo de una política activa de inmigración debe ser el facilitar la máxima transparencia de la oferta y demanda de empleo por parte de los empleadores, facilitando el encuentro entre ellas, conforme a la lógica propia del Servicio Público de Empleo. Ahora bien, ello no debe llevar ni a las disfunciones habituales que han llevado a una casi ausencia del mismo en la ordenación de la oferta y demanda de empleo nacional, ni el abandono de una política de cupos por la adopción de una política migratoria libre en atención a esa ley de la oferta y la demanda, según se propone desde ciertos sectores empresariales. Sí permite aplicar de forma coordinada medidas que deben ir desde la formación e información en los países de origen a la formación profesional –y cultural– en los lugares de destino.

## **5. El reforzamiento de la participación de los interlocutores sociales en las políticas de regulación de los flujos inmigratorios laborales: la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración.**

Como vimos al inicio de este trabajo, una de las características principales del nuevo Reglamento es su carácter negociado con los interlocutores sociales. De ahí, el mayor protagonismo que han asumido en la gestión de las políticas migratorias orientadas a dar cobertura a las necesidades de nuestro mercado de trabajo. Queda claro en el papel intenso que asumen en orden a la gestión de las autorizaciones para trabajar, así como en la selección en origen de los trabajadores, reconociéndoseles incluso acreditación «diplomática» o institucional, en los términos de la DA 18.<sup>a</sup>.

No obstante, lo más novedoso es la creación de un nuevo instrumento de gestión concertada de estas políticas, si bien asume un carácter eminentemente consultivo, como es la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración (DA 15.<sup>a</sup>). Se crea esta Comisión como órgano colegiado adscrito al MTAS, a través de

la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, de la que formarán parte las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de carácter estatal. Sus competencias son básicamente:

- Información sobre la evolución de los movimientos migratorios en España –y sus políticas, se entiende–.
- Consulta para la propuesta trimestral de Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura, así como la propuesta anual de contingente.
- Asimismo, será consultada sobre las propuestas de contratación de trabajadores de temporada que se determinen.

## VIII. EL CONTROL DE LA INMIGRACIÓN IRREGULAR: LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA EXTRANJERÍA

### 1. El régimen común de infracciones y sanciones en materia de extranjería: el influjo de la comunitarización.

Las nuevas disposiciones contenidas en el Título XI del Reglamento han de ser analizadas también desde la perspectiva de ser el resultado del proceso de comunitarización referido *supra*, de un lado, y de otro, de su necesaria interpretación y aplicación de conformidad con el (farragoso) texto legal y con la ya abundante jurisprudencia del TS, del TC y del TJCE. En cuanto a la primera cuestión, como se sabe, la regulación española relativa a las formas de salida del territorio español fue actualizada y adaptada al Derecho comunitario tras la transposición de determinadas Directivas por la Ley Orgánica 14/2003<sup>65</sup>. Más concretamente, se trata de la Directiva 2001/51/CE, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen; así como la Directiva 2001/40/CE, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros Estados<sup>66</sup>.

Estas disposiciones son consecuencia de la nueva asunción de competencias por las instituciones comunitarias de conformidad con el apartado 2.º del artículo 62 del TCE/TA, que se refiere a las medidas relativas a la estancia ilegal y a la repatriación de extranjeros. Sin embargo, es criticable la utilización de esta base jurídica para promulgar normas relacionadas con la potestad sancionadora de la Administración, en especial, cuando se ejerce como consecuencia de la comisión por parte del extranjero de ilícitos penales, tanto en España como en otro país de la Unión Europea.

De otro lado, han de recordarse las modificaciones introducidas en la LOExIS así como en el Código Penal (entre otros, arts. 89 y 108) por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre<sup>67</sup>. La

<sup>65</sup> Se da cuenta del contenido de la transposición al Derecho español de las citadas Directivas en G. ESTEBAN DE LA ROSA/C. MOLINA NAVARRETE: «Una nueva reordenación...», *loc. cit.*, págs. 101 y ss.

<sup>66</sup> Publicada en el *DOCE* Serie L núm. 149, de 2 de junio de 2001.

<sup>67</sup> *BOE* núm. 234, de 30 de septiembre de 2003.

expulsión judicial tiene lugar con un carácter (casi) automático, en la medida en que el artículo 57.7.º de la LOExIS alude a que la autoridad gubernativa «someterá» al juez, esto es, pedirá al juez que se sustituya la pena privativa de libertad inferior a seis años (o pena de distinta naturaleza) por la expulsión cuando consten tal circunstancia en el expediente administrativo de expulsión <sup>68</sup>.

En cuanto a la posibilidad de la suspensión de la orden de expulsión, está regulada en la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (arts. 114 a 122), que ha derogado algunas de las disposiciones que recogía al respecto la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales (1978), entre las que se encuentran las que se referían a la posibilidad de suspender la ejecución de las decisiones de la Administración que afectan a derechos fundamentales. Frente al procedimiento recogido en la ley de 1978, en el que la suspensión tenía lugar siempre, salvo excepciones basadas en el interés general, en la actual LJCA actúa el principio contrario: la suspensión sólo tiene lugar cuando puedan derivarse graves perjuicios para el caso de que se ejecute el acto administrativo (art. 130).

No obstante, la jurisprudencia del TS ha sido una vez más importante en la materia, en el sentido de considerar que procede la suspensión de la ejecución del acto administrativo, no sólo cuando existe un perjuicio irreparable sino cuando existe «apariencia de buen derecho» (*fumus boni iuris*) <sup>69</sup>. Se trata de una doctrina de creación jurisprudencial, que valora, con independencia del tradicional presupuesto del *periculum in mora* (daños irreparables) para la adopción de medidas cautelares, el *fumus*, esto es, la apariencia (la necesidad de acudir al proceso para obtener la razón no debe perjudicar a quien la tiene). Dicha apariencia de buen derecho quedaría seriamente lesionada si la Administración ejecutase las sanciones recurridas en el período en que esté pendiente una decisión judicial (que pueda ser firme) con respecto al acto impugnado <sup>70</sup>. Este principio, propio de la justicia cautelar, encuentra su justificación en el derecho a la tutela judicial efectiva.

El extranjero también puede acudir en amparo ante el TC alegando que la decisión de expulsión es contraria a un derecho fundamental, que podría ser el previsto en el artículo 19 de la CE. El TC ha declarado en Auto 78/1996, de 20 de mayo, que la Administración no puede ejecutar el acto impugnado durante la tramitación de la pieza separada de suspensión, si la ejecución puede causar un perjuicio irreparable. Tal perjuicio es aquel que provoque que el restablecimiento en el derecho constitucional vulnerado sea tardío e impida definitivamente que tal restauración sea efectiva. El TC considera que el perjuicio no es irreparable cuando sólo se derivan consecuencias económicas. No obstante, en el caso de la expulsión no se deriva sólo, claramente, las citadas consecuencias <sup>71</sup>.

<sup>68</sup> La práctica también pone de relieve este automatismo. Véase, el Auto del Juzgado de Instrucción núm. 5 de Jaén, de 16 de diciembre de 2002, en el que, ante la petición de la Subdelegación del Gobierno de esta provincia (por escrito de 19 de noviembre de 2002) «se accede a lo solicitado autorizando la expulsión interesada, con la prohibición de entrada en territorio español por período mínimo de tres años».

<sup>69</sup> Véase, entre otros, el Auto del TS, de 20 de diciembre de 1990, siguiendo también las consideraciones realizadas por el Abogado General (G. Tesauro) en el Asunto *Factortame* (C-213/89).

<sup>70</sup> Véase, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS: «La suspensión de la actividad sancionadora de la Administración en materia de extranjería ante la jurisdicción contencioso-administrativa», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1998, vol. 1, págs. 33 y ss. (concr. pág. 45).

<sup>71</sup> Hay que tomar en cuenta, además, que las sanciones sólo son ejecutivas cuando ponen fin a la vía administrativa (art. 138 de la L 30/1992, de Procedimiento Administrativo). Es decir, dado que las resoluciones de los Subdelegados y de los Delegados del Gobierno no ponen fin a la vía administrativa, son susceptibles de impugnación mediante recurso de alzada (art. 114 de la L 30/1992).

Por tanto, los artículos 112 a 147 del nuevo Reglamento de ejecución de la LOExIS han de ser interpretados y aplicados de conformidad con los criterios expuestos. De otro lado, los artículos 153 a 155 han de ser interpretados de conformidad con la jurisprudencia del TC en aplicación del artículo 17, párrafo 2.º de la CE (citada *supra*)<sup>72</sup>.

Por último, ha de resaltarse un aspecto positivo del actual Reglamento de extranjería, constituido por la inclusión de un Título específico relativo al régimen sancionador de extranjería, que se ocupa del procedimiento de expulsión. El Título XII se refiere al retorno, a la devolución y las salidas obligatorias. Esta dualidad de Títulos es indicativa de una «nueva visión» e interpretación de las distintas formas/medidas relacionadas con la salida del extranjero del territorio español (y comunitario): en el caso de la expulsión, dicha salida tiene lugar como consecuencia de la infracción de las normas de extranjería relacionadas con la estancia y presencia irregular del extranjero en España (y en el espacio comunitario) así como con la comisión de ilícitos penales. En tales casos, en atención a la gravedad de la conducta del sujeto, el procedimiento de expulsión tendrá carácter sumario u ordinario.

Por el contrario, cuando la salida tiene lugar, bien porque el extranjero aún no ha entrado en España [de conformidad con la discutible referencia del art. 58, párr. 2.º letra a) de la LOExIS, tras su redacción por la LO 8/2000], bien porque se le ha impedido la entrada, como consecuencia de una decisión de «denegación de entrada» o de «prohibición de entrada», este procedimiento no revisita las características del sancionador contemplado para los casos de expulsión.

## **2. Infracciones y sanciones en el orden social y vigilancia laboral: la continuidad de una incierta dualidad de regulaciones.**

Los artículos 148 y 149 siguen haciendo referencia singularizada al régimen de «inspección en materia de trabajo de extranjeros», atribuyéndolo a la ITSS, en términos prácticamente idénticos al régimen precedente. Entendemos que debe seguir advirtiéndose de la continuidad de un doble régimen, al menos en el plano formal, el del TRLISOS y el de la LOExIS. Aunque es claro que ha terminado imponiéndose, en la práctica, el segundo al primero, no queda bien resuelta la referida dualidad, pues no existe una plena coincidencia de infracciones, lo que evidenciaría algunos problemas de competencias.

## **IX. FORMAS DE SALIDA DEL TERRITORIO**

### **1. Devolución y retorno.**

Los Títulos I y XII del nuevo Reglamento han de ser interpretados de forma conjunta, a pesar de encontrarse separados en el texto (como se verá a continuación). Si bien la devolución y el retor-

<sup>72</sup> La Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del Procedimiento de *Habeas Corpus*, desarrolla el mandato que recoge el artículo 17.4.º de la CE.

no impiden que la persona nacional de un tercer Estado pueda cruzar el puesto fronterizo habilitado a tal fin, ambas figuras presentan significativas diferencias. En primer lugar, en los dos casos se trata de motivos que impiden la entrada del extranjero nacional de un tercer Estado al territorio nacional, es decir, no se trata de medidas sancionadoras relacionadas con la salida del territorio español. Sin embargo, ello no significa que su ejecución no requiera acudir a algún tipo de medida, entre la que se encuentra, en especial, el retorno (véase *infra*).

La primera es un requisito adicional para la entrada, de tal forma que cuando el extranjero se presenta en la frontera, la autoridad debe verificar que no concurre ninguna prohibición de entrada, junto con el resto de la documentación y condiciones analizadas *supra*. Por tanto, si concurre una prohibición de entrada, ésta será denegada cuando se presente en un puesto fronterizo habilitado para tal fin. Sin embargo, la denegación de entrada tiene lugar cuando no se cumplen estas condiciones y, por tanto, se trata de una medida a través de la cual las autoridades alejan al extranjero de la frontera física española, pues se le ha denegado la entrada.

La denegación de entrada supone que se trata de un puesto fronterizo terrestre, pues, de lo contrario, el extranjero se encontraría ya en territorio español y sería necesario adoptar una medida concreta de alejamiento, que sería el retorno (art. 58 LOExIS), que ahora han de asumir las compañías de transporte (como consecuencia de que se le ha rechazado en frontera, tal y como indica la LOExIS). Sin embargo, ahora el artículo 16 del texto reglamentario introduce matices con respecto a esta situación, pues la compañía de transporte también debe hacerse cargo de la devolución del extranjero al país en el que se le expidió la documentación irregular en caso de que se haya presentado en la frontera utilizando un medio terrestre, pues la citada disposición alude específicamente a todas las vías de transporte <sup>73</sup>.

La prohibición de entrada es consecuencia (en la mayoría de las ocasiones) de una orden de extrañamiento, en virtud de la cual el extranjero no puede volver a presentarse en un puesto fronterizo solicitando la entrada durante cierto período de tiempo que se indica en la resolución de expulsión y ahora también de devolución, pues la modificación que tuvo lugar por la Ley Orgánica 14/2003 de la LOExIS significó la aplicación también de la medida del extrañamiento a las decisiones de devolución adoptadas por los Subdelegados o Delegados del Gobierno.

La entrada no sólo puede ser denegada cuando concorra una prohibición de entrada, sino también por otros motivos, entre los que se encuentra, figurar en la lista de no admisibles de Schengen, en la que se encuentran registrados los nombres de las personas nacionales de terceros Estados que han sido expulsadas del territorio de cualquier país miembro de la UE como consecuencia de la comisión de un delito o de una infracción administrativa. En tales casos, al extranjero le será denegada la entrada, pero no concurrirá una prohibición de entrada <sup>74</sup>.

<sup>73</sup> Para otra interpretación del texto legal, véase nuestro trabajo «Una nueva reordenación...», *loc. cit.*, conccr. págs. 102 y ss.

<sup>74</sup> Véase el nuevo Reglamento 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (DOCE Serie L núm. 349, de 25 de noviembre de 2004).

## 2. Obligaciones de los transportistas en los casos de salidas obligatorias.

Los artículos 14 a 16 del Reglamento de la LOExIS se refieren a la obligación de los transportistas relativa a la entrada y denegación de entrada de los extranjeros del territorio comunitario, respetando la finalidad de la legislación comunitaria, tendente a dar mayor protagonismo y, en especial, responsabilidad, a las personas dedicadas al transporte de viajeros por mar, por tierra o por aire. En tales casos, el legislador ha incrementado la responsabilidad de estas personas, que ahora se hacen cargo del transporte de los pasajeros nacionales de terceros Estados cuya entrada no pueda ser permitida en territorio español. El retorno será ejecutado por la propia compañía de transporte <sup>75</sup>.

Por último, el Capítulo III (arts. 17 a 20) de este mismo Título I se refiere a la salida que tiene lugar de forma voluntaria así como a la documentación necesaria para que pueda tener lugar la salida de conformidad con los requisitos legales. El Título XII del Reglamento de desarrollo (arts. 156 a 158) se refiere a las medidas de salida que tienen lugar de forma obligatoria, bien al haber expirado la vigencia de la autorización correspondiente, bien como consecuencia de la imposición de una sanción. En este último caso se trata del retorno y la devolución, contempladas respectivamente en los artículos 58 y 60 de la LOExIS. La expulsión (tanto judicial como administrativa) también tiene carácter sancionador y también implica una obligación de salida.

Sin embargo, el actual Reglamento la regula en un Capítulo específico (Capítulo III) dentro del XI, relativo a las «Infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador», lo que da a entender que su análisis merece un tratamiento autónomo, al no tratarse exclusivamente de una medida destinada al alejamiento del extranjero del territorio español, sino en la que también se sancionan conductas relacionadas con la comisión de delitos o faltas en territorio español y/o comunitario.

## 3. La salida voluntaria.

La salida voluntaria no puede tener lugar en determinadas ocasiones, al concurrir una prohibición de salida (art. 20) cuando se trate de alguna de las situaciones contempladas en el artículo 28.2.º de la LOExIS. El Ministro del Interior podrá prohibir la salida del extranjero cuando la ponderación entre la salida y su permanencia en territorio español sea favorable a esta segunda al concurrir circunstancias de interés general, entre las que se encuentran:

- Las personas procesadas por algún delito, salvo cuando sea ordenada la expulsión de conformidad con el artículo 57.7.º de la LOExIS tras su reforma por la Ley Orgánica 11/2003, que ha hecho que la expulsión se convierta en muchos casos en una medida sustitutiva de la prisión o encarcelamiento en España.

<sup>75</sup> Véase, la Iniciativa del Reino de España con vistas a la adopción de una Directiva del Consejo sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas (2003/C 82/08), *DOCE* Serie C núm. 82, de 5 de abril de 2003.

- Las personas que ya hayan sido condenadas, salvo que tal condena por delito sea inferior a 6 años de prisión, pues en este caso, el citado artículo 57 de la LOExIS prevé la sustitución obligatoria por parte de la autoridad judicial del cumplimiento de la pena en España por su expulsión del territorio nacional.
- Las personas que hayan sido reclamadas en virtud de un acuerdo de extradición.
- Las personas que padezcan una enfermedad contagiosa, cuya inmovilización sea impuesta por algún convenio del que España forma parte o por la legislación internacional.

En todo caso, las prohibiciones de salida se acordarán por el Ministerio del Interior.

## X. REFLEXIÓN FINAL

Ante el fuerte incremento de los flujos de inmigración experimentado en nuestro país en los últimos años no sería positivo oponer una política de limitaciones adicionales al fenómeno. La disminución y el envejecimiento de la población arrojan graves riesgos, o cuando menos incertidumbres, para la continuidad del crecimiento económico y la sostenibilidad del sistema de protección social, por lo que sólidos argumentos de orden económico y social avalan una mayor apertura a la inmigración. No se trata de proponer la imposible apertura indiscriminada de fronteras, pues de la inmigración correctamente ordenada –lo que no ha sucedido ni por un solo momento en 20 años, que no dudamos en calificar de despropósitos– todos salimos beneficiados: el país de acogida, por la aportación que los inmigrantes realizan al crecimiento económico, y para el de origen, por las remesas de divisas que perciben, en algunos casos principal fuente de financiación de los mismos.

Una actitud extremadamente liberal, que lleve a una política de favor hacia las «acogidas humanitarias» podría tornarse, por un falso concepto de libertaria y progresista, en una política perjudicial para los inmigrantes, conforme a la no tan vieja teoría del «ejército de reserva». Pero ha de procederse a una regulación adecuada y medianamente estable. Sabemos que es difícil como acredita que los Estados con mayor solera o experiencia están reformando su legislación, normalmente en sentido restrictivo –el último Reino Unido–.

Parece claro, en todo caso, que para evitar o prevenir la inmigración ilegal no debe acudir sólo a la estimulación del régimen de infracciones y sanciones en materia de extranjería. El fenómeno de la inmigración es suficientemente complejo como para reclamar una regulación mucho más seria de lo que hasta ahora se ha tomado por los sucesivos legisladores. El punto de vista del mercado, a través de las exigencias de racionalidad económica –contingentes de inmigrantes o cupos de mercado–, han de hacerse, una vez más, compatibles con las razones de la persona, a través de la lógica de la solidaridad –políticas activas de inmigración–.

Hasta tanto no se consiga este nuevo equilibrio entre razones de la persona inmigrante y las razones del mercado, en una sociedad pluralista, serán necesarias nuevas reformas en esta materia. No tardaremos en aparecer en estas páginas comentando una nueva revisión legislativa de este apasionante fenómeno.