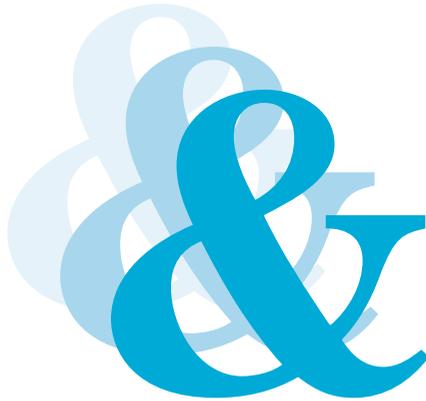


**Materiales**  
de los cursos sobre  
**Derecho de**  
**Extranjería**

**MATERIALES DE LOS CURSOS  
SOBRE DERECHO DE EXTRANJERÍA**





colección «materiales» [5]

# Materiales de los cursos sobre Derecho de Extranjería

Sevilla 2009



JUNTA DE ANDALUCÍA  
CONSEJERÍA DE EMPLEO



Fondo para la acogida e integración de inmigrantes, así como el refuerzo educativo de los mismos en Andalucía.

La Consejería de Empleo, consciente del valor añadido que para una sociedad libre y moderna tienen los trabajos de investigación y divulgación de materias como las que esta obra trata, promueve un conjunto de ayudas para posibilitar la publicación de cualquier texto que se considere de interés para la comunidad, pero no comparte necesariamente las opiniones o juicios de valor que los autores plasmen en sus obras.

Edita: Junta de Andalucía.  
Consejería de Empleo.  
Dirección General de Coordinación  
de Políticas Migratorias

© de la presente edición: Junta de Andalucía

Diseño gráfico, Estudio Manuel Ortiz  
Maquetación y portada, Alberto Marina Castillo  
Impresión y encuadernación, Coria Gráfica S.L.

ISBN: 978-84-692-6591-8  
Impreso en España

# MATERIALES DE LOS CURSOS SOBRE DERECHO DE EXTRANJERÍA

## Autores

José Luis Rodríguez Candela  
Eugenio Ricote Gil  
Juan Manuel Puerta Vilches  
Elena Arce Jiménez  
Francisco Miguel Dorado Nogueras  
Santiago Yerga Cobos  
Max Adam Romero  
Mercedes Alconada de los Santos

## Coordinadores

Isabel Rueda Marfil  
Santiago Yerga Cobos



## Presentación

La Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias organizó en todas las provincias andaluzas durante los años 2005 a 2007 una serie de cursos relativos al «Derecho de Extranjería y su debate en Andalucía: la regulación de los otros», en colaboración con los Ilustres Colegios de Abogados de toda Andalucía y con el apoyo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales mediante el Fondo Para la Acogida e Integración de los Inmigrantes (FAIREA).

En el marco de los Objetivos Generales del II Plan Integral para la Inmigración en Andalucía 2006-2009 se establece el de diseñar y promover programas de formación para todas las personas que realicen actividades relacionadas con el hecho migratorio, en el ámbito privado o público, permitiendo una adecuación constante en la aplicación de conocimientos.

El proceso de planificación formativo de este curso se concibió como instrumento abierto, flexible y que pretendía dar respuesta a las necesidades detectadas de formación en el ámbito de la extranjería.

Los cursos contaron con la colaboración de treinta y un ponentes, algunos de los cuales participaron en varias ediciones, si bien se ha hecho una selección de los mismos ante la imposibilidad de recoger todas y cada una de las exposiciones presentadas. Agradecemos desde la Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias la profesionalidad de todos y cada uno de los que han participado en este proyecto, sin la cual éste no hubiera podido convertirse en una realidad.

ROCÍO PALACIOS DE HARO

Directora General de Coordinación de Políticas Migratorias



# Índice

PRESENTACIÓN.....	7
ROCÍO PALACIOS DE HARO (DIRECTORA GENERAL DE COORDINACIÓN DE POLÍTICAS MIGRATORIAS)	
PONENCIAS	
Infracciones y sanciones. Medidas de alejamiento del territorio nacional .....	13
JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ CANDELA	
Oficinas de Extranjeros y Centro de Migraciones (Puntos unificados de información sobre extranjería y recursos sociales) .....	69
EUGENIO RICOTE GIL	
Residencia lucrativa: laboralización de la inmigración. Autorizaciones de residencia y trabajo (incluye Apéndice estadístico. España, Andalucía, Granada) .....	89
JUAN MANUEL PUERTA VILCHES	
Extranjería, inmigración y familia .....	107
ELENA ARCE JIMÉNEZ	
Acceso a la regularidad documental desde situaciones de irregularidad: autorizaciones por circunstancias excepcionales. Arraigo .....	115
FRANCISCO MIGUEL DORADO NOGUERAS	
Aspectos generales del Derecho de Extranjería. Evolución y marco competencial .....	121
SANTIAGO YERGA COBOS	
Inmigración y trabajo. Autorizaciones de trabajo y residencia .....	129
MAX ADAM ROMERO	
Asilo y refugio de extranjeros en España .....	135
MERCEDES ALCONADA DE LOS SANTOS	



# Ponencias



# Infracciones y sanciones. Medidas de alejamiento del territorio nacional

JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ CANDELA

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga

## I. Infracciones

### *1. Autoría y participación.*

El artículo 51 de la LOEXIS incluye, a efectos de responsabilidad administrativa, a todos los partícipes (cooperadores y cómplices), aún cuando no sean autores, tanto personas físicas, como jurídicas. Sin embargo no se prevé en el art. 55.3 de la LOEXIS, ni en el 131 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común<sup>1</sup> (LRJAYPAC), que el grado de participación pueda ser tenido en cuenta a efectos de determinar la gravedad de la sanción a imponer, resultando ser lo mismo responder como autor o como cómplice, circunstancia que de lege ferenda debería revisarse.

El título de infracciones y sanciones será de aplicación también al nacional español siempre que la naturaleza de la infracción lo permita. No le serán de aplicación las infracciones relacionadas con las necesidades de documentación, notificaciones de cambios en determinadas situaciones, medidas impuestas por razón de seguridad pública y la realización de actividades graves contra el orden público, ya que en estos casos se deberá acudir a la Ley Orgánica 1/92, de 21 de Febrero, Sobre Protección de la

1. Ley 30/92, de 26 de Noviembre, BOE nº 285, de 27 de Noviembre de 1992, modificada por ley 4/99, BOE nº 12, de 14 de Enero de 1999.

Seguridad Ciudadana<sup>2</sup> (LSC). Esto supone que ninguna infracción leve o grave, a excepción del apartado g) del art. 53 de las recogidas en la Ley 4/2000 de 11 de Enero, según redacción dada por la LO 8/2000 de 22 de Diciembre sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y de su Integración Social<sup>3</sup> (LOEXIS), son de aplicación al nacional español.

Por el contrario, las infracciones relacionadas con la promoción o favorecimiento de la migración fraudulenta, las conductas de discriminación y la contratación irregular tienen una naturaleza que perfectamente permiten su aplicación al infractor español.

Más complejo resultaría determinar si el sujeto infractor del apartado g) del art. 53 (las salidas por puestos no habilitados o infringiendo las prohibiciones impuestas) y el a) del 54 (actividades contra la seguridad exterior, contra las relaciones de España con terceros Estados o las actividades muy graves contra el orden público) puede ser un español. Respecto a la primera no creo que exista ningún obstáculo, ya que el Estado está interesado en que ningún español salga de su territorio si la salida está prohibida por la autoridad judicial, o a que cuando salga, lo haga por puesto habilitado para controlar entre otros aspectos ese extremo. En cuanto al apartado a del art. 54, el texto no exige la condición de extranjero que si se exige en la correlativa grave contra el orden público del párrafo f) del art. 53, por lo que en principio sería posible su comisión por españoles, pero esta interpretación supondría una derogación tácita de leyes como la de la Seguridad Ciudadana en cuanto a la comisión de infracciones muy graves contra el orden público, ya que nunca sería de aplicación por haber quedado regulado para todos en la ley de extranjería. Esta solución no es convincente, de ahí que me incline a pensar que de esta infracción a la ley de extranjería tan sólo pueda responder el extranjero, por su condición de especialidad respecto al destinatario de la norma. Por ello, el español que realice alguna de estas conductas responderá bien por la LSC o por el código Penal en su título XXIII relativo a los delitos de traición, contra la paz o la independencia del Estado y relativos a la defensa nacional.

## 2. Tipos de Infracciones

El párrafo 2º del art. 51, siguiendo el esquema del art. 129.1 in fine de la LRJAPYAC, clasifica las infracciones en leves, graves y muy graves. El RD 155/96 (RLOEXIS)<sup>4</sup> pretendió establecer esta clasificación, pero el Ministerio para las Administraciones Públicas, con fecha 8/11/95, en las obser-

2. Ley Orgánica de 21 de Febrero de 1992, nº 1/92 sobre seguridad ciudadana, BOE nº 46, de 22 de Febrero.

3. BOE 12 de Enero del 2000 y BOE 23 de Diciembre del 2000.

4. RD 155/96, de 2 de Febrero, por el que se aprueba el reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/85, de 1 de Julio sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, BOE nº 47, de 23 de Febrero; *rect.* BOE nº 80, de 2 de Abril.

vaciones realizadas al proyecto de reglamento, declaró que el principio de legalidad impedía que dicha clasificación se realizase por Real Decreto, de ahí que no se incluyese entonces y se aprovechara la LO 4/2000 para ello.

5. Ley Orgánica 7/85, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, de 1 de Julio, *BOE de 3 de Julio*.

6. RD 178/2003, de 14 de Febrero, sobre entrada, permanencia y salida de ciudadanos de la Unión Europea y otros estados parte en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. (BOE nº 46, de 22 de Febrero de 2003).

### Infracciones Leves

a) «La omisión o el retraso en la comunicación a las autoridades españolas de los cambios de nacionalidad, de estado civil o de domicilio, así como de otras circunstancias determinantes de su situación laboral cuando les sean exigibles por la normativa aplicable.»

Aquí se sanciona como leve la omisión o el retraso, doloso o imprudente, siempre que no exista ocultación o falsedad grave, que nos llevaría al art. 53 c), en la comunicación de los cambios de nacionalidad, domicilio o estado civil. Esta última circunstancia se introdujo en la LO 8/2000, tal y como exigía el antiguo art.14, en relación con el 26.1.e), ambos de la Ley de extranjería del año 85 (LOEXIS 85)<sup>5</sup>. Entendemos que la exigencia de comunicación de los cambios referentes al estado civil quedará limitada a los supuestos en los que dicha notificación afecte a la situación jurídica del extranjero en España, ya que de lo contrario se podría llegar a vulnerar el derecho constitucional a la intimidad (art. 18.1 de la CE). Esa necesidad de comunicación del estado civil será exigible en el caso de extranjeros amparados por el régimen comunitario<sup>6</sup> por ser familiar de ciudadano de la Unión, o el del que disfruta de una tarjeta de residencia en virtud de reagrupación familiar, pues una modificación de su situación personal podría afectar a la validez de sus autorizaciones. Esta exigencia de comunicación solo es exigible, según el art. 31.5 de la LOEXIS, sólo a los extranjeros con permiso de residencia temporal, excluyendo de esa obligación a los que poseen un permiso de residencia permanente, cuyos titulares no podrán ser objeto de esta infracción.

Respecto a la necesidad de notificar el cambio en la situación laboral, el TSJ de Madrid, en Sentencia de 6/12/98 y el de Cataluña, en Sentencia de 29/5/98, «exigió la necesidad de comunicar a la autoridad competente su baja laboral con la finalidad de proteger el interés de la Administración en conocer la situación laboral de los extranjeros residentes en España a los efectos de apreciar, en última instancia, la legalidad de su situación personal». Habría que aclarar que solo los cambios que afecten al ámbito geográfico o de sector en las autorizaciones iniciales, o del modelo de la cuenta ajena a la cuenta propia o viceversa, son lo que según la normativa vigente han de ser notificados y sobre los que habría que pedir la

modificación, según los artículos 96,97 y 99 del Reglamento de la ley de extranjería (RELOEXIS)<sup>7</sup>.

Para interpretar este precepto hemos de tener presente que no es lo mismo omisión dolosa que ocultación, ya que este último concepto requiere una actuación positiva tendente a quitar del ámbito de la posible inspección de la administración esas circunstancias que habrían de notificarse, mientras que la omisión es simplemente un silencio, aún cuando sea consciente y deseado, sin que lleve aparejada ninguna acción tendente a ocultar lo que se quiere omitir.

b) «El retraso, hasta tres meses, en la solicitud de renovación de las autorizaciones una vez hayan caducado».

Aquí se hace referencia al retraso de hasta tres meses en la renovación de cualesquiera de las autorizaciones (de residencia o trabajo). No podemos considerar incluidas aquí a las faltas de actualizaciones del permiso permanente (art. 32 de la LOEXIS), ya que no son técnicamente una renovación de la autorización en sí, sino tan solo una renovación de la tarjeta, es decir, del soporte técnico de la autorización (art. 74 del RLOEXIS). El plazo de tres meses al que hace referencia el artículo que comentamos debe ponerse en conexión con el artículo 54.1 y 62.2 del RLOEXIS, que permite la renovación de los permisos tras su periodo de caducidad si esta renovación se insta antes de los tres meses posteriores a su fecha de expiración. Transcurrido dicho plazo tendremos que acudir necesariamente la infracción grave por estancia ilegal tras la advertencia de salida obligatoria<sup>8</sup>.

López-Muñiz piensa que deberían haberse recogido aquí las solicitudes de cambios de permisos, al amparo del título IX del RLOEXIS; sin embargo estimo que esos supuestos, que no suponen más que una alteración de las circunstancias laborales, deberán ir al apartado «a» antes comentado.

c) «Encontrarse trabajando en España sin haber solicitado autorización administrativa para trabajar por cuenta propia, cuando se cuente con permiso de residencia temporal.»

Aquí se sanciona como leve al trabajador por cuenta propia que estando en posesión del permiso de residencia temporal no haya solicitado la correspondiente autorización administrativa para trabajar. De este precepto debemos sacar las siguientes conclusiones:

7. RD 2393/2004, de 30 de Diciembre, por el que se aprueba el reglamento de la L04/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social . (BOE nº 6, de 7 de Enero de 2005).  
8. Véase infra.

1ª) Que el trabajo por cuenta ajena sin permiso, cuando se cuente con permiso de residencia temporal es impune respecto al trabajador, ya que no puede acudir a la infracción grave, como luego veremos, por estar en posesión del permiso de residencia.

2º) Que se convierte en atípica la conducta por el mero hecho de haber solicitado el permiso de trabajo por cuenta propia, mientras se encuentre en trámite la solicitud. Esta situación no es coherente con lo regulado en el art. 37 de la LOEXIS, que exige para poder ejercer cualquier actividad el haber obtenido la autorización, no bastando la mera solicitud.

3º) El tipo exige la tenencia del permiso de residencia, no bastando que el extranjero se encuentre en situación de estancia del art. 30, ni ostente la condición de estudiante, ya que a diferencia de lo que decía la ley 4/2000 antes de la reforma (antiguo art. 40), el estudiante no tiene la condición de residente. Ambos supuestos, como se verá, tienen cabida en la infracción grave. Al extranjero en posesión de la residencia permanente no le podrá ser de aplicación esta infracción, ya que su residencia le facultaría para trabajar sin más, art. 41.3. de la LOEXIS.

Esta infracción se solapa con la prevista en el art. 37 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social<sup>9</sup> (LISOS), donde ex novo se introdujeron infracciones y sanciones para los trabajadores por cuenta propia, por lo que se habrá producido una derogación tácita de la LISOS en estos aspectos. El hecho es de suma importancia, ya que la LISOS, con independencia de la situación administrativa del extranjero, sanciona como infracción muy grave al trabajador extranjero por cuenta propia, que realice actividad lucrativa sin el correspondiente permiso de trabajo, con multas que van desde las 600.001 pesetas a los 15.000.000 de pesetas, mientras que en la LOEXIS hemos visto que podría ser impune.

### Infracciones graves

a) «Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.»

Se aplicará a aquellos extranjeros que no hayan obtenido la prórroga de estancia o tengan caducada más de tres meses, la autorización de residencia o los documentos análogos. Lo primero que hemos de plantearnos es si esta infracción se está refiriendo a una irregularidad sobrevenida, es decir,

9. Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de Agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y sanciones en el Orden Social. BOE de 8 de Agosto del 2000.

en los supuestos en los que la entrada fue legal, o si, por el contrario, también podemos aplicarla a los supuestos de irregularidades originarias, es decir, a quienes entraron de forma ilegal. Las dos interpretaciones serían posibles. Por una parte no se nos escapa el matiz introducido en la reforma operada por LO 14/2003, donde no solo se sanciona el no haber obtenido la autorización de residencia, como se decía antes de la reforma, que podría suponer estar en disposición de ello, es decir partir de una situación al menos de estancia legal, sino directamente el carecer de autorización de residencia. No obstante tampoco el partir de una situación de estancia legal es garantía de poder acceder a la autorización de residencia, ya que para ello ha de haberse encontrado en esa situación de estancia por estar en posesión de un visado de larga duración, e incluso personas que entraron de forma irregular podrían estar en disposición de acceder a una autorización de residencia en los supuestos excepcionalmente previstos en la LOEXIS. Por otra parte podemos partir de que no existe diferencia sustancial en ambas regulaciones y que la infracción no es sólo encontrarse de forma irregular, sino estar irregular porque no se pudo obtener la prórroga de estancia, lo que conllevaría necesariamente el haber disfrutado de un periodo previo de estancia legal. En este sentido se ha pronunciado el TSJ de Castilla-La Mancha, en sentencia de 12/2/98, el de Baleares en Sentencia de 10/9/98 y el de Las Palmas, Sent. 20/1/99 y TSJ del País Vasco de 2/12/1999. Así además lo ha entendido el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Málaga, donde en su sentencia de 21/9/2001, en el óbito dicta del fundamento tercero manifiesta que «la entrada ilegal en territorio nacional o por puesto no habilitado legalmente como frontera no es incardinable en el supuesto de estancia ilegal que supone al menos una correcta entrada en el territorio que deviene posteriormente en aquella al no obtener los documentos necesarios para permanecer en el país, bien la prórroga de estancia o el permiso de residencia.» Ciertamente es que referidos a la redacción previa a la reforma operada por LO 14/2003.

Esta redacción era coherente con el anterior art. 49.d) de la LO 4/2000, en su redacción original, que tipificaba la entrada ilegal. Sin embargo al desaparecer esta infracción y mantenerse en la devolución, como luego veremos, la tentativa de entrada, se produce un vacío legal respecto a las entradas ilegales ya consumadas. El que entró ilegal en territorio español no comete la infracción que comentamos porque su irregularidad no se ha producido como consecuencia de no haber obtenido un permiso de residencia, como exige el precepto comentado, sino porque no cumplió los requisitos que para la entrada recoge el art. 25 de la LOEXIS. Por ello, lo correcto hubiera sido mantener la infracción para las entradas irregulares o volver a incluir estos supuestos dentro de la devolución, como hacía la ley de 1985, en su art. 36.2. La ley 8/2000 elimina, por el contrario, la infracción por entrada ilegal y sigue manteniendo la devolución para los que pretendan entrar sin conseguirlo, causando esta situación problemas en la aplicación tanto de la multa o expulsión como de la devolución.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 22 de Diciembre del 2005 descarta el que pueda aplicarse en estos casos la infracción grave del art. 53.a) de la LOEXIS, ya que el tenor literal del precepto exige no solo el que el extranjero se encuentre en España en situación irregular, sino que esta situación irregular provenga de tres supuestos:

1º) Por no haber obtenido la prórroga de estancia. No por el hecho de no haber obtenido la estancia regular en sí, cual era el caso analizado.

2º) Por carecer de autorización de residencia.

3º) Por tener caducada mas de tres meses la mencionada autorización de residencia.

Solo cuando la estancia irregular es consecuencia de encontrarse el extranjero en alguno de estos tres supuestos, procede aplicar el artículo 53 a) y por ende la expulsión, y no cuando la situación de irregularidad se produce por el hecho de haber entrado de forma ilegal en España. Otra interpretación diferente, a criterio del TS, sería una interpretación extensiva de una norma sancionadora, proscrita por los artículos 25.1 de la CE y 129 de la ley 30/92 de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común.

Ante tal vacío legal, el TS opta por acudir a la figura de la devolución regulada en el artículo 58 de la LOEXIS, forzando una interpretación que, en modo alguno compartimos, ya que la devolución según el artículo 58 de la LOEXIS solo procede en los supuestos de tentativas de entrada, nunca en supuestos de entradas consumadas, por muy ilegales que estas hayan sido. No se pronuncia el TS en base a que argumentos acude a la devolución, forzando la interpretación del art. 58, cuando esta medida está prevista para los supuesto de infracción la prohibición de entrada dictada tras una orden de expulsión, o en los supuestos de pretensión de entrada ilegal.

Es importante poner de manifiesto que en la fecha en que suceden los hechos objeto de esta sentencia, no tenía el art. 58 de la LOEXIS la redacción actual en lo que se refiere a la adopción de prohibición de entrada de hasta tres años en los supuesto de pretensiones de entrada ilegales.

La solución a la situación creada la encontraríamos en los artículos 28.3 de la LOEXIS y 158 del RLOEXIS «de la salida obligatoria». Según el primero de los preceptos citados, es un supuesto de salida obligatoria, en su apartado c) «la falta de autorización para encontrarse en España», cual es el caso de quien entrando ilegalmente no ha superado el periodo de estancia de 90 días, pero que claramente se encuentra en situación de irregularidad administrativa, no encardinable ni en la expulsión ni en la devolución, como hemos visto anteriormente. Más certeramente se pronuncia el artículo 158. 1 del RLOEXIS que recoge como causa de salida obligatoria los supuestos de falta de autorización para encontrarse en España, en especial por no haber cumplido los requisitos de entrada<sup>10</sup>. Esta salida obligatoria supondrá la advertencia de la necesidad de abandonar el país en el plazo que se fije<sup>11</sup>, que podrá ser estampada en diligencia en el pasaporte o documento análogo, o en documento aparte si la entrada se

10. El primero de ellos es que la entrada se realice por puesto fronterizo habilitado, art. 25.1 de la LOEXIS y art. 1 del RLOEXIS.

11. Máximo de 15 días, salvo que concurren circunstancias excepcionales y se justifiquen medios de vida, en cuyo caso este plazo podrá prorrogarse hasta 90. Apartado 2º del art. 158 del RLOEXIS.

produjo ampara en documento de identidad, o porqué no, sin documento alguno.

Una vez transcurrido el plazo que es fije, aún cuando este fuese inferior a los 90 días, estaremos habilitados para acudir a la infracción grave del artículo 53 a) de la LOEXIS y por ende a la expulsión<sup>12</sup>, por habilitación del apartado 2º in fine del artículo 158 del RLOEXIS. Sin embargo si la salida se produce dentro de plazo, no existirá prohibición de entrada alguna.

Por ello y a modo de conclusión, en los supuestos de entradas ilegales consumadas, cuando el extranjero sea detectado dentro del plazo de 90 días, la administración no podrá acordar ni la expulsión vía artículo 53 a) y 57.1, ni la devolución, vía artículo 58, sino la salida obligatoria, art. 28.3 c) de la LOEXIS y 158 del RLOEXIS, de la que quedará advertencia en el pasaporte o documento análogo o en documento aparte.

Al existir un solapamiento entre la carencia de autorización de residencia del art. 53 a) de la LOEXIS, que daría lugar a una infracción grave y probablemente a la expulsión, como luego veremos y el apercibimiento de salida obligatoria del artículo 28.3 de la LOEXIS, que carecería de naturaleza sancionadora, entendemos que en primer término debemos optar por esta solución no sancionadora, relegando la aplicación de la infracción comentada para cuando pese al apercibimiento el extranjero no haya abandonado el territorio nacional.

La falta de declaración de entrada de los extranjeros que acceden a España a través de otro Estado Schengen, según la nueva redacción del artículo 12 del RD 2393/2004 no convierte inmediatamente su estancia en irregular, como venía ocurriendo con el derogado artículo 29.1 del anterior reglamento, en opinión de Aurelia Álvarez y Pascual Aguelo.

El supuesto de hecho tipificado en el precepto que comentamos no alcanza los casos en los que exista una solicitud de renovación, instada antes del plazo de esos tres meses, que esté pendiente de resolución.

Podríamos preguntarnos si esta infracción es de estado o permanente, es decir, si se comete una sola vez con independencia del tiempo en que el sujeto se encuentre en situación irregular, o podría incurrir en una infracción distinta cada vez que, dentro de un mismo período de estancia irregular, fuese detectado por la administración, lo que podría convertir al extranjero irregular en multireincidente a los efectos del art. 54 e) de la LOEXIS. Nos inclinamos por la primera de las posiciones, ya que de lo contrario estaríamos realmente sancionando la misma conducta cada mes o cada 10 días, o porqué no, cada hora.

También podemos plantearnos si pese a la presentación de un permiso por arraigo, puede procederse a la expulsión de un extranjero por estancia ilegal, antes de su resolución, aún cuando fuese por el procedimiento de ordinario, como pretende el artículo 31.3 de la LOEXIS, según redacción dada por la LO 14/2003, enmienda insertada «in voce» en el pleno del Parlamento que valió el apoyo del grupo parlamentario catalán a dicha ley. Antes de dicha introducción no era posible, pues existía una cuestión administrativa previa a resolver, cual era la concesión o no del permiso, pero tras su introducción no habría impedimento legal alguno. Tuvo que ser el artículo 134 del RLOEXIS el que solucionase tal desatino, obligando a que con carácter previo a resolver sobre la expulsión se pida informe sobre el derecho a la obtención del permiso por arraigo, y solo si este no fuera a ser concedido la expulsión podrá continuar.

Para el Tribunal supremo, en sentencia de 26/6/2003, la falta de firmeza de una resolución que juega como presupuesto de hecho base para el ejercicio de la potestad sancionadora surte efectos desde el principio de presunción de inocencia y por lo tanto no podrá ser expulsado por estancia irregular un extranjero que tenga pendiente una solicitud administrativa. Así lo ha ratificado el TSJA en Sevilla en la sentencias de 31/10/2004 y 17/5/2005 sobre los encierros de un grupo de extranjeros en la Universidad Pablo Olavide. no se integraría el tipo sancionador de la estancia ilegal en España, jugando la resolución denegatoria de los permisos como presupuesto de hecho-base para el ejercicio de la potestad sancionadora, surtiendo sus efectos desde la perspectiva del principio de presunción de inocencia.

El art.24.2 de la CE, relativo a la presunción de inocencia, cuya aplicación al ordenamiento sancionador no puede suscitar ninguna duda STC 26/4/90, al ser de plena vigencia los rudimentos básicos del derecho penal, SSTC 2/81, de 30 de Enero; 77/83, de 3 de Octubre; 42/87 de 7 de Abril, Etc.

Según el art. 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos «toda persona acusada de infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

Fue la entonces novedosa Sentencia de la AN de 26/10/90, Ref. La Ley 11.640, mantiene que no siendo firmes las denegaciones de los permisos de residencia y trabajo, puesto que han sido recurridas, no se puede considerar al extranjero incurso en los apdos. a) del art.53, pues no se integra el tipo sancionador de la estancia ilegal en España, y por tanto la resolución denegatoria de los permisos juega como presupuesto de hecho-base para el ejercicio de la potestad sancionadora, surtiendo sus efectos desde la perspectiva del principio de presunción de inocencia. El mencionado Tribunal, en la resolución ya mencionada, señalaba un ejemplo que estimo fundamental para la resolución del caso, cual es que» un Tribunal Penal no puede condenar por bigamia si no hay, en su caso, una resolución firme de un Tribunal Civil que declare el primer vínculo matrimonial no disuelto, debiendo abstenerse de toda actuación penal al depender el fallo de una cuestión pre-judicial devolutiva, gozando hasta ese momento el inculpado de la presunción de inocencia, del mismo modo, se puede aplicar tal esquema a aquellas sanciones administrativas cuyo contenido depende de un previo pronunciamiento administrativo firme», entendiéndose por tal, como dice el propio fundamento Octavo de la sentencia citada, «contra el que no quepa recurso alguno ni administrativo ni judicial».

En el presente caso entendemos que no se ha resuelto la duda de la legalidad del hecho determinante de la sanción, y por ello se ha vulnerado el principio de presunción de inocencia y el art. 24.2 de la C.E.

Algunos autores, entre ellos D. Juan Manuel Trayter Ref.»La Ley» 11.640, comentario a la sentencia de la AN de 26 de Octubre de 1990, amparándose en la aplicación supletoria de la L.E.Crim. a los procesos administrativos sancionadores (STSS 14 de Febrero de 1990; 22 de Abril de 1983; 16 de Mayo de 1983; 23 de Junio de 1986 y 16 de Diciembre de 1986), la administración de conformidad con los arts. 3 y 4 de la citada ley procesal, deberá suspender el procedimiento hasta la resolución de la cuestión prejudicial, al ser determinante de la culpabilidad.

Tampoco se incurriría en la infracción si el permiso fue denegado y se recurrió ante la jurisdicción contenciosa-administrativa, según ha declarado la Sección 1ª del TSJ de Madrid en sentencia de 27/4/98 y el Tribunal Supremo en sentencia de 26/6/93.

b) «Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido permiso de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida.»

En este apartado se tipifica el encontrarse trabajando sin haber obtenido el permiso de trabajo o la autorización administrativa, cuando además se carezca de permiso de residencia válido. Se equiparan a estos efectos sancionadores los que trabajen encontrándose en situación de estancia o como estudiantes, como a los irregulares, lo que supone una previsión desproporcionada desde nuestro punto de vista, pues no es lo mismo y por lo tanto no merece la misma reacción punitiva, encontrarse en situación irregular, que hallarse en situación regular, pero no tener la condición de residente, al no estar amparado por un permiso de residencia. Este tipo, desde nuestro punto de vista, es innecesario para el que se encuentra en situación irregular, ya que podría ser sancionado, conforme a lo manifestado con anterioridad, por el apartado a) de este artículo, y respecto al que se encuentre en situación regular, nunca deberá ser sancionado con la sanción de expulsión, sino con multa.

Este precepto es aplicable tanto a los trabajadores por cuenta ajena como por cuenta propia.

En los supuestos de trabajador por cuenta ajena la responsabilidad prevista en el precepto debería haberse limitado tan sólo a los empresarios, y en los de cuenta propia haberla integrado en la infracción leve antes estudiada, equiparando a estos efectos la posesión del permiso de residencia a la estancia o a la tarjeta de estudiante.

Llegados este punto es imprescindible plantearse si, para el supuesto de encontrarse irregular el extranjero, podríamos aplicar la concurrencia de infracciones de los apartados a y b y, por tanto, de sanciones o, por el contrario, optar tan sólo por una de ellas.

La solución, desde nuestro punto de vista, pasa por aplicar tan sólo una de las dos infracciones a fin de evitar una vulneración de la prohibición del non bis in ídem. En estos supuestos creo conveniente aplicar tan sólo el apartado b) en virtud del principio de consunción, por tener cabida en él ambos supuestos de hecho (estancia irregular y trabajar sin permiso). Sin embargo, el art. 4.4 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora<sup>13</sup> establece otro principio para solucionar estas concurrencias de normas, cuando establece que si de la comisión de una infracción (apartado b)

13. RD 1398/93, de 4 de Agosto de 1993,  
BOE nº 189 de 9 de Agosto.

deriva necesariamente la comisión de otras (apartado a), se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave. Este principio administrativo está a caballo entre la consunción, en cuanto un supuesto más amplio absorbe a otro, y la alternatividad, cuando opta por la sanción más grave, aún cuando ésta no sea la del tipo más completo. En el caso que nos ocupa ambas sanciones son las mismas, por lo que la alternatividad no nos sirve para solucionar el conflicto, debiendo, por lo tanto acudir nuevamente a los principios penales para los concursos de normas, regulados en el artículo 8 del CP, y por ello aplicar el principio de consunción que nos llevaría a la aplicación del apartado b, en vez de al a, por lo ya manifestado. Ciertamente los procedimientos a aplicar son diferentes, pues en el caso de la infracción de la letra a) acudiremos al procedimiento preferente, mientras que si es de la letra b) iremos al procedimiento ordinario. Pero ello no supone que la sanción sea más grave en el supuesto de apartado preferente, ya que como dijimos es idéntica para ambas infracciones. La cuestión no es baladí, ya que, como veremos, la comisión de una tercera infracción grave, según el apartado e) del art. 54 de la LOEXIS, podría ser ya sancionada como una infracción muy grave, aunque ambas infracciones hayan sido sancionadas en el mismo expediente. Por tanto, si aplicásemos al extranjero en situación irregular que trabaje el apartado a) y b), acumulativamente, bastaría una sola infracción más para poder calificar el hecho como muy grave. Ello amen de poder privar al extranjero de libertad si acudiésemos a la aplicación del apartado a), estando vetada esa posibilidad si lo que debemos es acudir al apartado b), como mantenemos por aplicación del principio de consunción. No se nos escapa, sin embargo, que con nuestra interpretación sería igual de grave trabajar encontrándose en periodo de estancia, que trabajar encontrándose totalmente irregular, lo que tampoco es lógico desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, aunque esta circunstancia podría tener en cuenta para graduar las sanciones conforme al art.55.3. y optar en vez de la sanción de expulsión en el primer supuesto, por la de multa.

«c) Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio.»

Aquí se sanciona la ocultación dolosa, es decir, intencionada o premeditada y la falsedad grave, que no es otra cosa que la alegación de datos o circunstancias falsas con la intención de obtener alguna documentación,

tal y como recoge el art. 23 j) de la LSC. El legislador ha olvidado incluir la demora dolosa, por lo que ésta solo podría ser considerada una infracción leve. Igualmente se deduce de la redacción de este apartado que la falsedad no grave y la ocultación culposa son atípicas.

Además lo único que podría ocultarse o falsearse gravemente para que sea considerado un hecho de los tipificados como infracción grave es la nacionalidad, el estado civil o el domicilio. No se recoge en este precepto la ocultación dolosa o la falsedad grave en las circunstancias determinantes de su situación laboral, tal como se exigía en las infracciones leves, lo que haría que esas conductas fuesen impunes. Esto nos lleva al absurdo, ya que ocultar dolosamente circunstancias relativas a la situación laboral, no supondría infracción alguna, mientras que omitir o retrasarse en la comunicación de las circunstancias descritas es una infracción leve. Entendemos que la ocultación o falsedad relativa al estado civil sólo se tendría en cuenta cuando los cambios afecten a la situación jurídica del extranjero en España, en la misma línea que en la infracción leve, aún cuando aquí no se especifique expresamente.

d) «El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.»

Este apartado recoge ex novo el incumplimiento de las medidas impuestas sólo por razones de seguridad. Por lo tanto, y siguiendo a López-Muñiz, la medida incumplida debe haber sido impuesta de forma individual por el Ministerio del Interior o en supuestos de situación de estado de excepción o sitio (art. 5.2 de la LOEXIS). No se cometería la infracción si se incumple alguna de las medidas cautelares impuestas al amparo del art. 61 de la LOEXIS, esto es, como consecuencia de la incoación un expediente sancionador de expulsión, ya que el fundamento de estas otras medidas cautelares no es la defensa de la seguridad pública, sino la disponibilidad del infractor ante la administración como medida cautelar.

e) «La comisión de una tercera infracción leve, siempre que en un plazo de un año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas leves de la misma naturaleza.»

Sancionamos como grave la comisión de una tercera infracción leve cuando se haya sido sancionado, por resolución firme en vía administrativa, otras dos infracciones leves anteriores dentro del plazo de 1 año. La ley 8/2000 amplió el período de 6 meses a un año para hacerlo así coincidir con el plazo de prescripción del art. 56 de la LOEXIS y con el plazo que, para una idéntica situación recoge el art. 23 de la LSC, a fin de evitar que pese a no estar prescritas las infracciones leves no puedan ser tenidas en cuenta para calificar la tercera como grave. Es importante recordar que la reiteración debe ser en infracciones de la misma naturaleza, entendiendo que son de la misma naturaleza aquellas dictadas al amparo del mismo o semejante motivo. Según mi opinión los apartados a y b del art. 52 tienen la misma naturaleza, pues ambos suponen retrasos en la comunicación a la administración de determinadas obligaciones.

El Tribunal Constitucional, Sala 3ª, en sentencia de 7 de Julio del 2005 anuló el apartado j del Art. 27.3 de la LO 2/86 de 13 de Marzo de Cuerpos y fuerzas de seguridad, por contrario al principio «non bis in ídem», ya que preveía, como lo hace el precepto comentado, la consideración como falta muy

grave el haber sido sancionado por la comisión de tres o más faltas graves. En este sentido, al igual que en la ley de extranjería, se posibilita la duplicidad en el castigo a un sujeto mediante la imposición de una doble sanción disciplinaria teniendo un mismo fundamento. Esta declaración de inconstitucionalidad obliga necesariamente a que no se aplique, bajo amenaza de ser declarado igualmente inconstitucional por idénticos fundamentos.

f) «La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.»

Este apartado, según la redacción dada por la LO 8/2000, acaba al fin con el concepto jurídico indeterminado «actividades ilegales», que procedía del art. 26.1.f) de la LOEXIS del 85 y que se mantuvo en la LO 4/2000. Ese concepto se sustituye por el más concreto de «realización de actividades contra el orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/92, de 21 de Febrero, Sobre Protección de la Seguridad Ciudadana» (LSC), lo que evidentemente dota de una mayor seguridad jurídica al administrado. La realización de actividades ilegales era un tipo que había venido aplicándose como cajón de sastre. Pese a ello la jurisprudencia lo ha venido limitando constantemente. En este sentido consideraba que no procedía su aplicación por la mera existencia de causas penales abiertas, ya que supondría una vulneración del principio de presunción de inocencia (STS 24/4/98, 30/4/93, 18/5/90, Sección 5ª del TSJ de Cataluña sent.4/11/95, Sección 1ª del TSJ de Madrid, sent.30/1/98 y 7/3/99). Entendemos que ahora quedaría definitivamente descartada la posibilidad de aplicar este tipo sancionador cuando el hecho sea constitutivo de infracción penal. Así se pronuncia expresamente el art. 32.2 de la LSC, que es a donde la propia LOEXIS remite. Si las conductas a las que se refiere esa ley pudieran revestir caracteres de infracción penal (delito o falta) se remitirán los antecedentes al Ministerio Fiscal y la resolución definitiva del expediente sólo podrá producirse cuando sea firme la resolución penal, de conformidad con el artículo 32 de la LSC. En el mismo sentido se pronuncian los arts. 133 y 137.2 de la (LRJAPAC) cuando dicen que no se podrá dictar resolución sancionadora administrativa hasta tanto no exista resolución penal firme y siempre teniendo en cuenta la prohibición de la concurrencia de ambas sanciones y el principio de subordinación de los hechos declarados probados en el procedimiento penal al procedimiento administrativo sancionador.

Igualmente no podría considerarse actividad ilegal, y menos aún actividad contraria al orden público, el ejercicio de la prostitución, pues, con independencia del reproche ético- social, tal conducta no puede ser tachada de ilegal (STS 28/5/96) ni se encuentra en el catálogo de las actividades contra el orden público de la LSC.

El art. 28.3 de la LSC, que permitía sustituir la sanción impuesta por infracciones graves y muy graves a la ley de seguridad ciudadana por la expulsión del territorio nacional, ha quedado derogada tácitamente por la nueva LOEXIS, que directamente califica esas infracciones como causantes de la expulsión.

g) «Las salidas del territorio español por puestos no habilitados, sin exhibir la documentación prevista o contraviniendo las prohibiciones legalmente impuestas.»

En este último apartado, de nueva inclusión en la LO 8/2000, se sanciona como infracción grave las salidas del territorio español por puestos no habilitados, sin exhibir la documentación o contraviniendo las prohibiciones legales. El art. 28 de la LOEXIS, en su párrafo 1º, predica la libertad de toda persona para salir del territorio del Estado, de conformidad con lo establecido en el apartado 2º del art. 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y 19 de la CE. Las únicas restricciones son aquellas derivadas de la existencia de una causa penal pendiente, bien durante el procedimiento o para su ejecución, así como los reclamados para extradición, o en los supuestos de enfermedad contagiosa cuando se imponga la inmovilización o el internamiento obligatorio, y las expresamente impuestas por el Ministerio del Interior, de forma excepcional e individual, previa tramitación de un expediente, por razones de seguridad nacional o salud pública, (art. 10 del RLOEXIS).

h) «Incumplir la obligación del apartado 2 del artículo 4.

Que no es otra que la obligación de dotarse de la tarjeta de identidad cuando se haya venido con visado de larga duración. No puede sancionarse por el apartado a) porque su situación en España es legal, pero ha incumplido la obligación formal de obtener la tarjeta. Por ello si el visado es de residencia durante el primer año, el extranjero que no haya solicitado la autorización de residencia no se encontrará en situación de irregularidad y solo podrá ser sancionado conforme a este precepto, para el que no se prevé la sanción de expulsión.

### **Infracciones muy graves**

Reserva el legislador esta categoría para conductas ajenas a la situación administrativa del inmigrante en España.

a) «Participar en actividades contrarias a la seguridad exterior

del Estado o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.»

Este apartado viene a recoger el antiguo art. 26.1 c) de la LO 7/85, y se refiere a los casos de acciones contra la seguridad exterior del Estado. El bien jurídico protegido es similar al protegido en los preceptos del título XXIII del CP, en el bien entendido que para poder acudir al párrafo comentado el hecho no ha de ser constitutivo de delito. Queda fuera la referencia a la seguridad interior del Estado que hacía la ley del año 85, porque los atentados contra ese bien jurídico quedarían enmarcado dentro de alguna de las infracciones contra el orden público graves o muy graves de la LSC, o dentro del propio código Penal. Tampoco se recogen aquí las actividades contrarias a los intereses de los españoles, dada que la escasa concreción de los supuestos de hecho a los que se refiere afectaría a la seguridad jurídica. Sin embargo, permanece la referencia a las actividades realizadas por el extranjero que pueda perjudicar las relaciones de España con otros países. Este supuesto de hecho queda en exceso indeterminado, vulnerando las exigencias de concreción exigibles en toda tipificación de infracciones. Por último, se tipifica

en este apartado como infracción muy grave el estar implicado en infracciones previstas como muy graves contra el orden público en la LSC. El problema es que la LSC, en su art. 24, considera como infracción muy grave algunas graves, atendiendo a la entidad del riesgo producido o del perjuicio causado, o cuando supongan un atentado contra la salud pública, alteración de servicios públicos, transportes colectivos, abastecimientos o se hubiese producido con violencia o amenaza colectiva. El legislador en esta ocasión integra en el texto la jurisprudencia de la Audiencia Nacional (Sent. 21/4/98; 14/5/98 y 20/7/98), que exige, por razones de seguridad jurídica, acudir a las conductas de la LSC. En definitiva, la LOEXIS no establece una descripción de conductas muy graves, ni la LSC a la que esta remite, tampoco, lo que atenta al principio de tipicidad y concreción de las infracciones. Aquí reproducimos de lo que ya dijimos *ut supra* respecto a las infracciones graves contra el orden público si el hecho fuese además constitutivo de delito.

14. Ley Orgánica 10/95, de 23 de Noviembre del Código Penal, BOE nº 281, de 24 de Noviembre, correc. BOE nº 54, de 2 de Marzo de 1996.

b) «Inducir, promover, favorecer o facilitar, con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito.»

Esta infracción se solapa con el art. 318 bis del C.P. introducido por la Disposición Final Segunda de la LOEXIS, salvo en la mención a la inducción. No obstante, en los supuestos de inducción también podría aplicarse el 318 bis del CP, dado lo extenso de la redacción del tipo o incluso acudiendo a la teoría de la participación de la parte general del Derecho Penal, contenida en el art. 28 a) del Código Penal (C.P.)<sup>14</sup>. Ello haría inaplicable esta infracción por el principio de subordinación del derecho administrativo sancionador al Derecho penal. Es mas, aún en el supuesto de que el hecho en vía penal culminase con una sentencia absolutoria, difícilmente iba a poder aplicarse la sanción administrativa, pues deberán considerarse probados a efectos administrativo los hechos que resulten probados en resolución judicial (art. 137.2 de la LRJPYPAC). Por ello se introdujo con la LO 8/2000 el último inciso en cuanto a la exigencia de que el hecho no fuese constitutivo de delito, lo que, desde nuestro punto de vista, es innecesario dado los principios de supremacía del Derecho penal sobre del Derecho administrativo sancionador antes citados. También debemos tener en cuenta la prohibición de aplicar la sanción penal y administrativa acumulativamente, pues sería una infracción de la

interdicción del non bis in ídem. No es necesario el formar parte de una organización, puede cometerse individualmente, pero si es exigible el ánimo de lucro, que en modo alguno es exigible en el tipo penal básico. También se incluye como sancionable, y a diferencia del artículo 318 bis, la inducción, promoción o favorecimiento o facilitación de la permanencia irregular en el territorio nacional, eso si se actúa con ánimo de lucro, lo que permite la no incriminación de las organizaciones sociales de apoyo.

c) «La realización de conductas de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, en los términos previstos en el artículo 23 de la presente Ley, siempre que el hecho no constituya delito.»

El apartado c) permite sancionar a quienes realicen actos discriminatorios del art. 21 de la LOEXIS, estudiados en otro capítulo, con independencia de que el responsable sea nacional o extranjero.

d) «La contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el correspondiente permiso de trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados.»

Se sanciona a quien contrate a trabajadores extranjeros sin haber obtenido el correspondiente permiso de trabajo. Entendemos que el supuesto sancionable no es solamente el de contratar formalmente, sino también el de utilizar sin contrato a un extranjero sin permiso para ello. Por otra parte, la redacción de este apartado deroga tácitamente el art. 37.1 de la LISOS, lo que podría suponer un injustificado beneficio al infractor, en la medida en que la sanción máxima en la LOEXIS es de 10.000.000 ptas., mientras que en la LISOS podría llegar a los 15.000.000 ptas. Tanto la LOEXIS como la LISOS hacen incurrir al empresario en una infracción por cada trabajador extranjero ocupado en esas condiciones.

También debemos diferenciar esta figura de la del art. 312.2 del C.P. que consiste en contratar sin permiso de trabajo a ciudadanos extranjeros, eso sí en condiciones que restrinjan, supriman o perjudiquen los derechos laborales. Estas circunstancias no se exigen en la infracción administrativa, donde basta con que quede acreditada la ausencia de permiso del trabajador extranjero. A efectos de la aplicación de esta infracción no se diferencia, como sería deseable, el que el extranjero se encuentre en situación de estancia o residencia legal o sea totalmente irregular, aún cuando la situación de riesgo en que se encuentra y las posibilidades de explotación son bien distintas en unas u otras ocasiones. De lege ferenda debían pasarse las contrataciones de personas en situación de estancia o residencia legal a las infracciones graves, dejando tan solo la infracción muy grave para las contrataciones de extranjeros en situación irregular.

e) «La comisión de una tercera infracción grave siempre que en un plazo de un año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas graves de la misma naturaleza.»

Por último, también es infracción muy grave la comisión de una tercera infracción grave cuando en el plazo de los dos años anteriores hubieran sido sancionadas dos graves. Nuevamente coincide la previsión temporal de este apartado con el plazo de prescripción de las infracciones graves (2 años), art. 56.2 LOEXIS, salvo en el caso de que las sanciones graves anteriores fuesen las de expulsión, para el que,

como luego veremos, se establece un plazo de prescripción mucho más alto, que va desde 5 años (3 de prohibición+2 de prescripción) hasta 10 años (arts. 56.3 y 58.1. LOEXIS).

Es importante recordar que la reiteración debe ser en infracciones de la misma naturaleza. También se exige que las anteriores sean firmes en vía administrativa, no bastando, como se dejó claro en el debate parlamentario, en especial con la intervención de la Sra. Rivadulla<sup>15</sup>, que se cometan tres infracciones de forma simultánea o seguidas si al menos dos de ellas no fueron sancionadas anteriormente mediante resolución administrativa firme.

Valga lo manifestado en relación a la comisión de una tercera infracción leve, en cuanto a la inconstitucionalidad de esta previsión.

No termina en el catálogo enumerado las infracciones muy graves a la Ley de extranjería, sino que se introduce, en el artículo 66, una serie de obligaciones a los transportistas, copiadas del artículo 26.1 a y b del Acuerdo de Schengen<sup>16</sup>. Estas obligaciones consisten en:

a) Realizar las comprobaciones de la validez y vigencia de los pasaportes, títulos de viaje o documentos de identidad válidos, así como del correspondiente visado en su caso, es decir, de los documentos requeridos para la entrada en los correspondientes Estados.

b) Hacerse cargo del extranjero cuya entrada en el territorio nacional por aire, mar o tierra, le haya sido denegada por deficiencias en la documentación. El hacerse cargo incluye la obligación de transportarlos hasta el Estado del que procede, o bien al que le emitió un documento de viaje o a cualquier otro Estado donde su admisión esté garantizada. El artículo 54.2 b) amplía esta obligación cuando, yendo mas allá del acuerdo de Schengen, a la obligación de cubrir los gastos de mantenimiento del extranjero y los derivados de su transporte a algunos de los lugares antes indicados, que si no puede realizarse de forma inmediata por la compañía que lo transportó, se realizará por cualquier otra a su costa. También incluye una mención sorprendente cuando amplía el ámbito de aplicación de esta obligación a transportes interiores, desde Ceuta y Melilla a otro lugar del territorio español, equiparándolo así a transportes transnacionales.

c) A remitir a las autoridades españolas la información sobre los pasajeros que van a ser trasladados, así como billetes de regreso no utilizados.

El incumplimiento de estas obligaciones, por exigencia del art. 26.2 del Acuerdo de Shengen, deben ser sancionadas. De ahí que se califiquen estos incumplimientos en el art. 54.2 como infracciones muy graves. Es

15. DSCD, Comisiones, nº 795 de 10 de Noviembre de 1999.

16. Acuerdo aplicación del convenio de Schengen, BOE de 5 de Abril de 1994.

impune la conducta cuando el extranjero que entra en nuestro país en esas circunstancias, presenta sin demora una solicitud de asilo y ésta es admitida a trámite. No basta la solicitud de asilo, sino que se requiere su admisión a trámite. Esta era también la línea mantenida en el Plan Global para la Coordinación y Regulación de la Inmigración y extranjería en España (GRECO), que establece que la mayoría de las solicitudes de asilo son infundadas y encubren situaciones de inmigración económica. El problema que este precepto plantea, y que ha generado reacciones políticas de todo tipo, es que se somete, por encima de lo que mantiene el acuerdo de Schengen en el párrafo 2º del art. 26, la posibilidad de sanción a la admisión o no a trámite de la solicitud de asilo, en cuyo expediente no interviene el transportista, que sin lugar a dudas, tendría el carácter de interesado de la LRJAPYAC. Por ello si el transportista lo solicitase debería tener acceso al expediente de asilo, ya que de la resolución que allí se adopte dependerá la resolución de su expediente sancionador.

Todas estas sanciones a transportistas están sometidas, como no podría ser de otra manera, al principio de culpabilidad, como mantiene el art. 130.1 de la (LRJAPYAC) y el art. 20.4 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (REPEPOS)<sup>17</sup>. Ello significa que para poder ser aplicada la infracción al transportista debe haber permitido el acceso al buque o aeronave al extranjero sin la documentación requerida, o al menos haber obrado de forma imprudente en cuanto a la vigilancia de éstos en la estancia en terceros países para evitar el polizonaje. Entiendo que si no existe responsabilidad alguna, a título de dolo o culpa en el acceso del extranjero, difícilmente se le va a poder exigir la obligación de hacerse cargo del mismo y menos aún imponerle una sanción. Nuestra Constitución ha rechazado la responsabilidad objetiva en cuanto a las sanciones penales y administrativas.

La Ley 4/2000, con anterioridad a su reforma, eliminaba como infracción el antiguo apartado d) del art. 26.1, de la LOEXIS del 85, cual era haber sido condenado dentro o fuera de España por delito doloso sancionado con pena privativa de libertad, en abstracto, superior a un año. Sin embargo, la Ley Orgánica 8/2000, de reforma de la LO 4/2000, vuelve a introducirlo en el artículo 57.2, pese a las múltiples críticas de la doctrina por suponer una vulneración del principio non bis in ídem, ya que con ella se sanciona dos veces, en vía penal y administrativa, al mismo sujeto por idéntico hecho, cual era el delito cometido, siendo además idéntico el fundamento de la sanción. Además, esta inclusión choca frontalmente

con lo que dispone el artículo 31.5 de la LOEXIS, que establece la posibilidad de renovar los permisos al extranjero con antecedentes penales, en función de las circunstancias de cada supuesto, si el sujeto es indultado, la pena es remitida o ésta ya se ha cumplido. Los dos primeros casos se fundamentan en la existencia de un perdón judicial o gubernamental, y el tercer supuesto en el artículo 25.2 de la Constitución que indica que las penas privativas de libertad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social, por lo que el que cumplió la pena no merece ser sancionado. Por su parte, el artículo 73 de la Ley Orgánica Penitenciaria (LOP)<sup>18</sup> claramente manifiesta que los antecedentes no podrán ser en ningún caso motivo de discriminación social o jurídica, así como que el condenado que haya cumplido su pena y el que de algún otro modo haya extinguido su responsabilidad penal deben ser plenamente reintegrados en el ejercicio de sus derechos como ciudadanos. Cuando la causa de la sanción administrativa es la misma que la de la sanción penal, lo que ocurre en esta infracción, se produce una infracción a la prohibición del non bis in ídem contenido en el principio de legalidad del art. 25 de la CE. El TC ha proscrito la compatibilidad entre penas y sanciones administrativas, cuando concurre identidad de hecho, sujeto y fundamento jurídico (STC 221/97 y 335/91). La única causa de expulsión es la comisión del propio hecho delictivo, que en este caso ya fue sancionado penalmente.

Hay que partir de la exigencia en nuestro sistema del principio «non bis in ídem», que, según jurisprudencia del Tribunal Constitucional, aunque no aparece constitucionalmente consagrado de manera expresa, ha de entenderse integrado en los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogido en el art. 25.1 de la Constitución:

SSTC 2/1981, 159/1985, 23/1986, 66/1986, 94/1986, 107/1989, 122/1990, 150/1991, 152/1992

A la luz de la Constitución habría, por consiguiente, que expulsar del ordenamiento jurídico todo supuesto de sanción penal o administrativa que viniera fundamentada no en la realización de una determinada conducta prohibida, claramente determinada o cuando menos determinable, sino en la presunción de una cierta «tipología de autor». Tal fundamento, propio del Derecho penal y administrativo sancionador de los regímenes totalitarios, no se compadece con los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de culpabilidad por el hecho, que, por el contrario, caracterizan a dichos conjuntos normativos en un Estado Social y democrático de Derecho como el nuestro. Para imponer una sanción administrativa acorde con los

18. Ley Orgánica General Penitenciaria. LO 1/79 de 26 de Septiembre. BOE de 5 de Octubre.

postulados que ineludiblemente se desprenden de esta última forma de organización no basta, pues, con la presencia de un cierto modo de vida, por muy censurable que sea, si no va acompañado de actos externos mediante los que se lesione o ponga en peligro un interés jurídicamente protegido.

Una de las definiciones más claras del principio «non bis in ídem» que nos ocupa la ofrece la jurisprudencia del TC en dos de sus primeras sentencias sobre la materia a las que la doctrina se remite de manera constante, la STC2/1981 de 30 de enero, y 77/1983, de 3 de octubre. Para el alto Tribunal este principio supone que no recaiga duplicidad de sanciones –administrativa y penal– en los casos en los que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración –relación de funcionario, servicio público o concesionario– que obviamente no se da con los extranjeros, que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez por la Administración. En el art.9 del Anteproyecto de nuestra Constitución actual se preveía la exclusión de doble sanción por los mismos hechos, y que se pretendió incluirlo en el art.2 de la misma. Esta circunstancia se valoró por el TC para concluir que la exigencia del principio «non bis in ídem» está conectada con los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones y sanciones a que se refiere el artículo 25.1 C.E.:

«Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».

Como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, el uso de la disyuntiva «o» en el artículo 25.1 implica una prohibición de que una misma conducta pueda ser tipificada como delito, falta y como infracción administrativa al mismo tiempo. Queda así amparado entre otras, por la protección especial que el artículo 53 dispensa a esos derechos fundamentales. Esta es una de las consecuencias que se extraen de la jurisprudencia constitucional que abre una de las vías más importantes de defensa en nuestro país.

Nos encontramos en esta regulación legal con dos sanciones, administrativa y penal, unidad de hecho y fundamento. Nos encontramos con una condena penal, privativa de libertad, que ha sido cumplida en su integridad y con una sanción administrativa, la orden de expulsión impuesta. Ambas sanciones son firmes, requisito necesario para que se pueda entender la aplicabilidad del principio «non bis in ídem». Al mismo tiempo nos encontramos con que se cumplen todos los presupuestos citados.

Identidad de sujeto. Identidad de hecho. Identidad de fundamento. Es este último presupuesto el que más confusiones produce debido a que, por lo general, las normas – tanto penales como administrativas– no explicitan el bien o interés jurídico que protegen. La norma debe de incluir el interés que se pretende proteger. Esta opinión abraza la doctrina del TC en su sentencia 234/1991, de 10 de diciembre, en la que el Tribunal afirma que «en nuestro Derecho vigente no hay más fundamento posible de una sanción que la norma previa que tipifica la sanción o elenco de sanciones que de ella se siguen». Parece claro que en el caso que nos ocupa el interés protegido es el mismo, por un lado tenemos que el tipo de sanción es el mismo: supone una restricción de la libertad personal y el derecho a la libre circulación, por otro lado nos encontramos con que ambas sanciones obedecen a la necesidad de proteger la seguridad pú-

blica, en el supuesto de la sanción administrativa expulsando el que en su momento cometió un hecho delictivo. Podemos concluir por lo tanto, que nos encontramos con dos sanciones que se fundamentan en el mismo interés.

Además, al producirse la expulsión al haber ya cumplido el extranjero la pena, como exige el propio párrafo 8º del art. 57 de la ley de extranjería, se produce una vulneración del art. 25.2 de la CE en cuanto el legislador de la Ley de Extranjería no estaría orientando las penas para el extranjero al fin resocializador. Si bien es cierto que el TC en sentencias 2/87; 28/88 y autos 14/84; 486/85; 1112/88; 360/90 y 106/97 declaró que el art. 25.2 de la CE no establece un derecho susceptible de ser invocado en vía de amparo, deja claro que este principio debe orientar al legislador. En el precepto que nos ocupa el legislador se aparta de este fin, por lo que puede ser atacado de inconstitucional.

Nuestro derecho contiene figuras jurídicas compatibles con el respeto al non bis in ídem y con el derecho del Estado a expulsar al delincuente, cual es el sustituto penal del art. 89 del Código Penal, donde, precisamente para evitar la infracción de este principio se sustituye la condena penal por la expulsión del territorio nacional, y el art. 57.7 de la Ley de extranjería, donde el inculcado o procesado por un delito podrá ser expulsado si está incurso en alguna de las causas de expulsión, antes de haber sido condenado, y por lo tanto sin acumular ambas sanciones.

A parte de estas dificultades de fondo, la técnica legislativa utilizada para incluir esta sanción es errónea, ya que no aparece en los catálogos de infracciones de los artículos 52 al 54, ignorando, por tanto, si nos estamos refiriendo a una sanción grave o muy grave, lo que tiene repercusiones a la hora de definir su régimen de prescripción, la aplicación del procedimiento de urgencia, o incluso sobre la posibilidad de aplicar el internamiento cautelar, que en principio, al no estar expresamente señalado, debemos manifestar nuestra opinión contraria a que proceda en estos casos.

El artículo 152 del RD 2393/2004, recogiendo la DA 17ª de la LO 19/2003, autoriza a la autoridad judicial a comunicar las sentencias dictadas donde se cumplan los requisitos anteriormente señalados. Igual obligación se confiere a los directores de los establecimientos penitenciarios y Registro Central de Penados y rebeldes, en el artículo 151.4 y 5 del RLOEXIS.

## II. Sanciones

Es significativo que las únicas sanciones calificadas como tales de forma expresa en el art. 55 de la Ley sean la multa, el decomiso y la clausura de establecimiento o local, quedando fuera la expulsión, pese a que es la sanción por excelencia, como posteriormente veremos.

### *Multa*

Las multas se clasifican en leves, hasta 50.000 ptas., graves, desde 50.001 a 1.000.000 ptas. y muy graves desde 1.000.001 a 10.000.000 ptas. De esta forma el legislador ha solucionado el solapamiento que la redacción original de la LO 4/2000 producía entre el límite máximo de las multas derivadas de las in-

fracciones graves y el límite mínimo de las multas correspondientes a las infracciones muy graves, ya que en ambos casos la cuantía de dichas multas era de un millón de pesetas.

### *El decomiso*

La verdadera naturaleza de esta figura es la de una consecuencia accesoria, y no la de una sanción en sí, aún cuando se encuentre regulada en el artículo 55 de la LOEXIS. El decomiso, que acompaña a la sanción de multa o expulsión, procede en los supuestos de infracción muy grave del art. 54.1.b), es decir, cuando se induzca, promueva, favorezca o facilite la inmigración clandestina. El objeto del decomiso serán los vehículos, embarcaciones, aeronaves y cualesquiera otros bienes muebles o inmuebles que hayan servido de instrumento para la comisión de la citada infracción. También prevé el precepto comentado la posibilidad de decomisar dichos bienes al inicio de las investigaciones, siendo puestos a disposición de la autoridad gubernativa. De forma similar ocurre en el procedimiento penal con los bienes utilizados para determinados delitos, como por ejemplo tráfico de drogas (art. 374.2 del CP). Todo ello a resultas, como no podría ser de otra manera, del expediente sancionador, en donde se deberá resolver sobre la procedencia del decomiso. Siempre queda a salvo la propiedad de esos bienes cuando pertenezcan a un tercero no responsable, por ningún concepto, de la infracción comentada.

El artículo 118 del RLOEXIS autoriza al decomiso desde el comienzo de las investigaciones, acordándose en resolución la adjudicación al Estado, artículo 141.4º del RLOEXIS.

### *La clausura del establecimiento o local*

Es igualmente una consecuencia accesoria. Esto queda más claro en este caso que en decomiso, al decir el propio párrafo 6º «sin perjuicio de la sanción que corresponda» (expulsión o multa). La clausura tendrá una duración de 6 meses a 5 años, y procederá sólo en el supuesto de la infracción muy grave prevista en la letra d) del apartado 1 el art. 54, referida a la contratación de trabajadores extranjeros sin estar en posesión de los correspondientes permisos. A diferencia del decomiso no procede la clausura como medida cautelar, al no estar permitida expresamente por la ley, ni en este precepto ni en el art. 61, donde se regulan las medidas cautelares.

### *Expulsión y prohibición de entrada*

La LOEXIS no termina con la inacabable discusión sobre la naturaleza jurídica de dicha figura, ya que no aparece expresamente en el catálogo de sanciones del art. 55, como hubiera sido deseable, sino en el artículo 57. No obstante, creo que no ya no debería existir duda alguna sobre su naturaleza sancionadora: en primer lugar, por su ubicación sistemática, esto es, se recoge en el título III llamado de las infracciones y sanciones y en segundo lugar, porque el propio artículo 57, en sus párrafos 1º, 3º, 5º, 7º, se refieren a la expulsión como sanción, y a que ésta ha de dictarse tras un procedimiento administrativo sancionador.

La sanción de expulsión es aplicable a los extranjeros que realicen cualquiera de las infracciones muy graves o graves a), b), c), d) y f), del art. 53 La sanción de expulsión es facultativa, al igual que en la Ley del 85, al decirse que «podrá aplicarse», y como así lo vino entendiendo alguna jurisprudencia. Nunca

pueden ser acumulativas la sanción pecuniaria y la de expulsión, so pena de vulnerar el non bis in ídem como advierte al artículo 57.3 de la LOEXIS.

El párrafo 3º del art. 55 de la LOEXIS está estableciendo criterios para la graduación de las sanciones, que entendemos se está refiriendo a la opción entre la sanción económica o la expulsión, ya que para graduar las sanciones económicas entre sí, existe otro criterio al que luego nos referiremos, que es el párrafo 4º de ese mismo artículo. De ahí que tengamos que acudir, para optar entre la multa o la expulsión, a los criterios de proporcionalidad, es decir, a la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción (art. 131.3 de la LRJAPYPAC), teniendo en cuenta además las circunstancias de arraigo en España, la situación personal y familiar del infractor, y el grado de culpabilidad. Esto último es lo que mantiene el art. 131.3 a) de la LRJAPYPAC referido al grado de intencionalidad, y también al daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia (art. 131.3 b de la LRJAPYPAC). No recoge la LOEXIS la necesidad de valorar el grado de participación del infractor, pese, a que como ya dijimos, no sólo se sancionan a los autores, sino a todos los que participan en la realización de las infracciones descritas, lo que hubiera sido deseable. Tampoco se recoge como criterio de determinación de la sanción la reincidencia, entendida como comisión de una segunda infracción de la misma naturaleza, tal y como preveía el reglamento del año 96, y el art. 131.3 c) de la LRJAPYPAC. Hoy sólo se tiene en cuenta que se haya cometido la tercera infracción, en cuyo caso esa triple reincidencia servirá para elevar la categoría de la infracción y, por lo tanto, de la sanción, siempre que la tercera infracción se realice en los plazos ya señalados.

La proporcionalidad ha sido declarada por el TS en sentencias de 9/12/2005 y 22/12/2005 entre muchas otras, en donde destaca la necesidad de la justificación y motivación suficiente para optar por la sanción más grave, es decir la expulsión frente a la multa. En similar sentido se ha pronunciado el TSJCE en sentencias de 27/10/77 y 18/5/1982, aún cuando referidas al orden público como límite a la libertad de circulación en la Unión Europea. También el ETD ha acudido a criterios de proporcionalidad en supuestos de protección de la vida familiar, en sentencia de 18/2/91 caso Moustaquim contra Francia o de 19/2/98, Dalia contra Francia o de 11/7/2000 Ciliz contra Países Bajos o de 31/10/2002 Yildiz contra Austria, entre otras.

Junto a la expulsión no hemos de olvidar que tenemos la prohibición de entrada, recogida en el artículo 58.1, que va de un período de 3 a 10 años, y que desde nuestro punto de vista es una consecuencia accesoria de la sanción principal, la expulsión, con idéntica naturaleza jurídica. La actual regulación amplía el período de prohibición de entrada a 10 años, 5 años por encima de lo que establecía el RLOEXIS. Observamos que el límite superior (10 años) supera el doble del inferior (3 años), lo que a criterio de Ruiloba Alvariño, podría vulnerar los principios de proporcionalidad y congruencia. En este sentido se ha pronunciado el TS en sentencia de 12 de Julio de 1990 y 11 de Octubre de 1990.

La expulsión también lleva aparejada la extinción de cualquier autorización para permanecer en España, según el art. 57.4 de la LOEXIS.

En cuanto a la fijación del importe de la multa, se atiende «especialmente» a la capacidad económica del infractor, (art. 144 del RLOEXIS) dentro del marco establecido para cada tipo de sanción leve, grave o muy grave. El legislador acepta, en esta previsión, la doctrina reiterada y pacífica del Tribunal Consti-

tucional de que el principio de igualdad consiste en tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, más aún cuando esta desigualdad es económica.

### *Excepciones de residencia segura*

El párrafo 5º del art. 57 establece unos supuestos de residencia segura, en los cuales no podrá ser expulsado un extranjero salvo que la infracción cometida sea la del apartado a) del art. 54.1 de la LOEXIS (actividades contra la seguridad exterior del Estado, actividades que pongan en peligro la relaciones de España con terceros países y las actividades muy graves contra el orden público), o que reincida en el plazo de un año en la comisión de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión.

No ha variado el ámbito subjetivo de aplicación de esta excepción con respecto a lo que se establecía el art. 99.3 del RLOEXIS de 1996. Así los extranjeros que no pueden ser expulsados siguen siendo los siguientes:

1º) Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos 5 años, y que, por tanto, puedan acceder a un permiso permanente (art. 32 de la LOEXIS). Además estas personas estarían en situación de poder acceder a la nacionalidad española según el art. 22.2 del Código Civil.

2º) Los que ya tengan reconocida la residencia permanente, art. 32 de la LOEXIS.

3º) Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad, con independencia de que se encuentren en situación de recuperarla o no. En este supuesto no es necesario que se encuentren en situación de legalidad en nuestro país, al contrario de lo que ocurría en los dos supuestos anteriores.

4º) Los beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo por accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridas en España, sean o no residentes legales. Con esta previsión concluía el art. 99.3 del Reglamento del 96, pero el legislador del 2000 incluye además: a) a los que perciban una prestación contributiva por desempleo, lo que significa que al menos fueron residentes durante algún tiempo para poder cotizar a la seguridad social (art. 14.1 de la LOEXIS) y b) a los beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral, sean o no residentes legales, ya que tendrían derecho a ella con independencia de su situación administrativa al poder ser considerada como prestación social básica (art. 14.3 de la LOEXIS).

El apartado 6º de este artículo extiende la residencia segura a los cónyuges, ascendientes, hijos menores o incapacitados a cargo de los extranjeros que cumplan alguno de los requisitos señalados anteriormente, siempre y cuando estos familiares hayan residido legalmente en España durante más de dos años, sin que necesariamente su residencia tengan que ser inmediatamente anterior. Tampoco pueden expulsarse a las mujeres embarazadas si la expulsión pudiese suponer un riesgo para la gestación o la salud de la madre, con independencia de cual fuese la causa de expulsión y la reincidencia en las infracciones.

En el caso de los familiares prima más el arraigo del familiar que la gravedad de la causa de expulsión, lo que viene a ser congruente con el planteamiento mantenido por nuestro Tribunal Supremo en orden a suspender la ejecución de las órdenes de expulsión. El arraigo familiar ha sido tenido en cuenta tam-

bién por muchas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, entre las que citamos la de Madrid de 30/4/97 y la de Cataluña de 29/5/98.

La redacción de este precepto nos obliga a plantearnos la posibilidad de expulsión de los menores de edad y de los incapacitados, ya que de no ser posible, su inclusión en este apartado, sería innecesaria. Respecto de los menores, el artículo 30 de la LRJAPYAC, otorga capacidad de obrar ante las administraciones públicas a los menores de edad para el ejercicio de los derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo. Por un lado, el mayor de 16 años puede obtener el permiso de trabajo, según el art. 36.1 de la LOEXIS; sin embargo, los que hayan emigrado por motivos de reagrupación familiar no pueden obtener un permiso de residencia independiente de sus padres hasta que no alcance la mayoría de edad u obtengan una autorización para trabajar (art. 19.2 de la LOEXIS), pero sin embargo el art. 5 del RLOEXIS obliga a tener pasaporte independiente a los mayores de 16 años. Todo ello parece indicarnos que el mayor de 16 años tendría la facultad de ejercitar el derecho a emigrar, lo que podría suponer la posibilidad de aplicarle la normativa sancionadora, incluso la expulsión, siempre y cuando ésta no pueda suponer un atentado a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y a la Ley de Protección Jurídica del Menor. Esta normativa exige que el retorno sea seguro y que no se coloque al menor en situación de riesgo o desamparo, especialmente porque sus padres no se encuentren en el país de origen o no puedan hacerse cargo del menor expulsado. Queda siempre prohibida la expulsión de menores tutelados en España, precisamente porque su tutor, que es la comunidad autónoma, no se encuentra en el país de origen del menor.

La posibilidad de expulsión de los menores entre 16 y 18 años queda avalada por el art. 62.3 de la LOEXIS, que expresamente recoge el supuesto de que los menores puedan ser internados para su expulsión.

En cuanto al incapaz, entiendo que, salvo que la extensión de la incapacidad le afecte al ejercicio de los derechos y defensa de los intereses de que se trate, puede ser expulsado. En este supuesto hay que tener en cuenta que el extranjero incapaz debe tener la capacidad suficiente para ser considerado responsable de las infracciones imputadas, como se deduce del art. 130.1 de la (LRJAPYAC).

Aún cuando la ley no se plantea la situación de residencia segura de los padres extranjeros de menores de edad españoles, lo cierto es que la obligatoria protección social y jurídica de la familia que se impone por nuestra Constitución a los poderes públicos, en el artículo 39, así como la necesaria y obligatoria protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, cualquiera que sea su estado civil...»art.39.3 de la CE, haría que dictar una orden de expulsión claramente discrimina, al menor español, por razón de su filiación, viéndose privado, o bien de vivir en su nación (España), con vulneración del art. 19 de la CE, si se marcha con sus padres, o bien del derecho a vivir en familia con sus padres, si se queda en su patria, convivencia absolutamente imprescindible para la buena formación integral del menor, art. 39 de la CE. En este sentido se ha pronunciado el TS en Sentencia de 26 de enero del 2005, anulando la resolución de expulsión de la madre de un ciudadano español. También hemos de tener en cuenta la reciente sentencia del TJCE de 19 de Octubre del 2004, por la que se condena al reino Unido por no prever la documentación de los ascendientes de los nacionales comunitarios. El Tribunal de Justicia (Pleno) declara:

«En circunstancias como las del asunto principal, el artículo 18 CE y la Directiva 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia, confieren a un nacional menor de corta edad de un Estado miembro, titular de un seguro de enfermedad adecuado, y que está a cargo de un progenitor que, a su vez, es nacional de un Estado tercero y dispone de recursos suficientes para evitar que el primero se convierta en una carga para el erario del Estado miembro de acogida, el derecho a residir por tiempo indefinido en el territorio de este último Estado. En ese caso, las mismas disposiciones permiten que el progenitor que se encarga del cuidado efectivo de dicho nacional resida con él en el Estado miembro de acogida.»

Tanto el Defensor del Pueblo, en el informe remitido al Ministerio de Justicia, Expte Q/6570/94-03, área 2, como la Fiscalía General del Estado, Rf. 92/94, llegan a la conclusión que alguna de las decisiones administrativas adoptadas al amparo de la normaría de extranjería pudieran estar originando un incumplimiento del deber de especial protección a los menores que reconoce nuestro propio texto constitucional en su artículo 39.4 y los convenios internacionales suscritos por España. Existen instrumentos internacionales tan importantes como el art. 25 de la declaración Universal de los Derechos Humanos, el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el art. 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, La Carta Social Europea, o la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de Noviembre de 1959 y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de Noviembre de 1989, que obligan de una manera especial al Estado español a preservar, en todo caso, la condición del menor de edad sea cual sea su raza, condición u origen. Tales derechos vienen recogidos en el artículo 3º de la LO 1/96 de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor. No puede primar, el interés de dar una respuesta eficaz al problema migratorio, sobre la debida protección jurídica al menor. En la ponderación de intereses a la que anteriormente hacíamos referencia, debe primar siempre el superior interés del niño español y la condición de minoría de edad, en el presente caso infantil, sobre el resto de las circunstancias relacionadas con el problema migratorio.

El Defensor del pueblo termina el informe al que antes hemos hecho referencia diciendo: «...se valore con carácter previo a la ejecución de la orden de expulsión contra padres, tutores o guardadores de hecho de un menor de edad nacional español, el superior interés del niño, frente al interés del Estado en la resolución de los problemas migratorios...» Tal recomendación pone de relieve la prevalencia del interés del menor y de su madre sobre el interés del Estado.

El artículo 7º de la Convención de los Derechos del Niño, publicada en el B.O.E. de 31/12/90, nº 313, reconoce el derecho de los menores a ser cuidados por sus padres, así como el artículo 9º de la citada convención exige al Estado, y por tanto a todos sus poderes, incluido el judicial, velar por que los niños no sean separados de sus padres.

El artículo 11.2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor establece que los principios rectores de la administración son, entre otros, la supremacía del interés del menor y el mantenimiento del menor en el medio familiar de origen.

### III. Procedimiento sancionador

#### 1. El procedimiento ordinario

Podemos resumir las fases de este procedimiento, que se regula en los Arts. 122 a 129, ambos inclusive, del RD 2393/2004, del siguiente modo:

##### A) Fase de Iniciación

El órgano competente para ordenar la incoación del expediente sancionador ordinario es, según el Art. 115.2 del RELEX, cualquiera de los siguientes: el Subdelegado del Gobierno de cada provincia, el Delegado del Gobierno de las ciudades uniprovinciales, el Comisario General de Extranjería y Documentación, el Jefe Superior de Policía y los Comisarios Provinciales y los titulares de las Comisarías locales y Puestos Fronterizos. Ello no quiere decir que no estén suficientemente separadas las funciones del órgano instructor, Art. 116, de las del órgano que debe resolver, ya que la ordenación de la incoación del procedimiento no es, en sí misma, una actividad instructora.

El procedimiento suele arrancar con el denominado «acuerdo de iniciación del expediente sancionador». Sin embargo, antes de ello, pueden practicarse las denominadas «actuaciones previas», art. 114 del RELEX, que no deben confundirse en modo alguno con las medidas cautelares o provisionales que más adelante veremos. En efecto, las actuaciones previas buscan determinar si los hechos o las personas presuntamente responsables están correctamente precisados o identificadas art. 12. 1 del Reglamento que desarrolla la potestad sancionadora de la administración, en adelante REPEPOS y no requieren para su adopción el cumplimiento de los estrictos requisitos que se exigen a las medidas cautelares o provisionales, como más adelante veremos.

El acuerdo de iniciación deberá contener (Art. 123 del RELOEXIS) una identificación de la persona o personas a quienes se imputen los hechos objeto del procedimiento, junto con una sucinta, que no por ello imprecisa, relación de los hechos, su calificación jurídica y las posibles sanciones a imponer, así como la novedosa posibilidad de reconocer voluntariamente la responsabilidad, que caso de ser la causa de expulsión por los apartados a y b del Art. 53 de la ley, dar garantías suficientes para abandonar el país a su cargo y proceder de un país de los que requiere visado para entrar en España, se permitirá, según el Art. 141.8 del RLOEXIS, sustituir la expulsión por la salida obligatoria, sin existencia de prohibición de entrada. Asimismo, se deberá indicar quién es el Instructor y el Secretario del procedimiento, con expresión del régimen recusatorio de los mismos, lo que suele hacerse mediante una simple remisión a los artículos 28 y 29 de la LRJAP-PAC, que prevén la apertura de un «incidente» al efecto. No obstante, en la práctica, la identificación de Instructor y Secretario se limita a la consignación de los números de identificación policial, lo que imposibilita conocer la identidad real de los mismos salvo que el interesado solicite de forma expresa la identificación de conformidad con el artículo 35. b) LRJAP-PAC.

Además, el acuerdo de iniciación deberá expresar el órgano competente para resolver el expediente que, en esta materia, no es otro que el Subdelegado del Gobierno o el Delegado del Gobierno en las

Comunidades uniprovinciales (artículo 55. 2 LOEXIS) y junto a ello, una indicación al derecho del interesado a formular alegaciones y a la audiencia del procedimiento y de los plazos correspondientes para ello, así como las medidas provisionales que se acuerden por el órgano competente para ello que de conformidad con la redacción del art. 61 de la LO 11/2003 será el instructor. Llama la atención que vía reglamentaria, y a pesar de la STS de 23/3/2003, se extienda esta posibilidad, extra legem, al responsable de la unidad de extranjería ante la que se presente el detenido, art. 141.7, mención que podrá ser declarada ilegal como lo fue el Art. 102 e) del RD 864/2001.

## B) Las medidas provisionales

En efecto, y como acabamos de afirmar, el acuerdo de iniciación deberá relacionar las medidas provisionales que se acuerden por el instructor.

Como es sabido, las medidas provisionales pretenden asegurar el hipotético resultado de un procedimiento (en el presente caso, administrativo sancionador), conjurando el peligro de que la resolución adoptada no pueda ser ejecutada por los efectos del transcurso del tiempo (lo que en términos civiles se denomina *periculum in mora*). Aunque la LOEXIS habla de medidas cautelares, preferimos la denominación de medidas provisionales, que es la que utilizan tanto la LRJAP-PAC, como el REPEPOS, de una manera más precisa pues mientras que las medidas provisionales aseguran el buen fin del procedimiento, las cautelares sirven para afianzar la ejecución de la resolución recaída, diferencia de matiz que merece una denominación diferente.

En materia de extranjería, sólo pueden adoptarse medidas provisionales en los expedientes sancionadores en los que se formule propuesta de expulsión (art. 61. 1 LOEXIS) o en los que exista una presunta infracción cometida por un transportista (art. 61. 2), dado su carácter excepcional. De ahí que procedamos al análisis de estas medidas dentro del procedimiento administrativo sancionador que hemos denominado «ordinario», y no sólo en el «preferente», si bien la medida cautelar por excelencia, el internamiento, sólo cabe en dichos procedimientos preferentes (cfr. arts. 62. 1 y 63. 1 LOEXIS).

Los arts. 72 y 136 de la LRJAP-PAC, el art. 15 del REPEPOS y los arts. 4. 2, y 61 de la LOEXIS, son las normas esenciales que hay que tomar en consideración en relación con las medidas provisionales en el ámbito administrativo de la extranjería.

Las medidas provisionales, dada su excepcionalidad, deben respetar el principio de legalidad. Así, tanto la LRJAP-PAC (art. 72), como el REPEPOS (art. 15. 3) exigen, respectivamente, que se consagren en una norma con rango de Ley (reserva legal) y que estén expresamente previstas (mandato de tipificación). En consecuencia, sólo podrán adoptarse las medidas provisionales del art. 61 LOEXIS que son:

a) Presentación periódica ante las autoridades competentes (art. 61. 1. a).- El precepto no aclara para qué deben ser competentes dichas autoridades: ¿para instruir el procedimiento, para resolverlo, para desarrollar actuaciones sancionadoras?. A nuestro entender, podrán ser competentes todas aquellas autoridades que sean capaces de dar fe de que se ha realizado dicha presentación del interesado, por lo que la misma cabrá realizarse ante cualquier tipo de autoridad administrativa, tales como ayuntamien-

tos, comisarías, juzgados, etc., sin que sea absolutamente imprescindible la presentación ante el órgano instructor.

b) Residencia obligatoria en determinado lugar (art. 61. 1. b).- Este tipo de medida provisional debe ser utilizada con igual cautela y prudencia que la anterior, si bien sería deseable que se adoptara, siempre que fuera posible, en lugar de la medida de detención cautelar, que a continuación analizaremos y que entendemos que es mucho más gravosa para el extranjero.

c) Retirada provisional de pasaporte o documentación acreditativa de la nacionalidad previa entrega de resguardo (art. 61. 1. c).- Esta medida, que durante la vigencia de la Ley 7/1985 se venía poniendo en práctica sin cobertura legal ni entrega de recibo o resguardo alguno, se instauró por la Ley Orgánica 4/2000, recogiendo en sus arts. 61.c) y 4. 2. La inclusión de esta medida en una norma con rango de Ley Orgánica, ha incrementado el grado de seguridad jurídica y, en principio, puede ser eficaz y poco traumática para ciertos derechos del interesado, como el de libertad ambulatoria.

d) Detención cautelar por la autoridad gubernativa o sus agentes (art. 61. 1. d).- Se trata de una figura importada del Derecho Penal que, en su momento, planteó serias dudas acerca de su encaje constitucional, tal y como pusieron de manifiesto MIQUEL CALATAYUD (1.987) o BELLOCH JULBE (1.986). Sin embargo, el TC resolvió estos interrogantes admitiendo la detención cautelar del extranjero fuera del procedimiento penal ya que, entre otros razonamientos jurídicos, ello estaba previsto expresamente en el art. 5. 1 f) del CEDH, tal y como había adelantado MOYA ESCUDERO (1.986).

Las condiciones de la detención se sujetarán a las previsiones del artículo 520 de la L.E.Crim., lo que exige que se informe al detenido de las causas que motivan la detención y de los derechos que le asisten (520. 2 L.E.Crim.), entre los que destaca el derecho a la asistencia letrada y de intérprete. PACO AQUÍ PUEDES METER TODO LO DEL TEMA DE LA ILEGALIDAD DE LA DETENCION

e) Internamiento preventivo (art. 61. 1. e).- La extradición, la privación de libertad del solicitante de asilo mientras se estudia la admisión a trámite de su petición y el internamiento cautelar del extranjero en el procedimiento sancionador preferente previo a la expulsión, son las tres situaciones que, según nuestro ordenamiento jurídico y el TC, permiten la restricción de la libertad individual (más allá de las primeras setenta y dos horas) consagrada en el artículo 17. 2. de la CE, fuera del marco del proceso penal. Así, estas tres situaciones significan la prolongación de la pérdida de libertad más allá de las setenta y dos horas de la detención preventiva, con el objeto de iniciarse la ejecución forzosa de un acto, y ello, a los efectos que nos ocupan, sólo puede ocurrir mediando el oportuno procedimiento pues, de lo contrario, tal y como ha venido a aclarar la STC 174/99, de 27 de septiembre, padecerían tanto la libertad como la seguridad de la persona.

La decisión judicial sobre el internamiento adoptará la forma de auto que será susceptible de los recursos de reforma, y apelación ante la Audiencia Provincial.

Especial interés ofrecen, por su concreción y precisión jurídica, las Instrucciones 6/1991 y 1/1994 de la Fiscalía General del Estado, de fechas 23 de octubre y 15 de febrero, respectivamente, que resumen los puntos esenciales de la medida de internamiento del siguiente modo:

1°. Excepcionalidad de la medida.

2°. Sólo puede practicarse en centros que carezcan de carácter penitenciario, sin que quepa tampoco en Comisarías de Policía.

3°. Sólo el juez decide si se adopta o no esta medida, mediante un control que debe ser real y efectivo, no meramente formal, y que se debe adoptar en resolución motivada.

4°. Debe indicarse al juez por la Autoridad Gubernativa el lugar donde será internado el extranjero a fin de que se pueda ejercer el oportuno control judicial durante el internamiento. En este sentido, el juez podrá modificar su decisión y recortar o ampliar el plazo concedido respetando siempre el límite máximo de cuarenta días. Sin embargo, el hecho de que los Centros de Internamiento de Extranjeros se encuentren muy dispersos territorialmente, ofrece el nada desdeñable problema competencial que se ofrece a un juez instructor para visitar o controlar las privaciones de libertad que se están practicando en un territorio ajeno a su jurisdicción.

5°. El juez deberá oír personalmente al interesado, Art. 62 LOEXIS, quien deberá estar asistido de letrado, para que la decisión adoptada tenga el mayor fundamento posible.

6°. Se evitarán los internamientos sucesivos o sobrevenidos. Es decir, por la misma causa, el extranjero sólo puede haber sido ingresado un máximo de cuarenta días lo que debe obligar al juez a requerir de la autoridad administrativa la certificación oportuna de que dicho extranjero no ha sido ya internado con anterioridad si existen dudas razonables de que ello haya podido ocurrir. Esta garantía se introduce en el artículo 62.2 de la LOEXIS.

f) Medidas provisionales para los transportistas(art. 61. 2).- Estas medidas, a excepción de las anteriores, son las únicas que pueden acordarse en procedimientos que no pretendan la expulsión (entre otras razones porque a las infracciones del art. 54. 2. b) LOEXIS no les es de aplicación dicha sanción).

### C) Fase de instrucción y prueba

Finalizada la fase de iniciación donde, por razones metodológicas, se acaban de analizar las medidas provisionales aplicables al extranjero si bien estas, como se ha dicho, pueden adoptarse en cualquier fase posterior, es el momento de analizar la fase de instrucción y prueba.

El extranjero contra el que se haya iniciado un procedimiento sancionador ordinario dispone de quince días para formular alegaciones y proponer prueba. Esto puede hacerse en cualquier momento, incluso anterior al que comentamos, pero lo normal será que no haya suficiente tiempo para realizar dichas alegaciones y proposiciones de prueba hasta que se haya dado traslado al interesado del acuerdo de iniciación del expediente sancionador. Desde ese preciso instante, el instructor dispone también del tiempo necesario para completar, de oficio, las informaciones y datos relevantes para el procedimiento. Si a resultas de dichas indagaciones cambiase la calificación jurídica, el relato de hechos, o las sanciones

a imponer, no habrá que retrotraer las actuaciones, sino que se hará saber al interesado en la propuesta de resolución. (art. 16. 3 REPEPOS).

Desde que se reciban las alegaciones o finalice el período para su presentación, se procederá a la apertura del período probatorio por un plazo de entre diez y treinta días en el que, de oficio o a propuesta del interesado, se practicarán todo tipo de pruebas admisibles en derecho. No obstante, las documentales que aporte el interesado podrán presentarse en cualquier momento anterior al trámite de Audiencia (arts. 79. 1 y 35. e) LRJAP-PAC y 3. 2 REPEPOS) o incluso en dicho trámite (arts. 84. 2 LRJAP-PAC y 19 REPEPOS). Sólo si las pruebas propuestas fueran inútiles para el resultado del procedimiento, a juicio del instructor, se podrán rechazar en resolución motivada.

La fase de instrucción concluye con la formulación de la propuesta de resolución, art. 127 del RLOEXIS. En ella se fijarán de forma motivada los hechos probados a juicio del instructor y su exacta calificación jurídica, así como las personas responsables de los mismos, sanciones a imponer y medidas provisionales que se hubieren adoptado. En su caso, se propondrá la declaración de no responsabilidad o de inexistencia de infracción.

#### D) Trámite de audiencia y conclusiones

De la anterior propuesta de resolución se dará traslado a los interesados, Art. 128, indicándoles la puesta de manifiesto del procedimiento. Con ella, debe incluirse algo que en demasiadas ocasiones se omite: una relación de los documentos obrantes en el procedimiento a fin de que se puedan solicitar las copias oportunas. A partir de este momento, se dispone de quince días para formular nuevas alegaciones y presentar nuevos documentos e informaciones.

Salvo que no se hayan formulado alegaciones por el interesado frente al acuerdo de iniciación, se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas, en su caso, por el interesado de conformidad con lo previsto en el artículo 3 y en el punto 1 del artículo 16 del REPEPOS y 123. 2 del RELEX, lo que en la materia que nos ocupa es ciertamente infrecuente pues lo normal es que en el procedimiento figuren los hechos y pruebas que aporta la propia policía.

Finalizados estos trámites, el instructor elevará el expediente al órgano competente para resolver.

#### E) Resolución y ejecución

Como ya hemos expuesto anteriormente, de conformidad con el artículo 55. 2 LOEXIS son competentes para la imposición de las sanciones tipificadas en dicha Ley, los Subdelegados del Gobierno y los Delegados del Gobierno en las Comunidades uniprovinciales.

Si el órgano competente para resolver, al recibir el expediente, decide realizar cualquier actuación complementaria, deberá manifestarlo en acuerdo motivado que deberá ser notificado al interesado quien dispondrá de un nuevo plazo de siete días para alegar lo que estime oportuno. Durante este período más el de quince días para realizar dichas actuaciones complementarias, se suspenderá el plazo para resolver.

La resolución motivada del expediente deberá adoptarse en un plazo de diez días. En el hipotético caso de que el órgano competente para resolver considere que los hechos constituyen una infracción más grave que la consignada en la propuesta de resolución, se concederán otros quince días al interesado para que formule nuevas alegaciones al respecto.

El procedimiento ordinario sigue el régimen general de ejecutividad de los actos administrativos, es decir: serán inmediatamente ejecutivas las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa (y las resoluciones en materia sancionadora lo hacen, pues así lo previó la Disposición Adicional Décima del RELEX).

Durante la substanciación de los recursos y dado que las medidas provisionales quedan enervadas de forma automática al dictarse la resolución, se podrán adoptar en la misma las medidas cautelares previstas en la LOEXIS para asegurar el buen fin de aquella, convalidándose expresamente las medidas provisionales que se hubieren adoptado, o adoptando, en forma de medidas cautelares, cualquier otra precaución (art. 21 REPEPOS).

## 2. El procedimiento preferente

El artículo 63 LOEXIS y 130 del RELEX prevé la tramitación con carácter preferente de los procedimientos de expulsión de las letras a) y b) del art. 54. 1, y de los apartados a), d) y f) del artículo 53.

En dichos procedimientos el interesado sólo dispondrá de cuarenta y ocho horas (ni siquiera hablamos de un plazo expresado en días) para alegar lo que considere adecuado, y si se admite la prueba propuesta esta deberá practicarse en tres días como máximo. No aclara el reglamento que ocurre si se presentan alegaciones pero no petición de prueba, en el sentido de si procede o no dictar propuesta de resolución para dar nuevo traslado por otras 48 horas.

El procedimiento preferente, a diferencia del ordinario, no permite la posibilidad de suspender la ejecución en vía administrativa (Art. 132.3 del RLOEXIS), que pese al dictado del los Arts. 114 y ss de la Ley 30/92, fue declarado legal en la STS de 23/3/2004.

Las diferencias con el procedimiento ordinario, sin embargo, deben agotarse en lo expuesto. El resto de trámites procedimentales, a nuestro entender, debe ser escrupulosamente ajustado a los que se ha expuesto supra al hablar del procedimiento ordinario.

## IV. Prescripción y caducidad

El objeto del instituto de la prescripción en el ámbito del derecho sancionador no es otro que las infracciones y las sanciones. Su principal característica: que el mero transcurso del tiempo extingue el ius puniendi estatal en su vertiente administrativa. Se trata, por tanto, más que de una forma de extinción de la responsabilidad administrativa del sujeto infractor, de una limitación temporal al derecho material del que goza la administración para perseguir las infracciones e imponer sanciones. De todo ello se colige que la infracción prescrita no se debe tener por inexistente y que la sanción impuesta, pero prescrita, será

legítima si se cumple voluntariamente, siendo ilícita su exigencia obligatoria de cumplimiento. Piénsese, v. g., en el caso de una sanción de multa impuesta y que, aunque prescrita, es pagada por el condenado a ello quien, en tal caso, carece del derecho a reclamar su devolución. Se trata, por tanto, de una institución que otorga seguridad jurídica al proceder punitivo de la Administración.

La LOEXIS ha endurecido el plazo de prescripción de las sanciones muy graves por cuanto ha elevado a cinco años los tres que, con carácter general, se suelen exigir para las sanciones administrativas muy graves. En cuanto al resto de infracciones y sanciones se mantiene el tradicional plazo de tres años para la prescripción de las infracciones muy graves, dos años para las infracciones y sanciones graves, un año para las sanciones leves y seis meses para las infracciones de esta misma naturaleza. El día a quo a partir del cual comienza a contar el plazo de prescripción de la sanción de expulsión es en el que hubiese finalizado la prohibición de entrada, art. 56.3 de la LOEXIS, lo que retrasa el plazo de prescripción considerablemente, con un límite máximo de 10 años.

Frente a la prescripción, la caducidad tiene por objeto, no el ejercicio del ius puniendi, sino la forma de ejercitarlo. En ello radica esencialmente su diferencia con la prescripción. Esto se comprueba mejor al dar lectura al art. 44 LRJAP-PAC: «En los procedimientos iniciados de oficio, el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa no exime a la Administración del cumplimiento de la obligación legal de resolver, produciendo los siguientes efectos:(...) 2. En los procedimientos en que la Administración ejercite potestades sancionadoras o, en general, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se producirá la caducidad (...)».

Como se comprueba, el tempo de la caducidad reside en el propio procedimiento que, una vez iniciado, debe cumplir con unas mínimas exigencias de agilidad, pues de lo contrario peca. Pero, insistimos, como lo que decae es el procedimiento en sí, ello no impide que se inicie otro nuevo contra la misma persona y por los mismos hechos, siempre y cuando no se haya producido la prescripción. (Cfr. art. 92. 3 LRJAP-PAC).

En lo que se refiere a la caducidad de los procedimientos administrativos sancionadores hay que destacar que el art. 121 del RLOEXIS establece un plazo de seis meses comunes para la resolución y notificación, contados desde el día en que se acordó la iniciación del procedimiento. El problema es que la administración no está considerando caducado el procedimiento si el extranjero incumplió la obligación de presentación periódica, por entender que esta circunstancia supone un actuar de mala fe que interrumpe dicho periodo, lo que en modo alguno es aceptable, mas aún cuando la administración ni tan siquiera realiza actuación alguna encaminada a la notificación.

La paralización a la que hace referencia el apartado 2º del artículo 44 de la Ley 30/92 no puede referirse a los procedimientos sancionadores, que deben ser impulsados de oficio.

La caducidad del expediente impone la anulación del acto administrativo, porque de entenderse de otra manera esta figura carecería de sentido. En este sentido se ha pronunciado el TS en sentencia 29/1/94. El TSJ de Madrid ha manifestado en sentencia de 17 de mayo del 2000 que los plazos de caducidad no son caprichosos ni disponibles para la administración, siendo un mandato dirigido a las autoridades y un derecho para el administrado. En el mismo sentido el TS en Sent. 20/5/97, al estar en

juego el principio de seguridad jurídica. Todos estos argumentos y otros, han sido recogidos en la sentencia de 20/4/2004 del juzgado de lo Contencioso nº 3 de Málaga<sup>19</sup>.

19. Balaguer Callejón, F; Montilla Martos, JA y Rodríguez Candela, JL , Compendio Práctico sobre extranjería e inmigración. Pag. 700. Tecnos Madrid 2006.

La Ley 30/92, en su art. 59, regula exhaustivamente la práctica de la notificación de los actos administrativos, debiendo proceder la Administración según lo dispuesto en el mismo. Por ello de existir un domicilio, designado, bien por el extranjero en la incoación del procedimiento o bien por el letrado en las alegaciones la administración no debe acordar la publicación edictal, hasta tanto no haya agotado los intentos de notificación personal, dejando constancia de ello en el procedimiento administrativo, art. 59.4 de la Ley 30/92.. En este sentido se pronuncia la STS 12/12/97. Por ello la publicación edictal en estos casos es nula y por ende no se concluye el procedimiento en el plazo de los seis meses recogido en el artículo 121 del reglamento de la ley de extranjería, debiendo en tal caso ser declarada la caducidad. Así lo justifica, entre otras, la Sentencia nº 264/2006 de 22 de mayo del Juzgado de lo Contencioso nº 5 de los de Málaga.

## V. Beneficios legales por la colaboración en la lucha contra determinados delitos

Artículo 59. Colaboración contra redes organizadas.

1. El extranjero que haya cruzado la frontera española fuera de los pasos establecidos al efecto o no haya cumplido con su obligación de declarar la entrada y se encuentre irregularmente en España o trabajando sin permiso, sin documentación o documentación irregular, por haber sido víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado si denuncia a las autoridades competentes a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopera y colabora con los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores.

2. Los órganos administrativos competentes encargados de la instrucción del expediente sancionador harán la propuesta oportuna a la autoridad que deba resolver.

3. A los extranjeros que hayan quedado exentos de responsabilidad administrativa se les podrá facilitar a su elección, el retorno a su país de procedencia o la estancia y residencia en España, así como permiso de trabajo y facilidades para su integración social, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley.

4 Cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de que un extranjero, contra el que se ha dictado una resolución de expulsión, aparezca en un procedimiento penal como víctima, perjudicado o testigo y considere imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales, lo pondrá de manifiesto a la autoridad gubernativa competente a los efectos de que se valore la inejecución de su expulsión y, en el supuesto de que se hubiese ejecutado esta última, se procederá de igual forma a los efectos de que autorice su regreso a España durante el tiempo necesario para poder practicar las diligencias precisas, sin perjuicio de que se puedan adoptar algunas de las medidas previstas en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales.

El Congreso aprobó el 23 de Junio de 1998 un informe de la subcomisión creada en el seno de la Comisión de política social y empleo, donde instó al Gobierno a modificar las normas administrativas necesarias para luchar contra las redes ilegales de tráfico de personas, lo que directamente suponía la aprobación y aplicación de medidas que protegiesen al extranjero que había sido víctima de estas mafias. Hasta que esa sensibilidad penetró en la administración cualquier actuación policial encaminada a la persecución contra esas redes organizadas necesariamente llevaba consigo la incoación de expedientes de expulsión contra aquellos extranjeros que habían entrado o permanecían en el país de forma irregular de mano de esos grupos. Esta realidad entorpecía seriamente la investigación policial, ya que los únicos que podían colaborar con éxito con las fuerzas de seguridad no lo hacían, pues veían peligrar su estancia en el territorio del Estado por encontrarse de forma irregular. Nuestra normativa anterior a la LO 4/2000 tan sólo proponía soluciones parciales a esta situación.

En este precepto se premia, concediendo los correspondientes permisos de trabajo y/o residencia, al extranjero que delate a quienes le introdujeron en el país clandestinamente o facilite una investigación judicial o administrativa al respecto, siempre con la garantía de privacidad y anonimato que otorga la Ley de Protección de Testigos<sup>20</sup> en el marco del procedimiento penal. Idéntica redacción tiene el artículo 117 del RLOEXIS.

El art. 59 requiere para su aplicación, de forma acumulativa, los siguientes requisitos:

1. Que el extranjero haya cruzado la frontera española fuera de los pasos establecidos o no haya cumplido con su obligación de declarar la entrada, aunque entrara por los pasos habilitados. Queda fuera de la aplicación de este beneficio el que haya entrado por los pasos habilitados y haya declarado la entrada, es decir, de forma legal, aunque ulteriormente su estancia devenga irregular, circunstancia que concurre en un gran número de personas procedentes de países del Este y de Sudamérica. Estas personas pueden encontrarse ante situaciones de abuso o de tráfico de personas.

2. Que se encuentre irregularmente en España, lo que viene de suyo, dada la forma en que se realizó la entrada y el objetivo de este precepto, cual es documentar al delator. También podría aplicarse si posteriormente accediese a la regularidad, pero se encontrase trabajando sin permiso de trabajo, lo que en determinados supuestos podría llevar aparejada su expulsión, o cuando carezca de documentación, que será una especialidad de la situación de irregularidad.

Por otro lado, debe existir una relación de causalidad entre esta situación irregular y el haber sido víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos (art. 318 bis del código penal).

A quienes cumplan estos requisitos, el art. 59 ha querido premiarle eximiéndole de responsabilidad administrativa, cualquiera que sea la sanción a imponer, redundando la ley en su expresión cuando manifiesta que no será expulsado, lo que resulta evidente si ha quedado exento de responsabilidad administrativa, pues no olvidemos que la expulsión es una sanción más.

Las condiciones legales necesarias para la aplicación del premio a la delación, que deben cumplirse de forma alternativa, son las siguientes:

1. Que denuncie a las autoridades competentes, policiales o judiciales, no sólo el hecho, sino a los autores o cooperadores. Carece de sentido que la ley silencie a otros partícipes.

2. O si coopera y colabora con los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso, judicial o administrativo, correspondiente contra aquellos autores. Debe existir un aporte esencial de los datos proporcionados.

Aprobada la propuesta, consistente en declarar exento de responsabilidad administrativa al extranjero, se le podrá facilitar a su elección, bien el retorno a su país de procedencia, corriendo el Estado español con todos los gastos, o bien la concesión de permiso de trabajo y residencia, así como facilidades para su integración social.

Por último, el párrafo 4º del art. 59, es de aplicación a aquellos supuestos en los que no se ha aplicado el premio a la delación, bien porque ésta es posterior a la resolución de expulsión, o bien porque la autoridad administrativa entendió que no procedía su aplicación por no concurrir alguno de los requisitos a los que hemos hecho referencia.

También puede aplicarse este apartado cuando el perjudicado, víctima o testigo lo sea por delito distinto a los recogidos en el párrafo primero, cualquiera que sea el delito, y siempre dentro del ámbito de la investigación dentro de un proceso penal.

Sorprende que la decisión última, es decir, la valoración de la inexecución de la expulsión o la autorización de regreso del extranjero, quede en manos de la autoridad gubernativa competente, Subdelegado o Delegado del Gobierno respectivamente, y no de la autoridad judicial, aún cuando al menos la interdicción de la expulsión de quién se encuentra bajo su supervisión en el marco de una investigación penal, como testigo o víctima debe entenderse concedido en base a las normas procesales.

Amén de no otorgar la ley esa posibilidad a la autoridad judicial, sino solo al Ministerio Fiscal, tampoco lo permite a las demás partes personadas en el procedimiento penal, lo que claramente supone una desigualdad de armas que debería quedar proscrita de nuestro derecho procesal.

Esta posibilidad de premiar la delación va más allá de lo previsto en el artículo 59, pues se extiende en el RLOEXIS, en su artículo 45.4 a), para la concesión de un permiso de residencia por motivos excepcionales a supuestos en donde concurren razones humanitarias, en particular haber sido víctima de conductas racistas o xenófobas, de interés nacional o de seguridad nacional, víctima de delitos de violencia en el ámbito familiar y de delito contra los derechos de los trabajadores de los Arts. 313 del C.P y 312.1 del C.P.

## VI. Otras medidas de alejamiento del territorio nacional: denegación de entrada, retorno y devolución

Es imprescindible diferenciar las sanciones de otras figuras afines que, aunque carecen de naturaleza sancionadora, se suelen prestar a confusión. Diferenciar estas figuras no sólo es relevante a efectos dogmáticos, sino que tiene evidentes consecuencias prácticas, como se verá.

### A. La denegación de entrada y el retorno

Como sabemos, la obtención del visado no significa un derecho a entrar en el Estado que lo expide, sino tan solo el derecho a presentarse en un puesto fronterizo de ese Estado y solicitar la entrada pues, a diferencia de lo que ocurre con los españoles y ciudadanos comunitarios, para los extranjeros nacionales de tercer Estado no existe un derecho a la entrada (art. 19 de la Constitución). Es en este marco donde aparecen las figuras de la denegación de entrada y el retorno.

Podemos definir la denegación de entrada como un acto administrativo de naturaleza no sancionadora que se adopta por el funcionario competente destacado en el puesto fronterizo habilitado al efecto, con el objeto de impedir la entrada en España a aquel extranjero que, sin tenerla en principio prohibida, no cumple los requisitos necesarios para la misma. Su parca regulación legal se encuentra contenida de modo disperso entre los artículos 26. 2. y 60. 1. de la LOEXIS y 13 del RLOEXIS.

El art. 26. 2 LOEXIS es criticable por incompleto. Como se comprueba, hace una referencia a la denegación de entrada como acto administrativo motivado dictado contra quien no cumple los requisitos establecidos para la misma. Sin embargo, olvida hacer cualquier tipo de referencia a las consecuencias que produce dicho acto administrativo, es decir, omite cualquier mención al retorno. Lo deseable hubiera sido que en dicho precepto se hubiese definido la forma de ejecución del acto denegatorio pues lo que resulta absolutamente impropio es tener que trasladarnos hasta el Título III de la LOEXIS, a su art. 60. 1, donde en la sede del Título III («las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador») se regula el retorno, confundiendo al operador jurídico que, ante semejante periplo por la norma, puede llegar a pensar que la reacción ante la denegación de entrada es una sanción específica: el retorno. Sin embargo, nada más lejos de la realidad, ya que la denegación de entrada se concretará en un retorno, que carece de cualquier tinte sancionador y que puede tener varias modalidades de ejecución.

En conclusión, podemos decir que el retorno es a la denegación de entrada, lo que la devolución a la prohibición de entrada (conceptos que de inmediato analizaremos), es decir, un medio de ejecución forzosa de una obligación de regreso del extranjero a su punto de origen. Como se acaba de ver, la denegación de entrada y el retorno son figuras tan próximas entre sí, con objetivos tan idénticos, que suelen prestarse a confusión, aunque, insistimos, una es la causa y el otro el efecto.

En los supuestos de entradas por puestos fronterizos portuarios y aeroportuarios, aún cuando no se haya traspasado el control de pasaportes, si se ha ingresado en el territorio nacional, por lo que será imprescindible retornarlo a su lugar de origen o procedencia. Ruiloba Alvariño<sup>21</sup>, utilizando los informes del Defensor del Pueblo<sup>22</sup>, mantiene que las zonas internacionales de los puertos y aeropuertos son territorio nacional<sup>23</sup>, y por lo tanto el extranjero ya ha entrado en España, aún cuando no haya traspasado el control de pasaportes. En palabras de Miquel Calatayud<sup>24</sup>, los extranjeros que penetran en España por mar, «van penetrando de forma escalonada de conformidad con las convenciones sobre Derecho del mar de 1958 y 1982, de 28 de Febrero, sobre la zona económica exclusiva». Tal penetración comienza «con el adentramiento de la nave de que se trate en el mar territorial español, espacio marítimo sujeto a la soberanía nacional». Por ello manifiesta que «no es de recibo el decir que el extranjero que no traspase la zona de control de pasaportes se halla todavía en el extranjero,

21. Ruiloba Alvariño, J Op.cit. pag.553.

22. Años 1992, 1993 y 1994.

23. Decaux y Labayle. Martínez Arrieta, A «La normativa de extranjería y su conexión con la jurisdicción penal» Jornadas sobre nacionalidad y extranjería. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid 1994, pag.277.

24. Conferencia impartida en el I Congreso Internacional de Derecho de Extranjería, celebrado en Zaragoza en Mayo de 1995.

posición ésta, mantenida por la administración, completamente absurda siendo así que la soberanía se ejerce, sin fisuras, sobre todo el territorio nacional. Lo mismo dice del acceso aéreo, desde el mismo momento en que acceden al espacio aéreo español. «La segunda fase en el proceso de ingreso en España por vía aérea se materializa en el momento del aterrizaje del avión, ello de conformidad con el Convenio de Tokio de 14 de septiembre de 1963, sobre infracciones cometidas a bordo de aeronaves y el convenio de la Haya de 16 de Diciembre de 1970, para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves». En definitiva, y para concluir este apartado, el autor citado mantiene con gran acierto que «una vez abiertas las puertas, y descendido el extranjero en cuestión, éste ha consumado su entrada en España, ad bonus y ad peyus, con independencia de la zona del aeropuerto en la que el mismo se sitúe», calificando cualquier otra postura como de «dislate».

Por su parte, el Defensor del Pueblo, en el recurso interpuesto contra la Ley de Asilo, pretendió que el Tribunal Constitucional se pronunciase sobre la naturaleza jurídica de las llamadas «zonas estériles, zonas de tránsito o zonas internacionales», a fin de considerar a la persona «en frontera» en territorio español. Esta denominación tiene un mero sentido jurídico formal específico, pero nunca el sentido de que la persona extranjera en frontera no esté ya en territorio español. Tesis que, pese al resultado del recurso triunfó y ya es pacífico el que estas zonas son territorio español, por lo que en todos los casos de denegación de entrada en estas zonas nos encontramos ante verdaderos supuestos de retornos.

El art. 60 de la LOEXIS establece unas obligaciones derivadas de las directivas aprobadas por la unión Europea, por el que se obliga a las Compañías aéreas a asegurarse, antes de embarcar a sus pasajeros, de que éstos poseen los documentos y visados necesarios para entrar en territorio Schengen<sup>25</sup>, ya que en caso de no hacerlo, cuando lleguen a destino, tendrán que subvencionar su estancia y viaje de vuelta<sup>26</sup>. Los Estados firmantes del acuerdo de Schengen se obligan a introducir en su legislación nacional medidas relativas a las compañías de transporte aéreo, marítimo y terrestre, que tengan como finalidad obligar a los transportistas a exigir la documentación y a imponer sanciones para aquellos transportistas que incumplan sus obligaciones<sup>27</sup>, de conformidad con el artículo 54.2 de la LOEXIS. En opinión de López Garrido<sup>28</sup>, las sanciones impuestas a las compañías aéreas contrarían de forma flagrante los acuerdos adoptados por los Estados que firmaron el Convenio de Chicago, entre ellos los hoy

25. Art. 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de Junio de 1985, relativo a la supresión gradual de controles en las fronteras comunes, al que se adhiere España el 25 de Junio de 1991, ratificado por instrumento de 23 de julio de 1993 (B.O.E. nº, de 5 de Abril de 1994).

26. Aprell Lasagabaster, C. Op.cit, pág.191.

27. Art. 26,p.1 a) ,b) y P.2 del Convenio de aplicación del Acuerdo Schengen.

28. López Garrido, Diego. «El hecho inmigratorio en Europa y la crisis del modelo de protección jurídica del asilo y el refugio». Jueces para la Democracia, nº 10, Septiembre 1990.

firmantes de Schengen, al poner graves trabas a los solicitantes de asilo, en contra del espíritu de la Convención de Ginebra. El retorno se hará a su punto de origen, aún cuando no sea el del país de origen del extranjero.

Es objeto de importante discusión sobre la situación jurídica del extranjero en el puesto fronterizo, en particular portuario y aeroportuario, es decir sobre si se encuentra privado de libertad, con las consecuencia que ello acarrea, o si por el contrario no se encuentra detenido.

Desde nuestro punto de vista, las personas que se encuentran pendientes de retorno en las instalaciones de las comisarías de policía de los aeropuertos y puertos, se encuentran privadas de libertad.

La situación de privación de libertad de las personas pendiente de retorno y por tanto de mi mandante, se desprende del artículo 60 de la LO 4/2000, que no deja lugar a dudas sobre la situación de detención de aquellas personas sometidas a retorno, por el propio tenor del precepto, que en su apartado 4º dice «la detención de un extranjero a efectos de retorno será comunicada al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado de su país». Y a mayor abundamiento, el plazo en que ha de efectuarse el retorno es el de 72 horas, coincidente con el constitucional máximo de privación de libertad sin necesidad de ser puesto a disposición de la autoridad judicial. De no encontrarse detenido no sería necesario ponerlo a disposición judicial pasado ese plazo.

Meridiana claridad ofrece el artículo 156.4 del RLOEXIS, cuando manifiesta que «durante el tiempo que el extranjero permanezca detenido en las instalaciones del puesto fronterizo...»

En el mismo sentido el TC Sala 2ª, S 26-6-2000, nº 179/2000, rec. 5317/1999, BOE 180/2000, de 28 julio 2000. Pte: Viver Pi-Sunyer, Carles declaró en relación con las personas que se encontraban pendientes de retorno en los aeropuertos lo siguiente:

Al respecto lo que debe señalarse es que la referida situación debe ser considerada como una privación de libertad, sin que el hecho de que quepa la posibilidad de que el extranjero pueda voluntariamente abandonar el país (posibilidad que, como ha señalado la STC 174/1999, de 27 de septiembre de 1999 FJ 5, es bastante remota dados los impedimentos económicos y los requisitos de entrada de terceros países), impida considerar que no existe dicha privación de libertad (STC 174/1999 FJ 5, en el mismo sentido STEDH de 25 de junio de 1996, caso Amuur c. Francia), pues, con independencia de que exista la posibilidad de abandonar voluntariamente el país, y al margen también de que los extranjeros carezcan del derecho fundamental a circular libremente por España (SSTC 94/1993 de 22 de marzo, FJ 3; 86/1996, de 21 de mayo FJ 2, 174/1999, FJ 4), al no conllevar el derecho a la libertad el derecho a entrar en el territorio nacional (ATC 55/1996, de 6 de marzo, FJ 3), lo cierto es que el recurrente se encontraba custodiado por la policía en la zona de tránsito del aeropuerto de Barajas, lo que conlleva una limitación de su libertad ambulatoria que determina una privación de libertad.

En el mismo sentido confirmatorio de la situación de privación de libertad se pronuncia el TC Sala 2ª, S 27-9-1999, nº 174/1999, rec. 1374/1999, BOE 263/1999, de 3 noviembre 1999. Pte: Viver Pi-Sunyer, Carles:

El hecho de que a Liji le cupiera la posibilidad de salida voluntaria de España (posibilidad por lo demás remota, por los impedimentos económicos y por requisitos de entrada de terceros países) no empaña la califi-

cación jurídica de detención. Pues aparte de esa hipotética libertad de salida, lo cierto es que Liji se encontraba confinado en un espacio limitado y cerrado de suelo español, sin título jurídico alguno que lo justificase. Aclarado que la situación no puede ser otra que la de detención preventiva...

Con ello queda meridianamente claro que la situación de las personas en estos puestos fronterizos es de privación de libertad, y por ello son merecedores de las garantías que ofrece el Art. 520 de la L.E.Crim.

Cierto es que en otras ocasiones el TC se ha pronunciado en contra de la consideración de estas personas como detenidas ATC 55/97, pero en cualquier caso siempre ha valorado las circunstancias concretas del caso, tales como duración de la estancia, lugar donde el extranjero se encuentra, si le permiten o no sus objeto personales, la libertad de movimientos de la que dispone, posibilidades de retornar en breve plazo, en definitiva comparando la situación de estas personas con otras que claramente se encuentran privadas de libertad.

### ***B. La prohibición de entrada y la devolución***

Para distinguir adecuadamente ambos conceptos conviene, en primer lugar, evitar confundir la distinta significación que tienen las dos acepciones jurídicas del término «prohibición de entrada». Así, del art. 26. 1 LOEXIS se desprende la existencia de dos situaciones bien distintas que, sin embargo, se denominan del mismo modo:

No podrán entrar en España, ni obtener un visado a tal fin, los extranjeros que hayan sido expulsados, mientras dure la prohibición de entrada, así como aquellos que la tengan prohibida por otra causa legalmente establecida o en virtud de Convenios Internacionales en los que sea parte España.

Como se observa de la simple lectura, la prohibición de entrada puede deberse a una sanción de expulsión previamente impuesta o a una causa legal o convencional. Por nuestra parte, y para ilustrar mejor sus diferencias distinguiremos dos figuras: a) la «prohibición-sanción» y b) «la prohibición como simple interdicción».

De este modo, podemos comprobar que la «prohibición-sanción» está regulada como sanción accesoria a la medida de expulsión del territorio nacional en el art. 58. 1 LOEXIS.

Por su parte, la «prohibición-interdicción» es una cortapisa establecida por el ordenamiento jurídico (inicialmente era un acto administrativo como la denegación de entrada o la «prohibición-sanción») que carecía de naturaleza jurídica sancionadora e implica la devolución del extranjero que pretenda entrar en España por lugar no habilitado («ilegalmente», según el art. 58. 2. b) LOEXIS).

En cuanto a la devolución lo primero que debemos destacar es la existencia de dos procedimientos bien diferenciados para proceder a su ejecución. Esta afirmación nos obliga a tomar el agua un poco más arriba y dejar bien sentado desde el primer momento que si bien el art. 58. 2. LOEXIS afirma que «no será preciso expediente de expulsión para la devolución...», ello no significa que no sea preciso expediente alguno, lo que sería contrario a las esenciales formas de actuación de cualquier Administración Pública.

Varias son las cuestiones de interés que podemos analizar en la devolución:

### 1. Necesidad de procedimiento. Necesidad de audiencia

El procedimiento a utilizar en la devolución dependerá de la naturaleza jurídica que le atribuyamos, pero en lo que parece coincidir la doctrina es en la ausencia de cualquier tipo de expediente administrativo<sup>29</sup> y en la innecesidad de formulación conforme a los cánones del dictado de los actos administrativos, caracterizándose en un «no expediente»<sup>30</sup>. Aprell Lasagabaster<sup>31</sup> pone de relieve la carencia de las más mínimas garantías jurídicas en la realización de las devoluciones. Por su parte, Estrada Carrillo<sup>32</sup> entiende que el art. 36.2 de la L.O. 7/85, ahora 58.2, exonera a estos supuestos de procedimiento alguno, comprimiendo las actuaciones a lo indispensable: denuncia del hecho y orden de ejecución. Más aún, Ruiloba Alvaríño<sup>33</sup> entiende que la devolución a la frontera «podrá efectuarse con carácter colectivo, siempre que la infracción cometida sea la misma y las circunstancias semejantes» .

Pese a la casi unanimidad doctrinal, no comparto tales planteamientos, pues de la lectura del art. 58.2 de la LOEXIS no se desprende la innecesidad de expediente alguno, como mantiene la doctrina pese a quejarse por ello, sino que tal precepto literalmente enuncia que «no será preciso expediente de expulsión». Con ello no quiere excluirse la necesidad de motivación<sup>34</sup> ni de que se dicte conforme a otros cauces procedimentales, dentro de los demás procedimientos sancionadores, distintos a la expulsión que establece el art. 50 de la LOEXIS, bien dentro de los cauces procedimentales de la ejecución forzosa, con estricta observación del artículo citado. La doctrina mayoritariamente ha mantenido la naturaleza no sancionadora de la devolución, entre otros Estrada Carrillo<sup>35</sup>, que mantiene la innecesidad de procedimiento alguno, al calificar la devolución como coacción administrativa directa. Sin embargo este autor confunde la coacción administrativa directa con la ejecución forzosa como compulsión sobre las personas<sup>36</sup>, siendo sus consecuencias distintas: Así, en efecto, si estamos ante una coacción administrativa directa no existiría el previo apercibimiento sino la aplicación inmediata de la fuerza, mientras que si, como en último término sería más correcto, es una ejecución forzosa sí existiría un procedimiento a aplicar, el de los arts. 95 y 96 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/92, que exige un previo apercibimiento<sup>37</sup>.

29. Sagarra i Trias, E. Op.cit, pág.223 y Gimeno Feliu, P. Op.cit, pág. 26.

30. Martínez Arrieta, A. Op.cit, pág. 284.

31. Aprell Lasagabaster, C. Op.cit, pág.191.

32. Estrada Carrillo, V. Op.cit, pág.362.

33. Ruiloba Alvaríño, J. Op.cit, pag.550.

34. Sagarra i Trias, E. «La actual regulación del derecho de extranjería en España». Revista jurídica de Cataluña, nº 1 1987, pag.132.

35. Estrada Carrillo, V. Op.cit, págs.361 y 362.

36. Véase diferencia ut supra.

37. Véase infra.

Por lo que no es correcto decir que existe una exoneración absoluta de procedimiento.

La jurisprudencia previa a la entrada en vigor de la L.O. 7/85 entendía que no era de aplicación el art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 19 de Diciembre de 1977)<sup>38</sup>, a los supuestos en que el extranjero haya quebrantado la prohibición de entrada<sup>39</sup>.

Por su parte, González-Trevijano Sánchez<sup>40</sup> exige, para que el extranjero ostente algún derecho en relación con su expulsión, el que se halle legalmente en territorio español.

Sin embargo, entiendo que del precepto transcrito del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos no puede deducirse la innecesariedad de procedimiento en las devoluciones, ya que en todo caso la norma internacional sería un límite mínimo a respetar en las expulsiones, límite que, como venimos manteniendo, ha sido superado por la propia legislación interna, tanto para las expulsiones como para las devoluciones, a partir del art. 50 de la LOEXIS, integrado dentro del Tit. III, al igual que el art. 58.2.

Así pues, la ausencia de procedimiento especial previsto para las devoluciones habrá de suplirse con la normativa general sobre procedimientos administrativos, según el ya desaparecido art. 1.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo y el espíritu de la nueva Ley 30/92. Por ello las órdenes de devolución deberán dictarse tras algún tipo de procedimiento administrativo, por sumario que sea, adaptándolo a la naturaleza jurídica que le atribuyamos, donde se recojan las manifestaciones o alegaciones del interesado en torno a su entrada en España y circunstancias concurrentes<sup>41</sup>. En este sentido se pronuncia el Defensor del Pueblo<sup>42</sup>.

Tras la reforma operada por la LO 14/2003, las devoluciones han pasado a convertirse claramente en una sanción, pues entre otras cosas tiene las mismas consecuencias sancionadoras que la expulsión, tales como la prohibición de entrada de tres años y la aplicación de una medida cautelar privativa de libertad.

La existencia de procedimiento, por sumario y breve que sea, aún cuando conste de tan sólo la declaración del extranjero objeto de devolución, garantizaría el derecho de audiencia donde el interesado podrá poner de manifiesto, entre otras, circunstancias tales como:

- Una posible suspensión de la orden de expulsión por parte de la Jurisdicción contenciosa-administrativa.

- Una sentencia donde los tribunales contenciosos hayan revocado la orden de expulsión.

38. «El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto, sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la Ley».

39. STS 25 de Junio de 1980.

«lo que supone el recto lucimiento de una situación de hecho que no entraña expulsión por la sencilla razón de que el afectado por la medida no se halla legalmente en territorio nacional».

40. González-Trevijano Sánchez, P.J. Op.cit. pag.223.

41. Ferrer Peña, R. Op.cit, pág. 198.

42. Cuando en su informe anual de 1992 exige que «se instruya un expediente en el que de forma sucinta y clara queden registradas todas las alegaciones del extranjero y lo pasos dados para comprobar su veracidad, antes de que se acuerde definitivamente la devolución y se ejecute ésta.»

-La posibilidad de acogerse a un periodo de regularización o cualesquiera otros donde exista una «amnistía» para los expulsados por determinados motivos<sup>43</sup>.

-Circunstancias en que la propia normativa de extranjería autoriza la entrada en España con documentación defectuosa o incluso sin ella<sup>44</sup>.

-Que reúne la condición de asilado<sup>45</sup>, teniendo un mes el peticionario para presentar la solicitud<sup>46</sup>. Si quisiera procederse a la devolución en ese mes debería tener derecho a poder argumentar en su defensa, mediante la audiencia, su condición de peticionario de asilo.

En todos estos supuestos sería imprescindible que, antes de adoptar la devolución de las personas que hayan entrado ilegalmente o hayan infringido la prohibición de entrada inicialmente señalada, se proceda a oír<sup>47</sup> a los interesados para que puedan alegar o incluso probar tales extremos, que irremediamente nos llevaría a la no devolución del extranjero en estas circunstancias.

Por su parte el Tribunal Supremo<sup>48</sup>, en una de sus escasísimas sentencias sobre la materia, reconoce el derecho a alegar de los que van a ser devueltos, y lo que es aún más importante, a tener la oportunidad de demostrar las alegaciones<sup>49</sup>. En reciente sentencia de 22 de Diciembre del 2005, se estableció que si el extranjero llevaba en el territorio nacional más de 90 días, pero su entrada había sido ilegal, además de optarse por la devolución, en vez de por la expulsión, como comentamos con anterioridad, debía existir un procedimiento administrativo. Resolución dictada incluso al amparo de la LO 8/2000 antes de su reforma operada por LO 14/2003, que como decimos ha modificado la figura sustancialmente. Sin embargo en sentencia de 14 de Noviembre del 2001, desestimó recurso de casación interpuesto por extranjero que alegó ausencia de procedimiento y plazo para alegaciones, indicando que se trata de una ejecución forzosa, en el supuesto de infracción de la prohibición de entrada, y que ya tuvo oportunidad de alegar cuando se dictó la orden de expulsión incumplida. Pero la coherencia jurídica de esta sentencia es más que dudosa, ya que en el fundamento jurídico 4º le niega el carácter sancionador incluso a la expulsión, circunstancia ya superada por la doctrina desde hace bastantes años, incluso es doctrina pacífica del propio Tribunal Supremo, que parece desconocer la composición que resolvió este recurso.

Los dos casos en los que procede la devolución son:

-Devolución de los que contravienen una prohibición de entrada impuesta junto con una sanción de expulsión. Para estos casos, si la ejecución

43. Hasta ahora, en los distintos procedimientos de «regularización» se ha permitido la obtención de los correspondientes permisos a aquellos extranjeros que habían sido expulsados por causas tales como estancia ilegal o carecer de medios lícitos de vida.

44. Art. 4.2 del RD 2393/2004.

45. Ley 5/84, de 26 de Marzo, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, B.O.E. de 27 de Marzo de 1984, modificada por ley 9/94 de 19 de Mayo, B.O.E de 23 de Mayo de 1994.

46. Art. 7 del reglamento de aplicación de la Ley de Asilo, RD 203/95, de 10 de Febrero, B.O.E. de 2 de Marzo de 1995.

47. Flores Giménez, F. «La normativa para los extranjeros no comunitarios en España». Revista General de Derecho», nº 585, Junio 93, pag.5770.

48. Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Abril de 1995, archivo «La Ley» 7357/95.

49. «No se trata de que se devolviera a su país a la hija de la demandante, al no demostrar las circunstancias alegadas por madre e hija, sino que se devolvió sin darle oportunidad de demostrarlas, por la celeridad de la devolución.» No es convincente el planteamiento de que esos hechos se han demostrado con posterioridad y no en el momento del acto recurrido, pues de lo que se trata es de la realidad de las alegaciones de madre e hija ante la policía, y de la intransigencia inexplicable de ésta, de no dar la oportunidad para la posible prueba de la misma, que pudo realizarse, si no se hubiera adoptado la drástica actitud adoptada, en la que la Sala entendió se daba la violación del derecho fundamental, en apreciación que esta Sala comparte

se debe dilatar más de 72 horas, se aplicará, según el artículo 58.5 LOEXIS, la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión, lo que requerirá, al menos, que el extranjero sea puesto a disposición judicial con las garantías que más adelante veremos para los internamientos cautelares acordados en el marco del procedimiento sancionador.

-Devolución de quien pretende entrar ilegalmente en el país. En estos supuestos y antes de la reforma, la ley sólo especifica que la devolución se haría de la forma más breve posible (siempre antes de 72 horas ya que no está permitido para estos casos el internamiento), pero tras la LO 14/2003, también puede acordarse el internamiento si la devolución no pudiese aplicarse en el plazo de 72 horas, art. 58.5, así como conllevará una prohibición de entrada por un plazo máximo de tres años.

## 2. Naturaleza jurídica de la devolución

En la actualidad ambas figuras de devolución tiene carácter sancionador, por la nueva redacción del apartado 5º y 6º del Art. 58, y ello pese a carecer de procedimiento y posibilidad de audiencia, siendo por ello claramente inconstitucional:

1. Respecto a la devolución por infracción de la prohibición de entrada, se prevé la aplicación de una sanción nueva, cual es el inicio del cómputo de la prohibición de entrada, sin que medie el oportuno expediente administrativo sancionador en el que se pueda ejercitar adecuadamente el derecho de defensa y demás garantías prevista por el ordenamiento jurídico. A nuestro entender, resulta inaceptable cualquier interpretación de este precepto en el sentido de entender que la sanción es la misma, sólo que reiniciada para su cumplimiento consecutivo. Mejor se entenderán nuestros argumentos si extrapolamos al ámbito sancionador penal las consecuencias que para el penado tiene el quebrantamiento de su condena (figura que puede equipararse, mutatis mutandis, al quebrantamiento de la orden de prohibición de entrada): en el ámbito penal, en todo caso, se procederá a la apertura de nuevas diligencias por la presunta comisión de una nueva infracción (quebrantamiento de condena), pero nunca a la reanudación del cómputo del tiempo de privación de libertad.

2. Respecto a la devolución por pretender entrar irregular, es claramente inconstitucional, ya que la actual reforma de la LOEXIS en cuanto a la medida objeto de estudio, la DEVOLUCIÓN (tentativa de entrada) de los que pretenden entrar ilegalmente en nuestro país, ha modificado sustancialmente esta figura en cuanto a sus efectos jurídicos y materiales. Además de la salida obligatoria del extranjero del territorio español, se le impone la PROHIBICIÓN DE ENTRADA en España por un plazo máximo de tres años, pudiendo adoptarse como medida cautelar su internamiento. La primera consecuencia que se deriva de la nueva redacción de este artículo, es la similitud de la devolución con la medida de expulsión en cuanto a sus efectos jurídicos y materiales. La única diferencia formal que subyace entre ambas actuaciones administrativas incide en el procedimiento a seguir, que en el supuesto de la devolución se adopta al margen de la instrucción del correspondiente expediente sancionador, desde luego más garantista, que en el supuesto de que el extranjero sea detenido dentro del territorio nacional en situación de ilegalidad (orden de expulsión).

Esta identidad en ambas figuras con excepción del procedimiento a seguir en cada caso (¿procedimiento? sumario en la devolución mientras que en la expulsión se respeta el derecho de defensa, dándose

audiencia al interesado antes de acordar su expulsión), nos obliga a analizar la propia naturaleza de los efectos que despliega la orden de devolución del extranjero que pretende entrar ilegalmente en nuestro país, en cuanto a determinar si nos encontramos ante una verdadera sanción administrativa, como en el caso de las órdenes de expulsión.

Según la teoría general del derecho, son sanciones administrativas todas aquellas consecuencias que se derivan del incumplimiento de normas de derecho administrativo, y en donde hay un ejercicio o manifestación del *ius puniendi* del Estado (STC 76/1990 de 19 de diciembre de 1991). Desempeñan por tanto una función de castigo, como consecuencia asociada a la realización de una infracción administrativa, cualquiera que sea su clase. Requisito necesario es que su contenido sea perjudicial para el destinatario, que cumpla una función represiva o punitiva, pues ha de tener una incidencia negativa que ha de entrañar una privación o restricción de derechos, bienes, valores, o cualquier ventaja o el surgimiento de nuevos deberes, para restablecer el orden jurídico vulnerado.

Como ha señalado el TS en la sentencia de 27 de marzo de 1998, la sanción representa a su vez el reproche de haber incurrido en una conducta ilícita o incriminable, reproche que sólo es posible predicar del sujeto sancionado y únicamente respecto a él ha de producir efecto.

Aplicada esta argumentación teórica a la nueva regulación de la devolución del extranjero que pretende entrar ilegalmente en territorio nacional, la reforma de la LO 14/2003 con respecto a esta medida, encubre una verdadera sanción dada su finalidad y su función, que pretende ejecutarse sin garantías para el extranjero.

Debemos considerarla como así por varios motivos. Aunque esta medida no está incluida en el catálogo de sanciones del artículo 55 de la LOEXIS, si está comprendida dentro del Título III de la ley, denominado De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador, al igual que la expulsión (artículos 57 y 58 del mismo texto). En segundo lugar, la reforma de la ley dota a esta medida específicamente de una serie de efectos que en la anterior regulación no se contemplaban, pues únicamente se procedía a determinar la salida obligatoria del extranjero del territorio español. Sin embargo en el nuevo articulado, el legislador introduce expresamente el término jurídico prohibición, lo cual es muy significativo, pues el verdadero contenido de la sanción es la prohibición, que en este caso lleva aparejada un efecto punitivo, como es la imposibilidad de entrar en territorio nacional durante un plazo predeterminado. No cabe duda que esta prohibición es restrictiva del derecho genérico a la libertad, pues limita la libertad ambulatoria del extranjero por un periodo máximo de tres años, impidiendo durante un cierto tiempo realizar una actividad que de no existir la sanción podría acometer el sujeto. Por ello la adopción de este acto administrativo debería ajustarse a los principios tanto sustantivos (exigencia de culpabilidad del sancionado), como procedimentales (instrucción de un verdadero procedimiento sancionador con trámite de audiencia del extranjero), en tanto que la prohibición de entrada en territorio nacional supone una medida restrictiva de derechos que se impone como consecuencia de una infracción de la Ley.

En definitiva, si como tiene ampliamente reconocida la jurisprudencia, la expulsión del extranjero irregular ha de considerarse una sanción (sentencias del Tribunal Constitucional, 116/1993 de 29 de

marzo, 24/2000 de 31 de enero, STC 94/1993 de 22 de marzo), no es de recibo aplicar un tratamiento jurídico diferente a la devolución del extranjero que pretende entrar ilegalmente en nuestro país, pues en ambos casos las dos medidas despliegan los mismos efectos jurídicos sobre el imputado, discriminándose sin ningún tipo de justificación material entre el procedimiento a seguir en los supuestos de irregularidad sobrevenida (los que habiendo entrado legalmente en territorio nacional, incurren luego en situación o estancia irregular) y la tentativa de entrada de manera ilegal.

Por lo tanto la imposición de una sanción, como es la prohibición de entrada en España durante tres años, requerirá un acuerdo administrativo motivado, que sólo puede acordarse en el seno de un procedimiento administrativo (STC 18 de diciembre de 2000: La imposición de toda sanción exige la declaración de culpabilidad en un procedimiento sancionador, en donde el afectado pueda alegar lo que a su defensa considere conveniente, sin que en ningún caso se produzca vulneración del art. 24.2 CE.). De una parte como garantía de los derechos del extranjero incurso en una infracción administrativa, y de otra como instrumento de control de la actuación administrativa.

Este ejercicio de la potestad sancionadora está ligado a la exigencia constitucional del respeto a los principios contenidos en los artículos 24 (principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, proporcionalidad y presunción de inocencia) y 25 de la CE (reconoce la potestad administrativa de sancionar, manifestación del ius puniendi del estado tanto por vía penal como por vía administrativa) sin que en ningún caso se produzca indefensión. Así lo ha declarado la STC de 8 de junio de 1981, desde la que ya quedó afirmada y asentada la identidad de principios entre las sanciones administrativas y las sanciones penales. Por lo que es lícito la aplicación de las garantías materiales y procesales que se deducen de estos dos artículos (STC 23/05/2002).

Lo contrario, es decir, aceptar la imposición de una sanción administrativa por razones de orden público, sin observar procedimiento alguno, sin hacerse oír, y por tanto sin posibilidad de defensa previa a la toma de decisión, a los extranjeros que pretenden entrar irregularmente en el país, supuestos en los que la ley no prevé la incoación del correspondiente procedimiento administrativo, sino que la devolución se lleva a efecto por procedimiento sumario, sería admitir las sanciones de plano, que han sido negadas expresamente por el TC en su sentencia 18/1981 de 8 de junio. Lo que conduce a la conclusión inequívoca de que la administración no puede imponer sanciones con ocasión de su ejercicio sin observar las garantías de procedimiento antes expuestas (respeto a los valores constitucionales recogidos en los artículos 24 y 25 de la CE). En este sentido el procedimiento de la devolución debe de realizarse con las mismas garantías jurídicas que la expulsión, al desplegar los mismos efectos jurídicos sobre el imputado.

La ausencia de procedimiento prevista por la LOEXIS puede vulnerar el artículo 105 c de la CE que, interpretado por el Tribunal Constitucional, que exige el trámite de audiencia para el caso de actos administrativos sancionadores, ya que no cabe duda de que nos encontramos ante actos administrativos de gravamen o restrictivos de derechos, que representan una consecuencia negativa para el extranjero.

Antes de dictar un acto administrativo, la administración debe de cumplir una serie de trámites impuestos por la propia constitución o por la legislación ordinaria, que se corresponden estrictamente

con derechos de los particulares, como el derecho de audiencia de los interesados (artículo 105 de la CE), en este sentido se pronuncia la STC 31/01/2000.

A mayor abundamiento, este trámite de audiencia está previsto en el artículo 25 del Reglamento de Ejecución de la Ley de Asilo aprobado por Real Decreto 203/95 de 10 de febrero y en la orden europea de detención y entrega, Ley 3/2003, de 14 de Marzo, BOE 65/2003 de 17 de Marzo, en su artículo 14.

Por ello proceder a la devolución con prohibición de entrada y medida cautelar de internamiento sin posibilitar ni, tan siquiera, la audiencia del interesado, es manifiestamente inconstitucional.

Igualmente la falta de procedimiento y de audiencia podría constituir una vulneración de los arts. 24 y 14 de la C.E. El primero porque consagra el derecho a la defensa efectiva y el derecho a la presunción de inocencia; el segundo porque estaría discriminando a los extranjeros por razón de la forma de entrada en nuestro país y del momento es que es sorprendido en nuestro territorio.

La STC 01/04/1982, declara que la presunción de inocencia es un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y es de aplicación inmediata, y debe entenderse también que preside la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado sancionatorio para las mismas o limitativo de sus derechos.

Otro problema introduce la nueva regulación de la devolución, y es que al introducirse una prohibición de entrada de hasta tres años, debió regularse, cosa que no se hizo, la reacción frente a la infracción de esa prohibición de entrada. No podremos acudir a la devolución del apartado 58.2 a) de la LOEXIS, ya que para ello sería preciso que la prohibición de entrada infringida fuese a causa de la ejecución de una orden de expulsión, no de devolución. Por ello tampoco le será de aplicación el reinicio del cómputo de la prohibición de entrada regulado en el apartado 6º del citado artículo, produciéndose un vacío legal.

Igual vacío se produce respecto a la prescripción de la devolución. Ni se establece plazo, ni se regula el día a quo a partir del cual deberá comenzarse el cómputo de la prescripción, mientras la realidad nos dice que miles de personas quedan anualmente en nuestro país con órdenes de devolución y prohibiciones de entradas derivadas de la misma no ejecuta-

das. Es difícil acudir a las normas administrativas generales pues tampoco existe una calificación de la devolución como infracción grave o muy grave, aún cuando en el peor de los casos podrá ser considerada como grave, al ser similar en cuanto a sus efectos a la expulsión, aún cuando la regla específica de cómputo prevista en el artículo 121 del RLEXIS no le podrá ser aplicación pues supondría una aplicación analógica de una norma sancionadora, absolutamente vedada para las normas sancionadoras.

Respecto a otras posibles naturalezas jurídicas diferentes a la sanción, atribuidas a la devolución, encontramos las siguientes posiciones:

-Coacción administrativa directa: Para Aprell Lasagabaster<sup>50</sup> la devolución, en los supuestos de contravención de la prohibición de entrada, es otro tipo de coacción administrativa directa a añadir a los ejemplos que señala Agirreazkuenaga<sup>51</sup>. Hay quien va mas allá y califica la devolución como una manifestación típica de coacción administrativa directa de la Administración ante el supuesto de una situación contraria al orden público y que demanda por ello una reacción instantánea que no permite el sistema normal de una decisión declarativa previa<sup>52</sup>.

De la misma opinión que Aprell Lasagabaster es Ruiloba Alvariño<sup>53</sup>, pero exigiendo ciertas garantías, tales como un mayor conocimiento de los hechos, contemplación individual de cada una de las situaciones y sobre todo una motivación de la decisión<sup>54</sup>.

La coacción administrativa directa se define como aquella actividad excepcional, pues no ha de quedar otra alternativa, motivada por razones de urgencia o peligro, manifestada a través de un acto administrativo no procedimental y donde debe ser utilizada la fuerza material inmediatamente de forma proporcionada a la necesidad concreta<sup>55</sup>, es decir, la fuerza aplicada directa e inmediatamente sobre una situación de hecho con vistas a producir su modificación sin que se trate de imponer el cumplimiento de un acto administrativo previo declarativo<sup>56</sup>. La propia naturaleza de la coacción administrativa directa impone la lógica imposibilidad material de una formalización de los actos administrativos de conformidad con los cánones ordinarios, es decir, con un contenido declarativo previo, notificado por escrito a los interesados y que con posterioridad a su eventual incumplimiento pueda ser ejecutado<sup>57</sup>. Ahora bien, como dice Miquel Calatayud<sup>58</sup>, en los supuestos de devolución no concurren los requisitos de urgente necesidad inaplazable, ni existencia de situaciones límites, para poder acudir a la coacción administrativa directa, tesis que comparto ínte-

50. Aprell Lasagabaster, C. Op.cit. pág.191.  
 51. Agirreazkuenaga, I. «La Coacción Administrativa Directa. « Civitas 1990, págs 50 a 56.  
 52. Estrada Carrillo, V. Op.cit, pág. 362.  
 53. Ruiloba Alvariño, J. y otros. Op.cit, pag.551.  
 54. Ruiloba Alvariño, J. Op.cit, pag. 552.  
 55. Agirreazkuenaga, I. Op.cit. pág. 205.  
 56. García de Enterría, E. «Curso de Derecho Administrativo», Civitas 1988, pág. 711.  
 57. Agirreazkuenaga, I. Op.cit. pág. 389.  
 58. Miquel Calatayud, J.A. Conferencia citada ut supra.

gramente para las devoluciones por infringir la prohibición de entrada.

Por otra parte, un análisis de la regulación de la devolución permite observar cómo se dan los elementos procedimentales de los que carece la coacción administrativa directa; ya que existe un contenido declarativo previo, como es la orden de devolución (párrafo 2º a del art.58), distinta a la orden de expulsión.

La coacción administrativa directa se diferencia de la ejecución forzosa<sup>59</sup>, pues no estamos hablando de una actuación que tienda a imponer forzosamente algo incumplido<sup>60</sup>, sino del uso de la fuerza aplicado directa e inmediatamente sobre una situación de hecho que así lo requiera.

Sin embargo, sí encuadraría dentro de la coacción administrativa directa los supuestos de denegación de entrada en frontera<sup>61</sup>, como realización de una orden negativa o prohibitiva<sup>62</sup>, que además cumple otro de los requisitos de ésta figura, cual es que la competencia sea de las autoridades ejecutivas o agentes de la autoridad<sup>63</sup>, pues los rechazos en frontera son competencia de los servicios policiales. Hemos visto que la devolución tiene ya las mismas consecuencias que la expulsión, a lo que el Tribunal Supremo no ha tenido empacho alguno en considerarla sanción. Para aclarar más la cuestión, nos sirve el siguiente símil: Si alguien intenta colarse en un evento deportivo, el vigilante de seguridad podrá por la fuerza impedirle su acceso y expulsarlo sin más trámite, sería una coacción administrativa, pero si a esa misma persona se le trasladase a comisaría y se le pudiese aplicar una medida cautelar, incluso privativa de libertad y se dictase contra ella una resolución que le prohibiese acudir a un evento deportivo en los tres próximos años, nadie dudaría de su naturaleza sancionadora. Y no lo olvidemos, todo eso se hace sin posibilidad alguna de audiencia o defensa.

- Ejecución forzosa<sup>64</sup>: Según esta teoría, la devolución sería una medida operativa<sup>65</sup> de ejecución de una resolución anterior, que viene a sustituir a las anteriores notificaciones en que se advertía que el quebrantamiento de la orden de expulsión sería considerada desobediencia del art. 237 del C.P. y que por cierto permanecen en las resoluciones dictadas en Ceuta y Melilla

Esta solución es inimaginable en los supuestos de devolución por intento de entrada ilegal, toda vez que no existe un derecho previamente declarado en un acto que pueda realizarse y servir como título de la ejecución forzosa<sup>66</sup>.

59. Véase supra.

60. García de Enterría, E. Op.cit, pág. 717.

61. Art. 13 del RD 2393/2004.

62. Agirreazkuenaga, I. Op. cit, pág.394.

63. Agirreazkuenaga, I. Op. cit, pág. 407.

64. Art. 95 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

65. Ferrer Peña, R. Op.cit, pág. 198.

66. García de Enterría, E. Op. cit. pág. 713.

Sin embargo si sería viable en aquellos supuestos de devolución por infringir una prohibición de entrada, pues toda orden de expulsión establece dos obligaciones:

1. Salida del territorio nacional (expulsión).
2. Prohibición de entrada<sup>67</sup>.

Mientras la primera de ellas se ejecuta conforme al arts. 64 de la LOEXIS, la segunda sería una obligación previamente establecida que de resultar incumplida<sup>68</sup> implicaría su ejecución forzosa e inmediata mediante la compulsión sobre las personas<sup>69</sup>, en este caso sobre el extranjero<sup>70</sup>, al tratarse de una obligación de no hacer<sup>71</sup>. No hemos de olvidar que la compulsión sobre las personas en la ejecución requiere, según el art. 100.1 de la Ley 30/92<sup>72</sup>, una ley de cobertura que expresamente lo autorice, existiendo a tal fin la LOEXIS, en su art. 58.2.

### 3. Diferenciación de la devolución con otras figuras afines

I. De la ejecución de la orden de expulsión: Para Espinar Vicente<sup>73</sup> la devolución se aplica también cuando una orden de expulsión ha sido incumplida, es decir, «cuando no se haya ejecutado realmente la salida del país»; sin embargo esta postura no es correcta, pues la ejecución de la orden de expulsión incumplida o inejecutada se encuentra regulada en el artículo 64 de la LOEXIS, como figura distinta a la que estamos estudiando en este trabajo.

II. De la denegación de entrada: Es importante distinguir también la devolución del rechazo en frontera, pues en realidad la devolución constituye el segundo nivel<sup>74</sup> de reacción de nuestro derecho, ya que si antes de entrar le falta al extranjero algún requisito o tiene alguna prohibición de entrada vigente, los servicios policiales están autorizados para impedirle el acceso al territorio español, tal y como vimos con anterioridad. Algunos autores, como González-Trevijano Sánchez<sup>75</sup>, no hacen esta distinción al entender que «la devolución se concreta bien permitiendo que por parte de las autoridades policiales se pueda rechazar la entrada de los extranjeros que no gozan de los requisitos, bien reenviando a los que entren ilegalmente». La diferencia con el rechazo en frontera o el retorno es el lugar por donde se pretenda la entrada ilegal, si esta es por puesto fronterizo y por el lugar indicado para realizar la entrada, hablaremos de retorno, mientras que si la entrada se pretende por lugar no habilitado para ella, acudiremos a la devolución.

67. Art. 58.1 de la LOEXIS.

68. García de Enterría, E. Op.cit, pág. 714.

69. Art. 96.1 d) de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

70. Estrada Carrillo, V. Op.cit, pág.362.

71. García de Enterría, E. Op.cit. pág.712.

72. De Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo Común.

73. Espinar Vicente, J.M. «La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español». Civitas 1994, pág.304.

74. Aprell Lasagabaster, C. «Régimen administrativo de los extranjeros en España». Marcial Pons, 1994, pág.190.

75. González-Trevijano Sánchez, P.J. «Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España» Civitas 1991, pag.200.

#### 4. La devolución en la normativa especial aplicable a ciudadanos de la CEE

Hasta ahora nos hemos referido a la devolución del extranjero sujeto a la normativa general de extranjería, pero es conveniente analizar la posibilidad de que el ciudadano comunitario o nacional de un tercer país sujeto al ámbito de aplicación<sup>76</sup> del RD 178/2003, de 14 de Febrero sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la UE pudiese ser objeto de una devolución.

La normativa anterior al R.D. 766/92 de 26 de Junio, modificado por R.D.737/95 de 5 de Mayo<sup>77</sup>, que regulaba la entrada, permanencia y trabajo en España de ciudadanos miembros de la Comunidad Europea<sup>78</sup>, contemplaba exclusivamente la posibilidad de expulsión por motivos de orden público, seguridad pública o salud pública en su artículo 22, no permitiéndose la devolución por entrada ilegal (art. 23)<sup>79</sup>. Nada decía de la devolución por infringir la prohibición de entrada expresa, dictada tras una orden de expulsión, silencio que podría interpretarse como permisivo, al no estar prohibido expresamente cuando pudo hacerse junto a la prohibición de devolución por entrada ilegal.

En la actualidad, el vigente art. 16. 1 c) del Real Decreto 178/03, autoriza la devolución por motivos de orden público, seguridad pública o salud pública, siempre y cuando las circunstancias sean preexistentes a su entrada en el país y por tanto, ésta sea considerada ilegal, ya que si son sobrevenidas procederá la expulsión. Sin embargo no se nos escapa la dificultad de determinar la entrada ilegal en estos supuestos. En la excepción a la libertad de circulación por razón de salud pública<sup>80</sup>, la ilegalidad de la entrada, que permitiría la devolución y no la expulsión, se limita a los supuestos en que la enfermedad<sup>81</sup> haya sido adquirida con anterioridad a la entrada en España, y la expulsión tan sólo a los supuestos en que la enfermedad se haya adquirido con posterioridad a ésta pero con anterioridad a la expedición de la primera tarjeta<sup>82</sup>. La regulación española actual sobre las excepciones a la libre circulación<sup>83</sup> va más allá de lo que establece el art. 2.1 de la directiva 64/221, que permite tan sólo impedir la entrada, denegar la expedición o renovación de las tarjetas, u ordenar la expulsión, no recogiendo la posibilidad de devolución, por lo que tal regulación podría ser contraria al derecho comunitario.

En la hipótesis de que el ciudadano comunitario pretendiese entrar sin la documentación requerida por una frontera exterior<sup>84</sup>, no podrá ser aplicada la devolución ni se le podrá denegar la entrada, de conformidad

76. Art. 2 del RD 178/03. B.O.E. de 22 de Febrero de 2003. «El presente Real Decreto se aplicará también, cualquiera que sea su nacionalidad, a los familiares de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de las Comunidades Europeas, que a continuación se relacionan:

a) A su cónyuge siempre que no estén separados de derecho.

b) A sus descendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, menores de 21 años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas.

c) A sus ascendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, que vivan a sus expensas, con la excepción de los ascendientes de los estudiantes y de sus cónyuges, que no tendrán derecho de residencia.»

77. B.O.E. 5 de Junio de 1995.

78. RD 1099/86, de 26 de Mayo, B.O.E. de 11 de Noviembre de 1986.

79. «Las personas a que se refiere el presente Real Decreto no podrán ser objeto de devolución por entrada ilegal.»

80. Vázquez Pascual, D. «La inmigración, Derecho español e internacional». Bosch, 1995, pag.687.

81. Alguna de las señaladas en el art. 16.4 del RD 178/03.

82. Art. 16.5 in fine del RD 178/03: «no podrá basarse la denegación de la renovación de la tarjeta o la expulsión del territorio español en el hecho de haber contraído tales enfermedades o dolencias después de la expedición de la primera tarjeta o de haber residido en España durante mas de un año». Evidentemente no incluye la devolución, pues en tales casos la entrada habría sido legal, al no preexistir la enfermedad.

83. Conforme al art. 48.3 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

84. Definida en el Instrumento de Ratificación al Acuerdo de Adhesión del Reino de España al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de Junio de 1985, relativo a la supresión general de controles en las fronteras comunes, de 19 de Junio de 1990. BOE 5 de Abril de 1994 (Corrección de erratas BOE 9 de Abril de 1994).

con la doctrina sentada por el TJCE en relación con las sanciones por incumplimiento de las formalidades establecidas por las normas comunitarias en relación a los derechos de entrada y residencia en los Estados miembros, y por la interdicción de la desproporcionalidad de la reacción ante esta tentativa de entrada ilegal<sup>85</sup>. Por su parte, el nacional de un tercer Estado enmarcado dentro del ámbito de aplicación del R.D. 178/03, tendrá derecho a que se le conceda el visado en frontera a fin de que no le sea denegada la entrada. La Sentencia del TJCE, de 14 de Abril del 2005 declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las Directivas 68/360, 73/148, 90/365 y 64/221, al no haber adaptado correctamente su ordenamiento jurídico interno a las Directivas 68/360, 73/148 y 90/365 y, en particular, al imponer a los nacionales de un país tercero, que sean miembros de la familia de un nacional comunitario que ha ejercido su derecho de libre circulación, la obligación de obtener un visado de residencia para la expedición del permiso de residencia.

Nada dice el R.D. sobre la devolución por infracción de una prohibición de entrada tras una orden de expulsión, silencio que ahora deberá interpretarse en el sentido de no permitirse, salvo que las causas de la expulsión de la que trae causa lo sea por alguno de los motivos tasados en el art. 16 antes citados.

### *C. La devolución y la expulsión por estancia ilegal*

Las diferencias han quedado definidas en el comentario al apartado a del artículo 53 de la LOEXIS, aún cuando ciertamente cada vez más se desdibuja la diferencia entre ambas figuras, dada que las consecuencias son iguales.

## VII. Asistencia letrada al extranjero en aplicación de la Ley de Extranjería en los supuestos de retorno y devolución

El artículo 22 de la LO 8/2000, de 22 de Diciembre, en adelante ley de extranjería, reconoce a todos los extranjeros que se hallen en el territorio nacional y que carezcan de recursos económicos suficientes el derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de entrada, a su expulsión o a su devolución y en todos los procedimientos en materia de asilo. Este

85. Lirola Delgado, M. «Libre Circulación de Personas y Unión Europea», Civitas 1994, pag. 227.

derecho se reconoce con independencia de la situación administrativa del extranjero en España. Pese a que no ocurría así para el reconocimiento del derecho a la justicia gratuita en la jurisdicción civil, laboral y contenciosa fuera de los casos antes mencionados, en el texto original, esta exclusión ha sido objeto de varios recursos de inconstitucionalidad, así como ya lo fue por el defensor del pueblo la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita del año 96, que decía algo similar, y que el Tribunal Constitucional, en sentencia del 22 de Mayo del 2003, referida a la Ley de justicia gratuita, declaró inconstitucional la necesidad de que la residencia en España tenga que ser legal, basta con que se encuentre el territorio español para poder disfrutar del derecho a la justicia gratuita en todos los órdenes jurisdiccionales.

El reconocimiento de este derecho supone algo más que la simple asistencia, ya que abarca el derecho de defensa hasta las últimas consecuencias e instancias. También tienen reconocido derecho a intérprete.

Ahora vamos a ir señalando cada uno de estos supuestos para analizar el alcance de la asistencia y posteriormente veremos cuál ha de ser el contenido material de ésta.

**DENEGACIÓN DE ENTRADA:** Regulada en el art. 26.2 de la ley de Extranjería, cuando el extranjero carece de los requisitos legales y reglamentarios para entrar en el territorio español. El derecho a la asistencia letrada, de oficio en su caso, nacerá en el momento en que se les vaya a denegar la entrada, tal y como recoge el citado precepto, y ello con independencia de que la entrada se haga por puesto fronterizo terrestre, portuario o aeroportuario, sirviendo para estos dos últimos casos lo expresamente previsto para el retorno, como a continuación veremos. Según el artículo 22 de la LOEXIS, para gozar de la asistencia letrada de oficio es imprescindible que el extranjero se encuentre dentro de España. Por ello se ha planteado si tendrán este derecho los rechazados en los puestos fronterizos terrestres (Ceuta y Melilla) y en las fronteras interiores como la Junquera, ya que si no se les permite la entrada no se hallarían en el territorio nacional. Entendemos que esta cuestión ha sido definitiva y correctamente resulta por el informe de la subcomisión de extranjería del Consejo General de la Abogacía en su informe sobre fronteras interiores de sobre la base de la imperatividad el art. 26.2 de la Ley de Extranjería que sí reconoce expresamente ese derecho, más aún cuando estas personas han de ser trasladadas al territorio nacional, al menos a la comisaría de la frontera, por lo que ya se hallarían en territorio nacional, en aras a recibir la notificación y estamparle el sello de entrada barrado en su pasaporte<sup>86</sup>. Sin embargo mas pacífica es la cuestión si la de-

negación de entrada se realiza en un puerto o aeropuerto, ya que aún cuando no halla traspasado el control de pasaporte no existe ya duda alguna de que se encuentra físicamente en el territorio nacional. Por ello junto a este rechazo o denegación de entrada entrará en funcionamiento el RETORNO, regulado en el art. 60 de la Ley de Extranjería.

En estos supuestos claramente el extranjero tendrá derecho a la asistencia letrada, por el art. 26.2 y a que esta sea prestada de oficio, por el art. 22. Ambos preceptos conceptúan la asistencia letrada como facultad del extranjero, quien podrá renunciar a ésta, siempre y cuando no se halla procedido a la detención del mismo. No existiría detención en las fronteras terrestres, salvo conducciones a la comisaría; sin embargo si que existe esa detención en las interiores (puertos y aeropuertos), según lo dice el propio art. 60.4 de la Ley de Extranjería.

En estos casos y en virtud del art. 520 de la L.E.Crim. la intervención letrada será preceptiva.

En los supuestos de retorno, si éste no va a poder llevarse a cabo en el plazo máximo de detención constitucional de 72 horas, el extranjero debe ser puesto a disposición de la autoridad judicial a fin de que ésta, en su caso pueda acordar el internamiento.

DEVOLUCIÓN: Aplicable a los extranjeros que pretendan entrar en el territorio nacional de forma ilegal y a quienes infrinjan una prohibición de entrada previamente existente. Se regula en el art. 58 de la Ley de Extranjería. En estos supuestos es preceptiva la intervención letrada, que si concurren los requisitos deberá ser de oficio. Y ello es así porque el extranjero estará detenido. Tan solo si existiese alguna posibilidad de notificar la resolución de devolución sin detención, podrá el extranjero renunciar a este derecho.

## Bibliografía

### LIBROS

ADROHER BIOSCA, SALOMÉ Y OTROS: *La Inmigración, Derecho español e internacional*, Bosch, Barcelona, 1995.

AJA, ELISEO Y OTROS: *La nueva regulación de la inmigración en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ALONSO PÉREZ, FRANCISCO: *Régimen jurídico del extranjero en España*, Dykinson, Madrid, 1997.

ASENSI SABATER, JOSÉ Y OTROS: *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Edijus, 2000.

BALAGUER CALLEJÓN, F.; MONTILLA MARTOS, J.A. Y RODRÍGUEZ CANDELA, J.L., *Compendio práctico sobre extranjería e inmigración*, Tecnos, Madrid, 2006 (pág. 700).

ESTRADA CARRILLO, VICENTE: *Extranjería*, Trivium, Madrid, 1993.

GARCÍA CATALÁN, JOSÉ MANUEL: *Infracciones, sanciones y procedimientos en la ley y el reglamento de extranjería*, Atelier, 2002.

GARCÍA ESPAÑA, ELISA: *La delincuencia de los inmigrantes en España: Análisis criminológico*, Tirant lo Blanch, Valencia 2001.

GARCÍA ESPAÑA, ELISA: *El premio a la colaboración con la justicia. Especial consideración a la corrupción administrativa*, Comares, Granada, 2006.

LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, MIGUEL: *La nueva ley de extranjería. Guía Práctica y jurisprudencia*, Colex, Madrid, 2000.

MOYA, MERCEDES (coord.) Y OTROS: *Comentarios a la ley de extranjería*, Comares, 2001.

SANTOLAYA MACHETTI, PABLO: *Comentarios a la Nueva Ley de Extranjería*, LOEXIS Nova, Valladolid, 2000.

VARIOS: *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal. Manuales de formación continuada*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

## REVISTAS

AGUELO NAVARRO, P. y RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.: «Algunos aspectos críticos del texto de reforma de la LOEX», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n° 4, Noviembre 2003, Lex Nova.

RODRÍGUEZ CANDELA, JOSÉ LUIS: «Las Expulsiones con intervención judicial en la Ley de Extranjería», *Cuadernos Jurídicos*, n°1 de 28 de Marzo de 1995, año 31.

RODRÍGUEZ CANDELA, JOSÉ LUIS Y GARCIA ESPAÑA, ELISA: «La devolución del extranjero», *La Ley*, n°1 4114 de 1996.

RODRÍGUEZ CANDELA, JOSÉ LUIS: «La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal», *Jueces para la democracia*, n° 33, Noviembre 1998.

# Oficinas de extranjeros y centro de migraciones. Puntos unificados de información sobre extranjería y recursos sociales

EUGENIO RICOTE GIL,

Jefe de la Oficina de Extranjeros de Cádiz. Subdelegación del Gobierno.

## 1. Introducción

**E**n primer lugar debo dar las gracias a la Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias de la Consejería de Gobernación de la Junta de Andalucía, representada por Santiago Yerga e Isabel Rueda, por tener en cuenta a las Oficinas de Extranjeros de las Subdelegaciones del Gobierno.

Ocurre que cuando se organizan estas jornadas, seminarios, cursos, etc..., se cuenta con las diversas ONGs especializadas en la materia, sindicatos, abogados, profesores universitarios, etc..., pero pocas veces se cuenta con la Administración del Estado, que en el caso de la extranjería y por lo que se refiere a la documentación de los extranjeros en España y su régimen sancionador, es la competente, de manera que la visión que se ofrece en estos encuentros de esta materia viene irremisiblemente condicionada por el origen de sus participantes.

Efectivamente, los representantes de las ONGs normalmente expresarán sus experiencias, a menudo insatisfactorias respecto de su trato con la Administración ; el ámbito universitario ofrecerá una amplia variedad de doctrinas teóricas; y así podríamos seguir con cada uno de los ámbitos. Pero también es muy conveniente escuchar lo que desde la Administración del Estado se puede decir respecto del fenómeno de la inmigración desde el punto de vista de las competencias del Ministerio de Administraciones Públicas, que actualmente es el encargado de gestionar lo que, en lenguaje elevado al rango de lo perfectamente comprensible por toda la ciudadanía, se define ya como «los papeles» de los extranjeros.

Por eso aplaudo la iniciativa de la Junta de Andalucía, a través de su Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias, por la valiente apuesta de contar con una visión amplia de esta difícil materia, y no hay más que echar una mirada al resto de los ponentes del presente Curso, para apreciar que el esfuerzo ha valido la pena.

En cualquier caso, cuando me propusieron participar en este curso, me encomendaron hablar de las Oficinas de Extranjeros y los Centros de Migraciones, y es lo que voy a hacer en un intento de que conozcan algo más de los órganos que el Gobierno de turno en su día creó para gestionar en exclusiva esta actividad administrativa que crece en importancia día a día.

Se ha hablado del proyecto de crear una Agencia Estatal de Extranjería, al modo de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Sin duda sería muy interesante contar con una estructura sólida, bien dotada de medios materiales y humanos, en oficinas modernas y preparadas, para gestionar los asuntos de los extranjeros en España, aplicando una normativa que es común en todos los puntos del Territorio Nacional, reduciendo al máximo el margen de discrecionalidad que debe existir siempre en la labor administrativa, pero que debe limitarse a los casos que así lo requieran, renunciando a las típicas instrucciones, circulares, resoluciones, etc.. cuyo conocimiento no es generalizado, y que requieren muy a menudo una interpretación que les hace perder su sentido unificador.

Pero hasta que ese momento llegue, debemos vivir nuestra realidad cotidiana, y estudiar cómo hemos llegado hasta aquí.

## 2. Antecedentes de las Oficinas de Extranjeros

Todos pensamos que la extranjería era un fenómeno prácticamente desconocido en nuestro país hasta hace unos años. Esto es cierto en gran medida, pero lo que seguramente desconocemos es que ya en el siglo XIX, bajo el reinado de Isabel II se publicó un Real Decreto fijando los derechos de extranjería en España, de fecha 17 de Noviembre de 1852.

Entrados en el siglo XX, el art. 44 del Código del Trabajo de 1926 decía que «los operarios extranjeros gozarán de los beneficios de la presente legislación». En los años 30 se publicaron varias normas como el RD de 16 de enero de 1931, que intentó regular el trabajo de los extranjeros en España (aunque su vigencia se suspendió 2 meses después de su entrada en vigor) en el que se exigía a los trabajadores extranjeros tarjetas especiales de identidad y contratos de trabajo visados por la Administración. O el Decreto de 8 de septiembre de 1932 que, «sin abrigar ningún propósito xenófobo ni particularista», proclamaba la defensa del derecho de los españoles al trabajo, lo que le llevaba a prohibir el despido de españoles para sustituirlos por extranjeros. Y hasta el Decreto de 29 de agosto de 1935 (derogatorio del de 1932) mantenía las exigencias formales ya aludidas para la contratación laboral de extranjeros, disponiendo además que las vacantes dejadas por éstos habían de cubrirse en todo caso por españoles.

La Guerra Civil impuso un triste cambio en las inquietudes legislativas de la época, de manera que con ciertas adaptaciones de la normativa republicana a la situación nacional creada con la instauración de

la dictadura ( Decretos de 23 de septiembre de 1944, 11 de octubre de 1945 y Decreto de 24 de marzo de 1950-éste modifica expresamente el Decreto de 29 de agosto de 1935- ), hay que esperar a la primera norma importante de la dictadura en materia de extranjería, que fue el Decreto 1870/1968, de 27 de julio, por el que se regulan el empleo, régimen de trabajo y establecimiento de los extranjeros en España (BOE 14-8-1968). Sin embargo, a pesar del cambio de régimen, este Decreto mantiene la misma línea de la legislación de los años treinta.

Después, hay varias normas de ajuste, como el Decreto 522/1974, de 14 de febrero, por el que se regula el régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros en España (BOE 27-2-1974) o el R.D.1874/1978, de 2 de junio, por el que se regula la concesión y renovación de permisos de trabajo a extranjeros.

Hay que esperar a la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (vigente hasta el 1 de febrero de 2000) para disponer de: «una norma que, con pretensión de generalidad, recoja, formule y sintetice los principios que deban informar la situación de extranjería, en sí misma y en sus aspectos más importantes, y que evite la proliferación de disposiciones de distinto rango, que hasta ahora han venido regulando esta materia. Sobre éstas dos premisas, mandato constitucional y necesidad de una norma básica, la presente Ley acomete la tarea de establecer las disposiciones aplicables, de acuerdo con las declaraciones y recomendaciones sobre extranjeros formuladas por los Organismos Internacionales competentes en esta materia» (Exposición de Motivos de la LO 7/1985))

De esta Ley Orgánica arranca la actual normativa jurídica que regula esta materia. Por tanto, no es la extranjería una desconocida para nuestro cuerpo jurídico, sino para nuestra realidad social.

Baste pensar, a título ciertamente de anécdota, pero muy ilustrativo de cómo era la situación de la extranjería en nuestro país, que cuando entró en vigor la citada Ley 7/1985, en el Gobierno Civil de Cádiz existía un Negociado de Extranjeros, que contaba ... ¡ con una única funcionaria !, que además ni siquiera se dedicaba a tiempo completo a estos menesteres.

Es a partir de los años 90 cuando se percibe claramente la necesidad de afrontar con normas reales una situación que hasta entonces quedaba siempre postergada (a pesar de la normativa existente) por la poca entidad de la población a la que se refería: la inmigración.

El Pleno del Congreso de los Diputados aprobó con fecha 9 de abril de 1991 una proposición no de Ley relativa a la situación de los extranjeros en España, instando al Gobierno a abordar la reforma y modernización de la estructura administrativa encargada en nuestro país de gestionar la política de extranjería, a través de la creación, entre otros órganos, de Oficinas Unicas de Extranjeros al objeto de asegurar la aplicación coherente y coordinada de la política de extranjería y de facilitar las gestiones administrativas de los extranjeros en España.

En cumplimiento de dicho mandato, el Gobierno promulgó el R.D. 1521/1991, de 11 de octubre, sobre creación, competencias y funcionamiento de las Oficinas de Extranjeros (BOE 26-10-91). En su primer artículo, el citado R.D.crea las Oficinas de Extranjeros, «al objeto de conseguir una mayor eficacia y una adecuada coordinación en el ámbito provincial entre los órganos de la Administración del

Estado competentes en la materia de extranjería», y es que la razón de ser de estos nuevos órganos era la coordinación entre los Ministerios de de Interior y de Trabajo.

Históricamente el hecho de ser extranjero solo se tenía en cuenta desde el punto de vista policial, y por tanto esta materia se llevaba en los Gobiernos Civiles. De hecho, eran éstos los que tenían la última palabra, incluso en permisos de trabajo, ya que se hacía una distinción (aún vigente hoy día) entre dos grandes áreas en materia de autorizaciones administrativas: RESIDENCIA y TRABAJO. Pues bien, cuando se solicitaba un permiso de trabajo, aún aprobándose éste por parte de las extintas Direcciones Provinciales del Ministerio de Trabajo, como quiera que debía —y debe— conllevar aparejado un permiso de residencia, se remitía el expediente al Gobierno Civil para que resolviera definitivamente sobre la concesión o denegación del correspondiente permiso de residencia y trabajo. Por tanto, era el elemento gubernativo el que primaba sobre el resto de consideraciones.

Curiosamente, en su Disposición Final 1ª, el RD.1521/1991, tras las tradicionales expresiones de autorización a los correspondientes Ministerios para para el desarrollo y aplicación del presente Real Decreto, previo el cumplimiento de los trámites legales oportunos, establecía que ya se determinarían en su momento las provincias en que se constituirán las oficinas de extranjeros.

Llamo la atención sobre este punto para señalar que en el año 1991, el Gobierno aún consideraba que la inmigración en España era un fenómeno que «seguramente» exigiría la creación de Oficinas exclusivas «en algunas provincias», pero no en todas.

Curiosamente, y por la tendencia que tiene la Administración a conservar sus propias fórmulas, la expresión ha permanecido incluso en el reciente RD.2393/2004, aunque el tiempo, evidentemente ha determinado otro escenario completamente distinto al que se imaginaban nuestros gobernantes de entonces, y hoy en día el hecho de que una provincia aún no cuente con Oficina de Extranjeros (p.ej. en Andalucía Granada) responde a otras causas ajenas en sí mismas a la extranjería, generalmente vinculadas a la ausencia de infraestructura suficiente para albergarlas.

La LO 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social supone lo que yo denominaría un desesperado intento por ordenar jurídicamente la realidad social que nos imponía la presencia de una población extranjera hasta entonces desconocida en nuestro país.

Solo hay que percatarse de que esta Ley Orgánica de 11 de enero de 2000 (no ordinaria, con lo que ello supone de plus de garantía constitucional, procedimental en cuanto a su elaboración, etc...), ha sido modificada nada menos que en tres ocasiones por otras 3 Leyes Orgánicas en tres años:

LO 8/2000 de 22 de diciembre de 2000, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 (se modifica una Ley Orgánica once meses después de aprobada, ni siquiera aguantó un año de vida)

LO 11/2003, de 29 de septiembre de 2003, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

LO 14/2003 de 20 de noviembre de 2003, Ley Orgánica cuyo título es nada más y nada menos que: Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de

enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (sic).

La LO 4/2000 trajo consigo un Reglamento de aplicación, el RD. 864/2001, de 20 de julio (BOE 21-7-2001). Este nuevo Reglamento derogó el RD.1521/1991, pero básicamente mantiene el mismo esquema orgánico y funcional, si bien introduce al Ministerio de Administraciones Públicas como tercer elemento de la extranjería en España.

Era una consecuencia lógica de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), una ley que pasará a la historia entre otras cuestiones, por haber eliminado los Gobiernos Civiles. En esta Ley se instaura la presencia del Ministerio de Administraciones Públicas en la Administración periférica del Estado, sirviendo de instrumento orgánico para el ejercicio de las competencias residuales que el Estado aún conserva en las provincias españolas.

Así, se prevé que la creación, supresión y modificación de Oficinas de Extranjeros se llevará a cabo mediante orden del Ministro de la Presidencia dictada a propuesta de los Ministros de Administraciones Públicas, del Interior y de Trabajo y Asuntos Sociales.

Según el Reglamento de Extranjería, las Oficinas de Extranjeros son las unidades que integran los diferentes servicios de la Administración General del Estado competentes en materia de extranjería en el ámbito provincial, al objeto de garantizar la eficacia y coordinación en la actuación administrativa, definición que se constituye ya prácticamente en definitiva.

### 3. Regulación actual de las Oficinas de Extranjeros y centros de migraciones

Para determinar cuáles son las competencias y características de las Oficinas de Extranjeros debemos acudir al reciente R.D.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 .

Según su Artículo 159, las Oficinas de Extranjeros son las unidades que integran los diferentes servicios de la Administración General del Estado competentes en materia de extranjería e inmigración en el ámbito provincial, al objeto de garantizar la eficacia y coordinación en la actuación administrativa (como verán, la definición es prácticamente igual que la del año 2001, solo que ahora se habla de extranjería e inmigración)

La creación, supresión y modificación de Oficinas de Extranjeros sigue llevándose a cabo mediante orden del Ministro de la Presidencia dictada a propuesta de los Ministros de Administraciones Públicas, del Interior y de Trabajo y Asuntos Sociales.

Las Oficinas de Extranjeros están ubicadas en la capital de las provincias en las que se constituyan, si bien podrán disponer de Oficinas delegadas, ubicadas en los distritos de la capital y en los municipios de la provincia, a fin de facilitar las gestiones administrativas de los interesados.

Esta posibilidad es especialmente interesante por ejemplo en la provincia de Cádiz, dada la importancia que en materia de inmigración tiene el Campo de Gibraltar, con su centro neurálgico en Algeciras. La Subdelegación del Gobierno en Cádiz dispone de una Oficina de Coordinación de la Administración General del Estado en el Campo de Gibraltar (heredera de lo que antaño fue el Subgobierno Civil de Algeciras).

Hoy en día se mantiene un sistema de admisión y gestión de expedientes de extranjería basado en la presentación en las Oficinas de Extranjeros y en ciertas provincias también en las Comisarías de Policía, en un intento de facilitar los trámites a los interesados.

En cuanto a su dependencia, las Oficinas de Extranjeros dependen orgánicamente de la correspondiente Subdelegación del Gobierno y se encuadran en la Secretaría General, dependiendo funcionalmente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a través de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, y del Ministerio del Interior, ambos en el ámbito de sus respectivas competencias.

Las funciones de las Oficinas de Extranjeros se ejercen en el ámbito provincial, y son las siguientes:

a) La recepción de la declaración de entrada, la tramitación de las prórrogas de estancia, de la tarjeta de identidad de extranjeros y de las tarjetas de estudiantes extranjeros, autorizaciones de residencia, autorizaciones de trabajo y excepciones a la obligación de obtener autorización de trabajo, autorizaciones de regreso, tarjetas de identificación de extranjeros y tarjetas de estudiantes extranjeros, así como la expedición y entrega de aquéllas.

b) La recepción de la solicitud de cédula de inscripción y de título de viaje para la salida de España, sin perjuicio de que la expedición y entrega de tales documentos, así como del documento de identificación provisional, corresponda a los servicios policiales de dichas oficinas.

c) La tramitación de los procedimientos sancionadores por infracciones a la normativa en materia de extranjería y en régimen comunitario. No obstante, las devoluciones, y los expedientes sancionadores que lleven a la expulsión del infractor extranjero, o a su detención e ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, serán ejecutados por las Brigadas y Secciones de Extranjería y Documentación de las Comisarías de Policía.

d) La tramitación de los recursos administrativos que procedan.

e) La elevación a los órganos y autoridades competentes de las oportunas propuestas de resolución relativas a los expedientes a que se ha hecho referencia en los párrafos anteriores.

f) La asignación y comunicación del número de identidad de extranjero, por los servicios policiales de las propias Oficinas.

g) La información, recepción y tramitación de la solicitud de asilo y de las solicitudes del estatuto de apátrida; corresponderá a los servicios policiales la expedición y entrega de la documentación correspondiente.

h) La obtención y elaboración del conjunto de información estadística de carácter administrativo y demográfico sobre la población extranjera y en régimen comunitario de la provincia.

Estas funciones se ejercen bajo la dirección de los Delegados y Subdelegados del Gobierno correspondientes, que son las máximas autoridades en estas materias.

El personal con el que cuentan las Oficinas de Extranjeros procede de la integración de las correspondientes unidades de la Subdelegación del Gobierno, Comisarías y antiguas Direcciones Provinciales de Trabajo.

Por tanto, se ha logrado la unidad de actuación. Las Oficinas de Extranjeros cuentan con una relación de puestos de trabajo y un catálogo del personal laboral único en el que se integra todo el personal al que se ha hecho mención anteriormente.

También está previsto que las Oficinas de Extranjeros tengan adscrito personal de la Dirección General de la Policía para la realización de las funciones que ésta tiene asignadas en materia de extranjería.

El Jefe de la Oficina de Extranjeros se nombra y cesa por el Delegado del Gobierno, previo informe de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración. Su nombramiento se realiza por el sistema de libre designación entre funcionarios de carrera de los grupos A o B de la Administración General del Estado. Como particularidad hay que señalar que no es infrecuente que dicho Jefe proceda del Cuerpo Nacional de Policía.

En Andalucía las Oficinas de Extranjeros se han ido creando paulatinamente. En el caso de Almería, la Orden de 7 de noviembre de 1997 por la que se desarrolla el Real Decreto 1330/1997, de 1 de agosto, de Integración de Servicios Periféricos y de Estructura de las Delegaciones del Gobierno, dispuso la creación de una Oficina de Extranjeros, siendo la primera andaluza.

Posteriormente fue creada la de Sevilla, mediante Orden de 2 de noviembre de 2000.

Y finalmente la Orden PRE/1700/2002, de 5 de julio creó las Oficinas de Extranjeros de Cádiz, Córdoba, Huelva, Jaén y Málaga, junto a otras provincias del resto de España.

Otro apartado importante es el de los denominados centros de migraciones. El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales tiene encomendados unos determinados fines de integración social de los extranjeros en España y para su consecución dispone de una red pública de centros de migraciones, que desempeñan tareas de información, atención, acogida, intervención social, formación y, en su caso, derivación, dirigidas a la población extranjera, y que de la misma manera desarrollan o impulsan actuaciones de sensibilización relacionadas con la inmigración.

En particular, la red de centros de migraciones desarrolla programas específicos dirigidos a extranjeros que tengan la condición de solicitantes de asilo o del estatuto de apátrida, refugiados, apátridas, beneficiarios de la protección dispensada por el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, inmigrantes que lleguen a España en virtud del contingente anual de trabajadores extranjeros, así como a extranjeros que se hallen en situación de vulnerabilidad o riesgo de exclusión social.

Todo ello, obviamente, sin perjuicio de la colaboración que prestan ciertas Organizaciones no gubernamentales, colaboración que se puede calificar de institucional, dado el importantísimo papel

que juegan en temas como el Contingente anual o el primer acogimiento de solicitantes de asilo y refugio.

La red de centros de migraciones está integrada por:

1. Los centros de acogida a refugiados (CAR) (regulados en la Orden Ministerial de 13 de enero de 1989).
2. Los centros de estancia temporal de inmigrantes (CETI) (en Ceuta y Melilla, Cádiz-Tarifa, etc...).

Estos centros se rigen por un estatuto común,, y pertenecen a la Dirección General de Integración de los Inmigrantes.

En ellos se desarrollan programas de acogida y atención integral dirigidos a los inmigrantes indocumentados en tanto se resuelve su solicitud de entrada al territorio español.

Los programas que se desarrollan en estos centros son:

Alojamiento y manutención temporal

Información y asesoramiento sobre su nueva situación

Orientación para su incorporación al sistema educativo, sanitario y social

Atención psicológica

Atención social especializada y gestión de ayudas económicas complementarias

Desarrollo de cursos para el aprendizaje del idioma y de habilidades sociales básicas.

Orientación e intermediación para la formación profesional y la inserción laboral

Actividades ocupacionales y de ocio y tiempo libre

Estos programas son desarrollados por las ONG subvencionadas por el Ministerio de Trabajo y Servicios Sociales en el territorio de su ámbito de influencia. (Principalmente Cruz Roja Española, Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) y Asociación Comisión Católica Española de Migración (ACCEM)

Una vez que la solicitud de asilo ha sido cursada y admitida a trámite, la Unidad de Trabajo Social del IMSERSO en la Oficina de Asilo y Refugio estudiará cada caso y derivará a los solicitantes al Centro de Acogida que se determine de acuerdo a su situación personal y social.

La derivación a los Centros de aquellos beneficiarios que no se encuentren en Madrid, está encomendada a Cruz Roja Española y/o a la Comisión Española de Ayuda a Refugio (CEAR) a través de sus Oficinas Provinciales, que actuarán en coordinación con la O.A.R.

Si el solicitante de asilo es derivado a un C.A.R., deberá formular la solicitud de ingreso, dirigida al Director General del IMSERSO.

La duración inicial de la estancia, así como el posible periodo de prórroga, vendrán determinados por la normativa vigente en el momento.

Una vez concluida una fase de primera acogida los inmigrantes beneficiarios de sus servicios deben ser orientados hacia los servicios sociales normalizados que forman parte del ámbito competencial de las Comunidades Autónomas y de los Ayuntamientos.

Estos centros también se pretende que sean el punto de acogida inicial de los inmigrantes seleccionados en conformidad con el procedimiento establecido en el contingente anual de trabajadores extranjeros para cubrir las ofertas de empleo no satisfechas y en el marco los convenios firmados por España con los países emisores de mayor número de inmigrantes.

Actualmente existen Centros de Acogida a Refugiados (CAR) en Alcobendas y Vallecas (Madrid), Sevilla, y Mislata (Valencia), y Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes (CETI) en Ceuta y Melilla (creados entre 1999 y 2000) y el reciente de la Isla de las Palomas de Tarifa (Cádiz)

Evidentemente estos centros no deben confundirse con los CIEs, Centros de Internamiento de Extranjeros.

## 4. El programa GRECO

Se trata de la primera iniciativa global para la extranjería y la inmigración. El primer borrador se presentó en diciembre de 2000, y ya el Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2001 aprobó un presupuesto de 37.000 millones de pts. para lo que se denominó Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración en España (GRECO).

Este Programa reguló:

- El Consejo Superior de Política de Inmigración (creado por el art.68 de la LO 4/2000). Este órgano integra a las tres Administraciones Públicas (Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales), con competencia en asuntos relacionados con la inmigración y la extranjería. Se configura como un órgano de coordinación y colaboración entre las Administraciones, con importantes funciones en la programación de los criterios para una política global en materia de integración social y laboral de los inmigrantes.

- El Consejo, presidido por el Delegado del Gobierno para la Extranjería, estará compuesto por 46 vocales. La Administración General del Estado está representada por 17 vocales, cada Comunidad Autónoma y las Ciudades de Ceuta y Melilla, con competencia sobre integración de los inmigrantes, tendrá un representante y las Entidades Locales estarán representadas por 10 vocales.

- El Observatorio Permanente de la Inmigración. Se configura como el órgano encargado del análisis y estudio del fenómeno migratorio, como realidad cambiante en constante fluctuación, con la finalidad de conocer su tendencia y evolución.

- El Observatorio estará presidido por el Delegado del Gobierno para la Extranjería, y contará con 16 vocales procedentes de los Ministerios afectados por los temas de inmigración, así como de los Organismos estatales competentes en materia de estadística y sociología, de la Guardia Civil, de las Comunidades y Ciudades Autónomas y Entes Locales y de ámbito universitario.

- El Foro para la Integración Social de los Inmigrantes. (creado por el art.70 de la LO 4/2000 y heredero del organismo de carácter consultivo creado en 1995 a instancias del Parlamento Europeo y del

Defensor del Pueblo). Este órgano, ya existente, se reestructura para adaptar su constitución de forma que garantice la participación equitativa de Administraciones Públicas, Asociaciones de Inmigrantes y Refugiados y de Organizaciones Sociales de Apoyo.

El Foro se configura como un órgano de consulta, información y asesoramiento del Gobierno, y trasladará al Ejecutivo las propuestas, recomendaciones de los distintos agentes y organizaciones sociales, con el fin de lograr la integración social de los inmigrantes y refugiados.

Estará constituido por un Presidente, dos Vicepresidentes designados entre los vocales, un Secretario y 24 Vocales: ocho representarán a las Administraciones Públicas, ocho a emigrantes y refugiados y ocho a las organizaciones sociales de apoyo.

Este Programa recoge actuaciones reales y concretas relativas a aspectos prioritarios como el fomento de la inmigración legal, el desarrollo de mejoras en la acogida de inmigrantes y en su acceso a la información, la ordenación de la llegada de inmigrantes; la asistencia sanitaria, la incorporación al mercado de trabajo, la lucha contra el racismo y la xenofobia, o la ayuda al desarrollo de los países de origen.

El Programa era realmente ambicioso y contemplaba muchos aspectos que siguen en gran medida vigentes, y que, aunque actualmente no se cite su origen, se encontraban en el GRECO:

- La promoción del fondo para la concesión de microcréditos destinados a proyectos de desarrollo social básico en los países de origen.

- La asistencia técnica a los países de los que proceden los inmigrantes.

- La prestación de asistencia sanitaria con especial atención a determinados grupos, como menores y mujeres, así como a la educación para la salud y a la prevención de enfermedades.

- La creación de plazas de acogida en colaboración con ONGs.

- El desarrollo de convenios con CC.AA. y Ayuntamientos para la ejecución de medidas de integración.

- La potenciación de las oficinas de extranjeros como órganos especializados en la tramitación de todos los expedientes administrativos.

- La mejora de infraestructuras, medios humanos y materiales de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (lucha contra racismo y xenofobia).

- El incremento de los recursos humanos y la puesta a punto de las instalaciones de los Consulados españoles para dar respuesta a las necesidades existentes.

Aquí por cierto es notoria la mejoría de las tramitaciones. Se ha hecho un importantísimo esfuerzo material y humano, con un fuerte desembolso económico para mejorar nuestros Consulados, especialmente en determinados puntos calientes (Marruecos, Colombia, Argentina, Ecuador, etc.). Gracias a este esfuerzo y al cambio de legislación, que impide la presentación «libre» de solicitudes de visado de residencia con trabajo, se ha logrado que, por ejemplo se consiga que un ciudadano colombiano obtenga su visado de residencia con trabajo en España en menos de 2 semanas.

- La entrada en funcionamiento del Sistema Integrado de Vigilancia Exterior.

-El reforzamiento de los controles en las fronteras terrestres con terceros países, así como en las fronteras marítimas.

-La continuación del proceso de adaptación de los Centros de Internamiento de Extranjeros a la normativa vigente.

Para su desarrollo el programa estableció cuatro grandes líneas de desarrollo plurianual y de coordinación con todas las administraciones y agentes sociales. Se concretó en 23 acciones y 70 medidas. Las líneas son:

a) diseño global y coordinado de la inmigración como fenómeno deseable para España en el marco de la UE;

b) integración de los residentes extranjeros y de sus familias que contribuyen activamente al crecimiento de nuestro país

c) regularización de los flujos migratorios para garantizar la convivencia en la sociedad española;

d) mantenimiento del sistema de protección para los refugiados y desplazados.

Este Programa estatal se ha visto completado con diversos planes autonómicos, pero en cualquier caso, los planes necesitan una previsión de financiación, de recursos materiales y humanos para llevar a cabo las tareas previstas.

El Programa GRECO finalizó en 2004, con pocos resultados concretos aunque algunos notables, como la creación de nuevas Oficinas de Extranjeros y su dotación humana y material, y, como ya les he comentado, ha sido el embrión de grandes líneas de actuación, como el SIVE, la adecuación de los CIEs, los programas de colaboración con ONGs, Corporaciones Locales y Comunidades Autónomas, etc...

## 5. Problemática actual de las Oficinas de Extranjeros

En las Oficinas de Extranjeros de Andalucía se atiende diariamente un ingente número de visitas personales y llamadas telefónicas.

Se ha establecido asimismo un sistema de consulta de la tramitación de los expedientes por parte de los interesados que en el futuro será un medio muy útil, pero que hoy por hoy es quizás complejo debido a los requerimientos de seguridad, y además la información que proporciona es demasiado sucinta.

Consideramos que el contacto con las ONGs que se ocupan de temas de inmigración es además de necesario, muy conveniente para el funcionamiento de la Oficina de Extranjeros. De hecho, son muchos los expedientes que se tramitan con ayuda de estas ONGs, por lo que una comunicación fluida y proporcionada permite disipar muchas dudas en estas organizaciones, muy dadas a la exposición pública de cualquier actuación gubernamental que consideren excesiva o injusta. La experiencia nos dice que cuando estas ONGs participan —desde su posición de parte interesada, por supuesto— del conocimiento del entramado burocrático, flexibilizan en gran medida sus planteamientos, al sentirse ellos mismos parte de la maquinaria administrativa. En este sentido se hace muy patente que es más fácil estar en la oposición

que gobernar. Nos ha ocurrido muchas veces que ni la propia ONG es capaz de ofrecer una respuesta o solución legal a una determinada situación personal de un extranjero, por lo que se rinde a la evidencia de que por triste que sea, los asuntos no siempre se pueden resolver positivamente.

Habitualmente se plantean problemas concretos, que por otra parte son los únicos que podemos resolver. No tiene sentido plantearle a una Oficina de Extranjeros, por ejemplo, que deberían admitirse en el último proceso de Normalización, instaurado por la Disposición Transitoria 3ª del R.D.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, otros documentos aparte de los establecidos en una norma estatal ( Orden PRE/140/2005, de 2 de febrero, por la que se desarrolla el procedimiento aplicable al proceso de normalización), sencillamente porque es una petición imposible desde el punto de vista legal.

Cuando les he descrito las funciones que reglamentariamente tiene asignadas las Oficinas de Extranjeros, no sé si habrán echado en falta una, que en la práctica, aunque no venga impuesta por la norma, nos ocupa una gran parte de nuestro tiempo.

Es curioso, pero no se atribuye a la Oficina de Extranjeros la misión de informar al ciudadano en materia de extranjería.

Quizás el legislador pensó que era innecesario. Realmente, la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado dispone en su art.4.2 que la Administración General del Estado desarrollará su actividad y organizará las dependencias administrativas y, en particular, las oficinas periféricas, de manera que los ciudadanos: a) Puedan resolver sus asuntos, ser auxiliados en la redacción formal de documentos administrativos y recibir información de interés general por medios telefónicos, informáticos y telemáticos.

Y el artículo 35 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por su parte, dispone: «Los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen los siguientes derechos:

(...) g) A obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar.

Por tanto, parece que ya existe una obligación genérica de INFORMAR. Lo que ocurre con nuestro trabajo es que los interesados a menudo confunden la información con el asesoramiento jurídico. No podemos (no debemos) sugerir opciones. La labor de información debe limitarse a la comunicación de los preceptos legales que afectan a un caso, así como la forma en que se tramita un procedimiento administrativo concreto. Porque informar no es asesorar. No estamos ofreciendo un asesoramiento profesional, ni jurídico, ni se están interpretando disposiciones legales, porque para eso ya están otros profesionales que se dedican a eso, de manera lucrativa (en el mejor sentido del término) o gratis et amore .

Sin embargo, como ya he explicado, es muy difícil separar o deslindar estos dos ámbitos y el trato directo con el interesado o con su representante voluntario hace muy difícil que no se entre en consideraciones que, definitivamente, van más allá de la mera información. Es este un tema muy delicado que nos produce honda preocupación. A menudo nuestra experiencia nos indica que para una determinada

situación la tramitación correcta sería la vía «A». ¿Qué ocurre si se nos presenta la solicitud por la vía «B»? ¿Deberíamos advertirselo al interesado? Si no lo hacemos se nos podría acusar de insensibilidad, de desdén, incluso de frialdad o de mala fe. Pero si lo advertimos parece que aconsejamos que se cambie la vía, y si así se hace y la resolución final del expediente es contraria a los intereses del solicitante, con toda seguridad nos acusará de haberle engañado, porque por mucho que se le hagan advertencias legales, siempre «entenderá» que se le prometió el éxito por esa vía.

Estamos refiriéndonos por supuesto a la información que podríamos denominar «de mostrador», o de llamada telefónica. Hay que tener en este sentido muy claro que el empleado que informa NO es el que resuelve. Que resolver un expediente de extranjería puede ser complicado, y requerir su estudio en detalle, por lo que no se puede predecir el sentido de la resolución final. Y que el personal que sí resuelve no puede informar, primero porque no sería procedente (digamos que «su» información se comunica al interesado reglamentariamente con la resolución del expediente) y segundo porque les restaría tiempo para su trabajo, hasta el punto de perjudicarlo seriamente.

Las Oficinas de Extranjeros se crearon para dar una respuesta ágil (con rapidez y flexibilidad), eficaz (consiguiendo los objetivos marcados por el Gobierno) y eficiente (rentabilizando los medios materiales y personales con el mínimo gasto posible).

En el Reglamento de Extranjería se establece que los diferentes servicios encargados de la tramitación de los expedientes en materia de extranjería se deben integrar en la Oficina de Extranjeros, que actuará como un único centro de gestión.

Así, se debe integrar el personal procedente de estos servicios

Subdelegación del Gobierno propiamente dicha (perteneciente al Ministerio de Administraciones Públicas)

Dependencia de Trabajo y Asuntos Sociales de la Subdelegación del Gobierno (perteneciente en origen al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, aunque ya integrados en el M.A.P.)

Comisaría de Policía (perteneciente al Ministerio Interior)

Y no sólo eso, sino que además la Oficina de Extranjeros debe contar con la adscripción de personal de la Dirección General de la Policía para la realización de determinadas funciones que ésta tiene asignadas, aunque en algunas provincias esta adscripción de personal de la D.G.P. no se ha realizado aún.

La tramitación de los expedientes de extranjería es compleja, y requiere personal suficiente para su correcto desarrollo. En la actualidad el personal de cualquier Oficina de Extranjeros trabaja a un ritmo muy por encima de lo que sería deseable para recibir, instruir y resolver adecuadamente los distintos procedimientos, con el sosiego que estos temas requieren.

Otras veces, como ocurre en materia de expulsiones y devoluciones, no es el sosiego precisamente lo que impera, sino la extrema urgencia, de manera que la tramitación de los expedientes se cuenta por horas, como es el caso de los expedientes de expulsión .

Tanto en uno como en otro caso, es necesario contar con el número suficiente de personas preparadas.

Por otra parte, hoy día la prestación de un servicio público de carácter administrativo exige poner a disposición del ciudadano suficientes medios humanos para su atención personalizada . Particularmente

nos encontramos con un colectivo de personas –extranjeros – con dificultades idiomáticas, que tramitan expedientes basados en una compleja normativa, y con los que una explicación sencilla se convierte a veces en una tarea sumamente complicada y que requiere grandes dosis de paciencia, y, sobre todo, tiempo. A menudo –como ya se ha comprobado-- cualquier rumor, aunque sea infundado, provoca aluviones de consultas, llamadas, visitas, etc... que bloquean el trabajo habitual de la Oficina y que exigen tener suficientes medios humanos para hacer frente a estas necesidades.

En las Oficinas de Extranjeros se dispone habitualmente de intérpretes ( Por ejemplo, en la de Cádiz se garantiza la asistencia en inglés, francés, holandés, árabe y chejva ) que han mejorado notablemente la capacidad de atención al público, ya que aunque lo habitual es que el extranjero hable en español, ciertas cuestiones las entiende mejor en su idioma natal.

Hay que hacerse una idea de lo que supone atender a un ciudadano extranjero que no habla correctamente nuestro idioma, y en el mejor de los casos, aun siendo hispanohablante, maneja expresiones a menudo difíciles de entender, y cuando ha expuesto su situación (que es difícil de resumir ), hay que explicarle cuestiones muy específicas como las cotizaciones a la Seguridad Social, cómo se hace una reagrupación familiar, etc.... Esta conversación puede durar 10, 20 minutos, ... y ocupar a un funcionario que realiza un serio esfuerzo, porque no tenemos personal dedicado a la atención telefónica, lo que implica que hay que dejar el trabajo que se esté haciendo en ese momento, coger el teléfono, y al colgar, recobrar la concentración, lo que a veces ni se consigue ante el incesante rosario de llamadas que se producen.

Hasta ahora también se contestan las consultas por correo electrónico. Y el fax, que es un medio rápido, limpio y fácil para enviarnos documentación.

Hay que hacer una especial reflexión sobre la contratación de personal laboral de refuerzo que se hace habitualmente durante 6 meses de julio a diciembre cada año. Es una buena medida, no cabe duda, pero supone inicialmente un retraso del personal fijo, que debe instruir a los recién llegados, y cuando éstos conocen los procedimientos, y comienzan a rendir.... les quedan 2 meses reales de trabajo y después se tienen que ir (no olvidemos que tienen derecho a medio mes de vacaciones, por lo que 6 meses de trabajo potencial se convierten en 5 y medio real). Y las necesidades de las Oficinas no son puntuales, sino estructurales, como ya hemos visto. Sin entrar más en el asunto, sólo hay que decir que es un auténtico problema que no se pueda mantener en enero el ritmo de trabajo del mes anterior, cuando el público ya se ha acostumbrado a unos determinados plazos de resolución y a una determinada atención personalizada.

Y hay que señalar que esta rentabilidad se obtiene de dedicar a este personal de refuerzo a realizar las tareas más simples del trabajo. Es una utopía, aparte de, si me lo permiten, una ofensa a la dignidad del funcionario, pensar que una persona puede llegar de la calle y sentarse en una mesa de una oficina de la Administración y empezar a trabajar. Ni conocen el procedimiento administrativo, ni las aplicaciones informáticas con las que trabajamos (algunas especialmente complejas), ni la normativa de extranjería.

Así que se agradecen los refuerzos, pero lo que hace falta es dotar debidamente a las Oficinas de Extranjeros.

A modo de ejemplo, la Oficina de Extranjeros de Cádiz tiene actualmente 17 empleados, y tramita una media de 13.000 expedientes de autorizaciones administrativas (autorizaciones de residencia y/o trabajo, prórrogas de estancia, cédulas de inscripción, autorizaciones de regreso, tarjetas comunitarias, etc...) y unos 5.000 expedientes de devoluciones y expulsiones (este apartado afortunadamente ha experimentado una notable mejoría desde que en el año 2001 gestionamos más de 15.000 expedientes de este tipo.

El esquema actual de la Oficina establece una serie de áreas:

**RESIDENCIA** (Autorización de residencia, tarjeta de residente comunitario y Tarjeta de familiar de residente comunitario, Prórrogas de estancia, cédulas de inscripción, autorizaciones de regreso, etc..).

**TRABAJO** (Autorización de residencia y trabajo –esto quiere decir que se unifica el expediente, de manera que al aprobarse se concentran las dos vertientes que antes estaban separadas (la laboral en la Dependencia de Trabajo y la gubernativa en la Subdelegación del Gobierno).

**EXPULSIONES Y DEVOLUCIONES** (Expulsiones, devoluciones y retornos).

**ATENCIÓN AL PÚBLICO Y REGISTRO** (Información, recepción de documentos, registro de entrada y salida).

**SERVICIOS GENERALES** (Ordenanzas y servicio informático).

El apartado de medios materiales ha experimentado una notable mejoría desde que se asume que se precisa una infraestructura de locales diferenciados de los servicios comunes de una Subdelegación del Gobierno. Es cierto que no todos los locales cuentan con las estructuras adecuadas, accesos, etc..., pero este tema escapa a las posibilidades reales de mejora inmediata. El Gobierno es consciente de estas necesidades y se trabaja en este apartado.

El material informático con que se cuenta es de última generación. Se trabaja desde el 2002 con la aplicación unificada del Ministerio de Administraciones Públicas. Es una aplicación muy ambiciosa que funciona aceptablemente bien, y que en conexión con ADEXTTRA que es la aplicación de la D.G.P., permite el acceso al Registro Central de Extranjeros, auténtico Banco de Datos de la extranjería en España, y que nos permite en tiempo real grabar y consultar expedientes de cualquier provincia.

Obviamente se dispone de PCs para el personal, con impresoras laser y matriciales para registro de documentos. Todos los PCs están conectados al servidor de la Subdelegación del Gobierno, y por tanto, se dispone de comunicación por correo electrónico, accesos restringidos a redes propias del Ministerio de Administraciones Públicas, etc....

La aplicación informática de extranjería ha supuesto un paso de gigante en la tramitación de esta materia. Antes del 2002, en cada provincia había una aplicación informática distinta. En muchas había una que se gestó en el año 1988 en unas naves de gallinas que había en la calle Pradillo número 40, de Madrid, lugar que se transformó pasados los años en la actual Oficina de Asilo y Refugio del Ministerio del Interior, y que el que les habla ayudó a crear en su día. En otras, sus informáticos habían hecho unas propias. Tras varios años de pruebas, la aplicación se generalizó en 2002 y hoy en día es la única con la que se trabaja en toda España.

La ventaja es enorme. La numeración que se da a los expedientes es única para toda España, se ha generalizado el uso del NIE, la consulta es posible para cualquier expediente, para cualquier extranjero,

desde y para cualquier punto del Territorio Nacional, porque lo que se ha conseguido es, ni más ni menos, que crear una única BD nacional, aunque distribuida en cada provincia.

El apartado de seguridad es francamente llamativo. La aplicación tiene registrados todos sus usuarios, con diversas opciones, de solo consulta, de gestión completa, con privilegios de modificación, etc... y queda constancia de cada acceso, de cada modificación, de cada consulta, con la fecha, hora minuto y segundo de acceso, y el nombre de quien lo hizo. Asimismo hay un registro histórico de resoluciones, de estados, de fases, etc.. En definitiva, no hay modo de borrar el rastro de cualquier actuación por pequeña que sea.

La aplicación informática debe calificarse como muy buena para el propósito deseado, y ya es indispensable para la Oficina de Extranjeros .

## 7. Reflexiones sobre la misión de las Oficinas de Extranjeros

Debemos ser conscientes de que al permitir la inmigración, hacemos posible que muchas personas encuentren entre nosotros oportunidades de futuro o cotas de libertad personal que no existen en sus países de origen. Son personas, en su inmensa mayoría, jóvenes, emprendedoras, capaces de asumir retos importantes, muy valiosas y que aportan importantes cantidades de dinero a sus familias y, en conjunto, a sus países de origen.

En otras ocasiones, por ahora entre nosotros las menos numerosas, son técnicos o profesionales altamente cualificados o especializados, por lo que deberíamos pensar que la auténtica solidaridad es la que impide que se excedan ciertos límites de esta inmigración por razones económicas, ya que puede llegar a empobrecer a los países de origen, de por sí con escasos o nulos niveles de desarrollo, en los que podemos llegar a producir una auténtica fuga de emprendedores y cerebros. Esta reflexión es especialmente llamativa en los países africanos. África es el continente subvencionado por antonomasia, y ya sea por el protectorado francés, por el inglés, el español o el portugués, el objetivo de los que podrían llegar a ser cuadros dirigentes en sus países, es sencilla y llanamente venir a Europa a formarse, y ejercer aquí, descapitalizando humanamente sus países de origen. Si las personas más dotadas intelectualmente, humanamente, artísticamente, abandonan sus países de origen ¿quiénes quedan para gobernarlo, para influir en su futuro en pro de mejoras sociales, económicas y de toda índole?

Esta reflexión ha de llevarnos a una conclusión importante: la inversión para el codesarrollo de los países de emigración tiene que ser la pieza clave para evitar el drama de la inmigración dolorosa. Porque es obvio que si un país sale del subdesarrollo, mejora sus condiciones de vida y se dan las circunstancias de progreso en paz y libertad necesarias, la emigración dejará de ser un objetivo básico.

Yo llamo inmigración dolorosa a la que se produce por necesidad. Mayoritariamente por motivos económicos, pero éstos siempre van ligados a la situación general del país. Si no hay dinero, la gente es pobre, la gente que es pobre y malvive no es muy proclive a la consideración de la bondad, del progreso humano, de tantos y tantos conceptos que les suenan a broma de mal gusto, y al final la pobreza es el caldo de cultivo de la violencia. Y cuando llega la violencia, la vida se torna imposible.

Por supuesto que hay otra inmigración. Y es la mayoritaria. El 60 % de las autorizaciones de residencia que se dan en la provincia de Cádiz son para ciudadanos comunitarios, de países como Francia, Alemania, Reino Unido, etc.. cuyos nacionales no responden al prototipo de «inmigrantes» que tenemos en mente, hasta el punto de que no creo que nadie les llame así, sino más bien «turistas». Pero esta inmigración no es dolorosa: es voluntaria y buscando una mejor forma de vida en un plano absolutamente personal. Aunque si me permiten el comentario, a veces nos generan peores tensiones que los interesados del régimen general, debido al convencimiento que tienen de que deben ser objeto de un trato especial –privilegiado– y no aceptan esperar en una cola, o demorar la entrega de una Tarjeta más de lo que ellos consideran razonable.

Un objetivo fundamental de la política de extranjería e inmigración debe ser la adaptación e integración de los nuevos inmigrantes y extranjeros en España, en la sociedad a la que van a pertenecer, a la que sumarán su esfuerzo personal, en la que cotizarán al sistema de la Seguridad Social y en la que pagarán impuestos y aportarán todo su bagaje cultural. Pero para ello es preciso que previamente sean titulares de derechos y obligaciones como residentes legales. Y ese es nuestro campo de actuación.

Y por eso entiendo que es obligatoria la regulación de los flujos migratorios para garantizar la convivencia en la sociedad española.

La llegada de la inmigración a nuestro país debe partir del necesario respeto a la ley y de la lucha implacable contra cualquier conducta ilícita destinada al tráfico de seres humanos y su posterior explotación.

España, como país democrático y de derecho, tiene la obligación de ordenar dentro de sus leyes, la inmigración ya sea económica, o el asilo político para las personas a las que se les debe aplicar la protección internacional, porque no podemos olvidar que España tiene ciudadanos propios sin empleo, y ya también varios millones de inmigrantes, muchos de los cuales a su vez ya se encuentran con serias dificultades para encontrar empleo una vez que perdieron el que les trajo inicialmente a nuestro país.

Por tanto, hay que hacer un esfuerzo por ponderar debidamente el cálculo estricto de los puestos de trabajo que se puede ofrecer a las personas extranjeras que emigran por razones económicas buscando entre nosotros oportunidades que no encuentran en sus propios países.

Precisamente porque tenemos que responder con puestos de trabajo a la demanda que estas personas nos hacen, la inmigración clandestina y la permanencia ilegal de estas personas entre nosotros no puede ser permitida.

Sin necesidad de ser maniqueo, es evidente que:

Entrada clandestina, estancia ilegal, explotación laboral, marginalidad, pobreza, hechos delictivos para la supervivencia y confrontación social constituyen un círculo vicioso que sucede inexorablemente para aquellas personas que como víctimas de las redes mafiosas son engañadas y crean una realidad social que sufrimos cotidianamente.

Por el contrario, entrada legal, permiso de residencia, contrato de trabajo, derechos sociales, reagrupación familiar, integración y convivencia multicultural, constituyen un círculo que es el que cada Gobierno pretende alcanzar.

## 8. Conclusión final

Quiero acabar mi intervención hablando de nuestro día a día. Para nosotros, para mi personal... para mi, un lunes es igual que un martes, o que cualquier otro día de la semana. Todos los días son iguales. Todos los días hay que mantener la tensión, la preocupación, la buena cara... Porque todos los días tratamos con muchas personas, que tienen problemas que tenemos que resolver. Unas veces los resolvemos a su favor, y otras por desgracia, no. Cualquier día para nosotros es un día más, pero para el extranjero que tiene que resolver su problema, es «el día». Y hay que tenerlo siempre presente.

Nuestro trabajo no es tan «simple» como aplicar la ley. Si así fuera, hace tiempo que se habría inventado el cajero automático de resoluciones. Esa maquinilla maravillosa en la que cada extranjero teclea todos sus datos personales, laborales, familiares etc..., y obtiene a los pocos segundos una resolución de residencia o una orden de expulsión.

A veces en nuestra difícil tarea nos colaboran (perdonenme la bellísima expresión colombiana) algunos Abogados y algunas ONGs. Personas con nombres y apellidos, mis AMIGOS con mayúsculas, que miran por el interés de la gente más allá de cobrarles facturas escandalosas o salir en los periódicos criticando el Gobierno o pidiendo papeles para todos.

Existen estas buenas personas. Pero aun no son las suficientes. Actualmente la extranjería es una fuente de ingresos para muchos profesionales (sólo una fuente de ingresos) y un campo ideal para la batalla política, en la que la pugna irracional entre unos y otros, hace mucho daño a los extranjeros, a las personas que se supone defienden.

He atendido a personas a quienes un abogado les ha cobrado 1.200 euros por hacerles un recurso de dos folios... copiado de otros tantos que circulan incluso por internet, y que valen tanto para una autorización de residencia como para una autorización de trabajo transnacional, un autorización de estancia por estudios, etc... He atendido a personas a quienes una ONG les aconsejó que no se empadronaran «porque la Policía iba a controlar los padrones municipales y los iba a detener a sus casas»... y claro, ni se pudieron acoger luego a la normalización del año 2005, ni evidentemente jamás la Policía fue a un Ayuntamiento a mirar un Padrón (faltaría más...).

Pero claro, en un caso el afán de lucro desmedido no entiende de ética profesional, y en el otro el afán de lucha política no entiende de buscar la mejor solución individual.

He atendido a PERSONAS. He hablado con ellas, conozco sus problemas, sus sufrimientos, y sus alegrías. Han pasado años y algunas me siguen llamando para preguntarme cómo me va y contarme sus progresos. De cómo se compraron un coche, de cómo les hicieron fijos en la empresa, del buen trato que reciben en España... Otros me llaman para que les aconseje en los más variados ámbitos de sus vidas cotidianas. Y algunos me hacen partícipes de sus penas, de las muertes de sus familiares queridos a miles de kilómetros de distancia, y de cuánto sintieron no poder estar allá con los suyos.

Cuando tratas con personas y no con expedientes alcanzas a entender cuán absurdo es reglamentar sobre sus vidas. Y no porque piense que es válida la expresión «papeles para todos», que aun a riesgo de

caer antipático, debo decir que no suscribo, por las razones que anteriormente he expuesto. Pero una vez que se concede la autorización de residencia y/o trabajo, a menos que hablemos de actitudes antisociales (léase comisión de delitos, actuaciones de mala fe, etc.), su continuidad en España debería estar sujeta a las mismas reglas del resto de nacionales. Si no se paga la Seguridad Social, cóbrese con recargo, impóngase sanciones... Si no se pagan impuestos, acúdase al apremio sobre el patrimonio.

Pero no es razonable que por fallar en alguna de estas cuestiones se le diga a un extranjero que no se le renueva su permiso (en algunos casos 3 años después de estar entre nosotros) y que, sencillamente, tiene 15 días para abandonar el Territorio Nacional .

Y no es porque en realidad se vaya a hacer, porque la práctica nos enseña que nadie se va voluntariamente, y que las posibilidades de permanecer entre nosotros son directamente proporcionales al tiempo que se lleva viviendo aquí. Y las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo son muy significativas en este sentido.

Pero ¿ es que realmente es necesario poner tantas trabas? El argumento de que ya que están entre nosotros deben cumplir nuestras normas lo comparto al 100%. Por eso, limitémosnos a que cumplan nuestras normas en igualdad de condiciones que los nacionales. No hace falta un trato de favor al extranjero . Bastaría con no hacerle la vida imposible a base de la eterna desconfianza y la burocracia desmedida.

Y si desgraciadamente no se consigue la integración (no todos se encuentran a gusto entre nosotros, ni les acabamos de gustar, ni cumplen con los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico), entonces es cuando hay que marcarles el camino de regreso a sus países de origen. Porque además esa minoría es la que genera la mayoría de los problemas de orden público que se asocian indebidamente con la inmigración.

Dijo Sófocles que la obra humana más bella es la de ser útil al prójimo, así que siempre pienso en esta frase: «No todo el bien lo he de hacer yo, pero hay un bien que si yo no lo hago, se queda sin hacer».

Les invito a que cada uno de ustedes, en el ámbito de sus propias competencias, lo practiquen.



# Residencia lucrativa: laboralización de la inmigración. Autorizaciones de residencia y trabajo

JUAN MANUEL PUERTA VILCHES

Oficina de Extranjería de Granada. Subdelegación del Gobierno

## Cuestiones preliminares. Los extranjeros y el derecho al trabajo

### *La autorización laboral y el status del extranjero*

#### **Régimen comunitario (r.D. 178/2003)**

-8 Países de nuevo ingreso (Instrucciones 13/04/04):

Necesitan autorización laboral por cuenta ajena hasta 1 de Mayo de 2006.

Si renuevan una autorización laboral pasan a régimen comunitario.

-Espacio económico europeo (Noruega, Liechtenstein e Islandia) y Suiza.

#### **Asilo y refugio**

-Solicitantes de asilo + 6 meses (d.A.16ª).

-Autorización de estancia del ministro del interior + circunstancias excepcionales (art.45.3 Y 45.7).

-Condición de refugiado y sus familiares (art. 13 Ley Asilo).

#### **Apátridas (art. 13 R.D. 865/2001)**

## EXCEPCIONES A LA AUTORIZACIÓN DE TRABAJO

Encuadramiento de la actividad empresa: administración, organismo, iglesia, etc.

Extranjero: científico, profesor, religioso, militar, etc.

### Supuestos:

Técnicos y científicos invitados o contratados por las Admones. y organismos.

Profesores, técnicos y científicos invitados o contratados por una Universidad.

Directivos y profesores de instituciones culturales y docentes de acreditado prestigio.

Funcionarios civiles o militares.

Corresponsales medios de comunicación acreditados (Ministerio de la Presidencia).

Miembros de misiones científicas internacionales (acreditación MM de Educación y Ciencia o Industria, Comercio y Turismo).

Artistas para actuaciones concretas (5 días continuados o 20 en un período de 6 meses).

Ministros religiosos y representantes de las diferentes confesiones (actividades estrictamente religiosas no retribuidas).

Órganos representación sindicatos.

Menores tutelados (actividades integración).

Ministros religiosos y representantes de las diferentes confesiones (actividades estrictamente religiosas no retribuidas).

Órganos representación sindicatos.

Menores tutelados (actividades integración).

Españoles de origen que hubieran perdido la nacionalidad.

Extranjeros documentados con autorización de residencia permanente.

### Circunstancias excepcionales

LLEVA APAREJADA LA AUTORIZACIÓN LABORAL (Art. 45.7)	NO LLEVA APAREJADA LA AUTORIZACIÓN LABORAL. REQUISITOS ART. 50 b), c), d) y e) (Art. 45.7)
<b>ARRAIGO</b> ·Laboral ·3 años + contrato + vínculos/inserción ·Hijo españoles de origen	<b>RAZONES HUMANITARIAS</b> ·Víctimas delitos ·Enfermedad grave ·Peligro seguridad
	<b>COLABORACIÓN INTERÉS PÚBLICO</b>
<b>PROTECCIÓN INTERNACIONAL</b> ·Asilo + permanencia	<b>PROTECCIÓN INTERNACIONAL</b> ·Desplazados ·ASILO ART. 31.4 Y 34.1

## *Características de las autorizaciones laborales*

- Dependencia laboral: cuenta ajena / cuenta propia.
- Limitación temporal.
- Limitación de ámbito geográfico: provincial, nacional, comunitario.
- Limitación de actividad.
- Tasa por expedición.

### **Doble procedimiento**

- Solicitud de la autorización laboral:
  - Legitimación y personación.
  - Subsanación e informes (PERPOL, TGSS, AEAT, RCPR).
  - Resolución motivada. Abono Tasas L.G.T.
- Solicitud de visado:
  - Legitimación y personación.
  - No haberse encontrado en situación irregular.
  - Pasaporte, certificados de penales y médico y copia de la resolución.

## *Autorizaciones laborales por cuenta ajena*

### **REQUISITOS**

- Situación nacional de empleo (Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura-Supuestos Especiales art. 40 LOEXIS).
- Continuidad de la ocupación 1 año.
- Empresas al corriente en S.Social y Hacienda.
- No antecedentes penales (España/Países de origen).
- No en situación irregular (INADMISIÓN A TRÁMITE salvo art. 31.3 LOEXIS).
- Titulación y/o capacitación.
- Condiciones laborales normativa vigente:
  - a) Puestos de confianza.
  - b) El cónyuge o hijo de extranjero residente en España con una autorización renovada.
  - c) Los trabajadores necesarios para el montaje por renovación de una instalación o equipos productivos.
  - d) Los que hubieran gozado de la condición de refugiados.
  - e) Los que hubieran sido reconocidos como apátridas.
  - f) Los extranjeros que tengan a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española.
  - g) Los extranjeros nacidos y residentes en España.
  - h) Los hijos o nietos de español de origen.

- i) Los menores extranjeros en edad laboral con autorización de residencia que sean tutelados.
- j) Los extranjeros que hayan sido titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de temporada, durante cuatro años naturales.

### Requisitos y documentos

No situación irregular, salvo art. 31.3 LOEXIS	Pasaporte Documentos acreditativos
Continuidad ocupación	Contrato-oferta
Empresas al corriente	DNI, CIF, documento público (informes automáticos)
Antecedentes penales	España (de oficio)
Situación nacional de empleo	Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura Documentos acreditativos art. 40 LOEXIS
Titulación y/o capacitación	Homologación, colegiación, experiencia profesional
Condiciones laborales	Contrato-oferta

### EFECTOS

-Eficacia condicionada:

Residencia: Entrada en España.

Trabajo: Alta y/o afiliación a la Seguridad Social.

Extinción (Art. 75.2).

-Solicitud de Tarjeta de Identidad de Extranjeros:

Pago Tasas.

Acreditación Alta en S.Social.

### RENOVACIONES. REQUISITOS:

-Continuidad en la relación laboral.

-Actividad mínimo 6 meses + nuevo contrato.

-Actividad mínimo 3 meses:

Interrupción por causas ajenas.

Búsqueda activa de empleo.

Contrato en vigor.

-Renovación automática art. 38.3 LOEXIS:

Prestación contributiva.

Prestación asistencial.

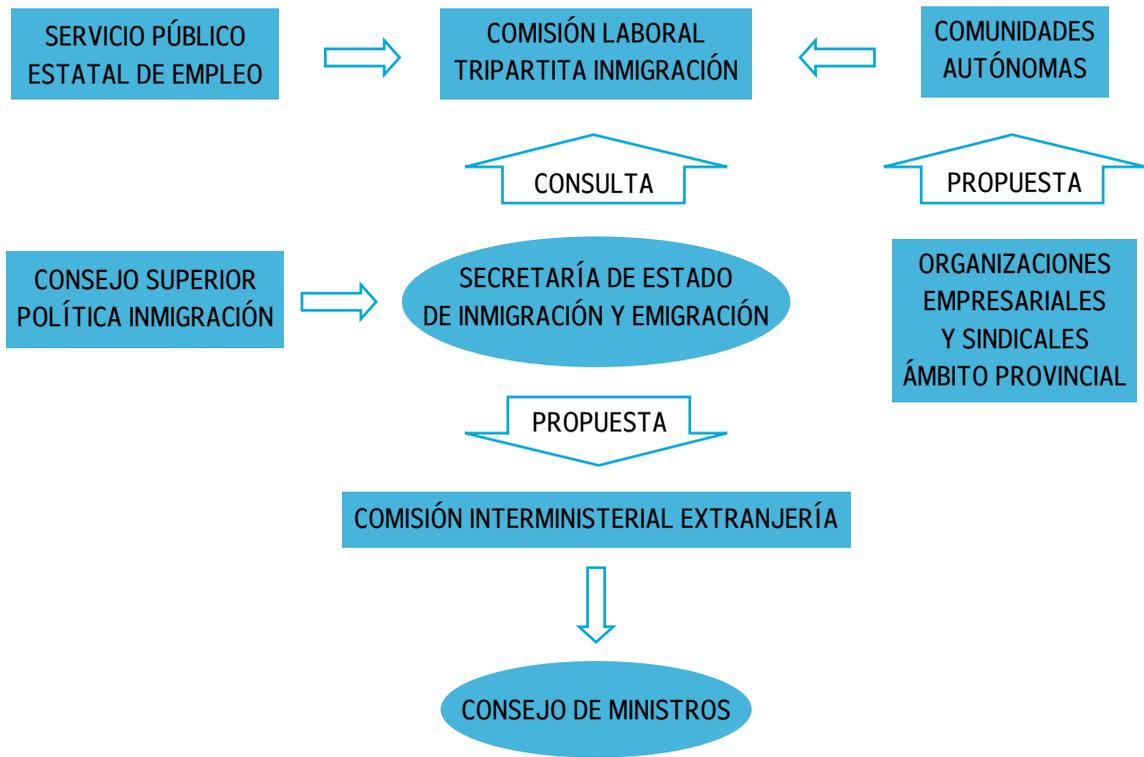
### Contingente

- Contratación programada.
- Carácter genérico (excep.nominativo).
- Contratación en origen.
- Regulación: Acuerdo Consejo Ministros de carácter anual.
- Acuerdos migratorios.
- Cursos de formación.

### Contenido

- Cifra provisional.
- Características de las ofertas.
- Visados de búsqueda de empleo.
- Particularidades procedimiento de temporada.

### Elaboración del contingente



## VISADOS PARA BÚSQUEDA DE EMPLEO

- Hijos y nietos de españoles de origen.
  - Actividades y ámbitos geográficos limitados.
  - Estancia: 3 meses.
  - Contrato-solicitud: 10 días.
  - Eficacia condicionada al alta y/o afiliación en la Seguridad Social.
- [Incumplimiento: No podrá obtener nueva autorización en 2 años]

## *Autorizaciones laborales por cuenta propia*

### REQUISITOS

- Cumplimiento de requisitos apertura y funcionamiento.
- Cualificación profesional.
- Inversión (Orden Ministerial).
- Previsión ingresos primer año.
- No encontrarse en situación irregular.

### PROCEDIMIENTO

- Legitimación y personación. No residentes: Consulado.
- Traslado al órgano competente.
- Resolución: notificación al interesado y comunicación al Consulado.

### EFFECTOS

- Condicionado a la entrada (1 año).

### RENOVACIÓN

- Continuidad.
- Cumplimiento obligaciones tributarias y de seguridad social.

## Modificación de las situaciones de los extranjeros

### *De estancia por estudios a residencia y trabajo (art. 95)*

### REQUISITOS

- 3 Años en situación de estudiante (reducción en casos excepcionales por la Secretaría de Estado).
- Aprovechamiento.

- No beneficiario beca de programas cooperación y desarrollo.
- Resto requisitos art. 50, excepto situación nacional de empleo.

#### EFECTOS

- Autorización de residencia y trabajo inicial por cuenta ajena.
- Posibilidad de reagrupar a familiares de estudiante.

#### *De residencia a residencia y trabajo-ajena y propia (art. 96)*

#### REQUISITOS

- Un año de residencia (excepto circunstancias sobrevenidas (art.96.1) y reagrupados (art. 96.3).
- Requisitos arts. 50 ó 58, excepto situación nacional de empleo y penales.

#### EFECTOS

- Autorización de residencia y trabajo inicial.
- Condicionada al alta y/o afiliación en la Seguridad Social.

#### *De régimen comunitario a régimen general (art. 96.5)*

#### REQUISITOS

- Cesar en tal condición.
- Cumplimiento requisitos generales.

#### EFECTOS

- Autorización de residencia y trabajo en función del tiempo de residencia previo.

#### *De circunstancias excepcionales a régimen general (art. 98)*

#### CARACTERÍSTICAS

- 1 año previo.
- Si autorizaba a trabajar = renovación.
- Si no autorizaba a trabajar = cumplimiento requisitos art. 50 ó art. 58, excepto situación nacional de empleo y penales.

#### EFECTOS

- Autorización de residencia y trabajo en función del tiempo de residencia previo.
- Condicionada al alta y/o afiliación en la Seguridad Social.

### *Compatibilidad de autorización por cuenta propia y ajena (art. 97)*

#### REQUISITOS

- Cumplimiento requisitos de ambas autorizaciones.
- Compatibilidad: duración, jornada laboral, objeto y características.

#### EFFECTOS

- Duración de la autorización principal, excepto contrato inferior.

### *Modificación de autorización de trabajo (art. 99)*

#### INICIALES

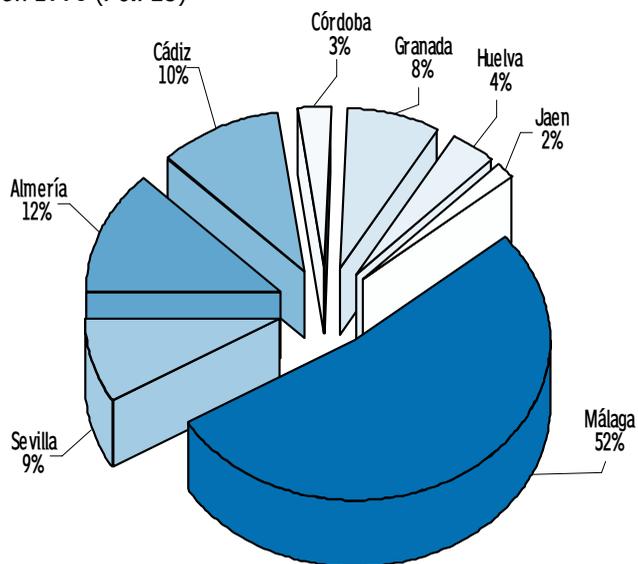
- Sólo ámbito territorial y actividad.
- Consideración de la situación nacional de empleo.
- Competente: órgano que concedió.

#### RENOVACIONES

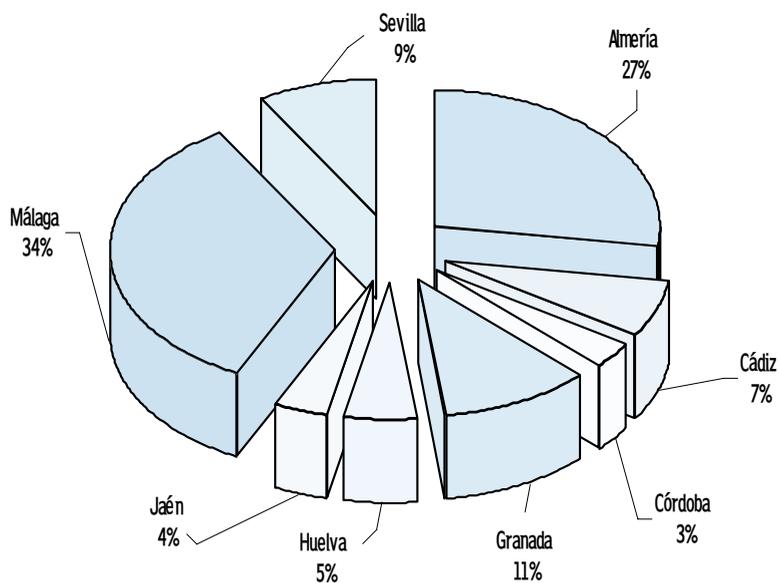
- Mutación cumpliendo requisitos de renovación.
- No ampliación período de vigencia.

## Apéndice estadístico. España, Andalucía, Granada

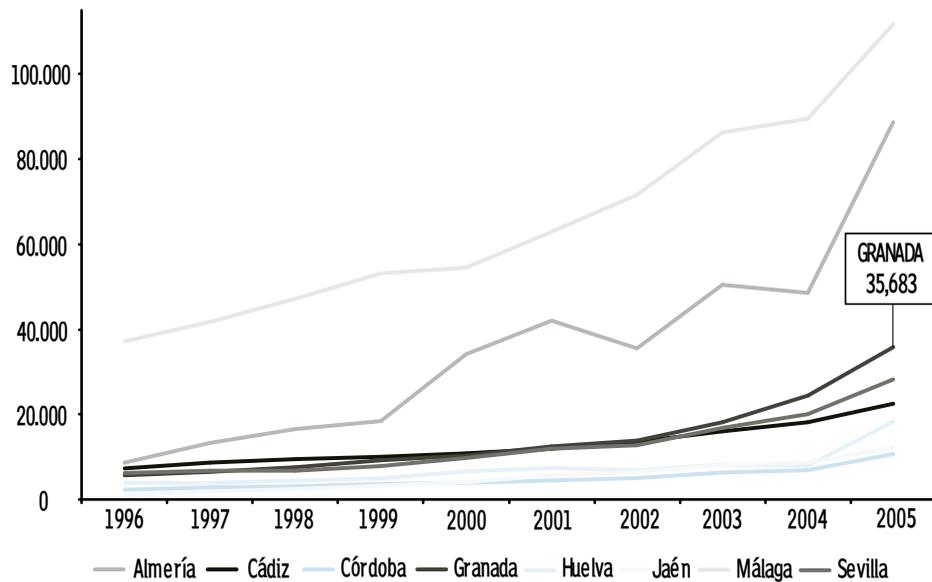
Extranjeros residentes en 1996 (70.725)



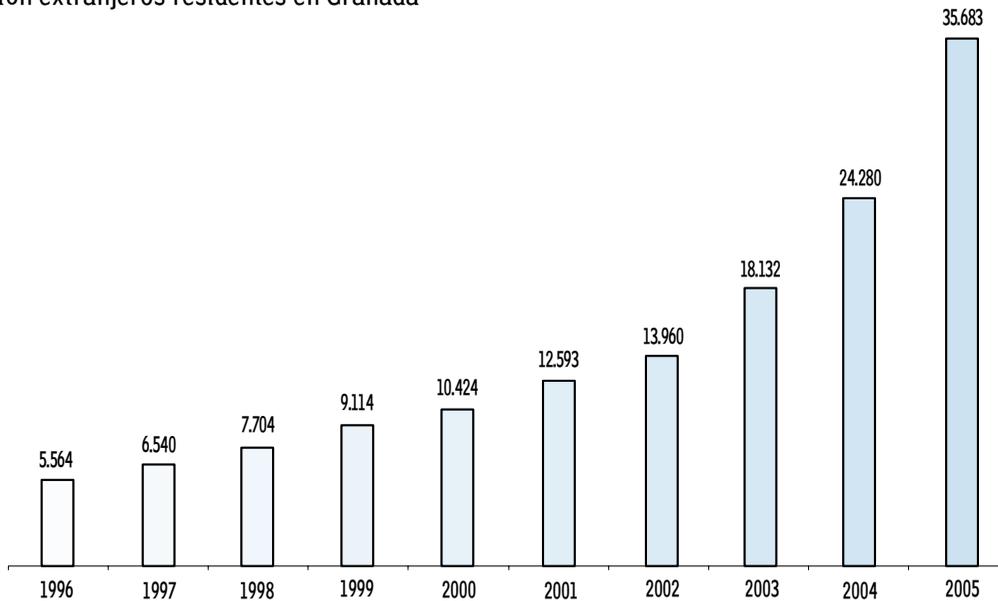
Extranjeros con residencia en vigor a 31-12-2005 (326.831)



### Evolución residentes en Andalucía

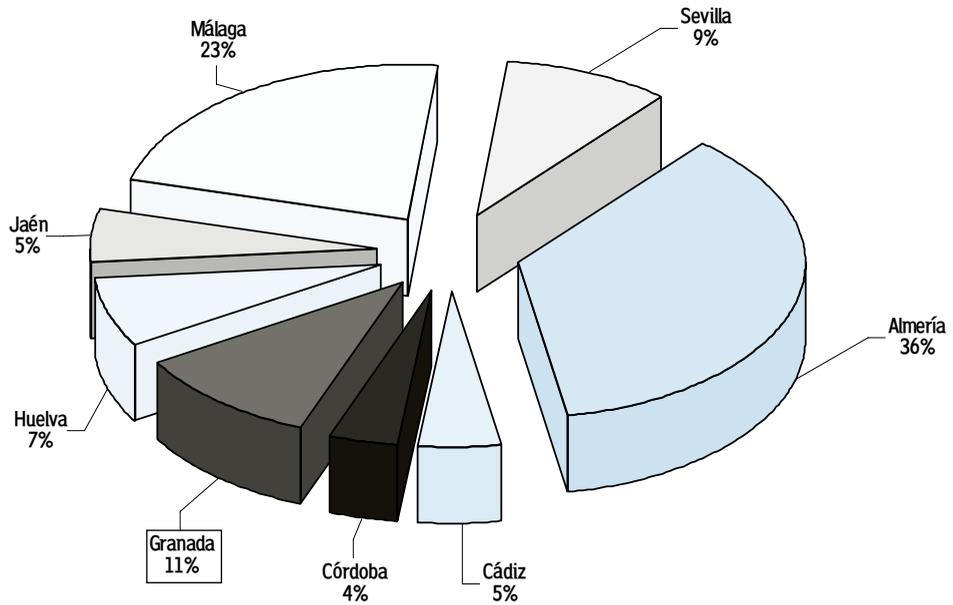


### Evolución extranjeros residentes en Granada



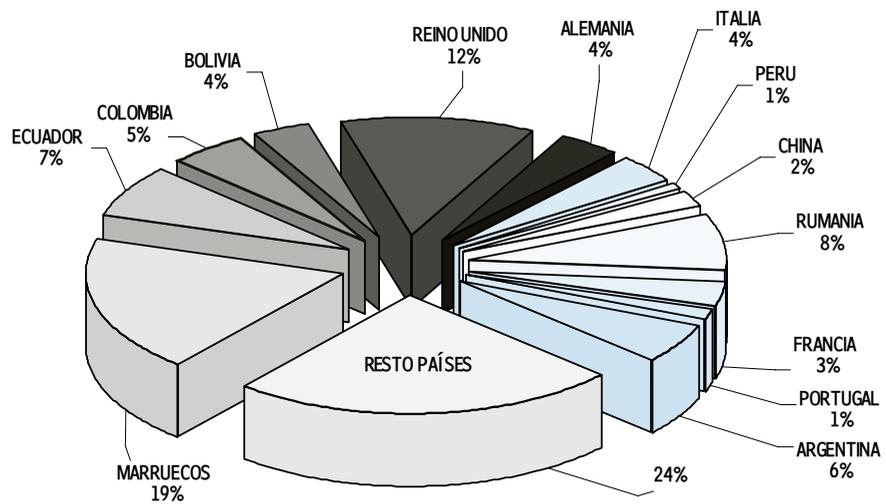
### Distribución residentes Régimen General

Elaboración propia. Fuente: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

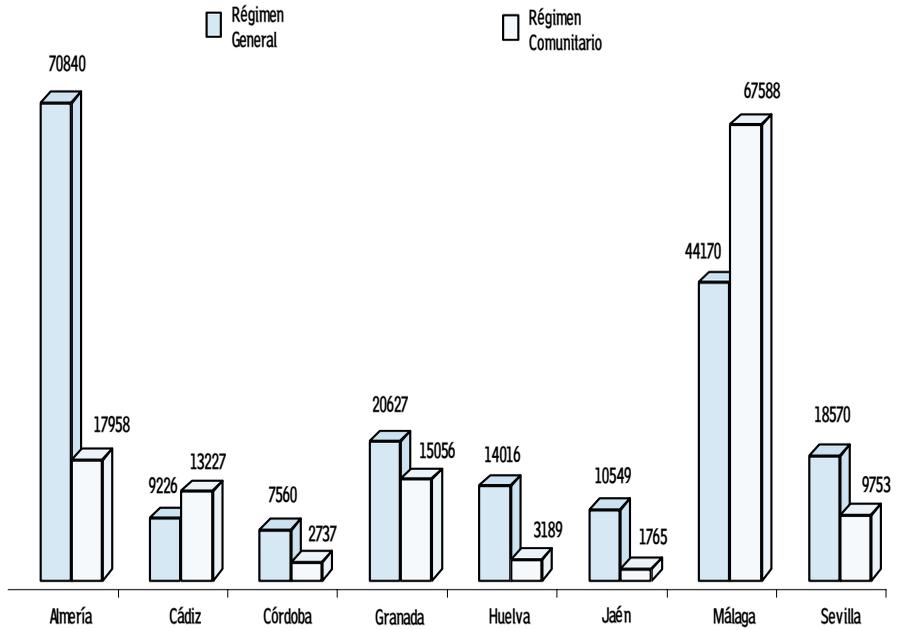


### Residentes extranjeros por países (2005)

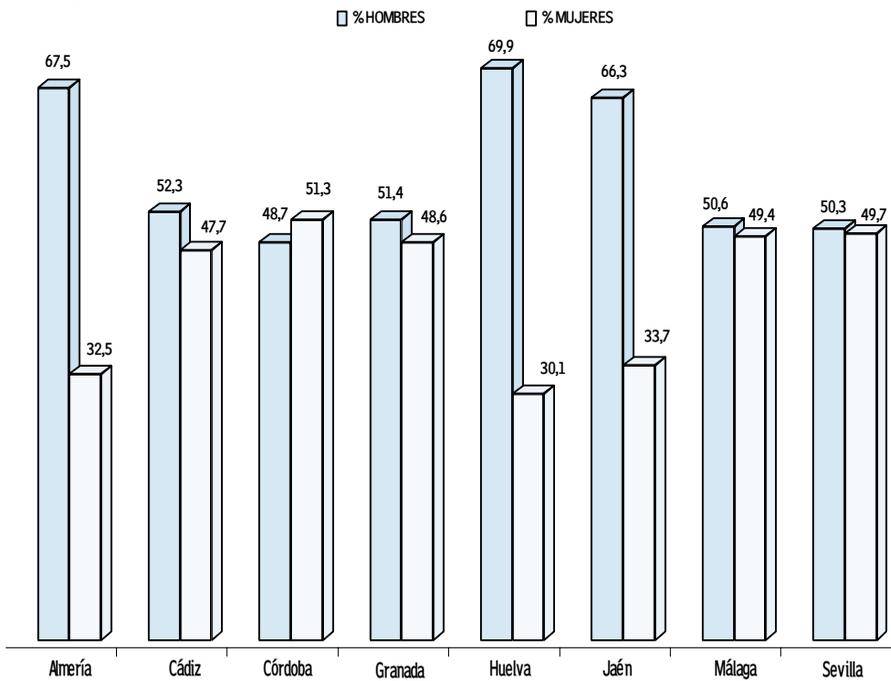
Elaboración propia. Fuente: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.



### Extranjeros según régimen de residencia

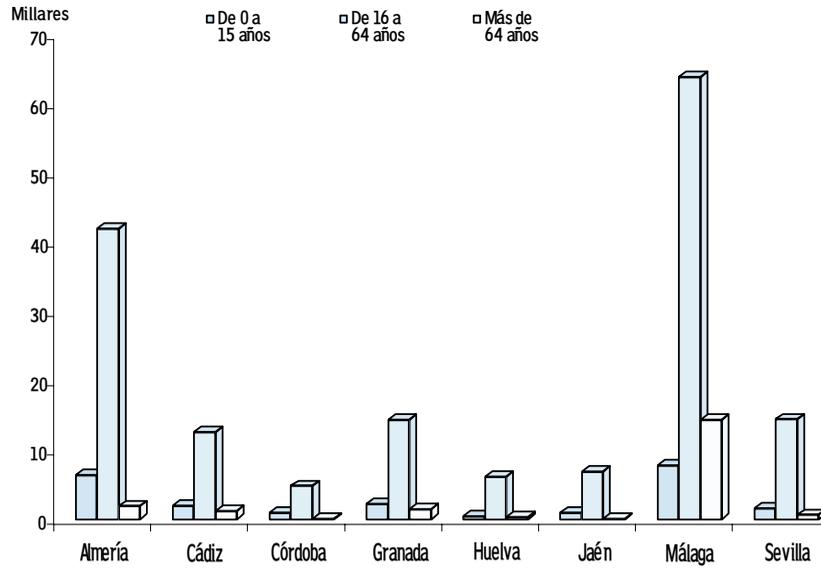


### Porcentaje residentes según sexo



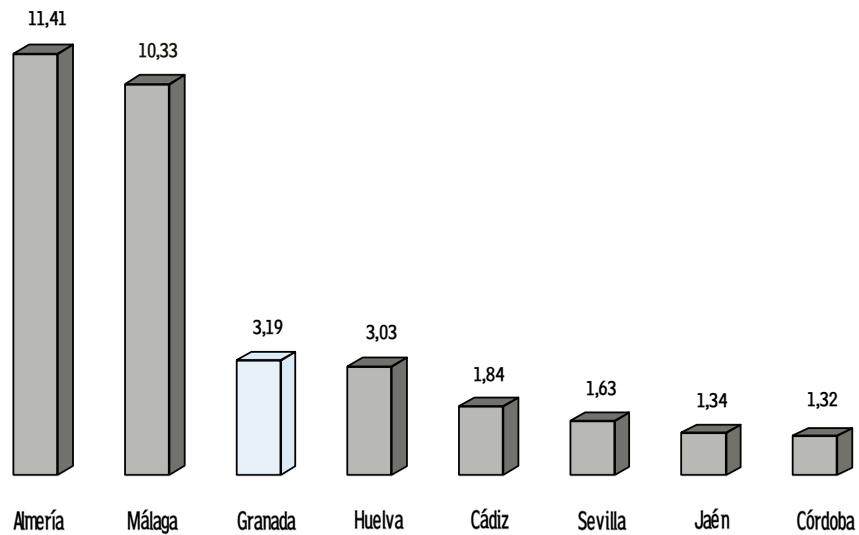
## Residentes según grupos de edad

Elaboración propia. Fuente: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.



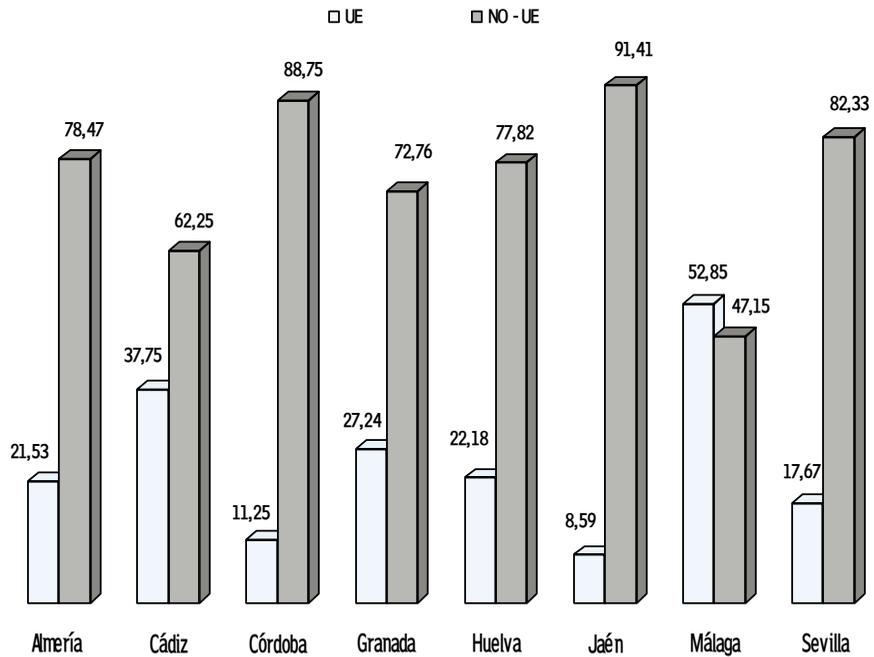
## Porcentaje de extranjeros residentes sobre el total de población (2004)

Elaboración propia. Fuente: Instituto Nacional de Estadística.



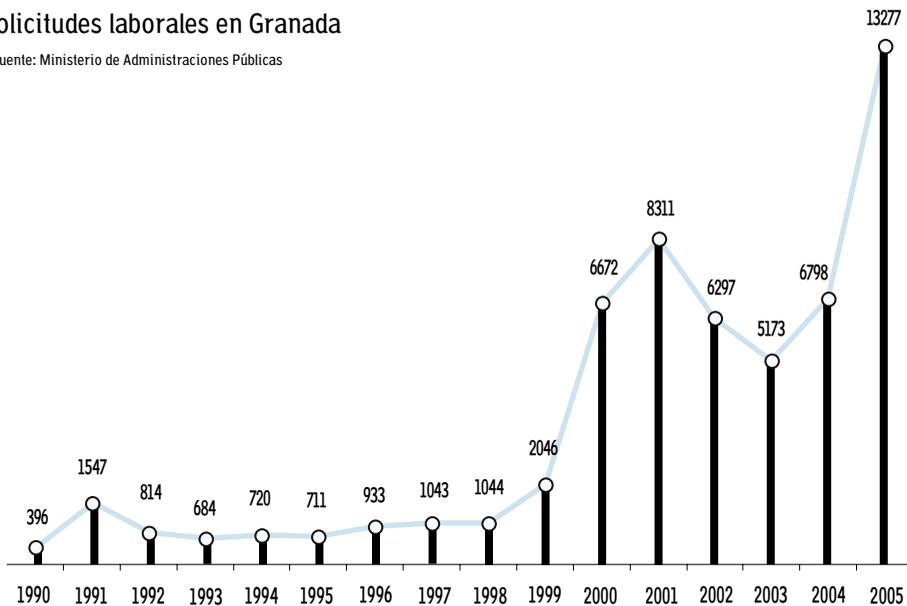
### Porcentaje de extranjeros residentes UE / NO UE (2004)

Elaboración propia. Fuente: Instituto Nacional de Estadística.



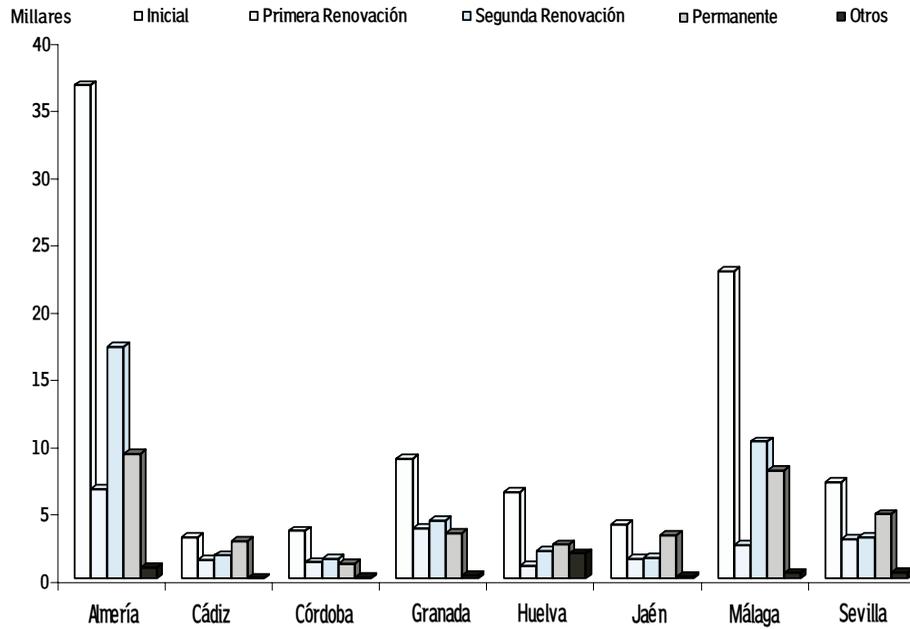
### Evolución solicitudes laborales en Granada

Elaboración propia. Fuente: Ministerio de Administraciones Públicas



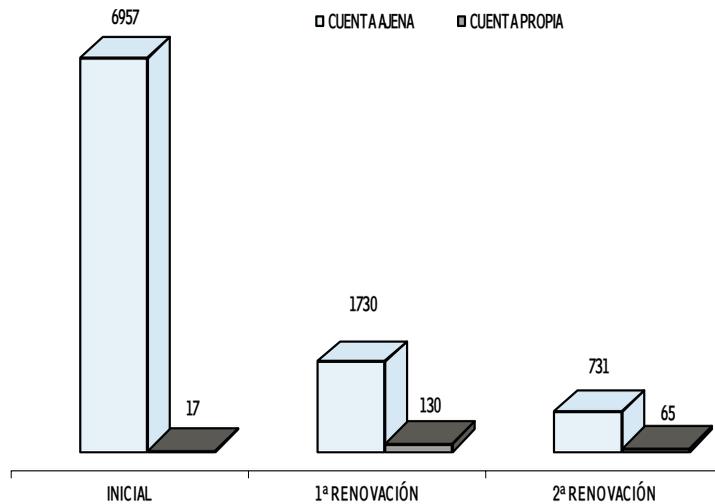
## Permisos iniciales y renovaciones

Elaboración propia. Fuente: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.



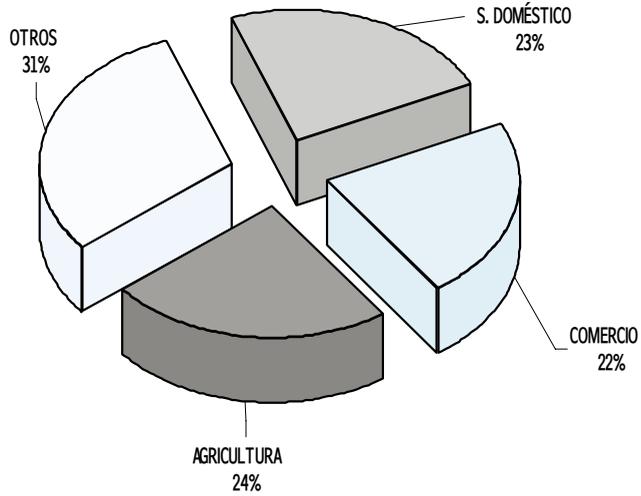
## Iniciales / renovaciones 2005

Elaboración propia. Fuente: Ministerio de Administraciones Públicas



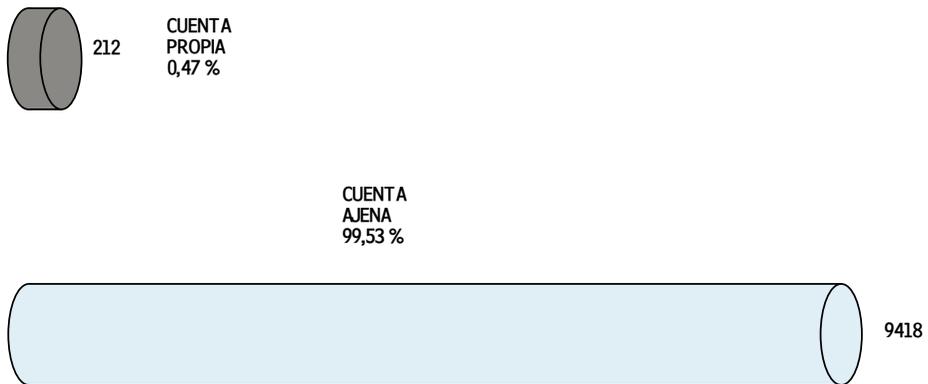
## Sectores de actividad 2005

Elaboración propia. Fuente: Ministerio de Administraciones Públicas



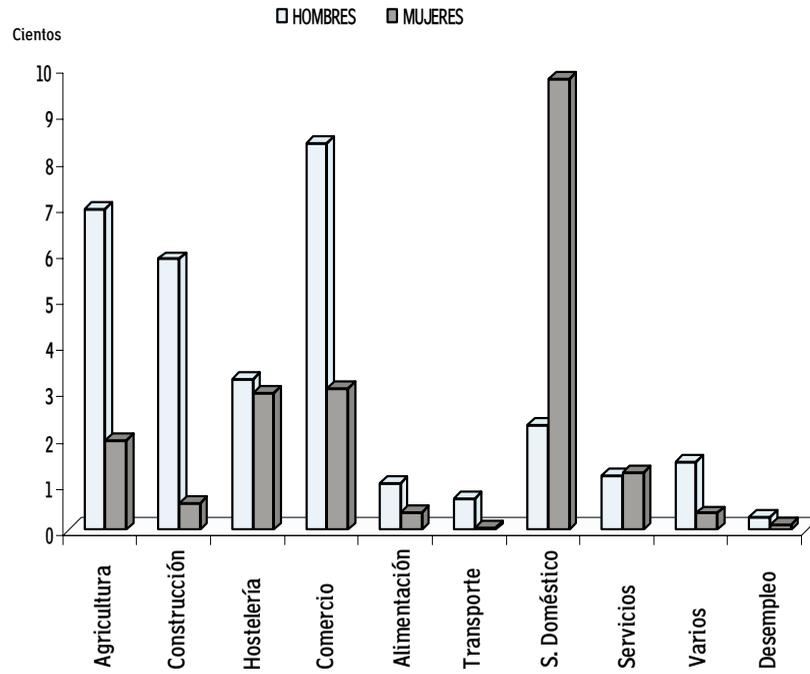
## Dependencia laboral 2005

Elaboración propia. Fuente: Ministerio de Administraciones Públicas



## Distribución según sexo y rama de actividad 2005

Elaboración propia. Fuente: Ministerio de Administraciones Públicas





# Extranjería, inmigración y familia

ELENA ARCE JIMÉNEZ

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba.

## *LO 4/00*

### Artículo 1.2

«Lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados Internacionales en los que España sea parte».

### Artículo 3

Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas.

### *Convención Internacional de Derechos del Niño de 20/11/89 (BOE 31/12/90)*

Menor: todo ser humano menor de 18 años (salvo que en virtud de su ley personal haya alcanzado la mayoría de edad con anterioridad).

Las obligaciones de los Estados firmantes de la Convención alcanzan a TODOS los menores que se encuentren en su territorio (obligaciones no podrán ser unilateral y arbitrariamente recortadas).

### *Observaciones Comité Derechos del niño (39º periodo de sesiones) Observación gral nº 6 (2005)*

Prohibe excluir zonas o áreas del territorio.

Se aplica incluso a menores que son interceptados tratando de penetrar en territorio del Estado.

Estado está obligado no solo a abstenerse de medidas que infrinjan los derechos del menor sino también a tomar medidas que garanticen el ejercicio de esos derechos sin discriminación.

## *Derecho a la intimidad familiar*

### **Art 16.1 LO 4/00**

Los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España.

(Contradicción con art 8 CEDH: toda persona).

## **Reagrupación familiar**

Arts. 16 a 19 LO. Título I (Derechos y libertades) Capítulo II.

Reglamento: 38 a 44 sec. 2º, título IV residencia, capit I residencia temporal.

### *Familiares reagrupables (art.17 LO)*

- Cónyuge.
- Hijos menores de 18 años o incapacitados.
- Menores de 18 o incapaces cuando el residente sea su representante legal.
- Ascendientes.

#### **Condiciones del cónyuge (art. 17.1.a)**

- No separado de hecho o de derecho.
- Matrimonio no celebrado en fraude de ley.
- No cabe la reagrupación de + de 1 cónyuge.
- Si el reagrupante está separado solo podrá reagrupar al nuevo cónyuge si demuestra que: ha existido un procedimiento que fijó la situación del anterior cónyuge respecto a la vivienda común, pensión al cónyuge y alimentos para los menores dependientes.

#### **Condiciones de los hijos (Art 17.1.b)**

- Hijos del residente y de su cónyuge incluidos adoptados.
- Menores de 18 años o incapacitados conforme a a ley española o su ley personal y no estén casados.
- Si son hijos de un solo cónyuge: acreditación del ejercicio exclusivo de la patria potestad o que se le haya otorgado la guarda y estén efectivamente a su cargo.
- Hijos adoptivos se deberá acreditar que la resolución que acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efectos en España.

#### **Otros menores (art.17.1.c)**

- Menores de 18 años o incapacitados cuando el extranjero sea su representante legal.

- La jurisprudencia ha considerado incluidas en ese concepto de representación legal figuras como la Kafala, institución de protección de derecho islámico. STSJA Sección 1ª, Sevilla de 14/09/04.

### Ascendientes (art. 17.1.d)

- Ascendientes del reagrupante o de su cónyuge.
- Cuando estén a su cargo.
- Y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.
- STSJA, Sevilla, Sección 2ª, de 27/05/05 que considera razón suficiente el «dato contundentemente razonable cual es que la apelante pretenda convivir con su hija y su nieta pequeña, cuidando de ésta y atendiéndola mientras su madre trabaja».

### Condiciones para ejercicio del derecho

- Ser residente legal con permiso ¿renovado?.
- Empleo y/o medios económicos suficientes.
- Vivienda adecuada.
- Acreditación del vínculo familiar.
- Art 39.e Reglamento: define «estar a cargo».

### Resumen del procedimiento (arts. 42 y 43 Reg.)

- Reagrupante solicita autorización de residencia temporal para el familiar.
- Se notifica la concesión, el familiar en dos meses solicita visado ante Consulado español en su país.
- Consulado puede denegar visado por varios motivos (art.43.4).
- Reagrupación de los reagrupados (art 40 Reg).
- Ascendientes, supuesto especial: ascendientes con menores.
- Residencia independiente (art 41 Reg).
- Cónyuge reagrupado: autorización para trabajar o 5 años en España.
- Art. 41. 2 supuestos especiales: víctima violencia de género, ruptura del vínculo (acreditar 2 años de convivencia en España).
- Art 41.3 menores. Residencia independiente mayoría de edad+ autorización para trabajar o mayor de edad y 5 años en España.

### Artículo 8.1 del CEDH

«Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y su correspondencia».

Derecho al respeto de la vida familiar.

### Artículo 8 del CEDH

Forma parte de los derechos fundamentales que, según jurisprudencia reiterada del TJCE, están protegidos en el ordenamiento jurídico comunitario.

Derecho a vivir con sus parientes próximos. Obligaciones de los Estados miembros.

Negativas (no expulsar a una persona).

Positivas (obliga a autorizar a una persona a entrar y residir en su territorio).

Inadmisión a trámite o denegación solicitudes de reagrupación familiar: Derechos fundamentales.

1º.- Artículo 18.1: Vulneración del derecho a la intimidad personal y familiar en su vertiente de respeto de la vida familiar, en el sentido del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

2º.- Artículo 19.2: Vulneración de derecho a la residencia, en su vertiente del derecho a elegir libremente su lugar de residencia.

3º.- Artículo 24.1: Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho al procedimiento administrativo.

Directiva 2003/83/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar.

Recurrida al TJCE por el Parlamento europeo. Asunto C 540/03 (STJCE de 27 de junio de 2006).

La Directiva fija los requisitos para ejercer el derecho a la reagrupación familiar conferido a los nacionales de países terceros que residan legalmente en territorio de los Estados miembros.

Medidas sobre reagrupación familiar Requisitos.

Protección de la familia.

Respeto a la vida familiar consagrado en diversos instrumentos internacionales:

- Artículo 8 CEDH.
- Carta Europea de Derechos fundamentales.

Artículo 4

Los Estados miembros deben autorizar la entrada y la residencia, de conformidad con la Directiva, de, entre otros, los hijos menores del reagrupante y de su cónyuge, incluidos los hijos adoptivos cuando tenga el derecho de custodia y los tenga a su cargo.

Artículo 4.1

(exigido por Alemania para aprobar la Directiva)

Excepcionalmente, cuando un hijo tenga más de 12 años y llegue independientemente del resto de su familia, el Estado miembro, antes de autorizar su entrada y su residencia de conformidad con la presente Directiva, podrá verificar si cumple algún criterio de integración previsto por su legislación existente en la fecha de la aplicación de la presente Directiva.

Argumentos del Parlamento europeo

Discriminación basada exclusivamente en la edad del menor, que no está objetivamente justificada y es contraria al artículo 14 del CEDH.

Objetivo de incitar a los padres a hacer venir a sus hijos antes de que cumplan 12 años no tiene en cuenta los imperativos económicos y sociales que impiden a una familia acoger a un hijo durante un período más o menos largo.

Argumentos TCJE

Elección de la edad de 12 años no es un criterio que viole el principio de no discriminación por razón de la edad.

Fase de la vida del menor en la que éste ya ha vivido durante un período relativamente largo en un país tercero sin los miembros de su familia.

Integración en otro ambiente puede resultarle más difícil.

## INTEGRACIÓN

La inexistencia de definición del concepto de integración no puede interpretarse como una autorización conferida a los Estados miembros para utilizar este concepto de forma contraria los principios generales del Derecho comunitario y, más concretamente, a los derechos fundamentales.

Argumentos del Parlamento Europeo

el legislador comunitario ha confundido los conceptos de «criterio de integración» y de «objetivo de integración». uno de los medios más importantes para conseguir la integración de un menor de edad es la reagrupación con su familia...

Es incongruente exigir que se compruebe la integración antes de que el hijo, miembro de la familia del reagrupante, se reúna con él. Ello haría imposible la reagrupación familiar y constituiría la negación de ese derecho.

Artículo 4.6 Directiva

Excepcionalmente, los Estados miembros podrán exigir que las solicitudes relativas a la reagrupación de los hijos menores se presenten antes de los 15 años de edad, si así lo disponen sus legislaciones vigentes en la fecha de aplicación de la presente Directiva.

Si las solicitudes se presentaren después de los 15 años de edad, los Estados miembros que decidan aplicar esta excepción autorizarán la entrada y la residencia de dichos hijos por motivos distintos de la reagrupación familiar.

### Artículo 8.2 CEDH

Permite la injerencia de la autoridad pública en ese Derecho siempre que:

Esté prevista por la ley.

Medida que en una sociedad democrática sea necesaria para la seguridad nacional, seguridad pública, bienestar económico del país, defensa del orden y la infracción de sanciones penales, protección de la salud, de la moral, protección de derechos y libertades del otro.

### Interpretación TJCE y TEDH Artículo 8 CEDH

No garantiza ningún derecho en favor de un extranjero a entrar o residir en el territorio de un país determinado.

Sin embargo, una de sus manifestaciones, es la posibilidad de ejercer el derecho en el mismo lugar geográfico en el que se encuentre uno de los miembros de la citada familia.

Notas sobre el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar y los menores en la regulación actual de la LO 4/00.

### Condiciones para ejercer derecho art 18.2

«... PODRÁN EJERCER EL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN CON SUS FAMILIARES EN ESPAÑA CUANDO HAYAN RESIDIDO LEGALMENTE UN AÑO Y TENGAN AUTORIZACIÓN PARA RESIDIR AL MENOS OTRO AÑO».

### Artículo 42.1 RD 2393/04

«...la solicitud de RF ... que tenga autorización para residir en España durante un año y solicitado la autorización para residir, al menos, otro año».

### Otros menores (art.17.1.c)

Menores de 18 años o incapacitados cuando el extranjero sea su representante legal.

La jurisprudencia ha considerado incluidas en ese concepto de representación legal figuras como la Kafala, institución de protección de derecho islámico. STSJA Sección 1ª, Sevilla de 14/09/04.

### Residencia del hijo de residente legal

### Artículo 94.1 Rd 2393/04

Los hijos nacidos en España de extranjero residente legal adquieren automáticamente la misma autorización de residencia de la que sea titular cualquiera de sus progenitores.

(solicitud personal, acreditar filiación y residencia legal de los padres)

NO CONTEMPLA QUE LOS EFECTOS SE RETROTRAIGAN A LA FECHA DE NACIMIENTO.

Artículo 94.2 R.d. 2393/04

Menores o incapacitados no nacidos en España ¿hijos de españoles? o de extranjeros residentes legales.

Tutelados por un ciudadano o institución española o por extranjero residente legal.

PODRAN OBTENER RESIDENCIA CUANDO:

Acredite permanencia continuada en España durante dos años.

Padres o tutores cumplan requisitos de medios de vida y alojamiento para reagrupación.

Menores en edad de escolarización acreditar escolarización y asistencia regular durante estancia.

Vigencia de la autorización vinculada a la de sus padres o tutores.

Propuesta alternativa: solicitud residencia por artículo 31.3 LO

LA SITUACIÓN EN ESPAÑA DEL MENOR DE EDAD HIJO DE RESIDENTE LEGAL ES UNA SITUACIÓN CLARA DE ARRAIGO Y SE DAN RAZONES HUMANITARIAS PARA AUTORIZAR LA RESIDENCIA.

Estrategia procesal

Ante la inadmisión a trámite o denegación:

Que se retrotraigan los efectos de la resolución a la fecha de la 1ª denegación.

En suplico: solicitar que si se resuelve después de un año: que se documente la residencia con 2ª tarjeta.

Pedir medida cautelar: no solo suspensión salida obligatoria sino autorización residencia.

Hijos españoles de extranjeros en situación documental irregular

Artículo 17.1.c Código civil

Son españoles de origen los nacidos en España cuando en virtud de la ley personal de sus progenitores, el menor no ostente la nacionalidad de origen de sus padres.

(ejemplo: hijos de ecuatorianos nacidos en España).

Jurisprudencia a tener en cuenta:

STJCE de 19 de octubre 2004 (caso chen).

STS de 26 de enero 2005.

STSJPV nº 184/06 de 10 de marzo de 2006.

STC de 4 de abril de 2005.

STS 26/01/05

«Ni las normas sobre extranjería ni el sólo sentido común pueden admitir (...) que pueda expulsarse a la madre de España como una simple extranjera y quede en España el menor con todos los derechos, pero solo y separado de su madre».

quedan vacíos de contenido sus derechos más elementales como ciudadanos de la Unión Europea o como ciudadanos españoles  
(STJCE 19/10/2004)

STSJPV 10/03/06

Aplicando la STJCE (caso chen) e invocando la Directiva 2004/38/CE entiende que se ha de aplicar el artículo 2.c del RD 178/03: aunque se refiera a ascendientes que dependan económicamente del español.

STC 14/04/05

Art. 13.1 CE se refiere al extranjero en España, el que ya ha entrado en nuestro país, circunstancia ésta que actúa como presupuesto de la extensión de derechos que lleva a cabo el art. 13.1 CE

«no tiene como finalidad reconocer derechos, en general, a los miles de millones de ciudadanos extranjeros que se encuentran en otros países ni, en concreto, convertir en derecho fundamental la eventual expectativa de entrar en España de todos los extranjeros que están fuera de nuestro país y que se presenten en nuestras fronteras, sino, precisamente, regular la posición jurídica de los extranjeros que ya se encuentran en España».

«circunstancias específicas que cualifican la situación»

1º.- Régimen jurídico del derecho de asilo (art. 13.4 CE)

2º.- Ciudadanos de la Unión Europea

3º.- Extranjeros que ya estén residiendo legalmente en España y pretendan entrar en el territorio nacional después de haber salido temporalmente

4º.- Supuestos de reagrupación familiar.

# Acceso a la regularidad documental desde situaciones de irregularidad: autorizaciones por circunstancias excepcionales. Arraigo.

FRANCISCO MIGUEL DORADO NOGUERAS

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Granada

## Situaciones de los extranjeros en España (I)

Tránsito territorial (hasta 5 días) o aeroportuario  
Estancia (regla general: hasta 3 meses por semestre)

## Situaciones de los extranjeros en España (II)

Residencia temporal (desde 90 días hasta 5 años)  
Por circunstancias «habituales»  
Ordinaria (simple residencia o de trabajo y residencia)  
Por reagrupación  
De hijos o tutelados menores de edad o incapacitados mayores  
Nacidos en España de extranjeros residentes  
No nacidos en España de español no originario (?) o extranjero residente  
Por circunstancias excepcionales

## Situaciones de los extranjeros en España (III)

Residencia permanente (indefinida. Renovable x5 A.)

Regímenes especiales de estudiantes, menores no acompañados, refugiados, apátridas e indocumentados.

### La situación de irregularidad

¿PRESUPUESTO NECESARIO PARA SOLICITAR AUT. C. EXCEPCIONALES?

LAS PARADOJAS DE LA IRREGULARIDAD:

EL SISTEMA DISEÑADO CONTRA LA ECONOMÍA SUMERGIDA LA CONSIENTE, Y ¿ALIENTA?

EL SISTEMA DISEÑADO CONTRA LA INMIGRACIÓN CLANDESTINA LA TOLERA Y PREMIA.

¿HAY OTRA SOLUCIÓN?

LA ESTRICTA ILEGALIDAD GENERA EXPECTATIVAS DE Dº.

CRIMINALIZAR EL TRABAJO IRREGULAR GENERA MÁS PROBLEMAS QUE VENTAJAS?

NO SE DEFINE COMO SITUACIÓN ADMISIBLE AUNQUE INSPIRA TODA LA NORMATIVA COMO VÁLVULA DE ESCAPE

P. DE OPORTUNIDAD: DE LA E. VISA AL ARRAIGO

Residencia por circunstancias excepcionales

«La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo , así como por razones humanitarias , de colaboración con la Justicia

u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente . En estos supuestos no será exigible el visado».

Artículo 31. 3 LOEXIS (ex. L.O. 14/03)...

...Art. 31 .4 LOEXIS (redacción L.O. 4/2000)

«Podrá otorgarse un permiso de residencia temporal cuando concurren razones humanitarias, circunstancias excepcionales o cuando se acredite una situación de arraigo, en los supuestos previstos reglamentariamente»

¿La reforma de este artículo sólo introdujo una mejora técnica o fue más de fondo?

EXPOSICIÓN MOTIVOS LEY 14/2003 APARTADO IV (PÁRRAFO 9)

«en el ámbito de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales... (los) ...

perfiles se modifican mediante la inclusión en la Ley, en unos supuestos de manera concreta y en otros de manera más genérica de supuestos excepcionales , habilitando al reglamento para una regulación más precisa de qué situaciones tendrán cabida dentro de este enunciado genérico» ...

### Residencia por circunstancias excepcionales

La Ley no limita las posibles circunstancias excepcionales sino que establece tres que siempre deberán existir...

Arraigo

Razones humanitarias

Colaboración con la Justicia

Y habilita al reglamento para que determine otras posibles (protección internacional e interés público).

No habilita, sin embargo, para que el Reglamento innove límites a los conceptos «arraigo», «razones humanitarias» y «colaboración con la Justicia»

En definitiva:

LA REFORMA CLARIFICA EL CONCEPTO «CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES» (TODAS LAS DEL ART. 31. 3 ACTUAL LO SON y SE UNIFICAN EN ESTA CATEGORÍA)  
PERO ADEMÁS CAMBIA LA CONFIGURACIÓN DEL ARRAIGO OTORGÁNDOLE UN ÁMBITO DE PROTECCIÓN LEGAL Y NO TAN SÓLO REGLAMENTARIO COMO PREVEÍA LA L.O. 4/2000

Circunstancias excepcionales en la Ley y en el Reglamento :

Protección internacional

Razones humanitarias

Colaboración con la Justicia

Interés público o Seguridad nacional

Arraigo

EXISTEN 2 NIVELES DE CONFIGURACIÓN: EL LEGAL Y EL REGLAMENTARIO

Circunstancias excepcionales por razones de:

Protección internacional

17. 2 Ley asilo y 31. 3 rgto. (riesgo para la vida o integridad física)

Desplazados (RD 1325/03)

31. 4 y 34. 1 Rgto. asilo (razones humanitarias)

Circunstancias excepcionales por:

Razones humanitarias

Víctimas (condiciones abusivas, tráfico mano obra, inmigración clandestina y discriminación grave o violencia doméstica. Ver instrucción 14/2005 de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre actuación policial).

Enfermedad sobrevenida (¿no congénitas? Las enfermedades casi siempre son sobrevenidas ahora bien, ¿a qué?)

Peligro para la seguridad personal o familiar

Circunstancias excepcionales por:

Colaboración con la Justicia (jueces, fiscales, policía y administración)

Pendiente de elaboración instrucción al respecto

Circunstancias excepcionales por:

Interés público o

SEGURIDAD NACIONAL (aunque son causas independientes –ex. Art. 45. 5 del Rgto.- se pretenden regular acumuladamente a la de colaboración con la justicia)

El ARRAIGO SEGÚN EL RGTO. se reduce a:

Familiar

Hijos de padre/madre español de origen (45. 2. c) Rgto.)

Con extranjeros residentes (45. 2. b) inciso 1º Rgto.)

Laboral (45. 2. a) Rgto.)

Por inserción social (45. 2. b) inciso 2º Rgto.)

## Concepto de arraigo

Arraigar: «Establecerse de manera permanente en un lugar, vinculándose a personas (lazos familiares incluso extensos) y cosas (propiedades)».

La jurisprudencia establece que son los «vínculos del extranjero en el lugar en que reside, ya sean de tipo económico, social, familiar, laboral o de otro tipo» (SSTS 11 abril 2000, 14 de marzo 2002, 16 julio 2002, Sentencia TSJA de 19 de octubre de 2.004, Sentencia TSJA de 27 de mayo de 2.005, Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo nº 3 de Córdoba 6 de junio de 2.005 y Sentencia de 30 de septiembre de 2005 del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº Dos de Bilbao, entre muchas otras).

### ARRAIGO FAMILIAR CON ESPAÑOLES DE ORIGEN

Artículo QUE HAY QUE LEER JUNTO al art. 94 que está pensado sólo para españoles de 2ª categoría (los nacionalizados).

No exige períodos previos de residencia

Estrictamente no es una situación de arraigo pues dichos españoles pueden estar fallecidos y ello no entorpecería el proceso.

### ARRAIGO FAMILIAR CON EXTRANJEROS RESIDENTES

PARA CÓNYUGES, ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES (EN PRIMER GRADO o ¿LÍNEA DIRECTA?) DE EXTRANJEROS RESIDENTES (AUNQUE NO ESTÉN EN SITUACIÓN DE REAGRUPAR)

PERMANENCIA (LEGAL O ILEGAL) DURANTE 3 AÑOS (MAX. 120 DÍAS FUERA)

ACREDITADA PREFERENTEMENTE CON DOCS. PUBS.

CARECER DE PENALES EN ESPAÑA, SU PAÍS Y EL DE ORIGEN

NO SER INADMISIBLE NI FIGURAR EN SIS

NECESIDAD DE CONTRATO DE 1 AÑO REQUISITO DISPENSABLE:

POR OFICIO MUNICIPAL?

EN UN PSEUDOINFORME DE INSERCIÓN SOCIAL NO PREVISTO

POR LA SUBDELEGACIÓN DE OFICIO?

### ARRAIGO LABORAL

La instrucción provisional de 3 de agosto 2005 establece los siguientes REQUISITOS:

Permanencia (legal o ilegal) durante 2 años (max. 90 días fuera) acreditada preferentemente con docs. pubs.

Carecer de penales en España, su país y el de origen

No ser inadmisibile ni figurar en SIS

Mostrar trabajo c/a durante 1 año con uno o más empleadores

Mediante sentencia (firme?) del J. de lo Social

Por resolución confirmatoria del acta de infracción de la I. de Trabajo y S.S.

No actas CMAC

No hay que aportar precontrato nuevo y se autorizará por 1 año sin ver la SNE y sin limitaciones geográficas o de actividad

El arraigo por inserción social

La instrucción de 22 de junio 2005 establece los siguientes REQUISITOS:

Permanencia (legal o ilegal) durante 3 años (max. 120 días fuera) acreditada preferentemente con docs. pubs.

Carecer de penales en España, su país y el de origen

No ser inadmisibles ni figurar en SIS

Contar con contrato de trabajo de 1 año mínimo (requisito dispensable para autónomos, p. ej.)

Presentar informe de inserción social municipal.

#### CONTENIDO DEL INFORME DE INSERCIÓN SOCIAL

-Tiempo de permanencia del trabajador extranjero en dicho Municipio (especificando el que consta al Ayuntamiento)

-Los medios de vida con los que cuente

-Su grado de conocimiento de la lengua o lenguas oficiales en la Comunidad Autónoma en la que esté ubicada el Municipio

-La inserción del trabajador extranjero en las redes sociales de su entorno

-Los programas educativos o de formación laboral en instituciones públicas o privadas en los que haya participado o participe el trabajador extranjero o sus familiares directos

-Cuántos otros extremos puedan servir para determinar su grado de arraigo, incluyendo, siempre que sea posible, los referidos a la vivienda en la que tiene su domicilio.

El arraigo por inserción social:

- El informe de inserción social como acto administrativo y prueba pericial

- Elaboración bajo el p. de buena fe.?

- Vinculan las instrucciones a los municipios?

- Son vinculantes los informes?

- Informes u oficios?

- Recomendaciones para eximir de contrato laboral?

- Quién financia este incremento de funciones?

- Quién debe elaborar los informes?

- Problemas derivados de residencias sucesivas en distintos municipios

- Qué inserción social puede tener el irregular? Necesitamos modificaciones legales. Ej. Acceso a cursos formativos

-La entrevista en las solicitudes de arraigo

-La prueba de la permanencia

«Sin perjuicio de la presentación de otros documentos registrados o emitidos por los Ayuntamientos, se presume acreditada la permanencia cuando así conste a través del padrón del municipio en el que el extranjero tenga su domicilio habitual».

Como no podía ser de otro modo según la LBRL

VER JURISPRUDENCIA RECIENTE SOBRE EL PROCESO DE NORMALIZACIÓN. EJ. S. 28/10/05

Juzgado c-a nº 2 Santander; o S. 22/9/05 del nº 1 de Alicante... en las que se admiten todo tipo de pruebas admisibles en Derecho para acreditar la permanencia en España.

La labor de los municipios como núcleos básicos de interrelación e integración.

-Nuevos roles del municipio en materia de extranjería:

Informes habitabilidad

Para reagrupación

Para legalización documental de menores

ENCARP

Informes de inserción social

Acogida, información, orientación y asesoramiento jurídico

Mediación intercultural

Sensibilización poblacional

-Valoración de este nuevo protagonismo

# Aspectos generales del Derecho de Extranjería. Evolución y marco competencial

SANTIAGO YERGA COBOS

Delegación del Gobierno de Cádiz

## Evolución-involución del derecho de extranjería

- Una legislación en permanente reforma.
- Un fenómeno en permanente evolución.

## Recorrido histórico

### *Marco legal*

LO 7/85, de 1 de julio.

LO 4/00, de 11 de enero.

LO 8/00, de 22 de diciembre.

LO 11/03, de 29 de septiembre.

LO 14/03, de 20 de noviembre.

## Recorrido histórico (II)

### *Marco reglamentario*

RD 1119/86, de 25 de mayo.

RD 155/96, de 26 de febrero.

RD 864/01, de 1 de julio.

RD 2393/04, de 30 de diciembre..

## Papel de las Administraciones Públicas

### *1ª Fase*

Inexistencia del concepto inmigración: Consideración exclusiva de la extranjería.

Ausencia de política migratoria.

Responsabilidad exclusiva de las ONGs.

Aplicación del principio de especificación.

### *2ª Fase*

Asunción de la inmigración como espacio diferente a la extranjería.

Tendencia al liderazgo por parte de las Administraciones.

Fomento del principio de normalización.

### *Perspectivas de futuro*

- Mayor implicación europea.
- Prevalencia del criterio seguridad.
- Igualación del marco de derechos entre nacionales y residentes regulares.
- Tensión inclusión-exclusión del ordenamiento jurídico de las personas en situación administrativa irregular.

## Normativa y marco territorial de actuación en Andalucía

### *Marco constitucional*

Artículo 13 de la Constitución: Triple clasificación de derechos por el TC.

Artículo 149.1.2ª de la Constitución.

Competencia exclusiva del Estado en las siguientes materias:

Nacionalidad.

Inmigración.  
 Emigración.  
 Extranjería.  
 Derecho de asilo.

### *Normativa estatal*

Ley Orgánica 4/00, de 11 de enero, modificada por la LO 8/00, de 22 de diciembre; LO 11/03, de 29 de septiembre; LO 14/03, de 20 de noviembre.

RD 2393/04, de 30 de diciembre, Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica.

RD 178/03, de 14 de febrero, estancia y permanencia de ciudadanos comunitarios.

### *Normativa autonómica*

Estatuto de Autonomía:

Los actuales Estatutos de Autonomías: Imprevisión del fenómeno.

Tendencia futura: la contemplación del fenómeno migratorio en el futuro Estatuto de Autonomía.

Planes Integrales de Inmigración.

Plan Integral para Andalucía.

Planes Provinciales.

### *Normativa autonómica (II)*

Educación.

Empleo y Trabajo.

Sanidad y Salud.

Seguridad Social y Servicios Sociales.

Vivienda.

Asistencia jurídica gratuita.

Menores.

Cultura.

Etc.

### *Normativa local*

Ley de Bases de Régimen Local (Ley 7/85).

Empadronamiento.

Derechos del empadronado: Art. 18 LBRL.

Ordenanzas municipales.

## La interpretación jurisprudencial

La jurisprudencia como «re-creación» del derecho de extranjería.

Asistencia jurídica gratuita: Extensión.

Regulación de ciudadanos/as comunitarios:

El RD 864/01, de 20 de julio.

Influencia evidente en la más reciente configuración legal del derecho de extranjería.

La «legalización» del Reglamento de extranjería.

## Pilares de la política migratoria española

1. Adaptación a los principios de actuación comunitaria.

2. Control del flujo migratorio.

3. Lucha contra la inmigración irregular.

4. Integración de las personas migrantes.

5. Incremento de la cooperación internacional.

## Coordinación de los poderes públicos

Consejo Superior de Política de Inmigración.

Representantes:

Estado.

Comunidades Autónomas.

Municipios.

Funciones: Informar sobre el empleo y la integración social de los inmigrantes.

Foro para la Integración Social de los Inmigrantes.

Representantes:

Administraciones Públicas.

Asociaciones de inmigrantes.

Organizaciones sociales de apoyo, entre ellas sindicatos y organizaciones empresariales.

Órgano de consulta, información y asesoramiento.

Foros para la Inmigración en Andalucía.

Foro Andaluz para la Inmigración.

Regulación.

Funciones.

Composición.

Foros Provinciales para la Inmigración.  
Regulación.  
Funciones.  
Composición.

## El nuevo diseño autonómico de la inmigración. Perspectivas de futuro de la inmigración en Andalucía

### *El nuevo Estatuto de Autonomía*

Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía aprobada por el Pleno del Congreso de los Diputados el día 2 de noviembre pasado.  
Adecuación a la realidad andaluza y española.  
Incorporación de los nuevos retos de la sociedad andaluza.  
Rediseño del panorama jurídico - administrativo de la inmigración en Andalucía.

### *Inclusión de la inmigración en el Estatuto*

Incorporación de la inmigración al Estatuto.  
Reconocimiento de la inmigración como eje/motor de la sociedad andaluza.  
Tratamiento integral de la inmigración:  
Vocación de transversalidad.  
Asunción de nuevas competencias.  
Constitucionalidad de la nueva distribución de competencias.

### *La inmigración en la Propuesta de Estatuto de Autonomía*

Espacios de intervención:  
Condición política.  
Objetivos y principios de la Comunidad Autónoma Andaluza.  
Gestión del fenómeno migratorio.  
Cooperación internacional.  
Situación actual:  
Existencia de textos anteriores: País Valenciano y Cataluña.  
Aprobación por el Poder Legislativo del Estado.  
Pendencia de ratificación mediante referendum.

### *Objetivos y principios de la Propuesta de Estatuto en relación con la inmigración*

Objetivo de la Comunidad: La integración social, económica, laboral y cultural de los inmigrantes en Andalucía (art. 10.17º).

### *Principios rectores de las políticas públicas*

- La integración laboral, económica, social y cultural de los inmigrantes (art. 37.9°).
- El fomento de las relaciones interculturales (art. 37.23°).

### *Condición política de andaluz e inmigración*

- Dentro del marco constitucional, se establecerán los mecanismos adecuados para promover la participación de los ciudadanos extranjeros residentes en Andalucía (art. 5.3).
- Todas las personas que viven en Andalucía gozan como mínimo de los derechos reconocidos en la DUDH y demás instrumentos europeos e internacionales de protección de los mismos ratificados por España (art. 9).
- Sin perjuicio de los derechos de participación que les garantiza el ordenamiento de la UE, y dentro del marco constitucional, se establecerán los mecanismos adecuados para hacer extensivo a los ciudadanos de la UE y a los extranjeros residentes en Andalucía los derechos de sufragio, participación pública y petición (art. 30.2).

### *Las nuevas competencias en materia de inmigración*

- Las políticas de integración y participación social, económica y cultural de los inmigrantes.
- Competencia ejecutiva en materia de autorizaciones de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Andalucía, en necesaria coordinación con la competencia estatal en materia de entrada y residencia. Incluye la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo, la tramitación y resolución de los recursos presentados y la aplicación del régimen de inspección y sanción.
- La Comunidad Autónoma participará en las decisiones del Estado sobre inmigración con especial trascendencia para Andalucía y, en particular, la participación preceptiva previa en la fijación del contingente de trabajadores extranjeros.

### *Cooperación Internacional*

El pueblo andaluz participa de la solidaridad internacional con los países menos desarrollados promoviendo un orden internacional basado en una más justa redistribución de la riqueza.

La Comunidad Autónoma de Andalucía desplegará actividades de cooperación al desarrollo en dichos países, dirigidas a la erradicación de la pobreza, la defensa de los derechos humanos y la promoción de la paz y los valores democráticos, particularmente en Iberoamérica, el Magreb y el conjunto de África.

### *El texto andaluz en relación con otros textos de reforma*

Textos tramitados o en trámite: País Valenciano, Cataluña, Andalucía, Baleares y Canarias.

Principales diferencias:

Diferentes perspectivas acerca de la inmigración.

Condición de ciudadano/a e integración.  
Servicios Sociales vs. Laboralización.  
Distintas visiones acerca de la cooperación.



# Inmigración y trabajo. Autorizaciones de trabajo y residencia

MAX ADAM ROMERO

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla

## Extranjeros que no viven en España

### *Regimen general*

Extranjeros que residen en su país y han obtenido visado para trabajar:

- Obtendrán permiso de residencia y trabajo de 1 año.
- Limitado a un ámbito geográfico y a un sector de actividad.
- Solo será posible la contratación si lo permite la situación nacional de empleo y en ocupaciones que no son cubiertas por españoles.

### *Residencia de duración determinada (hasta 1 año)*

- Trabajos de temporada o campaña.
- Trabajos de obra o servicios.

### *Contingente*

- Contratación programada de extranjeros en sus países a partir de ofertas de empresarios.
- Se establecerá un número de visados de búsqueda de empleo limitados a determinados sectores con una vigencia de 3 meses.

★ Países con los que España tiene acuerdos bilaterales: Rumania, Colombia, Marruecos, Polonia, Ecuador, R. Dominicana, Bulgaria.

## Trabajo por cuenta ajena

- Legitimación del empresario.
- Puestos de difícil cobertura o gestión negativa ante el S.A.E.
- Necesidad de cotización.
- Tarjeta de identidad de extranjero (TIE).

## Supuestos preferenciales de autorización de trabajo

- Cónyuge o hijo de extranjero residente con autorización renovada.
- Hijo de español nacionalizado o comunitario con 1 año de residencia.
- Los que han gozado de la condición de refugiado en el año anterior.
- Los reconocidos como apátridas y que han perdido tal condición.
- Quienes tengan ascendientes o descendientes de nacionalidad española a su cargo.

## Los residentes nacidos en España

- Hijos o nietos de español de origen.
- Los que han recuperado la condición de residente después de 2 años sin renovar.
- Los que han obtenido autorización de residencia tras 5 años de permanencia.
- Titulares de autorización de trabajo de temporada por 4 años naturales.

## Renovación cuenta ajena

- Persiste o se renueva contrato u oferta de trabajo que motivo concesión inicial, cuando se cuente con nueva oferta de empleo en los términos que establezca el reglamento.
- Si se le hubiere otorgado una prestación contributiva por desempleo, por el tiempo de duración de dicha prestación.
- Si es beneficiario de una prestación económica asistencial destinada a su reincursión social o laboral durante su plazo de duración.
- Cuando concurren las circunstancias que se establezcan reglamentariamente.

## Renovación cuenta ajena

- A partir de la primera concesión, los permisos se concederán sin limitación alguna de ámbito geográfico, sector o actividad.

## Trabajo por cuenta propia

- Requiere visado de residencia y trabajo.

Para obtener visado es necesario:

- Ser mayor de 16 años.
- Tener Autorización Administrativa de Residencia temporal y trabajo por cuenta propia.
- Requisitos (artículo 58 Reglamento).
  - los exigidos a los nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad.
  - cualificación profesional exigible o experiencia acreditada en el ejercicio de la actividad, titulación homologada y colegiación en su caso.
  - acreditar inversión suficiente.
  - acreditar incidencia en la creación de empleo.
  - previsión de beneficios que la actividad producirá durante el 1er año.
  - carecer de antecedentes penales en España y en su país de anterior residencia.
  - no hallarse irregularmente en España.

### *Procedimiento*

- Presentación de la solicitud ante la oficina consular española del país de residencia del extranjero.
- La oficina consular da traslado al órgano competente en España.
- La concesión estará condicionada a la expedición del visado y la efectiva entrada del trabajador en España.
- En el plazo de 1 mes de notificada la concesión de la autorización deberá solicitar el correspondiente visado ante el Consulado.
- Deberá entrar en España dentro de los 3 meses de concedido el visado.
- En el plazo de 1 mes desde la entrada deberá:
  - Solicitar Tarjeta de Identidad de Extranjero.
  - Darse de alta en la Seguridad Social.

### *Efectos del Visado*

- El visado incorporará la autorización inicial de residencia y trabajo, cuya vigencia comenzará a partir de la entrada en España.

- La autorización inicial tendrá una duración de 1 año.

### *Requisitos para la renovación*

- Continuidad en la actividad.
- Acreditar cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social.
- Solicitarla dentro de los 60 días previos a su vencimiento.
- Renovación: vigencia de 2 años. Si la administración no resuelve en el plazo de 3 meses de la solicitud, se produce por silencio positivo.

### Modificaciones en la situación de residencia

El Reglamento admite:

- Compatibilidad entre la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia.
- Pasar de la situación de residencia por circunstancias excepcionales a la de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena.
- Mutabilidad recíproca de las autorizaciones por cuenta ajena y por cuenta propia.
- Cambio del ámbito laboral y geográfico previsto en la autorización inicial.
- Causas de denegación de permiso de trabajo.

Cuando:

- Lo aconseje la situación nacional de empleo.
- Las condiciones fijadas en el contrato de trabajo u oferta de empleo fueran inferiores a las establecidas en la normativa vigente.
- Petición formulada por persona no autorizada para residir o trabajar en España.
- En los 12 meses anteriores a la solicitud la empresa haya amortizado los puestos de trabajo que pretende cubrir por despido declarado judicialmente nulo o improcedente.
- El empleador haya sido sancionado por incumplimiento a la legislación social relativa a la inmigración en los últimos 3 años.
- El contrato de trabajo sea formulado por empresario aparente o existan dudas razonables sobre su capacidad o solvencia.
- Se hayan presentado documentos falsos o formulado alegaciones inexactas para fundamentar la petición.
- Informe previo gubernativo desfavorable.
- Denegación del visado de residencia para trabajar o la exención del mismo.
- Carecer de titulación exigida u homologación.
- Concurra cualquier otra causa que sea considerada motivo suficiente por la autoridad competente, mediante resolución debidamente motivada.

## Excepción de autorización de trabajo

Supuestos:

- Técnico, investigador o científico contratado o invitado por la Administración Pública.
- Profesor, técnico, investigador o científico invitado por una Universidad española.
- Personal directivo o profesor extranjero de instituciones culturales de otros Estado o de reconocido prestigio.
- Funcionario civil o militar de Administraciones estatales extranjeras.
- Corresponsal de medio de comunicación extranjero.
- Miembro de misión científica internacional.
- Artista, para la realización de actuaciones concretas.
- Ministro, religioso o representante de Iglesia o confesión inscrita en el Reg. De Entidades Religiosas.
- Representante de sindicato homologado internacionalmente.
- Español de origen que ha perdido la nacionalidad española.
- Menor extranjero en edad laboral, tutelado por entidad de protección de menores, para la actividad que favorezca su integración social.

## Autorizaciones para trabajar

- Estudiante.
- Estancia permanencia.
- Solicitar 3 meses antes de expiración.
- Aprovechamiento de estudios.
- Posibilidad de familiares.
- Exceptuado de SAE.

## Contingente

Artículo 39 de la LOEXIS

1. El Gobierno podrá aprobar un contingente anual de trabajadores extranjeros teniendo en cuenta la situación nacional de empleo al que sólo tendrán acceso aquellos que no se hallen o residan en España.
2. En la determinación del número y características de las ofertas de empleo, el Gobierno tendrá en cuenta las propuestas que eleven:
  - Comunidades Autónomas.
  - Organizaciones sindicales y empresariales más representativas.

- Informe sobre la situación de empleo e integración social elaborado por el Consejo Superior de Política de Inmigración.

## Contingente

Los acuerdos internacionales prevén dos comisiones:

De selección de trabajadores.

Comité Mixto de Coordinación.

## Organismos extranjeros responsables de la preselección de trabajadores

Rumania: Oficio para la Migración de la Fuerza del Trabajo. Ministerio de Trabajo y de la Solidaridad Social.

Colombia: Servicio Nacional de Aprendizaje, Ministerio de Trabajo y S.S.

Marruecos: Dirección de Empleo. Ministerio de Empleo, Formación Profesional, Desarrollo Social y Solidaridad Marroquí.

Polonia: Departamento de Cooperación Internacional con el Extranjero.

Ecuador: Dirección Gral. De Apoyo a los Ecuatorianos en el Exterior. Ministerio de Relaciones Exteriores.

Rep. Dominicana: Secretaría de Estado de Trabajo.

Bulgaria: Agencia de Empleo. Ministerio de Trabajo y Política Social.

## Reglamento

El contingente comprenderá:

- Cifra provisional de ofertas de empleo de carácter estable .
- Número de visados para búsqueda de empleo:
  - Para hijos nietos de español de origen.
  - Para determinados sectores de actividad o ámbito territorial concreto.

# Asilo y refugio de extranjeros en España

MERCEDES ALCONADA DE LOS SANTOS

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla

## Presentación

COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO. ([www.cear.es](http://www.cear.es)).  
NACIMIENTO.  
COLECTIVO Y AMPLIACIÓN DEL MISMO.  
COMPOSICIÓN.  
PRINCIPIOS DE FUNCIONAMIENTO.  
SERVICIOS Y DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL.

## Regulación legal del derecho de asilo

Convención de Ginebra del Estatuto de Los Refugiados 28 de julio de 1951. Protocolo 1967.  
Ley de Asilo 5/84 de 26 de marzo, modificada por LO 9/94 de 19 de mayo.  
Reglamento de Asilo RD 203/95 de 10 de febrero.  
LOEX 4/2000 11 de enero; 8/2000; 14/03.  
RELOEX RD 2393/2004 30 de diciembre.  
Constitución Española./ Directivas UE.  
LO 19/2003 reforma LOPJ.

## Directivas europeas

Directiva 2005/85/CE sobre estándares mínimos para procedtos. Eto . Refugiado.  
Directiva 2004/83/CE de 29 de abril de normas mínimas para apatridia, refugio o prot. Subs.

Directiva 2003/9/CE de 27 de enero normas mínimas de acogida: RD 2393/2004 30 diciembre (RELOEX).

## Otras directivas UE

Directiva 2004/83/CE para otros tipos de protección internacional (antes 10/10/2006).

Directiva 2001/55/CE para desplazados, adaptada por RD 1325/2003 de 24 de octubre.

## Organismos

CIAR.- Comisión Interministerial Asilo y Refugio (composición MI; ME,MJ; MTAS; ACNUR).  
Ministerio del Interior.

OAR.- Instructor.

INSERSO.

CETI.

CIE.- (Recientemente regulados).

CAR.

CAT.

## Conceptos

Concepto de Asilado: (ART. 1ª CG).

Pertenencia a un grupo.

Razones religiosas; políticas, ideológicas, étnicas u otras.

Temor fundado a perder la vida.

Persecución por organismo estatal.

No quiere o no puede acogerse a protección.\* Máxima protección Internacional.

Concepto de Asilo.

## Exclusiones. Evolución del concepto. El asilo en el siglo XXI

Razón género (ART. 8 Y 9 TPI).Directrices ACNUR 2003.

Catastrofes naturales.

Persecución por agentes no estatales.

Guerras civiles o violencia generalizada.

Asilo por razón de género.

Ley de Igualdad 3/2007 de 22 de marzo.

BOE 23/03/2007.

Disposición adicional vigésima novena.

Se añade una nueva disposición adicional tercera a la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, en los siguientes términos:

«Disposición adicional tercera. Lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 será de aplicación a las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género.»

## Procedimiento de Asilo

Clases. Frontera y Territorio. Plazos.

1. Crecientes obstáculos para acceder el asilo: Ceuta y Melilla/ Tarifa/Polizones.
2. Las garantías jurídicas.
3. Procedimiento de admisión a tramite.
4. Situación social durante la instrucción.
5. Solicitudes por vía diplomática.
6. Menores no acompañados.

ESTADÍSTICAS 2005

SOLICITANTES ASILO: 5254.

CONCEDIDOS: 202 + 58 ( AUD. NAC).

Est. Subs. Protección: 129.

Inadmitidos y Denegados: 4542.

ESTADÍSTICAS (II)

Por nacionalidad alegada:

Argelia: 406. \* Colombia: 1655.

Mali: 273. \* Nigeria: 726.

RD Congo: 170. \* Rusia: 138.

Guin. Biss: 173. \* Cost. M: 162.

ESTADÍSTICAS (III)

PROVINCIAS SOLICITANTES.

Barcelona 165.

Ceuta 1.189.

Las Palmas 75.

Madrid 2.767.

Melilla 216.

Valencia 134.

Vizcaya 86.

Otras 223.

Total 4.855.

ESTADÍSTICAS (IV)

LUGAR PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD.

SOLICITANTES.  
T. NACIONAL 3.414.  
P. FRONTERIZOS 1.445.  
EMBAJADAS 395.  
TOTAL 5.254.

## Garantías jurídicas

Dº. Asistencia letrada efectiva.  
Dº. Interprete.  
Acceso y asesoramiento ONG especializadas. (Informes).Art. 5.5 LO.  
Especial deber de información (folletos).  
Principio de no devolución (33 CG).  
Procedimiento de asilo: Fases  
1. Solicitud (1 mes).  
2. Admisión a trámite ( 48 h/2 meses). Lista terceros países seguros.  
3. Instrucción.  
4. CIAR.  
5. Resolución: (6 meses)  
Concesión (Estatuto Refugiado).  
Denegación (Recursos/ Extranjería)  
Estatutos Subsidiarios (ARCE).

## Admisión e inadmisión a trámite

Art. 5.6 Ley de Asilo.  
Abuso de:  
1.b.- Que en la solicitud no se alegue ninguna de las causas que dan lugar al reconocimiento de la condición de refugiado.  
1.d.- Que en la solicitud se base en hechos, datos o alegaciones manifiestamente falsos, inverosímiles o que por carecer de vigencia actual, no fundamenta una necesidad de protección.

Casos de Nigeria, Colombia, Sierra Leona.  
Criterios de política exterior.  
Falta de motivación (formularios)

## Otros supuestos

CLÁUSULAS DE EXCLUSIÓN (ART. 1 d,e,f CG).

CLÁUSULAS DE CESACIÓN DEL ESTATUTO ( 1c CG).  
 DETERMINACIÓN DEL ESTADO RESPONSABLE: CONVENIO DE DUBLÍN ( 15/07/90) sustituido por el Reglamento 343/2003 del Consejo de 18/02/2003.  
 Determinación estado responsable.  
 Vínculos familiares.  
 Vínculos jurídicos ( solicitudes anteriores).  
 Condiciones de la llegada.

## Situación social del solicitante de asilo

CAR, CAT.  
 Prestaciones economicas.  
 Programa Equal.  
 Inserción laboral. Autorización para trabajar. Ctcas.  
 Caso especial: vulnerables (antes de la admisión únicos protegidos).  
 Consecuencias psicologicas de las demoras.  
 Factores externos e internos que dificultan la integración.  
 Derecho a la vida familiar: extensión del asilo/ problemas con visados/ reagrupación familiar de denegados.  
 RELACIÓN Dº DE ASILO Y EXTRANJERIA.  
 Aut. Trabajo seis meses ( 2ª tarjeta amarilla) sin limitación.  
 Etos subsidiarios: concepto jco. Ind. Razones humanitarias/ discrecionalidad subdl .gob.  
 Cédulas de inscripción ( práctica admva.).  
 Polizonaje (acceso ONG).  
 Obligatoriedad visado.

## Reconocimiento de la condición de refugiado

EFFECTOS. DOCUMENTACIÓN.  
 PROBLEMAS:  
 Niveles extremadamente bajos de reconocimiento.  
 Ausencia de motivación y secretismo de criterios de resolución (politica exterior).  
 Problematica especifica en documentación de las protecciones subsidiarias. Concepto.Arbitrariedad.  
 Depende de Subdeleg. Gobierno.

## Recursos

ADMINISTRATIVOS:  
 1. REEXAMEN TERRITORIO. CAUSAS  
 2.-. REPOSICION. 1 MES. ART. 107, 116 Y 117 LPAC 30/92. Causas: 62 y 63 LPAC. Vs. Inadmisión y Deneg. Asilo.

3.- Alzada. 1 mes. Contra deneg. Reexamen en territorio.

Efectividad: Nula.

JUDICIALES (LO 19/2003): RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

### *Recurso judicial*

Competencia.

Procedimiento.

Importancia Informe ACNUR.

Estadísticas.

Medidas cautelares de suspensión de salida obligatoria:

STS 26/1/2002. - STS 8/3/2002.

STS 18/03/2002 - STS 25/03/2002.

### *Recursos C.A.*

Ante Juzgado Central C.A. vs. Inadmisión en 2005:

Total: 2442.

Archivo: 754.

Estimatorias: 448.

Estat. Subs: 26.

### *Jurisprudencia sts. asilo*

CUBA: STS 30/03/2006.

ASIST. LETRADA TERRITORIO: STS 31/10/2006.

NIGERIA:

ADMISIÓN A TRÁMITE: 29/04/05.

ETO. SUBSIDIARIO: 18/11/2005.

### *Recursos C.A*

Ante Audiencia Nacional vs. Denegaciones en 2005:

Total: 705.

Archivo: 138.

Estimatorias: 58.

Est. Prot. Subs: 37.

Recursos Con. Admvsos.

Total: 1246.

Nac. + recursos vs. Inadmisión: Nigeria, Mali; Argelia, Colombia, Guinea y Guinea Bissau, RD Congo.

Nac. + recursos. Vs. Denegación: Colombia, Armenia, RD Congo, Costa Marfil.

## Otros problemas del asilo en España

Inserción laboral:

Refugiados.

Solicitantes.

17.2.

Vida familiar: Riesgo/ Acreditación vinculo/Salida. Extensión asilo/ Reagrupación familiar deneg. Y 17.2

Regularización: Regimen General LOEX y las antiguas exenciones de visado.

## Otros problemas (II)

SANCIONES A COMPAÑIAS TRANSPORTISTAS DIFICULTA EL DERECHO DE ASILO.  
EXTERNALIZACIÓN DE FRONTERAS ( LIBIA Y MARRUECOS): CAMPOS DE INTERNAMIENTO (MAPA MIGRAEUROP).

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

No obstaculización del acceso al asilo.

Estimular la participación ACNUR y ONG,s especializadas.

Mejorar el acceso a solicitudes en via diplomatica (Recursos mat. Y humanos).

Protocolo para menores no acompañados.

Folleto informativo asilo al alcance.

Polizones: garantizar letrado e interprete. Tb mèdico. Muy vulnerables.

Inadmisión a tramite: excepcional (2002= 92%).

Relevancia de Informes ACNUR y jurisprudencia.

Solución para Ceuta y Melilla: libertad de movimientos.

Mejora Consulados: visados a familiares de solicitantes.

Mejora acogida y cobertura social de solicitantes desde primer momento, no desde admisión.

Suprimir informe OAR en autorizaciones trabajo solicitantes ( 6 meses desde admision= suprimir).

Criterios de resolucio:n: expresos y pùblicos.

Mejora en celeridad de documentación y renovaci3n de 17.2.

Incluir asilo los conceptos apatridas/ genero/...

Asistencia psicologica a solicitantes: normalizada.

Autorizaciones de trabajo de denegados que ya hayan tenido una como solicitantes y hayan cotizado: especial. No R.G. LOEX.

## Buenas prácticas asistencia letrada

Adecuada informaci3n sobre procedimiento.

Cautelas ante origen intérpretes.

Asistencia a las entrevistas.

Adecuado estado anímico del solicitante.

Entrevista: adecuado nivel cultural/ preguntas adicionales/ leer formulario/ pedir copia del mismo.

## Buenas prácticas (II)

Respetar plazos presentación solicitudes (1 mes) / autorización por escrito.

Evitar comunicación con país de origen que pueda suponer peligro.

Contacto con ACNUR.

Contactos con otros letrados u organismos.

Ampliación alegaciones y documentación antes de CIAR.

## Webs de utilidad

[www.acnur.es](http://www.acnur.es)

[www.hrw.org](http://www.hrw.org) (Human Rights Watch)

[www.amnesty.org](http://www.amnesty.org) (Ans. Int)

[www.usinfo.state.gov](http://www.usinfo.state.gov) (D. Edo. USA)

[www.unhcr.ch](http://www.unhcr.ch) (ACNUR)

[www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int) (TEDH)

[www.universalhumanrightsindex.org](http://www.universalhumanrightsindex.org)

[www.Cgrs.uchastings.edu](http://www.Cgrs.uchastings.edu) (género)