

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

FACULTAD DE DERECHO

**DEPARTAMENTO DE DERECHO
ADMINISTRATIVO, FINANCIERO Y
PROCESAL**

TESIS DOCTORAL

**ANÁLISIS DEL DESARROLLO REGLAMENTARIO
DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE ENERO,
SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS
EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN
SOCIAL**

PURIFICACIÓN MARTÍN DE LA FUENTE

DIRECTOR: Dr. D. RICARDO RIVERO ORTEGA

SALAMANCA, 2013

ÍNDICE

Introducción

INTRODUCCIÓN, OBJETO Y PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

1. INTRODUCCIÓN: PRESUPUESTOS BÁSICOS.....	13
2. OBJETO.....	25
3. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO.....	33
4. CONCLUSIONES.....	37

Primer capítulo

MARCO CONSTITUCIONAL, DERECHO EUROPEO Y EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN DE EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN

1. MARCO CONSTITUCIONAL.....	43
1.1. IMPORTANCIA DEL PUNTO DE PARTIDA CONSTITUCIONAL.....	43
1.2. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 13 CE.....	44
1.3. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	45
1.4. LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y EL ARTÍCULO 10 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978.....	49
2. DERECHO EUROPEO	51
2.1. ORÍGENES Y RAZÓN DE SER DE LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA.....	51
2.2. PRIMEROS REGLAMENTOS Y DIRECTIVAS.....	52
2.3. ÚLTIMAS DIRECTIVAS.....	54
3. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN DE EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN EN ESPAÑA	55

3.1. RAZONES PARA EL ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN NORMATIVA.....	55
3.2. LA PRIMERA LEY DE EXTRANJERÍA.....	56
3.3. LAS REFORMAS DEL AÑO 2000.....	59
3.4. LAS REFORMAS DE 2003.....	62
3.5. LA REFORMA DE 2009.....	65
3.6. ÚLTIMAS MODIFICACIONES DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000.....	69
3.7. LOS PRIMEROS REGLAMENTOS.....	70
3.8. EL REGLAMENTO DE 2001.....	74
3.9. LOS ERRORES DEL REGLAMENTO DE 2001 QUE CONDUJERON A ANULACIONES JUDICIALES.....	76
3.10. TEST DEL REGLAMENTO DE 2001.....	81
3.11. LOS ÚLTIMOS REGLAMENTOS.....	83
 4. CONCLUSIONES.....	 84

Segundo capítulo

PROYECCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO SOBRE LA REGULACIÓN DE LA EXTRANJERÍA Y LA INMIGRACIÓN

1. SOBRE LA VIGENCIA DE LOS PRINCIPIOS Y LAS NORMAS GENERALES DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LOS DERECHOS PROCEDIMENTALES ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN.....	92
1.1. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO INSTITUCIÓN DE GARANTÍA, DERECHO Y MECANISMO DE OPTIMIZACIÓN DE DECISIONES.....	92
1.2. PRINCIPIOS Y NORMAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.....	96
1.3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS Y LOS PRINCIPIOS DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	99
1.4. LAS EXCLUSIONES E INCLUSIONES EXPRESAS EN MATERIA DE EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN	103

1.5. ¿EN QUÉ MEDIDA SE APLICAN LOS PRINCIPIOS Y LAS NORMAS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN?	111
2. PRINCIPIOS DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA APLICADOS A LAS ESTRUCTURAS DE EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN.....	119
2.1. INTRODUCCIÓN.....	126
2.2. SOBRE LA POTESTAD ORGANIZATIVA Y SUS IMPLICACIONES.....	127
2.3. EVOLUCIÓN DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA INMIGRACIÓN.....	128
2.4. LA SITUACIÓN ACTUAL: DISPERSIÓN COMPETENCIAL Y CONCENTRACIÓN DE RESPONSABILIDADES EN LA SECRETARIA GENERAL.....	131
2.5. PERSPECTIVAS DE LA CREACIÓN DE LA AGENCIA.....	134
2.6. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE NIVELES ADMINISTRATIVOS.....	136
2.7. ESPECIALIZACIÓN Y RELEVANCIA EN LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA EXTRANJERÍA Y LA INMIGRACIÓN.....	138
2.8. CUESTIONES TÉCNICAS.....	139
2.8. A. ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA E INMIGRACIÓN.....	139
2.8. B. LA APLICACIÓN INFORMÁTICA DE EXTRANJERÍA.....	141
2.8. C. EL PROBLEMA DE LA GESTIÓN DOCUMENTAL, LA SISTEMATIZACIÓN DE LOS REGISTROS Y LOS ARCHIVOS.....	146
2.8. D. EL MAYOR DESARROLLO DE LOS PROCEDIMIENTOS ELECTRÓNICOS EN MATERIA DE INMIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA.....	147
3. CONCLUSIONES.....	148

Tercer capítulo

**ESTUDIO DEL REGLAMENTO APROBADO POR REAL DECRETO
2393/2004**

1. ANTECEDENTES Y CONTEXTUALIZACIÓN DEL REGLAMENTO.....	155
2. LA SITUACIÓN QUE DEJÓ EL REGLAMENTO DE 2001 ANTES DE LA APROBACIÓN DEL REAL DECRETO 2393/2004	157
3. PRINCIPALES INNOVACIONES DE LA NORMA REGLAMENTARIA	158
4. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL REGLAMENTO (TÉCNICA NORMATIVA).....	160
4.1. INTRODUCCIÓN.....	160
4.2. LA CONSIDERABLE EXTENSIÓN Y SUS EFECTOS SOBRE LA SISTEMÁTICA DEL REGLAMENTO.....	162
4.3. EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN.....	164
4.4. LA EXPLICACIÓN DE SUS MOTIVOS.....	165
4.5. LA REDACCIÓN Y EL LENGUAJE DEL REGLAMENTO.....	167
4.6. ESTRUCTURA	168
4.7. EL FONDO, EL INCREMENTO DE LA CALIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS.....	168
5. PRINCIPALES PROBLEMAS NORMATIVOS.	169
6. CONTRIBUCIONES JURISPRUDENCIALES.....	171
6.1. LA SENTENCIA QUE VALIDA EL REAL DECRETO.....	171
6.2. JURISPRUDENCIA EN RELACIÓN AL REAL DECRETO 2393/2004.....	173
7. PROBLEMAS PRÁCTICOS Y APLICATIVOS.....	191
7.1. INTRODUCCIÓN.....	191

7.2. CUESTIONARIO.....	192
7.3. RESUMEN DE LAS DIFICULTADES DE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL REGLAMENTO	194
7.4. DIFICULTADES INFORMÁTICAS.....	211
8. RECOMENDACIONES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO.	220
9. BALANCE DEL REGLAMENTO DE 2004 DE LA LEY DE EXTRANJERÍA, EN SU APLICACIÓN: PREGUNTAS A RESPONDER.....	225
10. CONCLUSIONES.....	229

Cuarto capítulo

ESTUDIO DEL REGLAMENTO VIGENTE, APROBADO POR REAL DECRETO 557/2011

1. NORMATIVA ANTECEDENTE.....	234
2. INNOVACIONES DEL REGLAMENTO RESPECTO DE SU ANTECESOR.....	234
2.1. EN CUANTO A LA ENTRADA Y SALIDA.....	234
2.2. EN CUANTO AL TRÁNSITO AEROPORTUARIO.....	236
2.3. EN CUANTO A LA ESTANCIA EN ESPAÑA.....	236
2.4. EN CUANTO A LA RESIDENCIA TEMPORAL.....	238
2.5. EN CUANTO A LA RESIDENCIA TEMPORAL POR CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES.....	251
2.6. EN CUANTO A LA RESIDENCIA DE LARGA DURACIÓN Y LARGA DURACIÓN –UE.....	263
2.7. EN CUANTO A LAS EXTINCIONES DE LAS AUTORIZACIONES DE RESIDENCIA O DE RESIDENCIA Y TRABAJO..	265
2.8. EN CUANTO A LA GESTIÓN COLECTIVA DE CONTRATACIONES EN ORIGEN.....	265

2.9. EN CUANTO A LAS AUTORIZACIONES DE RESIDENCIA Y TRABAJO DE EXTRANJEROS EN CUYA ACTIVIDAD PROFESIONAL CONCURRAN RAZONES DE INTERÉS ECONÓMICO, SOCIAL O LABORAL, O CUYO OBJETO SEA LA REALIZACIÓN DE TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN O DEASARROLLO O DOCENTES, QUE REQUIERAN ALTA CUALIFICACIÓN, O DE ACTUACIONES ARTÍSTICAS DE ESPECIAL INTERÉS CULTURAL.....	267
2.10. EN CUANTO A TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS...	267
2.11. EN CUANTO A MENORES EXTRANJEROS.....	268
2.12. EN CUANTO A LA MODIFICACION DE LAS SITUACIONES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA.....	270
2.13. EN CUANTO A LA DOCUMENTACIÓN DE EXTRANJEROS.....	270
2.14. EN CUANTO A INFRACCIONES EN MATERIA DE EXTRANJERÍA. RÉGIMEN SANCIONADOR.....	271
2.15. EN CUANTO A LAS OFICINAS DE EXTRANJEROS Y CENTROS DE MIGRACIONES.....	273
3. CARACTERÍSTICAS DEL REGLAMENTO (TÉCNICA NORMATIVA).....	274
3.1. ESTRUCTURA Y SISTEMÁTICA.....	275
3.2. LA ELABORACIÓN.....	278
3.3. MOTIVACIÓN DE LA NORMA.....	280
3.4. FORMA EN LA QUE ESTÁ REDACTADO EL REGLAMENTO.....	285
4. CONTRIBUCIONES JURISPRUDENCIALES.....	286
5. PROBLEMAS PRÁCTICOS Y APLICATIVOS QUE RESUELVE EL REGLAMENTO DE 2011.....	296
6. RECOMENDACIONES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO.....	306
7. BALANCE DEL REAL DECRETO DE 2011.....	319

8. CONCLUSIONES.....	323
-----------------------------	------------

Quinto capítulo

COMPARATIVA DE LOS PROCEDIMIENTOS DE EXTRANJERÍA MÁS PROBLEMÁTICOS EN CUANTO A LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN EN LOS DOS ÚLTIMOS REGLAMENTOS DE DESARROLLO DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

1. INTRODUCCIÓN.....	330
2. CUESTIONES PROCEDIMENTALES.....	331
2.1. PROCEDIMIENTO PARA LA CONCESIÓN DE LA PRÓRROGA DE ESTANCIA: EN EL REGLAMENTO DE 2004 ESTABA REGULADO EN LOS ARTÍCULOS 29 Y 30, Y EN EL VIGENTE, EN LOS ARTÍCULOS 32 A 35 (PRÓRROGA DE ESTANCIA SIN VISADO)	331
2.2. PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN DEL VISADO PARA LA RESIDENCIA TEMPORAL: ARTÍCULO 35 DEL REAL DECRETO 2004 Y ARTÍCULOS 46 A 48 DEL REAL DECRETO 2011(RESIDENCIA TEMPORAL NO LUCRATIVA).....	337
2.3. PROCEDIMIENTO DE RENOVACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA TEMPORAL: ARTÍCULOS 37 DEL REGLAMENTO DE 2004 Y 51 DEL NUEVO REGLAMENTO (RENOVACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA TEMPORAL NO LUCRATIVA).....	350
2.4. PROCEDIMIENTO PARA LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR: ARTÍCULO 42 DEL REGLAMENTO DE 2004 Y 56 DEL REGLAMENTO DE 2011	355
2.5. PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DE TRABAJO POR CUENTA AJENA: ARTÍCULO 51 DEL REGLAMENTO DE 2004 Y ARTÍCULO 67 DEL REGLAMENTO DE 2011, EN CONEXIÓN CON OTROS PRECEPTOS	364
2.6. PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DE ESTANCIA POR ESTUDIOS, MOVILIDAD DE ALUMNOS, PRÁCTICAS	

NO LABORALES O SERVICIOS DE VOLUNTARIADO, REGULADO EN EL ARTÍCULO 39 DEL REAL DECRETO DE 2011 (ARTÍCULO 87 DEL REAL DECRETO DE 2004 COMO AUTORIZACIÓN PARA INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS).....	370
2.7. PROCEDIMIENTOS DE MODIFICACIÓN DE LA SITUACIÓN DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA: TÍTULO IX DEL REAL DECRETO DE 2004 Y TÍTULO XII DEL REAL DECRETO DE 2011.....	374
2.8. PROCEDIMIENTO PARA LA OBTENCIÓN DEL N.I.E. (NÚMERO DE IDENTIDAD DE EXTRANJERO): PREVISTO EN EL ARTÍCULO 101 DEL REGLAMENTO DE 2004 Y EN EL ARTÍCULO 206 DEL REGLAMENTO DE 2011.....	381
2.9. PROCEDIMIENTO PARA LA OBTENCIÓN DE LA TARJETA DE IDENTIDAD DE EXTRANJERO: ARTÍCULO 105 DEL REGLAMENTO DE 2004 Y ARTÍCULO 210 DEL REGLAMENTO DE 2011.....	383
2.10. PROCEDIMIENTO PARA LA CONCESIÓN DE LA CÉDULA DE INSCRIPCIÓN: ARTÍCULO 107 DEL REAL DECRETO DE 2004 Y ARTÍCULO 211 DEL REAL DECRETO DE 2011.....	385
3. NUEVOS PROCEDIMIENTOS INTRODUCIDOS POR LAS COMPETENCIAS ASUMIDAS POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LAS ÚLTIMAS REFORMAS DE SUS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA.....	387
4. ¿PUEDEN MEJORARSE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN?.....	391
5. CONCLUSIONES.....	395
Conclusiones generales de la tesis.....	401
Bibliografía.....	409

Introducción

INTRODUCCIÓN: PRESUPUESTOS BÁSICOS, OBJETO Y PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

Introducción

INTRODUCCIÓN: PRESUPUESTOS BÁSICOS, OBJETO Y PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN: PRESUPUESTOS BÁSICOS. 2. OBJETO. 3. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO. 4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN: PRESUPUESTOS BÁSICOS

A continuación, se establecerán los presupuestos básicos de esta Tesis, es decir, algunas premisas sobre la actual situación de la extranjería y la inmigración, importantes para comprender el análisis jurídico y práctico de la materia, así como la propuesta de soluciones.

Primero: Se ha producido un cambio radical de perspectiva sobre la inmigración en España en poco más de tres décadas.

Treinta años atrás, a los españoles nos hubiera resultado difícilmente imaginable la situación a la que daría lugar, en las siguientes décadas, la inmigración en nuestro país (con la llegada y el establecimiento de miles de extranjeros¹). En los setenta, todavía muchos de nuestros compatriotas buscaban trabajo y una vida más digna fuera de nuestras fronteras. Esta emigración era, a veces, alentada por las propias autoridades (creación del Instituto Español de Emigración) como recuerda ESPINAR VICENTE “...no hay que perder de vista que las remesas provenientes de los rendimientos del trabajo de nuestro emigrantes, junto a los ingresos procedentes del turismo, configuraron dos de los módulos más importantes para el mantenimiento de la economía en épocas de particular dureza”².

¹ Vid. sobre el concepto de extranjero APRELL LASAGABASTER, C.: *Régimen administrativo de los extranjeros en España*, Marcial Pons, 1994, pp. 15-18 y APRELL LASAGABASTER, C.: “Principio de Igualdad y condición del extranjero. Posición del Tribunal Constitucional”, en XI Jornadas de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, mayo 1989, *El Principio de Igualdad en la Constitución Española*, Madrid, 1991.

² ESPINAR VICENTE, J.M.: *Extranjería e inmigración en España: análisis crítico de su regulación jurídica*, Fareso, 2006, p. 18.

Por desgracia, también en la actualidad empiezan a salir de España un buen número de jóvenes en busca de trabajo³. Ahora los poderes públicos tienen que ocuparse de ambas cosas; por una parte deben desarrollar soluciones políticas, normativas y sociales para resolver el fenómeno de la inmigración⁴ y sus consecuencias (fenómeno cada vez menos creciente pero ya caracterizado por un flujo permanente, sean cuales sean las circunstancias económicas en nuestro país), y por otra, deben tomar las medidas oportunas para la consecución de un crecimiento económico que acabe con el incremento de españoles emigrando hacia el resto de Europa haciendo frente a “*tan diversos diluvios*”⁵.

A finales de los ochenta es cuando el fenómeno de la inmigración comienza a invertirse en España, aunque será a mediados de los noventa el momento en el que las cifras cambien y crezcan espectacularmente⁶. Por supuesto, resultó sumamente atractivo para los extranjeros el crecimiento económico que nuestro país estaba experimentando en esos años, e hizo pensar a los inmigrantes en la tan ansiada estabilidad económica que tan difícil es de lograr en algunos de sus países de origen⁷.

La sociedad española tuvo que acostumbrarse, dado el corto período de tiempo en el que se produjo una transformación de tan hondo calado, a una realidad para la que no estaba del todo preparada⁸. Y es que los ciudadanos españoles, en los núcleos urbanos y en los rurales, convivimos hoy con personas de países y culturas bien distantes, lo que como

³ En el Informe Económico Financiero, en relación a los presupuestos de la Seguridad Social de 2013, llevado a cabo por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, se establece (basándose en datos del Instituto Nacional de Estadística) que casi un millón de españoles emigrarán hasta 2020.

⁴ Vid. AGUELO NAVARRO, P. (Dir.): *Comentarios a la Ley de Extranjería*. Colex, 2013, respecto de las categorías de personas sobre las que un Estado ejerce su jurisdicción, pp. 18 y 19.

⁵ “*Muy variados componentes así en esta inmensa Arca de Noé, buscando amparo frente a tan diversos diluvios*”. Así es como define LORENZO MARTÍN-RETORTILLO las vicisitudes que han provocado la emigración de nacionales de otros países al nuestro en el prólogo de la obra de APRELL LASAGABASTER, C.: *Régimen administrativo de los extranjeros en España*, Marcial Pons, 1994, p.8.

⁶ Para APRELL LASAGABASTER, C.: *Régimen administrativo de los extranjeros en España*, Marcial Pons, 1994, p. 141, se trata del tránsito de país de emigración a país de inmigración y así lo confirma en APRELL LASAGABASTER, C.: “La fórmula –contingente de autorizaciones- como condicionante para el empleo de ciudadanos extranjeros no comunitarios”, *REDA*, N.93, 1997, p. 24, donde determina “*El ejemplo más claro lo tenemos en el Instituto Español de Inmigración, que tras años de dedicación a la canalización de la emigración española y a la cobertura de las necesidades de los españoles emigrantes se ha convertido en la Dirección General de Migraciones, cambio no sólo semántico, sino que responde a la necesidad de crear un órgano que se encargue de la ejecución de la política activa de inmigración*”

⁷ Vid. MUÑOZ DE BUSTILLO, R. Y ANTÓN, J. I.: “De la España que emigra a la España que acoge: contexto, dimensión y características de la inmigración latinoamericana en España”, en *América latina hoy*, n.55, 2010.

⁸ Vid. ARGEREY VILAR, P.: *El impacto económico de la inmigración en Europa: estudio de un caso particular*. España, UCM. 2006.

mínimo produce cierta sorpresa y a menudo obliga a cierta adaptación en las formas de pensar, para superar algunos prejuicios.

Segundo: Un dato fundamental ha sido sin duda el crecimiento exponencial del número de inmigrantes.

Una vez en España, los inmigrantes aspiran en un porcentaje considerable a la reagrupación familiar. En estos momentos de crisis⁹, las cifras de inmigración se están reduciendo, pero quienes sí han alcanzado y no han perdido sus objetivos laborales (económicos en suma), transmiten el mensaje de satisfacción a sus parientes y conocidos en origen, que se deciden también a probar suerte, con la ventaja de disponer de alguien que les puede mostrar el camino. De este modo la inmigración crece a un ritmo progresivo, surgiendo verdaderas comunidades de extranjeros de la misma nacionalidad en barrios y pueblos de nuestra geografía.

Las cifras son elocuentes. Inmediatamente antes de la aprobación de la primera Ley postconstitucional de extranjería, a mediados de los ochenta, el número de extranjeros en España no alcanzaba el medio millón (alrededor de cuatrocientos mil, probablemente). Hasta mediados de los noventa esta cifra se mantiene relativamente estable, sin producirse incrementos significativos. En la segunda mitad de los años noventa, en cambio, comienzan a crecer vertiginosamente las cifras de población inmigrante, con un millón más de extranjeros cada dos o tres años. A partir de 2000, especialmente, este crecimiento se dispara, alcanzando un total por encima de los cuatro millones en 2007.

Esa cifra se incrementó en un millón y medio entre los años 2008 y 2011¹⁰. Ahora las cifras se están estabilizando a raíz de la situación de crisis económica que ha disuadido a muchos extranjeros de la aventura de arribar por primera vez a nuestro país, y a otros, les ha estimulado para regresar al suyo¹¹. Aún así, un número importante de extranjeros

⁹ Vid. ELU TERÁN, A.: “Los inmigrantes ante la crisis económica: efectos, reacciones y perspectivas”, en *Revista CAUCES*, n. 15, 2011.

¹⁰ Según el Observatorio Permanente de la Inmigración, en un informe publicado el 19 de abril de 2013 sobre los extranjeros residentes en España a 31 de diciembre de 2012, dicha cifra asciende a 5.411.923.

¹¹ Vid. MATIA PORTILLA, F.J.: *Crisis e inmigración*, Tirant lo Blanch, 2012 y GRAU PINEDA, C.: “De las facilidades al retorno voluntario de los trabajadores inmigrantes en España: ¿Medidas anti-crisis o gestión de flujos migratorios?”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n. 28, 2011, pp. 49-67.

sigue queriendo unirse a nuestra población, a pesar de nuestra economía maltrecha, porque con todo y con eso, ésta es más fuerte y garantiza mejor la prestación de servicios sociales que la de sus países de origen¹².

Pero estos números no son espectaculares si se comparan con los porcentajes de población inmigrante de otros países de la Unión Europea. Alemania, Francia, Inglaterra o Suiza han experimentado décadas antes que nosotros la realidad de la inmigración y la multiplicación del número de extranjeros. Mirando a nuestros vecinos del norte podemos comprobar que la nuestra no es una situación extravagante o peculiar, sino la consecuencia (y en medida no desdeñable también la causa) del éxito económico, independientemente de la forma en la que lo estábamos consiguiendo.

Tercero: La inmigración produce efectos de diversa índole. Fue un factor importante en la explicación del crecimiento económico español, pero también ha determinado un incremento de la demanda de servicios públicos.

Conviene no adoptar posturas maniqueas, ni recurrir a los prejuicios, al analizar este fenómeno. Y es que, a la vez que resulta beneficiosa desde un punto de vista económico (probablemente también en una perspectiva social y cultural abierta), la inmigración genera necesidades de respuesta de todo tipo, especialmente desde los servicios públicos (burocráticos, sanitarios, educativos, asistenciales, policiales). Presenta, por tanto, beneficios y costes, siendo preciso asumir ambos, armonizándolos para que el balance final sea positivo tanto para la sociedad española como para quienes contribuyen con su esfuerzo, buscando una vida mejor, a nuestro progreso.

En el lado indiscutiblemente positivo, la economía española se ha visto considerablemente beneficiada por los flujos migratorios, hasta el punto de que no podría explicarse nuestro crecimiento de los años noventa y de los primeros años del nuevo siglo (a una media superior al 3% anual), sin tener en cuenta lo que significa para los mercados de trabajo, el consumo y la tasa de ahorro la instalación en España de alrededor de cuatro millones de inmigrantes.

¹² La Asociación “Migrar con Derechos” determina que desde el inicio de la crisis el número de extranjeros residentes se ha incrementado en un 17,4%.

Estas cifras han ayudado también a resolver en parte los preocupantes problemas provocados sobre un sistema de pensiones de carácter contributivo por la brusca caída de la natalidad. No puede ignorarse que la inmigración devino un factor decisivo para mantener el crecimiento económico y proteger dicho sistema. Especialmente en algunas Comunidades Autónomas, donde existe un problema de pérdida de habitantes (caso de Castilla y León), las estrategias de apoyo a la inmigración se consideran imprescindibles para paliarlo.

Al mismo tiempo, la inmigración tiene un coste en términos de prestación de servicios públicos: educación y sanidad, por ejemplo. Por supuesto, también genera necesidades de seguridad, pues han surgido nuevas formas de delincuencia cuyo origen se encuentra en ocasiones en otros países, mafias organizadas especialmente favorecidas por la apertura de las fronteras y el incremento de los tránsitos de personas por todo el mundo.

Cuarto: La inmigración demanda una burocracia específica, que va adaptándose poco a poco a las exigencias actuales de la sociedad y la economía españolas.

La inmigración exige, como cualquier otro crecimiento poblacional, más hospitales y servicios sanitarios, más escuelas y servicios educativos, más Comisarías y servicios de seguridad ciudadana. Por eso, aunque las necesidades propias de la población inmigrante son especiales en estos servicios (por ejemplo, por la necesidad de traductores en muchos casos), lo cierto es que en su bloque principal demandan lo mismo que los ciudadanos españoles¹³. Sin embargo, donde se requiere un esfuerzo específico del aparato de los servicios públicos es en el plano burocrático¹⁴.

La principal necesidad “nueva” se proyecta, sobre la “burocracia”, pues es la que se ve directamente afectada por el incremento del número de inmigrantes a la hora de tramitar expedientes y dar respuesta a las solicitudes de permisos y visados de distintas especies. Las Oficinas públicas en las que se percibe de manera más intensa la multiplicación de los inmigrantes son los Consulados, las Comisarías de policía y las Oficinas de

¹³ Vid. VALCÁRCEL BUSTOS, M. Y CUBERO MARCOS, J. I.: “La vis expansiva de los derechos fundamentales y la asimetría en el reconocimiento de los derechos de las personas extranjeras”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n. 29, 2012, pp. 285-305.

¹⁴ Vid. GOIZUETA VÉRTIZ, J.: “Las políticas de integración en España. Algunas reflexiones a propósito de la intervención de las Administraciones Públicas”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n.29, 2012, pp. 93-113.

extranjeros. Por ello, son las estructuras administrativas específicamente orientadas hacia la inmigración las que demandan más claramente un refuerzo considerable (que sin duda se ha producido, pero no quizás hasta el punto que sería deseable) de sus medios y capacidades.

Además de incrementarse los medios personales y materiales a disposición de las Oficinas con responsabilidades en esta materia (por ejemplo, es un problema relevante el mero almacenamiento de papel, los archivos), se hace preciso organizar el funcionamiento de esta burocracia de manera eficiente, para que pueda ofrecer una respuesta de mayor calidad a los destinatarios de sus servicios, que son tanto los extranjeros e inmigrantes como los empresarios españoles que desean contratar sus servicios.

Quinto: La inmigración no es un fenómeno coyuntural, por lo que no deberían plantearse sólo respuestas para salir del paso en situaciones de crisis.

Con independencia de que se está produciendo cierta estabilización de las cifras de inmigrantes en nuestro país, tras varios años de crecimiento exponencial, aludido anteriormente, lo cierto es que no puede preverse una reducción o retirada masiva de extranjeros, ni siquiera en el escenario de grave crisis económica en el que nos encontramos.

Hasta ahora muchas respuestas políticas y administrativas, sin embargo, parecen haber sido marcadas por situaciones de hecho puntuales, de las que tenemos buena noticia gracias a los medios de comunicación. Han sido circunstancias como la llegada de pateras o los brotes de conflictividad, las que a menudo han determinado reacciones no siempre sostenibles en el tiempo, ni explicables, desde luego, en términos de respuesta anticipada y razonada a los problemas.

Da la impresión de que las intervenciones sobre esta materia obedecen sobre todo a la necesidad de resolver crisis, momentos en los cuales aparece el rostro más dramático de los flujos migratorios. Y esta atención extrema a lo “urgente”, como tantas veces sucede, deja de lado lo verdaderamente “importante”, que sería ofrecer un tratamiento integral y “normalizador” de la situación de la mayoría de los extranjeros que viven en

nuestro país, millones de personas al fin y al cabo necesitadas de un marco estable, aunque no aparezcan cada día en los informativos.

Sexto: La evolución normativa nos muestra una secuencia de respuestas ex post a un fenómeno que ha superado y sigue superando a los legisladores.

La percepción de que las respuestas políticas son coyunturales y marcadas por escenarios de crisis o por la necesidad de resolver problemas candentes (desde la delincuencia y las mafias organizadas hasta la situación de los menores o de las víctimas de la violencia de género y ahora la de los inmigrantes que engrosan las listas del paro) se proyecta también sobre las Leyes y los Reglamentos en esta materia, cuyos procesos de elaboración y aprobación raras veces han estado presididos por el sosiego, la proyección de largo plazo o la racionalidad más allá de los variables estados de la opinión pública, alimentados por las imágenes más dramáticas de los medios.

Así se observa en la reciente historia española democrática, a partir de la Constitución de 1978, como se han sucedido normativas tendentes a establecer un ordenamiento capaz de fijar los términos de la venida e integración de los inmigrantes en nuestra sociedad¹⁵, que han obedecido a la intención de regular la inmigración desde distintas filosofías, más o menos consideradas con la condición personal de los inmigrantes, favorecedoras de una legalidad más o menos estricta en esta materia¹⁶. Ninguna de las cuales ha podido perdurar o evitar ser aprobada en un escenario de áspera discusión política o social, a menudo centrada en los aspectos más mediáticos.

Así, una y otra vez, las sucesivas reformas de las llamadas Leyes de extranjería han pretendido dar respuesta a los cambios en este fenómeno. Las transformaciones cuantitativas y cualitativas han requerido y requieren adaptaciones a las nuevas circunstancias de nuestro país. Éste sigue siendo receptor de personas que buscan en él prosperar, sin embargo, ahora se debe tener en cuenta que también sus nacionales

¹⁵ Vid. KUZNETSOV, G.: “Integración de inmigrantes”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n. 31, 2012, pp. 73-91 y TERRÁDEZ SALOM, D.: “El consejo de Europa y la integración de los inmigrantes: Recomendaciones y políticas”, en *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n. 31, 2012, pp. 273-286.

¹⁶ Vid. PALOMAR OLMEDA, A.: “Apuntes sobre el desarrollo legal postconstitucional de la regulación de los extranjeros en España” en PALOMAR OLMEDA, A. (Coord.): *Tratado de Extranjería*, Tomo I, 4ª edición, 2010, pp. 147 y ss.

buscan lo mismo en el marco de un castigado mercado de trabajo. Las normas que pretenden dicha adaptación, también han venido muy marcadas por los estados de la opinión pública, cada vez más interesada (y a veces alarmada) por las múltiples implicaciones de esta realidad (efectos sobre el paro, el sistema de pensiones, la seguridad, los derechos humanos, los servicios públicos, etc.).

Séptimo: Las Leyes y los Reglamentos en materia de extranjería e inmigración han sido controvertidos jurídicamente, hasta llegar a la anulación judicial en algunos casos.

Estas normas, no siempre han encajado de manera perfecta y pacífica en nuestro engranaje jurídico, presidido por el reconocimiento de la dignidad de la persona y los derechos humanos como principales valores a proteger según la Constitución. Así, la anulación parcial, por una Sentencia del Tribunal Supremo, del Reglamento aprobado por Real Decreto 864/2001¹⁷ de desarrollo de la Ley Orgánica en esta materia, que mostraría algunos errores en los que se puede incurrir al regular las garantías de personas que, aun no siendo ciudadanos, merecen la mayoría de los derechos, con excepción de algunos de los electorales.

Pero también, años antes, la primera Ley de Extranjería fue declarada inconstitucional por el supremo intérprete de la Constitución. Así que los errores jurídicos en el diseño de las normas en materia de extranjería e inmigración parecen un riesgo constante, por las circunstancias expuestas en los dos apartados anteriores. Es un dato ya contrastado, y no una mera valoración, que en el pasado las decisiones normativas y la intervención administrativa en materia de inmigración no han sido precisamente las mejores de todas las posibles. Claro que es fácil llegar a esta conclusión en una perspectiva diacrónica, pero incluso en su momento hubo claros datos que mostraban que ciertas decisiones no eran las más adecuadas (Informes del Defensor del Pueblo, Sentencias del Tribunal Constitucional y Sentencias del Tribunal Supremo).

¹⁷ La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003, anuló varios preceptos del Real Decreto 864/2001, resolviendo así el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Federación de Asociaciones Pro-Inmigrantes en Andalucía.

Octavo: En el nuevo siglo se observa un cambio de estrategia, con mayor énfasis en los aspectos sociales del fenómeno.

Las políticas en la última década se han distanciado deliberadamente de la consideración de la inmigración desde la perspectiva de los riesgos de incremento de la delincuencia (como sí ocurría en Ley Orgánica de 1985), enfatizando, en cambio, sus consecuencias de carácter social y económico¹⁸. En 2004 se produjo el último gran proceso de normalización, destinado a permitir el acceso a la documentación legal a cientos de miles de personas que estaban en España en su mayor parte realizando un trabajo.

Esta apuesta por la normalización trajo consigo, la necesidad de transformar la dinámica de las relaciones entre la Administración pública y el inmigrante (regular) -también con el empresario-, adaptando los procedimientos administrativos en el sentido más favorable al ejercicio de sus derechos y para ocasionarles, como a los ciudadanos españoles, el menor número de molestias a la hora de realizar los trámites que regularmente las normas imponen para poner al día su situación en nuestro país.

Por ello probablemente se ha ido replanteando la estructura organizativa encargada de llevar a cabo esta política. Así se observa por ejemplo: en la Ley de Agencias, que prevé la creación de una Agencia Estatal de Inmigración y Emigración, una nueva solución institucional que puede impulsar, con las debidas adaptaciones normativas, el desarrollo de una etapa más moderna (y respetuosa con los derechos), que todavía no se ha creado; en la creación del Ministerio de Trabajo e Inmigración cuyas funciones, tras la celebración de las últimas elecciones generales han quedado incorporadas al Ministerio de Empleo y Seguridad Social; o en la importante participación de órganos administrativos de las Comunidades Autónomas y de los Ayuntamientos a la hora de certificar el esfuerzo de integración social o el cumplimiento de los requisitos mínimos que debe reunir la vivienda para la reagrupación familiar.

Dicho esto, hay que advertir también que el Ministerio de Interior y las Comisarías de policía siguen manteniendo un notable protagonismo en numerosos ámbitos

¹⁸ Vid. PEÑA PÉREZ, A.: “Inmigrantes ilegales: concepto infame. Responsables y deshonorados”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n.29, 2012, pp. 87-113.

relacionados con la inmigración, lo que en parte puede estar justificado, pero en exceso somete a los extranjeros y en ocasiones también a los ciudadanos españoles al más incómodo trance de pasar por una Comisaría de policía.

Noveno: Los dos últimos Reglamentos de desarrollo de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (Real Decreto 2393/2004 y Real Decreto 557/2011), que sin embargo heredan algunos elementos de las normas anteriores, contribuyen a otorgar un mayor protagonismo a la población inmigrante.

La lectura de sus Exposiciones de Motivos pone perfectamente de manifiesto las intenciones del Gobierno que los dictó. En realidad, la comparación superficial de estos Reglamentos con sus predecesores no ofrece tantas diferencias como pudiera pensarse, pero un análisis más profundo sí determina modificaciones significativas. En el Reglamento vigente aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, se transmite la tendencia a regular uno a uno los distintos procedimientos para conceder las autorizaciones, permisos y visados más frecuentes, con una muy escasa normativa general aplicable a todos estos procedimientos (las previsiones de la Ley en el terreno de los principios y derechos), así como una remisión limitada y relativa al régimen común de los procedimientos administrativos.

Esta falta de desarrollo de una “parte general” de la intervención administrativa en esta materia, en lo referido a los procedimientos, así como las dudas (que no deberían en buen Derecho plantearse) sobre la aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo, demuestran la inercia que arrastran las normas de inmigración y su impronta coyuntural y de solución de casos.

Décimo: Es precisa una normativa estable y plenamente satisfactoria de los derechos e intereses afectados en este ámbito.

Las dudas que origina la aplicación de la normativa reglamentaria complican en ocasiones la normalización administrativa de millones de personas que viven en España, a veces sin saber, por ejemplo, qué papel (o qué papeles) tienen que presentar exactamente para conseguir o renovar un determinado permiso. En algunos casos ni

siquiera los responsables de aplicar estos Reglamentos identifican el papel a exigir, especialmente por la falta de claridad de la norma o, en su caso, la inexistencia de la misma, y reclaman continuamente instrucciones del Ministerio de turno que les ayuden a interpretar la normativa y así poder aplicarla sin dificultad. Algunas de estas dudas han sido superadas en el nuevo Reglamento por la clarificación de muchos requisitos que en el Reglamento anterior estaban regulados de forma general.

La inmigración, como cualquier otra realidad social, requiere, para poder desarrollarse con la mínima conflictividad, normas claras, ciertas, de fácil interpretación y aplicación¹⁹. Aunque en una sociedad tan compleja como la nuestra la pretensión de un Derecho bien ordenado resulta ilusoria a juicio de algunos (efectivamente no es una tarea nada fácil) no puede dejar de perderse de vista este objetivo, pues la certidumbre, el saber a qué atenerse (la seguridad jurídica) y la reducción del riesgo son claves del Estado de Derecho y la prosperidad.

Así mismo, las normas deben intentar adaptarse al estado de cosas de cada momento y lugar. Si las Leyes o los Reglamentos no responden a las circunstancias reales, o bien devendrán obsoletas, o bien generarán numerosísimos problemas. Este Derecho no sólo ha ido normalmente por detrás de las circunstancias, también se ha optado frecuentemente por llevar a cabo políticas más acordes con los planteamientos partidistas que con las necesidades reales. Así lo manifiestan ORTEGA PÉREZ Y PÉREZ ROPERO *“la política de inmigración, al igual que el fenómeno que regula, es una política sectorial joven en España que ha sufrido convulsos cambios en función de la orientación ideológica del partido político en el Gobierno central”*²⁰.

Una adecuada normalización del estatuto de los inmigrantes en España ha ido requiriendo mejorar sus relaciones con las Administraciones Públicas, agilizar y simplificar los procedimientos y garantizar que el extranjero, por el hecho de serlo, no se encuentra en una posición de desventaja o menosprecio respecto del nacional a la

¹⁹ Vid. ROJO TORRECILLA, E.: “La nueva realidad jurídica y social de la inmigración. Una aproximación al marco normativo y su impacto sobre la protección social de las personas inmigradas”, en FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Comares, Granada, 2011, pp. 569-593.

²⁰ ORTEGA PÉREZ, N. Y PÉREZ ROPERO, M.V., “Inmigración y crisis económica en España. Entre la consolidación y el mantenimiento: análisis del cambio de la política migratoria” en FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Comares, Granada, 2011, p. 38.

hora de tramitar procedimientos administrativos (lo que la Ley, por otro lado, exige, proscribiendo discriminaciones de este tipo). Es precisa una configuración más estable del ordenamiento de extranjería, y que vaya, un poco menos, “por detrás de las circunstancias”.

Es ineludible una normativa adecuada para compatibilizar el disfrute de los derechos y libertades de los extranjeros durante su estancia y permanencia en España con los intereses públicos²¹. También, por supuesto, con las necesidades reales de los mercados de trabajo que tanto han variado en los últimos tiempos, a las que debe responder la intervención administrativa en materia de inmigración y así lo hace en sus últimas reformas. Por otra parte, los empresarios que desean contratar inmigrantes para desarrollar sus actividades (la hostelería, la agricultura, la construcción, tantos otros sectores) no pueden dedicar la mayor parte de su tiempo a comprender normas ininteligibles o, en su caso, a encontrarse en situación de ilegalidad.

Decimoprimeros: Las implicaciones internacionales de los flujos migratorios obligan a contextualizar en ese marco internacional cualquier respuesta a este fenómeno.

Tanto para los países africanos, por su situación geográfica, como para los de Iberoamérica, por la conexión histórica y cultural, España constituye la puerta de Europa. Nuestras circunstancias y respuestas al fenómeno producen efectos más allá de nuestras fronteras, lo que reclama una intervención desde instancias internacionales para dar respuestas a la inmigración. Máxime teniendo también en cuenta a las mafias y a asociaciones criminales que ponen en juego la vida de muchos seres humanos, mafias que se benefician del tratamiento puramente nacional de los problemas²².

Según MONEREO PÉREZ Y TRIGUERO MARTÍNEZ *“En pleno Siglo XXI, las políticas jurídicas reguladoras de los flujos migratorios y de los derechos fundamentales no se hallan globalizadas en igual medida que otros órdenes,*

²¹ Vid. TUR AUSINA, R.: *La integración de la población inmigrante en el marco europeo, estatal y autonómico español*, Portal de Derecho s.a. Iustel, 2009.

²² Vid. SANTANA VEGA, D. M.: “La lucha contra la trata de seres humanos desde la Unión Europea (de la Decisión marco 2002/629/JAI a la Directiva 2011/36/UE. Especial referencia a África occidental”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n.28, 2011, pp. 193-216.

significativamente el económico”²³. Por ello, los acuerdos internacionales y el trabajo con los Gobiernos de otros países son fundamentales en la valoración de las soluciones que se vayan adoptando, incluyendo las previstas en los Reglamentos.

2. OBJETO

El objeto de esta Tesis es realizar un análisis valorativo de los avances obtenidos en la gestión del fenómeno migratorio a partir de las innovaciones introducidas en el régimen jurídico aplicable al mismo por los principales Reglamentos que han desarrollado la Ley de extranjería (Ley Orgánica 4/2000), esto es, el primer Reglamento que la desarrolla, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, pero sobre todo los dos últimos (aprobados por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre y 557/2011, de 20 de abril, respectivamente) que han marcado una tendencia distinta poniendo más énfasis en la protección de los inmigrantes que el anterior, y en particular el Reglamento vigente.

Por un lado, se establece la necesidad de disponer de un análisis de la situación anterior a la entrada en vigor del Reglamento, hoy vigente, de 2011. Con especial atención a aquellos aspectos sobre los que posteriormente han tenido mayor reflejo las innovaciones introducidas por las normas reglamentarias. Lo que quiere decir que es preciso exponer tanto el marco jurídico general de la extranjería y la inmigración y los principales aspectos de su régimen jurídico, como sus cuestiones más controvertidas, que servirán como punto de partida para poder analizar el valor de las últimas modificaciones.

Esto se establecerá, comenzando por los aspectos constitucionales, sus condicionantes y antecedentes de Derecho europeo y la evolución legal y reglamentaria hasta llegar al Real Decreto de 2011. Se tendrá en cuenta también la situación en la que se encontraba el ordenamiento de la extranjería y la inmigración en España como consecuencia de la anulación por parte del Tribunal Supremo de preceptos del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, con especial detenimiento en los aspectos sobre los que, posteriormente,

²³ MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “La ordenación normativa e institucional del trabajo de los extranjeros en España: una reflexión crítica”, en FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Comares, Granada, 2011 p. 383.

tendrán mayor incidencia las innovaciones en el Reglamento de 2004, y de la misma manera se hará hincapié en los aspectos que a partir de la aplicación del Reglamento de 2004, tendrán incidencia en el contenido del Reglamento de 2011.

Por otro lado, se contempla, ya concretamente, la realización de un análisis de las principales innovaciones introducidas por las principales normas reglamentarias, lo que requerirá, por supuesto, una valoración general de las mismas a partir de sus antecedentes y contextos, la detección de sus principales problemas normativos y jurisprudenciales, las conexiones con otras normas (especialmente las exigencias que sobre los mismos planteaba y sigue planteando la proyección, con matices, de los principios y normas generales del procedimiento administrativo). Sin olvidar tampoco los aspectos organizativos y técnicos que enmarcan y afectan directamente a la aplicación de los Reglamentos analizados, y le seguirán afectando en el futuro.

También se pondrán de manifiesto los problemas prácticos y aplicativos de los Reglamentos, tanto los detectados por los principales aplicadores como por los destinatarios últimos de las normas. Se estudiarán desde luego las consecuencias de las normas en aspectos tales como la simplificación de los procedimientos administrativos y otras cuestiones también referenciadas. Y se pondrán de manifiesto, en un balance general, las ventajas y los inconvenientes que presenta el desarrollo reglamentario de la Ley de Extranjería.

La aproximación que en esta Tesis se hace a la problemática de la regulación de la extranjería y la inmigración se realiza desde el Derecho administrativo, pero también desde un enfoque más amplio – de Derecho público – en el que sucintamente se expondrán los puntos más relevantes de Derecho constitucional y comunitario europeo que pueden plantear los Reglamentos que desarrollan la Ley Orgánica 4/2000, objeto central de la investigación.

Desde esta perspectiva, y sin desatender por tanto otras cuestiones relevantes, se incidirá sobre todo en los aspectos de procedimiento y organización de la Administración de la inmigración en España, tal y como son regulados en los Reglamentos objeto de análisis, teniendo muy en cuenta otras normas que deben necesariamente ponerse en conexión con los mismos. Así: la Constitución española de 1978; la Ley Orgánica 4/2000, de 11

de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social y sus distintas reformas y modificaciones; la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; la Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, Ley 11/2007, de 22 junio; el Derecho Comunitario europeo o las Órdenes Ministeriales que desarrollan los distintos Reglamentos.

También se compararán los últimos Reglamentos, en su actual contexto normativo, con las normas que les han precedido en la regulación de la materia, para ponderar si efectivamente las normas analizadas han representado un avance y mejora respecto de los Reglamentos de desarrollo de las Leyes de extranjería que se han aprobado en nuestro país en los últimos veinte años, aproximadamente, desde el Real Decreto 1199/1986, de 26 de mayo. Especialmente en lo relativo a las garantías y la eficacia de los procedimientos administrativos, uno de los extremos en los que más se insiste en las Exposiciones de Motivos de todos los Reglamentos que desarrollan la Ley Orgánica de Extranjería de 2000, siendo ésta una de sus mayores preocupaciones.

Por ello, uno de los hilos conductores de la Tesis se referirá al grado de aplicación de los principios generales y principales normas del procedimiento administrativo sobre los distintos procedimientos en materia de extranjería e inmigración, esto es, en qué medida pueden (o deben) o no exceptuarse garantías básicas de las relaciones entre Administración y ciudadano cuando quién se encuentra al otro lado de la “ventanilla” no es un español, sino un extranjero.

Y es que, aunque el apartado segundo del artículo 20 de la Ley Orgánica 4/2000 (reformada por la 8/2000), establece que *“Los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, salvo lo dispuesto en el artículo 27 de esta Ley”*, (el artículo 27 contempla un régimen especial de motivación y comunicación para ciertas denegaciones de visados, régimen especial que ha sido modificado por la reforma que de la Ley de Extranjería de 2000 hace la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, ampliando la necesidad de motivación de la denegación de visados a los de estancia o

de tránsito), lo cierto es que, se matiza la aplicación de algunas normas de procedimiento administrativo general en sus proyecciones sobre los procedimientos de extranjería e inmigración.

Para mostrarlo, se analizarán aquí las exigencias de presentación personal de los interesados en los procedimientos, el régimen de los registros que pueden ser empleados (el lugar y la forma de presentación de las solicitudes, en suma) o la posibilidad de utilizar las Oficinas de correos para ciertos trámites. Esto se hará tanto desde la perspectiva de los derechos procedimentales como en la búsqueda de mejorar la eficacia y la eficiencia administrativas.

La necesaria presentación personal de los interesados en los procedimientos resulta un aspecto controvertible por las incomodidades y disfunciones que produce para los inmigrantes y empresarios, por un lado, y para las Oficinas públicas, por otro. Así, las escenas de colas que llegan a plantear en momentos determinados incluso problemas de orden público, la presencia de niños de muy corta edad (incluso bebés) esperando junto a sus madres o padres su turno en las Oficinas de extranjería, junto a los inconvenientes propios de cualquier trámite administrativo que deba hacerse en horario laboral (para personas que tienen especiales dificultades para ausentarse de sus puestos), deberían hacer pensar hasta qué punto es necesario en todo caso (o en la mayoría de los casos), obligar a los inmigrantes y empresarios a personarse en las Oficinas públicas. En parte ese problema se puede solucionar con la aplicación del nuevo Reglamento que permite efectuar algunos trámites de forma electrónica.

El análisis de la forma de presentación de las solicitudes no agota su problemática en el punto de la personación, sino que incluye también la cuestión de los registros administrativos que pueden utilizarse, así como la relativa a la aceptabilidad o no, de la utilización de las Oficinas de correos para la presentación de solicitudes. Este aspecto es modificado en parte en el último Reglamento de la Ley de Extranjería aprobado por Real Decreto de 2011 en su Disposición adicional tercera cuando incorpora en su apartado tercero la aplicación de la Ley de Acceso Electrónico *“Las solicitudes de modificación, prorroga o renovación de las autorizaciones de residencia y de trabajo se podrán presentar en cualquier otro registro de conformidad con el artículo 38.4 de la Ley 30 /1992, de 26 de noviembre, o de acuerdo con lo establecido en la Ley 11/2007,*

de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos”. En este Reglamento se convierte en una cuestión fundamental, la utilización de las nuevas tecnologías para la tramitación de solicitudes de todo tipo.

Porque muchas de estas cuestiones que resultaban problemáticas se pueden solucionar mediante la aplicación de la Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, como establece la Disposición adicional citada, pero como se expondrá con más profundidad a lo largo de la Tesis, esa Ley contempla también una excepción expresa para los procedimientos en materia de extranjería, en la misma línea de lo establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/92) y la propia Ley de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.

Las previsiones en el sentido de matizar la aplicación de las Leyes generales de procedimiento administrativo (Ley de Procedimiento Administrativo Común y Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los servicios públicos) podrían suscitar la duda de si rigen o no (y en qué medida exactamente) todos los derechos de los ciudadanos ante las Administraciones públicas cuando los interesados son extranjeros. Obviamente, no se discute en absoluto si se debe reconocer o no a los extranjeros, por ejemplo, el derecho a ser tratados con respeto y deferencia, puesto que su condición de personas lo impone. Pero otros derechos procedimentales resultan mucho más difíciles de reconocer hasta sus últimas consecuencias, como sucede con el derecho a no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante.

Se realizará también un análisis detenido de los principales procedimientos haciendo una comparativa entre la regulación de los mismos en los dos últimos Reglamentos, a saber: el procedimiento para la concesión de la prórroga de estancia sin visado; el procedimiento de concesión del visado de residencia temporal no lucrativa; el procedimiento de renovación de la autorización de residencia temporal no lucrativa; el procedimiento para la reagrupación familiar; el procedimiento de concesión de la autorización de trabajo; el procedimiento de concesión de la autorización de estancia por estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado; los procedimientos de modificación de la situación de los extranjeros en España; el procedimiento para la obtención del número de identidad del extranjero; el

procedimiento para la obtención de la Tarjeta de Identidad del Extranjero; el procedimiento para la concesión de la cédula de inscripción.

El análisis de estos procedimientos debe sacar a la luz tanto las carencias de técnica normativa que se observan en los Reglamentos, como los problemas comunes que plantean dichos procedimientos. Problemas relacionados con la interpretación de sus normas reguladoras o las exclusiones expresas y las inclusiones tácitas de la aplicación de las normas y principios generales del Derecho administrativo a la materia de extranjería e inmigración. Porque la consideración especial de la materia ha propiciado la ausencia de una serie de normas generales, aplicables a todos los procedimientos, que podrían contribuir a resolver muchas de las dudas interpretativas que se plantean, como por ejemplo las de carácter documental.

Se incluirán las principales novedades introducidas por los Reglamentos, especialmente desde el punto de vista de la simplificación de los procedimientos. Y se tendrán en cuenta más concretamente algunas de las previsiones concretas que han introducido estas normas reglamentarias respecto de sus antecesoras. Así, el visado de búsqueda de empleo, las autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales por razones de arraigo, o la situación de los hijos de extranjeros residentes en España y los hijos y nietos de español de origen, introducidos por el Reglamento de 2004, o el procedimiento de autorización de residencia y trabajo para la mujer extranjera víctima de la violencia de género, y el nuevo arraigo familiar como previsiones concretas que introduce el Reglamento de 2011.

Todo este análisis de los aspectos más relevantes del desarrollo reglamentario se dirigirá a la formulación de propuestas de adaptación de los procedimientos administrativos sobre inmigración a las exigencias de una Administración moderna, eficaz, transparente y, sobre todo, respetuosa de los derechos de todas las personas (con independencia de su nacionalidad). Sin olvidar para ello la importancia de la eficacia administrativa, mejorable mediante una mayor utilización de los medios técnicos y mediante la simplificación y agilización procedimental. También con mejoras organizativas, como puede ser a partir de la creación de la Agencia Estatal de la Inmigración y la Emigración, cuyas ventajas respecto de otros modelos organizativos han de valorarse, u otro tipo de modificaciones en las estructuras administrativas de inmigración.

Por lo tanto además de contribuir al análisis de los procedimientos esta Tesis hará una valoración de la organización administrativa de la inmigración en España, con la consciencia de que los resultados prácticos de los Reglamentos dependen en gran medida de las soluciones organizativas elegidas para aplicarlos. Por ello se recalcará la importancia de la potestad organizatoria en este ámbito, se repasará la evolución de la organización administrativa de la inmigración en España en las últimas décadas, se describirá la situación actual y se intentará sobre todo ofrecer una prospectiva sobre las tendencias de futuro, traducidas en la creación de la citada Agencia y el nuevo reparto de competencias en la materia que se observa tras la última reforma de los Estatutos de Autonomía.

Porque la organización por la que se opte, con sus ventajas e inconvenientes, es determinante de los resultados prácticos de aplicación de los Reglamentos, y del mejor o peor funcionamiento de la Administración de la inmigración en España. Como lo son los medios técnicos que se utilicen para facilitar la tramitación de los procedimientos, y muy destacadamente las nuevas tecnologías y posibilidades ofrecidas por la Administración electrónica, que alcanzó la madurez en España (al menos la jurídica) con la aprobación de la Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (Ley 11/2007, de 22 de junio).

Así, estudiaremos la aplicación de este texto a los procedimientos administrativos en materia de extranjería e inmigración, teniendo en cuenta que en muchos casos ya se está facilitando el acceso telemático a información y se han automatizado algunas decisiones. La informatización de los registros en esta materia, la aplicación informática de extranjería y el grave problema de la gestión documental (con un crecimiento espectacular del volumen del archivo) serán también analizados, ya que se trata de cuestiones que también forman parte de los condicionantes del procedimiento administrativo, entendiendo éste como el modo de obrar de la Administración, que incluiría por tanto los medios utilizados.

La Tesis también hará un análisis crítico de los dos últimos Reglamentos de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. Análisis crítico que resultará de su estudio jurídico y de las consultas hechas a los aplicadores del Reglamento de 2004, puesto en relación

con el contenido del Reglamento actual, para considerar, finalmente, qué queda por hacer todavía tras el dictado de este último. Nos hemos basado en las opiniones de los aplicadores porque son quienes mejor conocen los problemas prácticos que suscitaba la norma reglamentaria anterior (del mismo modo que lo conocen los interesados en sus actos de aplicación).

Para ello se realizará una valoración formal de la técnica normativa de los Reglamentos, de su conexión con otras normas, de su interpretación y los problemas jurisprudenciales que han suscitado, de sus lagunas y necesidades de desarrollo normativo. También se tendrá en cuenta el punto de vista de los principales destinatarios de los Reglamentos, los extranjeros e inmigrantes. Por ello se manejarán los informes del Defensor del Pueblo y las opiniones de algunas organizaciones no gubernamentales y de asociaciones de inmigrantes.

La Tesis permitirá contestar algunas preguntas fundamentales: ¿Han mejorado los Reglamentos el estado de los derechos y libertades de los extranjeros en España?; ¿Han servido para cumplir los compromisos internacionales y europeos de España en materia de extranjería e inmigración?; ¿Han incrementado la eficacia de la respuesta administrativa en los procedimientos en esta materia?; ¿Han favorecido, como pretendían, la inmigración legal frente a la irregular o ilegal?; ¿Han contribuido a la integración de los inmigrantes en la sociedad española?; ¿Resuelven las principales necesidades administrativas en materia de extranjería e inmigración en el contexto actual?

La Tesis obedece, por tanto, al afán de mejorar, la dinámica de las relaciones administrativas entre el aparato público diseñado en nuestro país para responder a la nueva realidad de la inmigración, los inmigrantes, y los empresarios que les contratan. El mismo afán de mejorar que nos recuerda el Profesor MARTÍN-RETORTILLO BAQUER a todos los administrativistas en estos tiempos difíciles, cuando escribe sobre el papel decisivo que deben jugar el Derecho Administrativo y sus instituciones en tiempos de crisis *“De ahí que la conclusión nos lleve a tener muy claro que nuestra tarea, no será nada heroica, si se quiere, pero será de una importancia trascendental: ni más ni menos que tratar como siempre de depurar dichas técnicas e instituciones, y*

de continuar vigilantes para que sean utilizadas como corresponde, y sirvan al mejor funcionamiento del Estado y al aseguramiento del mejor servicio a los ciudadanos”²⁴.

3. PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

Se pretende una aproximación jurídico-dogmática, desde el Derecho público, basada en los principales métodos de interpretación, que incluyen los previstos en el Código Civil (aunque no se agotan en ellos). Así: la interpretación histórica, que lleva a repasar las normas antecedentes al desarrollo reglamentario de la Ley de Extranjería vigente; la interpretación literal, que ha reclamado meditar las palabras del texto de los Reglamentos, con sus implicaciones semánticas; la interpretación teleológica, que ha permitido recordar cuáles eran las intenciones pretendidas en el momento de su aprobación (en principio manifestadas en las Exposiciones de Motivos); y la interpretación contextual, que impone tener en cuenta las circunstancias del tiempo y lugar donde las normas han de ser aplicadas, en este caso en la España de los albores del siglo XXI.

El recordatorio de los antecedentes históricos y legislativos de los Reglamentos que se estudian en esta Tesis, se incluye realizando un repaso de las normas dictadas sobre esta materia tras la Constitución, en concreto, desde que los cambios sociales y poblacionales determinan la necesidad de intervenciones administrativas de distinto signo en este ámbito. No se pretende simplemente relacionar una serie de normas, sino que se busca enmarcarlas en el momento político y social en el que se fueron aprobando, teniendo en cuenta el debate sobre la inmigración entre los distintos partidos e instituciones públicas y las organizaciones no gubernamentales y asociaciones afectadas.

En cuanto al análisis del régimen de los procedimientos, seguirá siendo interpretado literalmente. Se hará con los preceptos de los Reglamentos que contemplan la exclusión (relativa) de la Ley de Procedimiento Común en materia de extranjería. Concretar el significado de las fórmulas utilizadas para definir el grado de aplicación de las normas generales del procedimiento administrativo requiere un detenido análisis de

²⁴ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: “El derecho administrativo ante la crisis”, en *REDA*, n. 157, 2013.

las palabras utilizadas. Como también es necesario pensar cada verbo y cada expresión. Por ello se ofrece un pormenorizado repaso de los principales procedimientos, con sus implicaciones de Derecho administrativo.

Recordar los fines de las normas es indispensable en su análisis crítico. Porque sólo poniendo de manifiesto aquellos objetivos que pretendía alcanzar, podemos valorar su grado de éxito, por ejemplo en la simplificación de los procedimientos, en el control de la inmigración irregular o en la claridad de los derechos. El contraste del “espíritu” de las normas y sus principales novedades con sus resultados prácticos marcará la pauta para ofrecer un balance de su eficacia real, esto es, de su rendimiento para la política pública que pretendía desarrollarse.

La interpretación según el contexto en el que las normas tienen que ser aplicadas, es un método fundamental para hacer balance sobre los Reglamentos en su aplicación a la hora de contestar algunas de las cuestiones que suscita este tema, por ejemplo, si estas normas han contribuido y contribuyen efectivamente a la integración de los inmigrantes en España. También habrá que plantearse si el contexto ha variado de forma relevante desde el momento del dictado del Reglamento vigente, al momento actual, hasta el punto de que puedan ser necesarios cambios de alcance en su articulado.

Junto a los clásicos métodos hermenéuticos del Código Civil, han de tenerse en cuenta otros tan importantes o incluso más importantes que éstos, siendo conscientes de que el Código Civil ya no desempeña el papel de ordenación de las fuentes que le correspondía hace doscientos años. Esta función le corresponde hoy a la Constitución, y por ello todas las normas deben ajustarse a lo establecido en la misma.

De ahí que uno de los parámetros de valoración jurídica de cualquier Ley o Reglamento haya de ser, necesariamente, el de conformidad a la Constitución, por lo que a la hora de valorar los Reglamentos hay que tener muy presentes las exigencias constitucionales (tal y como han sido interpretadas por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y en conexión con las normas internacionales sobre derechos humanos).

Así mismo, como es preceptiva la conformidad con la Constitución, también lo es con el Derecho comunitario europeo, de manera que otro de los análisis jurídico-formales

que se proyectará en este trabajo sobre el estudio de Reglamentos será el de su compatibilidad y adaptación al Derecho europeo de la extranjería y la inmigración.

Los métodos de la interpretación conforme a la Constitución y al Derecho comunitario europeo se proyecta en el primer capítulo de la Tesis, si bien son muy útiles en otros momentos, como a la hora de determinar el grado de aplicación de los principios del procedimiento administrativo a los procedimientos en materia de extranjería e inmigración, ya que algunos de los argumentos jurídicos que se utilizarán para sostener algunas conclusiones provendrán de la interpretación constitucional y del Derecho europeo, en la explicación de los principios de buena administración y del derecho al procedimiento administrativo.

Este análisis ha comportado necesariamente el manejo de las normas sobre la materia, la Jurisprudencia de los Tribunales y la bibliografía (doctrinal) publicada sobre las cuestiones relacionadas con el tema. Se ha intentado no dejar de lado datos u opiniones relevantes para ofrecer un análisis lo más completo posible en este sentido, por lo que se han utilizado las bases de datos jurisprudenciales y las fuentes de documentación al respecto, con la ayuda de la página web del ahora Ministerio de Empleo y Seguridad social y en concreto de la Secretaría General de Inmigración y Emigración y, en momentos anteriores, las de los Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales y la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, y las del Ministerio de Trabajo e Inmigración y su Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.

La parte práctica de la metodología se ha traducido en la realización de una serie de visitas a las unidades responsables de la aplicación de los preceptos de los Reglamentos de la Ley de extranjería más interesantes para esta Tesis. Las visitas se realizaron en plena aplicación del Reglamento anterior con el fin de obtener el grado de satisfacción que para las Oficinas de extranjería tenía la norma, y que posteriormente han servido, a través de la comparación con el Reglamento vigente, para destacar las mejoras que el Real Decreto 557/2011 contiene en relación a las reclamaciones de las Oficinas sobre el Reglamento anterior, además de poder, con ello, puntualizar las carencias de las que aún adolece el nuevo Reglamento.

El análisis práctico de la aplicación de los Reglamentos requiere, por supuesto, preguntarles a quienes más deben utilizarlo, que son quienes mejor pueden señalar los problemas concretos con los que se encuentran los destinatarios de la norma, sus puntos oscuros y conflictivos, no sólo en el plano de la litigiosidad contencioso-administrativa (que se observará en el análisis jurisprudencial), sino en el del funcionamiento “sistémico” de las normas. Esto porque se trata de detectar problemas de factibilidad y eficiencia de las normas, desde el punto de vista de sus principales aplicadores, que es un indicador imprescindible en toda evaluación de calidad normativa.

Como hemos dicho, se trata de sondear las ventajas e inconvenientes respecto de todo el desarrollo reglamentario, el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, y su contexto jurídico general (marco legal y Jurisprudencia de los Tribunales que afectó de lleno al Reglamento de 2004), el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre y el Real Decreto 557/2011, de 30 de abril. La búsqueda de los resultados prácticos citados anteriormente se hizo a través de cuestionarios, entendiendo que las preguntas formuladas eran las indicadas para extraer conclusiones sobre aspectos positivos y negativos del Reglamento objeto de análisis.

Por otro lado, su formulación fue deliberadamente abierta, con el fin de que varias preguntas funcionaran como “pretexto” para que los responsables de las Oficinas de extranjería y las Comisarías de policía se explayaran en su contestación comentando en detalle sus opiniones y preocupaciones sobre los principales puntos de la norma. En la selección de los lugares para realizar las visitas, se buscó una muestra significativa de provincias con y sin Oficina de extranjería (Salamanca y Valladolid, primeras visitas realizadas), y también una comparación de Oficinas y Comisarías radicadas en provincias con una presión migratoria media o baja (el caso de Salamanca, quizás con la peculiaridad del muy elevado número de extranjeros cursando estudios universitarios) y otras con una presión altísima, entre las más altas de España, como puede ser el caso de Almería o Murcia.

Hay que destacar el extraordinario valor que tienen estas entrevistas, ayudando más aún que la información jurisprudencial o el recurso a los clásicos métodos de interpretación. Por eso se tendrán en cuenta en distintos momentos de la Tesis como son el análisis crítico de los Reglamentos o las principales conclusiones. Y es que las opiniones de

quienes aplican las normas estudiadas día a día son realmente lo más importante a la hora de ponderar en qué medida y cómo puedan éstas ser mejoradas.

Como se verá, el resultado que se pretende, es equilibrar la realización de los derechos con la tan necesaria eficiencia administrativa en la gestión de los procedimientos. En la ya abundantísima bibliografía española sobre extranjería e inmigración son más bien escasos los trabajos que combinen la aproximación teórica, desde los principios, con la conexión y el acercamiento a la realidad, la experiencia y la práctica administrativa. Nada más práctico que una buena teoría, he aquí un tópico que debe ser tomado en serio. Pero cualquier buena teoría debe ser construida desde la aproximación al terreno y la comprensión de la realidad. Sin mantener el contacto con los responsables de la aplicación de las normas sobre inmigración, difícilmente se hubiera podido llegar a muchas de las conclusiones que aquí se exponen.

En suma, se verá aquí un doble método – inductivo y deductivo - . Desde los grandes principios constitucionales y administrativos, hasta la regulación pormenorizada de los procedimientos y las novedades en el último desarrollo reglamentario. Y desde la aplicación de los artículos del Reglamento anterior en las Oficinas de extranjería, de nuevo hacia los grandes principios que presiden el nuevo Reglamento y deben presidir las futuras normas reglamentarias de extranjería. El punto óptimo entre un método y otro es aquél que permite un eficiente desarrollo de las decisiones administrativas en materia de inmigración, con pleno respeto de los derechos y libertades de los extranjeros en España, por imperativo constitucional y desde la consideración de los inmigrantes como personas que merecen tanto respeto como los ciudadanos españoles.

De todo ello se podrán obtener sugerencias para la resolución de los problemas detectados, algunas propuestas por sus propios aplicadores, y otras derivadas de la interpretación del orden jurídico.

4. CONCLUSIONES

Primera: El conocimiento y la comprensión de las principales circunstancias y efectos del fenómeno de la inmigración en España es condición previa de cualquier análisis, incluido el jurídico, tendente a extraer conclusiones sobre las decisiones tomadas (y a

adoptar) en esta materia. De ahí que los presupuestos de partida deban preceder, siquiera de manera sucinta, a esta Tesis.

Segunda: Siendo el objeto central de este trabajo el análisis teórico y práctico de los Reglamentos que desarrollan la Ley de extranjería, es preciso tener en cuenta toda una serie de elementos jurídicos que condicionan su valoración. Es importante conectarlos con sus principales normas de referencia, a saber, la Constitución, Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros, la Ley de Procedimiento Administrativo Común, y el Derecho europeo en la materia, pero también lo es recordar la evolución normativa (e incluso sociológica) de la materia en nuestro país para aprender de los errores cometidos en el pasado, especialmente de los de carácter jurídico, e intentar no volver a incurrir en ellos.

Tercera: La Tesis ofrecerá una aproximación jurídico-pública a los contenidos de estas normas reglamentarias. Pero se profundiza especialmente en las novedades que las últimas reformas han llevado consigo en general y, en concreto, en los aspectos de procedimiento (también de organización y medios técnicos), por entender que éstos constituyen su columna vertebral. En la valoración de los Reglamentos, desde luego, estos aspectos de Derecho administrativo son los más importantes y así se debe apreciar en cualquier intento de puesta al día o superación de las soluciones adoptadas, como ahora lo hace la vigente norma reglamentaria. Mejorar los procedimientos en materia de inmigración, así como las estructuras organizativas y los medios dirigidos a impulsar las decisiones, es contribuir a la realización de los derechos de los inmigrantes y la mayor protección de los intereses públicos al tiempo.

Cuarta: La doble metodología teórico-práctica que se ha utilizado para alcanzar las conclusiones de esta Tesis permite resultados mucho más fructíferos de los que arrojaría una aproximación puramente formal, por muy completa o exhaustiva que fuera en el manejo de las fuentes. Hay problemas interpretativos y aplicativos de este trabajo que sólo se pueden intuir con la aproximación formal, que sólo se confirman y comprenden en su complejidad descendiendo al terreno de las Oficinas de extranjería y las Comisarías de policía. De los principios de la Constitución hemos descendido a estas dependencias, y tras empatizar con quienes viven los problemas directamente (y los intentan resolver cada día), hemos vuelto a ascender a la teoría jurídico-dogmática.

Quinta: Esta Tesis parte de una serie de principios de nuestro ordenamiento tradicionalmente defendidos en la Institución desde la que se elabora: la Universidad de Salamanca. De ahí que ofrezca una visión humanista y especialmente preocupada por el reconocimiento y protección de la dignidad y los derechos de las personas. Este trabajo pretende ser especialmente sensible a los intereses públicos que es preciso proteger y atender en cualquier regulación de los fenómenos migratorios.

Primer capítulo

MARCO CONSTITUCIONAL, DERECHO EUROPEO Y EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN DE EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN.

Primer capítulo

MARCO CONSTITUCIONAL, DERECHO EUROPEO Y EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN DE EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN

SUMARIO: 1. MARCO CONSTITUCIONAL: 1.1. IMPORTANCIA DEL PUNTO DE PARTIDA CONSTITUCIONAL. 1.2. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 13 CE. 1.3. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 1.4. LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y EL ARTÍCULO 10 CE. 2. DERECHO EUROPEO: 2.1. ORÍGENES Y RAZÓN DE SER DE LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA. 2.2. PRIMEROS REGLAMENTOS Y DIRECTIVAS. 2.3. ÚLTIMAS DIRECTIVAS. 3. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN DE EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN EN ESPAÑA. 3.1. RAZONES PARA EL ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN NORMATIVA. 3.2. LA PRIMERA LEY DE EXTRANJERÍA. 3.3. LAS REFORMAS DEL AÑO 2000. 3.4. LAS REFORMAS DE 2003. 3.5. LA REFORMA DE 2009. 3.6. ÚLTIMAS MODIFICACIONES DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000. 3.7. LOS PRIMEROS REGLAMENTOS. 3.8. EL REGLAMENTO DE 2001. 3.9. LOS ERRORES DEL REGLAMENTO DE 2001 QUE CONDUJERON A ANULACIONES JUDICIALES. 3.10. TEST DEL REGLAMENTO DE 2001. 3.11. LOS ÚLTIMOS REGLAMENTOS. 4. CONCLUSIONES.

1. MARCO CONSTITUCIONAL

1.1. IMPORTANCIA DEL PUNTO DE PARTIDA CONSTITUCIONAL

El punto de partida de cualquier análisis del régimen jurídico de la extranjería y la inmigración en España ha de ser, necesariamente, el del estatuto constitucional de los extranjeros²⁵, pues sólo comprendiendo el significado y alcance del artículo 13 de nuestra Norma Fundamental, en conexión con otros preceptos y Tratados internacionales, pueden extraerse conclusiones verdaderamente respetuosas con nuestro

²⁵ *Vid.* ÁLVAREZ CIENFUEGOS, J. M.: “La perspectiva constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en España”, en *Reflexiones sobre la nueva Ley de extranjería*, Consejo General del Poder Judicial, 2001.

sistema de fuentes del Derecho, presidido por la Constitución como primera norma del Ordenamiento jurídico.

Podría considerarse improcedente el recordatorio de este marco constitucional cuando de lo que se trata es de valorar reglamentos. Esto sería un grave error ya recurrente, puesto que muchos de los problemas generados en el desarrollo normativo de esta materia son producto de la desconexión entre los aspectos reglamentarios y los principios constitucionales, interpretados en su debido contexto de normas internacionales que reconocen derechos y libertades.

En esta Tesis, se mantendrá en todo momento la conexión constitucional, pues no en vano ya en 1959 WERNER definió al Derecho administrativo como el “Derecho constitucional concretizado”. Aunque en este apartado se hará hincapié sobre todo en el artículo 13, referencia fundamental en materia de extranjería, otros preceptos constitucionales inspirarán las conclusiones sobre aspectos de procedimiento, comenzando por el artículo 10 de la Constitución, sobre la dignidad de la persona, y continuando por las bases constitucionales del procedimiento administrativo.

1.2. LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 13 CE

El vértice de la pirámide normativa en esta materia se encuentra en el artículo 13 CE, cuyo primer apartado establece que *“Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la Ley”*. GARRIDO CUENCA alude a la falta de previsión constitucional del fenómeno *“Aunque sea un tópico, no está de más recordar que la extranjería en España es un tema relativamente nuevo que apenas fue tenido en cuenta por constituyente en 1978”*²⁶.

Lo primero que conviene decir sobre este precepto es que, en el texto del Anteproyecto de Constitución, se ofrecía una propuesta mucho menos halagüeña desde el punto de vista del reconocimiento de derechos de los extranjeros: *“La condición jurídica del*

²⁶ GARRIDO CUENCA, N. M.: “Servicios sociales y Extranjería: un recorrido inconcluso en el camino hacia la universalización de las prestaciones sociales”, en EZQUERRA, A. (coord.), *El Marco jurídico de los servicios sociales en España*, Atelier, Barcelona, 2012, p. 192.

extranjero se regulará por Ley y por los tratados, atendiendo siempre al principio de efectiva reciprocidad". La formulación literal del proyecto era a todas luces menos generosa que la finalmente aprobada, pues no partía como el definitivamente aprobado del reconocimiento de los derechos, aunque en los términos establecidos por la Ley.

APRELL LASAGABASTER opina que de no haberse tenido en cuenta las enmiendas sobre el artículo 13 de la Constitución "*El contenido de nuestro derecho de extranjería hubiera sido muy diferente...ya que la consagración del principio de reciprocidad hubiera implicado la supresión del principio de equiparación, tradicional en nuestro ordenamiento jurídico*"²⁷. En fin, se ha dicho que la redacción última del artículo 13 descarta la opción alternativa de plena "desconstitucionalización" de los derechos de los extranjeros, pues este precepto reconoce que los extranjeros tienen, en principio, los derechos y libertades de los españoles, aunque en función de lo establecido por los Tratados y la Ley²⁸.

1.3. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Corresponde al Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución, pronunciar la última palabra válida sobre el alcance y las consecuencias jurídicas de los preceptos constitucionales. SUAY RINCÓN cree que "*...es fácilmente perceptible la existencia de un claro cambio de orientación en la configuración de la situación constitucional de los extranjeros en España, a partir de la propia evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional*"²⁹. Y el Tribunal Constitucional ha considerado en reiteradas ocasiones los derechos de los extranjeros como de configuración legal (STC 107/1984, de 23 de noviembre; ATC 130/1985, de 27 de febrero).

Dicho esto, el propio Tribunal ha precisado que la consideración de los derechos y libertades de los extranjeros como de configuración legal no supone un cheque en

²⁷ APRELL LASAGABASTER, C.: *Régimen administrativo de los extranjeros en España. Ciudadanos comunitarios y nacionales de terceros Estados*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p.19.

²⁸ Así es como lo establece la Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984, de 23 de noviembre, cuando interpreta el término "libertades públicas" en la medida que lo determinen Tratados y la Ley interna española.

²⁹ SUAY RINCÓN, J.: "El régimen sancionador en el nuevo derecho de la extranjería", en ORTEGA MARTÍN, E. (Dir.): *Hacia un derecho unitario europeo en materia de extranjería*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, p. 14.

blanco al legislador a la hora de establecer su contenido y alcance. Así, en la STC 115/1987, de 7 de junio, se aclara que *“Si bien el artículo 13.1 de la Constitución reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, ha de respetar en todo caso las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure el contenido mismo del derecho...Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales...”*.

Entre las Sentencias pioneras en materia de extranjería hay que señalar la STC 107/1984, que ya señalaba los derechos de los extranjeros como derechos de configuración legal, pero aceptando la existencia de derechos propios de toda persona: *“Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros; existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles”*. Otra Sentencia de esta primera hornada es la STC 99/1985, que reconocía a los extranjeros el derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho propio de todas las personas.

La STC 115/1987, de 7 de julio, que anula varios preceptos de la LO 7/1985, de 1 de julio, constituye un hito muy relevante. Esta Sentencia supuso un reforzamiento de los derechos fundamentales de los extranjeros frente a los excesos limitadores del legislador, en puntos concretos como el derecho de reunión, las posibilidades de asociación, la tutela judicial efectiva (posibilidad de suspensión de los acuerdos administrativos de expulsión) y la protección frente a la privación de libertad (internamiento preventivo pero con decisión judicial).

Otra Sentencia importante es la STC 94/1993, de 22 de marzo, Sentencia que afirma expresamente la constitucionalidad y legitimidad de que las leyes modulen el ejercicio de los derechos *“en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella”*. No obstante, también reconoce que la expulsión ilegal de

un extranjero vulnera su derecho fundamental a la libertad de circulación, previsto inicialmente en el artículo 19 CE sólo para los españoles.

Las STC 116/1993 y 242/1994 profundizan en esta consideración de que los derechos fundamentales también alcanzan a los extranjeros, si bien en los términos establecidos por la Ley. La STC 174/1999 resuelve la cuestión de la retención de los extranjeros en los aeropuertos, sin puesta a disposición judicial. Como puede verse, la mayoría de las sentencias del Tribunal Constitucional en esta materia han servido para precisar los límites que debe respetar el legislador en la delimitación de los derechos y libertades de los extranjeros en España, es decir, para fijar “límites de límites” en esta materia.

Otra Sentencia importante en este sentido es la STC 95/2003, que se pronuncia sobre el alcance del derecho a justicia gratuita para los extranjeros (especialmente, de aquellos que no se encuentren en España en situación legal), analizando la constitucionalidad del artículo 2.a) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, estimando parcialmente el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Defensor del Pueblo.

Una de las reformas más importantes de que se han realizado de la Ley de Extranjería, ha sido la llevada a cabo, poco tiempo después del comienzo de su vigencia, por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Algunas de las novedades que esta reforma trajo consigo fueron objeto de recursos de inconstitucionalidad contra ella y que dieron como resultado las siguientes sentencias del supremo interprete de la Constitución: STC 236/2007, de 7 de noviembre; STC 259/2007, de 19 de diciembre; STC 260/2007, de 20 de diciembre; STC 261/2007, de 20 de diciembre; STC 262/2007, de 20 de diciembre; STC 263/2007, de 20 de diciembre; STC 264/2007, de 20 de diciembre; STC 265/2007, de 20 de diciembre³⁰.

En la respuesta a esos recursos el Tribunal ha reconocido como una restricción contraria a la Constitución e injustificada, la exigencia que la Ley establecía para los extranjeros si querían ejercer los derechos fundamentales de reunión, asociación, sindicación y huelga. Dicha exigencia no era otra que estar en posesión de la residencia legal en

³⁰Vid. MONEREO PÉREZ, J.L. Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: “Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007 de 7 de noviembre y 259/2007 de 19 de diciembre”, *Revista de Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, Tomo I, 2008. pp. 329-387.

España, y según el Tribunal, los derechos citados pertenecen a todas las personas sólo por el hecho de serlo, por lo que declaró la inconstitucionalidad de los artículos de la Ley Orgánica 4/2000 (redactados conforme a la Ley 8/2000) que regulaban esos derechos fundamentales.

Y así lo hizo con los artículos 7.1, 8 y 11.1. De tal forma que la redacción de estos artículos ha variado en la última gran reforma de la Ley de extranjería efectuada por Ley 2/2009. El apartado primero del artículo 7 de la Ley Orgánica 4/2000 rezaba tras la reforma de 8/2000 *“Los extranjeros tendrán el derecho de reunión, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España. Sin embargo, la nueva redacción de este apartado de la Ley Orgánica dispone “Los extranjeros tienen el derecho de reunión en las mismas condiciones que los españoles”.*

El artículo 8 redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000 establecía *“Todos los extranjeros tendrán el derecho de asociación, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”*, mientras que tras la intervención del Tribunal Constitucional, su redacción hoy en la Ley Orgánica es *“Todos los extranjeros tienen el derecho de asociación en las mismas condiciones que los españoles”*³¹.

De la misma forma se ve reformado el apartado primero del artículo 11 de la Ley de extranjería, cuya redacción, conforme a la reforma operada por la 8/2000, era ésta *“Los extranjeros tendrán derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”*, y cuya actual redacción es *“Los extranjeros tienen derecho a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles”*.

³¹ Vid. AGUELO NAVARRO, P. (Dir.): *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Colex, 2013, sobre la superación del jurídicamente inadmisibles “Reconocimiento de un derecho que no se puede ejercer”, pp. 53 y 54.

Por último, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad y nula la inclusión de los términos “residentes” en el apartado tercero del artículo 9 de la Ley Orgánica y en el apartado segundo del artículo 22. Asimismo, declaró la inconstitucionalidad y nula la inclusión de la expresión “cuando estén autorizados a trabajar” del apartado segundo de los artículos 11 y 22 de la misma Ley. Como es preceptivo, términos y expresiones ya no aparecen en el nuevo texto legal. Es decir, si el artículo 11 en su párrafo segundo rezaba *“De igual modo, cuando estén autorizados a trabajar, podrán ejercer el derecho de huelga”*, y ahora reza *“Los extranjeros podrán ejercer el derecho a la huelga en las mismas condiciones que los españoles”*.

El artículo 22 en su apartado segundo decía *“Los extranjeros residentes que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan”*, ahora dice *“Los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a asistencia letrada en los procedimientos administrativos que puedan llevar a su denegación de entrada, devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de protección internacional, así como a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice. Estas asistencias serán gratuitas cuando carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita”*.

No se trata con esta muestra de Jurisprudencia constitucional de agotar las numerosas sentencias recaídas sobre la materia. Sólo de apuntar la condición material como fuente del Derecho de los pronunciamientos del supremo intérprete de la Constitución. Fuentes materiales que inciden sobre la regulación de la inmigración, no pudiendo desconocerse a la hora de valorar las normas vigentes o las propuestas de reforma de las mismas.

1.4. LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y EL ARTÍCULO 10 CE

Que las normas internacionales sobre derechos humanos condicionan la interpretación de los preceptos constitucionales es hoy algo aceptado por nuestra doctrina constitucional, al resultar del tenor del artículo 10 de nuestra Norma Fundamental: *“1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre*

desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

El Convenio de Roma³², de 4 de octubre de 1950, puede ser quizás la más relevante de las referencias internacionales³³, teniendo en cuenta la garantía de su cumplimiento que supone la existencia del Tribunal de Estrasburgo. Hay que tener en cuenta que el sujeto de los preceptos de este Convenio es *“Toda persona”*, y que su artículo 14 establece que *“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente, por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”*.

Varios de los Protocolos del Convenio de Roma se refieren de manera directa al régimen de los extranjeros. En particular, el Protocolo número 4, que reconoce los derechos de libre circulación y residencia y prohíbe las expulsiones colectivas; y el Protocolo número 7, que establece una serie de garantías básicas del derecho de defensa en el procedimiento previas a la expulsión.

Mucho más recientes, son de destacar otros pactos o convenios como Convenio del Consejo de Europa sobre lucha contra la trata de seres humanos de 16 de mayo de 2005³⁴, o el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, refrendado en el Consejo Europeo por todos los países miembros de la Unión Europea de 16 de octubre de 2008, en el que se establece como objetivo la consecución de una inmigración legal y ordenada, la lucha contra la inmigración ilegal y favorecer la integración de los inmigrantes ilegales mediante la armonización entre sus derechos y deberes.

También tiene consecuencias interpretativas, en la materia de extranjería, la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el procedimiento

³² Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

³³ Vid. DÍAZ BARRADO, C. M.: “Tendencias sustanciales del ordenamiento jurídico internacional en la cuestión migratoria”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n 30, 2012, pp. 11-34.

³⁴ Convenio n° 197 del Consejo de Europa.

administrativo, así como las decisiones de este mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la reagrupación familiar, reconocida como derecho fundamental³⁵.

Todas estas consideraciones deben proyectarse tanto sobre las Leyes como sobre las normas reglamentarias. Los “límites de límites” trazados para las leyes por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y las normas internacionales, han de ser tenidos en cuenta también en la interpretación de la normas reglamentarias, en este caso los Reglamentos aprobados para desarrollar la Ley de Extranjería de 2000, que no deben mermar el nivel de garantías exigido por este marco constitucional e internacional en materia de derechos humanos.

2. EL DERECHO EUROPEO

2.1. ORÍGENES Y RAZÓN DE SER DE LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA

Aunque como en casi todas las políticas europeas recientes, pueden citarse antecedentes más remotos³⁶, puede decirse que la política de inmigración comunitaria recibe un impulso fundamental en el Tratado de Ámsterdam³⁷, que hace reforzar la atención común en lo relativo a la concesión de visados de larga duración y permisos de residencia. Hasta entonces, las decisiones comunes sobre inmigración y asilo se desarrollaban a través de la intergubernamentalidad, mientras que a partir de Ámsterdam pasaron a “comunitarizarse” por mor de lo establecido en los artículos 62 y 63 TCE.

Entonces se incluyó en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea un nuevo Título IV para la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. También se pusieron de manifiesto en Ámsterdam las preocupaciones de los gobiernos ante el

³⁵ Vid. CHUECA SANCHO, A.: “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n.20, 2009, pp. 231-261.

³⁶ El Grupo de TREVI, el Grupo ad hoc de inmigración, el Acuerdo de Schengen, el tercer pilar de Maastricht sobre cooperación en el ámbito de la justicia y los asuntos de interior.

³⁷ Firmado el 2 de octubre de 1997 y cuya entrada en vigor se produce el 1 de mayo de 1999. Vid. MANGAS MARTÍN, A.: “La cooperación reforzada en el Tratado de Ámsterdam”, Comunidad Europea Aranzadi, 1998.

riesgo de la xenofobia³⁸. Para evitar la proliferación de este discurso, y en el afán de superar las insuficiencias de las posiciones comunes anteriores, se opta por considerar tareas de la Unión el reforzamiento del control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la lucha contra la delincuencia (artículo 2 TUE), lo que requerirá adoptar medidas sobre entrada y circulación de personas (artículo 3d TCE).

Una vez alcanzados estos logros, más adelante, el Consejo Europeo de Tampere, los días 15 y 16 de octubre de 1999, será el que sirva de marco para un primer desarrollo concreto un espacio de libertad, seguridad y justicia, propiciando el impulso a la política común de inmigración, a partir de una comunicación de la Comisión de 22 de noviembre de 2000, documento que hace énfasis en los efectos positivos de la inmigración para las economías europeas.

Algunas de las principales conclusiones de Tampere son esclarecedoras de las intenciones de los socios de la Unión Europea: colaboración con los países de origen de la inmigración para favorecer el desarrollo³⁹; normas comunes sobre asilo y estatuto del refugiado; políticas de integración y asimilación de derechos de nacionales e inmigrantes⁴⁰; aproximación de las legislaciones sobre admisión y residencia de extranjeros de terceros países; gestión de flujos migratorios en cooperación con los países de origen y tránsito, incluyendo el favorecimiento del retorno voluntario.

2.2. PRIMEROS REGLAMENTOS Y DIRECTIVAS

Antes incluso del Tratado de Ámsterdam, y a resultas del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras

³⁸ Hay que recordar que por entonces se dio la circunstancia del ascenso al poder, en Austria, de un partido con discurso de tintes racistas.

³⁹ “Una de las claves de la futura política común europea reside en articular la gestión de las cuestiones migratorias con la Política Exterior de la UE. Sin ello, será sumamente difícil que se pueda lograr una adecuada cooperación con los países de origen y tránsito de la inmigración, aspecto imprescindible en la gestión de los modernos flujos migratorios”, así lo ve GARCÍA COSO, E.: “Los progresos en el diseño de una regulación europea común en materia de inmigración extracomunitaria” en RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M.: *Regulación Legal de la Extranjería e Inmigración en España*, Documentos Prácticos del Instituto de Estudios sobre Migraciones, Universidad de Comillas, Madrid, 2006, p. 85.

⁴⁰ “Probablemente, es la Unión Europea el territorio del mundo en donde las distancias son menores entre los inmigrantes y los ciudadanos, diferencias que deberán seguir reduciéndose hasta su liquidación”. Es la opinión de LINDE PANIAGUA, E.: “La ciudadanía en la Unión Europea. La inmigración en el interior de la Unión”, en LINDE PANIAGUA, E.: *Inmigración, extranjería y asilo*. Editorial Constitución y Leyes, S.A.. 2005, p. 133.

comunes, se aprueba el Reglamento CE 1683/95, de 29 de mayo, por el que se establece un modelo uniforme de visado. Y sobre esta misma materia de visados, se aprobará años más tarde el Reglamento CE 539/2001, de 15 de marzo, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esta obligación.

Otros Reglamentos posteriores serán el 1091/2001 del Consejo, de 28 de mayo, relativo a la libre circulación con visado para estancias de larga duración. Y el Reglamento 415/2003, de 27 de febrero, sobre expedición de visados en frontera, incluidos los de marinos en tránsito. Mucho más reciente es el nuevo Código de visados contenido en el Reglamento 810/2009⁴¹, reformado por el Reglamento 154/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de febrero de 2012, o el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, en relación a la libre circulación de los trabajadores y sus familias dentro de la Unión.

Las primeras Directivas se producen en la primera década del siglo XXI, pues es el Consejo de Tampere el que impulsa la creación del espacio de libertad, seguridad y justicia, en 1999. Sólo después se inician los complejos procedimientos de elaboración y aprobación de las normas europeas.

En el momento inmediatamente anterior a la aprobación del Real Decreto 2393/2004, se habían dictado las siguiente Directivas relacionadas con la extranjería: La Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar⁴²; La Directiva 2003/109/CE⁴³, del Consejo, de 25 de noviembre, de 2003, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración; La Directiva 2003/110/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea.

⁴¹ Vid. APRELL LASAGABASTER, C.: “El nuevo Código de Visados de la Unión Europea”, en *Revista General de Derecho Administrativo* nº 26, 2011.

⁴² Vid. FREIRE CORREIA DE GUSMAO, A. C.: “El derecho a la reagrupación familiar en el derecho español y comunitario” en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n.23, 2010, pp. 113-160.

⁴³ Vid. OLESTI RAYO, A.: “El estatuto de los residentes de larga duración: comentario a la Directiva del Consejo 2003/109, de 25 de noviembre de 2003”, en *Revista Electrónica de Derecho Comunitario*, n. 4, mayo 2004.

En el año 2004 también se dictaron Directivas que posteriormente tendrían reflejo en nuestro Derecho: La Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, sobre ciudadanos comunitarios; La Directiva 2004/81/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes; La Directiva 2004/82/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas; La Directiva 2004/83, del Consejo de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida; La Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, del Consejo, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado;

2.3. ÚLTIMAS DIRECTIVAS

En los últimos años se han incorporado a la normativa española de extranjería: La Directiva 2005/71/CE, del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica; La Directiva 2008/115/CEE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal; La Directiva 2009/50/CE, del Consejo, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado; La Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular; La Directiva 2011/51/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2011, por la que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo, para ampliar el ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional; La

Directiva 2011/98/UE de 13 de diciembre de 2011, sobre permiso único de trabajo y residencia por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro⁴⁴; La Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida; La Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, sobre la orden europea de protección, o la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

3. EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN DE EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN EN ESPAÑA

3.1. RAZONES PARA EL ANÁLISIS DE LA EVOLUCIÓN NORMATIVA

Repasar las sucesivas normas aprobadas sobre una misma materia a lo largo del tiempo es ilustrativo, porque ayuda a comprender los errores y señalar los aciertos, siempre por supuesto en un contexto histórico y sociológico determinado. El recordatorio de los antecedentes y la evolución que lleva hasta unas normas concretas también es un criterio hermenéutico, pues permite conocer las soluciones ensayadas, aquellas que ya han sido descartadas deliberadamente, y las que han sido descalificadas por los tribunales o por la práctica y sus resultados. Si esto se olvida, siempre se corre el riesgo de volver a tropezar con las mismas piedras.

En el caso de la regulación de la extranjería, sólo con el recordatorio de la evolución pueden ponerse de manifiesto los errores cometidos en los procesos de reforma - que pueden por no tenerse en cuenta hacerse recurrentes - y evitarlos de cara al futuro. Pero para ello hay que analizar los factores que presionan para que vuelvan a producirse los

⁴⁴ Vid. TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “Los derechos sociales fundamentales de los extranjeros en un escenario de reformas estructurales y perspectivas de futuro ante la Directiva de permiso único de residencia y trabajo, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n. 30, 2012, pp. 99-115.

mismos fallos. Y reconocer que nuestro país se ha visto sorprendido en un plazo muy corto del tiempo con una transformación sociológica de gran alcance (de la emigración a la inmigración), lo que dificulta una respuesta normativa suficientemente meditada y ponderada.

En una sintética exposición de la evolución normativa se puede fijar como primer hito la Ley Orgánica de 1985, primera gran norma postconstitucional en esta materia, pues aunque existen antecedentes normativos desde el siglo XIX, y antes probablemente, el marco político y jurídico es, a partir de 1978, considerablemente distinto al previo, como lo son las circunstancias sociales y económicas para las que las normas están previstas. Lo que no quiere decir que no existiera un régimen de la inmigración en los años sesenta o setenta en España⁴⁵.

Ya en democracia, hay que apuntar que antes de la Ley de 1985 se tomaron algunas medidas aparentemente menores, de naturaleza administrativa, como la unificación en 1980 de los trámites para la concesión de los permisos de trabajo y residencia al mismo tiempo, asociación entre ambos trámites que después impregnará muchas de las normas y los procedimientos en materia de extranjería. Se puede observar como en esta materia (y en tantas otras) la inercia regulatoria (especialmente en los aspectos reglamentarios del procedimiento) es muy fuerte.

3.2. LA PRIMERA LEY DE EXTRANJERÍA

En los años ochenta se aprueba la primera Ley de Extranjería tras la Constitución⁴⁶. Aunque antes se activó una iniciativa de Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España que no llegó a ser aprobada.

La Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio⁴⁷, que cubría la previsión del artículo 13 de la Constitución Española, se dictó para responder a unas necesidades distintas a las

⁴⁵ Se aprobaron Decretos sobre autorizaciones de residencia y trabajo.

⁴⁶ Vid. DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M.: *Regulación legal de la extranjería e inmigración en España*, Universidad de Comillas, 2006, pp. 22-29, sobre la legislación española sobre extranjería e inmigración hasta la Ley Orgánica 4/2000.

⁴⁷ Vid. APRELL LASAGABASTER, C.: *Régimen administrativo de los extranjeros en España*, Marcial Pons, 1994, pp. 25-28.

actuales, con fines principalmente de orden público (de ahí, por ejemplo, el énfasis en el régimen de las expulsiones), y en todo caso, sin pensar que se produciría la evolución posterior de las cifras de inmigrantes. Durante la primera mitad de los años ochenta, nuestro país arrastraba aún algunos efectos de las crisis económicas anteriores, y todavía no se había producido el ingreso en la Comunidad Europea, que tendrá lugar en 1986 y actuará como revulsivo del notable crecimiento económico posterior.

Por estas razones, estamos en un momento en el que la inmigración mantenía cifras muy bajas en España. Pese a ello, algunas de las tendencias características de la posterior normativa de extranjería se aprecian ya en este texto, demostrando fuerzas inerciales difíciles de resistir. Entre ellas, el énfasis en los controles de entrada de los inmigrantes, asociados a la concesión de los permisos de trabajo y visado.

Una interpretación contextualizada de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, explica algunas de sus soluciones draconianas, dada la proximidad del ingreso de España en la Comunidad Europea (en 1986, luego estamos en plena fase previa de negociación), que habría obligado a lanzar un mensaje de rigor en lo relativo al control de la entrada de inmigrantes en nuestro país, para tranquilizar a los socios europeos, siempre preocupados por los flujos migratorios, y muy especialmente por los provenientes del norte de África.

Sean cuales fueran las razones a las que obedecieron las decisiones de esta Ley (bien una visión aún limitada del fenómeno, bien exigencias de los futuros socios comunitarios), se criticó en su día la atribución de amplias facultades sancionadoras a la Administración para responder a las situaciones de ilegalidad de los inmigrantes, incluyendo la detención y privación de libertad en centros de internamiento hasta 40 días⁴⁸. Algunas medidas tan discutibles que explican que varios preceptos de esta norma fueran posteriormente declarados inconstitucionales.

La inconstitucionalidad era previsible atendiendo al debate en el procedimiento de elaboración, pues entonces se discutieron varias enmiendas presentadas por los grupos de oposición que cuestionaban las medidas menos respetuosas con los derechos de los

⁴⁸ Actualmente ha aumentado el periodo máximo a 60 días.

extranjeros: la no suspensión en ningún caso de la ejecución de la orden de expulsión; la suspensión por el Consejo de Ministros de las actividades de las asociaciones de extranjeros; o la exigencia de autorización para celebrar reuniones en locales cerrados.

El contexto histórico fue sin duda determinante de las soluciones, pero no exclusivo. Porque la tentación de recurrir a medidas especialmente severas no se supera con el tiempo, ni se plantea sólo en situaciones de crisis económica, ni responde únicamente al afán de ingresar en la Unión Europea (que obligaría a aceptar las condiciones impuestas, sin apenas margen para la negociación). Hay otras explicaciones posibles de una legislación inexorable de extranjería e inmigración, que pueden resumirse en la insuficiente consideración de las personas afectadas.

En este sentido, pueden señalarse algunas similitudes entre el planteamiento de esta primera Ley postconstitucional y la reforma producida quince años después por la Ley Orgánica 8/2000, pues ambas toman como punto de partida de su régimen jurídico, para el reconocimiento de los derechos y las libertades de los extranjeros, la distinción entre aquellos que se encuentran en situación de legalidad y los que se hallan en situación irregular o sencillamente ilegal en el país, y dejan por ello de ser titulares de un buen número de derechos previstos en su texto. Hoy esa disociación limitadora de derechos de los extranjeros se pone de manifiesto, de nuevo, en el Real Decreto-Ley 16/ 2012, de 20 de abril, que modifica el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, dejando sin asistencia sanitaria a los inmigrantes sin autorización de residencia, aunque estén empadronados⁴⁹.

Aunque, en este mismo capítulo se dedicará un apartado a la evolución de los Reglamentos, puede decirse ahora que el desarrollo reglamentario de esta Ley Orgánica tuvo lugar, primero, mediante el Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, más adelante este Real Decreto fue sustituido por el 155/1996, de 2 de febrero. Entonces se intentó responder por vía reglamentaria a las insuficiencias del texto de 1985, resolviendo con

⁴⁹ En el Auto del Tribunal Constitucional 239/2012 de 12 de diciembre, se pone de manifiesto que la crisis económica no puede servir de disculpa para recortar este tipo de derechos y se avalan las medidas tomadas, en este sentido, por el Gobierno vasco. La norma se sigue aplicando, sin perjuicio de las medidas que cada Comunidad Autónoma ha tomado a tal efecto.

la reforma del Reglamento de 1996 cuestiones que quizás hubieran merecido un tratamiento de rango legal.

Para comprender los verdaderos efectos de la Ley de 1985, así como de su posterior desarrollo reglamentario, es aconsejable la lectura del Informe monográfico del Defensor del Pueblo sobre la Situación jurídica y asistencial de los extranjeros en España, publicado en 1994. Muchas de sus observaciones anticipan tempranamente los problemas que después se acentuarán en el tratamiento jurídico de la extranjería y la inmigración en nuestro país, como la falta de suficiente sensibilidad hacia la situación real de las personas a las que se aplica esa normativa.

Es bien sabido que en la primavera de 1996 se inicia una nueva legislatura, con cambio político en el Gobierno y en un escenario de mayoría simple. Tal nuevo contexto explica el espacio de cuatro años hasta las siguientes reformas⁵⁰, a pesar de que será precisamente a partir de este momento cuando comiencen a crecer exponencialmente las cifras de extranjeros en nuestro país. Pero si la reforma del reglamento se había demorado diez años, cuatro más para la de la Ley no es un plazo excesivamente largo, teniendo en cuenta además que muchas reformas relevantes se habían introducido en el nuevo reglamento, a falta de nueva Ley (otra situación recurrente).

3.3. LAS REFORMAS DEL AÑO 2000

Desde finales de 1999 hasta finales del año 2000 las cuestiones relacionadas con el régimen de la extranjería y la inmigración pasan al primer plano de la agenda y la discusión política. No en vano la sociedad española era ya plenamente consciente del cambio trascendental que había experimentado, con el espectacular incremento de las cifras de extranjeros en nuestro país.

Al mismo tiempo, el año 2000 separa dos legislaturas. Una marcada por la situación de mayoría simple del grupo parlamentario de apoyo directo al Gobierno del Partido Popular, y la siguiente con mayoría absoluta tras las elecciones. De ahí que los

⁵⁰ Leyes de 2000 y Reglamento de 2001.

condicionantes políticos que caracterizarán la primera Ley Orgánica 4/2000 sean bien distintos a los de la segunda Ley Orgánica 8/2000.

El consenso de los grupos políticos presidió la elaboración de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, casi hasta el final de su tramitación. Pero su aprobación en un escenario preelectoral, y el posterior resultado de las elecciones, que dieron la mayoría absoluta al Partido Popular, junto a sucesos lamentables⁵¹, poco después de la aprobación de la Ley, determinaron su reforma por la Ley Orgánica 8/2000.

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social supuso cierto avance según la doctrina. Para ELISEO AJA⁵² esta Ley contenía una amplia declaración de derechos y en ella se regulaban de una forma más realista las autorizaciones de trabajo y residencia. Además el régimen sancionador le parecía más adecuado a los criterios democráticos. También resalta la coordinación del Estado en la mayor participación que se atribuye a los Ayuntamientos y a las Comunidades Autónomas.

Pero esta valoración positiva sería efímera, pues antes de terminar el año 2000 se dicta la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la 4/2000⁵³. Si la 4/2000 puede considerarse una norma generosa en lo relativo a la aproximación de los derechos y libertades de los extranjeros y los españoles, en la línea tendencialmente apuntada por la Constitución, la 8/2000 se desvincula de esta tendencia, diferenciando de forma radical los extranjeros que se encuentren en España de forma legal de aquellos que estén en situación irregular.

La Exposición de Motivos de la Ley 8/2000 justifica su dictado por la existencia de “*aspectos en los que en realidad el fenómeno migratorio supera las previsiones de la norma*”. Además, se esgrimen las conclusiones de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea adoptadas en octubre de 1999 en Tampere, sobre creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Se trataba entonces de

⁵¹ Como los acaecidos en el Ejido (Almería). “El Ejido es el paradigma del incumplimiento de las normas y de la carencia de las políticas públicas más elementales”, esto es lo que opina AJA, E., en *La nueva regulación de la inmigración en España*. Tirant lo Blanch. 2000, p. 256.

⁵² AJA, E. (coord.): *La nueva regulación de la inmigración en España*. Tirant lo Blanch. 2000.

⁵³ Vid. ESPINAR VICENTE, J.M.: *Extranjería e inmigración en España*, 2006, pp.155-160 sobre las sucesivas modificaciones de la Ley 4/2000.

incorporar, en esta línea, el acervo Schengen sobre régimen de entrada, condiciones de expedición de visados, regulación de la estancia de los extranjeros y responsabilidad y sanciones de los transportistas.

La Ley de 1985 recibió las principales críticas doctrinales a sus opciones restrictivas de los derechos de los extranjeros. Respecto de la reforma propiciada por la Ley Orgánica 8/2000 se vertieron críticas similares. Sobre la misma llegó a decirse que suponía: “...una clara tendencia de quiebra y hasta menosprecio hacia los criterios de legitimidad del Estado de Derecho”⁵⁴.

No parece que el sosiego presidiera estas reformas de los años 2000, pues el apresurado cambio de la primera Ley por la segunda obedeció en gran medida a las tensiones suscitadas por las posibles consecuencias de las medidas de restricción. La ausencia de consenso traía causa en la necesidad de compatibilizar esas medidas con la creciente demanda de mano de obra inmigrante por la economía española. Por este motivo, la literatura jurídica especializada sobre las reformas del año 2000 no resultó especialmente positiva.

Muchas opiniones así lo muestran, pues el cambio de la Ley de 1985 parecía haberse realizado “sin el sosiego y la medida suficiente con la que probablemente debe abordarse un tema como el que nos ocupa en el que se conjugan una serie de sensibilidades sociales a veces contradictorias o a veces complementarias”⁵⁵. Otras críticas se refieren a la forma en la que está redactada. Así lo hace ALONSO OLEA afirmando “...en el lenguaje alambicado del que frecuentemente hace gala”⁵⁶.

El desarrollo reglamentario de las leyes de 2000 tiene lugar mediante el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Este nuevo Reglamento pretendía endurecer las medidas de respuesta frente a la inmigración ilegal (lucha contra las mafias, contratación ilegal de mano de obra) y

⁵⁴ MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: “La (no) política de la inmigración y el Estado de Derecho” en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº10/2004.

⁵⁵ PALOMAR OLMEDA, A.: *Régimen Jurídico de los Extranjeros*. Navarra, Aranzadi. 2001.

⁵⁶ ALONSO OLEA, M.: *Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000*, Civitas, 2001, p. 31.

contemplar más especialidades procedimentales en aspectos como permisos de temporada o situaciones de arraigo y reagrupación familiar.

Decir, por último, que estas reformas de 2000 fueron acompañadas de procesos de regularización, uno previsto en la Disposición transitoria cuarta de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, y antes en la Disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

3.4. LAS REFORMAS DE 2003

En el año 2003 se aprueban dos reformas puntuales de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, y la Ley Orgánica 14/2003⁵⁷, de 20 de noviembre. La principal razón de ser de estas reformas era facilitar la expulsión de los extranjeros que hubieran cometido delitos en territorio español.

La primera de las Leyes Orgánicas, la 11/2003, de 29 de septiembre, contiene medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Así que pretende resolver varias cuestiones en un solo texto, sin dedicar una atención monográfica a la materia de extranjería e inmigración. El hilo conductor de las tres materias, no obstante, tal y como manifiesta su Exposición de Motivos, será el Plan de lucha contra la delincuencia, que es, como se ha apuntado más arriba, el objeto fundamental de la reforma.

A los extranjeros se dedica el apartado IV de la Exposición de Motivos, en el que cuatro de los cinco puntos que se enumeran se refieren a cuestiones relacionadas con la criminalidad, poniendo otra vez de manifiesto la particular preocupación predominante en aquella legislatura. El punto 4º se preocupa de la integración social, traducida, por cierto, en la reforma del Código Civil para facilitar la separación y el divorcio de las mujeres de origen musulmán. La mayor parte de la Ley Orgánica consiste en reformas al Código Penal, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (artículo primero). La reforma de la Ley Orgánica 4/2000 se recoge en el artículo segundo, y afecta sobre todo

⁵⁷ Vid. TRINIDAD GARCÍA, M.L. Y MARTÍN MARTÍN, J.: *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España. Estudio de la LO 14/2003 y su Reglamento de desarrollo*. Lex nova, 2005.

a las cuestiones sancionadoras y las expulsiones. El artículo tercero modifica el Código Civil en el sentido ya dicho.

Por su parte, la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, reforma la Ley Orgánica 4/2000, y también la Ley de Bases de Régimen Local, Ley 7/1985, la Ley de Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, y la Ley de Competencia Desleal, Ley 3/1991. Entre las razones de esta reforma, se esgrimen en su Exposición de Motivos el incremento exponencial de la inmigración, el mayor conocimiento del fenómeno, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo⁵⁸ y la adaptación a las últimas decisiones de la Unión Europea en la materia. Además, se explican sus objetivos, a saber: 1. mejora de la gestión y simplificación administrativa; 2. incremento de la eficacia de los mecanismos sancionadores y de devolución de extranjeros; 3. incorporación de disposiciones europeas sobre exigibilidad de las tasas y otras Directivas (transportistas, expulsiones...); 4. Cumplimiento de los efectos de la Sentencia del Tribunal Supremo antes citada.

De todos estos objetivos y razones, el que más interesa para el objeto de esta Tesis es la mejora de la gestión y simplificación administrativa. Lo que desde luego se hace en esta reforma es profundizar en el carácter especial de los procedimientos en esta materia, con un afán de *“lucha contra el uso fraudulento de los procedimientos administrativos de gestión en esta materia”*. En este sentido, además de la reforma de la Ley 30/92, se dictan las nuevas Disposiciones adicionales tercera y cuarta de la Ley 4/2000, respectivamente dedicadas a los Lugares de presentación de las solicitudes y exigencia de comparecencia personal (Disposición adicional tercera) e inadmisión a trámite de las solicitudes (Disposición adicional cuarta).

Entrando en las modificaciones puntuales, y en concreto en las de la Ley 4/2000 (antes reformada por la 8/2000), se introducen las siguientes: exigibilidad de la tarjeta de identidad del extranjero; medidas para evitar la reagrupación familiar en cadena exigiendo la autorización de residencia independiente del reagrupante; supresión de trámites en los visados permitiendo al extranjero permanecer para la situación que le hubiera sido expedido; mejora de los supuestos de documentación de extranjeros

⁵⁸La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2003.

indocumentados; adaptación al acervo europeo sobre tasas; mayor dureza sancionadora frente a la inmigración ilegal; establecimiento de obligaciones para las compañías de transporte; disposiciones adicionales sobre procedimientos administrativos (básicamente la exigencia de presentación personal); introducción del principio de colaboración interadministrativa, permitiendo el acceso a bases de datos de la Administración del Estado, a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

El efecto de la Ley Orgánica 14/2003 sobre la Ley 30/1992 consistirá en la introducción de la Disposición adicional decimonovena (que se estudiará más adelante con mayor detalle) por la que se decide excluir (al menos como Derecho inmediatamente aplicable) la aplicación de la Ley de Procedimiento Común a los procedimientos en materia de extranjería, limitándose la aplicación de la LPC a tener carácter supletorio. Parece que para salvar formalmente los efectos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003 y resolver problemas acentuados durante los procesos de regularización se tomó una decisión cuyas consecuencias resultan jurídicamente más generales, aunque en parte discutibles desde el punto de vista de los principios y la seguridad jurídica en el régimen de los procedimientos sobre extranjería e inmigración.

Tras las reformas introducidas por la Ley Orgánica 14/2003, el Delegado Gobierno para la Extranjería y la Inmigración dictó, el 16 de diciembre de 2003, una Instrucción sobre aplicación de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en el nuevo marco. Se orientaba tal Instrucción a explicar, entre otras cosas, cuándo debía entenderse necesaria la presentación personal o cómo debería interpretarse la representación legal de las empresas a estos efectos.

También se detenía en la interpretación de la inadmisión a trámite de las solicitudes, el acceso directo a ficheros de datos, la validez del visado como autorización para permanecer en España, la tarjeta de identidad del extranjero, la reagrupación familiar, el acceso a la residencia legal por extranjeros que se encuentren ilegalmente en España, la supresión de la exención de visado, los extranjeros indocumentados, las autorizaciones para la realización de actividades lucrativas, los visados de búsqueda de empleo, la preferencia para la obtención de una autorización de trabajo, las excepciones a la autorización de trabajo, las tasas por autorizaciones en materia de extranjería, las infracciones graves, las muy graves, las sanciones, la expulsión y devolución, el

procedimiento preferente en los expedientes de expulsión, la ejecución de las expulsiones, las medidas cautelares, el ingreso en centros de internamiento de extranjeros, el régimen en centros de internamiento de extranjeros y las obligaciones de los transportistas.

Más adelante, el 26 de enero de 2004, se dicta una nueva Instrucción para aclarar de nuevo el punto concreto de la exigencia de presentación personal, así como el de la representación legal de las empresas, las confesiones y las Administraciones u Organismos públicos.

Que tantas cuestiones tuvieran que ser explicadas de forma pormenorizada en la citada Instrucción, así como el empleo de una herramienta de esta naturaleza para aclarar el régimen jurídico aplicable en aspectos de tal relevancia, muestra la situación de incertidumbre y relativa confusión en la que se encontraban los aplicadores de esta materia por esas fechas, y la necesidad de incorporar a textos mejor integrados, primero legal, y después reglamentariamente, un ordenamiento estable sobre la extranjería y la inmigración, inexistente en este momento. La siguiente reforma de la Ley de Extranjería se producirá en 2009.

3.5. LA REFORMA DE 2009

La más importante de las reformas que se han realizado, en los últimos años, de la Ley de Extranjería ha sido la que ha traído consigo la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁵⁹.

Se justifica por la declaración de inconstitucionalidad de varios de sus artículos en las sentencias del Tribunal Constitucional de 2007 con motivo de la restricción de derechos de los extranjeros frente a los ciudadanos españoles, por la incorporación a nuestro Derecho de normas comunitarias en materia de extranjería, aunque algunas ya

⁵⁹ Vid. APRELL LASAGABASTER, C.: “El Anteproyecto de ley de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, reguladora de los Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social”, en la *Revista General de Derecho Administrativo* nº 21, 2010 y “La cuarta reforma de la Ley de Extranjería en ocho años”, en la *Revista General de Derecho Administrativo* nº 24, 2010.

se habían incorporado en el Reglamento de 2004⁶⁰, y por la necesidad de adaptación de la normativa a los cambios que este fenómeno trae consigo de forma recurrente.

La pretensión de esta reforma se refleja en su Preámbulo en el que se establece que la misma permitirá desarrollar en España “...una política migratoria integral, integrada y sostenible que es la que se necesita para los próximos años”. Política que tendrá que tener en cuenta, para cumplir con los dictados de la nueva ley, “...las necesidades reales del mercado de trabajo”, sin olvidar, la integración social de los inmigrantes con la población española⁶¹, garantizando la convivencia entre todos y sin dejar atrás, la lucha contra la inmigración irregular, agravando el régimen sancionador y de expulsiones.

No es la primera vez que se planifica una mayor participación de las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos pero sí se potencia su intervención en diferentes trámites administrativos, (sobre todo, a partir de las recientes reformas de los Estatutos de Autonomía), a la que se añade la de la coordinación entre todas ellas, y entre ellas y otras organizaciones relacionadas con la inmigración u organizaciones empresariales o sindicales.

La Conferencia Sectorial de Inmigración es una manifestación de esas intenciones de armonización entre Administraciones y de coordinación en el caso de que la Comunidad Autónoma hubiera asumido competencias en materia de autorización inicial de trabajo. Reflejo de la intención de reforzar las estructuras administrativas de inmigración es la institucionalización de la Comisión Laboral Tripartita de inmigración para lograr un mayor diálogo con organizaciones sindicales y empresariales.

Como era de esperar, tras las sentencias del Tribunal Constitucional de 2007, en esta Ley de reforma se mantienen intactos los derechos y libertades de los extranjeros (derecho de reunión y manifestación, asociación, sindicación y huelga, así como la educación y asistencia jurídica gratuita) pero quedan aspectos mejorables en este

⁶⁰ Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo firmado en 2008, refrendado por los 27 países miembros de la Unión Europea, que establece como objetivo una inmigración legal y ordenada, luchar contra la inmigración ilegal y favorecer la integración de los inmigrantes legales mediante un equilibrio de derechos y deberes. Directivas aprobadas posteriormente a la última reforma de Ley de 2000 hecha en 2003. Convenio del Consejo de Europa contra la trata de seres humanos de 2005.

⁶¹ Vid. MOYA, D.: “La reforma de la legislación de extranjería por la LO 2/2009”, en MOYA, D. Y AGUELO NAVARRO.: *La Reforma de la Ley Orgánica de Extranjería*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2011, pp.18 y ss., sobre políticas migratorias e integración.

sentido⁶². Para AMAADACHOU KADUR no hay duda de que el reflejo de las citadas sentencias aporta a esta Ley “*un carácter más progresista desde el punto de vista del Derecho Social*”⁶³.

Entre las novedades, están algunas modificaciones en la reagrupación familiar y en concreto en la consideración de los sujetos reagrupables, se trata de equiparar, en este sentido, nuestra Ley con las Leyes de nuestro entorno en las que ya se limitaba el núcleo familiar susceptible de ser reagrupado por el extranjero residente. Ahora los mayores de sesenta y cinco años no podrán ser reagrupados a no ser por razones humanitarias, mientras la Ley y el Reglamento anterior establecían ascendientes, sin acotar nada más. Del mismo modo y dentro de la reagrupación familiar se produce la ampliación de ese derecho a las parejas de hecho o a quienes mantengan con el reagrupante una relación análoga a la conyugal.

La influencia de la asunción del Derecho europeo también se ha dejado notar en la reforma, de tal manera que se da un paso más en la búsqueda de una mayor seguridad jurídica, retocando la residencia de larga duración y aumentando la presión sobre la inmigración irregular a partir de la creación de registros de entradas y salidas. Las mujeres víctimas de violencia de género a partir de la reforma están más protegidas.

El amparo a estas mujeres se incrementa al suspender el procedimiento de expulsión, a expensas de la sentencia, que se le abriría a la mujer extranjera en el caso de denuncia por violencia de género. Otra medida en la misma línea, le permite solicitar una autorización de residencia y trabajo que podría concedérsele provisionalmente si media una orden de protección o un informe del Ministerio Fiscal en el que se indique que hay indicios de violencia de género.

Hay que decir en este punto que la protección a la víctima ha aumentado en la modificación del art 31 bis que hace la última Ley Orgánica que ha retocado la Ley de

⁶² Vid. AGUELO NAVARRO, P. Y CHUECA SANCHO, A. G.: “La reforma de la Ley de Extranjería, una visión crítica de los derechos humanos”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n.22, 2009, pp. 109-145.

⁶³ AMAADACHOU KADUR, F.: “El modelo legal de inmigración en España. Especial referencia a los inmigrantes en situación administrativa irregular” en FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Comares, Granada, 2011, p. 451.

extranjería en 2011⁶⁴ y antes ya lo hizo el Real Decreto 557/2011 de desarrollo la Ley de extranjería. Así; la extensión de la autorización de residencia y trabajo para los hijos de la víctima mayores de 16 años y autorización de residencia para los menores (Reglamento y Ley), la no apertura del expediente de expulsión a la hora de la denuncia (Ley) y el otorgamiento de la autorización provisional de forma obligatoria y no discrecional (discrecionalmente era como se establecía en la reforma de 2009, ahora se cambian los términos “podrá conceder” por “concederá”), en el caso de que se cumpla el requisito de estar en posesión de la orden de protección o el Informe del Ministerio Fiscal con los indicios de violencia de género (Ley).

Debido a la situación de desempleo en nuestro país y, por ello, a la nueva situación del mercado de trabajo, se concreta la regulación en relación a la situación nacional de empleo a la hora de controlar y ordenar los flujos migratorios y esto se refleja en el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura. Por otra parte, se mejora la regulación de los menores no acompañados y se endurece el aspecto sancionador con nuevas infracciones como falsear datos en el padrón o contribuir o la promoción de la inmigración irregular o los matrimonios de conveniencia.

Del mismo modo se incrementa la cuantía de las sanciones que se hacen corresponder a todas las infracciones y se modifican aspectos en suspensión y devolución. También se determina un periodo para cumplir de forma voluntaria la orden de expulsión. El plazo máximo de internamiento en los CIES se aumenta y pasa de cuarenta a sesenta días. Así lo recoge anteriormente la Ley Orgánica 2/2009 de reforma de la Ley de Extranjería y anteriormente la normativa europea, aunque se podría haber optado por otro plazo como observa DONAIRE VILLA afirmando *“El nuevo plazo máximo general, sesenta días, queda por debajo de los topes señalados en la Directiva de Retorno, si bien su mantenimiento en cuarenta días hubiera cumplido igualmente con ella, pues los seis meses son, en todo caso, un máximo según el artículo 15, apartado 5 de la norma europea”*⁶⁵.

⁶⁴ Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 bis y el 59 bis de la Ley de Extranjería.

⁶⁵ DONAIRE VILLA, F.J.: “Detenciones e internamientos de extranjeros”, en BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F.J. y MOYA MALAPEIRA, D. (Coords.): *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería*, Tirant lo Blanch Reformas, IDP, Valencia, 2011, p 293.

3.6. ÚLTIMAS MODIFICACIONES DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000

Otra modificación, ya citada en parte, es la que hace la Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, de dos de los artículos de la Ley de Extranjería, el 31 bis y el 59 bis. En cuanto a las novedades, que recoge ahora el artículo 31 bis, están las medidas de protección de las víctimas de la violencia de género, antes aludidas, como son la no iniciación del expediente de expulsión para la extranjera irregular denunciante de maltrato por parte de su pareja, y la concesión obligatoria, y no discrecional, por el órgano administrativo correspondiente, de la autorización provisional de residencia y trabajo para ella y sus hijos mayores de 16 años, y de residencia para sus hijos menores.

La modificación del artículo 59 bis va referida a las víctimas de trata de seres humanos. Ahora la Ley pretende la cooperación de las mismas con las autoridades en las investigaciones para poder incriminar a los autores de estos hechos. También se hace extensivo a otras personas el derecho que tiene la víctima, en este caso, a solicitar medidas para garantizar, no sólo su seguridad, sino también la de sus hijos y la de cualquier otra persona que mantenga vínculos con ella⁶⁶. También se detalla en la nueva norma, la aplicación del procedimiento administrativo común para el caso de que la víctima quiera interponer recurso administrativo frente a la denegación o revocación del periodo de restablecimiento y reflexión (denegación o revocación que deben ser motivadas).

La más reciente modificación de la Ley de Extranjería se ha producido por Real Decreto-Ley 16/2012 de 20 de abril, que modifica su artículo 12 y establece que la asistencia sanitaria no se puede obtener tan sólo con el empadronamiento, como hasta ahora, si no se tiene una autorización de residencia. Entró en vigor el 1 de septiembre de 2012⁶⁷.

⁶⁶ La finalidad es evitar el bloqueo de la colaboración de la víctima con la Administración por medio de amenazas contra esas personas afines.

⁶⁷ El Auto, citado, del Tribunal Constitucional 239/2012, de 12 de diciembre, determina que esta medida no está justificada por la situación económica.

3.7. LOS PRIMEROS REGLAMENTOS

“Haced vosotros la Ley, y dejadme a mí los reglamentos”. Esta expresión, que se atribuye a distintos políticos, entre ellos ROMANONES, transmite toda una concepción del poder normativo, según la cual, y utilizando una vieja fórmula (“el demonio está en los detalles”), lo más importante sería concretar, no realizar grandes declaraciones de intenciones o de principios, sino precisar el procedimiento, los límites, los trámites, los plazos y las competencias. De aquí vienen las suspicacias que los iuspublicistas (y los ciudadanos de a pié) suelen mostrar respecto de los decretos.

Las diferencias trascendentales entre Leyes y Reglamentos como productos normativos han sido bien explicadas por la teoría jurídica, y no procede ahora enunciarlas extensamente. Baste decir, como es bien sabido por otra parte, que el procedimiento –la forma de aprobación– marca sustanciales distinciones entre ambas herramientas decisorias. La Ley caracterizada por el debate público, plural, con participación de distintas visiones del asunto a regular; el Reglamento presidido por la elaboración interna, reservada y a menudo exclusiva de los Departamentos ministeriales. Claro está que estas diferencias son más acentuadas en un contexto democrático, no así en un régimen autoritario, como el español previo a 1978.

Antes de la Constitución, la normativa de extranjería e inmigración tuvo expresiones puramente reglamentarias (Decretos), lo que resulta fácil de entender en el marco político del período, por contraste con el post-constitucional. Durante la Dictadura franquista, las Leyes sobre esta materia se agotan prácticamente en la Ley 29/1968, de modificación de las exacciones por expedición de permisos a súbditos extranjeros, y la Ley 118/1969, de igualdad de derechos sociales de iberoamericanos, filipinos, portugueses y andorranos.

Así, pueden recordarse los Decretos 1870/1968, de 27 de julio, por el que se regulaba el empleo, régimen de trabajo y establecimiento de los extranjeros en España, y el 552/1974, regulador del régimen de entrada, permanencia y salida de extranjeros. Y ya en plena transición, los Reales Decretos 1617/1978, de traspaso de las decisiones de expulsión y denegación de entrada a los gobernadores civiles, y el Real Decreto

1874/1978, de 2 de junio, sobre procedimiento para la obtención del permiso de trabajo y residencia.

Antes de la primera Ley, también hay que señalar el Real Decreto 1031/1980, de 3 de mayo, que a pesar de dictarse ya en el período democrático post-constitucional, hereda muchos de los aspectos de su antecedente inmediato, el 1617/1978, demostrando una vez más el juicio de MAYER “*El Derecho Constitucional pasa, el Derecho administrativo permanece*”, pues a pesar de la transformación del marco político constitucional, las garantías para los extranjeros seguían siendo en España mínimas.

Tras la primera Ley de Extranjería, sus reglamentos de desarrollo serán aprobados primero por el Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, y después por el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero. En este apartado se estudiarán sus respectivos contenidos, así como los cambios que introdujo el segundo respecto del primero, intentando rectificar por esta vía algunos aspectos del régimen de la inmigración y la extranjería que tal vez hubieran requerido la reforma de la Ley.

Del Real Decreto 1119/1986 cabe destacar, además de su estructura, que después ha marcado en líneas generales la de los reglamentos posteriores, la consideración de los procedimientos en materia de extranjería como procedimientos especiales, en la Disposición Adicional del Real Decreto: “*...Especialidad de los procedimientos. De conformidad con lo establecido en el Decreto de 10 de octubre de 1958, los procedimientos sobre extranjería, paso de fronteras y permiso de trabajo a extranjeros tendrán la consideración de procedimientos administrativos especiales a efectos de lo dispuesto en el artículo primero de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958*”.

Hay que recordar aquí que la consideración de los procedimientos como especiales suponía, en la vieja Ley de Procedimiento Administrativo, su sujeción a la misma a falta de norma propia, es decir, con carácter supletorio. Apuntar también que la propia Ley de 1958 previó en su Disposición final tercera la determinación por el Gobierno de los procedimientos especiales en el plazo de tres meses. Previsión que se cumplió entonces con la aprobación de un Decreto, el 10 de octubre de 1958, con la lista de los 26

procedimientos especiales cuyo régimen se mantenía diferenciado del de la Ley (desde la expropiación forzosa hasta al desahucio administrativo).

Esta consideración de los procedimientos en materia de extranjería e inmigración como procedimientos especiales supondría ya una primera relativización de la aplicabilidad plena de algunos de los preceptos de la Ley de Procedimiento Administrativo a los mismos, pudiendo excepcionarse expresamente por norma propia, si bien la previsión de las excepciones tendría que ser contemplada también en norma de rango legal.

De entre las adicionales del Real Decreto, también puede destacarse la previsión del procedimiento de urgencia para las solicitudes formuladas en casos de reagrupación familiar, lo que denota cierta sensibilidad por la situación personal de los inmigrantes. En este mismo balance positivo, es muy digna de mención la pormenorizada Disposición derogatoria del Real Decreto, siguiendo una técnica normativa que debería ser exigida en todo caso, pero lamentablemente a menudo no se tiene en cuenta, con grave perjuicio de la seguridad jurídica.

En cuanto a la estructura, el Reglamento se divide en un capítulo preliminar (puestos de entrada y salida), y otros ocho, dedicados a las siguientes materias: entradas (capítulo primero); documentación de estancia y residencia en España (capítulo II); empleo, trabajo y establecimiento (capítulo III); derechos y tasas de expedición (capítulo IV); permanencia en España (capítulo V); infracciones y sanciones (capítulo VI); salidas voluntarias (capítulo VII); devoluciones, salidas obligatorias y expulsiones (capítulo VIII). Como se expondrá en otros capítulos, al analizar en sus aspectos formales otros Reglamentos, esta estructura y muchos de los apartados en los que se subdividió la norma en 1986, se han perpetuado al margen de los múltiples avatares políticos, normativos y judiciales experimentados por la materia en nuestro país a lo largo de más de dos décadas.

Y esto pese a que el Reglamento de 1986 fue muy criticado por ahondar en los defectos de la ley, defectos que determinaron la decisión anulatoria del Tribunal Constitucional. Así, lejos de limitar la arbitrariedad administrativa predeterminando el ejercicio de las potestades y rodeándolo de las debidas garantías (principalmente, el control judicial) pretendió esta norma ampliar las facultades omnímodas de la Administración a la hora

de expulsar y sancionar extranjeros, así como en la limitación de sus derechos de reunión y asociación, entre otros. La interpretación del Reglamento a través de Circulares e Instrucciones agravó esta tendencia, al concretarse las ambiguas declaraciones de la Ley por estas vías, muy poco favorables para la realización de los derechos individuales.

Así, por ejemplo, uno de los derechos que más se dificultó en la práctica mediante la aprobación de Instrucciones y Circulares fue la reagrupación familiar, precisamente uno de los aspectos más sensibles de todos los relativos a los procedimientos que deben ser previstos en el Reglamento.

Además del Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, y antes de su reforma, deben tenerse en cuenta como ejemplos de desarrollo reglamentario de la materia extranjería e inmigración los Reales Decretos 1521/1991, de 11 de octubre, que creaba las Oficinas Únicas de Extranjeros, y el Real Decreto 511/1992, de 14 de mayo, después modificado por el Real Decreto 2489/1994, de 23 de diciembre, sobre derechos civiles y sociales reconocidos a los extranjeros.

Pero los principales cambios en el Reglamento de la Ley de extranjería, vendrán en el Real Decreto 155/1996⁶⁸, de 2 de febrero, tras más de diez años de vigencia de la Ley. Modificaciones que eran imprescindibles por los errores del primer Reglamento y teniendo en cuenta la variación del contexto nacional e internacional. Recuérdese que la Ley se dicta antes de la incorporación de España a la Comunidad Europea, y que entre 1985 y 1996 tienen lugar múltiples sucesos relevantes en nuestro ordenamiento, entre los que cabe destacar, amén de la recepción del acervo comunitario, la aprobación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Las principales novedades del Real Decreto 155/1996 vienen expuestas en su propio Preámbulo: “...*el establecimiento de un nuevo sistema de visados, de control de las entradas de los extranjeros, de permisos de residencia, la creación del estatuto de*

⁶⁸ Vid. APRELL LASAGABASTER, C.: “El nuevo Reglamento de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (RD 155/1996, de 2 de febrero)”, *RAP*, n. 140, 1996 y FLORES GIMÉNEZ, F. J.: “El nuevo Reglamento de extranjería: ¿Una ampliación de derechos?”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm.47, 1997.

residente permanente, una nueva regulación de los permisos de trabajo, el establecimiento de un contingente de mano de obra, la creación de un documento unificado para los extranjeros residentes, así como la regulación de un nuevo procedimiento sancionador con la consiguiente concreción de las causas de expulsión previstas en el artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985...”.

Otros puntos relevantes del Reglamento de 1996 que mejoran el texto diez años anterior son la graduación de infracciones y sanciones (una de las principales fallas de seguridad jurídica del régimen inicial) y la configuración de los permisos permanentes de trabajo y residencia. Este último era una necesidad apremiante, dada la situación de inseguridad jurídica que generaba en la mayoría de los casos la renovación constante de los permisos cada año. A partir de la nueva norma, se contemplan tres tipos de permisos de residencia: uno inicial de un año, renovable a otro año; otro ordinario, de tres años; por último el permanente, para quienes acreditaran cinco años de permanencia legal y continuada en el país.

La estructura del Real Decreto 155/1996 no se aparta demasiado de su antecesor de 1986. Quizás su punto más especial, en este sentido, sea la introducción de un capítulo preliminar, dedicado a los derechos y libertades de los extranjeros en España, bastante discutible desde un punto de vista de técnica legislativa, al ser estas cuestiones que atañen a la Ley y que por tanto sólo pueden ser consideradas redundantes en el Reglamento e innecesarias por otra parte. Tras esta especialidad, se repite en líneas generales la estructura precedente: capítulo I (puestos de entrada en salida); capítulo II (documentación, visados y entradas); capítulo III (permanencia en España: estancia, reagrupación familiar, documentación); capítulo IV (trabajo y establecimiento); capítulo V (derechos y tasas de expedición); capítulo VI (infracciones y sanciones); capítulo VII (salidas y devoluciones).

3.8. EL REGLAMENTO DE 2001

El desarrollo inmediato de la Ley Orgánica 4/2000, con sus posteriores modificaciones, será realizado por el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, que aprueba un Reglamento justificado por los numerosos cambios normativos acaecidos entre 1996 y 2001 (reformas en la organización y el procedimiento administrativo, en el derecho de asilo,

la propia reforma de la Ley de extranjería...). Además, entre sus principales motivaciones, destacaba el preámbulo que *“...se ha dado un nuevo vigor a los controles fronterizos de personas, se ha buscado una mejor coordinación de las autoridades implicadas en la concesión de visados y se ha dado cumplimiento a la previsión legal de un procedimiento específico para la misma, han sido simplificados los procedimientos administrativos de concesión de los diferentes permisos de residencia y trabajo, se ha racionalizado la regulación de los procedimientos sancionadores en materia de extranjería y, en definitiva, se ha perseguido una mejor coordinación de los órganos de la Administración General del Estado, destacando a este respecto una nueva reglamentación de las Oficinas de Extranjeros, con el objetivo de garantizar la eficacia y coordinación en la actuación administrativa en el nivel más cercano a los destinatarios de la política de extranjería e inmigración”*.

Claro que resulta sumamente difícil no compartir la mayoría de estos objetivos, como fines. Cuestión distinta son los medios y herramientas concretas articuladas a lo largo del reglamento para realizarlos. En cuanto a la estructura, un repaso superficial del Reglamento aprobado por el Real Decreto 864/2001, no presenta tantas diferencias con su antecedentes de 1996 y, como podrá verse, tampoco es muy distinto del de 2004 ni del de 2011. Desaparece el innecesario y, probablemente, inoportuno capítulo preliminar del Reglamento de 1996, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, innecesario y reiterativo de la Ley, como ya se ha advertido anteriormente, en una norma reglamentaria.

El Capítulo I, sin embargo, se ocupa del régimen de entrada y salida en territorio español, comenzando, como los Reglamentos de 1996, 2004 y 2011 con el régimen de los puestos de entrada y salida, e incluyendo también la documentación para la entrada (pasaportes y visados), los requisitos y prohibiciones tanto para la entrada como para la salida. El Capítulo II se ocupa del régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros en España (estancia y residencia, incluyendo también la situación de los estudiantes y los indocumentados, así como el régimen del registro y la documentación), variando poco la estructura de 1996. El Capítulo III está dedicado al permiso de trabajo y los regímenes especiales (trabajadores transnacionales, transfronterizos, etc.), como el IV del Reglamento de 1996 se ocupaba del trabajo y el establecimiento. El Capítulo IV regulaba las infracciones y sanciones, (como el VI del reglamento de 1996). El V de la

coordinación de la Administración General del Estado, incluyendo un régimen de las oficinas de extranjeros, cuya incorporación al Reglamento se puede considerar muy positivo, y de los Centros de migraciones.

Por todo lo expuesto se puede afirmar que la estructura básica de los sucesivos Reglamentos será en líneas generales la avanzada por el primero de ellos, el 1119/1986. Aunque se van introduciendo, casi por acumulación (y por el crecimiento mismo del fenómeno migratorio y su complejidad), nuevas divisiones, que reclaman reestructuraciones y nuevas sistematizaciones de la norma, lo cierto es que la secuencia de temas se reproduce en los Reglamentos, casi desde los preconstitucionales hasta el vigente.

3.9. LOS ERRORES DEL REGLAMENTO DE 2001 QUE CONDUJERON A ANULACIONES JUDICIALES

Y si la sistemática de los Reglamentos no ha variado apenas desde sus primeras expresiones, con el resultado de una escasa contribución a la seguridad jurídica y la clarificación de los procedimientos en esta materia, la valoración no puede ser mucho más positiva en lo que se refiere al “fondo” de las soluciones incorporadas a estas normas reglamentarias hasta el Real Decreto 2393/2004, que a menudo han ahondado en los errores de sus Leyes de referencia, con la consecuencia inevitable de ser impugnadas ante los Tribunales y, en algún caso especialmente destacable como el del Real Decreto 864/2001, resultar anuladas.

El primer gran varapalo jurisdiccional, como hemos visto en el apartado de las sentencias del Tribunal Constitucional, que sufre la normativa de extranjería en España se produce con el dictado de la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1987, de 7 de julio, que declaró la inconstitucionalidad de varios preceptos de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, por limitar excesivamente derechos y libertades de los extranjeros. En concreto, se consideraron inconstitucionales el inciso que obligaba a solicitar autorización para el ejercicio del derecho de reunión (artículo 7), la posible suspensión gubernativa de las actividades de asociación promovidas e integradas mayoritariamente por extranjeros (artículo 8), y la imposibilidad de suspensión de las órdenes de expulsión de los extranjeros (artículo 34).

Pero centrándonos en el tema de las anulaciones judiciales respecto de los Reglamentos, la STS de 20 de marzo de 2003, anuló varios preceptos del Real Decreto 864/2001, resolviendo así el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Federación de Asociaciones Pro-Inmigrantes en Andalucía. Los artículos afectados por su Fallo fueron los siguientes: el 38, en lo relativo a la adopción de medidas cautelares; el artículo 41.5; el artículo 49.2, apartados d) y e) el inciso “*en España*”; artículo 56.8, en el inciso “*o de expulsión*”; artículo 57.1; artículo 84.2; artículo 84.6; artículo 117.2.c; artículo 130.2; artículo 130.6; artículo 136.3; artículo 138.1.b. en el inciso “*o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta*”.

Sus Fundamentos son esclarecedores respecto de los problemas jurídicos del Reglamento, agravados por la peculiar defensa de los mismos realizada por la Abogacía del Estado, que se limitó en la contestación a la demanda a remitirse a los informes obrantes en el expediente administrativo, una respuesta expresamente censurada por el Tribunal, dadas las diferencias entre los textos del expediente y el que fue definitivamente aprobado.

El Fundamento Jurídico Cuarto de la Sentencia contiene los argumentos de ilegalidad del artículo 38 del Reglamento, que permitía extender la adopción de medidas cautelares previstas en la Ley Orgánica en un supuesto distinto a los contemplados por ésta⁶⁹, que se refiere a los estados de excepción o sitio. Sólo de manera excepcional, por razones de seguridad pública y de manera individualizada, motivada y proporcionada, pueden aplicarse este tipo de medidas, nos dice el Tribunal Supremo, considerando que la redacción del artículo 38 (que no contenía estas salvedades) era contraria a la Constitución y a la Ley Orgánica.

Al artículo 41.5, sobre requisitos de la reagrupación familiar, se dedica el Fundamento Jurídico Quinto, que recuerda el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Proyecto de Reglamento para defender, en la línea del supremo órgano consultivo del Gobierno, la “reagrupación en cadena”, considerando por ello contrario a la Ley la exigencia de un

⁶⁹ Estancias con documentación defectuosa o sin documentación por motivos humanitarios o compromisos internacionales.

permiso independiente del reagrupante para poder ejercer, a su vez, este derecho, concedido por la Ley.

Dos apartados del artículo 49.2 – el d) y el e) – son el objeto del Fundamento Jurídico Sexto, que se limita a anular el inciso “*en España*” como requisito de la convivencia continuada para la exención del visado de residencia. Se anulan estos preceptos por ir más allá de la Ley, que no exige que la convivencia haya tenido lugar necesariamente en nuestro país, y por considerar que presupone en alguna medida la preexistencia de una situación de irregularidad durante al menos un año.

Se anula también el artículo 56.8 del Reglamento, sobre extranjeros indocumentados, al prever la no documentación de aquellos incursos en supuestos de expulsión. Dice el Tribunal Supremo que, de aplicarse con esta redacción, se haría inaplicable, pues los extranjeros que no pudieran documentarse por otro medio estarían incursos en esta causa, pues la entrada en España requiere el pasaporte o documento de viaje que acredite la identidad.

El Fundamento Jurídico Noveno anula el artículo 57 del reglamento al establecer la excepcionalidad de las causas de provisión de un título de viaje para extranjeros indocumentados. No contemplando tal excepcionalidad la Ley, queda claro que el Reglamento se aparta de su tenor al restringir sobremanera esta posibilidad, pretendiendo además dejarla al arbitrio de la Administración.

En el Décimo hay un pronunciamiento anulatorio sobre los supuestos de inadmisión de solicitudes previstos en el artículo 84 del Reglamento, sobre todo los relativos a la necesidad de presentarlas en el registro del órgano competente y la no previsión de subsanación documental. La invocación por el Tribunal de los preceptos de la Ley de Procedimiento Administrativo es el argumento decisivo (que será después contestado por el legislador, en la reforma de 2003, con una previsión legal expresa que eleva el rango de estos motivos de inadmisión, como el punto de la presentación personal).

La extensión de la competencia para la retirada de pasaporte al órgano instructor del procedimiento de expulsión, mientras la Ley sólo la contempla para el órgano que resuelve, es el motivo de anulación del artículo 117.2 del Reglamento, según el

Fundamento Jurídico Decimotercero: *“...al desplazar el Reglamento esa competencia al instructor, que sólo tiene conforme al mandato legal facultades de propuesta, y al órgano competente para iniciar el procedimiento, no existe duda alguna de que contraviene una norma de rango superior y por tanto el precepto debe ser anulado”*.

De nuevo el Reglamento va más allá de la Ley al extender la posibilidad de internamiento del extranjero cuando se haya dictado acuerdo de devolución (artículo 127.2.c). Lo deja claro el Fundamento Jurídico Decimocuarto: *“Extender por vía reglamentaria una medida cautelar que afecta al Derecho a la libertad a supuestos no previstos legalmente resulta contrario al Ordenamiento Jurídico y por tanto el precepto impugnado debe ser anulado”*.

Mucha enjundia tiene el Fundamento Jurídico Decimoquinto, que anula los apartados segundo y sexto del artículo 130 del Reglamento, sobre centros de internamiento. El apartado 2, sobre medidas a los internos que no cumplan las normas de régimen interior. Y el 6, sobre comunicaciones con el exterior de los internos. Las exigencias de la reserva de Ley no se respetan en estos preceptos, teniendo en cuenta además su conexión con derechos fundamentales (artículo 53.3 CE).

Otra violación de la reserva de Ley, con incidencia sobre las obligaciones de jueces y magistrados, se proyecta sobre la anulación del artículo 136.3 del Reglamento, analizado por el Fundamento Jurídico Decimosexto. Y aunque el mismo argumento se encuentra en la impugnación del artículo 136.4 del Reglamento, el Fundamento Jurídico Decimoséptimo considera que el estatuto jurídico del Ministerio Fiscal permite el establecimiento de esos deberes.

El Fundamento Jurídico Decimoctavo anula el artículo 138.1 del Reglamento al incorporar a las posibilidades de devolución inmediata a los extranjeros que hayan sido interceptados ya dentro del territorio nacional (mientras la Ley utiliza la expresión *“pretender entrar”*). Por ello el Tribunal considera que *“Estamos ante una interpretación contra la Ley que aplica un régimen excepcional que no goza de las garantías de la expulsión a supuestos distintos de los legalmente establecidos. Por esta razón el precepto debe ser anulado”*.

Pero además de los Fundamentos Jurídicos que anularon el Reglamento, otros son igualmente relevantes, ora por considerar ajustadas a Derecho determinadas soluciones normativas, ora por puntualizar interpretaciones de la norma que es preciso conocer a la hora de aplicarla. De gran interés son, por ejemplo, las consideraciones vertidas en el Fundamento Jurídico Tercero (reiteradas en el Fundamento Jurídico Séptimo), por ejemplo, que al pronunciarse sobre la legalidad del artículo 36.5 del Reglamento ofrece una reflexión razonada sobre la necesidad de identificación y presentación personal en algunos procedimientos, cohonestando este precepto con el artículo 40 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre.

Como muestra esta Jurisprudencia (y ratifican sentencias posteriores dictadas a principios del año 2004, sobre otras normas como el Real Decreto 178/2003, regulador de la entrada y permanencia en España de nacionales de la Unión Europea y sus familiares) y las sentencias del Tribunal Constitucional expuestas anteriormente, la tendencia de nuestros poderes normativos (al menos hasta el Reglamento de 2004), tanto del legislador como del ejecutivo, no ha sido precisamente la de reconocer en toda su posible extensión los derechos, libertades y garantías de los extranjeros. Más bien al contrario, las anulaciones de la ley y el Reglamento de extranjería, por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, ratifican una tendencia cicatera y restrictiva en esta materia.

Ésta y otras sentencias del Tribunal Supremo ayudaron decisivamente a la ordenación jurídica de la extranjería e inmigración. Según RAMOS QUINTANA, *“...con tal amplitud que puede decirse, sin temor a exagerar, que dicha jurisprudencia ha contribuido poderosamente a la normalización de la situaciones administrativas, así como a la dotación de un haz de derechos conformador del estatuto jurídico de los inmigrantes, en una línea de intervención sorprendentemente amplia y generosa”*⁷⁰.

⁷⁰ RAMOS QUINTANA, M.: “Análisis y comentario preliminar. Una política de inmigración para un modelo de inmigración: la integración a través del empleo”, en RAMOS QUINTANA, M.: *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, Lex Nova, 2007, p. 27.

3.10. TEST DEL REGLAMENTO DE 2001

Es necesario formularse una serie de preguntas en torno al reglamento aprobado por Real Decreto 864/2001, que después se harán respecto del Reglamento aprobado por el Real Decreto 2393/2004 y posteriormente respecto del Reglamento aprobado por Real Decreto 557/201, y que servirán para explicar, siquiera a modo retórico, la evolución de la situación jurídica de la extranjería y la inmigración.

¿Pasaba un test de constitucionalidad?; ¿Mejóro los derechos y libertades de los extranjeros?; ¿Se ajustaba a los compromisos internacionales suscritos por España?; ¿Sirvió para mejorar la eficacia de los procedimientos?; ¿Fomentaba la inmigración legal?; ¿Favorecía la integración?; ¿Estaban resueltas las principales necesidades administrativas en esta materia?

¿Pasaba un test de constitucionalidad?

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003 deja bien a las claras que los redactores del Reglamento de 2001 no se preocuparon demasiado de respetar las exigencias de la reserva de Ley previstas en el artículo 53.1 de la Constitución Española a la hora de redactar algunos de sus preceptos. Tampoco tuvieron muy en cuenta el artículo 13 de nuestra Constitución (tal y como ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional) ni muchos de los preceptos de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

¿Mejóro los derechos y libertades de los extranjeros en España?

Obviamente no. Tampoco las reformas que lo sucedieron, muy especialmente la de 2003, parecen especialmente movidas por este ánimo. En la reforma de 2003 se “validan” algunas restricciones de derechos anticipadas por el Reglamento de 2001, especialmente en lo relativo a los procedimientos. La extensión de la discrecionalidad administrativa y la rebaja de las garantías parecen bastante evidentes en la norma, aun después de su recorte por la Sentencia del Tribunal Supremo.

¿Se ajustaba a los compromisos internacionales suscritos por España?

Pues tal vez no en lo relativo a derechos humanos, dada su restricción de derechos de los extranjeros, y las limitaciones introducidas en aspectos como la reagrupación familiar. Respecto del cumplimiento de las Directivas, en cambio, su fecha de aprobación y los plazos de transposición previstos en las primeras hacía difícil que se situará en posición de incumplimiento.

¿Sirvió para mejorar la eficacia de los procedimientos?

Aunque algunas de las previsiones del Reglamento de 2001 facilitaban claramente el trabajo de la Administración (por ejemplo, las relativas a inadmisión de solicitudes, o las de registros), lo cierto es que la mejora de la eficacia hubiera requerido medios de otra naturaleza, amén de mayor dotación de personas, previsiones expresas sobre el manejo de los nuevos medios técnicos (herramientas informáticas). Buena muestra de estas insuficiencias sería el “colapso” administrativo, sobre todo a la hora de tramitar las renovaciones. Cientos de miles de las solicitudes de renovación terminaban en silencio administrativo, situación que pone de manifiesto la incapacidad del aparato procedimental articulado para dar respuesta a la demanda en esta materia.

¿Fomentaba la inmigración legal?

En parte la dificultaba. Difícilmente hubiera sido posible responder a la situación de regularización y normalización de los cientos de miles de inmigrantes con el marco normativo que ofrecían las normas vigentes en estas fechas. No parece que las medidas normativas, legislativas y reglamentarias tomadas hasta 2004, para frenar la inmigración ilegal alcanzaran sus objetivos, si atendemos a las cifras y los problemas entonces planteados. Esto queda especialmente claro en el punto del Contingente, principal solución arbitrada para armonizar la demanda de mano de obra real con la venida de inmigrantes en situación legal. A la vista de los informes del Consejo Económico y Social, por ejemplo, queda claro que el Contingente no respondía efectivamente a las necesidades apreciadas por los empresarios ni favorecía la legalidad plena en la contratación.

¿Favorecía la integración?

Si el número de trabajadores requerido en realidad por la economía española era sensiblemente mayor del contemplado en los cupos, el resultado no podía ser otro más que la irregularidad, con todos sus negativos efectos sociales y personales. Desde el punto de vista social, el estado de cosas que hay que describir en esta “foto fija” no es más positivo que el balance jurídico.

¿Estaban resueltas las principales necesidades administrativas en esta materia?

Desde una perspectiva fundamentalmente jurídica, los problemas ya han sido expuestos. Pero más allá de lo jurídico, están las cuestiones de índole organizativa y técnica, que son fundamentales. Y en este punto la situación era realmente peor que la actual, pues apenas se contemplaba la utilización de la informática ni otros avances que facilitan y hacen más simple la relación entre Administración e inmigrantes o extranjeros. Es cierto que la capacidad de las normas es limitada, y sirven más para reajustar y encauzar situaciones de hecho preexistentes que para frenar procesos movilizadores por factores mucho más poderosos que el Boletín Oficial del Estado. Pero aunque la sociedad no se gobierna por Decreto, qué duda cabe de que el Reglamento tiene una importancia trascendental a la hora de precisar cuestiones y orientar políticas.

3.11. LOS ÚLTIMOS REGLAMENTOS

Los aprobados mediante Real Decreto 2393/2004 (modificado por Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio, con motivo de la asunción de competencias por parte de las Comunidades Autónomas sobre autorizaciones iniciales de residencia y trabajo) y Real Decreto 557/2011, que estudiaremos en particular en sendos capítulos de esta Tesis, han realizado un esfuerzo codificador notable, pero al verse marcados por la tendencia de sus antecesores, sus resultados prácticos, en este sentido, han sido más bien modestos.

Y es que parece que la tendencia que arrastra a los redactores de estas normas es la de ir “diferenciando”, por títulos o capítulos, las cuestiones que pasan a tener una mayor complejidad, o alcanzan mayor relieve en un momento determinado. Entonces se desgana una materia concreta del título o capítulo en el que se había ubicado hasta

entonces, para ser desarrollada por separado. Esto resulta especialmente visible en los reglamentos de 2004 y 2011, que ofrecen un tratamiento separado de múltiples temas que antes se encontraban como epígrafes dentro de otros títulos o capítulos (estudiantes, menores, trabajadores transfronterizos, mujeres víctimas de violencia de género, retorno va creciendo, mientras que su “parte general”, es decir, las normas comunes, que podrían reconducir los procedimientos a criterios más simples (en esto consiste, en parte al menos, la simplificación), nunca ha sido elaborada.

No parece, por tanto, haberse invertido demasiado esfuerzo en la reflexión sobre la técnica normativa y el “modelo” de Reglamento de desarrollo de las Leyes de extranjería e inmigración en nuestro país, a pesar de que resulta meridianamente claro que las intenciones del legislador en esta materia son difícilmente realizables sin un adecuado desarrollo reglamentario⁷¹, como nos muestran por ejemplo las opiniones doctrinales emitidas después del dictado de la Ley Orgánica 4/2000 *“La nueva ley puede cambiar muy positivamente la situación de los trabajadores extranjeros en España, pero requiere que su desarrollo reglamentario se aborde con imaginación...”*⁷².

4. CONCLUSIONES

Primera: Nos parece pertinente el recordatorio de los presupuestos constitucionales de la regulación de la inmigración y la extranjería en esta Tesis, toda vez que ha sido el olvido o la relativización de estos presupuestos razón última de la anulación de Leyes y Reglamentos en la materia. Aunque según el artículo 13 CE y la doctrina del Tribunal Constitucional es el legislador el que debe precisar los derechos y libertades de los extranjeros en España, no puede hacerlo de cualquier modo, ni dispone de un poder absoluto de limitación de estos derechos.

Segunda: La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha ido puntualizando los límites a la configuración legal de los derechos y libertades de los extranjeros, reconociendo de paso que ciertos derechos (como la tutela judicial efectiva) les

⁷¹ Vid. APRELL LASAGABASTER, C.: “La reforma de los Reglamentos de Extranjería” en *Revista General de Derecho Administrativo*, n 22, 2009.

⁷² AJA, E. (coord.): *La nueva regulación de la inmigración en España*. Tirant lo Blanch. 2000, p. 15.

corresponden en todo caso. La interpretación de los derechos y libertades de los extranjeros en España debe hacerse teniendo en cuenta los compromisos internacionales sobre derechos humanos de nuestro país, y muy destacadamente el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Tanto el marco constitucional, interpretado por el Tribunal Constitucional, como las normas internacionales sobre derechos humanos, condicionan el contenido y la interpretación de las normas reglamentarias, y ha de ser tenido en cuenta en el análisis del desarrollo reglamentario objeto de esta Tesis.

Tercera: La Unión Europea ha aprobado en el preludio del siglo XXI una serie de normas que deben ser tenidas en cuenta, así como objetivos de las políticas comunes en estas materias que deben ser ponderados en la interpretación y aplicación de las normas nacionales de extranjería e inmigración. Muchas de sus Directivas, se encuentran perfectamente integradas por nuestro ordenamiento.

Cuarta: El recordatorio de la evolución normativa es útil y conveniente en una aproximación como la que presenta esta Tesis porque permite conocer las distintas soluciones que se han ido dando a las cuestiones tratadas, las circunstancias que han rodeado su dictado y los resultados positivos o negativos de las alternativas ensayadas. Antes de la Constitución, en los años sesenta y setenta, ya se adoptan algunas normas (Decretos) sobre la inmigración, regulando permisos de residencia y trabajo, e incluso contemplando una suerte de “regularizaciones”. Son normas marcadas por la visión del orden público y la falta de garantías jurídicas y administrativas propias del período.

Quinta: En España se produce un cambio radical en la respuesta normativa al fenómeno de la inmigración en la segunda mitad de los años ochenta. Las transformaciones socioeconómicas de nuestro país determinan la necesidad y urgencia incluso de la regulación, con respuestas temporales que apenas dan tiempo para meditar y ponderar adecuadamente las mejores soluciones.

Sexta: Como primer hito en la reciente evolución del régimen jurídico de la extranjería en España, la Ley Orgánica 7/1985 cubre la previsión del artículo 13 CE, pero ya apunta algunas de las tendencias recurrentes en el tratamiento normativo de la materia: La indebida restricción de derechos y la rebaja de garantías que darán lugar a la respuesta anulatoria (en parte) del Tribunal Constitucional. La experiencia de esta primera Ley y

de su desarrollo reglamentario avanza muchas de las circunstancias jurídicas de la regulación de esta materia: El condicionamiento europeo; la distinción radical entre situación legal e ilegal; el desarrollo reglamentario que incrementa la discrecionalidad administrativa y rebaja garantías; la anulación judicial de preceptos legales y reglamentarios; y la relativa insatisfacción con esta respuesta.

Séptima: Hasta el año 2000 las puestas al día del régimen de los extranjeros en España tienen lugar por vía de reforma reglamentaria, lo que demuestra la importancia de este tipo de normas en la implementación de las políticas de inmigración. El Real Decreto de 1996 intentó, en este sentido, cubrir las necesidades apreciadas tras diez años de vigencia de su Ley de referencia, en un momento en el que las cifras de la inmigración comenzaban a crecer exponencialmente.

Octava: El año 2000 representa una fecha decisiva en la respuesta normativa al fenómeno de la inmigración. Entre el final de una legislatura (con mayoría simple) y el comienzo de otra (con mayoría absoluta) se aprueban, en menos de doce meses, sendas leyes en esta materia con orientaciones bien distintas. Un giro de tal calibre en la política de inmigración denota la falta de una mayor reflexión y distanciamiento objetivo de situaciones puntuales de gravedad (como fueron entonces los sucesos de El Ejido). Pues el afán de responder duramente a las situaciones de inmigración ilegal no se correspondía, en los primeros años de la primera década del presente siglo, con la existencia de un número muy elevado de extranjeros en situación irregular que se iban regularizando ante presiones de todo tipo.

Novena: Los sucesivos Reglamentos han ido heredando la estructura formal de las primeras normas en esta materia. También han ahondado en los defectos de sus Leyes de referencia, especialmente en lo relativo a la falta de garantías administrativas en algunos procedimientos. Muy destacadamente, el reglamento de 2001, cometió numerosos errores jurídicos que se pusieron de manifiesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003.

Décima: En el año 2003 se aprueba una nueva reforma de la Ley, todavía más marcada por la consideración policial del fenómeno de la inmigración, y muy pocas muestras de preocupación por los aspectos sociales. Además, se introducen las exclusiones más

drásticas de la normativa general de procedimiento administrativo a esta materia. La Sentencia del Tribunal Supremo citada, junto a esta última reforma legal, dejaban un escenario inmediatamente previo a la aprobación del Reglamento de 2004 ciertamente no muy favorable del reconocimiento de las garantías procedimentales y los derechos de los extranjeros en España. Tampoco especialmente propicio para la eficacia en la respuesta administrativa a los cientos de miles de solicitudes cursadas por los ya cerca de cuatro millones de extranjeros que residían en nuestro país.

Decimoprimera: Al comienzo de la primera legislatura del Partido socialista en la primera década de 2000 se le da una nueva orientación a la política de inmigración, nueva orientación que se acaba traduciendo en la aprobación de un nuevo Reglamento (el de 2004). Esa tendencia ha continuado en la reforma de la Ley de Extranjería operada en 2009 y en el último desarrollo reglamentario. La realidad parece enviarnos un mensaje bastante claro. Ni es fácil ponerle puertas al campo, ni se gobierna la sociedad sólo por Decreto. Además, las soluciones más draconianas en esta materia sólo favorecen la ilegalidad y la inadaptación administrativa a unas circunstancias difíciles de eludir, al situar a cientos de miles de personas que ya están en España, al margen de la Ley. Por ello, las reformas legales y reglamentarias en materia de extranjería e inmigración deben procurar ser más respetuosas con los derechos, en su intento, legítimo, de mejorar la eficacia de la respuesta administrativa a este fenómeno. Consideración de los derechos y eficiencia administrativa no son objetivos contrapuestos. Hasta 2004 no se obtuvieron resultados en ninguno de ambos y hoy sigue siendo necesario tener en cuenta que hay que hacer posible esa armonización.

Segundo capítulo

PROYECCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO SOBRE LA REGULACIÓN DE LA EXTRANJERÍA Y LA INMIGRACIÓN

Segundo capítulo

PROYECCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO SOBRE LA REGULACIÓN DE LA EXTRANJERÍA Y LA INMIGRACIÓN

SUMARIO: 1. SOBRE LA VIGENCIA DE LOS PRINCIPIOS Y LAS NORMAS GENERALES DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LOS DERECHOS PROCEDIMENTALES ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN: 1.1. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO INSTITUCIÓN DE GARANTÍA, DERECHO Y MECANISMO DE OPTIMIZACIÓN DE DECISIONES. 1.2. PRINCIPIOS Y NORMAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. 1.3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS Y LOS PRINCIPIOS DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. 1.4. LAS EXCLUSIONES E INCLUSIONES EXPRESAS EN MATERIA DE EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN. 1.5. ¿EN QUÉ MEDIDA SE APLICAN LOS PRINCIPIOS Y LAS NORMAS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN? 2. LOS PRINCIPIOS DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA APLICADOS A LAS ESTRUCTURAS DE EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN. 2.1. INTRODUCCIÓN. 2.2. SOBRE LA POTESTAD ORGANIZATIVA Y SUS IMPLICACIONES. 2.3. EVOLUCIÓN DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA INMIGRACIÓN. 2.4. LA SITUACIÓN ACTUAL: DISPERSIÓN COMPETENCIAL Y CONCENTRACIÓN DE RESPONSABILIDADES EN LA SECRETARIA GENERAL. 2.5. PERSPECTIVAS DE LA CREACIÓN DE LA AGENCIA. 2.6. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE NIVELES ADMINISTRATIVOS. 2.7. ESPECIALIZACIÓN Y RELEVANCIA EN LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA EXTRANJERÍA Y LA INMIGRACIÓN. 2.8. CUESTIONES TÉCNICAS. 2.8. A. ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA E INMIGRACIÓN. 2.8. B. LA APLICACIÓN INFORMÁTICA DE EXTRANJERÍA. 2.8. C. EL PROBLEMA DE LA GESTIÓN DOCUMENTAL, LA SISTEMATIZACIÓN DE LOS REGISTROS Y LOS ARCHIVOS. 2.8. D. EL MAYOR DESARROLLO DE LOS PROCEDIMIENTOS ELECTRÓNICOS EN MATERIA DE INMIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA. 3. CONCLUSIONES.

1. SOBRE LA VIGENCIA DE LOS PRINCIPIOS Y LAS NORMAS GENERALES DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LOS DERECHOS PROCEDIMENTALES ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN

1.1. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO INSTITUCIÓN DE GARANTÍA, DERECHO Y MECANISMO DE OPTIMIZACIÓN DE DECISIONES

España puede jactarse de tener una larga tradición de procedimiento administrativo, remontándose a principios del siglo XIX (e incluso antes) las primeras normas reguladoras de la tramitación de expedientes, presididas por principios que han llegado a nuestros días, como el de contradicción (trámite de audiencia), constancia documental (formación de carpetas), transparencia (vista y acceso), motivación (explicación de las decisiones), o derecho de defensa (recursos administrativos)⁷³.

Puede decirse que el Derecho administrativo español, en los últimos doscientos años, y con muy pocas interrupciones (las propias de la trágica guerra civil y la durísima posguerra), ha mantenido un conjunto de instituciones y garantías procedimentales prácticamente inalteradas⁷⁴. Hasta en los períodos menos democráticos, o incluso dictatoriales, encontramos cierto reconocimiento de los principios básicos del procedimiento administrativo, así en la Ley de 1958⁷⁵. En la Constitución española, es el artículo 105.c) el que se ocupa de forma más directa del procedimiento administrativo, fuera del Título I sobre derechos y libertades. Pero la exigencia de regulación legal del procedimiento obedece a su condición de presupuesto del ejercicio de un considerable número de derechos. De ahí que pueda localizarse su base constitucional en otros muchos preceptos de nuestra Norma Fundamental que conviene tener presentes⁷⁶.

⁷³ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Cívitas, Madrid, 1984

⁷⁴ Vid. FERNANDO PABLO, M.: *La Ley Común de Procedimiento Administrativo. Antecedentes, principios y aspectos generales de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, Colex, Madrid, 1993

⁷⁵ Vid. GARRIDO FALLA, F.: "El procedimiento administrativo de 1950 a hoy", en *Revista de Administración Pública*, n. 150, 1999, pp. 115-157.

⁷⁶ Vid. ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J.: *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Civitas, Madrid, 1990.

Así, en su primer artículo, nuestra Constitución reconoce la condición de España como Estado de Derecho, lo que significa que en nuestro Ordenamiento jurídico deben realizarse los elementos esenciales de este principio: seguridad jurídica, derechos subjetivos, control judicial de la actividad administrativa o responsabilidad de los poderes públicos. La cláusula del Estado de Derecho repercute de manera decisiva sobre el Derecho administrativo, forzando una nueva comprensión de muchas de sus instituciones, desde la tutela cautelar contencioso-administrativa (que debe ser efectiva) hasta la motivación de los actos⁷⁷ y el régimen de los procedimientos⁷⁸.

También nuestra Norma Fundamental consagra el régimen democrático, cuyas consecuencias no se agotan en la celebración de elecciones, alcanzando al funcionamiento cotidiano de la Administración. Porque el principio democrático comporta el reconocimiento integral de los derechos de los ciudadanos⁷⁹, permitiendo por ejemplo su participación en los procesos de toma de decisiones, directamente o por medio de representantes, para incrementar el grado de consideración de sus intereses. Democracia y procedimiento administrativo se vinculan mediante la idea de legitimidad, esto es, las decisiones administrativas, para ser aceptables, deben adoptarse por cauces adecuados⁸⁰.

Sin salir aún del Título Preliminar, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, reflejado en el artículo 9.3 de la Constitución española, ha sido interpretado también como una exigencia de procedimiento administrativo⁸¹. Con motivo del debate en torno al alcance del control sobre la discrecionalidad administrativa, y de los medios para prevenir la arbitrariedad, se ha insistido desde las distintas posiciones en la importancia del procedimiento, siendo éste un punto incontrovertido, pues si hay disputa en cuanto a la extensión de la revisión judicial, no la hay sobre la necesidad de canalizar las decisiones mediante el procedimiento.

⁷⁷ Vid. FERNANDO PABLO, M.: *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993.

⁷⁸ Vid. FERNANDO PABLO, M. M., GONZÁLEZ BUSTOS, M. A., FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. Y GONZÁLEZ IGLESIAS, M. A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo Tomo I*, Ratio Legis, 2012.

⁷⁹ Vid. EMBID IRUJO, Antonio, *El ciudadano y la Administración*, MAP, Madrid, 1994 y SÁNCHEZ BLANCO, A.: "Los derechos ciudadanos en la Ley de Administraciones Públicas" en *Revista de administración pública*, Nº 132, 1993, PP. 41-97.

⁸⁰ Vid. BERMEJO VERA, J.: *Derecho Administrativo Básico Parte General*, Thomson Civitas, 2005, pp.233-235.

⁸¹ Vid. PONCE SOLÉ, J.: *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

Esto porque se sabe que el control judicial contencioso-administrativo resultaría mucho más complejo sin la tramitación previa de procedimientos administrativos. De manera que, desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, el procedimiento es esencial⁸², no sólo como expresión del debido proceso, en sí mismo, sino como presupuesto de las posibilidades de control ulterior. Si no se dejara un reflejo (documental) del “iter” seguido por la Administración para formar su voluntad, difícilmente podría discutirse más tarde el resultado.

Así como el derecho a la tutela judicial efectiva se complicaría considerablemente en caso de una desprocedimentalización de la actuación administrativa, tampoco sería fácil realizar el derecho a la igualdad frente a la Administración sin procedimientos formalizados. Para evitar las discriminaciones, es preciso que los funcionarios y autoridades sigan cauces predeterminados, burocratizados, que impiden tratos de favor o disfavor en atención a las circunstancias subjetivas de las personas que se relacionan con la Administración⁸³.

Ya en el Título IV de la Constitución, entre los principios de funcionamiento de la Administración, se destaca el de objetividad en el artículo 103. Y la objetividad requiere procedimiento. Podría añadirse, quizás, que de la actuación objetiva y procedimentalizada depende también la realización del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley por parte de la Administración, pues sólo gracias a ciertas exigencias típicamente burocráticas –desde el régimen de cola hasta los formularios administrativos– podemos tener garantías de que los funcionarios no tratan discriminatoriamente a unos ciudadanos respecto a otros.

Por último - aunque sea la referencia más directa y recurrente - el artículo 105.c) de la Constitución preceptúa que la Ley regulará “El procedimiento administrativo, garantizando cuando proceda, la audiencia del interesado”⁸⁴. Está claro que nuestro texto fundamental impone al poder legislativo dictar una norma sobre el procedimiento

⁸² Vid. RIVERO ORTEGA/RIVERO YSERN, “El derecho al procedimiento administrativo”, Libro Homenaje al Prof. Dr. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, 2007.

⁸³ Vid. RIVERO ORTEGA, Ricardo, *El expediente administrativo*, Aranzadi, 2007.

⁸⁴ Vid. CIERCO SEIRA, C.: *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, Real Colegio de España, Bolonia, 2002.

administrativo. Tal norma constituye, además, legislación básica, a tenor del artículo 149.1.18 de la Constitución.

Algunas sentencias del Tribunal Constitucional apuntan el reconocimiento de cierto derecho al procedimiento, como deber de la Administración y garantía de los ciudadanos. Así, la STC 162/85, de 29 de noviembre. Pero es complicado defender la existencia de un derecho fundamental al procedimiento administrativo, que pueda ser invocado sin más ante el Tribunal Constitucional, para ser protegido por las garantías constitucionales de este tipo de derechos, pues corresponde a la jurisdicción contenciosa el control de la Administración⁸⁵.

El Tribunal Supremo, no obstante, reconoce sin ambages la importancia del procedimiento administrativo. Su Sentencia de 11 de julio de 1988 resalta que *“La Administración pública, como derivación del artículo 105.c) de la Constitución, para asegurar el acierto de sus resoluciones, ha de dictarlas siguiendo un procedimiento que se integra por una pluralidad de actos”*. Otra Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de marzo de 1988, manifiesta que el procedimiento administrativo *“no es sólo mera exigencia legal recogida en el artículo 40 de la Ley de Procedimiento Administrativo, sino al mismo tiempo una imposición constitucional prevista en el artículo 105.c) de la Constitución española, de donde se deriva el carácter de orden público de las normas que lo regulan”*.

Así mismo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 y 29 de diciembre de 1986 señalan que el procedimiento administrativo es el cauce democrático de las decisiones de la Administración pública. Y la Sentencia del citado Tribunal de 13 de noviembre de 1985 habla del procedimiento como pieza fundamental en el proceso de modernización de la Administración.

La importancia del procedimiento administrativo como institución, y su aproximación al carácter de derecho subjetivo, se observa tanto en el reconocimiento a nivel europeo del derecho a la buena administración como en su inclusión en las últimas reformas

⁸⁵ Vid. SÁNCHEZ BLANCO. A.: “Procedimiento administrativo y proceso contencioso-administrativo” en *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, nº 3, 2002.

estatutarias, que reproducen los contenidos y garantías de este derecho a la buena administración⁸⁶, últimamente considerado como derecho fundamental.

Por otro lado, el procedimiento es también un mecanismo de optimización de decisiones; permite que la Administración cumpla sus tareas y realice sus objetivos de manera más eficaz y eficiente. En gran medida, la eficacia administrativa está condicionada por los aspectos de procedimiento y organización⁸⁷.

Todas estas reflexiones, proyectadas sobre los procedimientos administrativos en materia de extranjería e inmigración, nos llevarían a concluir que no es posible obtener avances en la gestión del fenómeno migratorio – en el plano de las garantías y en el de la eficacia - sin una adecuada regulación de los procedimientos. Y si este régimen se encuentra detallado en los Reglamentos aprobados para desarrollar la Ley de Extranjería, no debe olvidarse que el marco regulador general de todo el procedimiento administrativo es más amplio, y responde a toda una serie de principios muy arraigados en nuestra tradición jurídica, algunos de los cuales tienen una clara base constitucional.

1. 2. PRINCIPIOS Y NORMAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

No corresponde aquí entrar en una cuestión tan dogmática como es la naturaleza de los principios generales del Derecho, pero sí es preciso recordar la definición de los mismos antes de explicar la fuerza e implicaciones jurídicas de los principios de procedimiento administrativo⁸⁸, si acaso estos principios pueden ser considerados una especie de los generales del Derecho (cuestión que puede ser controvertida).

Es un lugar común recordar las distintas interpretaciones y definiciones de los principios generales del Derecho, que identifican éstos con las ideas fundamentales de organización jurídica de una comunidad, los valores materiales básicos del ordenamiento jurídico, o las normas básicas reveladoras de las ideas y creencias de la comunidad. Con independencia de su mayor o menor reconocimiento en el Derecho

⁸⁶ Vid. PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

⁸⁷ Vid. NEVADO-BATALLA MORENO, P. T.: *Legalidad y buena administración*, Ibáñez, 2009

⁸⁸ NEVADO-BATALLA MORENO, P.T.: *Notas sobre Derecho Administrativo TomoII*, Ratio Legis, 2006, pp. 39-52.

positivo, esos valores e ideas influirían decisivamente en la interpretación y aplicación del Derecho.

Existe una polémica sobre la necesidad o no de su integración en el Ordenamiento positivo, pudiendo distinguirse corrientes (en función de su adscripción iusnaturalista o positivista, con todos sus matices) que exigen la previsión expresa de la posibilidad de invocar y aplicar los principios en las normas positivas. Pero en nuestro Derecho esta controversia pierde buena parte de su sentido, una vez la Constitución consagra valores que son principios (la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político) y el Código Civil contempla expresamente la aplicación de los principios como fuente⁸⁹.

Se mantiene, no obstante, la diferencia entre los principios y las normas, basada en que los primeros carecerían de supuesto de hecho concreto y tendrían por tanto un carácter más abstracto, mientras las normas, como proposiciones jurídicas, estarían integradas por supuesto de hecho y consecuencia jurídica. Aunque, claro está, aceptar esta distinción depende en buena medida del concepto de norma del que se parta, así como de las posibles clasificaciones de los principios y las normas que se utilicen.

El valor de los principios generales del Derecho no se agota, a pesar de lo que nos dice el Código Civil, en su carácter supletorio. Además de servir para rellenar las lagunas del ordenamiento jurídico, incluyendo las del ordenamiento administrativo, también desempeñan una función informativa u orientadora de la interpretación de las normas. Y adicionalmente supondrían prescripciones que impondrían deberes jurídicos de carácter negativo, proscribiendo la actuación en contra de su significado, esto es, su valor.

Las anteriores explicaciones son perfectamente predicables de los principios generales del Derecho comúnmente aceptados e indiscutidos doctrinalmente, como la buena fe o la prohibición de enriquecimiento injusto. Habrá que analizar a continuación si también cabe proyectar toda esa construcción sobre los principios a los que tradicionalmente se han venido considerando principios del procedimiento administrativo⁹⁰. Principios

⁸⁹ Vid. DE CASTRO, F.: *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984.

⁹⁰ Vid. PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo I, Parte general*, Marcial Pons, 2010, pp. 207-214, respecto de los principios y cuestiones básicas del procedimiento administrativo.

“técnicos”, articulados en torno a la institución procedimental, y resultantes de la recíproca interrelación de la obra de Jurisprudencia y doctrina.

Y es que, además de los principios generales del Derecho⁹¹ (buena fe, prohibición de enriquecimiento injusto, prohibición del abuso de Derecho), existen otras reglas a las que llamamos principios, incluso si no se consideran generales del Derecho. Pues si quizás no son principios generales del Derecho (dependerá de la concepción iusfilosófica de cada autor), desde luego se trata de reglas generales abstraídas de las normas o derivadas de la concepción arquetípica de la institución en cuestión en cada momento y lugar. Principios más próximos a la definición lingüística del concepto, en varias de sus acepciones: *“Cualquiera de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o las artes”*; *“Norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta”*. Aunque en estas definiciones, del diccionario de la Real Academia Española, se define también los principios de Derecho como *“Norma no legal o supletoria de ella y constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación de jurisconsultos y tribunales”*.

Esta definición aproximaría los principios generales del Derecho a algunas normas o reglas, no necesariamente explicitadas en las leyes, pero indiscutidas a la hora de su aplicación. Por ejemplo, en lo que se refiere a nuestra disciplina, los principios del procedimiento administrativo, como tales expuestos por la doctrina, aunque las listas de los mismos difieren de unos autores a otros: carácter contradictorio, economía procesal, exigencia de legitimación, imparcialidad, etc.⁹². De este tipo serían también principios de la contratación pública (como el de concurrencia). Muchos de estos principios se encuentran positivizados, lo que no quiere decir que la falta de su reconocimiento legal pudiera descartar su aplicación en tanto principios.

Los principios del procedimiento administrativo han sido definidos como el mínimo común denominador jurídico predicable de todos los procedimientos, ante la tendencia

⁹¹ Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984.

⁹² Vid. LEGUINA VILLA, Jesús, “Principios generales del Derecho y Constitución”, *RAP*, núm.114, 1987, pp. 7-37 y LÓPEZ MENUDO, “Los principios generales del procedimiento administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 129, 1992, pp. 19-76.

constante hacia la dispersión de su régimen en los distintos ámbitos administrativos. Así, el carácter contradictorio, la economía procesal, la regla *in dubio pro actione*, la oficialidad, la exigencia de legitimación, la imparcialidad, la transparencia y la gratuidad, son principios que deben regir, salvo excepciones justificadas, en todo tipo de procedimientos⁹³.

Bien es cierto que no todos estos principios reciben el mismo reconocimiento positivo, ni puede decirse que tengan la misma fuerza vinculante. Entre el principio contradictorio y la gratuidad, por ejemplo, pueden señalarse importantes diferencias de grado. Tampoco la exigencia de legitimación es una regla absoluta, pues decae a veces en ámbitos como el urbanismo, mientras la imparcialidad parece una regla mucho más general y difícilmente excepcionable, dadas sus conexiones directas con la buena administración y el derecho a un debido procedimiento.

Con todos estos matices, los principios generales se aplican a todos los procedimientos, a los generales y a los especiales, considerando esto como solución necesaria al problema constante de las tensiones entre régimen general y excepciones particulares. La apelación a los principios no debe depender estrictamente de lo establecido en las normas positivas sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo.

1.3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS Y LOS PRINCIPIOS DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Es el artículo 2 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, en su Título Preliminar, el que se ocupa de su ámbito de aplicación, empleando para definirlo una aproximación subjetiva, esto es, relacionando las Administraciones públicas que están sujetas a la Ley de Procedimiento⁹⁴. Quiere esto decir que el ámbito de aplicación del régimen del procedimiento administrativo no se define sobre todo objetivamente (por tipos de actividad), ni se incluyen tampoco prácticamente excepciones por razón de la materia en su definición.

⁹³ Vid. MUÑOZ MACHADO, S.: “Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española”, REDA, n. 75, 1992, 329-358.

⁹⁴ Vid. FERNANDO PABLO, M.: *La Ley Común de Procedimiento Administrativo. Antecedentes, principios y aspectos generales de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, Colex, Madrid, 1993.

Así, según este precepto, la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración local, y las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas (todas las Administraciones) se someten a la Ley de Procedimiento Administrativo Común. La única salvedad de naturaleza funcional que se prevé en el artículo 2 LPC se refiere a las Entidades de Derecho Público (entes instrumentales en forma pública de personificación), sometidas a la ley “*cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación*”.

No hay en principio, por tanto, otras excepciones funcionales, ni previsiones en el artículo 2 de la Ley que excluyan su aplicación para procedimientos en determinadas materias. Este tipo de exclusiones podrían estar en las leyes especiales, que en virtud del juego Ley general-Ley especial, podrán matizar lo previsto en la LPC, aunque ésta sea el principal Código de Derecho administrativo, al contener su parte general, y no sólo la relativa al procedimiento precisamente.

En materia de extranjería, estas excepciones han de situarse en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, y sobre todo (como veremos) en sus posteriores reformas. Y además también la propia LPC, en sus Disposiciones adicionales undécima y decimonovena contempla la especialidad, (también la adicional cuarta de la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos) estableciendo una mera aplicación supletoria de lo establecido en su articulado. De manera que en el régimen de la extranjería e inmigración el sistema de fuentes está articulado de tal manera que no se exceptúa la LPC, pero ésta funciona como mera norma supletoria⁹⁵.

De este modo, parece que los procedimientos en materia de extranjería e inmigración pasan a considerarse, utilizando la terminología dogmática más aceptada, “procedimientos especiales”, un tipo de procedimientos que se rigen por normativa

⁹⁵ Vid. ARANA, E.: “La huida del Procedimiento Administrativo Común y sus principios generales en la Ley Orgánica 14/2003, de Extranjería”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.122, 2004, pp.175-198.

específica, tal y como expresamente nos dice la LPC sobre los regulados en la Ley Orgánica 4/2000. Se reconoce la existencia de procedimientos especiales, aunque se critica la dispersión de regímenes.

La existencia de procedimientos especiales, no obstante, se encuentra en nuestro Derecho administrativo desde sus orígenes, y se ha mantenido en paralelo a los sucesivos intentos codificadores de la normativa de procedimiento administrativo. Al relatar el desarrollo reglamentario, se recordaba (analizando la previsión del Reglamento de 1986 en el sentido de contemplar los procedimientos en materia de extranjería como procedimientos especiales, de acuerdo con la definición de esos procedimientos en la LPA de 1958) que la vieja Ley de Procedimiento Administrativo contempló la aprobación de los procedimientos especiales, a los que se aplicaría supletoriamente (salvo en lo relativo al silencio y los recursos). Y esto a pesar de la proclamada pretensión unificadora de la Ley del 58.

Así que la tensión entre procedimiento administrativo general y procedimientos especiales es constante en nuestro Derecho procedimental administrativo. Y esto a pesar de la consideración generalizada de la Ley de Procedimiento (desde 1992, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/92), como una Ley general y verdaderamente aplicable a toda la actuación procedimentalizada de la Administración.

La propia Ley 30/92, como ya hemos dicho, a pesar de su título de Procedimiento Administrativo Común, contempla en sus Disposiciones adicionales numerosos procedimientos que pasan a tener carácter especial, así: los procedimientos administrativos en materia tributaria (Disposición adicional quinta); los procedimientos administrativos sancionadores por infracciones en el orden social y para la extensión de las actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social (Disposición adicional séptima); procedimientos disciplinarios (Disposición adicional octava).

Tiene sentido citar estas previsiones de la LPC, en cuanto a otros procedimientos administrativos de carácter especial, porque puede ser útil comparar las exclusiones e inclusiones de aplicación previstas en las mismas con las Disposiciones undécima y decimonovena, analizadas posteriormente con mayor detalle. La interpretación

combinada de todas las previsiones de especialidad, sin embargo, resulta necesaria, como puede serlo también tener en cuenta las conclusiones interpretativas a las que se pueden haber llegado para el resto de las previsiones de especialidad.

Sobre los procedimientos administrativos en materia tributaria, lo que nos dice la adicional quinta es que se regirán por el Derecho tributario, compuesto no sólo por sus leyes, sino también por otras normas dictadas en desarrollo y aplicación de las mismas. Sólo en defecto de norma tributaria aplicable, dice la LPC, regirán supletoriamente sus propias disposiciones.

La literalidad de la adicional séptima, en cambio, parece menos excluyente que la de la Quinta. Sobre los procedimientos sancionadores por infracciones del orden social, y para la extensión de actas de liquidación de cuotas de la Seguridad Social, lo que se prevé es que *“se regirán por su normativa específica y, subsidiariamente, por las disposiciones de esta Ley”*. En sus efectos sin embargo las diferencias no son tantas, pues en esta materia existen tanto leyes especiales como normas reglamentarias de desarrollo bastante detalladas (Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo).

Pero tal vez la exclusión más drástica de las previstas en la Ley 30/92 sea la que contempla la Disposición adicional octava, dedicada a los procedimientos disciplinarios. Sobre los mismos, sencillamente se dice que *“se regirán por su normativa específica, no siéndoles de aplicación la presente Ley”*. Esta disposición sintoniza plenamente con el apartado tercero del artículo 127 de la misma Ley, que establece que el contenido del Título IV (principios de la potestad sancionadora y del procedimiento sancionador) no será de aplicación a la potestad disciplinaria.

La doctrina ha cuestionado de manera general la pretensión de desechar los principios básicos de la potestad sancionadora en sus aplicaciones a la potestad disciplinaria, sosteniendo en cambio la vigencia de principios que son irrenunciables tanto en uno como en otro ámbito. El Derecho positivo y la Jurisprudencia, por otro lado, confirman esta interpretación, que demuestra que la literalidad de la Disposición adicional octava arroja un resultado falso por ser sencillamente inaceptable, al menos en una interpretación conforme a la Constitución.

Todos los matices doctrinales que se han puesto a las especialidades previstas en la Ley de Procedimiento Administrativo Común, y sobre todo aquellas que tienen que ver con el mantenimiento de los principios, son importantes a la hora de calibrar el grado de aplicación (mayor o menor) de las normas y principios de la Ley de Procedimiento Administrativo a los procedimientos en materia de extranjería e inmigración, objeto de análisis en esta Tesis.

1.4. LAS EXCLUSIONES E INCLUSIONES EXPRESAS EN MATERIA DE EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN

La Disposición adicional undécima de la Ley 30/1992 (LPC), dedicada a los Procedimientos administrativos instados ante Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares, establece lo siguiente: *“Los procedimientos instados ante las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares por ciudadanos extranjeros no comunitarios se regirán por su normativa específica, que se adecuará a los compromisos internacionales asumidos por España y, en materia de visados, a los Convenios de Schengen y disposiciones que los desarrollen, aplicándose supletoriamente la presente Ley”*. Esta disposición fue introducida por la Ley 4/1999, de 13 de enero que representa hasta el momento la principal reforma de la Ley de Procedimiento administrativo.

Siendo relevante la adicional undécima a los efectos que nos interesan, la más trascendental de las previsiones de la Ley de Procedimiento Común se encuentra sin duda en la Disposición adicional decimonovena, dedicada específicamente a los *“Procedimientos administrativos regulados en 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”*. En el texto de esta adicional undécima se establece que *“Los procedimientos regulados en 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, se regirán por su normativa específica, aplicándose supletoriamente la presente Ley”*.

Esta Disposición adicional fue añadida por el artículo 4 de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre. Han quedado expuestas, en el apartado dedicado a la evolución histórica, las razones por las que probablemente se tomó una decisión tan drástica, que

podría haber sido quizás mucho más matizada y de menor alcance. La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003 anuló varios preceptos del anterior reglamento por contradecir sus soluciones lo previsto en la Ley de Procedimiento Administrativo, especialmente en lo relativo a las exigencias de presentación personal, los registros utilizables y la posibilidad de inadmisión de solicitudes. De manera que para “validar” este tipo de soluciones, y prevenir ulteriores pronunciamientos judiciales anulatorios, se declara el carácter meramente supletorio de la Ley de Procedimiento Administrativo.

Por cierto que este tipo de previsiones se venían reproduciendo antes en la normativa específica de extranjería e inmigración. Ya en la evolución histórica de la normativa de extranjería en España se ha señalado cómo desde el primer Reglamento de la materia, el 1119/1986, se consideraban estos procedimientos como procedimientos especiales, en la Disposición adicional del Real Decreto: “...*Especialidad de los procedimientos. De conformidad con lo establecido en el Decreto de 10 de octubre de 1958, los procedimientos sobre extranjería, paso de fronteras y permiso de trabajo a extranjeros tendrán la consideración de procedimientos administrativos especiales a efectos de lo dispuesto en el artículo primero de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958*”.

La Disposición adicional segunda, concretamente en su primer apartado, prevista en el reglamento aprobado por Real Decreto 864/2001, dedicada a la normativa aplicable a los procedimientos, establecía que “*En lo no previsto en materia de procedimientos en el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000, se estará a lo dispuesto en la Ley 30/1992, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por Ley 4/1999, y en su normativa de desarrollo...*”.

De igual forma, en el primer párrafo de la Disposición adicional segunda del Reglamento aprobado por Real Decreto 2393/2004, otra vez sobre Normativa aplicable a los procedimientos, se reiteraba que “*En lo no previsto en materia de procedimientos en el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, se estará a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en su normativa de desarrollo,*

particularmente en lo referido a la necesidad de motivación de las resoluciones denegatorias de las autorizaciones”.

De la misma manera, se insiste en la primera parte de la Disposición adicional segunda del Reglamento aprobado por Real Decreto 557/2011, en que en cuanto a la *“Normativa aplicable a los procedimientos”* se hará lo siguiente: *“En lo no previsto en materia de procedimientos en este Reglamento, se estará a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en su normativa de desarrollo, particularmente, en lo referido a la necesidad de motivación de las resoluciones denegatorias de las autorizaciones”.*

El tenor apenas varía de un Reglamento al otro, como puede verse, salvo en el punto concreto de la motivación de las resoluciones denegatorias de las autorizaciones que, no obstante, ya es una constante en los dos últimos. Y desde luego que ha de considerarse un avance esta inclusión expresa de la sujeción al régimen común de motivaciones, pero más allá del problema de garantías que resuelve, genera otro problema interpretativo mayor, pues a pesar del *“particularmente”*, queda la duda de si no habiéndose previsto expresamente la aplicación del régimen común en otros casos, o para otras garantías, se aplican o no.

Y este es el más grave problema que se plantea en relación a la vigencia de los principios y normas de procedimiento administrativo a los procedimientos en materia de extranjería e inmigración, que ante la existencia de exclusiones expresas de parte de sus normas, e inclusiones expresas de otras partes, la mera referencia de la supletoriedad no resuelve claramente la cuestión de qué se aplica y qué no.

No sólo por vía reglamentaria contempla, la normativa de extranjería, inclusiones expresas al respeto de los principios y garantías básicas del procedimiento administrativo; también lo hace la Ley. Así, por ejemplo, en el artículo 20 de la Ley Orgánica 4/2000, apartado segundo, se establece que *“Los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a la publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, salvo lo dispuesto en el artículo 27 de esta Ley”.*

A nuestro juicio, esta es la cláusula que debe orientar toda la labor interpretativa en la materia, no en vano, a partir de la misma, un destacado Magistrado del Tribunal Supremo ha derivado la supletoriedad de los principios y normas procedimentales generales administrativos, invocando también el informe del Consejo General del Poder Judicial en relación con el proyecto que dio lugar a la Ley Orgánica 4/2000, en el que se subrayaba (en relación a la expulsión), que debía producirse “...en el seno de un procedimiento administrativo...(que)...se haya seguido con todas las garantías, en especial la audiencia del extranjero, se haya notificado en debida forma y que es posible acordar la suspensión del acto como medida cautelar. También debe ser posible acordar la suspensión del acto como medida cautelar positiva”⁹⁶.

Sin embargo, y a pesar de estas interpretaciones y el tenor del artículo 20, en el anterior recorrido histórico se puede ver cómo la Ley Orgánica 14/2003 introdujo dos nuevas Disposiciones adicionales a la Ley Orgánica 4/2000, la tercera y la cuarta. La primera sobre “*Lugares de presentación de solicitudes y exigencia de comparecencia personal*”, y la segunda sobre “*Inadmisión a trámite de solicitudes*”. Son estas dos las principales especialidades expresamente contempladas sobre los procedimientos en materia de inmigración, de manera que en sí mismas casi podrían agotar el carácter especial, de forma que no sería tal vez necesaria la especialidad global que se contempla en la adicional decimonovena de la Ley 30/92 que se introduce al mismo tiempo que estos dos añadidos a la 4/2000.

La Disposición adicional tercera, sobre “*Lugares de presentación de solicitudes y exigencia de comparecencia personal*”, tenía el siguiente tenor antes de la reforma de la Ley de Extranjería operada por la Ley Orgánica 2/2009: “1. Cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español, habrá de presentar personalmente las solicitudes relativas a autorizaciones de residencia y trabajo en los registros de los órganos competentes para su tramitación. Igualmente, en los procedimientos en los que el sujeto legitimado fuese un empleador, las solicitudes podrán ser presentadas por éste, o por quién válidamente ostente la representación legal de la empresa. 2. Cuando

⁹⁶ Vid. FERNÁNDEZ VALVERDE, R.: “Las garantías jurídicas de los extranjeros”, *Revista del Poder Judicial*, n. 67, 2002.

el sujeto legitimado se encuentre en territorio extranjero, la presentación de solicitudes de visado y su recogida se realizarán personalmente ante la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación aquél resida. Excepcionalmente, cuando el interesado no resida en la población en que tenga su sede la misión diplomática u oficina consular y se acrediten razones que obstaculicen el desplazamiento, como la lejanía de la misión u oficina o dificultades de transporte que hagan el viaje especialmente gravoso, podrá acordarse que la solicitud de visado pueda presentarse por representante debidamente acreditado. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, en los supuestos de presentación de solicitudes y recogida de visados de estancia, tránsito y residencia por reagrupación familiar de menores, ambos trámites podrán realizarse mediante representante debidamente acreditado. En cualquier caso, la misión diplomática u oficina consular podrá requerir la comparecencia del solicitante y, cuando lo estime necesario, mantener una entrevista personal. 3. Asimismo, no se requerirá la comparecencia personal en los procedimientos de contratación colectiva de trabajadores, en los supuestos contemplados en un convenio o acuerdo internacional, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el mismo”.

Tras la reforma citada, se amplía la Disposición adicional con estas previsiones: por un lado, en el primer apartado se añade un último párrafo: *“Reglamentariamente se podrán establecer excepciones a la presentación ante el órgano competente para su tramitación o a la necesidad de presentación personal de solicitudes”*, y por otro, se incluye en el apartado segundo, también al final, otro párrafo en el que se establece *“Lo dispuesto en este apartado se entenderá sin perjuicio de lo establecido en la normativa comunitaria que desarrolla la política común de visados en lo relativo a la posibilidad de celebrar acuerdos con otros Estados miembros de la Unión Europea a efectos de representación en terceros Estados, en cuanto a procedimientos de solicitud de visados de tránsito o estancia”*.

La exigencia de presentación personal, tanto del inmigrante como del empleador o el representante legal de la empresa, obedece como la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 14/2003 explica al intento de evitar fraudes por este medio, básicamente las solicitudes “basura” presentadas para colapsar la tramitación de estos procedimientos. Pero conviene también recordar los razonamientos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003 sobre la exigencia de identificación personal en

ciertos procedimientos, porque al pronunciarse sobre la exigencia de presentación personal, en sus fundamentos jurídicos tercero y séptimo, indicó que en el caso de que “...su exigencia implique un ejercicio abusivo del precepto impugnado, resultaría contraria al ordenamiento jurídico y a su inobservancia no podría anudarse consecuencia alguna en perjuicio del administrado”. En nuestra opinión, se trata nada más de aplicar lo que con mucha claridad establece el artículo 3 de la Ley Orgánica 4/2000 sobre la interpretación de las normas, en un sentido favorable a los derechos fundamentales y de igualdad con respecto a los ciudadanos españoles.

Como acabamos de ver, el párrafo que ha sido añadido en la reforma de la Ley Orgánica en 2009 al primer apartado de la Disposición adicional tercera, establece que esta obligación de presentación personal puede ser exceptuada por una norma reglamentaria⁹⁷. El Real Decreto 557/2011 en el primer apartado de su Disposición adicional tercera da la opción, a quien tenga la pretensión de conseguir una autorización inicial de residencia y de trabajo, de presentar la solicitud presencial o electrónicamente, por lo que se exceptiona reglamentariamente la necesidad de presentación personal si se sustituye por la solicitud vía telemática “De conformidad con la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español las solicitudes relativas a las autorizaciones iniciales de residencia y de trabajo deberán presentarse, presencial o electrónicamente por el interesado, ante los registros de los órganos competentes para su tramitación”.

En cuanto a la previsión del apartado segundo (solicitud de visado a través de representante en los procedimientos iniciados en territorio extranjero, por circunstancias excepcionales de dificultad de acceso a las Oficinas de los Consulados o Misiones Diplomáticas españolas), se verá en el análisis detallado de los procedimientos que el Reglamento de 2004 establece cómo se reitera en algunos casos, cuando era suficiente con esta previsión en la Ley para permitir la excepción con carácter común siempre que concurren las circunstancias comentadas, de hecho, así es como lo establece el nuevo Reglamento de 2011, o mejor dicho, como lo omite donde el anterior lo iteraba.

⁹⁷ Vid. los comentarios a la Disposición adicional tercera de la Ley de Extranjería en AGUELO NAVARRO, P. (Dir.): Comentarios a la Ley de Extranjería, Colex, 2013, pp. 696 y 697.

Por su parte, la Disposición adicional cuarta, sobre inadmisión de solicitudes, tiene el siguiente tenor en el Reglamento vigente: *“La autoridad competente para resolver inadmitirá a trámite las solicitudes relativas a los procedimientos regulados en esta ley, en los siguientes supuestos: a) Falta de legitimación del solicitante, o insuficiente acreditación de la representación. b) Presentación de la solicitud fuera del plazo legalmente establecido. c) Cuando se trate de reiteración de una solicitud ya denegada, siempre que las circunstancias que motivaron la denegación no hayan variado. d) Cuando conste un procedimiento administrativo sancionador contra el solicitante en el que pueda proponerse la expulsión o cuando se haya decretado en contra del mismo una orden de expulsión, judicial o administrativa salvo que, en este último caso, la orden de expulsión hubiera sido revocada o se hallase en uno de los supuestos regulados por los artículos 31 bis, 59, 59 bis ó 68.3 de esta Ley. e) Cuando el solicitante tenga prohibida su entrada en España. f) Cuando se trate de solicitudes manifiestamente carentes de fundamento g) Cuando se refieran a extranjeros que se encontrasen en España en situación irregular, salvo que puedan encontrarse en uno de los supuestos del artículo 31, apartado 3. h) Cuando dicha solicitud no sea realizada personalmente y dicha circunstancia sea exigida por ley”*. La salvedad de la letra d) se incorpora a la Disposición por obra de la reforma de la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 2/2009) y se refiere a las mujeres víctimas de violencia de género, víctimas de trata de seres humanos y en trámites para acceder a la autorización de residencia por arraigo.

Las principales especialidades que introdujo esta Disposición adicional respecto del régimen general de inadmisión de solicitudes en la Ley de Procedimiento Administrativo Común se refieren a la existencia de un procedimiento administrativo sancionador en el que se pueda proponer la expulsión o cuando se haya decretado ya la orden de expulsión, judicial o administrativa (ahora con la salvedad citada), y cuando se trata de extranjeros que se encuentren en España en situación irregular. Varios de los motivos de inadmisión (falta de legitimación, presentación fuera de plazo) podrían ser utilizados prácticamente en cualquier procedimiento administrativo.

Otros, en cambio, plantean serias dudas interpretativas, al dejar considerables márgenes de apreciación a los órganos administrativos sobre la concurrencia de ciertas circunstancias. Así, las del apartado c) *“Cuando se trate de reiteración de una solicitud*

ya denegada, siempre que las circunstancias que motivaron la denegación no hayan variado” y el apartado sexto “*Cuando se trate de solicitudes manifiestamente carentes de fundamento*”. Valorar qué solicitudes son manifiestamente carentes de fundamento o cuándo no han variado las circunstancias de una denegación tal vez requeriría cierto curso procedimental, mientras que la inadmisión “in limine” anula prácticamente las posibilidades de estudiar el asunto.

Lo cierto es que en una interpretación global de la Disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 4/2000, en contraste con la Ley 30/92, lo que más llama la atención es que esta última no contempla un régimen de inadmisión de solicitudes⁹⁸. Aunque se presupone esta posibilidad, lo único que se explicita en su articulado son las oportunidades de subsanación y mejora (artículo 71), oportunidades que responden a los principios de oficialidad y de in dubio pro actione, es decir, de interpretación más favorable a la realización del derecho de acción, superándose las incidencias formales. Esto es lo que se prevé en la normativa común (pensada, se entiende, para los ciudadanos españoles).

El principio del que parte la regulación especial de los procedimientos en materia de extranjería e inmigración resulta bien distinto. En lugar de regir el in dubio pro actione, a favor del ejercicio del derecho a la acción, se explicita la posibilidad de inadmisión, mientras que la de subsanación y mejora queda en entredicho por el juego de la adicional cuarta junto a la decimonovena de la Ley de Procedimiento Administrativo Común. Este problema, que no es menor, complica la interpretación de numerosos preceptos del Reglamento, que no terminan de dejar claro en qué casos cabe o no cabe la subsanación y mejora.

Con ello también se relativizan, en último término, principios básicos del procedimiento administrativo como el in dubio pro actione, ya referido, o el antiformalista. Y en estas condiciones, no queda más remedio que plantearse la pregunta de en qué medida sí o no se aplican los principios y las normas generales del procedimiento administrativo en materia de extranjería e inmigración, pues no es posible un análisis jurídico riguroso del

⁹⁸ Vid. el comentario sobre esta Disposición adicional en AGUELO NAVARRO, P.: *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Colex, 2013, pp.704-710.

régimen de los distintos procedimientos en los Reglamentos, ni la valoración de sus innovaciones, sin contestar primero a esta pregunta.

1. 5. ¿EN QUÉ MEDIDA SE APLICAN LOS PRINCIPIOS Y LAS NORMAS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN?

Toca ahora entrar a la cuestión central, sobre el grado de proyección de los principios y las normas de procedimiento administrativo general a los procedimientos en materia de extranjería e inmigración, aunque ya ha habido un pronunciamiento en torno a esta problemática al analizar tanto los preceptos relativos al ámbito de aplicación de la LPC como al tratar el binomio y la tensión entre procedimiento administrativo general y procedimientos especiales.

En primer lugar, es preciso tener muy en cuenta que el Derecho procedimental administrativo en materia de extranjería e inmigración no es, ni mucho menos, un Derecho completo, que resuelva todas las cuestiones que pueden plantearse en su aplicación. Al contrario, deja abiertos múltiples interrogantes. No cabe ninguna duda, a la vista de las previsiones expresas en este sentido tanto en la normativa de procedimiento administrativo como en la legislación (Ley y Reglamento) de extranjería e inmigración, que la Ley de Procedimiento Administrativo es derecho supletorio de los procedimientos de extranjería. Incluso en ausencia de previsiones expresas en este sentido, podría sostenerse esta tesis, dada la comprensión del Derecho administrativo como “Derecho común y normal” que se autointegra con sus propias fuentes.

Doctrinalmente sería perfectamente sostenible, más allá del reconocimiento explícito legal, el carácter supletorio de la Ley de Procedimiento Administrativo. Esta afirmación, sin embargo, cuenta con anclajes legales explícitos, como hemos visto en la Disposición adicional undécima de la Ley 30/92. Pero más allá de la comprensión de la Ley de Procedimiento Administrativo como norma supletoria, en primer grado, del derecho procedimental administrativo en materia de extranjería e integración, que serviría para rellenar las múltiples lagunas dejadas por la normativa específica, está la cuestión de la vigencia de los principios del procedimiento administrativo, cuya posible discusión nos lleva a cuestiones constitucionales y, desde luego, también de justicia material.

Y es que algunos principios del procedimiento administrativo están estrechamente unidos, como ya hemos sostenido, a los derechos fundamentales. Algunos de ellos se podrían extraer directamente de los derechos humanos reconocidos en los compromisos internacionales suscritos por España. Compromisos internacionales asumidos por España a los que se refiere expresamente en varios de sus preceptos la Ley Orgánica 4/2000, muy especialmente en su artículo 3: *“1. Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el título I de la Constitución en los términos establecidos en los tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros serán interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España, sin que pueda alegarse profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas”*.

Buen ejemplo de esta conexión entre los principios del procedimiento administrativo y los compromisos internacionales se encuentra en el Protocolo número 7 del Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos, cuyo primer artículo establece que *“un extranjero que resida legalmente en el territorio de un Estado no podrá ser expulsado excepto en ejecución de una resolución dictada conforme a la Ley y deberá permitírsele: a) Exponer las razones que se opongan a su expulsión; b) Que su caso sea revisado y c) Hacerse representar a esos fines ante la autoridad competente o persona o personas designadas por esa autoridad...”*.

El principio contradictorio del procedimiento administrativo, expresión más simple del derecho a la defensa (o debido procedimiento), queda bien reflejado en estas mínimas garantías, demostrando que la esencia del régimen procedimental no es disponible para el legislador, ni por supuesto para ningún otro poder normativo del ejecutivo. Al menos no sin vulnerar las normas internacionales sobre derechos humanos, y con ellas el mandato del artículo 3 de la Ley Orgánica 4/2000, antes citado (reflejo del artículo 10 de nuestra Constitución, en su apartado segundo).

Esto a pesar de considerarse en España los derechos y libertades de los extranjeros de “configuración legal”, pues ya se ha visto en el apartado dedicado al estatuto constitucional que el propio Tribunal ha marcado límites al legislador, en varias Sentencias: *“Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales...”*⁹⁹.

Las garantías del procedimiento administrativo en materia de extranjería no tienen necesariamente que ser las mismas que las previstas para los españoles. Pero la posibilidad de establecer diferencias de grado en estos procedimientos encuentra sus límites en los principios del procedimiento que tienen una clara conexión con el derecho de defensa y otros valores constitucionales y reflejados en Tratados internacionales suscritos por España. Ello también según lo establecido en el artículo 3 de la Ley Orgánica 4/2000.

Conviene recordar aquí de nuevo el artículo 20 de la Ley Orgánica 4/2000, que debe ser el criterio orientador básico a la hora de determinar qué principios y normas de procedimiento administrativo deben respetarse en todo caso: *“1. Los extranjeros tienen derecho a la tutela judicial efectiva. 2. Los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a la publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, salvo lo dispuesto en el artículo 27 de esta Ley. 3. En los procedimientos administrativos estarán legitimadas para intervenir como interesadas las organizaciones constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes, expresamente designadas por éstos. 4. En los procesos contenciosos-administrativos en materia de extranjería estarán legitimadas para intervenir las entidades que resulten afectadas en los términos previstos por el artículo 19.1.b) de la Ley reguladora de dicha jurisdicción”*.

⁹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1987, de 7 de julio.

¿Cuáles son exactamente los principios y garantías a los que se refiere el apartado segundo de este precepto?, ¿Se agotan en los expresamente referenciados?, ¿Qué consecuencias concretas de régimen jurídico puede tener la declaración inicial del apartado 2 del artículo 20 de la Ley Orgánica 4/2000? En nuestra opinión, se trata de un mandato dirigido sobre todo al Ejecutivo, para que al regular, mediante el Reglamento correspondiente, los procedimientos en materia de extranjería (e inmigración) se mantenga un exquisito escrúpulo en materia de garantías, sin rebajar ni excepcionar (salvo cuando sea estrictamente necesario, y la medida sea proporcionada), las garantías procedimentales previstas en la normativa común de procedimiento administrativo. ¿Y cuáles son los principios y garantías que en ningún caso pueden rebajarse, en nuestra opinión? Vamos a analizarlos uno a uno.

En primer lugar, no puede relativizarse la necesidad misma de procedimiento, entendida como exigencia de formalización del actuar administrativo, y traducida en el principio de documentación (lo que se ha definido doctrinalmente como principio de expediente). Los aspectos documentales son fundamentales en toda regulación del procedimiento administrativo, y más aún en procedimientos administrativos cuyo fin último responde a un afán de control, como es el caso en la mayoría de las intervenciones que se contemplan en el Reglamento. La documentación es el soporte de la información necesaria para que la Administración ejerza sus funciones en este ámbito, por lo que las exigencias documentales resultan sencillamente inevitables. Este principio obligará a poner una especial atención al punto de los archivos, que puede ser un problema en el futuro ante el crecimiento espectacular del número de expedientes.

Una correcta regulación procedimental en el plano de los principios, desde el punto de vista del manejo documental, obliga a hacer también un esfuerzo de concreción en cuanto a las exigencias documentales en numerosos preceptos de los Reglamentos (por ejemplo, artículo 28 del Reglamento de 2004: documentación requerida para los visados de estancia -que ahora desaparece en el nuevo Reglamento y se establece como referencia lo establecido en el Código de Visados¹⁰⁰- o el 67 del reglamento de 2011: documentación que debe acompañarse a la solicitud de autorización inicial de residencia

¹⁰⁰ Reglamento CE 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo al que remite el artículo 30.1 del Real Decreto 557/2011, donde se establece “*El procedimiento y condiciones para la expedición de visados uniformes y de validez territorial limitada se regulan por lo establecido en el Derecho de la Unión Europea*”.

y trabajo por cuenta ajena, pero hay muchos otros...). Así mismo, hay que apuntar que el contenido exacto e incluso el formato de algunos documentos exigidos quizás deberían precisarse más, e incluso ponerse a disposición de los interesados los modelos o impresos necesarios para especificar, con la suficiente concreción, los datos exactamente requeridos para tomar la decisión de que se trate en cada caso. Todo lo que se avance en este sentido será bienvenido, pero hay que reconocer la voluntad de precisión que se aprecia en el nuevo Reglamento.

Y es que alguna exigencia documental requerida en el reglamento anterior, como una de las establecidas en el artículo 28 recién citado, en concreto en su apartado segundo letra b) “*situación profesional y socioeconómica del solicitante*”, no parece muy adecuada. Estas exigencias documentales, llevadas al extremo, pueden chocar con derechos o intereses muy dignos de protección, como la intimidad personal, parte integrante – no debe olvidarse – de la dignidad de la persona. Esta cuestión está solucionada en la regulación actual del procedimiento de visados de estancia de corta duración en el nuevo Código de Visados, al que ya se ha hecho referencia, donde dicha exigencia brilla por su ausencia. De la misma forma, no se aprecia una cláusula semejante a lo largo del texto del Reglamento de 2011.

En el afán simplificador de los procedimientos administrativos, que no es incompatible con las garantías, también convendría facilitar la tramitación del procedimiento, entregando a quien formula una solicitud de las previstas en el Real Decreto, mediante la puesta a disposición de los impresos normalizados en los que se pueda concretar la manera de acreditar los datos que se requieren. Así también se contribuiría, a nuestro modo de ver, a mejorar las relaciones entre los interesados y la Administración. Es de destacar, en este sentido, que desde las páginas web de los Ministerios sí se completa la información que se establece de forma general en el Reglamento, y como ejemplo y continuando con el permiso de estancia, la expuesta en la página del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación en cuanto a la forma de obtener la documentación necesaria que justifique el objeto y condiciones de la estancia, especificando para tipo de estancia.

Se trataría, en definitiva, de realizar (tendencialmente, pues no se ha alcanzado aún ni siquiera para los españoles) también en este ámbito el derecho consagrado en el

apartado f) del artículo 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común: “*A no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento administrativo de que se trate, o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante*”. De evitar en suma los abusos en las exigencias documentales, que son por cierto uno de los mayores riesgos provocados por la falta de definición completa y suficientemente esclarecedora respecto de los documentos que en cada caso puede exigir la Administración a los interesados en estos procedimientos.

Continuando con el análisis de los principios del procedimiento administrativo que deben ser respetados en todo caso, hay que reiterar que el artículo 20 de la Ley Orgánica 4/2000 pone especial énfasis en el principio de contradicción y en la motivación de las resoluciones en tanto garantías esenciales del procedimiento administrativo. Y es que puede afirmarse que ambas expresiones del régimen procedimental son indisolubles de su correcta consideración en un Estado Social y Democrático de Derecho. Sin respeto al principio de contradicción, difícilmente podría aceptarse que estamos ante un procedimiento administrativo (en el contexto político y jurídico marcado por los principios de nuestro Estado). Y con la motivación sucede algo parecido, muy especialmente cuando se afectan derechos y libertades.

El principio contradictorio se traducirá en toda una serie de garantías jurídicas que serían irrenunciables en todo procedimiento administrativo, como el trámite de audiencia, la posibilidad de formular alegaciones (incluyendo quejas) y la oportunidad de proponer la práctica de pruebas y aportar documentos para contradecir la visión de los hechos de la Administración en la propia defensa. Todas estas garantías tienen una conexión fácil de explicar con el artículo 24 de nuestra Constitución, de ahí que puedan considerarse, insistimos, irrenunciables en todo procedimiento.

Algo parecido sucede con la garantía de la motivación, que además se encuentra directamente relacionado con la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. De ahí probablemente que la motivación haya sido exigida por casi toda la Jurisprudencia relevante sobre esta materia, dando lugar incluso a anulaciones de las normas legales y reglamentarias. De ahí también que su exigencia se haya incorporado expresamente en las disposiciones de los dos últimos Reglamentos que desarrollan la Ley Orgánica 4/2000 (adicional segunda), insistencia que demuestra que estamos ante

un riesgo recurrente de dictado de resoluciones insuficientemente motivadas en esta materia.

Son muchos los preceptos de los Reglamentos analizados en los que se establece la exigencia de motivación de las resoluciones (aunque no siempre de forma clara y expresa), no en vano como decimos la exclusión de este principio ha dado lugar a más de una anulación judicial, así que se ha convertido en una cautela obligada el recordatorio de su necesidad, por ejemplo, el artículo 35.5 del reglamento de 2004 (denegación de residencia de forma motivada).

Es curioso sin embargo que su artículo homólogo en el Reglamento de 2011 abandone la motivación expresa con un planteamiento ambiguo de la exigencia de razonar la resolución, porque el apartado cuarto de su artículo 48 establece que el órgano competente resolverá después de valorar pero no establece que esa valoración deba estar en la resolución *“La Delegación o Subdelegación del Gobierno, en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud, resolverá la concesión o denegación de la autorización de residencia, previa valoración del cumplimiento de los requisitos previstos en el apartado f) del artículo 46, así como del previsto en su apartado b) en lo que respecta a la carencia de antecedentes penales en España...”* .

De nuevo ocurre algo semejante con el apartado cuarto del artículo 42 del Reglamento de 2004, sobre denegación de la solicitud de reagrupación familiar y el artículo 56 del Reglamento de 2011, equivalente de aquél. También se omite la motivación expresa estableciendo en su apartado cuarto *“Presentada la solicitud en forma o subsanados los defectos, el órgano competente la tramitará y resolverá lo que proceda. A dichos efectos, recabará de oficio el informe de los servicios competentes de la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil en materia de seguridad y orden público, así como del Registro Central de penados”*. Lo cierto es que si tiene que tener en cuenta todos esos informes y si, como hemos visto, la justicia está por la motivación, la resolución se ajustará a Derecho, pero llama la atención que se abandone en el texto el término motivación sin motivo.

Luego los principios de contradicción y de motivación rigen en todo caso. Pero si el artículo 20 de la Ley Orgánica 4/2000, reiteradamente citado en estas páginas, exige el

respeto de las garantías previstas en la legislación general de procedimiento administrativo, citando especialmente algunas de ellas, esto podría interpretarse en el sentido de que no todos los principios del procedimiento administrativo, que no tienen por igual conexiones con derechos fundamentales como la tutela judicial efectiva, reciban el mismo grado de reconocimiento en el Derecho administrativo español de la extranjería y la inmigración.

Por ejemplo, ¿rige en estos procedimientos el principio *in dubio pro actione*? Una de las clásicas traducciones de este principio es, por ejemplo, la posibilidad de subsanar las solicitudes, posibilidad prevista expresamente en los Reglamentos analizados (como se verá más adelante), así el Real Decreto 2393/2004 en el apartado cuarto del artículo 35 establece *“Presentada en forma la solicitud de visado o, en su caso, subsanada, en los términos previstos en el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común...”*.

Sin embargo en el Reglamento vigente, en el apartado cuarto del artículo 48, que como artículo anterior también regula el procedimiento para la autorización de residencia temporal, ya no se nombra la subsanación. En nuestra opinión, el derecho a subsanar, debe entenderse implícitamente reconocido tanto para los procedimientos donde se establezca expresamente como para los que no. Sin embargo, el régimen de inadmisión de solicitudes introducido en 2003 y reformado mínimamente en 2009, desmentiría también en parte la proyección de este principio a la materia de inmigración, al menos con todas sus consecuencias, por lo que el régimen de inadmisiones debería ser interpretado con sumo cuidado, a nuestro modo de ver.

Algo parecido sucedería con el principio de oficialidad, porque parece que en los procedimientos en materia de inmigración la principal responsabilidad de activar la continuación del procedimiento (salvo en los de naturaleza sancionadora) recae en el interesado y no, como sucede en el régimen general del procedimiento administrativo, en la propia Administración. Aunque esta tendencia no es tampoco infrecuente en el caso de procedimientos activados por ciudadanos españoles para ejercer sus propios derechos, para lo cual se ven obligados a insistir y hacer el seguimiento de los pasos

dados por la Administración con el fin de velar por el cumplimiento de los plazos y trámites establecidos (a la hora de solicitar una licencia, por ejemplo).

Las mayores especialidades procedimentales, sin embargo, se proyectan sobre la exigencia de presentación personal de los interesados en algunos procedimientos, exigencia que produce incomodidades para los inmigrantes y empresarios, por un lado, y para las Oficinas públicas, por otro. Parece sin embargo que, especialmente en los primeros procedimientos activados por los extranjeros – no, desde luego, a la hora de las renovaciones, por ejemplo – la exigencia de presentación personal está más que suficientemente justificada, siempre y cuando se mueva en el terreno de la proporcionalidad, como advierte la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Ahora en el Reglamento de 2011 los extranjeros que se encuentren en España tienen la opción de hacer la solicitud de forma electrónica. Así lo establece su Disposición adicional tercera sobre *lugares de presentación de solicitudes*, en su primer apartado *“De conformidad con la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español las solicitudes relativas a las autorizaciones iniciales de residencia y trabajo deberán presentarse, presencial o electrónicamente por el interesado, ante los registros de los órganos competentes para su tramitación”*.

Algunos preceptos del Reglamento, sin embargo, exigen la identificación personal en procedimientos que no son los que inician la “historia administrativa” del solicitante. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con el procedimiento de prórroga de estancia, previsto en el apartado tercero del artículo 29 del Real Decreto 2393/2004 y en el mismo apartado del artículo 32 del 557/2011 que reza, ahora ligeramente modificado *“El solicitante deberá identificarse personalmente ante la Oficina de Extranjería, jefatura superior o Comisaría de Policía de la localidad donde se encuentre, al hacer la presentación de la solicitud o en el momento de la tramitación en que a tal efecto fuera requerido por el órgano competente”*. Más adelante se analizarán con más detalle este tipo de previsiones, pero baste ahora con decir que una regulación tan poco precisa de cuándo y cómo es exigible la identificación personal puede plantear problemas en una interpretación proporcionada de este requisito.

Lo mismo puede decirse del tenor del artículo 37 del Reglamento de 2004, dedicado al procedimiento para la concesión de la renovación de la autorización de residencia temporal. En su primer apartado decía que *“El extranjero que desee renovar su autorización de residencia temporal deberá solicitarla personalmente ante el órgano competente para su tramitación...”*. No estaba claro si había que haber interpretado este precepto en el sentido de exigir en todo caso la presencia física en las Oficinas competentes, y además, la nueva regulación ya no lo exige, por lo menos expresamente. Esto es lo que dice el primer apartado del artículo 51 del Reglamento de 2011 *“El extranjero que desee renovar su autorización de residencia temporal deberá solicitarlo a la Oficina de Extranjería competente para su tramitación durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de su autorización...”*.

Se plantea, como hemos visto, la exigencia de que sujetos cuyo “historial administrativo” ya se ha iniciado mediante procedimientos anteriores como la primera petición de visado en el caso de la prórroga de estancia, tengan que volver a presentarse ante las Oficinas administrativas, con el consiguiente trastorno en sus obligaciones laborales o de otro orden. Y todo quizás porque no existe una suficiente intercomunicación de los datos de anteriores procedimientos (de los expedientes, en suma) entre las distintas instancias competentes en esta materia, proyectadas después sobre los Consulados, las Oficinas de extranjería y las Comisarías de policía. Esta es la intención del nuevo Reglamento al mejorar la comunicación entre todos estos órganos.

Si a este problema le añadimos la limitación extrema de intervención a través de representante, que sí está expresamente prevista y permitida en la Ley de Procedimiento Administrativo Común con carácter general, y se veda en materia de extranjería e inmigración, nos encontramos con el resultado de que las relaciones entre los inmigrantes y la Administración española resultan mucho más esforzadas en términos de tiempo y desplazamientos personales a las oficinas públicas que en el caso de los ciudadanos españoles, y esto perjudica tanto a los extranjeros como a las Oficinas administrativas¹⁰¹ que ven multiplicado su trabajo en términos de atención personal a los solicitantes.

¹⁰¹ Especialmente las Comisarías de policía y las Oficinas de extranjería.

Igualmente afecta, en el caso de los procedimientos de autorización de trabajo por cuenta ajena (regulados en el artículo 51 del Reglamento de 2004 y 67 del Reglamento de 2011) a los empresarios o representantes empresariales que necesitan contratar trabajadores extranjeros, pudiendo interpretarse (como mostraremos en el comentario de este precepto en concreto) la limitación en cuanto al recurso común a la representación profesionalizada (abogados, gestores) como un desincentivo a la regularización de este tipo de contrataciones, especialmente en el caso de empresarios individuales y pequeñas y medianas empresas (PYMES).

Por eso hay que tener en cuenta la posibilidad que ofrece el Reglamento de 2011, en su Disposición adicional tercera, de presentar las solicitudes de forma electrónica. Supone un avance en la exigencia de presentación personal en todo caso. De cualquier forma habría que reinterpretar el concepto de representación de la empresa, para permitir soluciones alternativas a la necesidad de que el empresario o un trabajador se ocupen personalmente de la tramitación de los procedimientos, además del manejo electrónico. Y si no se quiere favorecer la intervención profesional en estos procedimientos, al menos podría valorarse la posibilidad de que asociaciones empresariales o confederaciones de agricultores pudieran, previa habilitación legal, o caso de contemplarse, mediante convenio administrativo, asumir a estos efectos la representación empresarial.

Desde luego, no parece tan fácil dar marcha atrás respecto de la reforma de 2003 en el sentido de permitir (con carácter general, desde luego no) la posibilidad de que comparezca representante, sobre todo en los procedimientos iniciales (aunque se excepciona para el caso del extranjero que se encuentra fuera del territorio español, en ciertas condiciones). Sólo quizás podrían contemplarse excepciones muy puntuales, para casos de enfermedad, debidamente justificada, o por otras razones extraordinarias. Cuestión distinta es el mantenimiento de esta exigencia en procedimientos de renovación, pues una vez se tiene seguridad sobre los datos y la identidad del extranjero, hacerle volver personalmente una y otra vez a las Oficinas públicas puede suponer una carga tanto para él como para la burocracia que tiene que atenderle.

En este estudio sobre la vigencia de las normas y los principios generales del procedimiento administrativo en la intervención sobre la extranjería y la inmigración,

también procede el análisis de la forma de presentación de las solicitudes, en el punto concreto de los registros administrativos que pueden utilizarse, así como la relativa a la aceptabilidad (o no) de la utilización de las oficinas de correos para la presentación de solicitudes. Y es que la respuesta dada por el legislador en la reforma de 2003 al grave problema del fraude de las solicitudes basura, excepciona en estos procedimientos la línea de la tendencia hacia la intercomunicación administrativa paliado por la creación de un sistema de acceso electrónico de los ciudadanos.

Ya se ha visto cómo la Disposición adicional tercera del Reglamento de 2011 en su primer apartado, establece la posibilidad de presentar las solicitudes de autorizaciones iniciales de residencia y trabajo en los registros competentes para su tramitación en el caso de solicitantes que se encuentren en España (ahora también el electrónico). Y en su apartado tercero, la misma disposición establece *“Las solicitudes de modificación, prórroga o renovación de las autorizaciones de residencia y de trabajo se podrán presentar en cualquier otro registro de conformidad con el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre o de acuerdo con lo establecido en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos”*. Uno de los lugares donde podrán presentarse las solicitudes según la 30/92 son las oficinas de correos.

La exigencia de utilizar el registro del órgano competente en el caso de autorizaciones iniciales parece obedecer, sobre todo, a la falta de desarrollo suficiente de un sistema de intercomunicación registral administrativa, ni siquiera en el nivel de la Administración General del Estado. Y podría resolverse, en buena medida, mediante la tramitación telemática (electrónica) de estos procedimientos como establece la Disposición adicional sexta sobre *“Aplicación informática para la tramitación de los procedimientos”*. Pero en tanto en cuanto todas las estrategias de modernización administrativa que pueden llevar a la realización de estos principios se hayan desarrollado, es perfectamente proporcionado, y necesario desde el punto de vista de la eficacia de los procedimientos, mantener la exigencia de utilización del registro del órgano competente al menos en nuestra opinión.

Estas excepciones difícilmente pueden ser consideradas contrarias a la Constitución, pues estarían justificadas en el mayor riesgo de colapso de las Oficinas públicas y la

multiplicación de la complejidad de los procedimientos, sobre todo dada la insuficiente capacidad de la burocracia específica de la inmigración para dar respuesta plena a un fenómeno, hasta ahora al menos, de crecimiento exponencial. La aceptación con carácter general de las mismas reglas y principios sobre la presentación de las solicitudes predicables de las presentadas en otros procedimientos podría llevar (como de hecho parece que sucedió antes de 2003) a una situación de bloqueo de la respuesta administrativa eficaz, con grave detrimento del interés público.

Por último, también plantea dudas en el terreno de las normas si el régimen general sobre plazos de resolución de los procedimientos y el silencio administrativo¹⁰² se aplica igualmente a los de la materia de extranjería e inmigración. Esto porque no parece que se recurra en este tipo de procedimientos, al menos de forma habitual, a las posibilidades que ofrece la Ley 30/92, por ejemplo a la hora de ampliar plazos ante una situación de exceso coyuntural de trabajo en una Oficina pública.

Sobre los plazos y el sentido del silencio, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, se pronuncia en su Disposición adicional primera: *“El plazo general máximo para notificar las resoluciones de las solicitudes de permisos que formulen los interesados a tenor de lo previsto en esta Ley será de tres meses, contados a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas...”*.

En el Real Decreto 2393/2004, hay que dirigirse a las Disposiciones adicionales octava y novena y en el Real Decreto 557/2011 a las Disposiciones adicionales duodécima y decimotercera. Compararemos los dos reglamentos para ver los cambios que se producen en la nueva normativa. En primer lugar en cuanto a los plazos de resolución de los procedimientos administrativos el Reglamento de 2004 establecía: *“1. El plazo general máximo para notificar las resoluciones sobre las solicitudes que se formulen por los interesados en los procedimientos regulados en este Reglamento será de tres meses contados a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas. Se exceptúan las peticiones de autorización de residencia por reagrupación familiar, de autorización de trabajo de*

¹⁰² Vid. GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, 2008, pp. 353-364.

temporada y de modificación del trabajo, cuyas resoluciones se notificarán en la mitad del plazo señalado (el nuevo Reglamento añade aquí las realizadas al amparo de los artículos 185 y 186 del mismo en relación a la residencia del hijo de residente). 2. *En el procedimiento en materia de visados, el plazo máximo, y no prorrogable, para notificar las resoluciones sobre las solicitudes será de un mes, contado a partir del día siguiente al de la fecha en que la solicitud haya sido presentada en forma en la oficina consular competente para su tramitación, salvo en el caso de los visados de tránsito, estancia y residencia no lucrativa, en los que el plazo máximo será de tres meses. En el caso del visado de residencia no lucrativa, la solicitud de la pertinente autorización de residencia por parte de la Delegación o Subdelegación del Gobierno que corresponda interrumpirá el cómputo del plazo, hasta que se comunique la resolución”* (el Reglamento de 2011 añade un apartado en el que establece que los apartados primero y segundo de esta Disposición estarán condicionados a lo que establezca en tema de visados de tránsito aeroportuario, visados uniformes o visados de validez territorial limitada, el Derecho de la Unión Europea directamente aplicable).

En segundo lugar en cuanto a los efectos del silencio administrativo¹⁰³, el Reglamento de 2004 dice en su Disposición adicional novena, coincidiendo con la Disposición adicional decimotercera del Reglamento de 2011: *“Transcurrido el plazo para resolver las solicitudes, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional anterior, éstas podrán entenderse desestimadas, de acuerdo con lo establecido en la disposición adicional primera de la propia Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y con las excepciones contenidas en dicha disposición adicional”* (en el nuevo reglamento, no obstante, la referencia a la Ley Orgánica debe ser entendida de forma diferente con motivo de la nueva redacción que surge de la reforma de la misma, por Ley Orgánica 2/2009, ya que se recuerda el plazo máximo de 15 días para los procedimientos de solicitud de visado de tránsito o estancia y las excepciones previstas para su posible ampliación).

Así se concreta después a lo largo del texto de los Reglamentos en múltiples preceptos: el apartado sexto del artículo 35 del Reglamento de 2004, por ejemplo, sobre autorización de residencia temporal (transcurrido el plazo de un mes sin resolución de la

¹⁰³ Vid. SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo, parte general* (octava edición), Tecnos, 2012, pp. 520-523.

Delegación o Subdelegación del Gobierno, se entiende que ésta es desfavorable), que coincide con el apartado quinto del artículo 48 del Reglamento de 2011.

En otros preceptos se contemplan supuestos de silencio positivo, de carácter estimatorio. Así por ejemplo en el apartado séptimo del artículo 37 del Reglamento de 2004 y los octavo y noveno del Reglamento de 2011, sobre renovación de la autorización de residencia temporal, establece que en el supuesto de que la Administración no resuelva expresamente en el plazo de tres meses desde la presentación de la solicitud, se entenderá que la resolución es favorable.

En lo que difieren los dos Reglamentos es que en el primero se añade algo que se ignora en el nuevo *“Previa solicitud del interesado, la autoridad competente para conceder la autorización vendrá obligada a expedir el certificado que acredite la renovación...”*, y siguen difiriendo cuando el Reglamento de 2004 dice que en el plazo de un mes desde la notificación del certificado que acredite la renovación por silencio positivo, su titular deberá solicitar la renovación de la Tarjeta de Identidad del Extranjero, mientras el reglamento de 2011 sólo hace referencia, para solicitar la renovación de dicha tarjeta, a la notificación de la resolución por la que se renueva la Tarjeta sin más.

Aunque cualquier simplificación y agilización de los procedimientos administrativos debería ir en la línea de acortar plazos, este acortamiento respecto del régimen actual podría generar situaciones de difícil cumplimiento del plazo (situaciones que también pueden darse con los actuales plazos), por lo que creemos que en el Reglamento debería contemplarse la aplicación de la Ley de Procedimiento para acordar su ampliación, de manera que el exceso de trabajo de las Oficinas administrativas no determine la proyección inmotivada del silencio.

Y es que debería tenerse en cuenta, creemos, que el silencio administrativo no es una solución institucional satisfactoria para resolver las relaciones entre el aparato administrativo y las personas. Sería preciso, a nuestro juicio, fortalecer la obligación de resolver, que por cierto menciona expresamente alguno de los preceptos del Reglamento de 2004 como el primer apartado del artículo 42 y del que no toma ejemplo, por cierto, el nuevo Reglamento en el apartado cuarto del artículo 56 donde se regula el mismo aspecto.

Todo este repaso del grado de aplicación de los principios y normas del procedimiento administrativo a los procedimientos en materia de extranjería e inmigración nos lleva a concluir que la normativa vigente ofrece “mensajes contradictorios” a la hora de resolver estas cuestiones. Por un lado, la Ley Orgánica opta por una interpretación a favor de la aplicación de los principios; por otro, las excepciones ponen límites a algunos de estos principios. Y la interpretación de qué principios y normas se aplican, y cuáles no, se ve aún más dificultada porque algunos preceptos explicitan la aplicación de ciertas garantías, sin mencionar otros principios.

2. LOS PRINCIPIOS DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA APLICADOS A LAS ESTRUCTURAS DE EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN

2.1. INTRODUCCIÓN

El artículo 103.1 de la Constitución española de 1978, establece “*La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho*”. Toda organización administrativa, por tanto, debe respetar estos principios si pretende cumplir el fin de interés general que le encomienda la Carta Magna¹⁰⁴.

Los órganos que integran cualquier estructura administrativa deben estar presididos por el principio de jerarquía a partir de cuyo cumplimiento los órganos superiores tendrán la posibilidad de dirigir, ordenar y controlar la actividad de los órganos inferiores. Por otro lado, cada órgano debe llevar a cabo la actividad para la que está habilitado y no otra. Esa habilitación llamada competencia constriñe a cada órgano a llevar a cabo las funciones que tiene legítimamente asignadas. La competencia es un deber propio del

¹⁰⁴ Vid. BAENA DEL ÁLCAZAR, M.: *Organización administrativa*, Tecnos, Madrid, 1984, LAVILLA RUBIRA, J. J.: “Organización”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, MARTÍN-RETORTILLO, S.: *El reto de una Administración racionalizada*, Civitas, Madrid, 1983, RIVERO YSERN, E.: “Potestad organizatoria y actividad organizativa”, en *DA*, n. 153, 1973, MARTÍNEZ MARÍN, A.: *Derecho administrativo. La organización administrativa*, Tecnos, Madrid, 1986, MARTÍNEZ MARÍN, A.: *Una teoría sobre nuestra organización pública y sus principios*, Tecnos, Madrid, 1986, PALOMAR OLMEDA, A.: *La organización administrativa: tendencias y situación actual*, Granada, 1998 y PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo II, Organización y Empleo Público*, Marcial Pons, 2012.

órgano administrativo que la tiene asignada, sólo trasladable si es autorizado previamente.

La descentralización deviene necesaria para las Administraciones, se trata de la transferencia de competencias y funciones del Estado a otros niveles de Administración Pública para lograr la consecución de sus objetivos. Una Administración operativa también debe ser una Administración desconcentrada, coadyuvada por otras Administraciones dependientes de la misma en su servicio a los ciudadanos.

La organización administrativa de inmigración respeta dichos principios en su creación y funcionamiento aunque, como veremos más adelante, podría tratarse de una Administración más eficaz si se crearan órganos que pudieran atender acuciantes necesidades de coordinación.

2.2. SOBRE LA POTESTAD ORGANIZATIVA Y SUS IMPLICACIONES

Todo responsable público experimentado es consciente de la importancia que tiene, a la hora de acometer políticas públicas, la estructura organizativa de la que se parte¹⁰⁵. Una organización adecuada es clave para la consecución de objetivos, como una organización inadecuada puede frustrarlos.

A pesar de su relevancia, no puede decirse que en nuestro país se haya cultivado satisfactoriamente la ciencia de la organización administrativa, y tampoco se ha experimentado demasiado en este ámbito. La mayor parte de las Administraciones públicas españolas reproducen esquemas organizativos típicamente burocráticos, a imagen y semejanza del propio de la Administración del Estado, en el que se perpetúa la división de carácter ministerial.

La potestad organizatoria, sin embargo, va mucho más allá de la creación de órganos administrativos en sentido clásico, alcanzando también las decisiones de previsión de entes. Desde los Organismos Autónomos hasta las Agencias, pasando por las entidades

¹⁰⁵ Vid. BARRANCO VELA, R.: “Coordinación de los poderes públicos en materia de inmigración” en MOYA ESCUDERO, M. (Coord.): *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares, Granada, 2001.

públicas empresariales y antes los entes de Derecho público sujetos a Derecho privado. Un concepto amplio y predominante de potestad organizatoria incluye toda decisión que suponga la asignación de funciones a organismos personificados.

También forma parte de las decisiones del ejercicio de la potestad organizatoria el reparto de competencias entre las distintas Administraciones públicas, pues la mayor o menor eficacia en el desarrollo de una determinada política dependerá, en buena medida, del nivel administrativo en el que se desarrolle, así como, en el caso de que las decisiones estén repartidas (como tantas veces sucede), de la existencia de una adecuada coordinación entre las diferentes instancias responsables.

2.3. EVOLUCIÓN DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA INMIGRACIÓN

La potestad organizativa suele emplearse reaccionando frente a las situaciones y problemas cambiantes. En nuestro país, el nuevo mapa administrativo que surge de la Constitución de 1978 ha obligado a emplear esta potestad de manera muy intensa, al crearse ex novo las Comunidades Autónomas y reconocerse autonomía a los entes locales. Y si a esta profunda reestructuración administrativa (y política) le añadimos la previsión del Estado Social, que obliga a multiplicar la intervención en numerosos sectores, nos encontraremos con el resultado claro del crecimiento de la organización administrativa.

Ahora bien, los efectos de la cláusula del Estado autonómico no se dejan sentir, hasta fechas bien recientes¹⁰⁶, en el reparto de competencias en materia de inmigración. La Administración del Estado ha retenido, y sigue reteniendo en gran medida, las principales responsabilidades en esta materia. De manera que el estudio de la organización administrativa de la inmigración se mantiene sobre todo en el nivel estatal, debiendo analizarse, en primer lugar el reparto entre las estructuras organizativas básicas de este nivel, que son los Ministerios.

¹⁰⁶ Asunción de competencias en los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas de Cataluña y Andalucía en materia de autorizaciones iniciales de residencia y trabajo.

Con las primeras normas de extranjería tras la Constitución, la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y su reglamento de desarrollo, Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, las competencias en materia de extranjería se reparten entre los Ministerios de Asuntos Exteriores, Interior, y Trabajo y Seguridad Social.

Estos Departamentos continúan, hasta hoy (con distintas nomenclaturas debido a las sucesivas reestructuraciones ministeriales), protagonizando el reparto, pues es claro que las materias de su responsabilidad se ven directamente afectadas por las decisiones que se tomen. Las relaciones internacionales, la seguridad y los servicios sociales son tres ámbitos de actuación pública que inevitablemente deben tener un papel en la materia. A estas unidades organizativas de los tres Ministerios habría que añadir las competencias transversales propias del Ministerio de Administraciones Públicas, a través de los servicios periféricos.

Los órganos concretos que han asumido la ejecución de la mayoría de las decisiones han ido variando con el tiempo. Así, a principios de la primera década de 2000, venía funcionando: en el Ministerio de Asuntos Exteriores, la Dirección General de Asuntos Consulares y Protección de los españoles en el extranjero; en el Ministerio del Interior la Dirección General de Política Interior, y la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración; y en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales la Dirección General de Ordenación de las Migraciones y el Instituto de Migraciones y Servicios Sociales. La Comisión Interministerial de Extranjería se crea por Real Decreto 511/1992, de 14 de mayo, modificado después por Real Decreto 1946/2000, de 1 de diciembre.

El entrecruzamiento de las competencias de varios Ministerios ha sido una constante en la evolución organizativa de la inmigración, repartiéndose entre tres instancias principales de la Administración General del Estado las principales responsabilidades. Pero hasta comienzos de 2000, a la hora de analizar el reparto de responsabilidades en materia de extranjería, la tendencia era la de subrayar las correspondientes al ámbito de la seguridad pública, propias de las fuerzas y cuerpos de seguridad, y por anclaje en el artículo 149.1.2 de la Constitución Española, a los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado dependientes del Ministerio del Interior. Esta asociación de las cuestiones del

extranjería e inmigración al Ministerio del Interior demuestra, a nuestro modo de ver, un claro carácter inercial, y encontraría su última expresión más significativa en la figura del Delegado del Gobierno, en la legislatura 2000-2004.

Ya en el periodo de 2004 a 2008, en cambio, la organización de la inmigración está presidida por la localización en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de la Secretaría de Estado para la Inmigración y la Emigración. El nuevo régimen de las Oficinas de extranjeros prevista en el Reglamento aprobado por el Real Decreto 2393/2004 en los artículos 159 a 162, refleja la complejidad de un crisol de competencias administrativas entrecruzadas.

En el periodo 2008-2011, en la segunda legislatura del gobierno socialista, se modifica el organigrama ministerial otorgando mayor protagonismo al fenómeno de la inmigración y atribuyendo su gestión a un nuevo Departamento ministerial denominado Ministerio de Trabajo e Inmigración, en el que continúa operativa la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración del anterior Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Esta Secretaría de Estado, a su vez, tenía bajo su dependencia a la Dirección General de Inmigración y a la Dirección General de Integración de los Inmigrantes y algunos órganos adscritos como el Consejo Superior de Política de Inmigración, el Observatorio Permanente de la Inmigración, la Comisión Interministerial de Extranjería o la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración.

Tras las elecciones generales de noviembre de 2011 y la constitución de un nuevo gobierno se reestructuran los Departamentos ministeriales y la inmigración desaparece del panorama de organización al primer nivel para ser gestionada desde la Secretaría General de Inmigración y Emigración dentro del nuevo Ministerio de Empleo y Seguridad Social. De esta Secretaría General depende la Dirección General de Migraciones y esta última dirige las funciones de órganos como la Subdirección General de Inmigración, la Subdirección General de Integración de los Inmigrantes, el Observatorio Permanente de la Inmigración o el Foro para la Integración de los Inmigrantes. Están adscritos también a dichas Secretaría General, la Comisión Interministerial de Extranjería y la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración¹⁰⁷.

¹⁰⁷ El Consejo Superior de Política de Inmigración desaparece en la reforma de la Ley de Extranjería de 2009.

Bajo la dependencia de las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno se sitúan las Oficinas de extranjería, creadas por el Real Decreto 1251/1991. En su diseño inicial, las oficinas de extranjeros dependen orgánicamente de las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno, y funcionalmente de los Ministerios de Interior y de Trabajo y Seguridad Social. Después también ha seguido siendo así aunque los nombres de los Ministerios han cambiado (Trabajo y Asuntos Sociales, Trabajo e Inmigración), y hoy, Empleo y Seguridad Social.

En el Reglamento de 2011 se introduce una novedad respecto a la dependencia orgánica¹⁰⁸ ya que el primer párrafo del artículo 260 establece que, dentro de las Delegaciones o Subdelegaciones de las que dependen las *oficinas*, “*se encuadrarán en las Áreas funcionales de Trabajo e Inmigración*”, mientras el Reglamento anterior las encuadraba en la Secretaría General de la Delegación o Subdelegación del Gobierno. Las Oficinas de extranjería representan en realidad la solución organizativa ad hoc, necesaria para dar respuesta a las múltiples demandas procedimentales resultantes del aumento del número de extranjeros inmigrantes en España.

Pese a su especialidad, que supone un avance, las oficinas de extranjeros se encuentran ante el problema de la dispersión de competencias, que no ha sido salvado del todo por la creación de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración ni después con la creación del Ministerio o ni ahora con la gestión a través de la Secretaría General. Y no es fácil que se resuelva, puesto que en la gestión de la inmigración llegan a participar cuatro Ministerios y todos los niveles de Administración Pública, aunque en muy diversa cota.

2.4. LA SITUACIÓN ACTUAL: DISPERSIÓN COMPETENCIAL Y CONCENTRACIÓN DE RESPONSABILIDADES EN LA SECRETARÍA GENERAL

Así, el actual régimen, reflejado en los artículos 259 a 263 del Reglamento de 2011, mantiene una dependencia organizativa cuando menos compleja de las Oficinas de

¹⁰⁸ Novedad que tiene su origen en el Real Decreto 94/2010, de 23 de julio, de reestructuración de Áreas funcionales integradas en las Delegaciones del Gobierno.

extranjería. Su condición de crisol es puesta de manifiesto desde la definición misma del artículo 259, en su apartado primero: *“Las Oficinas de Extranjería 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”*.

También queda clara la simultánea participación de varios ministerios desde el momento de su creación, regulado en el apartado segundo de este mismo precepto: *“La Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración impulsará la creación, supresión y modificación de Oficinas de Extranjería, basándose en la especial incidencia de la inmigración en la provincia y previa consulta a los Ministerios del Interior y de Política Territorial y Administración Pública. A partir de dicho impulso, la creación, la supresión o la modificación de Oficinas de Extranjería se llevará a cabo mediante Orden del Titular del Ministerio de la Presidencia dictada a propuesta de sus titulares de los Ministerios de Interior, de Política Territorial y Administración Pública y de Trabajo e Inmigración”*.

Hay que tener en cuenta que tras la publicación del Reglamento de 2011, se produjeron unas nuevas elecciones generales que trajeron una nueva organización, por lo que ahora es la Secretaría General de Inmigración y Emigración quien sustituye a la Secretaría de Estado en sus funciones y el Ministerio de Empleo y Seguridad Social al Ministerio de Trabajo e Inmigración. Además se han producido cambios también en cuanto a la gestión ministerial de las Administraciones donde el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas lleva a cabo las tareas del antiguo Ministerio de Administraciones Públicas y Política Territorial.

La dependencia de las Oficinas de extranjeros sigue siendo su principal rasgo de complejidad organizativa, atendiendo a lo establecido en el primer apartado del artículo 260 del Reglamento vigente; *“Las Oficinas de extranjería dependerán orgánicamente de la correspondiente Delegación o Subdelegación del Gobierno, se encuadrarán en las Áreas funcionales de Trabajo e Inmigración, y dependerán funcionalmente del Ministerio de Trabajo e Inmigración, a través de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, y del Ministerio del Interior, ambos en el ámbito de sus*

respectivas competencias”. Recordando también aquí los cambios producidos en la organización.

En fin, varios Ministerios inciden sobre su organización. Y la complejidad es mayor en los procedimientos, por la importante intervención de la Administración exterior. Aunque las Oficinas de extranjería intentan actuar como trabazón de todas estas instancias, su doble dependencia (como mínimo) trae problemas de gestión cotidiana y de resolución de asuntos de mayor trascendencia. Hay un estado de opinión mayoritario en el sentido de que este modelo, que ha supuesto un avance, puede y debe mejorarse en el plano de la coordinación y de la dependencia orgánica, luego es mucho todavía lo que queda por hacer.

Desde luego, al menos hoy ya puede decirse que se ha roto la tendencia a asociar la organización administrativa en materia de extranjería e inmigración a las instancias competentes en materia de seguridad pública y, muy destacadamente, al Ministerio del Interior. La creación de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración primero, y del Ministerio de Trabajo e Inmigración después, reflejaron una elevación de la consideración política del fenómeno. Ahora aunque se mantiene la visión más social que de seguridad pública de la inmigración, el nivel político se ha rebajado dejando la gestión en manos de Secretaría General de Inmigración y Emigración.

La mayor parte de los países que han alcanzado altas cotas de inmigración, han terminado optando por una solución organizativa de carácter ministerial. También en España se optó por esa solución organizativa con la creación del Ministerio de Trabajo e Inmigración (solución que además no era incompatible con la creación de una Agencia). Suponía el siguiente estadio evolutivo al de la creación de la Secretaría de Estado. La crisis económica y otros motivos políticos, suponemos, han hecho que en esta evolución organizativa se haya dado un paso atrás.

Hay que recalcar también que en nuestros contactos con los aplicadores de las normas se escuchan múltiples quejas por la descoordinación y dispersión competencial, llegándose a la conclusión de que uno de los principales problemas en el desarrollo de los procedimientos es precisamente el organizativo interno de la Administración del Estado. Y a ello se suma la falta de coordinación con las Comunidades Autónomas, que

hasta ahora ha restado eficacia a una herramienta tan bien pensada como el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura. Situación que puede hacerse más grave según las Comunidades Autónomas vayan asumiendo, tras la reforma de los Estatutos de Autonomía, mayor protagonismo.

Aunque hay órganos de coordinación, como puede ser la Comisión Interministerial de Extranjería lo cierto es que parece que no terminan de solventar los problemas generados por la existencia de perspectivas bien distintas de la cuestión, así por un lado, la de orden público propia del Ministerio del Interior, y por otro la de integración social que está implícita en las funciones del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Son por ello precisos, cambios de estructura. La creación de la Agencia va en esa línea, pero quizás sean precisas decisiones de mayor alcance, como la creación de un Ministerio.

2.5. PERSPECTIVAS DE LA CREACIÓN DE LA AGENCIA

La Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos¹⁰⁹, prevé la creación de una Agencia Estatal para la Inmigración y la Emigración en su Disposición adicional tercera: *“1. Teniendo en cuenta la particular trascendencia de los sectores de actividad y de los servicios públicos concernidos, así como la conveniencia de que su gestión esté dotada del marco de flexibilidad, responsabilidad por la gestión y control de resultados previsto en esta ley, se autoriza al Gobierno para la creación de las siguientes Agencias Estatales con los siguientes objetos y fines y dentro de las competencias que corresponde ejercer a la Administración General del Estado: Agencia Estatal de Inmigración y Emigración, para el desarrollo y ejecución de las competencias estatales en materia de regulación e integración social de los inmigrantes, así como la programación y gestión de las diversas actuaciones de asistencia y apoyo a los emigrantes españoles en el extranjero”*.

¹⁰⁹ Vid. SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A.: “Modelo de administración institucional en la Ley de Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos”, en *Organización y Procedimientos Administrativos. Libro Homenaje al Profesor Francisco González Navarro*, Aranzadi, Pamplona, 2007 y PÉREZ GÁLVEZ, J. F.: *Las Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos*, Comares, Granada, 2007.

La comprensión del nuevo modelo de Agencias requiere repasar su Ley general, comenzando por la Exposición de Motivos que, tras criticar la rigidez de los organismos autónomos, considera que *“Se hace pues necesario incorporar a la Administración General del Estado una fórmula organizativa general, dotada de un mayor nivel de autonomía y de flexibilidad en la gestión, pero que, al mismo tiempo, refuerce los mecanismos de control y eficacia y promueva una cultura de responsabilización por resultados”*.

Autonomía, control y responsabilización por resultados. Flexibilidad y calidad. Son algunos de los conceptos explicativos de las ventajas de las agencias respecto de otras personificaciones jurídicas hasta ahora utilizadas en la organización de la Administración instrumental. Aunque puede que la única diferencia relevante entre las agencias y otros entes anteriores radique en la herramienta del contrato de gestión, orientado hacia la gestión por objetivos. Una figura cuya naturaleza e implicaciones jurídicas han sido calificadas de confusas.

Una cuestión particularmente relevante en el futuro diseño de la Agencia Estatal de Inmigración y Emigración es la relativa a la dependencia ministerial, teniendo en cuenta que la Disposición final primera de la Ley 28/2006, que modifica la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, establece en su apartado segundo que se introduce un apartado cuarto al artículo 43 de la LOFAGE con el siguiente tenor: *“Las Agencias Estatales se adscriben al Ministerio que ejerza la iniciativa de su creación. Las funciones de dirección estratégica, evaluación y control de resultados y de la actividad de las Agencias Estatales, se articularán a través del Contrato de gestión previsto en la normativa reguladora de éstas”*.

En una materia como la inmigración, sobre la que se proyectan las intervenciones protagonistas de varios Ministerios, destacadamente los de Interior y Empleo y Seguridad Social, resulta complejo en principio predeterminar a qué Ministerio debe corresponder la iniciativa de creación y la consiguiente dependencia, traducida en la dirección estratégica, evaluación y control de resultados.

Claro que el actual estado de cosas parecería apuntar hacia la adscripción al Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Pero esta decisión obligaría a replantear la coordinación de las competencias en esta materia y reconducir a la Agencia otras unidades organizativas relevantes que no dependen ahora mismo sólo del citado Ministerio, como son principalmente las Oficinas de extranjeros; también los servicios policiales que están desarrollando tareas en esta materia desde las Comisarías.

¿Puede también la Agencia integrar las funciones de los órganos de coordinación y otras instancias, como el Foro para la integración social de los inmigrantes, y el Observatorio Permanente de la Inmigración? Habría que valorarlo, no es el objeto de esta tesis hacerlo, pero podemos anticipar que la flexibilidad propia del régimen de las agencias permite convertir esta solución institucional en una verdadera Administración especializada e integrada en materia de extranjería e inmigración, lo que parece necesario.

De cualquier manera, como se ha visto en las reuniones mantenidas con los responsables de las Oficinas, había una contestación unánimemente positiva a la pregunta de si son necesarios cambios en la organización administrativa en materia de extranjería en la Administración General del Estado. Y esos cambios siguen siendo imprescindibles. La unanimidad en las Oficinas, y teniendo en cuenta que en este sentido poco más se ha avanzado a día de hoy, debe hacer pensar que la organización es uno de los problemas que dificulta una mejor implementación de las decisiones sobre inmigración en ejecución del Reglamento, luego debe ser tenido en cuenta en las próximas reformas como aspecto prioritario.

2.6. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE NIVELES ADMINISTRATIVOS

Cuestión capital en lo relativo a la organización, por último, es el reparto de competencias entre las distintas Administraciones públicas territoriales sobre esta materia¹¹⁰. Aquí también existen graves riesgos de descoordinación, como ya ha quedado expuesto, a la vista de lo que ha estado sucediendo con el funcionamiento

¹¹⁰ Vid. GARCÍA MURCIA, J. Y CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “La distribución de competencias en materia de inmigración”, en *Revista Temas Laborales*, Vol. I, nº.100, 2009.

práctico de la herramienta del Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura. Tras las modificaciones que ha hecho el Real Decreto 557/2011 al respecto, es de esperar que esta situación mejore en cuanto a la falta de sintonía y de intercambio de información (evidenciado por las oficinas) que se producía con el reparto de competencias anterior a la hora de elaborar el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura. La coordinación y comunicación entre las Oficinas de extranjeros y los servicios autonómicos de empleo es clave para la eficacia de esta herramienta.

La nueva regulación de este catálogo en el artículo 65 del Reglamento de 2011 especifica más los pasos a seguir en el procedimiento en el que intervienen más órganos, y se amplían los plazos para estudiar las ofertas y demandas de empleo que posteriormente puedan ser aprovechadas por los extranjeros que demandan empleo y obtener así un permiso de residencia y trabajo. Se exige a los Servicios Públicos de Empleo autonómicos ser más estrictos a la hora de emitir datos y certificados para que, ahora sí en coordinación con las Oficinas de extranjería sean valorados.

Una primera interpretación del reparto competencial en esta materia subrayaba el papel absolutamente protagonista del Estado, probablemente como consecuencia del mayor énfasis de los aspectos de seguridad de la inmigración, y a resultas de la consideración expansiva del título expresado en el artículo 149.1.2 CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de “nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derechos de asilo”.

Pero cada vez más son otras las competencias relevantes en este ámbito: La educación, la sanidad y los servicios sociales, muy destacadamente, han pasado a ocupar un primer plano de la problemática propia de la inmigración. También el empleo. Y estas competencias ya han sido asumidas por las Comunidades Autónomas, luego para llevar hasta sus últimas consecuencias la realidad autonómica, en su actual estadio, ha sido preciso reconocer cierto papel de las estas Administraciones también en esta materia, dando a cada uno lo suyo y así lo ha hecho el Real Decreto 557/2011.

No es ésta una cuestión nueva, como demuestra la previsión de órganos de coordinación, que intenta resolver los problemas derivados del reparto competencial. Así, el Real Decreto 344/2001, de 4 de abril, crea el Consejo Superior de Política de

Inmigración o la creación de la conferencia sectorial de inmigración aprobada en Consejo de Ministros en marzo de 2007. Pero la última reforma de los Estatutos de Autonomía puede situar la coordinación en un plano de mayor complejidad, lo que obliga a tomar mucho más en serio las implicaciones organizativas y a hacer las reformas precisas.

2.7. ESPECIALIZACIÓN Y RELEVANCIA EN LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA EXTRANJERÍA Y LA INMIGRACIÓN

Cada solución organizativa presenta ventajas e inconvenientes, desde luego. Pero hay que reconocer que las Oficinas de extranjería representan una solución organizativa verdaderamente adaptada a la problemática concreta de la inmigración en nuestro país. Son una muestra de pragmatismo ante el fenómeno de la inmigración. Pero representan un estadio evolutivo que tiene que progresar en un sentido más especializado, y desde luego con una dependencia ministerial menos compleja, para resolver el problema de la descoordinación.

La tendencia hacia la especialización es inevitable dada la cada vez mayor complejidad del fenómeno, el volumen y la variedad de los procedimientos a tramitar. Así que la línea de consolidación de la red de oficinas de extranjería debe ser potenciada, desde nuestro punto de vista, inevitablemente. También creemos que debería ser reforzada con un replanteamiento de su dependencia y una mayor centralización de competencias en una instancia única, para resolver los problemas citados de falta de coordinación.

Por desgracia el nuevo Reglamento no ha aprovechado la ocasión para introducir importantes reformas en este terreno, aunque ha hecho pequeñas modificaciones como la referida a la ubicación de las oficinas que, si bien deben estar ubicadas en las capitales de provincia, ahora de forma excepcional, por razones geográficas, administrativas, económicas y de población podrán ser ubicadas en una población distinta a la capital de provincia en la que se constituyan. Además se atisba cierto incremento en el grado de autonomía de las oficinas aunque sólo se refiera a la propia organización de las mismas por parte del Jefe de la Oficina.

Así, si las responsabilidades más visibles en esta materia se localizan en la Secretaría General de Inmigración y Emigración, habría que pensar a estas alturas en dar el paso de asignarle competencias plenas a todos los efectos. E incluso, dada la importancia del fenómeno como una situación ya estable, recuperar el rango de Secretaría de Estado o incluso de Ministerio. Por otro lado, para profundizar en la también inevitable tendencia hacia la especialización, nos parece acertada la previsión y creación de una Agencia, una solución organizativa perfectamente compatible, e incluso coherente, con el mantenimiento de la actual Secretaría General o con cualquiera de las dos otras opciones planteadas, aunque entendemos, que dada la situación económica presente, quizás no sea el mejor momento para plantearse algo así.

2. 8. CUESTIONES TÉCNICAS

2.8. A. ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA E INMIGRACIÓN

Ya metidos de lleno en el siglo XXI, es muy difícil y desaconsejable ignorar los avances que se han ido produciendo en los medios a disposición de las Oficinas públicas, a la hora de valorar las posibilidades de mejora en lo relativo a los procedimientos. Las transferencias de documentos, por ejemplo, que antes podía demorarse horas o días, dependiendo de la distancia de la transmisión, hoy se realizan casi en el acto, gracias al correo electrónico y otros programas informáticos. Informaciones que requerirían meses para ser sistematizadas, hace años, hoy pueden ordenarse en minutos, con técnicas como el cruzado de datos.

Avances de tal calibre, que refuerzan la llamada sociedad de la información y el conocimiento, deben necesariamente tener un efecto sobre los procedimientos administrativos. Y, sin embargo, los tiempos máximos legales de resolución, al menos hasta no hace mucho tiempo, no parecían haber experimentado muchos cambios a resultas del impacto tecnológico. La inmensa mayoría de los funcionarios a los que se les pregunta si la informática facilita y agiliza su trabajo contestan positivamente a esta cuestión. Éste y otros motivos han hecho reflexionar a los responsables públicos y el resultado ha sido la Ley de Acceso Electrónico de 2007 para los ciudadanos en

general¹¹¹ y, en el ámbito concreto de la extranjería, la implantación de la aplicación informática común en el Real Decreto 557/2011.

No puede decirse que nuestro país se haya adelantado, en el panorama internacional, en sus previsiones normativas y administrativas para sacar mayor partido a los medios técnicos. En 2007, como acabamos de recordar, se aprobó una más que oportuna Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, Ley 11/2007, de 22 de junio, lo cierto es que hasta el año 1992 no se introduce en la Ley de Procedimiento Común, Ley 30/1992, una previsión sobre técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas (artículo 45), y sólo algunos años más tarde, mediante Ley 24/2001, se impulsan estos medios para la presentación de ciertas solicitudes.

Aunque la Ley de Acceso Electrónico viene a corregir la situación de relativa desventaja de nuestro país respecto de los más desarrollados, que hace años contaban ya con una norma general sobre gobierno y administración electrónica (Estados Unidos, Alemania, Francia, Italia), en el plano concreto de la extranjería y la inmigración, se ha renunciado en principio a dar este mismo salto tecnológico. O, al menos, se ha querido mantener cierta prudencia en cuanto a su alcance y el momento de acometerlo.

Así, en la Ley 11/2007 se mantiene, a los efectos de la gestión electrónica de los procedimientos (Título III de la Ley), el mismo carácter de procedimientos administrativos especiales, vistos anteriormente, que se prevé tanto en la Ley 30/92 como en la Ley Orgánica 4/2000, para los procedimientos en materia de extranjería. Lo deja claro la Disposición adicional cuarta de la 11/2007, que también se ha comentado en el apartado dedicado a la vigencia de las normas y principios de procedimiento administrativo.

Esta Disposición matiza la aplicación de lo establecido en el Título III, sobre gestión electrónica de los procedimientos, pero deja intacta, en principio, la aplicación posible de las restantes disposiciones de la Ley 11/2007, de Acceso Electrónico de los

¹¹¹ Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M.: “Derechos de la ciudadanía ante la administración electrónica: un reto para las administraciones públicas”, en SÁNCHEZ BLANCO, A., DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M. Y RIVERO YSERN, J.L. (Coords.): *El Nuevo Derecho Administrativo*, Libro Homenaje al Prof. Dr. Enrique Rivero Ysern, Ratio Legis, Salamanca, 2011, pp. 45-68.

ciudadanos a los servicios públicos. Y el resto del contenido de la Ley es muy relevante y debe ser tenido en cuenta: los derechos de los ciudadanos en sus relaciones electrónicas con las administraciones, la sede electrónica, los registros electrónicos, la identificación por medios electrónicos, etc.

Luego no todas las aplicaciones de la Administraciones electrónicas están excluidas o relativizadas en la Administración de la extranjería y la inmigración. Afortunadamente, porque se puede ver en la exposición de las entrevistas realizadas, los responsables de las Oficinas que hemos entrevistado han coincidido, en todo caso, en la importancia que tiene el recurso a los medios informáticos y telemáticos, a la hora de facilitar su trabajo y ofrecer un mejor servicio, tanto a los intereses públicos, como a las personas afectadas por las decisiones administrativas en esta materia (inmigrantes y empleadores).

También los máximos responsables públicos parecen ser perfectamente conscientes de la necesidad de recurrir a las nuevas tecnologías como los reglamentos estudiados expresan en algunas de sus disposiciones, porque en ellos se contemplan algunas aplicaciones básicas de nuevas tecnologías. Amén de la aplicación informática común que establece el Real Decreto de 2011 y que ya pretendía implantar el Reglamento de 2004, deben recordarse aquí las previsiones sobre comunicaciones telemáticas internas en los trámites que deben realizarse entre las Misiones Diplomáticas u Oficinas Consulares en el extranjero y las Dependencias ministeriales, Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno en España.

2.8. B. LA APLICACIÓN INFORMÁTICA DE EXTRANJERÍA

La Disposición adicional sexta del Real Decreto 557/2011 que se refiere a la *Aplicación informática para la tramitación de los procedimientos*, establece: “1. Una vez implantada la aplicación común de extranjería en cumplimiento de lo previsto en la Disposición adicional quinta de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, las referencias realizadas en este Reglamento a la grabación de actuaciones administrativas en la aplicación informática correspondiente se entenderán hechas a aquélla cuando el actuante sea un órgano de la Administración General del Estado competente en materia de extranjería. Igualmente, las menciones sobre intercambios de información entre órganos de la Administración General del Estado para la

tramitación de las distintas fases de los procedimientos en materia de extranjería e Inmigración se entenderán hechas a cambios en el órgano administrativo competente para la continuación de la tramitación del procedimiento y, en consecuencia, para determinar modificaciones en su estado electrónico. La aplicación informática común garantizará que los órganos administrativos competentes en las distintas fases del procedimiento tienen conocimiento en tiempo real del inicio de cualquier fase sobre les corresponde actuar, cuando éste derive de la actuación previa de otro órgano. 2. Cuando la Misión diplomática u Oficina consular competente no disponga, por razón de su ubicación geográfica, de los medios técnicos necesarios para la conexión en tiempo real a la aplicación informática común, se realizarán volcados de información entre dichos órganos y la aplicación, con periodicidad diaria. 3. La administración de la aplicación común de extranjería dependerá del Ministerio de Trabajo e Inmigración. Su implantación se llevará a cabo en coordinación y colaboración con el Ministerio de Política Territorial y Administración Pública. Los órganos competentes de la Administración General del Estado realizarán las actuaciones tendentes a la adecuada dotación de medios humanos, económicos y materiales de las tareas destinadas a su implantación, desarrollo y mantenimiento. Para ello, se establecerán las partidas presupuestarias que se consideren necesarias. Por acuerdo entre la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración y la Subsecretaría de Política Territorial y Administración Pública, que deberá ser suscrito en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de este Reglamento, se fijará la fecha de puesta en funcionamiento de la aplicación informática común”.

La Disposición final segunda del Real Decreto 2393/2004 establecía que “Los ministerios que intervienen en la tramitación de expedientes de extranjería pondrán en funcionamiento, en el plazo máximo de un año a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto, una aplicación informática común coordinada por el Ministerio para las Administraciones Públicas y con acceso de los demás ministerios implicados. Sin perjuicio de otras utilidades, la aplicación deberá permitir: a) La introducción y modificación de datos e informes por parte de cada departamento ministerial competente, en los exclusivos ámbitos de su competencia, en cada fase de la tramitación de los expedientes de extranjería. b) La comunicación entre cualquiera de los implicados, para conocer el estado de tramitación del expediente y posibilitar su continuación. c) La consulta en tiempo real tanto de los expedientes en trámite, sin

posibilidad de modificación, como de los expedientes concluidos, por parte de los organismos competentes de los distintos departamentos ministeriales, incluidas las misiones diplomáticas u oficinas consulares. En cada departamento ministerial se establecerán, en función de las necesidades, diferentes niveles de acceso para la consulta de las informaciones contenidas en la aplicación informática. En la medida que quede garantizada la protección de datos de carácter personal y que las condiciones técnica lo permitan, se procurarán facilitar la consulta por parte del interesado, a través de conexiones de Internet, del estado de tramitación de las solicitudes de autorización de residencia o de residencia y trabajo. d) La obtención de datos actualizados para el cumplimiento de las funciones de observación permanente de las magnitudes y características más significativas del fenómeno inmigratorio, para analizar su impacto en la sociedad española y facilitar información objetiva y contrastada que evite o dificulte la aparición de corrientes xenófobas o racistas, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 67 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y el Real Decreto 354/2001, de 4 de abril, por el que se regula el Observatorio Permanente de la Inmigración”.

Como acabamos de recordar las modificaciones hechas en el nuevo Reglamento son consecuencia en parte de la última gran reforma de la Ley de Extranjería. En concreto su Disposición adicional quinta referida al *Acceso a la información, colaboración entre Administraciones públicas y gestión informática de los procedimientos*, y reza así: “1. *En el cumplimiento de los fines que tienen encomendadas, y con pleno respeto a la legalidad vigente, las Administraciones Públicas, dentro de su ámbito competencial, colaboran en la cesión de datos relativos a las personas que sean consideradas interesados en los procedimientos regulados en esta Ley Orgánica y sus normas de desarrollo.* 2. *Para la exclusiva finalidad de cumplimentar las actuaciones que los órganos de la Administración General del Estado competentes en los procedimientos regulados en esta Ley Orgánica y sus normas de desarrollo tienen encomendadas, la Agencia Estatal de Administración Tributaria, la Tesorería General de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de Estadística, este último en lo relativo al Padrón Municipal de Habitantes, facilitarán a aquéllos el acceso directo a los ficheros en los que obren datos que hayan de constar en dichos expedientes, y sin que sea preciso el consentimiento de los interesados, de acuerdo con la legislación sobre protección de*

datos. Igualmente, los anteriores organismos facilitarán a las Comunidades Autónomas la información necesaria para ejercer sus competencias sobre autorizaciones iniciales de trabajo sin que tampoco sea preciso el consentimiento de los interesados. 3. La tramitación de los procedimientos en materia de extranjería derivados del cumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley Orgánica, se realizará sobre una aplicación informática común cuya implantación y coordinación respecto de los restantes Departamentos implicados corresponderá al Ministerio de Trabajo e Inmigración. Dicha aplicación, garantizando la protección de datos de carácter personal, registrará la información y datos relativos a los extranjeros y ciudadanos de la Unión Europea residentes en España y sus autorizaciones, impulsará el cumplimiento de lo establecido por la legislación en materia de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos y permitirá el conocimiento, en tiempo real, de la situación de las solicitudes de autorización reguladas en esta Ley por parte de los órganos administrativos que sean competentes en cada una de las fases del mismo, así como su intervención en la fase que recaiga dentro de su ámbito de competencias. Asimismo, la aplicación informática permitirá la generación de bases de datos estadísticas por las administraciones intervinientes para la obtención de la información actualizada y fiable sobre magnitudes relativas a la inmigración y la extranjería. En cumplimiento de lo establecido por la normativa comunitaria sobre la materia, la tramitación de procedimientos relativos a visados de tránsito y de estancia se realizará sobre la aplicación informática específicamente creada a los efectos, dependiente del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, que estará interconectada con la aplicación informática común, en orden a que en la base de datos de esta última conste información sobre los datos de los visados solicitados y concedidos en las Oficinas consulares o Misiones Diplomáticas españolas en el exterior. El Ministerio del Interior, de acuerdo con sus competencias en materia de orden público, seguridad pública y seguridad nacional, mantendrá un Registro Central de extranjeros. Reglamentariamente, se establecerá la interconexión que, en su caso, resulte necesaria para que en la aplicación informática común conste la información que pueda repercutir en la situación administrativa de los extranjeros en España. 4. Cuando las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, intervengan en alguno de los procedimientos regulados en esta Ley, se garantizará que su participación en los procedimientos informatizados responda a estándares comunes que garanticen la necesaria coordinación de la actuación de todos los órganos intervinientes. Igualmente,

la aplicación informática común dará acceso a las Comunidades Autónomas con competencia en materia de autorización de trabajo a la información necesaria para el ejercicio de sus competencias, entre la que se encontrará aquella relativa a la concesión y extinción de autorizaciones de reagrupación familiar concedidas en su territorio así como de las altas en Seguridad Social de las autorizaciones de trabajo iniciales concedidas por ellas. 5. El Observatorio Permanente de la Inmigración aunarà el conjunto de la información estadística disponible en materia de extranjería, inmigración, protección internacional y nacionalidad, con independencia de la Administración Pública, Departamento ministerial u Organismo responsable de su elaboración, con la finalidad de servir como sistema de análisis de intercambio de la información cualitativa y cuantitativa relacionada con los movimientos migratorios al servicio de las entidades responsables de gestionar las políticas públicas en dichas materias”.

Lo que más llama la atención, independientemente del cambio en la normativa que trae causa en la reforma de la Ley Orgánica 4/2000, efectuada por Ley Orgánica 2/2009, es que el nuevo Reglamento traslada la obligación de la implantación y coordinación de la aplicación informática común, del Ministerio de Administraciones Públicas que establecía el Real Decreto de 2004 al Ministerio de Trabajo e Inmigración ahora.

La aplicación informática de extranjería debería estar completamente operativa ya, dado su carácter de herramienta fundamental para los expedientes y la recogida de información para la toma de las decisiones administrativas, tanto las concretas procedimentales, como las generales de adopción de políticas públicas en esta material. El Reglamento de 2004 establecía, como hemos visto, en su Disposición final segunda que en el plazo máximo de un año desde la entrada en vigor del Reglamento la aplicación informática debería estar en funcionamiento. La entrevista en la sede del Ministerio para las Administraciones Públicas tres años después reflejó que no había sido posible implantarla.

El nuevo Reglamento vuelve a insistir en la implantación de dicha aplicación, y en este caso, se da un plazo de seis meses desde la entrada en vigor del Real Decreto 557/2011, para que la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración acuerde junto con la Subsecretaría de Política Territorial y Administración Pública la fecha de la puesta en

funcionamiento de la aplicación informática común. Lo cierto es que antes de que se cumpliera la fecha resultante, es decir el 30 de diciembre, se produjo un cambio de Gobierno (tras las elecciones generales celebradas el 20 de noviembre) por lo que no tenemos constancia de que se cumpliera el compromiso del acuerdo y por lo tanto siga sin existir la obligación de la implantación.

No puede dejar de cuestionarse tal estado de cosas, teniendo en cuenta las ventajas que podría presentar, una vez desarrollada hasta sus últimas consecuencias, la aplicación informática común de extranjería. Muchos de los problemas procedimentales que se han expuesto en este trabajo tanto en el punto dedicado a la proyección de las normas generales sobre procedimiento administrativo a esta materia, como en el análisis de las cuestiones procedimentales concretas, podrían resolverse mejor con una adecuada intercomunicación y acceso a la documentación y los datos acumulados en anteriores procedimientos por todas las instancias administrativas competentes en esta materia¹¹². Así, por ejemplo, las exigencias de presentación personal, más allá de lo establecido en la Ley, pueden obedecer en muchos casos a la necesidad de comprobar datos a los que, por contenerse en expedientes anteriores, podría y debería tener acceso el funcionario responsable a través de una adecuada utilización de la herramienta informática.

A partir de la Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, se ha querido potenciar un sistema global de acceso, con una intercomunicación entre Administraciones públicas y si el Reglamento esta vez se aplica con rigor se proyectarán estos objetivos sobre el ámbito de la Administración del Estado y sus instancias competentes en materia de extranjería e inmigración.

2.8.C. EL PROBLEMA DE LA GESTIÓN DOCUMENTAL, LA SISTEMATIZACIÓN DE LOS REGISTROS Y LOS ARCHIVOS

Las dificultades a superar en la realización de estos objetivos son, sin embargo, muy considerables, sobre todo si nos detenemos en la situación de los documentos y expedientes en esta materia, que habiéndose multiplicado de forma exponencial en los últimos años, no han recibido un tratamiento normativo ni en términos de gestión

¹¹² Al menos, en el ámbito de la Administración del Estado, los Consulados, Oficinas de extranjería y Comisarías de policía.

suficientemente unificado y racionalizado. A pesar de que casi toda la información relevante sobre la Administración de la inmigración en España está ahí, en los expedientes, y de que la solución a muchos de los problemas de realización de principios procedimentales y de simplificación y eficacia administrativa pasan por una mejor gestión de estas cuestiones¹¹³.

La sistematización de los registros¹¹⁴, facilitando una mejor intercomunicación entre las oficinas responsables, y el desarrollo de modelos e impresos oficiales para los procedimientos en materia de extranjería e inmigración son cuestiones que se han ido mejorando pero quedan cuestiones pendientes. Sobre esta última, nos pronunciamos a favor de sentar y generalizar el principio, reflejado por ejemplo en el artículo 32 del Reglamento de 2011 (procedimiento para la prórroga de estancia sin visado) o en el artículo 51 de la misma norma (procedimiento para la renovación de la autorización de residencia temporal no lucrativa), de que el modelo sea determinado por la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración (Secretaría General de Inmigración y Emigración).

2.8.D. EL MAYOR DESARROLLO DE LOS PROCEDIMIENTOS ELECTRÓNICOS EN MATERIA DE INMIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA

A pesar de la exclusión comentada de la aplicación del Título III de la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, en la Disposición adicional cuarta de esta Ley, no cabe duda de la necesidad de recurrir a las ventajas del procedimiento administrativo electrónico en la intervención administrativa en materia de extranjería e inmigración. Además de algunas manifestaciones de esta tendencia procedimental en la rutina de las Oficinas de extranjeros, el Real Decreto 557/2011 dice en su preámbulo “...*la utilización de una aplicación informática común que permitirá la integración de las diversas fases procedimentales y su gestión por parte de las diversas Administraciones con competencia en la materia...*”.

¹¹³ Vid. RIVERO ORTEGA, R.: “Simplificación administrativa y administración electrónica: objetivos pendientes en la transposición de la Directiva de servicios” en *Revista catalana de dret públic*, n. 42, 2011, en relación a la necesidad de mayor interoperabilidad.

¹¹⁴ Vid. SÁNCHEZ BLANCO, A.: “El sistema de archivos: De las referencias histórico-culturales a las bases de las Administraciones públicas” en *Revista española de derecho administrativo*, n. 67, 1990, pp. 359-388.

Las dificultades derivadas de la exigencia de presentación personal parece que se pueden ir resolviendo con la aplicación del nuevo Reglamento y, en su caso, exigirse la presencia sólo cuando hubiera dudas sobre la identidad u otras circunstancias (residencia efectiva, etc.).

3. CONCLUSIONES

Primera: El procedimiento administrativo no es sólo (aunque también es) una herramienta para la realización de los objetivos públicos y la aplicación de las normas. Como institución jurídica, cumple una finalidad clave de garantía de los derechos de las personas frente a los riesgos de la discriminación y la indefensión. El Derecho del procedimiento administrativo está compuesto por normas, pero también por principios, principios que se aplican tanto al procedimiento administrativo general como a los procedimientos especiales. Principios que reflejan derechos básicos y sirven a la idea de una Administración moderna y respetuosa con las personas.

Segunda: El ámbito de aplicación de la normativa de procedimiento administrativo se extiende a todas las Administraciones en todas sus actividades, pero hay excepciones por razón de la materia que se concretan en la idea de procedimientos administrativos especiales, procedimientos con su propio régimen, pero también sujetos al conjunto de principios técnicos del procedimiento decantados por la doctrina. Las Disposiciones adicionales undécima y decimonovena de la Ley de Procedimiento Administrativo Común sujetan los procedimientos administrativos en materia de extranjería e inmigración a su propio régimen, pero al tiempo reconocen el carácter supletorio de la Ley de Procedimiento Administrativo. Este carácter supletorio podría derivarse, aunque no fuera expresamente reconocido, de la propia naturaleza y los contenidos de la Ley de Procedimiento, de manera que incluso en caso de silencio legal podría interpretarse su aplicabilidad. Sólo la exclusión expresa de este carácter supletorio dificultaría la aplicación de las normas de procedimiento, en caso de laguna en las normas específicas de extranjería e inmigración.

Tercera: No podrían excluirse en ningún caso, sin riesgo de inconstitucionalidad, aquellas normas y principios del procedimiento administrativo que tienen un claro anclaje constitucional, y se encuentran estrechamente asociadas a la garantía y

protección de derechos fundamentales. La aplicación de las normas y principios del procedimiento administrativo en materia de extranjería debe respetar estas exigencias constitucionales, que sin embargo no imponen exactamente el mismo régimen procedimental en todos los ámbitos. Al contrario, permiten excepciones.

Cuarta: Una de las cuestiones recurrentes en el régimen de los procedimientos administrativos en materia de inmigración es la relativa a la identificación de los interesados y la presentación personal de solicitudes. Las previsiones de la reforma de 2003 en aspectos tales como el empleo de registros, la inadmisión de solicitudes o la exigencia de presentación personal, para beneficio de aplicadores y extranjeros han sido matizadas en la nueva norma reglamentaria.

Quinta: No todos los principios y normas del procedimiento administrativo tienen que tener exactamente el mismo grado de proyección sobre los procedimientos en materia de extranjería e inmigración, pero sería quizás conveniente superar los “mensajes contradictorios” de las normas vigentes en esta materia, introduciendo en el Reglamento una “parte general” que despejara las dificultades interpretativas recurrentes en aspectos como la subsanación de solicitudes, ampliación de plazos o exigencias documentales.

Sexta: La potestad organizatoria es una de las principales herramientas en manos del legislador y la Administración para favorecer la consecución de objetivos públicos. Junto a su ejercicio tradicional, proyectado sobre la creación y asignación de competencias a órganos administrativos de viejo cuño, también incluye esta potestad la posibilidad de optar por soluciones organizativas más flexibles, como la creación de entes personificados y especializados en el desarrollo de ciertas tareas (Agencias, últimamente).

Séptima: La evolución de la organización administrativa mantiene a lo largo del tiempo el protagonismo concurrente de varias instancias ministeriales cuyas competencias se ven directamente afectadas por las decisiones en esta materia: Asuntos exteriores, Interior, y Trabajo. A ellas se suman las competencias transversales del Ministerio que dirija y coordine los destinos de las Administraciones Públicas. Sobre las Oficinas de extranjería, organización *ad hoc* especializada, se proyecta la influencia y el poder de

decisión de estos Ministerios, convirtiéndolos en un nodo de compleja integración organizativa.

Octava: La creación de una Secretaría de Estado para la Inmigración y la Emigración supuso sin duda un avance respecto de la situación anterior, al localizar en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales la dirección de políticas antes lideradas por el Ministerio de Interior. La creación del Ministerio de Trabajo e Inmigración también contribuyó a colocar a este fenómeno en el ranking de los más dignos de atención y obtuvo un mejor puesto en la escala de valores de la política y la Administración. Hoy todas las tareas están encomendadas a la Secretaría General de Inmigración y Emigración dentro del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. En principio se ve rebajada la categoría, aunque, como hemos apuntado en varios momentos de esta Tesis, lo único importante no es lo que digan las normas ni las ubicaciones, sino los esfuerzos que se hagan a partir de ellas. De momento, se mantiene el cruce de competencias en el día a día de la gestión de las Oficinas de extranjería que contiene un factor de complejidad en su funcionamiento y problemas de coordinación difíciles de superar con el actual estado de cosas organizativo.

Novena: La Agencia de la inmigración puede suponer una alternativa razonable a esta situación, siempre y cuando vaya acompañada de una concentración mayor de responsabilidades en una instancia ministerial del mayor rango. Desde nuestro punto de vista, la creación de la Agencia puede servir para reforzar un modelo de organización especializada que en la experiencia de las Oficinas de extranjería se ha demostrado adecuado. Pero la envergadura del fenómeno de la inmigración en España, y su trascendencia social, puede aconsejar que se valore la opción, adoptada ya en otros países, de crear un nuevo Ministerio sobre la materia que aglutine mayores competencias que las que ha aglutinado la Secretaría de Estado y que las que reúne actualmente la Secretaría General.

Décima: La reforma de los Estatutos de Autonomía ha traído un mayor protagonismo de las Comunidades Autónomas en esta materia, pero parece necesario tener en cuenta el incremento del grado de complejidad y el mayor riesgo de descoordinación que plantea la asignación a las Administraciones autonómicas de responsabilidades en esta materia. Muy especialmente, las competencias en materia de autorizaciones de trabajo,

con la experiencia previa de la falta de sintonía en el diseño del Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, ponen de manifiesto los problemas que pueden plantearse con este nuevo modelo, que exige una valoración más profunda de la necesidad de adaptaciones organizativas.

Decimoprimera: Cada solución organizativa tiene ventajas e inconvenientes, y es una decisión de oportunidad política, y de ejecución de programas electorales, el optar por una u otra. Así sucede con la asignación predominante a Interior o Trabajo, o con el rango de la principal instancia responsable (Delegación del Gobierno, Secretaría de Estado, Secretaría General, Ministerio). Pero no cabe ninguna duda de que, con el paso del tiempo, las necesidades organizativas en materia de extranjería e inmigración en España han evolucionado, acrecentándose. De manera que, a estas alturas, es preciso una organización mucho más desarrollada, mucho más especializada, y de mayor rango, así como un mayor grado de coordinación. Si no se cubren estas necesidades organizativas, la Administración de la extranjería y la inmigración no estará a la altura de las circunstancias de la sociedad española actual.

Decimosegunda: Nuestro país aprobó con cierto retraso respecto de los más desarrollados del mundo la Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos. A pesar de estar previstas ya en la Ley 30/92 las herramientas informáticas, tan necesarias para la agilización de los procedimientos administrativos no se han implantado de forma general hasta la aprobación del último Reglamento de extranjería aprobado por Real Decreto 557/2011. Si estas previsiones se aplican a pleno rendimiento constituirán un gran avance en la gestión de la extranjería y la inmigración.

Decimotercera: La Administración de la inmigración no ha hecho un uso suficiente de los medios técnicos hasta ahora, a pesar de que cada pequeño avance en este sentido comporta un notorio incremento de la eficacia. No se desarrollaron plenamente las previsiones del Real Decreto 2393/2004 y aún están por desarrollar algunas de las previsiones del Reglamento de 2011.

Decimocuarta: Las herramientas informáticas suelen ser de muy especial utilidad ante el creciente desafío de la gestión documental, y es necesario seguir implementando soluciones mecanizadas y normalizadas en aspectos tales como impresos

administrativos (aunque se ha avanzado bastante, desde luego), los registros y, sobre todo, los archivos.

Decimoquinta: También parece recomendable avanzar en el desarrollo del procedimiento administrativo electrónico en esta materia, pues es la vía principal de agilización hoy en día.

Tercer capítulo

ESTUDIO DEL REGLAMENTO APROBADO POR REAL DECRETO 2393/2004

Tercer capítulo

ESTUDIO DEL REGLAMENTO APROBADO POR REAL DECRETO 2393/2004

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES Y CONTEXTUALIZACIÓN DEL REGLAMENTO. 2. LA SITUACIÓN QUE DEJÓ EL REGLAMENTO DE 2001 ANTES DE LA APROBACIÓN DEL REAL DECRETO 2393/2004. 3. PRINCIPALES INNOVACIONES DE LA NORMA REGLAMENTARIA. 4. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL REGLAMENTO (TÉCNICA NORMATIVA): 4.1 INTRODUCCIÓN. 4.2. LA CONSIDERABLE EXTENSIÓN Y SUS EFECTOS SOBRE LA SISTEMÁTICA DEL REGLAMENTO. EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN. 4.3. LA EXPLICACIÓN DE SUS MOTIVOS. 4.4. LA REDACCIÓN Y EL LENGUAJE DEL REGLAMENTO. 4.5. ESTRUCTURA. 4.6. EL FONDO, EL INCREMENTO DE LA CALIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS 5. PRINCIPALES PROBLEMAS NORMATIVOS. 6. CONTRIBUCIONES JURISPRUDENCIALES: 6.1. LA SENTENCIA QUE VALIDA EL REAL DECRETO. 6.2. JURISPRUDENCIA EN RELACIÓN AL REAL DECRETO 2393/2004. 7. PROBLEMAS PRÁCTICOS Y APLICATIVOS: 7.1 INTRODUCCIÓN. 7.2 CUESTIONARIO. 7.3. RESUMEN DE LAS DIFICULTADES DE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL REGLAMENTO. 7.4. DIFICULTADES INFORMÁTICAS. 8. RECOMENDACIONES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO. 9. BALANCE DEL REGLAMENTO DE 2004 DE LA LEY DE EXTRANJERÍA, EN SU APLICACIÓN (PREGUNTAS A RESPONDER). 10. CONCLUSIONES.

1. ANTECEDENTES Y CONTEXTUALIZACIÓN DEL REGLAMENTO

Ya se ha analizado la evolución normativa de la regulación de la extranjería y la inmigración en España. En este punto, además de recordar las sucesivas leyes aprobadas a partir de la Constitución hasta hoy (en 1985, 2000, 200, 2009 y 2011), se señalaron también los distintos reglamentos que han desarrollado estos textos legales hasta la actualidad: el primero de 1986, su reforma de 1996, el de 2003, el aprobado en 2004 y el vigente de 2011.

Analizando todo ello, hemos comprobado que la historia de los Reglamentos de la Ley de Extranjería en España no es precisamente afortunada, la verdad, si nos fijamos en la suerte judicial y la valoración doctrinal de algunos de sus contenidos. Aunque es cierto que han venido condicionados principalmente por sus leyes de referencia, también lo es que en ocasiones ha profundizado en sus errores, en lugar de pulirlos. Así, el Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, reglamento de ejecución de la primera Ley Orgánica de Extranjería, fue criticado por ello. Su reforma de 1996 pretendió de alguna manera subsanar los problemas generados por la falta de una nueva Ley, pero sin éxito. Y el Reglamento de 2001 fue objeto de un varapalo importante por parte del Tribunal Supremo.

El Reglamento aprobado en 2004, no adolece de defectos tan graves como algunas de sus antecesoras, al menos si tenemos en cuenta algunas Sentencias del Tribunal Supremo que desestiman recursos frente a parte de su contenido. Así, las Sentencias del Tribunal Supremo de ocho de enero de 2007, y otras, validan el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, pues resuelven recursos contencioso-administrativos que solicitaban tanto la impugnación total del reglamento como, subsidiariamente, la de muchos de sus preceptos. Al desestimar estas pretensiones, el Tribunal Supremo da un rotundo espaldarazo jurídico a dicha norma.

En el apartado dedicado a los problemas y contribuciones jurisprudenciales en relación al reglamento analizado nos detendremos con mayor detalle en el comentario de algunas sentencias, pues si es cierto que su doctrina resulta en general sumamente positiva para la norma, también deben señalarse algunas puntualizaciones del Tribunal Supremo que pueden servir para mejorar y enriquecer las soluciones reglamentarias.

Además de este análisis de adecuación al ordenamiento de la norma, también será valorada desde el punto de vista de su aplicabilidad práctica y los problemas concretos que plantea su diaria utilización. Para lo que nos serán de gran utilidad las entrevistas realizadas, donde pudimos recoger las quejas y dudas de los responsables de las Oficinas de extranjería y las Comisarías de policía sobre este Reglamento.

Veremos por qué, a pesar de ser un buen reglamento de desarrollo de la Ley de Extranjería, es al tiempo una norma manifiestamente mejorable, que ha alcanzado algunos de sus objetivos, pero que dejó otros pendientes.

2. LA SITUACIÓN QUE DEJÓ EL REGLAMENTO DE 2001 ANTES DE LA APROBACIÓN DEL REAL DECRETO 2393/2004

Ya se han visto, anteriormente, los motivos y la estructura del Reglamento de 2001, aprobado por Real Decreto 864/2001. Los cambios de forma y técnica normativa no fueron muy relevantes respecto del Reglamento de 1996, aprobado por Real Decreto 155/1996. Entre sus pretensiones de alcance se encontraba la de simplificar los procedimientos y *“la necesidad de velar por un nivel de vida digno y unas condiciones de empleo para los trabajadores extranjeros en igualdad con los españoles”*. También se pretendía mejorar la coordinación en la Administración General del Estado mediante una nueva reglamentación de las Oficinas de Extranjeros.

Tan buenos propósitos no son fáciles de rechazar, como no es fácil fijar inmediatamente las soluciones concretas adoptadas para llevarlos a cabo. A la vista también de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003, queda claro que muchas de las opciones normativas adoptadas no fueron precisamente afortunadas, ni favorecían tampoco el incremento de garantías de los inmigrantes. Y en cuanto a la simplificación de los procedimientos administrativos, como se verá a lo largo de la Tesis, muchas medidas verdaderamente eficaces no fueron impulsadas por este Reglamento (por ejemplo, el punto capital de los medios técnicos).

Desde el punto de vista de la seguridad jurídica, hay que decir que el escenario inmediatamente anterior al dictado del Real Decreto 2393/2004 era ciertamente desalentador. Al golpe jurisprudencial de marzo de 2003 había que añadir la reforma legal, y su compleja integración en el ordenamiento de la materia, integrado por la Ley y el reglamento de 2001, como muestran las instrucciones del entonces Delegado del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, la de 16 de diciembre de 2003 y la de 26 de enero de 2004. Buena parte del sentido de la reforma legal de 2003 fue la *“validación”* de la norma de 2001 frente a las apreciaciones del Tribunal Supremo,

apreciaciones que se interpretaron sólo como de forma, pero que en realidad tocaban el fondo de las normas anuladas.

Por lo tanto, en el momento inmediatamente anterior al dictado del Reglamento de 2004, y tal y como se puede deducir de las respuestas dadas al test del Reglamento de 2001 expuesto en el primer capítulo, la aprobación del mismo se consideraba urgente, primero por las carencias citadas y además por los avatares jurisprudenciales y legales antes relatados en relación a este Reglamento.

3. PRINCIPALES INNOVACIONES DE LA NORMA REGLAMENTARIA

Sobre las diferencias y semejanzas en la técnica normativa y la estructura de los reglamentos de 2001 y 2004 ya se ha hecho referencia en el punto dedicado a la evolución del desarrollo reglamentario, poniendo de manifiesto la tendencia a ir acumulando por una parte, y desglosando por otra, los contenidos de estas normas. Entre la primera y la segunda se observa, por ejemplo, el tratamiento diferenciado de ciertas materias, en títulos nuevos, o su regulación más pormenorizada (lo que resultaba necesario). Pero no hay entre ambos un cambio de estructura como el que quizás sería necesario desde el punto de vista de la seguridad jurídica y la mejor comprensión de normas tan extensas, prolijas (y al mismo tiempo tan relevantes e incisivas en materia de derechos).

Sin perjuicio de esas reordenaciones sistemáticas en su estructura que ya se han analizado en apartados anteriores (al relatar la evolución del desarrollo reglamentario), en numerosos contenidos del Reglamento de 2004, no hay apenas cambios respecto de su norma inmediatamente antecedente, que es la aprobada por Real Decreto 863/2001, de 20 de julio. Así, por ejemplo, no hay casi variaciones en puntos como el régimen de entrada y salida del territorio español (Capítulo I, salvo alguna simplificación de los visados); tránsito (Capítulo II); etc.

Cuestión distinta son las modificaciones de fondo, que merecen ser subrayadas aparte. Aquí puede decirse que el Reglamento de 2004 pretendió favorecer un giro significativo a la estrategia de intervención en materia de extranjería e inmigración.

Las principales novedades introducidas por el Real Decreto 2393/2004 son avanzadas por su Preámbulo: requisitos y circunstancias que pueden dar lugar a la autorización de un extranjero para residir y trabajar en España¹¹⁵; agilización de las autorizaciones la situación nacional de empleo para convertirla en un diagnóstico riguroso y efectivo mediante los catálogos de ocupaciones de difícil cobertura; control de las ofertas de trabajo ficticias mediante la comprobación del inicio de la relación laboral mediante el alta en la seguridad social; acuerdo de Contingente¹¹⁶; prevenciones para evitar que los instrumentos legales se utilicen en fraude de Ley; potenciación de las sanciones y las repatriaciones con las debidas garantías¹¹⁷; aplicación informática común; mayor protagonismo de las Comunidades Autónomas.

La visión del fenómeno de la inmigración desde el punto de vista de sus efectos sociales y sobre el mercado de trabajo queda de manifiesto por el énfasis que se pone tanto en el acuerdo de Contingente como en el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, con el fin de desarrollar vías de incorporación regular a la economía española, en función de la demanda, de los inmigrantes. También son remarcadas las prevenciones y controles contra la inmigración irregular, así como el incremento de la eficacia de los mecanismos sancionadores, incluyendo la repatriación.

Para la simplificación y agilización procedimental, se arbitra la aplicación informática común. La Disposición final segunda del Real Decreto 2393/2004 constituye a todas luces una de sus principales aportaciones a la mejora de la gestión administrativa en esta materia (siempre que se hubiera puesto en marcha, claro).

Por último, el Preámbulo también se refiere el incremento de la participación de Comunidades Autónomas, Ayuntamientos y agentes sociales. En qué medida se haya producido una descentralización de las competencias y protagonismos en esta materia, y si tal proceso beneficia o no a los resultados, como uno de los modelos posibles de la

¹¹⁵ Vid FERNÁNDEZ ROZAS, J.C y FERNÁNDEZ PÉREZ, A.: “Definición y supuestos de residencia”, en RAMOS QUINTANA, M. (Dir.): *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, Lex nova, 2007, pp. 233-254.

¹¹⁶ Vid. ROJO TORRECILLA, E.: “Contingente de trabajadores extranjeros” y “Contenido del contingente”, en RAMOS QUINTANA, M. (Dir.): *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, Lex nova, 2007, pp. 481-488.

¹¹⁷ Vid RAMOS QUINTANA, M.: “Normas comunes del procedimiento sancionador” en RAMOS QUINTANA, M. (Dir.): *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, Lex nova, 2007, pp. 683-708.

organización administrativa de la extranjería y la inmigración en España, se analiza en el apartado sobre cuestiones organizativas.

El visado de búsqueda de empleo es una de las novedades concretas y avances significativos respecto del régimen anterior, aunque no parece que el número de visados de esta naturaleza que se haya concedido haya sido considerable durante la aplicación de este reglamento. La situación de la inmigración en España, con un elevado número de inmigrantes en situación irregular aún en nuestro país (aunque quizás ya en minoría respecto de los que se encuentran en situación legal) dificulta el recurso amplio a esta figura, pensada quizás para un momento de estabilización y ordenación plena de los flujos migratorios.

En el análisis de las valoraciones de la norma realizadas por sus aplicadores se verá cómo un gran número de objeciones se orientan hacia el funcionamiento del Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, una herramienta diseñada como fundamental en la normalización de los flujos, pero que se ha encontrado con el problema de la falta de sintonía con los servicios públicos de empleo en muchas Comunidades Autónomas.

Por último, la previsión del arraigo social, en el 45.2.b del Reglamento que ha generado efectos a partir desde 2008 como vía de normalización, cuya valoración debe ser positiva.

4. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL REGLAMENTO (TÉCNICA NORMATIVA)

4.1. INTRODUCCIÓN

Aunque no se han elaborado en nuestro país muchos estudios sobre la materia, la evaluación de la calidad de las normas ha sido objeto de análisis científico, de manera que podemos decir que existen indicadores y criterios que facilitan la valoración de su “racionalidad y eficiencia”.

Han sido sobre todo los trabajos de María Jesús MONTORO CHINER¹¹⁸, junto a los publicados por el Grupo GRETEL¹¹⁹, los que han puesto de manifiesto la importancia de estas cuestiones, desvelándonos las técnicas empleadas en los países más avanzados para mejorar la calidad de los productos normativos, así como para medir sus efectos sobre la realidad y la consecución de los fines que se proponían.

Proyectar algunos de estos criterios de evaluación de la racionalidad y eficiencia de las normas sobre el Real Decreto 2393/2004 puede ser oportuno, como también nos lo parece el comprobar si esta norma cumplía los requisitos que nuestro propio Ordenamiento plantea a los productos normativos. Porque el Derecho español también ha desarrollado algunas previsiones sobre elaboración de Leyes y Reglamentos, con el fin de evitar resultados defectuosos.

Hay que recordar, en este sentido, la Ley 59/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, cuyo artículo 24 se ocupa del procedimiento de elaboración de los reglamentos. Aunque sobre este extremo nos pronunciaremos a continuación, especialmente en el punto de la audiencia y participación de asociaciones y organizaciones potencialmente afectadas, no puede desconocerse la introducción en el precepto de exigencias que en puridad son relevantes desde el punto de vista de calidad de la norma.

Por otro lado, se tendrán también en cuenta los criterios previstos en las Directrices de Técnica Normativa¹²⁰. Instrucciones que intentan normalizar cuestiones como el vocabulario, estructuración, criterios de redacción, citas o anexos de los proyectos de Ley, pero cuyas consideraciones también podrían y deberían proyectarse sobre los reglamentos. Sobre el lenguaje, por ejemplo, dicen que debe ser *“claro y preciso, de nivel culto pero accesible”*. No en vano, *“el destinatario de las norma jurídicas es el ciudadano. Por ello deben redactarse en un nivel de lengua culta, pero accesible para el ciudadano medio, de manera clara, precisa y sencilla. Se utilizará un repertorio léxico común, nunca vulgar, y se recurrirá, cuando proceda, al empleo de términos*

¹¹⁸ Vid. MONTORO CHINER, M. J.: *Adecuación al ordenamiento y factibilidad: presupuestos de calidad de las normas*, Marcial Pons, Madrid, 1989 y “La calidad de las normas: desafío al Estado de Derecho”, *REDA*, n. 48, 1985. .

¹¹⁹ Los primeros estudios sobre técnica legislativa en España son llevados a cabo por Gretel, grupo privado de universitarios (profesores y estudiantes) de la Universidad de Barcelona y de la Universidad Autónoma de Barcelona en 1986 cuando se publicó el primer libro de técnica legislativa en nuestro país *La forma de las leyes. 10 estudios de técnica legislativa*.

¹²⁰ Aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005.

técnicos dotados de significado propio; en ese caso, se añadirán descripciones que los aclaren y se utilizarán en todo el documento con igual sentido”.

A nuestro juicio, estas consideraciones deberían extremarse para el caso del Reglamento de la Ley de Extranjería, pues siendo sus destinatarios la mayor parte de las veces personas que no tienen el castellano como su primera lengua. Aunque por supuesto también tienen la obligación de aprenderlo, quizás debería cuidarse la accesibilidad especial de una norma como esta que tienen que comprender los extranjeros. Aunque esta accesibilidad siempre se puede facilitar con guías, folletos explicativos u otras informaciones administrativas.

4.2. LA CONSIDERABLE EXTENSIÓN Y SUS EFECTOS SOBRE LA SISTEMÁTICA DEL REGLAMENTO

Siendo la redacción una cuestión relevante, no nos parece sin embargo la mayor en el enjuiciamiento de la calidad normativa del Reglamento analizado. Desde nuestro punto de vista, el principal problema formal, de técnica, que plantea, es su excesiva extensión. Y es que una primera lectura completa del Reglamento causa vértigo: 165 artículos, 15 disposiciones adicionales.... Puede decirse por tanto que se trataba de una norma extraordinariamente larga, prolija en sus contenidos y con pretensiones de comprensión integral del desarrollo del régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España, en lo relativo a los procedimientos al menos.

La calidad técnica de una norma de tal extensión se complica considerablemente, pues con la extensión se hace más difícil mantener una sistemática clara, sin contradicciones, evitar reiteraciones o problemas de falta de sintonía entre unos artículos y otros. Estas impresiones no son exclusivas de teóricos ni propias de profanos en la materia. Quienes mejor han conocido el Reglamento, que son sus aplicadores cotidianos (en las Oficinas de extranjería o en las Comisarías de policía) coinciden en considerarlo prolijo y complejo, así como en la posibilidad y necesidad de su simplificación.

Esta simplificación, debería haber ido en la línea de la reducción del número de procedimientos (por ejemplo, eliminando la necesidad de permiso de trabajo para los reagrupados) o reduciendo a menos los tipos de permisos. Pero en nuestra opinión, al

margen de la posible eliminación de procedimientos concretos, o de la unificación de los mismos, la principal contribución de mejora que podría haberse realizado en el reglamento para reducir y simplificar su extensión, sería la de haberlo dividido en una parte general y otra especial, de forma que muchas cuestiones que se reiteran, hasta la saciedad, en todos los procedimientos regulados, fueran aclaradas de una vez y para todos ellos en algunos preceptos previos, limitándose las disposiciones de cada procedimiento a regular, exclusivamente, lo específico de éste. Tampoco se ha llevado a cabo, como veremos, esta forma de simplificación en el Reglamento vigente de 2011.

Y es que, creemos, que el Reglamento era muy largo y farragoso porque se repetían innecesariamente muchas previsiones. No hacía un ejercicio de abstracción, esto es, de reconducción de lo común de todos los procedimientos a unas normas generales, lo que hubiera coadyuvado notablemente a despejar numerosas dudas interpretativas, porque cuando en un procedimiento se olvida precisar un punto que en el resto sí está aclarado, surge el interrogante de si ese trámite o posibilidad existe o no, ante la laguna. Paradójicamente, una norma tan larga suscita un gran número de dudas, y la mayoría de sus aplicadores consideraban necesario desarrollarlo aún más con instrucciones y circulares, con lo que el problema del farrago normativo, lejos de solucionarse, se agrava.

En honor a la verdad, esta característica fácilmente apreciable del reglamento no solamente es achacable a sus últimos redactores. Como ya se dijo cuando se expuso la evolución del desarrollo reglamentario, desde su primera expresión en 1986 (aunque el origen último está en los antecedentes) se observa la solución de ir yuxtaponiendo los sucesivos y nuevos procedimientos en esta materia, con las reformas pertinentes por supuesto. Apenas se ha producido ni una sola innovación en la técnica normativa utilizada para el desarrollo reglamentario de esta materia desde los años ochenta, lo que debería llamar la atención de sus responsables, al menos de cara al futuro. Obsérvese, en su comparación con los predecesores. La estructura y contenidos del Reglamento del 86 marcan la impronta de todos los posteriores, formados por un “aluvión” de los procedimientos.

4.3. EL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN

Éstas son cuestiones formales, importantes sin duda, pero no las principales en la valoración del paradigma del buen Reglamento, que se asocia a la participación y el consenso con los sectores afectados, de forma que una norma aprobada en contra del sentir de sus destinatarios presentaría un déficit democrático, mientras que aquella elaborada teniendo en cuenta las observaciones y los intereses afectados sería un Reglamento más adecuado.

Y es que los ciudadanos y grupos potencialmente afectados por un Reglamento deben poder aportar en su proceso de elaboración su experiencia y conocimientos sobre la materia que se pretende regular, optimizando así la creación de las normas administrativas. Hay que entender el procedimiento de elaboración de las normas como un “proceso comunicativo”, esto es, un proceso de intercambio recíproco de información en el que se vean representados todos los intereses afectados para legitimar democráticamente la norma aprobada.

Así lo reconoce, por cierto, el Consejo de Estado, por ejemplo en su Memoria de 1993: *“No se trata sólo de oír, sino de escuchar. La finalidad última de la audiencia es la de mejorar la calidad técnica de la norma, no tanto desde el punto de vista técnico como de su adecuación a la realidad económica y social que se trata de configurar. Todo lo cual requiere prestar atención a las alegaciones con mentalidad receptiva y se traduce, a veces, en la obligación de explicar los motivos por los que determinadas propuestas no han sido tenidas en cuenta”*.

En este sentido, puede decirse que este Reglamento buscó la legitimidad, a través de la aceptabilidad de sus destinatarios. El RD 2393/2004 presumía de ello en su Preámbulo: *“...se aprueba, en primer lugar, con un altísimo grado de concertación entre las distintas fuerzas políticas, agentes sociales y organizaciones no gubernamentales”*. Esta norma hacía, así, ostentación de haber garantizado la participación de los sectores interesados y afectados por su contenido.

También, al menos desde un punto de vista jurídico, el cumplimiento de las previsiones del artículo 105.a de la Constitución Española y el artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27

de noviembre, del Gobierno, ha sido correcto. Esto queda patente en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, que desestima los recursos contencioso-administrativos fundamentados, entre otros motivos, en la violación de este trámite. Luego la legalidad procedimental, en el punto de la participación, es indiscutible.

Cuestión distinta es que pueda perfeccionarse aún más el trámite de consultas a las asociaciones y organizaciones interesadas, hasta el punto de intentar que ninguna de las existentes se quede fuera de este proceso. No porque ello sea imprescindible desde el punto de vista de la legalidad (el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 8 de enero de 2007, por ejemplo, ha dejado claro que no es necesario), sino con el criterio de la legitimidad. Pues permitiendo a todas las asociaciones expresar su opinión se garantiza que ninguna pueda recurrir invocando este argumento, facilitándose así la aceptabilidad de la norma (que no es exactamente lo mismo que su legalidad).

4.4. LA EXPLICACIÓN DE SUS MOTIVOS

Como hemos visto antes en la cita de la Memoria del Consejo de Estado, también resulta relevante en la valoración de la calidad y legitimidad de una norma reglamentaria su motivación. Lo ha dicho también el principal administrativista español, el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA: *“...motivar es algo más que cumplir un requisito formal; es explicitar el contenido racional de la norma, su adecuación tanto a los presupuestos legales que la pautan como a las finalidades específicas que se pretende; es también, y de manera especialmente relevante cuando se trata de innovar el ordenamiento jurídico, suscitar la adhesión de los destinatarios a esas normas, una adhesión no emocional sino racional, por la vía de la persuasión, un viejo valor necesario a las Leyes, como sabían griegos y romanos; es, así, ahondar de modo eficaz en el asentamiento de la legitimidad de la norma, y de la legitimidad precisamente “social y democrática”, como es el Estado de Derecho que la Constitución pretende imponer”*.

Pues bien, si hemos de valorar desde esta plausible consideración el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, hemos de decir que a nuestro juicio se supera el test de la motivación, en la medida que la norma se preocupaba de explicar con notable extensión sus principales razones, que podrían resumirse en los siguientes:

incorporación de normas europeas; nuevo reparto de competencias con mayor protagonismo del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; esfuerzo por priorizar la inmigración legal, desarrollando nuevos instrumentos de persecución de la inmigración irregular.

Se diferencia en párrafo distinto el que puede ser, sin embargo, uno de los principales motivos y objetivos de la norma, probablemente el que para nosotros, dado el objeto principal de esta Tesis, resulta más relevante, que es el incremento de garantías en los procedimientos y la reducción de la discrecionalidad de la Administración a la hora de tomar decisiones sobre estas materias: *“Los procedimientos, tanto los que regulan la concesión de autorizaciones como los previstos por el régimen sancionador, tienen como finalidad incorporar mayores garantías a los ciudadanos y, consecuentemente, reducir el ámbito de decisión discrecional de la Administración”*. Parece que cuando se refieren a los ciudadanos, probablemente los redactores de este preámbulo quieren referirse a los principales destinatarios de estos procedimientos, que son cabalmente los extranjeros inmigrantes.

Este incremento de la garantías se asocia sobre todo a las novedades en el régimen de las autorizaciones de residencia y trabajo, decisiones administrativas que se pretenden agilizar, pero al tiempo incrementando los controles sobre las mismas. Se trataba en resumidas cuentas de mejorar la eficacia de los procedimientos, siendo éste el fondo principal de la reforma que supuso el Real Decreto 2393/2004 respecto de las normas que lo antecedieron.

La insistencia en la mejora de los procedimientos se reitera en el Preámbulo al referirse a su vertiente técnica, que se concretaba en la previsión de una aplicación informática común que se hubiera convertido (si se hubiera implantado) en el nexo real de la intervención concurrente en esta materia de cuatro Ministerios: Administraciones Públicas, Asuntos Exteriores y Cooperación, Interior y Trabajo y Asuntos Sociales.

También deben destacarse otras medidas traducidas en herramientas de intervención concreta: La determinación de la situación nacional de empleo; el alta de afiliación en la Seguridad Social; el acuerdo de Contingente. Aunque sobre el tema del Contingente, hay que advertir que en alguna entrevista realizada se subestimó su relevancia, pues al

parecer la mayoría de las contrataciones se producen en España (y no en origen), dado que los extranjeros ya están aquí, y el empresario suele preferir conocer previamente a la persona que va a trabajar para él.

Respecto del tema del Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, se criticaba que no participaran las Oficinas de extranjeros (dado que el protagonismo aquí es de la Comunidad Autónoma, a través de sus servicios de empleo), observándose faltas de sintonía entre los datos que se manejaban desde la Oficina y los resultados del Catálogo (este es uno de los aspectos que ha mejorado la nueva regulación que ofrece, en este sentido, el Real Decreto 557/201). Tampoco había una coincidencia, como sería de esperar, entre el Contingente y el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura.

El Reglamento también destacaba su propia apuesta por la realización del principio de subsidiariedad en esta materia, traducido en un *“aumento de la participación de Comunidades Autónomas, ayuntamientos y agentes sociales”*.

A estos motivos de largo recorrido se añadió el proceso extraordinario de normalización que se explica también en el Preámbulo del Real Decreto de 2004, abriéndose un plazo de tres meses desde la entrada en vigor de la norma para permitir la obtención de la autorización inicial de residencia y trabajo a aquellos extranjeros que cumplieran las condiciones de la Disposición transitoria tercera. La razonabilidad de esta medida, más allá de su carácter coyuntural, parece difícil de discutir, a la vista de los resultados de salida de la economía sumergida de un número elevadísimo de personas que no veían reconocidos sus más elementales derechos, sin embargo, si ésta no se acompaña de otras medidas, la franja de economía sumergida será ocupada por otros inmigrantes que sufran las mismas circunstancias en las que se encontraban los que “salen a la regularidad”.

4.5. LA REDACCIÓN Y EL LENGUAJE DEL REGLAMENTO

Antes hemos citado las Directrices de técnica normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005. Y se puede destacar la importancia del lenguaje como elemento esencial para la comprensión y aplicación de las normas jurídicas. ¿Es inteligible el contenido del Real Decreto 2393/2004 para los extranjeros?

Desde nuestro punto de vista, todos los esfuerzos que pudieran hacerse en el sentido de utilizar un lenguaje más claro hubieran sido oportunos y mejorado los contenidos.

Ya hemos comentado que estas cuestiones de comprensión pueden resolverse por otras vías, como mediante la elaboración de guías explicativas y otras manifestaciones de la actividad informativa de la Administración en este ámbito, así por ejemplo mediante la información en la página web (en general, bastante buena) de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración durante la aplicación del Reglamento ahora en cuestión.

4.6. LA ESTRUCTURA

El Preámbulo del Real Decreto nos resume su propia estructura en los siguientes términos: *“El Reglamento consta de 13 títulos, distribuidos en 165 artículos y 18 disposiciones adicionales. La nueva estructura responde a la necesidad de una ordenación sistemática, más adecuada a la realidad y, por lo tanto, más accesible a sus destinatarios...”*. Comparando la estructura del reglamento actual con la del Real Decreto 1119/1986, primer reglamento de desarrollo de la Ley de Extranjería, llegamos a la conclusión de que la estructura se ha ido reproduciendo en buena medida, yuxtaponiendo nuevos procedimientos a los anteriormente existentes.

Obviamente, el Reglamento de 2004 era mucho más largo que su antecesor, lo que respondería al incremento exponencial de la complejidad de la materia a resultas de la evolución de las cifras y la experiencia acumulada en su gestión, con problemas constantes. También es cierto que se fue mejorando, y quizás la sistemática más adecuada, hasta el momento, fuera la de la norma que ahora analizamos en este capítulo, en comparación con sus predecesoras.

4.7. EL FONDO, EL INCREMENTO DE LA CALIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS

En cuanto a análisis de fondo de la norma analizada, ¿podría decirse que superaba el test de la proporcionalidad y la razonabilidad? El principal objetivo del Reglamento era, como se expuso al analizar su motivación, lo que se podría resumir como el incremento

de la calidad de los procedimientos en materia de extranjería e inmigración. Mayor calidad procedimental tanto desde el punto de vista de las garantías, como de la eficacia.

Valorar sobre todo el incremento de garantías procedimentales que proclama el Preámbulo del Real Decreto es importante a la hora de ofrecer un juicio – positivo o negativo – de la norma analizada. Y creemos que en parte se produjo ese incremento de garantías, pero al no quedar perfectamente clara la vigencia de los principios y normas de procedimiento administrativo, por las razones expuestas anteriormente, algunas de estas garantías básicas no pudieron desarrollar sus posibilidades.

En cuanto a la agilización y mayor eficacia y simplificación procedimental, aunque el Reglamento ofrecía mayores posibilidades para alcanzar tales objetivos, su realización dependía, como también se ha expuesto, de reformas organizativas y de la introducción de herramientas informáticas más acabadas. Al no haberse profundizado, en ese momento, en esas líneas, la potencialidad del Reglamento no fue realizable del todo.

5. PRINCIPALES PROBLEMAS NORMATIVOS DETECTADOS

Más allá del Reglamento perfecto, la cuestión es cuáles eran los principales problemas que presentaba esta norma.

En cuanto a su objeto, las cuestiones de integración social no parecen prioritarias ni protagonistas de la norma, quizás por la tendencia, ya apuntada, de reproducir el esquema de Reglamentos anteriores, no tanto en las soluciones concretas a las distintas cuestiones, pero sí en la lista de los temas abordados y su división en títulos y capítulos. El objeto principal del reglamento es, a nuestro entender, la regulación de la inmigración, especialmente en sus aspectos procedimentales.

El grado de densidad normativa del Reglamento es otra cuestión relevante: si desarrollaba todo lo que debería desarrollar o dejaba demasiadas cuestiones a posterior concreción por vía de Orden Ministerial. Quizás haya algunos aspectos relevantes que se difieren a una regulación ulterior, cuando desde nuestro punto de vista deberían estar en el Reglamento, como los requisitos económicos concretos para poder solicitar una autorización para reagrupar a un familiar.

Respecto a la sistemática del Reglamento, reformulamos la idea de la posibilidad de haber estructurado el Reglamento en parte general y especial, regulando en la primera parte los elementos comunes a todos los procedimientos, especialmente aquellos más problemáticos (presentación personal, registros, exigencias documentales, motivación) y dejando para la parte especial las peculiaridades de cada uno de ellos. Así se hubiera superado, la herencia recibida de las normas anteriores con sus desventajas.

Por ejemplo, muchos artículos sobre procedimientos regulaban en su primer apartado el quién, dónde y cómo ha de presentar las solicitudes, exigiendo de manera más o menos rigurosa la presentación personal. Pues bien, el contenido de todos estos preceptos podría haberse reunido en un solo precepto de la “parte general”, por la que aquí se aboga, que contemplara las peculiaridades de este régimen del quién y cómo respecto de la normativa general de procedimiento administrativo.

También, en la mayoría de los artículos sobre procedimiento del Reglamento, había un apartado (normalmente el segundo) sobre exigencias documentales. La refundición y tratamiento conjunto de las mismas permitiría quizás comprobar cuáles pueden ser reiterativas, innecesarias o, en su caso, incompletas. Darle un tratamiento común a cuestiones como la acreditación de los medios económicos también hubiera contribuido a aclarar y simplificar la tramitación de los procedimientos.

La cuestión de la subsanación de las solicitudes también podría y debería en nuestra opinión haber recibido un tratamiento común, pues en el texto había artículos que se remitían expresamente a la LPC, otros que no lo hacían pero contemplaban esta posibilidad, y otros, como el apartado cuarto del artículo 50, que lo hacían en términos tajantes y sólo para algunos documentos (documentos acreditativos de estar al corriente de las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social).

Otra cuestión a regular en la parte general podría haber sido la de la motivación, que debería cumplir al menos las exigencias que se derivan del artículo 54 LPC, también el tema de los plazos y los efectos del silencio, aunque estaba previsto con carácter general en la Ley, pero sin detallar cuestiones relevantes como las posibilidades en todo caso de ampliación o reducción de plazos.

Hubiera sido posible, en suma, alcanzar mayores cotas de seguridad jurídica con algunos cambios en el texto del Reglamento, apreciándose (en las entrevistas realizadas) esta necesidad de mayor seguridad jurídica tanto desde el punto de vista de los aplicadores, como en la perspectiva de los destinatarios y afectados por la norma.

Todas estas propuestas vienen apuntadas tanto por las sentencias de los Tribunales, como por las opiniones de los aplicadores y los destinatarios, y que analizamos a continuación a partir de contribuciones jurisprudenciales, resúmenes de las entrevistas realizadas a los responsables de la aplicación de esta norma o las reclamaciones que se hacen ante la Institución del Defensor del Pueblo por los directamente afectados por el contenido de este Reglamento.

6. CONTRIBUCIONES JURISPRUDENCIALES

6.1. LA SENTENCIA QUE VALIDA EL REAL DECRETO

La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de enero de 2007 (Ponente: Mariano Baena del Alcázar) resuelve un recurso contencioso-administrativo interpuesto frente al Real Decreto 2393/2004, recurso que solicitaba la anulación total del Reglamento y, subsidiariamente, la nulidad de 48 preceptos del mismo. El pronunciamiento del Tribunal Supremo en esta Sentencia es desestimatorio, tanto respecto de la pretensión principal como a las impugnaciones de preceptos concretos. Incluye, además, una expresa imposición en costas a la Asociación recurrente (Asociación de los Chinos en Euskadi), cuantificando estas costas en 8000 euros.

Respecto de la pretensión de anulación del Reglamento, se fundamenta en la objeción procedimental de ausencia de participación. Consideraba la asociación recurrente que no se había cumplido, con el debido escrúpulo, el trámite de audiencia a las organizaciones y asociaciones interesadas. Frente a este argumento, la Sala considera que sí se ha cumplido el trámite contemplado en la Constitución (artículo 105.a) y en Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, aunque también hace saber que no se han acompañado al expediente del recurso los informes sobre las consultas efectuadas.

A pesar de este reproche formal, se presume la existencia de esos informes en los archivos del Ministerio, y se concluye que no es necesaria, por no ser preceptiva, la consulta de todas y cada una de las organizaciones y asociaciones interesadas. El que alguna asociación no sea consultada no determina, dice la Sentencia, la nulidad de pleno Derecho de la norma aprobada. Máxime teniendo en cuenta la existencia de un órgano en el que estarían representadas las principales asociaciones – el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes – que emitió un informe favorable a la norma aprobada.

De este Fundamento de Derecho Segundo de la Sentencia pueden extraerse varias conclusiones, más allá del resultado último del Fallo (desestimatorio de la pretensión). La primera, es que alguna asociación se considera ninguneada por la Administración en sus consultas sobre una norma que afecta de lleno a sus integrantes. La segunda, que la Administración no ha acreditado formalmente en el proceso, con la documentación íntegra, cuántas consultas fueron evacuadas. Y la tercera, que el vicio de nulidad exige un incumplimiento del deber de conceder audiencia de mayor grado que el que pueda haberse cometido en este caso.

Ya hemos dicho en páginas anteriores, con motivo del análisis del procedimiento de elaboración de este Reglamento, que su legalidad es impecable. Pero también nos hemos pronunciado en el sentido de extremar los esfuerzos de participación, más aún si cabe de lo expresado en la Exposición de Motivos del Real Decreto, pues la ampliación de la participación a todas las organizaciones y asociaciones desactiva la impugnación total de la norma invocando exclusivamente este motivo.

En el resto de Fundamentos Jurídicos de la Sentencia encontramos también, y a pesar de la tónica general de rechazo de los argumentos esgrimidos por la parte recurrente (junto a alguna matización de las respuestas de la abogacía del Estado) consideraciones de interés que pudieron contribuir a la interpretación y mejora de esta norma. Por ejemplo, la posibilidad de mejorar la redacción de su artículo 3.1, cuando permite el cierre de los puestos fronterizos en supuestos de elevada presión inmigratoria irregular. Porque aunque no se discute la razonabilidad de esta previsión, se apunta que puede dar lugar a daños eventualmente indemnizables. Y si pueden ser indemnizables, será porque no existe el deber jurídico de soportarlos, luego quizás convendría buscar soluciones

alternativas al cierre total del puesto (especialmente si no se contemplan alternativas que permitan entrar y salir, salvo que fueran muy distantes geográficamente). O contemplar este supuesto como de extrema excepcionalidad.

También insinúa posibles conflictos de interpretación y aplicación el Fundamento Jurídico Quinto cuando se pronuncia sobre los artículos 28.3 y 30.b, sobre requisitos y procedimiento de entrada en España. Así, las exigencias documentales quedan abiertas a las solicitudes de la Administración, no considerándose esto excesivo por parte del Tribunal Supremo. Siempre y cuando, claro está (habría que añadir, en nuestra opinión), se permita utilizar medios de prueba legítimos en Derecho, y no sólo los documentos que la Administración considere oficiales valgan como medio de prueba. Ya hemos visto a lo largo de esta Tesis que la cuestión de las exigencias y pruebas documentales requiere, en general, un tratamiento más preciso en la norma, superando su dispersión a lo largo de todo el Reglamento, en cada procedimiento.

6.2. JURISPRUDENCIA EN RELACIÓN AL REAL DECRETO 2393/2004

6.2. A. PLANTEAMIENTO

El Reglamento del que es objeto este estudio jurisprudencial es el fruto de una buena parte de las reformas que iban introduciendo, una y otra vez, las leyes que modificaban la ley 4/2000. Además de la 8/2000, la 11/2003, pero sobre todo la 14/2003, hicieron necesario un cambio profundo en el desarrollo reglamentario de la Ley de Extranjería. No en vano la Disposición adicional tercera de la Ley 14/2003 determinaba un plazo de seis meses para la aprobación de un nuevo Reglamento. Debido al cambio de Gobierno que resultó de las elecciones generales del 14 de marzo de 2004 se haría un año más tarde y daría como resultado este Reglamento que sustituye al de 2001.

La Jurisprudencia ha servido para concretar aspectos importantes para situaciones realmente relevantes en extranjería. Las sentencias que versan sobre el control judicial de las decisiones sobre la denegación de la entrada vienen a decir que el extranjero debe acreditar el objeto y las condiciones de estancia y la Administración establecer la denegación basada en las causas precisadas de manara clara valorando los extremos que

le llevaron a tomarla. Normalmente la causa suele ser la falsedad de las alegaciones llevadas a cabo por quien pretende entrar.

Ésa y otra Jurisprudencia tendrán relación con la construcción del artículo 13 del Reglamento de 2004 en el que la denegación de entrada se hará mediante resolución motivada, con información de los recursos que se puedan interponer contra ella, ante quién, plazo con el que se cuenta para realizarlos, derecho a la asistencia de un abogado pudiendo ser de oficio y a la asistencia asimismo de intérprete, derecho que el inmigrante tendrá desde el momento de efectuarse el control en el puesto fronterizo.

La Jurisprudencia sobre el Reglamento de 2393/2004, sin duda, también ha contribuido a la mejora de la aplicación y modificación de las normas, adaptándose a los cambios y necesidades que se han ido produciendo. Ésta tuvo su mayor contenido en la respuesta que distintos Juzgados y Tribunales dieron con respecto a las solicitudes de revocación de decisiones tomadas por distintas Administraciones con responsabilidad en extranjería, en relación a solicitudes de permisos de residencia y trabajo. Por ello en la mayoría de los casos se pone en relieve la falta de acuerdo en cuanto a la interpretación de la Disposición transitoria tercera del Reglamento (proceso de normalización).

Teniendo en cuenta que en esa fecha, la mayor parte de los inmigrantes irregulares se encontraban ya trabajando de alguna manera en nuestro país, el Gobierno estableció entonces y a partir de esta norma un Proceso de Normalización con la intención de regularizar a los inmigrantes en situación irregular y además, con la de hacer aparecer la economía sumergida en la que participaban hasta entonces.

Como hemos visto en dicha Disposición se establece el llamado Proceso de Normalización del que ya se da cuenta en el preámbulo del texto normativo. Se da un plazo de 3 meses, desde la entrada en vigor del Reglamento, a los empresarios o empleadores que tengan la intención de contratar a un extranjero, para solicitar el otorgamiento de una autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena.

Todo ello condicionado al cumplimiento de una serie de requisitos en unos casos para el empleador y en otros para el eventual empleado; en primer lugar que el trabajador figure empadronado en un municipio español, con al menos 6 meses de antelación a la entrada

en vigor del Reglamento y se encuentre en España en el momento de realizar su solicitud, además, que exista ya un contrato de trabajo firmado entre el empleador y el trabajador extranjero sólo pendiente de la entrada en vigor de autorización de residencia y trabajo solicitada. En dicho contrato el empresario se comprometerá al mantenimiento de la prestación laboral por un período mínimo de 6 meses con la excepción del sector agrario donde el período mínimo citado será de 3 meses. Advirtiéndose así mismo que en los casos de los sectores de construcción y hostelería dicho compromiso podrá llevarse a cabo dentro de un periodo máximo de 12 meses y, en tercer lugar, que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 50 del Reglamento para el otorgamiento de una autorización para trabajar con excepción de lo dispuesto en sus párrafos a, b y g.

Una vez comenzado el proceso y teniendo en cuenta que había extranjeros que ya estaban en España antes de esa fecha pero que no se habían empadronado u otros que lo hubieran hecho pero con posterioridad a la misma, se articuló un sistema que permitía a esos extranjeros el empadronamiento siguiendo el procedimiento del llamado empadronamiento por omisión.

En el análisis de la Jurisprudencia asociada al Reglamento vigente destaca el debate con respecto al citado Proceso de Normalización y más concretamente con respecto al también citado “empadronamiento por omisión”. La cuestión en la que se centra la mayoría de las sentencias analizadas es en esta disyuntiva: que el extranjero esté empadronado con anterioridad a 6 meses de la entrada en vigor del reglamento o que, si aunque no esté empadronado con la antelación suficiente, podría acogerse al proceso de normalización acreditando por cualquier otro medio de prueba que se encontraba residiendo en España.

Ésta es, como decimos la disyuntiva que ocupa la mayor parte de la Jurisprudencia que se refiere a este Reglamento pero la Disposición transitoria tercera no es el único precepto del mismo que ha suscitado dudas y reclamaciones ante los Juzgados y Tribunales. A continuación haremos un repaso por dicha Jurisprudencia sistematizándola por artículos.

6. 2. B. ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS MÁS SIGNIFICATIVAS BASADAS EN EL REAL DECRETO 2393/2004

Disposición Transitoria Tercera¹²¹

-Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 2 de San Sebastián.

Sentencia de 19 de septiembre de 2005, n° 259/2005.

La Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa no admite a trámite una solicitud de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena planteada por un ciudadano ecuatoriano. Por ello, dicho ciudadano interpone un recurso contra la resolución administrativa ante el Juzgado Contencioso-Administrativo de San Sebastián estimando dicho Juzgado que no se han tenido en consideración datos fundamentales para la resolución del asunto que el extranjero había aportado en el expediente, quedando así vulneradas sus garantías fundamentales en el procedimiento y anulada la citada resolución. Pero en lo que respecta a la vulneración de la Disposición transitoria tercera que nos ocupa, el juez añade otro sustento a su decisión más vinculado a dicho precepto, pues considera que constan en el expediente el contrato de trabajo indefinido, la certificación de la inscripción en el padrón del municipio donde reside y un certificado de haber sido intervenido en un centro hospitalario.

-Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N° 2 de San Sebastián.

Sentencia de 2 de enero de 2006, n° 1/2006.

Una empresaria solicita para su eventual empleada colombiana la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena y ésta es denegada por la Subdelegación del Gobierno en Guipúzcoa. Con este motivo interpone un recurso de reposición ante la misma Administración, obteniendo la misma respuesta. Sus pretensiones se dirigen entonces al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de San Sebastián. Dicho Juzgado sin embargo, y atendiendo a la normativa que desarrolla la Disposición transitoria tercera del RD 2393/2004, estima el recurso estableciendo la corrección de la inclusión de la extranjera en el Proceso de Normalización que plantea el Reglamento. Teniendo

¹²¹ Vid. MOLINA NAVARRETE, C.: "Proceso de normalización" en RAMOS QUINTANA, M.: *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, Lex nova, 2007, pp. 51-58.

en cuenta, en este caso, la validez del “empadronamiento por omisión” y la retroactividad en cuanto a las fechas como consecuencia de la aplicación de esta última normativa.

-Tribunal Supremo. Sala 3ª. Sección 5ª.

Sentencia de 17 de febrero de 2006. Recurso nº 6747/2002.

Un ciudadano extranjero solicita al Delegado del Gobierno el permiso de residencia temporal y le es denegado. El extranjero interpone recurso ante el Tribunal Superior de Justicia de la Rioja que confirma la denegación, por lo que dicho ciudadano acude con su pretensión al Tribunal Supremo y mediante un recurso de casación logra que se le otorgue el permiso. El Tribunal Supremo así lo concede basando su respuesta al extranjero en que el empadronamiento del ciudadano estaba acreditado seis meses antes de la solicitud por lo que se trata de una situación de arraigo que está legalmente amparada. Con la solicitud de la autorización de residencia temporal, el extranjero había adjuntado el certificado justificativo de haber causado alta en el padrón de su municipio el 4 de septiembre de 2000.

-Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

Sentencia de 24 de febrero de 2006, recurso de apelación nº 30/2006.

El TSJ de Navarra revoca la sentencia de instancia que corrige la decisión del Delegado del Gobierno, quien a su vez, inadmite la solicitud de un extranjero de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena. El juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Pamplona estima el recurso contra la Resolución del Delegado del Gobierno en Navarra y declara el derecho de la recurrente a la estimación de su solicitud. La Administración demandada interpuso recurso de apelación ante el TSJ de Navarra y éste decidió denegar la solicitud presentada al amparo del Proceso de Normalización 2005, por no acreditarse según dicho Tribunal el empadronamiento de la extranjera en España con anterioridad al 8 de agosto del 2004, considerando de este modo dicho empadronamiento como una “conditio sine qua non”.

-Tribunal Superior de Justicia de Baleares.

Sentencia de 27 de febrero de 2006, nº 204/2006.

El juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Palma de Mallorca dicta sentencia desestimando el recurso que interpuso un extranjero contra la resolución en la que se acordaba la inadmisión a trámite de la solicitud de autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena ante la Delegación del Gobierno en Baleares. El extranjero interpone un recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Balear y éste desestima la apelación y confirma la sentencia anterior en toda su integridad considerando ajustada a derecho la resolución impugnada.

El TSJ de Baleares determina que se trata de una solicitud carente de fundamento, estableciendo que el empadronamiento se ha producido con posterioridad al día 8 de agosto de 2004 y que los documentos aportados no tienen fuerza suficiente para acreditar la residencia del inmigrante con anterioridad a esa fecha. Sin embargo la defensa del extranjero arguye que no han sido tenidos en cuenta un billete de autobús y una factura de compra en sustitución del padrón como permite la normativa al respecto.

Esta sentencia niega el valor a los documentos presentados por el extranjero por ser documentos privados y no públicos fehacientes y por tanto, insuficientes a efectos del empadronamiento.

-Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

Sentencia de de 3 de marzo de 2006, nº 162/2006.

Un extranjero solicita de la Administración acogerse al Proceso de Normalización 2005 y es denegado por la misma. El ciudadano recurre ante el Juzgado de instancia y éste le reconoce dicho derecho que más tarde será revocado en apelación por el TSJ de Navarra. Este Tribunal considera que el dilema parte de la confusión que surge a partir de la elaboración por parte de la Administración de la lista, ya aludida, de documentos acreditativos de la residencia en España antes del 8 de agosto de 2004 y añade que esta lista tiende a facilitar la acreditación de la residencia como presupuesto para el empadronamiento pero no como presupuesto para acogerse directamente, sin empadronamiento, al proceso de normalización.

-Tribunal Superior de Justicia de Baleares.

Sentencia de 8 de marzo de 2006, nº 232/2006.

En este asunto, la Administración no se ha pronunciado sobre la procedencia o no de conceder la autorización inicial de residencia y trabajo a un extranjero que lo solicita, pero sí reconoce el derecho del recurrente a que la Administración se pronuncie sobre si procede o no la citada autorización. Por ello el Tribunal estima el recurso de apelación.

El argumento que utiliza el Tribunal Superior de Justicia de Baleares está íntimamente relacionado con la Disposición Transitoria Tercera del Reglamento que nos ocupa y además con la citada lista de documentos acreditativos de la residencia, de 14 de abril de 2005, ya que en ellas, se establecen los documentos que permiten la entrada al proceso de regularización de quienes sin disponer de requisitos de empadronamiento, sin embargo, sí disponen de otras pruebas que certifican los documentos que aparecen relacionados en esa lista.

-Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

Sentencia de 15 de marzo de 2006, recurso de apelación nº 48/2006.

La Directora del Área de Trabajo y Asuntos Sociales de la Delegación del Gobierno en Navarra acuerda denegar la solicitud presentada, al amparo del Proceso de Normalización de 2005, por parte de un inmigrante con motivo de no haber acreditado su empadronamiento. Esta Resolución es recurrida ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Pamplona. Dicho Juzgado le da la razón al inmigrante estimando el recurso. Sin embargo el TSJ de Navarra y como resultado de la apelación efectuada por la Administración General del Estado declara ajustado al ordenamiento jurídico el acuerdo de la Delegación del Gobierno impugnado en instancia al considerar que “el Proceso de Normalización es de carácter extraordinario y transitorio y debe cumplir con todas las exigencias que la norma impone y nada más que ello”.

-Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

Sentencia de 31 de marzo de 2006, nº 181/2006.

Un inmigrante solicita la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena siendo denegada y ratificada la denegación por el Juzgado de instancia. En el recurso de apelación que interpone contra la sentencia de dicho Juzgado, el TSJ de Castilla y León reconoce al apelante el derecho a la obtención de dicha autorización estableciendo que resulta insuficiente para denegar el permiso solicitado la existencia de diligencias penales, archivadas unas, y pendientes de juicio otras, que no acreditan según dicho Tribunal la puesta en peligro del orden público.

-Tribunal Superior de Justicia de Baleares.

Sentencia 7 de abril de 2006, nº 362/2006.

Un ciudadano extranjero solicita la autorización de residencia y trabajo con motivo del Proceso de Normalización de la Disposición transitoria tercera del Reglamento de 2004. Esta solicitud es inadmitida a trámite por la Administración, por lo que dicho inmigrante presenta un recurso contencioso-administrativo siendo éste también desestimado. El extranjero interpone recurso de apelación ante el TSJ de Baleares y este Tribunal estima dicho recurso estableciendo que procede dar curso a la solicitud por haber sido aportado el pasaporte del mismo en el que consta el sello de entrada en el país en fecha adecuada. Considera, de este modo, el Tribunal al pasaporte como medio de prueba alternativo al empadronamiento del interesado, debiendo considerarse dicho documento como uno de los que sirven para acreditar un supuesto de empadronamiento por omisión, estando debidamente sellado, como es el caso, por la Administración española.

-Tribunal Superior de Justicia de la Rioja.

Sentencia de 3 de mayo de 2006, nº 162/2006.

La delegación del Gobierno en la Rioja no admite a trámite la solicitud de autorización inicial de residencia y trabajo instada por un ciudadano extranjero. Éste recurre en instancia al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Logroño que desestima dicho recurso. Acude, por ello, en apelación al TSJ de la Rioja quien desestima el recurso de

apelación y confirma la sentencia recurrida dando por buena la denegación de la autorización de residencia y trabajo solicitada por el extranjero.

Establece la sentencia, que los documentos que aporta el inmigrante como justificación de su presencia en España anterior a la fecha prescrita en la normativa no son suficientes para que se pueda considerar un “empadronamiento por omisión” como señala la Resolución de 14 de abril de 2005.

-Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

Sentencia de 26 de mayo de 2006, nº 385/2006.

Se trata de un caso más relacionado con la Disposición transitoria tercera en el que una Delegación del Gobierno, en este caso en Navarra, deniega a un inmigrante la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena y éste acude al Juzgado de lo Contencioso en primera instancia y posteriormente apela al TSJ de Navarra pretendiendo el amparo a sus pretensiones de residir en España. Uno y otro confirman, mediante sus sentencias, dicha denegación estimando no ser válida la acreditación de la residencia o el posterior empadronamiento realizado en base a documentos, certificaciones o pruebas que no sean las concretamente reseñadas en la Resolución 14 de abril de 2005.

-Tribunal Superior de Justicia de Baleares.

Sentencia de 8 de junio de 2006, recurso de apelación nº 69/2006.

Al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Palma de Mallorca llega el recurso interpuesto por un extranjero contra la Resolución de la Delegación del Gobierno en la Comunidad Balear que no admite a trámite la solicitud de autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena para dicho extranjero.

Este juzgado estima la pretensión de invalidez jurídica que contra la Resolución de la Delegación tenía el extranjero. La Administración General del Estado no está de acuerdo con la sentencia de dicho Juzgado y recurre en apelación al TSJ de Baleares, quien estima el recurso interpuesto contra la sentencia que ordenaba se admitiera a trámite la solicitud realizada por el extranjero. Establece así el Tribunal que la resolución de la Delegación del Gobierno es ajustada a derecho. El debate entre Juzgado

y Tribunal se refiere básicamente a la determinación de si los documentos aportados por el inmigrante pueden considerarse como suficientes para acreditar la residencia del extranjero.

-Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

Sentencia de 19 de junio de 2006, recurso de apelación nº 33/2006.

Un ciudadano boliviano apela al TSJ de Castilla y León contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Ávila que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una resolución del Subdelegado del Gobierno en esa provincia que desestimaba, a su vez, un recurso de reposición interpuesto contra una resolución por la que se denegaba la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena, que ampara el Proceso de Normalización previsto en el Reglamento de 2004. La respuesta del TSJ reconoce el derecho del apelante a obtener el permiso de residencia y trabajo solicitado y revoca por tanto las sentencias anteriores que contradicen lo estimado por él, pues establece que se cumplen los requisitos que exige la Disposición transitoria tercera del Reglamento aprobado por el RD 2393/2004 a efectos del “empadronamiento por omisión”.

-Tribunal Superior de Justicia de Baleares.

Sentencia 18 de octubre de 2006, nº 823/2006.

Un extranjero solicita el permiso de residencia y trabajo al amparo del Proceso de Normalización del RD 2393/2004 y le es denegado. Tanto la sentencia de instancia como la apelación están de acuerdo en que no aporta el empadronamiento anterior al 8 de agosto de 2004 ni otra prueba que indique que residiera en España antes de esa fecha, ya que los documentos que acompaña son privados por no haber sido expedidos ante la autoridad española competente al efecto.

-Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.

Sentencia de 23 de octubre de 2006, nº 176/2006.

Una vez más un Tribunal Superior de Justicia confirma la denegación de la autorización inicial de residencia y trabajo a un extranjero que había recurrido posteriormente ante el

Juzgado de instancia, Juzgado que había ratificado dicha denegación. En este caso el Tribunal entiende la flexibilidad que ofrece la opción del “empadronamiento por omisión” pero también entiende que la forma en la que está prescrito que un ciudadano extranjero se encuentre de forma regular en España es a través de la certificación de empadronamiento y por ello no da valor a los documentos aportados por el extranjero.

-Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.

Sentencia de 26 de octubre de 2006, nº 621/2006.

El Delegado del Gobierno en Cantabria deniega la solicitud de autorización inicial de residencia y trabajo a un extranjero. Éste acude al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo y la sentencia desestima el recurso contra la Resolución del Delegado. El Extranjero apela ante el TSJ de Cantabria y éste desestima la apelación. Los motivos son básicamente que no está inscrito en el padrón y pretende demostrar su residencia en España en tiempo, a través de documentos que no responden a las exigencias normativas como billetes de avión o un pasaporte sellado en Uruguay.

-Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.

Sentencia de 31 de octubre de 2006, nº 637/2006.

La Administración municipal deniega la inscripción en el padrón a un extranjero. Así lo ratifica el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo y el Tribunal Superior de Justicia. Todos están de acuerdo en que el Ayuntamiento actuó conforme a derecho aplicando la normativa vigente.

-Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 3ª.

Sentencia 30 de noviembre de 2006. Recurso nº 2/2005.

Se plantea ante la Audiencia Nacional una cuestión de ilegalidad por parte del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Alicante sobre el artículo 7.2 párrafo 3º de la Orden PRE 140/2005, que desarrolla el procedimiento aplicable al Proceso de Normalización previsto en la Disposición transitoria tercera del Real Decreto 2393/2004. El motivo de la cuestión planteada es que dicho Juzgado considera que se introduce en el Proceso de Normalización una causa que no encuentra cobertura en la

norma que desarrolla. Sin embargo esta cuestión es desestimada por la Sala explicando que la Orden no innova el ordenamiento y los motivos de inadmisión están previamente contemplados en la Disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 4/2000 donde se establecen documentos coincidentes con los exigidos en dicha Disposición Transitoria.

Artículo 39

Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Sentencia nº 1341/2008 de 31 de julio.

El Consulado de España en Casablanca deniega el visado correspondiente a la solicitud de residencia por reagrupación familiar a dos marroquíes por entender esta Administración exterior que no se cumplían los requisitos de reagrupación. Estos dos extranjeros recurren las dos resoluciones que deniegan la reagrupación con su hijo, ante el Tribunal de Superior de Justicia de Madrid.

Para que se pueda atender la solicitud de reagrupación, según el artículo 39 apartados d) y e) del Real Decreto 2393/2004, el derecho a la reagrupación familiar de ascendientes será posible cuando éstos estén a cargo del reagrupante y haya razones para justificar que es necesaria su residencia en España. Para acreditar esa dependencia se deben haber transferido fondos o soportado gastos de su familiar al menos durante el último año que muestren dicha dependencia.

La Administración determinó que los ascendientes tienen posibilidades de vivir dignamente en Marruecos sin quedar solos como aducen, pues en su país tienen otros hijos (cuatro hijos y nueve nietos) y la necesidad afectiva no existe. La aportación económica, que dicen se le envía (media de 530 euros al mes) es una cantidad que supone el doble del salario medio marroquí con el que vive una familia, por lo que no existe necesidad de autorización de residencia en España.

Hay múltiples factores, según el Tribunal, para que se pueda hablar de *“necesidad de autorizar la residencia”*. Factores como los niveles de ingresos del reagrupante y del reagrupable, el entorno familiar, el sacrificio económico que supone para el reagrupante la asistencia a su ascendiente en su país o el nivel de vida de que disfruta el ascendiente con las ayudas que recibe. Sólo analizando todos estos factores se podrá determinar *“si*

objetivamente es absolutamente necesario que el ascendiente venga a España para su plena realización". Por todo ello, el Tribunal desestima la los recursos

Artículo 45

Tribunal de Justicia del País Vasco.

Sentencia de 7 de julio de 2006, nº 452/2006.

En este caso el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco se pronuncia a favor del extranjero que solicita participar del Proceso de Normalización y cuya petición ha sido denegada según el Tribunal sin que medie, como está prescrito, una Resolución motivada. De modo que estima el recurso de apelación que el inmigrante interpone contra la sentencia del Juzgado de instancia que ratifica dicha denegación, declarando el derecho de la parte actora a que se retrotraigan las actuaciones al momento de la aportación de la certificación de la inscripción padronal por parte del Ayuntamiento y a que el mismo continúe con la tramitación y comprobación de los documentos que obran en poder del ciudadano para pronunciarse de forma motivada en una nueva resolución.

Tribunal Constitucional

Cuestión de Inconstitucionalidad de 19 de mayo de 2010, núm. 7668/2009.

El 14 de septiembre de 2009 el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Barcelona planteó una Cuestión de inconstitucionalidad, por posible vulneración del artículo 39 de la Constitución, relativa al apartado cuarto del artículo 31 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que tras la reforma en 2009 se convirtió en parte del apartado quinto del artículo 35 de la misma Ley y que se desarrolla, a los efectos de esta decisión, en el apartado segundo letra b) del artículo 45 del Real Decreto 2393/2004. El Tribunal Constitucional desestima la Cuestión de inconstitucionalidad por considerar que no existe vulneración del artículo 39 de la Constitución.

Contra la resolución del Subdelegado del Gobierno en Barcelona, que había desestimado un recurso de reposición interpuesto ante él mismo contra una previa

resolución que denegaba una solicitud de autorización de residencia y trabajo por arraigo social con motivo de la posesión de antecedentes penales siendo su carencia un requisito para obtener dicha autorización, el 27 de diciembre de 2007 se interpone un recurso contencioso-administrativo.

Entre las alegaciones de la parte actora se consideraba que podría resultar inconstitucional el hecho de impedir la residencia a un padre de familia de un menor de nacionalidad española o presuntamente española *“con la consiguiente afectación del derecho a la familia no sólo del afectado sino también de su hijo”*. Según el Juzgado, el precepto es inconstitucional porque impide de forma absoluta la realización de valores constitucionales como el citado, que condenaría al hijo a prescindir de una relación directa con su padre.

El Fiscal General del Estado también expone sus argumentos estableciendo que las dudas de constitucionalidad están manifiestamente infundadas. Entre otros motivos establece que el artículo 39 de la Constitución se encuentra situado en el Capítulo III del Título I entre los llamados principios rectores de la política social y económica cuya garantía constitucional es precisada por el apartado tercero del artículo 53. Por lo que se ubica en el tercer nivel de garantías establecidas en el precepto citado, y por ello, es importante tener en cuenta su relevancia en confrontación con otros derechos, bienes o intereses protegidos constitucionalmente.

Establece también que no se puede afirmar que el principio de protección a la familia o el pretendido derecho subjetivo a la familia y a la relación paterno-filial o a la convivencia se deba entender con un carácter absoluto ya que *“la efectividad del ejercicio de la potestad jurisdiccional, del ius puniendi y de los fines de la pena y del derecho a la seguridad que ostentan las personas tendrían una clara primacía sobre el mantenimiento a ultranza y sin modulaciones de la convivencia familiar”*.

El Tribunal Constitucional determina que es posible concluir que el inciso cuestionado no vulnera el artículo 39 de la Constitución (acorde con lo determinado por el Fiscal General del Estado) e inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Barcelona.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Sentencia 30 de septiembre de 2009.

La Delegación del Gobierno en Madrid deniega una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de enfermedad en relación al artículo 45.4. b) del Real Decreto 2393/2004. Esta resolución es recurrida en reposición por el interesado. Con ese motivo se presenta un recurso contencioso-administrativo en el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº16 de Madrid. La sentencia resultante es recurrida en apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

El Tribunal confirma la sentencia, en la que se confirma a su vez la denegación de la autorización, basándose en la precisión del requisito necesario para que la enfermedad se considere sobrevenida y poder así otorgar el permiso de residencia por circunstancias excepcionales y humanitarias. Según el Reglamento de Extranjería *"los extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada, de imposible acceso en su país de origen, y que el hecho de ser interrumpida o de no recibirla suponga un grave riesgo para la salud o la vida. A los efectos de acreditar la necesidad, será preciso un informe clínico expedido por la autoridad sanitaria correspondiente."*

Parece ser que el ciudadano extranjero que pretendía tal permiso ya había sido diagnosticado y tratado en su país por lo que no se trata de una enfermedad sobrevenida y por cierto, en este caso, tampoco grave. El Tribunal establece que si se le concediera el permiso se estaría vulnerando el principio de igualdad en la aplicación de la Ley a todos los ciudadanos extranjeros. Por todo ello se desestima el Recurso de Apelación.

Artículo 53

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Santander.

Sentencia de 4 de enero de 2006, recurso de apelación nº 404/2004.

La Delegación del Gobierno en Cantabria es demandada ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo por una ciudadana extranjera a la que había denegado la autorización inicial de residencia y trabajo que la inmigrante solicitó con la intención de

participar en el Proceso de Normalización que incluye el RD 2393/2004. La denegación de la autorización se debe, en este caso, a que la inmigrante no presentó el certificado de penales en tiempo ni lo subsanó en el plazo que tenía para hacerlo.

Sin embargo, el Juzgado citado, estima parcialmente el recurso interpuesto por la extranjera anulando la resolución en la que se le deniega la autorización y ordenando la retroacción del procedimiento administrativo al momento anterior al acto anulado, otorgándole a su vez un nuevo plazo razonable para que la extranjera pueda adjuntar el certificado de penales.

Tribunal Superior de Justicia del País Vasco.

Sentencia de 21 de abril de 2006, nº 287/2006.

Un ciudadano es obligado a salir del territorio español mediante una orden de expulsión, sin embargo, dicho ciudadano, alegando circunstancias prevalentes al interés general de abandonar nuestro país y en tanto no se dicte sentencia dando fin al proceso principal, decide acudir al juzgado y plantear sus pretensiones. Su planteamiento es desestimado. Acude a la apelación y es en esa instancia, donde se le reconoce el derecho que solicitaba ya que se aprecian, en esta ocasión, datos que aconsejan la adopción de la medida cautelar de suspensión de la medida obligatoria de salida que contiene la resolución administrativa recurrida. Se trata de datos relativos a los vínculos que el extranjero tiene en el territorio español de tipo económico y social, los que aconsejan tomar la medida.

Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

Sentencia de 26 de mayo de 2006, nº 285/2006.

Un ciudadano de Burkina Faso solicita la autorización inicial de residencia y trabajo y le es denegada. El motivo que alega la Administración para tomar tal decisión es la posible existencia de unos hechos presuntamente delictivos que se le imputan al extranjero. Es claro que el apelante aún no ha sido condenado por esos hechos y eso le parece suficiente al Tribunal al que se apela para ir contra la sentencia que desestima el recurso contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno de Soria y reconocer el derecho del inmigrante a la solicitada autorización.

Artículo 54.9

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 2 de San Sebastián.

Sentencia de 6 de febrero de 2007, Recurso nº 248/2006.

Un extranjero solicita la renovación del permiso de residencia y trabajo ante la Delegación del Gobierno en el País Vasco siendo denegada por el mismo. No obstante en el recurso que dicho ciudadano interpone en instancia ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo se reconoce su derecho a que le sea concedida dicha renovación. Hace referencia el Juzgado en su argumentación a que los antecedentes penales del recurrente se refieren a asuntos que no revisten especial gravedad, con responsabilidades criminales extinguidas, aunque la última no haya sido cancelada.

Añade en su alegato la importancia de tener en cuenta la situación de arraigo familiar y laboral acreditada y el perjuicio que le causaría la denegación de la renovación que solicita que conlleva la obligación de marcharse del país. Además, se indica en la sentencia la falta de proporción en la respuesta y la ausencia de motivación de la misma.

Artículo 70.2

Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Sentencia de 14 de julio de 2005. Recurso nº 1141/2003.

En este caso se trata de la denegación por parte de la Delegación del Gobierno en Madrid de un permiso de trabajo por cuenta propia a un solicitante extranjero. Se interpone posteriormente, por el inmigrante, recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid que desestima el recurso. Entre los fundamentos de la sentencia se encuentra el hecho de que la propuesta de autoempleo tiene un interés nulo para la economía nacional.

Artículo 92

Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Huesca.

Sentencia 13 de octubre de 2006, nº 296/2006.

En este caso se dilucida sobre si un menor extranjero debe ser o no repatriado. Existe una Resolución del Subdelegado del Gobierno en la que no se reconoce el derecho al menor a ser oído en el expediente. Se repatría al menor pero no se tiene en cuenta que esa repatriación debe hacerse buscando la efectiva reagrupación familiar del mismo o la adecuada tutela de los servicios de menores. En este caso el padre del menor se encuentra ingresado en un centro penitenciario y la madre no es localizada. Aún así se interpone un recurso ante el Juzgado contra la Resolución de la Subdelegación del Gobierno y finalmente se reconoce por parte de dicho Juzgado el derecho del chico a ser oído en un eventual expediente de repatriación que pueda volver a tramitarse por la Administración, estimando, por tanto, el recurso y anulando la Resolución.

En España la repatriación de menores constituye una consecuencia legal prevista ante la presencia irregular de un menor no acompañado. El presupuesto del artículo 92 del Reglamento no se considera acreditado en el expediente instruido por la Administración General del Estado. Si es cierto, sin embargo, que en un principio se informó del domicilio de los padres y ello legitimaba el inicio del expediente de repatriación que, por ello, llevo a cabo la policía. Tampoco consta en el expediente que se haya actuado en relación con los Servicios de Protección de Menores del Reino de Marruecos para que aseguraran la tutela del menor.

Artículo 131

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Sentencia de 28 de abril de 2006, nº 399/2006.

Este asunto está relacionado con la representación procesal para ser asistido en un procedimiento administrativo de expulsión. El Tribunal estima que no comporta la necesidad de otorgar un poder de representación ni general ni específico al letrado.

La Subdelegación del Gobierno adopta una resolución contra la que se interpone un recurso que el Juzgado de instancia admite así como la apelación interpuesta contra el auto dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Barcelona que desestima dicho recurso y confirma todos los extremos de la resolución.

El Juzgado, respaldado por el Tribunal, declaró terminado el procedimiento y archivados los autos con motivo de la falta de subsanación en tiempo por parte del apelante de los defectos apreciados consistentes en la falta de acreditación de la representación procesal.

En el turno de oficio se designa a una letrada para asistir al extranjero incurso en un procedimiento administrativo de expulsión. Esta previsión de asistencia de un letrado significa según el Tribunal que si el extranjero no designa letrado de su elección, se le proporcionará uno de oficio por el correspondiente Colegio Profesional. La ley establece que es necesaria la asistencia de letrado en procedimientos muy concretos el preferente de expulsión, y la denegación de entrada en el artículo 13 del Reglamento. Si no tiene medios económicos puede solicitar el beneficio de la justicia gratuita. El Tribunal determina que esa previsión de una representación letrada en los citados procedimientos administrativos no son extensivos a una representación procesal en la vía jurisdiccional.

7. PROBLEMAS PRÁCTICOS Y APLICATIVOS

7.1. INTRODUCCIÓN

Valorar si las previsiones del reglamento efectivamente se cumplieron y podían cumplirse es trascendental para su análisis, sobre todo teniendo en cuenta la conexión entre sus preceptos y los derechos fundamentales. Aunque pueda resultar paradójico desde la comprensión tradicional de estos derechos, en un Estado Social, cada vez son más los que dependen casi exclusivamente de la Administración, estando condicionados por tanto por sus circunstancias organizativas y procedimentales.

No hay que olvidar, por otro lado, que el Reglamento es aprobado por un Real Decreto del Consejo de Ministros, y constituye por tanto una decisión gubernamental de

implementación de un programa político por el que votaron la mayor parte de los ciudadanos en las elecciones democráticas del 14 de marzo de 2004. Cada incumplimiento fáctico de este reglamento, por ello, supone una vulneración de la dirección que legítimamente corresponde al Gobierno salido de ese proceso.

Esta Tesis parte de un trabajo realizado en 2007 sobre la aplicación del Real Decreto 2393/2004, para el que tuvimos la oportunidad de entrevistarnos con los responsables de algunas Oficinas y Dependencias españolas de extranjería. A partir de estos encuentros, además de extraer conclusiones sobre esta norma, hemos podido posteriormente y a través de la pauta marcada por el estudio anterior, configurar una opinión sobre el Real Decreto que la sustituye, comparando las virtudes y defectos de aquélla con los del reglamento vigente.

7.2. CUESTIONARIO

Contactamos con los responsables de Oficinas o Dependencias de extranjeros de Valladolid, Salamanca, Madrid, Castellón, Alicante, Murcia y Almería, así como con los responsables de las Dependencias de extranjería de las Comisaría de policía de Salamanca y de Almería, y el cuestionario al que respondieron nuestros entrevistados, es el siguiente:

Primera pregunta:

¿Considera usted que Real Decreto 2393/2004 y el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 aprobado por éste responden a las necesidades normativas y administrativas en la materia de extranjería e inmigración, a día de hoy? Valore con carácter general esta norma.

Segunda pregunta:

¿Cree que hay aspectos claramente mejorables de este Real Decreto y Reglamento, con pleno respeto a lo establecido en la Ley Orgánica 4/2000, a la vista de las circunstancias actuales de la gestión administrativa en la materia? Señale cuáles son, a su juicio.

Tercera pregunta:

¿Cree necesario aclarar o desarrollar más algunos aspectos del Real Decreto y del Reglamento? Señale cuáles y en qué sentido.

Cuarta pregunta:

¿Se encuentra usted con problemas a la hora de interpretar o aplicar alguno de los preceptos del Reglamento y del Real Decreto? Si es así, señale estos preceptos y sus dificultades interpretativas o aplicativas.

Quinta pregunta:

¿Considera usted adecuada la regulación de los procedimientos administrativos en el Reglamento? Señale los aspectos procedimentales que cree mejorables.

Sexta pregunta:

¿Considera que los derechos procedimentales en materia de extranjería deben ser los mismos que se contemplan para otros procedimientos administrativos? Razone su respuesta.

Séptima pregunta:

¿Considera que los tiempos de tramitación de los procedimientos en materia de extranjería son adecuados?

Octava pregunta:

¿Cree que una mayor informatización coadyuvaría a mejorar la eficacia en estos procedimientos? Explique cómo.

Novena pregunta:

¿Cree que la organización administrativa en materia de extranjería, en lo que se refiere a la Administración General del Estado, está necesitada de cambios? Señale los que considera más necesarios.

Décima pregunta:

¿Considera que la creación de una Agencia Estatal puede mejorar la gestión administrativa en esta materia?

7.3. RESUMEN DE LAS DIFICULTADES DE INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL REGLAMENTO

En la entrevista en la Comisaría de policía Salamanca, durante la aplicación de este reglamento, se valora el mismo de forma positiva, pero se hacen algunas sugerencias respecto de los trámites concretos que se diligencian allí, muy en concreto en lo relativo a los estudiantes (mayor carga de trabajo en una ciudad universitaria como es Salamanca). Así, se propone en la línea de la simplificación que el visado en el pasaporte hiciera las veces de la tarjeta de identidad del extranjero.

Casi toda la entrevista gira en torno a la problemática planteada por los procedimientos de concesión de visados a los extranjeros, como por ejemplo la cuestión de la vigencia de los visados de 180 días. La duda sobre la posible extensión de la tarjeta más allá de esos 180 días pone de manifiesto, en sí misma, dificultades de comprensión de la norma.

Respecto de las posibles mejoras a introducir, se sugiere la posibilidad de acortar los procedimientos, así como de automatizar ciertas resoluciones (renovaciones). Se considera la informatización clave y no se apuntan objeciones al reconocimiento de los mismos derechos procedimentales a los extranjeros que a los españoles.

En cuanto a la organización administrativa, se comenta la necesidad de “personal más especializado”, por las dificultades de entendimiento con personas de procedencias tan diversas. Se observan posibles inconvenientes, sin embargo, en la posible creación de la Agencia (a pesar de que podría suponer la búsqueda especialización), lo que denotaría a nuestro juicio cierto recelo de los funcionarios del Ministerio del Interior (Cuerpo Nacional de Policía), respecto del papel de las oficinas y otras unidades administrativas, incluyendo la futura Agencia.

En la Subdelegación del Gobierno en Salamanca también se valora positivamente el reglamento, si bien también se considera una norma mejorable. Por ejemplo, se entra en el punto capital de la presentación personal de solicitudes, criticando la reforma introducida por la Ley 14/2003. Se considera en concreto que podría permitirse la

presentación por abogados o graduados sociales. También deberían simplificarse los procedimientos.

Se apunta la necesidad de desarrollar la norma en algunos puntos, así el de los recursos económicos, que deja excesiva discrecionalidad al no haberse precisado. Otros aspectos del Reglamento plantean desde este punto de vista problemas interpretativos.

Respecto de los derechos procedimentales de los extranjeros, se considera que deberían ser los mismos que para los españoles, pero se recuerda la importancia que tiene la excepción de exigencia de presentación personal de solicitudes, lo que demuestra una respuesta bien informada y consciente de que los derechos procedimentales se encuentran relativizados y matizados.

No se plantean especiales quejas en cuanto a los tiempos de duración de los procedimientos. En Salamanca la carga de trabajo es menor a la que se experimenta en otras localidades con mayor presión migratoria. Sobre la informática, se reconoce que se ha avanzado mucho gracias a ella: “agiliza y ha agilizado mucho”.

Desde el punto de vista de la Subdelegación del Gobierno en Salamanca, los cambios organizativos son muy necesarios. Su punto de vista difiere del de la Comisaría de Policía, porque la solución de la Agencia se considera acertada, por traer la necesaria homogeneidad y ayudaría a resolver problemas como la falta de adscripción de personal suficiente. Así como se cree que mejoraría las deficiencias de coordinación que se aprecian. Se han elaborado guías sobre los procedimientos en las provincias que tal vez podrían haberse realizado por vía de instrucciones desde la Secretaría de Estado y sus Direcciones Generales.

Se echó en falta mayor comunicación entre las instancias centrales y las oficinas, más información en cuanto a las perspectivas de desarrollo y reforma de las normas que tienen que aplicar.

La entrevista en la Oficina de extranjeros de Valladolid resultó la más larga de todas las realizadas, y expone de manera bastante completa las dificultades aplicativas del Reglamento.

La contestación a la primera pregunta, de valoración general del Reglamento, es positiva, considerándose que reduce la discrecionalidad al determinar conceptos como los de “dependencia económica”, y que clarifica. También se apuntaba la necesidad de mayor desarrollo reglamentario, pues otros conceptos, como “valoraciones de tipo económico” o “vivienda adecuada” los estaban normalizando los propios responsables de las oficinas mediante documentos de consumo interno.

Lo insatisfactorio de tal estado de cosas se pone de manifiesto en la contestación a la segunda pregunta, pues se considera que sí hay aspectos claramente mejorables, a la vista de las circunstancias de la gestión administrativa en esta materia. En este sentido, se echaba en falta mayor seguridad jurídica, pues algunas cuestiones no se habían desarrollado o articulado bien.

Al mismo tiempo, sin embargo, se consideraba que el Reglamento era una norma prolija, que podría ser simplificada. Se regulaban a juicio de los responsables de esta Oficina demasiados procedimientos, que podrían simplificarse con la eliminación de algunos (por ejemplo, eliminando el permiso de trabajo para los reagrupados).

También se duda de la eficacia de algunas de las soluciones ensayadas por el Reglamento, como la del Contingente, porque no responde a lo solicitado por los empresarios, que prefieren contratar personas concretas. Además, en la elaboración del Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura no participan las Oficinas de extranjeros. En algunos casos no hay conexión alguna a estos efectos entre las oficinas de extranjeros y los servicios de empleo de las Comunidades Autónomas, lo que produce inevitablemente faltas de sintonía.

De nuevo surge la cuestión de la difícil interpretación del Reglamento en la contestación a la pregunta cuarta. Pero en este caso se asocian esas dificultades a la distribución de competencias entre los Ministerios de Trabajo e Interior. También se desvelan aquí otras cuestiones, como la posible “discriminación inversa” de los ascendientes de los comunitarios, respecto de los de los españoles. Y la falta de equiparación de las parejas de hecho.

Las propuestas de posible mejora de la regulación de los procedimientos administrativos (quinta pregunta) se concretan en la entrevista de Valladolid en la posible simplificación de los mismos (que es una reclamación constante), considerando que podrían eliminarse las autorizaciones de trabajo para los residentes legales, la refundición de procedimientos. Además, se considera que la exigencia de presentación personal en todo caso genera numerosas disfunciones prácticas, así como queja de los representantes y gestores de las empresas. Estos problemas se acentúan al no existir sistema de cita previa.

Respecto del reconocimiento de los mismos derechos procedimentales a los extranjeros que a los españoles, la respuesta a la sexta pregunta es, sin dudas, afirmativa.

La pregunta sobre las ventajas de una mayor informatización también recibe en esta entrevista una contestación positiva, poniéndose como ejemplo de su contribución a la mejora de los resultados el proceso de normalización, un ejemplo de coordinación y acceso a bases de datos. Ya, sin la misma interconexión, la eficacia se veía afectada.

Respecto de la organización administrativa, se acepta sin ambages la necesidad de cambios. Se sugiere una estructura más homogénea y mayor conexión entre las provincias de una misma Comunidad Autónoma. A día de hoy, decían, muchos problemas son resueltos por las distintas instancias administrativas de la Administración General del Estado, en la misma Comunidad Autónoma, de manera independiente. Lo cual es una muestra clara de descoordinación.

La futura Agencia no se considera una panacea en sí misma, desde la experiencia de que *“el nombre es lo de menos”*. Lo importante son los recursos materiales y humanos con los que esté dotada, si por ejemplo va a contar con personal policial, facilitando la unificación de las funciones que se desarrollan en las Comisarías de policía y las Oficinas de extranjeros.

La visita a la Oficina de extranjeros de Murcia fue mantenida con el Jefe de expulsiones en ese momento. Respecto de la primera pregunta, se valora de manera extraordinariamente positiva el reglamento aprobado por el Real Decreto 2393/2004, por considerarse que facilitó la interpretación de numerosos aspectos oscuros en la

normativa anterior. De nuevo sobresale aquí la comparación con la situación precedente, en comparación con la cual el escenario que se abre con el nuevo reglamento se considera a todas luces mejor. Se considera elaborado desde un análisis pormenorizado de la problemática y la casuística de los procedimientos.

Dicho esto, también se matiza a continuación que, aunque se han unificado los criterios de interpretación de numerosos aspectos, hay otros que permanecen abiertos, como los ya comentados de solvencia económica o los requisitos de la vivienda, que obligan a cada Oficina a interpretar con cierta discrecionalidad los preceptos de la norma. Se subraya que la entrevista se hizo transcurridos más de tres años de la aprobación de la norma todavía no se habían precisado estas cuestiones.

El procedimiento de expulsiones también deja abiertas algunas incógnitas. Aunque el caso concreto que planteaba no parece especialmente difícil desde un punto de vista jurídico, y ha sido aclarado tras las consultas pertinentes (qué se entiende por condenado a pena superior a un año). Pero es indicativo de que incluso lo que puede parecer muy claro puede dar lugar a dudas interpretativas.

Las dificultades interpretativas y problemas relacionados con las expulsiones se ponen de manifiesto también en la contestación a la tercera pregunta, en la que se comenta la interpretación de cuándo cabe la sanción de expulsión en lugar de la multa, o viceversa. Aquí la disparidad de criterio entre los órganos de la Administración y los Juzgados del orden contencioso-administrativo pone de manifiesto la necesidad de recordar algunos principios básicos del Derecho administrativo (como el de proporcionalidad) en el régimen sancionador del Reglamento.

Muy esclarecedoras fueron las contestaciones sobre posibles mejoras en los procedimientos, porque además de señalar que pueden hacerse, se plantea la cuestión de si la exigencia de presentación personal de las solicitudes, con limitación de la utilización del correo certificado, es la forma más adecuada de evitar prácticas fraudulentas de los interesados. Esto porque se parte del principio de que los derechos de los extranjeros en los procedimientos administrativos deberían ser los mismos que para los españoles, y que por tanto las excepciones a estos derechos deberían ser bien pensadas y estar suficientemente justificadas.

En cuanto a los plazos, de nuevo queda de manifiesto que este punto no plantea problemas. Incluso en una oficina con tanta carga de trabajo como puede ser la de Murcia, gracias a la automatización e informatización de los procedimientos, los plazos se está cumpliendo, hasta con cierta holgura. Lo que quiere decir que no es necesario en modo alguno ampliarlos. Y que quizás podrían reducirse con una mayor informatización y automatización.

Se resaltaron las mejoras producidas tanto en la automatización como también el progresivo incremento de medios personales. La respuesta administrativa al espectacular aumento del número de solicitudes ha ido amoldándose poco a poco, y en ese momento la situación parecía ser mucho mejor que la que se producía años atrás.

La respuesta a la octava pregunta sobre la informatización en esta entrevista es más extensa que en las anteriores. También ofrece un análisis más detallado, pues entra a valorar la herramienta (la aplicación informática), considerándola buena pero mejorable. La falta de interconexión entre las bases de datos de la Policía y las Oficinas de extranjería plantea desde su punto de vista problemas, y da lugar a errores incluso. Por ello debería existir una base verdaderamente común. La idea de distintos niveles de acceso a una base común podría ser tenida en cuenta para la mejora de los serios problemas que se exponen.

Sobre la cuestión organizativa, como en las entrevistas anteriores, se reconoce la necesidad de cambios. No se sabe si la Agencia puede ser la mejor solución (lo que demuestra una ausencia de prejuicios positivos o negativos al respecto), pero sí hace falta algún cambio, luego se está indicando así que la organización actual presenta defectos. La dependencia de varios Ministerios se considera un inconveniente de relieve, que se ejemplifica con el dato de que ninguno se quiere hacer cargo de las costas por los contenciosos perdidos.

En esta entrevista se introduce también la cuestión de los archivos. Llama la atención que en el caso murciano el problema de la acumulación extraordinaria de expedientes se ha resuelto encomendando a una empresa privada su almacenamiento, una solución ciertamente atípica en la gestión de documentos que debería ser valorada para aceptarse

o descartarse con carácter general. En cualquier caso, el problema físico incluso de los expedientes debe ser tenido en cuenta.

En la Oficina de extranjeros de Alicante, de nuevo encontramos una valoración general positiva del Reglamento, y una vez más esta valoración obedecía a su comparación con la situación anterior (se entiende que también respecto de la anterior norma). Ahora bien, como en las entrevistas anteriores, inmediatamente se introducen matices a esta valoración general, coincidentes algunos de ellos con los formulados en anteriores entrevistas.

Así, como en la Oficina de Valladolid, se cuestiona la validez práctica del Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura como herramienta para la política de concesión de permisos de trabajo. La falta de sintonía entre los servicios públicos de empleo de las Comunidades Autónomas y las prácticas casi fraudulentas a las que lleva el modelo del reglamento de 2004 son expresadas de manera elocuente y muy detallada en esta entrevista, que alcanza cotas de sinceridad inusuales (al poner de manifiesto de forma descarnada las soluciones alternativas para evitar los obstáculos de la norma).

Se coincide, en el terreno de las cuestiones a mejorar, en la necesidad de una regulación del punto de los medios económicos, pues la situación que contiene el reglamento vigente en ese momento permitía interpretaciones diversas, con grave riesgo de arbitrariedad. Esta observación conecta con la necesidad apreciada de mayor desarrollo de algunos aspectos del Reglamento, así como de la problemática relación entre esta norma y sus instrucciones. Qué debería estar en el Reglamento, y qué en las instrucciones que deban desarrollarlo, es una cuestión relevante que debe ser precisada.

Aunque como contestación a otra pregunta, las observaciones que se hacen sobre los problemas con la gestión de los Ayuntamientos ponen sobre la mesa otra muestra de descoordinación e insuficiente definición de las competencias respectivas de cada una de las Administraciones en la toma de decisiones en este ámbito.

La cuarta pregunta sobre las dificultades interpretativas y aplicativas se contesta de nuevo con las quejas sobre la falta de definición como los medios económicos en la reagrupación familiar.

En cuanto a los procedimientos, se apuntaba una cuestión nueva (no planteada en otras entrevistas), pero que nos pareció relevante. El silencio positivo en los procedimientos actuales no plantea grandes problemas, pero si se diera el caso de que la mayor parte de las resoluciones (o un número sensiblemente mayor de las actuales) pasara a ser desestimatoria, entonces el régimen del silencio positivo comenzaría a dar grandes problemas por las dificultades que se suscitan con la notificación a los interesados. Este problema de las notificaciones, ante las resistencias a ser notificados o los cambios de domicilio, requiere probablemente una respuesta pensada.

Nos parece importante subrayar que esta observación se hace desde el convencimiento de que los derechos procedimentales deberían ser los mismos para los extranjeros que para los españoles, e incluso desde una consideración expresa de los intereses de los inmigrantes, que por sus particulares dificultades se ven obligados a requerir asistencia profesional en muchos casos para que les informen mejor sobre la tramitación de los procedimientos.

A juicio del responsable de la Oficina de extranjeros de Alicante, los tiempos de tramitación de los procedimientos fueron un problema antes, pero ya no lo eran tanto en el momento de la entrevista. El reforzamiento con más personal de sus servicios, junto a la decisión organizativa de situar más personal en los servicios de información (en la recepción) parece haber evitado los problemas de las colas y los retrasos derivados de la inadecuada presentación de solicitudes. También una cita concertada previamente mediante la página web parece haber mejorado el estado de cosas, aunque las respuestas no eran precisamente rápidas, pero generaban certidumbre al menos en los extranjeros.

Ninguna reserva se planteó a las ventajas de la informatización como mecanismo básico para la agilización de los procedimientos y el mejor funcionamiento del sistema. Las experiencias previas así lo demostraron (proceso de regularización y renovaciones automatizadas).

De la misma manera se contestaba afirmativamente a la pregunta sobre la necesidad de cambios organizativos, poniendo de manifiesto los problemas funcionales que plantea para la gestión cotidiana de las oficinas la dependencia de la Subdelegación del

Gobierno. Por ello se reclama mayor autonomía, lo que sería factible con la constitución de la Agencia, solución que se considera puede ser positiva, porque a su juicio es imprescindible elevar la categoría de las oficinas (dejando de ser meros servicios dependientes de la Subdelegación del Gobierno). De cualquier forma, parecía necesario resolver los problemas derivados de la intervención simultánea de múltiples ministerios.

En la visita a la Oficina de extranjeros de Almería también nos recibió el máximo responsable. Con mínimos matices, el tono de las respuestas se asemejó sensiblemente a las anteriores. Así, la valoración general del Reglamento es positiva, aunque la contestación comienza con una crítica a la regulación de las autorizaciones de trabajo, porque se considera que no evita determinados fraudes, como la constitución de empresas con el único fin de dar cobertura a ofertas de trabajo ficticias. Sólo una mayor colaboración con la inspección de trabajo podría evitar estos problemas, que además ralentizan la resolución de los procedimientos porque la Oficina se preocupa de intentar evitar el fraude.

Hay que recordar que en otras entrevistas se ponía en duda que las Oficinas tuvieran que preocuparse por comprobar si efectivamente la oferta de trabajo respondía a necesidades empresariales reales o a un fraude, esto es, si las funciones de las Oficinas se limitaban a lo formal (la tramitación de las solicitudes), o tenían que alcanzar al fondo de la existencia real de trabajo. De cualquier manera, con independencia de la respuesta que se dé a esta cuestión parece que debería ser uniforme, y las divergencias interpretativas evidencian falta de coordinación y la tendencia a resolver los problemas según el criterio individual de cada uno de los responsables provinciales.

También se señala otro problema puntual en relación al retraso en la concesión de visados por los Consulados, especialmente en los países africanos. Los visados se conceden tarde, una vez han transcurrido los plazos máximos, por lo que después no queda más remedio que reiniciar el procedimiento. Haría falta, por ello, una mejor interconexión entre los Consulados y las Oficinas de extranjería, comunicándose por vía telemática. También contribuiría a solucionar este problema, se opina, una base de datos común.

Igualmente se apuntaba al procedimiento de arraigo como otro de los extremos del Reglamento necesitados de mayor clarificación (artículo 45). Aunque se dictaron Instrucciones al respecto, no debieron ser suficientemente esclarecedoras, porque el responsable de la Oficina confiesa que *“yo he optado por hacer mi propio procedimiento para evitar distintas interpretaciones, y unificar criterios aunque sólo sea aquí”*. La verdad, reconociendo la situación tan difícil a la que se enfrentan los responsables de las Oficinas, resulta llamativo que se tuvieran que resolver con el criterio personal de un funcionario lo que debería ser una interpretación homogénea y coordinada de una norma estatal.

Otros problemas, algunos ya señalados en entrevistas anteriores, se añaden a éstos: la necesidad de desarrollar más la cuestión de medios económicos; la necesidad de soluciones frente al fraude documental; y de nuevo los problemas generados por la exigencia de presentación personal de las solicitudes. Por lo visto, seguía siendo habitual que se presentasen solicitudes por correo, colapsándose las Oficinas de correos. Sobre la cuestión de los medios económicos, la Oficina de extranjeros de Almería ha adoptado un criterio plausible (cifras estadísticas de ingresos medios de una familia en Andalucía), pero reconoce que en cada Provincia se está actuando de forma distinta. El desarrollo vía instrucciones o complementando el reglamento se hacía imprescindible.

Tras una contestación tan extensa y pormenorizada a la primera pregunta, la segunda inevitablemente resultó mucho más escueta, pues ya se expresó la opinión al responder la anterior. Se resumen las modificaciones imprescindibles y más urgentes del reglamento en la mejor regulación de los procedimientos de autorización de trabajo, arraigo y reagrupación familiar. Siendo éstos los procedimientos que producen mayor número de expedientes, es importantísimo que su régimen esté claro. Y a juicio de este responsable, no lo estaba del todo, como corroboró su contestación a la tercera pregunta, pues creía necesario aclarar y desarrollar más estos aspectos.

La mayoría de las dudas interpretativas en la aplicación de la norma se canalizan a través de la red de inmigración del MAP, herramienta de ayuda que es mencionada por primera vez en esta entrevista, pero cuya eficacia plena puede ser puesta en entredicho a la vista de las numerosas dudas que llevan a la adopción de criterios distintos en las diferentes Oficinas provinciales. Aunque se reconoce que ayuda, no parece ser la

solución perfecta al problema de descoordinación y complejidad interpretativa, cuyo origen estaba en parte en la misma norma.

En cuanto a la posible mejora de los procedimientos, se puso de nuevo gran énfasis en la necesidad de reformar el de arraigo. En este caso, se señaló como problema el requerimiento de documentación, ante las dificultades de notificación por los cambios de domicilio. Al parecer, los procedimientos se extendían demasiado en el tiempo por estos problemas.

Una vez más, se considera que los derechos procedimentales de los extranjeros deberían ser los mismos que para los españoles, aunque se comentan las dificultades prácticas que plantea su ejercicio por problemas de medios materiales o humanos. Por ejemplo, el acceso directo al expediente en la Oficina se dificulta dadas las circunstancias y el volumen de procedimientos. *“Los derechos son los mismos, pero a veces no puede ser”*.

Al hilo de la pregunta sobre los plazos en los procedimientos, que se considera habría que agilizar, se introducen comentarios sobre el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, señalando de nuevo los fraudes y desviaciones que incentiva esta herramienta, ineficaz en sus objetivos teóricos.

La unanimidad en cuanto a lo que puede representar la mayor informatización para agilizar los procedimientos y mejorar la eficacia queda bien expresada también en la contestación a la octava pregunta de esta entrevista. Otra vez surge el problema de la interconexión telemática con los consulados, especialmente en el África subsahariana. Y se pone como ejemplo de avance producido por la mecanización y la racionalización del trabajo administrativo el sistema de cita previa, que sí funciona en la Oficina de Almería.

Respecto del punto de la necesidad de mejoras en la organización administrativa de la extranjería y la inmigración (pregunta novena) la respuesta es casi idéntica a la que encontramos en Alicante. A pesar de la envergadura que han alcanzado las Oficinas de extranjeros, especialmente en las provincias con una mayor presión migratoria, los responsables de estas Oficinas no tienen apenas competencias directas ni sobre sus

medios materiales ni sobre los personales. La queja por la falta de autonomía y la dependencia de la Subdelegación del Gobierno se reitera, como en la anterior entrevista, señalando que las reformas organizativas deberían ir en la línea de concederles mayor autonomía.

Por ello, en este caso la Agencia se aprecia claramente como una posible solución al problema de la falta de autonomía, así como a la situación actual de multiplicación de las instancias administrativas con competencias sobre esta materia. La existencia de un organismo dependiente de un único Ministerio facilitaría, a juicio del responsable entrevistado, la resolución de los problemas de fragmentación de las intervenciones.

Por último, un nuevo edificio les ha permitido resolver de momento el problema del inmenso archivo, antes dividido en pisos por procedimientos (lo que indica que no hay expedientes personales, sino que un mismo extranjero genera varios, que no se encuentran compilados en la misma carpeta). Por otro lado, se comentó la necesidad de comenzar a expurgar los expedientes de hace diez años, que no parece un período precisamente demasiado largo de conservación.

De la entrevista en la Dependencia de extranjeros de la Subdelegación del Gobierno en Castellón obtuvimos algunas respuestas comunes y también algunas peculiaridades relacionadas con el hecho de no estar constituida como Oficina de extranjeros y su gran volumen de actividad. Una vez más calificaron la norma en cuestión como buena, pero añadieron la imperiosa necesidad de complementarla para clarificar y concretar aspectos con los que se encuentran cotidianamente. Aludían en este sentido a la cantidad de dudas que se plantean a diario por parte de las Oficinas y Dependencias, llenando la red que les conecta con las administraciones encargadas de responder a dichas cuestiones en tanto existan lagunas normativas. Una de esas normativas es la prometida Orden de tasas a la que hacen referencia expresamente.

De nuevo nos plantearon el problema de las valoraciones de tipo económico. Asuntos como la cifra que debe ingresar una unidad familiar para poder contratar a una empleada de hogar o la cantidad necesaria para poder reagrupar a un familiar, les provocaban dilemas y la necesidad de fijar estas cantidades por sí mismos atendiendo a variopintas soluciones que pasaban por añadir cantidades al salario mínimo o buscar la renta “per

capita” en los países de origen de los extranjeros dependientes de los reagrupantes. El Jefe de la Dependencia consideraba que existe una excesiva indefinición que le llevó a hacer esta observación: “Por eso, dependerá del sentimiento de ONG que tenga una Oficina para que actúe de una forma u otra”.

Desde allí se reclamaba eso y se reclamaba también una Oficina de extranjeros para Castellón, pues tienen un número de expedientes muy superior al que tienen otras que sí son Oficinas. Además tienen un problema añadido por ser la provincia que tiene una de las mayores cifras de rumanos. La moratoria, lejos de mejorar la situación, agravó la misma al producirse un aumento en los trámites.

Otra de las quejas que no es aislada es la ausencia de resoluciones comunes. Cada Oficina tiene su propio modelo de resolución y luego hay que defenderlo.

La confusión en cuanto a la aplicación de los Reales Decretos (el general y el de comunitarios) también les preocupaba y rogaban, asimismo, clarificación en este aspecto.

La unificación de los procedimientos es, como ya hemos dicho, un tema recurrente. Cada Oficina hace sus propios manuales donde se establece la interpretación individual de los preceptos que ofrecen dificultad y no saben si, finalmente, los procedimientos son aceptables o no. Hacía alusión en este punto a que en ocasiones es desde el contencioso desde donde se despejan sus dudas.

En cuanto a la pregunta formulada en torno a la posible desigualdad que pudiera existir entre nacionales y extranjeros con respecto a los derechos administrativos, afirmó que la diferencia estriba en que si en algún momento existe discriminación no es por razón de raza, religión, etc. sino por el volumen de trabajo.

Con respecto a los tiempos de tramitación de los procedimientos la respuesta es que en la práctica en Castellón es imposible que se cumplan.

A la mayoría de los entrevistados el acceso a los archivos les provocaba una pérdida considerable de tiempo al no poder manejarlos con inmediatez debido a su ubicación.

Castellón no es la excepción. En este caso los expedientes se encuentran almacenados en una nave de un polígono industrial al que se tienen que desplazar diariamente, con la merma de personal (a veces no hay funcionarios suficientes para cubrir ambas tareas) y tiempo que eso supone. Otros expedientes se guardan en el edificio donde se sitúa la Subdelegación del Gobierno con quien anteriormente compartían espacio, mucho más cercana. Nos contaban además que, con motivo de su traslado reciente, hay expedientes trasapelados que dificultan aún más la ya ardua tarea de acceso a los mismos “lo que serían diez minutos en otra oficina con un archivo “in situ” y ordenado, aquí tienes a tres funcionarios toda la mañana”.

La octava pregunta le permite a las Oficinas considerar si un mayor nivel de informatización les beneficiaría. En ésta, como en el resto de las Oficinas, no dudan de las bondades de todo lo que se pueda mejorar en ese ámbito, aunque destacan las dificultades que les provoca el trabajo simultáneo con dos bases de datos diferentes y conectadas. El colapso de la base de datos de la policía les perjudica de forma tal que, en ocasiones, pasan días sin poder grabar los expedientes esperando a que se solucionen los problemas en la otra base. Como es lógico, esto ralentiza de manera importante el trabajo de los funcionarios.

La décima pregunta es la dedicada a su reflexión sobre la posible implantación de una Agencia Estatal de Inmigración. La Oficina encuestada responde positivamente a cualquier marco autónomo de organización, recordando que siempre que se ha hecho algo semejante la experiencia ha sido positiva “La Tesorería de la Seguridad Social, el Instituto Nacional de Empleo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Gerencia de Informática ahora van perfectos. La Agencia Tributaria que es un organismo autónomo funciona muy bien. Y desde luego esa cierta autonomía que te da en cada provincia el funcionamiento de organismo autónomo, esa dependencia funcional y orgánica de la Agencia da muchísima más autonomía y evita interferencias”. En esta misma respuesta se hace alusión a los no pocos problemas que les originan las múltiples dependencias de los no menos variados centros de poder y el deseo de unificación también en este ámbito.

Además de las respuestas a nuestras cuestiones, surgieron al hilo de la conversación otros problemas con los que se encontraban a la hora de aplicar el Reglamento

relacionadas con el fraude, documentación en los arraigos, conexión con las sedes diplomáticas...etc. y como no, la denuncia una vez más de la falta de correspondencia del Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura con la realidad.

También nos reunimos con el responsable del Área de Trabajo y Asuntos Sociales de la Subdelegación del Gobierno en Madrid y una vez más la opinión del Reglamento era favorable destacando su avance con respecto al anterior. Sin embargo en sus propias palabras “siempre queda algún fleco suelto”.

La norma estudiada le parece suficiente y afirma que el propio Reglamento tiene herramientas suficientes para dar cobertura a casi todos los problemas que se planteen. Es la primera vez que no se aboga por un desarrollo normativo absolutamente necesario y llama más la atención que sea el único entrevistado al que le parece que el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura responde bien a las expectativas.

Podemos decir, sin temor a equivocarnos, que se trata de la persona más satisfecha con la norma y el funcionamiento mismo de sus dependencias en relación a su aplicación. Puede que esa satisfacción esté vinculada también al plan de choque diseñado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y El Ministerio de Administraciones Públicas de finales de 2006 que dio como resultado la creación de oficinas y un crecimiento en recursos humanos muy importante que otras dependencias hubieran querido para ellas.

Nuestro interlocutor mostró las bondades de la norma *“Nosotros vamos haciendo ajustes en cuestiones concretas; por ejemplo cuando un ciudadano deja de ser familiar de un comunitario y pierde esa condición por divorcio, por fallecimiento etc., en ese momento hay que buscar la solución. A veces la interpretación de algunos preceptos no nos da soluciones claras y cuesta intentar buscar las soluciones pero la norma siempre llega más allá de lo que en la práctica llegamos los gestores”*, pero también planteó cuestiones que mejoraría.

El Director del Área de Trabajo y Asuntos Sociales de la Subdelegación del Gobierno en Madrid realizó su mayor crítica en materia de recursos, estableciendo que los mismos tienen que ser iguales para todo tipo de autorizaciones y no hacer esa distinción. En materia de expulsiones, opina, que la norma no fija bien los criterios, lo que les

provoca problemas con la policía, y alude al tema ya citado de la elección entre expulsión y multa. Otro tema al que todos han apelado es el de la determinación de la solvencia. En esta ocasión más que las cantidades le parecía interesante su relación con el salario mínimo.

Por supuesto también recordó la necesidad de la normativa de desarrollo para las tasas.

De nuevo nos sorprendieron sus afirmaciones cuando, lejos de pedir un aumento en los plazos para que se produzca el silencio positivo, abogó por la reducción de los mismos para provocar el efecto contrario en la administración y resolver antes *“Sin embargo el resolver con la celeridad suficiente, mejoraría si estuviera siempre la espada de Damocles del silencio positivo presente. Creo que resolveríamos antes”*.

Además mostró su preocupación por temas variados como puede ser la autorización de trabajo con un contrato parcial para ciudadanos rumanos o búlgaros que trabajan 3 meses o permisos a marineros extranjeros para trabajar en barcos españoles...vacíos legales a los que encontraba cobertura en la norma y solucionaba en cada caso. Como ocurre en cuanto a las dificultades de aplicación de preceptos concretos de la cuarta pregunta.

Observa que le resulta problemático el relacionar el artículo 9 del Decreto de comunitarios con el artículo 96 del Reglamento; personas que eran familiares de comunitarios que dejan de serlo. Comenta también otro problema interpretativo en cuanto al arraigo del art. 45. 2. c); hijos de padre o madre español de origen.

Destacó asimismo el error en el concepto en el artículo 99 que dice que cuando una persona tiene una autorización y quiere modificarla de ámbito geográfico o de actividad tiene que pedirlo ante la Delegación o la Subdelegación que le concedió el permiso y no ante la Delegación o Subdelegación del Gobierno que lo recibe y por ello, tiene más acceso al conocimiento e investigación de la empresa contratante. Respondió a la quinta pregunta afirmativamente, es decir, los procedimientos le parecen adecuados pero fijaría plazos para los visados porque consideraba que el procedimiento hay que entenderlo completo. Hizo referencia, en esta misma respuesta a la necesidad de controlar el fraude

incluso a través de la creación de lo que él llamaría “*Unidad de Control del Fraude*” o más personal en la inspección.

La ausencia de un manual de procedimientos es algo que destacaron éste y otros responsables en materia de extranjería como necesario para homogeneizar y uniformar en este ámbito. También en este caso y a la espera de que se publicara de forma centralizada, él ya había realizado su propio manual. Otra reclamación común era también la de la base de datos única para Policía y Oficinas y una conexión con los consulados para saber cómo van los visados.

Como el resto, respondió a la sexta pregunta con el convencimiento de que españoles y extranjeros deben tener los mismos derechos durante el procedimiento y así se debe procurar por parte de las Administraciones, incluso atendiendo de una forma especial a quienes por sus circunstancias no conocen nuestro idioma, cultura, administración...etc. y tienen más dificultades.

La séptima pregunta hace alusión a la adecuación de plazos en los procedimientos y su respuesta es negativa. Su opinión es que se deberían acortar y que si la Administración tarda 3 ó 4 meses en resolver es porque algo está fallando y se pone en cuestión la eficacia.

La mejora en la informatización es un punto en el que no diferían nuestros entrevistados. Reitera, en este caso, la necesidad de una base única o una base común nacional en la que se pueden hacer traslados con celeridad. Y por último y en lo que se refiere a la propuesta de una Agencia de Inmigración cree que su creación sería muy positiva sobre todo por la independencia que podría ofrecer una tesorería propia. Los archivos están ubicados en diferentes lugares (incluso en Toledo), hay 7 personas dedicadas en exclusiva a la recuperación de los expedientes y no resultan suficientes.

7.4. DIFICULTADES INFORMÁTICAS

Para la entrevista que realizamos en la Subdirección General de Tecnologías de la Información y Comunicaciones del Ministerio de Administraciones Públicas confeccionamos un cuestionario diferente con motivo de la especificidad de la materia y de lo que este Ministerio tiene de ente coordinador informático del resto de las administraciones. A continuación se incorporan las preguntas que se realizaron.

1. ¿Considera usted que las previsiones en cuanto a aplicaciones informáticas del Real Decreto 2393/2004 y el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 aprobado por éste responden a las necesidades de gestión en la materia de extranjería e inmigración, a día de hoy? Valórelas y hábleme de las diferencias que encuentra con respecto al Reglamento anterior.

2. ¿Cree que hay aspectos claramente mejorables de este Real Decreto y Reglamento a la vista de las circunstancias actuales de la gestión administrativa (informática) en la materia? Señale cuáles son, a su juicio.

3. ¿Cree necesario aclarar o desarrollar más algunos aspectos del Real Decreto y del Reglamento en este sentido? Señale cuáles.

4. ¿Se encuentra usted con problemas a la hora de interpretar o aplicar alguno de los preceptos del Reglamento y del Real Decreto? Si es así, señale estos preceptos y sus dificultades interpretativas o aplicativas.

5. ¿Hay algún procedimiento en concreto que necesite aún un mayor desarrollo en cuanto a la herramienta informática en su opinión?

6. ¿Qué aplicación informática de las implantadas beneficia más, según su opinión, a la eficacia administrativa?

7. ¿Cuál ha beneficiado más desde el punto de vista de los usuarios?

8. ¿Cree que una mayor informatización coadyuvaría a mejorar la eficacia en estos procedimientos? Explique cómo.
9. ¿Considera que la creación de una Agencia Estatal puede mejorar la gestión administrativa (informática) en esta materia?
10. ¿Cree necesaria una interconexión entre las Dependencias y Oficinas de extranjería y los Consulados? ¿Y posible?
11. ¿Sería partidario de una base común para Policía y Dependencias y Oficinas de extranjeros aunque con acceso restringido, en vez de distintas bases con acceso como ocurre ahora?
12. ¿Sería posible implantar el acceso informático que se utilizó durante el Proceso de Normalización por parte de las Oficinas y Dependencias a la actuación cotidiana de la Administración en materia de extranjería (Agencia Tributaria, Ministerio de Asuntos Exteriores, Seguridad Social)?
13. ¿Se ha cumplido la previsión que hace el Reglamento en su Disposición Final Segunda en la que se da el plazo de un año para el establecimiento de una aplicación informática común coordinada por el Ministerio de Administraciones Públicas y con acceso de los demás Ministerios implicados?
14. Más concretamente, ¿ha sido posible la introducción y modificación de datos por parte de cada Ministerio en cada fase de la tramitación de los expedientes?
15. ¿Se ha posibilitado la comunicación entre los distintos Departamentos Ministeriales en cuanto al conocimiento del estado de los expedientes en tiempo real para así poder coordinar su tramitación?
16. ¿Se ha posibilitado la consulta a los interesados por medio del acceso por Internet con respecto al estado de la tramitación de las solicitudes de autorización de residencia o de residencia y trabajo?

17. ¿Hábleme de la función que cumple esta aplicación en cuanto a la observación permanente del fenómeno inmigratorio?

18. Una pregunta relacionada con la Ley de Acceso Electrónico de los ciudadanos de 2007.

19. ¿Qué queda por hacer según su opinión?

Fundamentalmente nos interesamos por el trabajo que lleva a cabo la Subdirección General relacionada con la exigencia, que el Reglamento hace, del avance en las aplicaciones informáticas para mejorar la actividad de las Oficinas de extranjería. Las previsiones no se llevaron a cabo por distintos motivos, entre ellos, falta de tiempo y de personal. Además de dedicar sus esfuerzos a la unificación en la que están inmersos, debían atender un gran volumen de consultas cotidianamente.

Consideraron, en esta Administración, que el Real Decreto 2393/2004 y el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 aprobado por éste responden a las necesidades de gestión en la materia de extranjería e inmigración en ese momento, aunque creían que faltaban algunas cosas por hacer. Afirmaban, sin embargo, que estaban en pleno proceso de cambio y de unificación puesto que entonces había una base de datos en cada provincia. Entonces estaban migrando todo a un mismo entorno y ya tenían trabajando contra sus servicios centrales al menos 8 provincias. Su pretensión era migrar todo a un mismo entorno web para poder hacer las solicitudes por Internet.

Consideraban que había aspectos mejorables pero estimaban que con los recursos con los que contaban en esos momentos no podían hacer más. Además tenían muchas dudas sobre la aplicación del Reglamento que ponían en conocimiento de los responsables de inmigración. Alegaban que se mantenían sus dudas una y otra vez porque se les respondía enviándoles de nuevo el texto del precepto que les causaba el problema. Otra de sus quejas en el mismo sentido es la falta de información sobre modificación de normativa que llega a su conocimiento a través de las quejas de sus usuarios y no desde el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Sería importante, según su opinión, una buena comunicación entre los distintos organismos implicados porque a veces tardaban una semana en darles a las Oficinas los datos que éstas les solicitan. Nos informaron asimismo de que estaban manteniendo contactos con dichos organismos para intentar agilizar la pretendida coordinación. Nos hablaban del procedimiento que utilizaban en ese momento y que iban a ampliar. Se trataba de generar los expedientes de renovación automáticamente desde el Servicio Central y una vez generado pedir todos los informes, con lo que se consigue una mayor rapidez. A partir de ahí se genera una carta que el Ministerio de Trabajo ha autorizado. No se pueden generar un millón de cartas debido al presupuesto, por tanto, iban a pedir la autorización para que esa carta se publicara en Internet y los usuarios la imprimieran desde allí.

Nos enumeraron también las virtudes de su aplicación aunque destacaron que estaba más orientada a la gestión que a temas estadísticos o de control del individuo, aunque establecían que su cometido principal es ayudar a las oficinas a realizar su trabajo de la manera más ágil posible. Eso no puede pasar, desde su punto de vista cuando tienen que darles datos a las Oficinas, por ejemplo, de la seguridad social que por hacerse a través de ficheros pueden tardar hasta 15 días en tener la información. Piensan que si esos datos los tuvieran en sus servicios centrales el plazo pasaría de 15 días a menos de 15 minutos, pero por el momento no se lo permitían.

En cuanto a mejoras informáticas concretas creen que sería interesante intentar sacar más escritos a la calle para que ya lleguen los datos desde el origen, *“...porque reduciría el trabajo del funcionario que no tendría que rellenar todos los datos de la solicitud como tiene que hacer ahora, sólo tendría que comprobar que todos los datos son correctos. Sería hacer algo parecido a lo que hace la Agencia Tributaria. Nosotros ya tenemos en marcha una aplicación de cita previa sacada por internet donde los empresarios la piden para los cuenta ajena iniciales y creo que está funcionando por lo menos en Madrid, Barcelona y Baleares”*.

La valoración de la Agencia Estatal se parece mucho a la del resto de los encuestados. Sí a la Agencia, en principio, pero con ciertas reservas relacionadas con la autonomía, capacidad de coordinación y unificación a través de una dirección que uniformice...etc. En su opinión, por ejemplo, 52 tipos de resoluciones distintas de las 52 Oficinas le

resultan demasiadas y creían que ellos, con su intervención y con una única resolución de cada procedimiento pero común a todas las oficinas, podrían colaborar en la gestión de emisión de escritos. Deseaban también que se implantara de una vez la administración electrónica para dar las resoluciones por correo electrónico y que eso fuese válido. También consideraban importante la firma electrónica; que se pudieran firmar este tipo de resoluciones y que fuera válida en una resolución *“Lo que ocurre es que al ser varios Ministerios los implicados no todos están al mismo nivel tecnológico; a lo mejor nosotros sí podemos darlo pero otro no. Lo de la Agencia única es necesario en este sentido”*.

En cuanto al problema que plantean todas las oficinas sobre las dificultades que ofrecen dos bases de datos conectadas (policía y MAP), desde esta Subdirección lo comprendían y por eso pretendían la implantación de una única base de datos física, es decir, un servidor con todos los datos que evitaría esos problemas causados porque la base de datos de policía está destinada a control y la del MAP a gestión. Añaden que esa única base evitaría hacer 2 veces el trabajo como ahora *“Yo creo en una base de datos pero para todos, que todos los organismos implicados se conecten con esa base de datos. Una Agencia con una única base de datos y con todas las competencias. Y si tiene que crearse una Migra como en Estados Unidos que se cree un cuerpo específico de policía para la inmigración. Yo soy partidario incluso de que esto lo lleve la Unión Europea desde Bruselas y no a base de Directivas que luego cada uno las aplica lo que le conviene sino...de gestión como el Banco Central Europeo pero una Agencia de Inmigración Europea, no que cada país haga y deshaga, sino una dirección desde allí porque al fin y al cabo todo lo que hacemos unos países u otros afecta al resto. Todos aplicaríamos las mismas normas y tendríamos una aplicación igual”*.

Le preguntamos también sobre su opinión respecto a la implantación de un acceso informático similar al del proceso de normalización. El funcionario que nos atendió no creía que hubiera tanto que añorar de aquel periodo salvo que la Tesorería de la Seguridad Social grababa los expedientes y cuando les enviaban los expedientes ya les mandaban los informes de la empresa. *“La única diferencia y una de las cosas que nosotros queremos es que ese informe se pida por web service, es decir, que a la petición del informe, se responda en 15 minutos y no que tenga que cambiar de aplicación”*.

Asimismo, le preguntamos sobre el cumplimiento de la previsión que hace el Reglamento en su Disposición Final Segunda en la que se da el plazo de un año para el establecimiento de una aplicación informática común coordinada por el Ministerio de Administraciones Públicas y con acceso de los demás Ministerios implicados. Su respuesta fue que todavía no ha sido posible aunque estaban trabajando en ello y que desde luego nunca sería una base única sino más bien una única base de datos virtual (es decir una que esté constituida por todas las existentes conectadas), una misma base de datos pero compartiendo información entre unas y otras. No una única. Para eso, dicen, tendrían que darles órdenes para suprimir todas las bases de datos de extranjeros que hay ahora mismo y crear una única (acabando con todas las demás) y hoy eso era imposible, tal y como estaba planteado el sistema entonces. Si la policía lleva la materia de seguridad tienen que tener registrados a los extranjeros y por tanto tener su base de datos.

Sobre otra previsión del Reglamento como es la posibilidad de introducción y modificación de datos por parte de cada Ministerio en cada fase de la tramitación de los expedientes responden que no es posible y menos en el plazo que da el Reglamento. En ese momento policía podía grabar en MAP pero MAP no podía modificar policía. Dicen que es un camino en una sola dirección por seguridad.

En cuanto a la Seguridad Social no podía modificar datos. Desde allí enviaban los datos al MAP y ellos modificaban pero por fichero. Según esta Subdirección hay cosas que están previstas en el Reglamento y simplemente no se podían hacer y eso ocurría también, según su opinión, con otra previsión de la misma disposición que es la comunicación entre los distintos Departamentos Ministeriales en cuanto al conocimiento del estado de los expedientes en tiempo real para así poder coordinar su tramitación. Determinaron que la tramitación en tiempo real es imposible y alegaron que nadie ha preguntado a los que realmente saben de esto (que son las Oficinas) si es viable algo así *“yo puedo sacar ahora mismo de lo que nosotros tenemos los que tenemos concedidos, los que tenemos en trámite, los que tenemos denegados y cuando entraron o el tiempo que ha pasado desde que se presentó hasta que se resolvió. Lo que no puedo obtener son los tiempos muertos, es decir, no te puedo dar una explicación de*

por qué un expediente se ha quedado un año parado. Ni yo, ni nadie. Eso llevaría mucho más trabajo para las Oficinas”

Una de las últimas cuestiones que les planteamos fue si se había posibilitado la consulta a los interesados por medio del acceso por internet con respecto al estado de la tramitación de las solicitudes de autorización de residencia o de residencia y trabajo y su respuesta fue positiva. Era posible a través de una página web a la que se podía acceder desde la página del Ministerio de Administraciones Públicas en el apartado de extranjería. También se les proporcionaba vía telefónica y vía sms.

Por último nos interesamos por la función que cumple esta aplicación en cuanto a la observación del fenómeno inmigratorio y nos hablaron de las peticiones de datos que reciben desde el Observatorio Permanente de la Inmigración con el que, por supuesto, colaboran.

A continuación, ofrecemos una síntesis e impresión global de las respuestas ofrecidas en las entrevistas realizadas.

En general la contestación a la primera pregunta es positiva, es decir, los responsables administrativos de la aplicación de la norma consideraron que el reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, responde a las necesidades normativas en materia de extranjería e inmigración.

Algunas de las respuestas van más allá y comparan este Reglamento con su predecesor, al que consideraban, supera sustancialmente. Por otro lado, lo enmarcan en las leyes que desarrolla, que podrían ser mejoradas.

Una vez expuesta esta conclusión en general positiva de la norma, y una vez se entra en los detalles de su articulado, se perciben numerosas dudas interpretativas y algunas quejas formales en sus aplicadores. Quejas que obedecen a problemas prácticos, no teóricos, que a menudo estaban siendo resueltos con interpretaciones y guías elaboradas en cada instancia administrativa, con el consiguiente riesgo de desigualdad y desviación en la interpretación de la norma.

Que en todos los casos se dijera que hay dudas de interpretación debe considerarse especialmente preocupante, pues habían transcurrido más de tres años desde la aprobación del reglamento, y las entrevistas eran contestadas por quienes deberían ser, en teoría, sus mejores conocedores. Que entonces no se hubieran resuelto todas las cuestiones planteadas en la interpretación indica el grado de complejidad de la materia, y la necesidad de reformas aclaratorias.

Además, se propone recurrentemente la simplificación de la norma, que conllevaría la de los procedimientos. También la necesidad del desarrollo normativo de algunos aspectos que se plantean una y otra vez, como el relativo a los recursos económicos. Resulta muy sintomático que se invoque en algún caso la necesidad de mayor seguridad jurídica, al contestar a la pregunta de si hay aspectos claramente mejorables de la norma. Y que en todos los casos se conteste afirmativamente a la tercera pregunta, sobre si es necesario desarrollar más o aclarar algunos aspectos de la norma.

En cuanto a los derechos de los extranjeros, encontramos en todos los casos la respuesta afirmativa respecto de la pregunta de si los derechos procedimentales en materia de extranjería deberían ser los mismos que los contemplados para otros procedimientos administrativos. Y en varios casos se recalca que el trato recibido por los extranjeros en la “ventanilla” es el mismo que recibiría un español en sus relaciones con una oficina pública.

En varias entrevistas se señalan los problemas generados por la reforma de la Ley Orgánica 4/2003 que introdujo la exigencia de presentación personal. A pesar de comprender las razones que determinaron tal especialidad (quizás la más importante de las de estos procedimientos, junto a la necesidad de presentar las solicitudes en el registro del órgano competente), se indica que crea numerosas disfunciones prácticas, muchas de las cuales podrían ser solucionadas con la intervención de profesionales habilitados para ello (abogados, graduados sociales). Pueden verse en este sentido las entrevistas en la Delegación del Gobierno de Salamanca, la Oficina de Extranjeros de Valladolid...

El tiempo de los procedimientos, sus plazos de duración, no parecían representar un especial problema en las oficinas visitadas con menor carga de trabajo (Salamanca y

Valladolid), aunque se plantean especiales “*picos de demanda procedimental*” con motivo de la renovación de las autorizaciones de residencia, acentuados al contemplarse un silencio positivo para las mismas. Tampoco en una Oficina con mayor carga de trabajo, como es Murcia, se planteaban problemas en este sentido, gracias a la informatización y automatización de los procedimientos.

Con respecto a las demás, en ese momento estaban al día en ese sentido pero habían pasado malos momentos. Se trata de un tema que depende de las circunstancias (si se da la renovación de una regularización importante) o del volumen de trabajo de cada oficina directamente relacionado con los medios reales y sobre todo personales con los que cuenta cada una, pero en general no originaba demasiados problemas sobre todo debido al “aviso” vía informática previo a que se produzcan las renovaciones. Incluso podríamos ir más allá y hacer referencia a la entrevista realizada en la Delegación del Gobierno en Madrid, donde el responsable del Área de Trabajo y Asuntos Sociales insistía en la necesidad de recortar aún más el plazo del silencio para que las oficinas se sintieran presionadas a contestar antes y resolver los expedientes de una forma más eficaz.

La informática se reconoce como una herramienta esencial. Una mayor interconexión y acceso a las bases de datos facilitaría la gestión de los procedimientos, y optimizaría los resultados.

Respecto de la creación de la futura Agencia hay que decir que en las comisarías de policía no se observa como una panacea (ver respuesta en la entrevista de Salamanca). En las Oficinas de extranjeros, en cambio, sí.

De cualquier forma, en todas las entrevistas se contesta afirmativamente a la novena pregunta de si la organización administrativa en materia de extranjería está necesitada de cambios.

Mayor necesidad de coordinación, tanto entre Administraciones públicas, como entre los distintos ministerios de la Administración General del Estado, e incluso entre las Oficinas de extranjería.

El tema de los archivos. Cada Oficina lo está haciendo como puede o se le ocurre. Incluso encomendando a empresas privadas el almacenamiento de los documentos.

8. RECOMENDACIONES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

Como no podía ser de otra forma, las recomendaciones que esta alta institución lleva a cabo, a la luz de las consultas y reclamaciones hechas por los ciudadanos, están íntimamente relacionadas con las carencias detectadas en el análisis del reglamento, en concreto, desde la observación del funcionamiento de las Oficinas y Dependencias de Extranjeros.

No hay que olvidar que la eficacia de la actuación es, desde luego, positiva para el propio funcionamiento de las Oficinas, pero repercute de forma directa en la atención que se procura a los ciudadanos extranjeros. Por eso no puede llamar la atención que las dificultades que pueda provocar la aplicación del Reglamento preocupen a unas y a otros.

Los primeros obstáculos en dicha aplicación surgen de manera importante durante el Proceso de Normalización, contemplado en la Disposición Transitoria Tercera del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre y están directamente relacionados con los medios de prueba admisibles o no, distintos del empadronamiento, para acreditar la estancia en España.

En las recomendaciones aparecen la referencia a peticiones basadas en todo tipo de aportaciones de su estancia: *“...mediante documentos tales como el sello de entrada en España estampado en su pasaporte por las autoridades de frontera, posesión de abono transporte, informes médicos, y otros medios de prueba, pero no mediante certificado de empadronamiento, ya que su empadronamiento se produjo en fecha posterior”*.

Tanto el Real Decreto 2393/2004, objeto de estudio en este capítulo como la Orden PRE/140/2005, de 2 de febrero, contemplan el empadronamiento, como único medio de probar la presencia en España del extranjero, durante el periodo exigido para poder acogerse al Proceso de Normalización.

El Defensor del Pueblo ante la avalancha de solicitudes en los términos planteados advertía de las consecuencias de una actuación por parte de los organismos responsables demasiado permisiva en la Recomendación 16/2005, de 7 de marzo *“Esta Institución comprende la necesidad de poner en marcha todos los mecanismos posibles, en evitación de que el proceso de normalización sirva de cauce para la formulación de solicitudes fraudulentas, tanto en lo referente a la realidad del contrato de trabajo, como al tiempo de residencia del extranjero en España”*.

Del mismo modo que se observa la preocupación por un posible fraude, el Defensor del Pueblo en la misma recomendación vela también por quienes realmente deberían estar y pueden quedarse fuera por una exigencia excesiva *“... puede dar lugar a que se denieguen solicitudes de personas que mediante otras pruebas valoradas individual o conjuntamente acrediten, de modo indubitado su residencia en España durante el periodo exigido en el proceso de normalización”*.

Por eso y basándose en artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril esta institución recomienda a la Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración, en este caso: *“Que se proceda al estudio de la posibilidad de incorporar urgentemente al Reglamento de extranjería la admisión de otros medios de prueba indubitados (por ejemplo, una orden de expulsión), distintos del certificado de empadronamiento, para acreditar el periodo de residencia en España exigido para acogerse al proceso de normalización”*.

Con respecto al empadronamiento por omisión establecido en la normativa citada anteriormente, también ha resultado necesaria la intervención del Defensor del Pueblo amparando a quienes lo han requerido. Así lo hace la Recomendación 126/2005, de 29 de diciembre a un Delegado del Gobierno, por la que se otorga la razón a quien pretende hacer valer documentos que podrían certificar su residencia real. A un ciudadano argelino se le deniega la autorización de residencia por considerar que los documentos que aporta no corresponden a la residencia en España. La recomendación determina que el ciudadano extranjero puede residir en nuestro país como consecuencia de la tenencia de dichos documentos, acordes con la normativa; *“Que se proceda a la revisión de oficio del expediente del señor (...) y se le conceda la autorización de trabajo y residencia solicitada a su favor, siempre que, además de la certificación de inscripción*

padronal, que consideramos suficiente, se acredite el cumplimiento del resto de los requisitos exigidos en su momento para el proceso de normalización”.

La Resolución de 14 de abril de 2005 determinó la posibilidad de que aquellos extranjeros que estuvieran en España con anterioridad al 8 de agosto de 2004 y no se hubiesen empadronado por las razones que fueran, pudieran solicitar ante el Ayuntamiento correspondiente el certificado de empadronamiento por omisión. En dicha resolución se citaban los documentos que se consideraban válidos para que se pudiera emitir la certificación de inscripción padronal oportuna.

Otro tema de difícil aplicación, en distintos aspectos es la reagrupación familiar. Las Oficinas necesitan concisión en cuanto a requerimientos concretos para su obtención y de esta forma ser capaces de transmitirlos a los ciudadanos extranjeros. Como vimos anteriormente cuando algún aspecto no es fácil de aplicar, las dificultades se reparten entre unos y otros.

Es por eso que también ha llegado a la institución del Defensor del Pueblo, precisamente, la necesidad de la motivación en las denegaciones sobre reagrupación familiar. Existe una conexión directa entre las dos vertientes de afectados del Reglamento. Las Oficinas no tienen claro las valoraciones de tipo económico que se deben requerir para las reagrupaciones (en cada provincia se exigen unas valoraciones distintas), y si eso es así, difícilmente van a poder motivarlo con un respaldo legal común y general.

No es extraño, por tanto, encontrarse con recomendaciones como la 65/2005, de 28 de junio al Director General de Asuntos y Asistencia Consulares, en la que se estipula *“Que en el caso de denegación de visados de reagrupación familiar, se informe adecuadamente a los interesados de la causa de denegación sin utilizar fórmulas generales que impiden conocer a los titulares del visado cuál es en realidad el problema surgido”.*

También plantea la misma cuestión la Recomendación 80/2005 de 22 de agosto, que formula expresamente la necesidad de que se fijen y se hagan públicas directrices concretas, en relación con los requisitos a acreditar para las reagrupaciones familiares, a

fin de que los criterios de aplicación en la resolución de los expedientes sean objetivos y uniformes. La Subdelegación del Gobierno correspondiente responde a alguien interesado en incorporar a sus familiares, para cuya reagrupación, pedía información sobre la normativa al uso. Al no existir norma de cobertura estatal, la resolución del expediente se había basado en el informe emitido por la comisaría local, así como en el buen criterio del funcionario encargado del mismo.

El Defensor del Pueblo muestra su preocupación en este tema a partir de la recomendación aludida, agrupando asimismo, el sentir de otras muchas quejas en el mismo ámbito *“la inexistencia de directrices comunes para la resolución de los expedientes, puede conducir a la vulneración del principio de seguridad jurídica, por no mencionar las posibilidades de que surjan arbitrariedades en el tratamiento de los expedientes”*.

Si no hay instrucciones claras, puede impedir que los administrados accedan a una información que les resulta necesaria, incumpléndose lo establecido en el artículo 35, apartado g) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. El hecho de la indeterminación con respecto a aspectos como los requisitos mínimos económicos o la adecuación de la vivienda, no sólo perjudica a los ciudadanos extranjeros sino que incide de forma clara en la eficacia administrativa.

Por todo ello el Defensor del Pueblo concluye recomendando a la Dirección General de Inmigración que con la mayor brevedad se complete la normativa de reagrupación familiar con el fin de evitar vacíos legales y exigiendo que hasta que no se dicten normas de carácter general para el conjunto del territorio nacional, se lleven a cabo las instrucciones pertinentes que sustituyan esas lagunas.

Estableciendo para la Subdelegación del Gobierno reclamada que *“1. Que en el plazo más breve posible se fijen directrices concretas en materia de reagrupación familiar, a fin de que los criterios de aplicación para la resolución de los expedientes sean objetivos. Tales instrucciones deberán contemplar las cantidades de dinero exigidas por esa Subdelegación, para que un extranjero residente pueda reagrupar a sus familiares, desglosando la cantidad por cada miembro que se pretenda reagrupar, así*

como los mínimos exigibles para considerar adecuada la vivienda en la que se alojarán los familiares reagrupados. 2. Que, de conformidad con los criterios de eficiencia y servicio a los ciudadanos, establecidos en el artículo 3.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se ofrezca a los reagrupantes información concreta sobre los requisitos económicos necesarios para reagrupar que se establezcan, así como sobre los mínimos exigibles en cuanto a la vivienda, a fin de evitar perjuicios y demoras innecesarias a los ciudadanos extranjeros que desean ejercer su derecho a la reagrupación familiar”.

En el mismo sentido se establece la necesidad de crear esos criterios en la Recomendación 83/2005, de 22 de agosto, a raíz de la investigación realizada con motivo de las quejas expuestas ante el órgano defensor y que deja al descubierto que se exigen distintas cantidades de dinero, así como requisitos diferentes para considerar adecuadas o inadecuadas las viviendas en función del territorio al que nos dirijamos. La recomendación destaca por otra parte que, si bien un argumento a favor de dicha desigualdad podría ser el diverso nivel de renta o de precios al consumo de las distintas comunidades autónomas, no es menos cierto, que eso sólo podría fundamentar la desigualdad hasta un determinado límite. En cuanto a las diferencias en el concepto de adecuación de las viviendas, la institución ya no lo ve comprensible.

El artículo 42 del Reglamento en el que se establece el procedimiento para la reagrupación familiar en su apartado d), que el reagrupante deberá presentar documentación que acredite su empleo o la posesión de recursos económicos suficientes para atender las necesidades de la familia, incluyendo la asistencia sanitaria, en el supuesto de no estar cubierta por la Seguridad Social. Mediante Orden del Ministro de la Presidencia, a propuesta de los ministros del Interior y de Trabajo y Asuntos Sociales, se determinará la cuantía de los medios de vida exigibles a estos efectos, así como el modo de acreditar su posesión, teniendo en cuenta el número de personas que pasarían a depender del solicitante a partir de la reagrupación.

Por ello el Defensor del Pueblo en esta recomendación requiere a la Directora General de Inmigración: *“Que, en el plazo más breve se promueva la promulgación de la Orden a la que alude el apartado d) del artículo 42 del vigente Reglamento de extranjería,*

complementándose, en la medida de lo posible, la regulación existente respecto a lo que puede considerarse vivienda adecuada”.

Las peticiones y quejas están, en su mayor parte relacionadas con el Proceso de Normalización y con la reagrupación familiar, sin embargo los usuarios se han dirigido en el tiempo de aplicación del Reglamento al Defensor del pueblo para hacer múltiples consultas, a las que se ha respondido y hecho las recomendaciones oportunas a distintas administraciones. Aunque, aquéllas y éstas, no tan directamente relacionadas con los preceptos del Reglamento como las repasadas hasta aquí.

9. BALANCE DEL REGLAMENTO DE 2004 DE LA LEY DE EXTRANJERÍA, EN SU APLICACIÓN: PREGUNTAS A RESPONDER

De la misma forma que se ha hecho con el Reglamento aprobado por Real Decreto 864/2001 en el estudio de la normativa del primer capítulo, nos formularemos una serie de preguntas en relación al Reglamento aprobado por el Real Decreto 2393/2004 y posteriormente respecto del Reglamento aprobado por Real Decreto 557/2011, y que servirán como conclusión del valor del mismo respecto al resto del desarrollo reglamentario de la Ley de extranjería.

¿Pasaba un test de constitucionalidad?; ¿Mejóro los derechos y libertades de los extranjeros?; ¿Se ajustaba a los compromisos internacionales suscritos por España?; ¿Sirvió para mejorar la eficacia de los procedimientos?; ¿Fomentaba la inmigración legal?; ¿Favorecía la integración?; ¿Estaban resueltas las principales necesidades administrativas en esta materia?

¿Pasaba un test de constitucionalidad?

La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de enero de 2007 valida el reglamento resolviendo un recurso contencioso-administrativo interpuesto frente al mismo que solicitaba la anulación total del reglamento y, subsidiariamente, la nulidad de 48 preceptos de este Real Decreto 2393/2004. El Tribunal Supremo en esa Sentencia desestima tanto la pretensión principal como a las impugnaciones de preceptos concretos. La objeción de los recurrentes a la norma era la ausencia de participación,

considerando que no se había cumplido el trámite de audiencia a las organizaciones y asociaciones interesadas. La Sala consideró que sí se había cumplido dicho trámite contemplado en la Constitución (artículo 105.a) y en Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

¿Ha mejorado el Real Decreto 2393/2004 el estado de los derechos y libertades de los extranjeros en España?

Sí, en nuestra opinión lo ha mejorado respecto de la situación anterior, aunque todavía es mucho lo que estaba por hacer en este sentido. La norma reduce en parte la discrecionalidad de la Administración, como se propone en su exposición de motivos, pero no del todo. Era preciso un mayor desarrollo de algunos conceptos (como los medios económicos) para eliminar posibles espacios para la arbitrariedad y la discriminación.

Se puede contestar sin embargo positivamente esta pregunta a la luz del análisis general de la norma, en comparación con sus antecesoras, y utilizando como parámetro la interpretación constitucional de los derechos de los extranjeros por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y teniendo en cuenta las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. También a la vista de la Jurisprudencia de otros Tribunales. Y de los Informes del Defensor del Pueblo.

¿Ha servido el Real Decreto 2393/2004 para cumplir los compromisos internacionales y europeos de España en materia de extranjería e inmigración?

Analizando las Directivas que estaban pendientes de transposición aún, se presentaba como desafío la reforma del reglamento en el sentido de adaptarlo a algunas exigencias del Derecho europeo.

¿Ha incrementado la eficacia de la respuesta administrativa en los procedimientos en esta materia?

Analizando los plazos de resolución de los procedimientos y teniendo en cuenta las opiniones recabadas en las visitas a las Oficinas de extranjeros, puede decirse que el

Reglamento aprobado por Real Decreto 2393/2003 sí ha tenido un efecto en términos de eficacia procedimental.

Dicho esto, hay que advertir que el problema del crecimiento exponencial de los expedientes requiere una respuesta de la misma magnitud, lo que supone una reestructuración global de la organización administrativa en materia de inmigración, así como un mayor aprovechamiento de los medios técnicos.

Algunos responsables entrevistados (Valladolid) consideran que los tiempos de respuesta en los procedimientos se han reducido mucho, aunque se plantean a su juicio problemas con el silencio positivo en las renovaciones (sobre todo las que provienen del proceso de normalización), que les sitúan ante “picos de demanda procedimental”.

En general, se considera que los procedimientos podrían ser más simples. Podrían eliminarse algunos (luego se ha hecho en el Reglamento de 2011), como por ejemplo las autorizaciones para trabajar de los reagrupados. Podría haber menos procedimientos.

¿Ha favorecido, como pretendía, la inmigración legal frente a la irregular o ilegal?

Por estas fechas por primera vez, el número de inmigrantes legales superaba en España a los ilegales, lo que pudo haber sido quizás el principal logro del reglamento de 2004, así como también el principal objetivo del cambio deliberado de política en esta línea.

Esto debe considerarse una gran aportación de la nueva política, pero si la ilegalidad pudo haber disminuido en ese momento, todavía persistían situaciones de irregularidad, cuando menos, producto de las dificultades procedimentales y del ineficiente funcionamiento de algunos mecanismos diseñados en la norma para favorecer la contratación de mano de obra legal, como el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura.

¿Ha contribuido a la integración de los inmigrantes en la sociedad española?

Esto es aún más complicado, porque “no se arregla la sociedad por Decreto”. La normalización procedimental es un primer paso para la integración. Que no se

consideren los inmigrantes personas de segunda clase, en sus relaciones con la Administración pública.

La inversión (en recursos de todo tipo) para mejorar las relaciones entre la Administración y los inmigrantes, normalizándolas y descargándolas de sus tintes policiales (de orden público, arrastre de una época anterior), mejorando los procedimientos, simplificándolos y aproximándolos a lo que es la relación cotidiana entre Administración y ciudadanos, es un presupuesto clave de cualquier integración.

Y es que elimina las situaciones objetivas (y sensaciones subjetivas) de desvalimiento y precariedad. El gasto asistencial es muy importante, pero si no viene acompañado de los esfuerzos en la normalización de las relaciones administrativas es probable que la impresión que reciba el inmigrante del Estado español sea la de una organización hostil, que sospecha y recela de su persona, que le desconsidera a él y a su familia.

De ahí que la normalización y la integración pasen por un impulso político (presupuestario, investigador, en el orden de prioridades) a la simplificación real de los procedimientos, con todas las garantías.

¿Estaban resueltas las principales necesidades administrativas en esta materia?

El Reglamento supuso un avance en cuanto a estas necesidades, sin embargo, las carencias en el ámbito técnico y de organización impedían que las pretensiones del texto hubieran tenido un desarrollo suficiente como para traducirse en mejoras en la gestión de las autorizaciones, principalmente en cuanto a la simplificación de procedimientos. Otros aspectos que impedían esta misma simplificación, como la falta de concreción y aclaración de requisitos concretos y la necesidad, por ello, de interpretación continua, quedaron también pendientes de solucionar en futuras regulaciones. Las reformas de 2003 tampoco colaboraron a resolver dichas necesidades.

10. CONCLUSIONES

Primera: Para la evaluación de la calidad técnica del Reglamento aprobado por el Real Decreto 2393/2004 es preciso tener en cuenta toda una serie de indicadores, debidamente contextualizados. Algunos de carácter formal, como el lenguaje, la sistemática y la estructura de la norma; y otros sustantivos, como su incidencia más o menos real en la mejora de las garantías de las personas que se relacionan con la Administración de la extranjería y la inmigración en nuestro país.

Segunda: El Reglamento aprobado por Real Decreto 2393/2004 es una norma muy extensa y prolija, lo que complica su sistemática, comprensión e interpretación. Tendría que haber sido más simplificado, abreviado y haberse hecho de forma más clara con una estructuración en parte general y parte especial, dejando un gran número de cuestiones comunes para su parte general.

Tercera: El procedimiento de elaboración de esta norma puede considerarse adecuado, por sus pretensiones de consenso. Todo lo que se pueda hacer para incrementar la aceptabilidad de las normas es positivo, por lo que sólo podemos recomendar esta misma línea de búsqueda de legitimidad de cara al futuro.

Cuarta: Los motivos de fondo de la norma analizada conectan directamente con la mejora de los procedimientos administrativos. Y si puede decirse que el Reglamento presenta potencialidades claras en este sentido, también puede decirse que la sistemática y la falta de claridad de la norma, además del hecho de que en la práctica no se abordaron aspectos organizativos y técnicos, no han permitido desarrollar esas potencialidades.

Quinta: El proceso de normalización abierto tras el dictado del Real Decreto es otro de sus motivos, aunque coyuntural. La valoración de este proceso ha de ser necesariamente positiva a la vista de sus resultados y, sobre todo, de la resolución de un problema previo de más que considerable magnitud, gravísimo desde el punto de vista de los derechos más básicos de los inmigrantes, así como para la economía española.

Sexta: Las Sentencias que validan este Reglamento realzan su calidad jurídica, sobre todo en contraste con el anterior Reglamento, que fue objeto de un serio golpe jurisprudencial. Los redactores de la norma de 2011 han aprendido de los errores anteriores, contando con la ventaja del saber en buena medida dónde se encontraban las líneas rojas que el Tribunal Supremo no permitiría rebasar.

Séptima: Los problemas aplicativos y de factibilidad de la norma son indicadores fundamentales de su calidad técnica, pero también plantean serias objeciones desde el punto de vista de la realización práctica de los derechos fundamentales y de la ejecución del programa político de un Gobierno legítimo y democrático.

Octava: Las recomendaciones del defensor del Pueblo fueron tenidas en cuenta en la interpretación y aplicación de esta norma, así como en su posterior reforma.

Novena: Cuestiones puntuales, como el arraigo, fueron objeto de pertinente desarrollo vía instrucción; otras lo requerían, como la situación de los descendientes de españoles. Y la simplificación de los procedimientos no pudo desarrollarse en todas sus potencialidades, en gran medida, debido a la inercia y la herencia de las reformas anteriores a 2004, así como por la falta de empleo suficiente de las herramientas informáticas.

Cuarto capítulo

ESTUDIO DEL REGLAMENTO VIGENTE, APROBADO POR REAL DECRETO 557/2011

Cuarto capítulo

ESTUDIO DEL REGLAMENTO VIGENTE, APROBADO POR REAL DECRETO 557/2011

SUMARIO: 1. NORMATIVA ANTECEDENTE. 2. INNOVACIONES DEL REGLAMENTO RESPECTO DE SU ANTECESOR: 2.1. EN CUANTO A LA ENTRADA Y SALIDA. 2.2. EN CUANTO AL TRÁNSITO AEROPORTUARIO. 2.3. EN CUANTO A LA ESTANCIA EN ESPAÑA. 2.4. EN CUANTO A LA RESIDENCIA TEMPORAL. 2.5. EN CUANTO A LA RESIDENCIA TEMPORAL POR CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES. 2.6. EN CUANTO A LA RESIDENCIA DE LARGA DURACIÓN Y LARGA DURACIÓN-UE. 2.7. EN CUANTO A LAS EXTINCIONES DE LAS AUTORIZACIONES DE RESIDENCIA O DE RESIDENCIA Y TRABAJO. 2.8. EN CUANTO A LA GESTIÓN COLECTIVA DE CONTRATACIONES EN ORIGEN. 2.9. EN CUANTO A LAS AUTORIZACIONES DE RESIDENCIA Y TRABAJO DE ESTRANJEROS EN CUYA ACTIVIDAD PROFESIONAL CONCURRAN RAZONES DE INTERÉS ECONÓMICO, SOCIAL O LABORAL, O CUYO OBJETO SEA LA REALIZACIÓN DE TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN O DEASARROLLO O DOCENTES, QUE REQUIERAN ALTA CUALIFICACIÓN, O DE ACTUACIONES ARTÍSTICAS DE ESPECIAL INTERÉS CULTURAL. 2.10. EN CUANTO A TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS. 2.11. EN CUANTO A MENORES EXTRANJEROS. 2.12. EN CUANTO A LA MODIFICACION DE LAS SITUACIONES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA. 2.13. EN CUANTO A LA DOCUMENTACIÓN DE EXTRANJEROS. 2.14. EN CUANTO A INFRACCIONES EN MATERIA DE EXTRANJERÍA. RÉGIMEN SANCIONADOR. 2.15. EN CUANTO A LAS OFICINAS DE EXTRANJEROS Y CENTROS DE MIGRACIONES. 3. CARACTERÍSTICAS DEL REGLAMENTO (TÉCNICA NORMATIVA). 4. CONTRIBUCIONES JURISPRUDENCIALES. 5. PROBLEMAS PRÁCTICOS Y APLICATIVOS QUE RESUELVE EL REGLAMENTO DE 2011. 6. RECOMENDACIONES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO. 7. BALANCE DEL REAL DECRETO DE 2011. 8. CONCLUSIONES.

1. NORMATIVA ANTECEDENTE

El Real Decreto 557/2011, de 20 de abril trae causa en la Disposición Final Tercera de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. En ésta se habilita al Gobierno para el dictado de la normativa necesaria para aplicar y desarrollar la reforma que contiene, y el Gobierno lo hace dictando el nuevo Reglamento que deroga el anterior aprobado por Real Decreto 2393/2004.

Sin ánimo de reiterar la evolución normativa en este punto, hay que remitirse al primer capítulo donde está determinada en detalle. Este Reglamento es el tercero de los que desarrollan la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los Extranjeros en España y su integración social. Le preceden el Real Decreto 2393/2004 y el Real Decreto 864/2001 que han desarrollado dicha Ley (con sus reformas llevadas a cabo en 2000, 2003 y 2009).

2. INNOVACIONES DEL REGLAMENTO RESPECTO DE SU ANTECESOR

El nuevo Reglamento de 2011 conlleva múltiples novedades en relación a su norma antecedente, el Real Decreto 2393/2004. En este apartado se expondrán las más destacadas llevadas a cabo por el nuevo tratamiento reglamentario de la Ley de Extranjería analizando los beneficios que han traído esta evolución para el régimen jurídico de la inmigración.

2.1. EN CUANTO A LA ENTRADA Y SALIDA. TÍTULO I

En concordancia con el apartado quinto del artículo 25 de la Ley Orgánica 4/2000 se determina la posibilidad de registrar las entradas y salidas de los extranjeros en España para el control de su permanencia legal¹²². La denegación de entrada debe ser motivada y en ella se deberá informar de una serie de aspectos como el derecho a la asistencia jurídica gratuita en el caso de que el extranjero decidiera impugnar la resolución en vía

¹²² Vid. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, F.: “Régimen de entrada y salida del territorio español”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.), *El Novísimo Reglamento de Extranjería*, Ediciones Laborum, Murcia, 2011, p.13-36.

jurisdiccional contencioso-administrativa, conforme al apartado tercero del artículo 22 de la Ley de Extranjería¹²³.

Se aclaran aspectos sobre la situación del extranjero en el lapsus de tiempo que transcurre entre la denegación de entrada y el retorno a su lugar de procedencia, puntualizándose el tiempo en el que puede estar en dicha situación y a lo que esa situación está exclusivamente destinada. Además se concretan las instalaciones destinadas a tal fin y las condiciones en las que éstas se deben encontrar. Ahora se aplica el Código Comunitario de Visados para el tránsito aeroportuario y las estancias de larga duración, ampliándose el espacio geográfico a todo el Espacio Schengen. Habrá un visado de validez territorial limitada para tránsito y estancia en uno o más Estados de dicho espacio.

En este Reglamento se incluye un nuevo capítulo IV que se refiere a las devoluciones y salidas obligatorias. En cuanto a las devoluciones, se reconoce su naturaleza sancionadora y se aplica, por ello, la prescripción¹²⁴. Si se trata de autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales, se podría revocar la resolución de devolución no ejecutada. Si el órgano competente para resolver sobre la autorización no fuera el mismo que el órgano competente para revocar la resolución de devolución, instará de oficio su revocación al órgano competente para ello¹²⁵.

También se ofrece asistencia jurídica, para el caso de devolución, atendiendo a las previsiones de la Ley Orgánica 4/2000 en el apartado tercero del artículo 22. Para ello el extranjero privado de libertad tiene que manifestar la voluntad de interponer recurso contencioso-administrativo o ejercitar la acción correspondiente contra la resolución de devolución si la vía administrativa se hubiera agotado. De esto se dejará constancia, en el acta que se incorporará al expediente, por el Delegado o Subdelegado del Gobierno o por el Director del CIE¹²⁶ donde se encuentre el extranjero. Si la resolución de devolución es fruto de la contravención de la prohibición de entrada tras haber sido expulsado, el

¹²³ Vid. AGUELO NAVARRO, P. (Dir.): *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Colex, 2013, sobre régimen de entrada y salida del territorio español, pp. 166-204.

¹²⁴ Artículo 23.7 del Reglamento de 2011.

¹²⁵ Artículo 23.8 del Reglamento de 2011.

¹²⁶ Centro de Internamiento de Extranjeros.

plazo de prescripción (que será de cinco años) no empezará a contar hasta que haya transcurrido el periodo de prohibición de entrada reiniciado¹²⁷.

2.2. EN CUANTO AL TRÁNSITO AEROPORTUARIO. TÍTULO II

Las novedades que se producen en este aspecto están relacionadas con la aplicación del Código Comunitario de Visados¹²⁸. El Derecho de la Unión Europea establecerá la exigencia del visado para el tránsito y el procedimiento y los requisitos para la expedición.

2.3. EN CUANTO A LA ESTANCIA EN ESPAÑA. TÍTULO III

En los visados de corta duración, también se estará a lo que establezcan las modificaciones que ha introducido la normativa comunitaria de visados.

En los visados de búsqueda de empleo, el Ministerio de Trabajo e Inmigración (ahora Ministerio de Empleo y Seguridad Social) tendrá que completar la regulación de este tipo de visado con una Orden ministerial¹²⁹, pero este visado permitirá a su titular a buscar empleo y solicitar la autorización de residencia y trabajo en España en los términos que establezca el Reglamento mientras esté vigente el documento y sólo para aquéllos supuestos previstos en el artículo 39 de la Ley 4/2000¹³⁰.

El nuevo Reglamento incluye el capítulo II en el que se regulan las autorizaciones de estancia para estudios, movilidad de alumnos, practicas no laborales o servicios de

¹²⁷ Como establece el artículo 23.7 del Reglamento de 2011, acorde con el artículo 58.3 a) de la Ley Orgánica 4/2000.

¹²⁸ Fue aprobado por el Reglamento (CE) 810/2009 del Parlamento y del Consejo, de 13 de julio de 2009.

¹²⁹ Orden ESS/1/2012, de 5 de enero, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2012. En su preámbulo establece *“La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su artículo 39, faculta al actual Ministerio de Empleo y Seguridad Social para aprobar, de acuerdo con la situación nacional de empleo, una previsión anual de las ocupaciones y, en su caso, de las cifras previstas de empleos que se puedan cubrir a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen en un período determinado, a los que sólo tendrán acceso aquellos trabajadores extranjeros que no se hallen o residan en España. Igualmente le habilita para establecer un número de visados de búsqueda de empleo dirigidos a hijos o nietos de español de origen o a ocupaciones determinadas”*.

¹³⁰ Gestión colectiva de contrataciones en origen.

voluntariado, y reflejo de la Directiva a la que responde¹³¹ se establecen los requisitos para poder optar a este tipo de autorizaciones, mejorando la situación del estudiante para la obtención de la prórroga de dicho permiso. No es la única ventaja para los estudiantes, investigadores o voluntarios, entre otros beneficiarios por estas medidas, ahora también pueden conseguir ser autorizados para llevar a cabo actividades por cuenta propia y no sólo por cuenta ajena como hasta ahora. Entre las ventajas que se establecen en esta norma a los estudiantes una de las más importantes es la movilidad de los mismos dentro de la Unión Europea facilitándose en ese caso la reagrupación con su familia. Se incluyen expresamente los estudios de bachillerato a través de un programa de movilidad de alumnos¹³².

Concretamente en el visado de estudios¹³³ se especifican los requisitos para obtenerlo separando los que debe valorar la misión diplomática de los que debe evaluar la oficina de extranjeros y además se simplifican las normas del procedimiento. La prórroga de este visado debe solicitarse durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia del mismo y la estancia de la que se está disfrutando se podrá prorrogar hasta la finalización de procedimiento, pues bien, ahora también se prorrogará la autorización de estancia hasta la resolución de la solicitud de la prórroga aunque esa solicitud se haya hecho hasta 90 días después de que se haya producido la caducidad de la autorización de estancia, sin perjuicio de la incoación del correspondiente expediente sancionador por la infracción en la que se hubiera incurrido¹³⁴.

Ya se ha recordado que ahora se pueden llevar a cabo también actividades por cuenta propia por parte de quienes son titulares de una autorización de estancia. Esas actividades deben ser compatibles con aquéllas para las que se concedió la autorización de estancia. También se incluyen excepciones a las acotaciones de ámbito geográfico que imponen los estudios¹³⁵. Se regula, también de forma particular los estudios

¹³¹ Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre, del Consejo.

¹³² Artículo 37.1.c) del Reglamento de 2011.

¹³³ Artículo 38 del Reglamento de 2011.

¹³⁴ “La novedad tiene una gran importancia práctica, pues muchos estudiantes no saben hasta el último momento si se les prorrogan las becas o ayudas al estudio”, apreciación hecha por APRELL LASAGABASTER, M. C., “El nuevo Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril”, en SÁNCHEZ BLANCO, A., DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M. y RIVERO YSERN, J.L. (Coords.), *El Nuevo Derecho Administrativo*, Libro Homenaje al Prof. Dr. Enrique Rivero Ysern, Ratio Legis, Salamanca, 2011, p. 499.

¹³⁵ Artículo 42.3 del Reglamento de 2011.

sanitarios de especialización y la movilidad de quienes ostentan una autorización de estancia dentro de la Unión Europea¹³⁶.

2.4. EN CUANTO A LA RESIDENCIA TEMPORAL. TÍTULO IV

La residencia temporal se regula de una forma más detallada (el Reglamento anterior hacía una regulación general de la residencia temporal y en éste se establecen cada una de las autorizaciones de residencia temporal¹³⁷), tanto las formas de este tipo de residencia como los requisitos necesarios para obtenerla, en concreto, los económicos tan solicitados por las Oficinas de extranjería. La nueva regulación es fruto de la reforma de la Ley Orgánica 4/2000¹³⁸, fruto a su vez, de la aplicación de Directivas de la Unión Europea que unifican criterios en este aspecto.

En relación a la residencia temporal no lucrativa.

Se fijan claramente los requisitos y medios económicos para obtenerla regulada en el capítulo primero del título IV y se establece que para poder obtenerla, los mismos, deben constituir mensualmente el 400% del IPREM (actualizado anualmente por el Ministerio de Economía y Hacienda) o su equivalente legal en moneda extranjera, cuya acreditación debe hacerse en el momento de solicitar el visado o la renovación de la autorización añadiendo, y si tiene familiares a su cargo, deberá constatar la tenencia de una cantidad que mensualmente corresponda al 100% del IPREM para cada uno de ellos¹³⁹. El procedimiento clarifica la documentación que se debe adjuntar a la solicitud de esta autorización, así como quiénes serán los encargados de revisarla. Estableciendo, ahora, una distinción entre los que deben valorar las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares, y las que deben valorar los Delegados o Subdelegados del Gobierno.

La renovación de este tipo de residencia, que permite la permanencia sin desempeñar ninguna actividad, laboral o profesional, se hace depender ahora, además del cumplimiento del resto de los requisitos, de la escolarización de los menores en edad y a su cargo. Incluso la oficina de extranjería tiene la obligación de poner en conocimiento

¹³⁶ Artículo 44 del Reglamento de 2011.

¹³⁷ Artículo 45.2 del Reglamento de 2011.

¹³⁸ Vid. AGUELO NAVARRO, P. (Dir.): *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Colex, 2013, pp. 204 y ss.

¹³⁹ Artículo 47 del Reglamento de 2011.

de las autoridades educativas competentes esta circunstancia y de advertir expresamente al extranjero y por escrito de que de no presentar el correspondiente informe en el que así conste, y en el plazo de 30 días desde la advertencia, no se le renovará la autorización de residencia temporal no lucrativa (apartado cuarto del artículo 51).

Se da valor a los esfuerzos de integración por parte de los inmigrantes a la hora de la concesión de la renovación de este tipo de autorización de residencia temporal para el caso de no reunir el resto de los requisitos exigidos por el Reglamento. Quien lleva a cabo los informes que constaten que se ha hecho dicho esfuerzo es la Administración autonómica competente. Este es el contenido de esos informes¹⁴⁰: los valores constitucionales, estatutarios de la Comunidad Autónoma en la que resida, de la Unión Europea, derechos humanos, libertades públicas, democracia, tolerancia e igualdad entre hombres y mujeres que observe el extranjero y que haga constar a partir de certificaciones de entidades privadas debidamente acreditadas o, de entidades públicas.

En relación a la residencia temporal por reagrupación familiar.

Se producen cambios importantes¹⁴¹. La reagrupación familiar consiste en el derecho que ostenta un extranjero con permiso de residencia para congregar a sus familiares, solicitando para ellos una autorización de residencia temporal¹⁴². En opinión de VELA DÍAZ “no podemos negar el papel esencial que desempeña la familia en la integración social plena la persona inmigrante”¹⁴³. En esta nueva regulación, por un lado, se amplía el espectro reagrupable¹⁴⁴ con la inclusión de la persona que mantenga con el

¹⁴⁰ Artículo 51. 6 del Reglamento de 2011.

¹⁴¹ Vid. MOYA MALAPEIRA, D.: La reforma del régimen de reagrupación familiar, en BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F.J. Y MOYA MALAPEIRA, D. (Coords.): *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería*, Tirant lo Blanch Reformas, IDP, Valencia, 2011, pp.235-249.

¹⁴² Vid. AGUELO NAVARRO, P. (Dir.): *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Colex, 2013, el amplio estudio sobre la reagrupación familiar, pp. 82-136.

¹⁴³ VELA DÍAZ, R.: “Los nuevos derechos sociolaborales y su perspectiva de género derivados de la autorización de residencia por reagrupación familiar a la luz de la última reforma de la legislación de extranjería: la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre”, en FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Comares, Granada, 2011, p. 490.

¹⁴⁴ Dentro de unos límites, “la familia que admiten los Estados europeos en materia de inmigración, y por el cauce de la reagrupación familiar, expresa el mínimo simbólico de nuestra pertenencia al grupo cultural occidental (padres e hijos según la tradición matrimonial y monogámica de la familia europea). En consecuencia, los modelos no conformes no tendrán cabida en nuestra sociedad y habrán de replegarse, cultural y jurídicamente hablando, al modelo familiar preconfigurado”, como expresa VARGAS

reagrupante una relación afectiva análoga a la conyugal (parejas de hecho o aquellas que puedan probar una relación anterior, con prevalencia de las probadas por medio de documentos públicos)¹⁴⁵, y por otro, se limita la reagrupación de ascendientes añadiendo un requisito de edad.

A no ser que se den razones humanitarias, los ascendientes que pretendan ser reagrupados, deberán sobrepasar la edad de sesenta y cinco años. Podrán ser reagrupados los menores de esa edad cuando el sujeto reagrupable, en el lugar de origen, ya dependiera del reagrupante, cuando no sea capaz de mantenerse por sí mismo, cuando sea incapaz y el reagrupante sea su tutor, o cuando el potencial reagrupado sea el cónyuge de otro ascendiente reagrupado (en este caso, siempre que este último sea mayor de 65 años).

También para la reagrupación familiar se concretan los requisitos económicos en el Reglamento, así como la forma en la que se puede acreditar la idoneidad de la vivienda en la que se va a instalar la familia reagrupada. En cuanto a los medios económicos necesarios para poder reagrupar a familiares, se toma, de nuevo, como referencia el IPREM. En particular es necesario demostrar que mensualmente se dispone de una cantidad que suponga el 150% del IPREM para la unidad familiar de dos miembros y el 50% del IPREM mensualmente para cada miembro adicional¹⁴⁶ 54.1. Si no se acredita que existe una perspectiva de mantenimiento de esa situación económica para el año siguiente al de la solicitud no se concederán estas autorizaciones.

Esas cantidades pueden ser exceptuadas en el caso de que el reagrupado sea menor de edad. Además se pueden unir a la cantidad necesaria para cumplir con el requisito económico, los ingresos de los familiares de primer grado en línea directa, siempre que residan en España y vivan con el reagrupante. También se podrán computar como cantidad mensual a efectos de reagrupación familiar lo aportado por el cónyuge o pareja del reagrupante cuando sea residente en España y conviva con él. Los ingresos que no se podrán contabilizar serán los que tengan origen en el sistema de asistencia social.

GÓMEZ-URRUTIA, M.: *La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Normas de Extranjería y Problemas de Derecho Aplicable*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, p. 353.

¹⁴⁵ Este cambio es reflejo de la reforma de la Ley Orgánica 4/2000 por la Ley Orgánica 2/2009.

¹⁴⁶ Artículo 54.1 del Reglamento de 2011.

En cuanto a la vivienda para poder reagrupar a familiares, ahora se da prevalencia a los informes que, sobre su adecuación, elaboran las Comunidades Autónomas. Informes que también pueden hacer las corporaciones locales, siempre que haya sido establecido por la Comunidad Autónoma y se haya puesto en conocimiento de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración (ahora Secretaría General de Inmigración y Emigración). Si la Administración no respondiese a las solicitudes de informes de adecuación de la vivienda en el plazo de 30 días desde su solicitud, el reagrupante deberá acreditarlo y demostrar que cumple el requisito de adecuación de la vivienda por cualquier otro medio de prueba estipulado en derecho¹⁴⁷.

La persona que haya conseguido ser reagrupado finalmente estará habilitado igualmente, y sin tener que realizar ningún otro trámite administrativo adicional, para trabajar (siempre que sea mayor de edad para hacerlo). Además no se establece ningún tipo de limitación para la actividad laboral, especificando el Reglamento que dicha habilitación incluye el trabajo por cuenta propia, el trabajo por cuenta ajena, para cualquier tipo de ocupación o sector de actividad, y en cualquier parte del territorio español (apartado cuarto del artículo 58).

El familiar reagrupado puede optar a una autorización de residencia independiente de la del reagrupante, y en el artículo 58 de este Reglamento se regula de forma más pormenorizada, que en el Reglamento anterior, esa posibilidad. El cónyuge o pareja reagrupado podrá conseguir esa autorización de residencia independiente si existe violencia de género, si se ha roto el vínculo conyugal o si muere el reagrupante (en los tres casos los procedimientos tendrán carácter preferente). La vigencia de la autorización independiente está vinculada a la autorización que la origina, que es la autorización de residencia por reagrupación familiar, aunque se establece que en todo caso tendrá una mínima vigencia de un año.

Para el caso de la autorización de residencia independiente con causa en la violencia de género, se parte de la constancia por parte de las autoridades de ese tipo de maltrato, y así, se podrá obtener por la mujer extranjera en esa situación, cuando se haya dictado para ella una orden de protección judicial o, en su caso, cuando el Ministerio Fiscal

¹⁴⁷ Artículo 55.4 del Reglamento de 2011.

haya emitido un informe en el que se indique que existen indicios de esa violencia. Este mismo requisito alternativo se exige a la hora de otorgar la autorización provisional de residencia temporal y trabajo para ella y para sus hijos en edad laboral, y la autorización de residencia temporal para sus hijos menores de edad laboral.

Todo ello por circunstancias excepcionales, en concreto por circunstancias de violencia de género (en este caso estando todos ellos en situación irregular). La orden de protección a favor de la mujer extranjera o el informe del Ministerio Fiscal en el que se establezcan indicios de violencia, pero en este caso ejercida en el entorno familiar, también será necesario para obtener la autorización de residencia independiente por las víctimas de este otro tipo de violencia.

Los procedimientos para la autorización de residencia temporal por reagrupación familiar y de renovación de la misma autorización también recogen, como el resto de los procedimientos, importantes modificaciones que se analizan, en esta Tesis, en un capítulo de forma específica. En el nuevo Reglamento se permite la renovación de la autorización de residencia temporal por reagrupación familiar, a los extranjeros que incluso habiendo sido condenados por la comisión de un delito, hayan cumplido condena, hayan sido indultados, o se hallen en situación de remisión condicional de la pena o de suspensión de la misma. Asimismo, se valorará si ha cumplido con sus obligaciones tributarias y de la seguridad social. Otra novedad en cuanto a la renovación de la autorización de residencia temporal por reagrupación familiar es una constante en el Reglamento de 2011 y no es otra que la valoración del esfuerzo de integración que debe constatar en un informe positivo la Comunidad Autónoma en la que resida¹⁴⁸.

En relación a la residencia temporal y trabajo por cuenta ajena.

Se autorizará al ciudadano extranjero a este tipo de residencia cuando obtenga el visado correspondiente, el alta en la seguridad social del trabajador, y se produzca su entrada

¹⁴⁸ Vid. LÓPEZ BARBA, E.: “Novedades relacionadas con la autorización temporal de residencia por reagrupación familiar y otras cuestiones afines”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.): *El Novísimo Reglamento de Extranjería*, Ediciones Laborum, Murcia, 2011, pp. 63-118.

en España¹⁴⁹. La inserción en la regulación en materia de autorizaciones iniciales de trabajo de las Comunidades Autónomas que hayan asumido esas competencias incluye la limitación de la autorización al ámbito geográfico de la Comunidad. También hay modificaciones relacionadas con la situación nacional de empleo, que se valora en relación a la Comunidad Autónoma y no en relación a la provincia como hasta ahora. El reconocimiento de competencias en esta materia para las Comunidades Autónomas beneficia la movilidad en ellas. El Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura se regula estableciendo nuevas líneas para su realización.

Se concretan los requisitos necesarios para obtener la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, tanto para el trabajador como para el empresario. Se deberá presentar un contrato de trabajo firmado por las dos partes que sea garantía de actividad para el trabajador durante todo el tiempo que esté vigente esa autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena. Como requisito se determina que el trabajador tenga la capacidad o cualificación profesional legalmente exigida para el ejercicio de su profesión.

Para asegurar el cumplimiento de las obligaciones del contrato por parte del empleador se establecen medios económicos, materiales y personales que debe hacer constar. De nuevo el instrumento de referencia para la valoración de los medios económicos será el IPREM. Si el empleador es persona física tendrá que justificar la tenencia del 100%, en el caso de unidades familiares de dos miembros el 200%, y un 50% más por cada miembro que se suma a la unidad familiar¹⁵⁰ (los ingresos serán el total de la suma de los ingresos de cada miembro de la familia).

La eficacia de la autorización estará condicionada, como hemos visto, al alta del trabajador en la Seguridad Social en los tres meses de vigencia del visado, como establece la Ley Orgánica 4/2000 en su artículo 25.bis. d). Si el trabajador no puede darse de alta en ese tiempo por razones ajenas a su voluntad, podría admitirse el alta por otro empleador distinto del que realizó la solicitud. Se desarrolla, en concreto, el caso de fallecimiento o desaparición del empleador. El trabajador, entonces, podrá obtener el

¹⁴⁹ Vid. CHARRO BAENA, P. Y SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “La autorización de residencia y trabajo”, en CAVAS MARTÍNEZ, F. (Dir.): *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería y su Reglamento*, Civitas, Madrid, 2011.

¹⁵⁰ Artículo 66 del Reglamento de 2011.

alta por un empleador distinto, pero en este caso, el plazo que se exige para obtener el alta disminuye a los dos primeros meses de su entrada en España.

Puede ocurrir que el empleador, que solicitara la autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena para un trabajador, no pueda iniciar la relación laboral a la que se había comprometido. El empresario deberá comunicarlo y el trabajador podrá llevar a cabo la actividad laboral para otro. Para que esto pueda ser así y no tenga más consecuencias, el empleador deberá haber comunicado esta circunstancia en los 15 días siguientes a la entrada en territorio español del trabajador. A partir de la comunicación se abre un plazo de 45 días en los que otro empleador interesado puede iniciar una relación laboral con el trabajador a través de la Oficina de extranjería.

Se especifican los supuestos en los que se podrá denegar el visado por parte de la Oficina Consular o Misión Diplomática. Una vez en España y tras el alta en la seguridad social el trabajador podrá comenzar su actividad laboral y el empresario tendrá que comunicar a los Servicios Públicos de Empleo el contenido del contrato. Sin que haya pasado un mes desde el alta, el trabajador tiene la obligación de solicitar la Tarjeta de Identidad de Extranjero personalmente y ante la oficina de extranjería correspondiente. La tarjeta tendrá la vigencia de la autorización. Si el trabajador no se da de alta en el plazo que se ha fijado para ello desde su entrada, tendrá que salir del territorio nacional o cometer, en su caso, una infracción grave como es la permanencia irregular en España.

Las modificaciones del Reglamento afectan también a la renovación de esta autorización¹⁵¹. En cuanto a las exigencias económicas se podrán suplir las suyas por las de su cónyuge o pareja de hecho cuando éste cumpliera con los requisitos económicos que se exigen para la reagrupación familiar. La renovación también podrá producirse aunque el contrato se haya extinguido o se haya suspendido la relación laboral y el motivo sea que la trabajadora ha sido víctima de violencia de género.

¹⁵¹ Vid. AGUELO NAVARRO, P. CHARRO BAENA, P. Y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C.: “La renovación de las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena: propuestas para una interpretación integradora”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº11, 2006.

En esta renovación, de la misma forma que hemos visto anteriormente en la de la autorización de residencia temporal por reagrupación familiar, se valorará que el extranjero a pesar de haber sido condenado por la comisión de un delito haya cumplido su condena, haya sido indultado, o se encuentre en situación de remisión condicional de la pena o suspensión de la misma. También se valorará el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de la seguridad social, y el esfuerzo de integración, si es que el trabajador no cumple otros requisitos, que se acreditará en el informe de la Comunidad Autónoma donde resida el trabajador (como en la renovación, ya vista, para la residencia por reagrupación familiar).

En relación a la residencia temporal y trabajo para investigación.

Se tienen en cuenta la Ley Orgánica 4/2000 y la Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre. Se regula un procedimiento rápido para la movilidad de los investigadores por el territorio de la Unión Europea y también para que los investigadores puedan reagrupar a sus familiares. La vigencia mínima de la autorización de residencia temporal y trabajo será superior a tres meses y la vigencia máxima hasta cinco años, y coincidirá exactamente con la duración del proyecto de investigación que constituya la base de dicha autorización. Sólo podrá realizarse con ese permiso la actividad de investigación para la que ha sido concedida la autorización.

En la parte de los requisitos, el investigador deberá poseer la titulación superior que le dé acceso a programas de doctorado, que a su vez, estén relacionados con el proyecto de investigación causa de la autorización de residencia temporal y trabajo. Los organismos investigadores deben haber firmado previamente los convenios que dan lugar a la participación de los investigadores extranjeros y sólo podrán hacerlo quienes estén en la lista que debe elaborar el Ministerio de Ciencia e Innovación y darlo a conocer en una Orden Ministerial previo informe de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración (ahora Secretaría General de Inmigración y Emigración). En el caso de traspaso de competencias a las Comunidades Autónomas en materia de autorización inicial de residencia y trabajo el procedimiento varía.

En relación a la residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una tarjeta azul-UE.

Se aplica la Ley Orgánica de Extranjería¹⁵² y la Directiva comunitaria 2009/50/CE de Consejo, de 25 de mayo¹⁵³ donde se consideran profesionales con esta denominación, a los que han sido autorizados para desarrollar una actividad laboral para la que se necesite título de enseñanza superior. También serán así considerados quienes acrediten cinco años de experiencia profesional que podrá ser equivalente a la titulación. El procedimiento también, como el de investigadores, va a servir para que se puedan reagrupar a sus familiares con celeridad y para que la movilidad dentro de la Unión Europea esté garantizada. No se tendrá en cuenta para la concesión de este tipo de autorizaciones la situación nacional de empleo.

En el caso de que la Comunidad Autónoma donde el profesional altamente cualificado vaya a desarrollar su actividad tenga traspasadas las competencias en materia de autorización inicial de residencia y trabajo y el trabajador tenga intención de reagrupar a sus familiares, éste podrá presentar ante los órganos competentes para tramitar su solicitud de residencia y trabajo de las Comunidades Autónomas y simultáneamente, las solicitudes de autorización de trabajo y residencia para él y la autorización de residencia temporal por reagrupación para sus familiares. Aunque a esta última solicitud se le dará traslado a la oficina de extranjería correspondiente. Las autorizaciones de residencia y trabajo para profesionales altamente cualificados titulares de una tarjeta azul-UE también pueden ser renovadas. Se hará cada dos años si lo que le corresponde no es una autorización de larga duración.

En relación a la residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada.

Se establece la regulación de los permisos de los trabajadores de temporada, obras y servicios, otros colectivos que se determinen mediante una Orden del Ministerio de Trabajo e Inmigración (ahora de Empleo y Seguridad Social) o formación y prácticas

¹⁵² Vid. BOZA MARTÍNEZ, D.: “Profesionales altamente cualificados, trabajadores de temporada y trabajadores transfronterizos”, en BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F.J. Y MOYA MALAPEIRA, D. (Coords.): *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería*, Tirant lo Blanch Reformas, IDP, Valencia, 2011, pp. 219-223.

¹⁵³ Vid. AGUELO NAVARRO, P. (Dir.): *Comentarios a la Ley de Extranjería*. Colex, 2013, pp. 342-356.

profesionales. En estas autorizaciones no se tiene en cuenta la situación nacional de empleo. La duración máxima de la autorización es de doce meses y, si es así, no habrá derecho a prórroga, con la excepción, de la necesidad por parte del empleador de los servicios del trabajador por causas sobrevenidas.

Ésa es la duración máxima, pero en concreto para las actividades de campaña o temporada su vigencia tendrá que coincidir con los contratos de trabajo, con el límite máximo de nueve meses dentro de un periodo de 12 meses consecutivos. Para obras y servicios, otros colectivos que se determine por la Orden Ministerial citada (como personal de alta dirección, deportistas, profesionales, artistas...etc.), o para formación y prácticas profesionales su vigencia tendrá que coincidir con el contrato de trabajo o con la duración prevista de la actividad debidamente acreditada.

Tanto unas como otras autorizaciones se pueden prorrogar y se hará dependiendo del periodo de autorización que van a prolongar, con un máximo de nueve meses en las autorizaciones de temporada o campaña. Para los otros casos, citados anteriormente, se pueden dar dos formas de renovación. Si el empleador necesita un plazo mayor para realizar sus actividades, obras o servicios que estén establecidos en el contrato, y sumando la prórroga con la autorización el resultado es de más de 12 meses, la prórroga tendrá carácter excepcional y el empleador deberá acreditar tanto la necesidad de continuar como también las circunstancias sobrevenidas por las que debe ser así.

Sin embargo, si el empleador no necesita tanto tiempo, pero si un poco más de tiempo para terminar lo empezado (pudiendo hacerlo en un periodo que sea el resultado entre la autorización y la prórroga de menos de 12 meses), en este caso, éste sólo debe acreditar la necesidad de continuar con la actividad obra o servicio que apareciera en el contrato. La duración de la prórroga en este caso tendrá que coincidir con la finalización de la obra, servicio o actividad y tendrá el límite de 12 meses desde que comenzó la vigencia de la autorización¹⁵⁴.

¹⁵⁴ Artículo 102 del Reglamento de 2011.

En relación a la residencia temporal y trabajo por cuenta propia.

También se producen novedades¹⁵⁵. Por una parte por la intervención de las Comunidades Autónomas en coordinación con la Administración General del Estado a la hora de autorizar el trabajo por cuenta propia (se limita la autorización inicial a un ámbito autonómico y sectorial concreto, fruto de la reforma de la Ley Orgánica). Por otra parte, por el mayor número de requisitos que se exigen ahora respecto de la regulación anterior, como la necesidad de cualificación profesional o experiencia suficiente para el ejercicio de la actividad y de una cantidad suficiente de recursos económicos para su manutención y alojamiento que será la que resulte tras deducir las cantidades necesarias para desarrollar su actividad por cuenta propia. La referencia para fijar esas cantidades se hace, esta vez, acudiendo a las cifras necesarias en relación a la autorización de residencia temporal por reagrupación familiar, para él y para el resto de las personas que estén a su cargo.

Se valora el esfuerzo de integración para el caso de que no cumpla con alguno de los requisitos exigidos para este tipo de autorización¹⁵⁶. Incluso cumpliendo con los requisitos exigidos, la autorización de residencia y trabajo por cuenta propia se puede denegar. Se especifican los supuestos en los que la misma será denegada. Así: cuando en el momento de la solicitud se hayan presentado documentos falsos, se hayan hecho alegaciones inexactas o haya mediado mala fe; a partir de un informe policial desfavorable si el órgano competente así lo considera; o si la solicitud se hubiera admitido a trámite sin apreciar que existía causa legal de inadmisión.

En relación a la residencia temporal y trabajo en el marco de las prestaciones transnacionales de servicios.

Se aumentan las exigencias para las concesiones de este tipo de autorizaciones que están previstas para trabajadores extranjeros que se trasladan a un centro de trabajo en España dependiendo a través de una relación laboral de una empresa que esté establecida en un

¹⁵⁵ Vid. RUBIO MEDINA, M.D.: “Residencia temporal y autorizaciones de trabajo”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.), *El Novísimo Reglamento de Extranjería*, Ediciones Laborum, Murcia, 2011, concretamente en las pp. 120-126.

¹⁵⁶ Vid. FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B. Y SERRANO VILLAMANTA, J.: “Régimen jurídico específico de trabajo de los extranjeros en España”, en PALOMAR OLMEDA, A. (Coord.): *Tratado de Extranjería*, Thomson Aranzadi, 2010.

Estado que no pertenezca ni a la Unión Europea, ni al Espacio Económico Europeo¹⁵⁷. Además de las exigencias de la regulación anterior se añaden otras como no tener antecedentes penales, no encontrarse de forma irregular en España, no ser rechazable para el espacio Schengen, ni encontrarse en el periodo de compromiso de no regreso del retorno voluntario.

En relación a la residencia temporal con la excepción de la autorización de trabajo.

No se han producido apenas modificaciones dignas de ser destacadas.

En relación a la residencia temporal del extranjero que ha retornado voluntariamente a su país¹⁵⁸.

Hay distintas novedades en el Reglamento de 2011¹⁵⁹. En un nuevo procedimiento se establece la posibilidad de volver a residir o trabajar en España por parte de quien, teniendo una autorización de residencia en nuestro país, ha renunciado a ella, ha regresado a su país y ha mantenido esa distancia durante el tiempo en el que se hubiere comprometido con la Administración a no regresar. Las peticiones de autorizaciones para regresar a trabajar a España, tras haber retornado a su país, son objeto de tramitación preferente. Y si son consecuencia de la participación en un programa de retorno voluntario, no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo. La Administración podrá modificar el plazo de regreso, que en principio y si no hay un pacto distinto, es de tres años. Se podrá hacer por Orden del titular del Ministerio de Trabajo e Inmigración (ahora de Empleo Público y Seguridad Social)¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Vid. AGUELO NAVARRO, P. (Dir.): *Comentarios a la Ley de Extranjería*. Colex, 2013, pp. 396-402.

¹⁵⁸ Vid. IGLESIAS SÁNCHEZ, S.: “El retorno voluntario en España: análisis desde la perspectiva de la migración circular y del Derecho de la Unión Europea”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n. 29, 2012, pp. 243-262.

¹⁵⁹ Tiene un importante precedente en el Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen, junto con su desarrollo reglamentario en el Real Decreto 1800/2008 de 3 de noviembre, donde se establecen las reglas para la concesión de autorizaciones de residencia temporal para quienes hubieran retornado a sus países de origen.

¹⁶⁰ Art. 121.1 del Reglamento de 2011.

La nueva normativa supone un estímulo para el retorno voluntario, facilitando el regreso¹⁶¹. Aunque no siempre el deseo del inmigrante es regresar a nuestro país¹⁶², puesto que, como señala SCHRAMM la experiencia en los países de acogida puede redundar de forma beneficiosa en muchas ocasiones en sus países de origen favoreciendo su regreso y el de su entorno “*No sólo las habilidades y experiencias de la forma de capital financiero del retorno, sino en las relaciones de poder locales, las tradiciones y los valores en los países de origen también tienen una fuerte influencia sobre la capacidad de los retornados para invertir sus experiencias de la migración en sus países de origen*”¹⁶³.

El extranjero que se haya acogido a un programa de este tipo, o incluso sin haberse acogido a él, puede regresar a España a trabajar¹⁶⁴. Logrará, durante todo el tiempo que haya pasado en su país, conservar la antigüedad que ya obtuvo con la residencia previa, y todo ese tiempo se computará a la hora de renovar las autorizaciones o conseguir la residencia de larga duración. Además de estar en poder de una autorización de residencia, el extranjero debe cumplir con otras exigencias, como es respetar el pacto de no regreso de su programa o un compromiso de 3 años desde la fecha en que haya regresado a su país, si lo hace al margen de un programa.

Para poder realizar el control respecto de la fecha de regreso, es necesario que el extranjero se presente en la sede diplomática o consular española en su país, y que entregue el NIE o Tarjeta de Identidad de Extranjero en vigor, renunciando a su vez, a su autorización de residencia. En la Misión Diplomática u Oficina Consular española en su país se le expedirá un documento en el que quede constancia tanto de la entrega de la documentación, como de la renuncia a la residencia, como de las fechas en las que todo

¹⁶¹ Vid. SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: “El plan de retorno voluntario: significado y consecuencias” en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.): *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009 de 11 diciembre de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, La ley-Actualidad, 2010, sobre los distintos planes de retorno.

¹⁶² Vid. PERIAGO MARTÍNEZ, R.: “Una mirada a la aplicación de las políticas migratorias en España. El retorno voluntario y el codesarrollo como opción”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n.30, 2012, pp. 289-310.

¹⁶³ SCHRAMM, C.: “Incidencia de la crisis económica en la situación socio-laboral de la población latinoamericana en la provincia de Jaén y su influencia sobre la decisión de retornar”, en FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Comares, Granada, 2011, p. 167.

¹⁶⁴ Vid. IGARTUA MIRÓ, M.T.: “Residencia temporal del extranjero que ha retornado voluntariamente a su país”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.), *El Novísimo Reglamento de Extranjería*, Ediciones Laborum, Murcia, 2011, pp. 149-157.

eso se ha llevado a cabo. Cumplido el pacto de no regreso el extranjero podrá solicitar, según sea su pretensión, la autorización de residencia temporal o de residencia temporal y trabajo.

2.5. EN CUANTO A LA RESIDENCIA TEMPORAL POR CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES. TÍTULO V

En relación a la residencia temporal por circunstancias excepcionales por arraigo, protección internacional, razones humanitarias, colaboración con autoridades, seguridad nacional o interés público.

El permiso de residencia temporal se puede obtener por motivos excepcionales para los extranjeros que se encuentren en España y reúnan unos requisitos¹⁶⁵.

Arraigos

Entre los motivos excepcionales por los que se puede obtener la residencia en nuestro país, está el arraigo¹⁶⁶, que a su vez puede ser laboral, social y familiar. El arraigo familiar supone una novedad en este Reglamento. Si bien los otros dos tipos de arraigos (laboral y social) ya existían como forma de acceder a la residencia temporal. Aunque no se desordena la regulación del arraigo, se producen algunas modificaciones.

En lo que se refiere al *arraigo laboral*, éste supone la acreditación de una previa relación laboral, necesaria para conseguir una autorización de residencia temporal. Si un extranjero quiere solicitarlo tendrá que acreditar que existe ese tipo de relación presentando una resolución judicial que demuestre la relación de trabajo o la resolución administrativa que confirme el acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social donde se reconozca que se ha realizado un trabajo durante un periodo

¹⁶⁵ Vid. CARBAJAL GARCÍA, P.: “El arraigo como circunstancia excepcional para poder residir y trabajar legalmente en España”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n. 29, 2012, pp. 55-85.

¹⁶⁶ Vid. PEÑA PÉREZ, A.: “Arraigo, circunstancias excepcionales y razones humanitarias: evolución histórica dentro del derecho de extranjería”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n. 30, 2012, pp. 35-67.

no inferior a seis meses¹⁶⁷. Esto es lo que establece el nuevo Reglamento, con la diferencia respecto de la regulación anterior del periodo de trabajo que era de un año.

Hay otras exigencias que además debe cumplir el extranjero que quiera demostrar su raigambre laboral, como no tener antecedentes penales en su país de origen o en el país o países en los que hayan residido en los últimos cinco años, y llevar dos años viviendo en España de forma permanente. Éstas también coinciden con el anterior Reglamento.

En cuanto al *arraigo social*, se ha convertido en una vía muy importante de regularización de los inmigrantes irregulares en España, a pesar de que el Reglamento lo regula como una medida excepcional de conseguir la residencia temporal. Apenas varía, en general, la regulación de este arraigo en el nuevo Reglamento, que por cierto, no lo mencionaba de tal forma.

Aún así, como arraigo social era conocido y para adquirirlo se exigía y se exige que el inmigrante no tenga antecedentes penales y que haya permanecido en España de forma continuada durante tres años. Para mostrar que el extranjero se ha consolidado socialmente y también que ha realizado un trabajo, tiene que presentar un contrato por un periodo no inferior a un año y tiene que tener vínculos familiares con otros extranjeros residentes o presentar un informe de arraigo que acredite su integración social. En estos dos últimos aspectos, se concreta la regulación dando como resultado algunas modificaciones.

En cuanto a la relación laboral que tiene que demostrar, en este caso y a diferencia del arraigo laboral, se trata de exponer que hay un contrato firmado que se consolidará después y no una relación laboral ya realizada. Hay dos excepciones a la obligatoriedad de la presentación de un solo contrato. Se pueden presentar varios en el caso de que se trate de trabajos a tiempo parcial simultáneos, cuando la duración de todos ellos sumada sea al menos de un año, y la jornada semanal en el cómputo global, no sea inferior a 30 horas. También se pueden presentar distintos contratos si se trata de contratos concatenados y siempre que sean al menos de 6 meses cada uno, cuando se trate del sector de la agricultura.

¹⁶⁷ Art. 124.1 del Reglamento 2011.

Por lo que se refiere a vínculos familiares con otros extranjeros residentes, también se han concretado aspectos “*A estos efectos, los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges o parejas de hecho registradas, ascendientes y descendientes en primer grado y línea directa*”¹⁶⁸. En este Reglamento se amplían las personas objeto de ese vínculo incluyendo a las parejas de hecho que no se contemplaban en el Reglamento anterior, sin embargo, parece excluir la posibilidad (como sí se hace en la nueva regulación de la reagrupación familiar) de incluir también entre las personas vinculadas a la persona que pretende el arraigo social, a alguien que mantenga con el potencial arraigado una relación análoga a la conyugal, ya que el nuevo Reglamento especifica “*parejas de hecho registradas*”, y parte de las que se admiten como parejas en la reagrupación pueden no estarlo, puesto que basta con que se acredite una relación no registrada, constituida con carácter previo al inicio de la residencia del reagrupante en España.

Además se realizan concreciones respecto al resto de los familiares con los que se deben demostrar los vínculos, pero por el contrario a lo recién expuesto sobre la pareja, en este caso, se reduce el número de personas objeto de vinculación a estos efectos. Mientras el anterior Reglamento decía “*ascendientes y descendientes en línea directa*” sin hacer mención al grado de parentesco, el Reglamento de 2011 especifica “*ascendientes y descendientes en primer grado y línea directa*”. Excluyendo ahora a familiares a los que incluía el Reglamento anterior.

Como hemos visto, en el caso de que el extranjero no tenga vínculos familiares con otros extranjeros residentes, debe presentar un informe de la Comunidad Autónoma donde tenga su domicilio habitual que determine su integración social. El nuevo Reglamento puntualiza también varios aspectos sobre este tema. El informe deberá ser emitido y notificado al interesado en el plazo de 30 días desde que se solicita y debe contener el tiempo de permanencia del interesado en el domicilio habitual, en el que deberá estar empadronado, los medios económicos con los que cuente, la vinculación con familiares residentes en España y los esfuerzos de integración que se harán constar

¹⁶⁸ Art. 124.2 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

por medio del seguimiento de la realización de programas de inserción socio-laborales y culturales.

Este informe debe ser transmitido por las Comunidades Autónomas y por medios electrónicos a la Oficina de extranjería correspondiente. Para su realización, la Comunidad Autónoma se podrá servir de la información que le pueda proporcionar el Ayuntamiento de la localidad donde el extranjero tenga su domicilio habitual. De hecho, el propio informe puede ser emitido por el Ayuntamiento siempre que así se haya establecido por la Comunidad Autónoma y se haya dado cuenta de ello a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración (ahora la Secretaría General de Inmigración y Emigración), teniendo las mismas obligaciones que tenía la Comunidad Autónoma, es decir, emitirlo y notificarlo al interesado en 30 días, y remitirlo por medios electrónicos a la oficina de extranjeros competente.

Uno y otro órgano en la emisión de ese informe, pueden recomendar, para el resto de la tramitación, que se exima al extranjero de la obligación de tener un contrato de trabajo, si cuenta con medios económicos según lo establecido en el artículo 105.3 del Reglamento para la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia (suficientes para su manutención y alojamiento, previstas para la reagrupación familiar, y descontando lo necesario para ejercer la actividad que lleve a cabo por cuenta propia). Para el caso de que, ninguno de los dos, haya emitido en plazo el informe, el extranjero podrá, certificando dicha circunstancia, utilizar cualquier medio admitido en Derecho para justificar su integración social y suplir el informe que no han llevado a cabo para él las autoridades.

Lo que sí es novedoso es que *“Por Orden del titular del Ministerio de la Presidencia a propuesta de los titulares de los Ministerios del Interior y de Trabajo e Inmigración y previo informe de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, se podrá determinar la aplicación de la situación nacional de empleo a las solicitudes de autorización de residencia temporal por razones de arraigo social”*¹⁶⁹. En los últimos tiempos de crisis económica, las organizaciones de inmigrantes, que tienen como una de sus reivindicaciones la regularización de todos los inmigrantes “sin papeles”, temen ahora,

¹⁶⁹ Art. 124.4 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

que si bien no es el momento de alcanzar dicha reivindicación, puedan además perder una frecuente forma de legalización de la situación de los irregulares que ya se encuentran en España. El Gobierno tiene la posibilidad ahora, a partir de esa Orden Ministerial, de llevar a cabo una política más restrictiva de legalización sin necesidad de eliminar el arraigo social.

El *arraigo familiar*, sin embargo, sí constituye, por sí mismo, una novedad en el Reglamento de 2011. Y es así, por la influencia de la doctrina del Tribunal Supremo y la labor del Defensor del Pueblo¹⁷⁰. Consiste en la posibilidad de regularización de los padres de menores españoles¹⁷¹, y se añade a la consideración del arraigo de este tipo, otra forma de arraigo que ya estaba regulada pero no enmarcada en el arraigo familiar como es ser hijo de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles¹⁷². El extranjero que quiera adquirir la autorización de residencia por arraigo familiar tendrá que demostrar ser el progenitor de un menor español, estar a cargo del mismo y convivir con él o estar al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto del mismo.

El motivo por el que este tipo de arraigo ha sido una reclamación constante desde la institución del Defensor del Pueblo, que a su vez se ha reflejado en sus Recomendaciones de los últimos años, es que su ausencia ha supuesto un detrimento en los derechos de los hijos españoles de padres no residentes, puesto que no podían, hasta ahora, solicitar en beneficio de los hijos, diferentes ventajas como becas, ayudas, subvenciones...etc. Se prevé este tipo de arraigo para los extranjeros en situación irregular a cuyo hijo la legislación de su país, o la del país del otro progenitor, no reconociesen el derecho a su nacionalidad por “ius sanguinis” a los niños que nacen fuera de su territorio, y a los que nuestro país concede la nacionalidad por “ius solis”.

¹⁷⁰ Sentencia de Tribunal Supremo de 8 de enero de 2007 y Recomendación del Defensor del Pueblo de 10 de septiembre de 2007.

¹⁷¹ Vid. IGLESIAS SÁNCHEZ, S.: “La regularización de la situación administrativa de los padres de menores españoles en situación irregular”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n.25, 2010, pp.35-53.

¹⁷² Instrucción General de Inmigración 10/2008, en aplicación del artículo 45 del RD 2393/2004, donde se establecen los requisitos a acreditar por los hijos de padre o madre que originariamente hubieran sido españoles.

Razones de protección internacional

La redacción del artículo 125 del Reglamento de 2011 relaciona su regulación con la Ley 12/2009, de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y de la protección internacional. Establece que se podrá conceder autorización de residencia temporal por esta razón a la persona a la que el Ministerio de Interior haya autorizado a permanecer en España conforme a lo previsto en los artículos 37.b) y 46.3 de la Ley citada, y siempre que lo haya propuesto previamente la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio. Asimismo, se podrá conceder esa autorización a los extranjeros desplazados en el sentido que la normativa sobre protección temporal prevé en el caso de afluencia masiva de personas desplazadas. También se podrá otorgar una autorización de residencia temporal en los casos que así lo prevea la norma de desarrollo de la Ley 12/2009, de 30 de octubre.

Razones humanitarias

Se incrementan los supuestos por los que se concede la residencia temporal por razones humanitarias a los extranjeros que hayan sido víctimas de delitos tipificados en el Código Penal en los artículos 311-315, 511.1 y 512 (delitos contra los derechos de los trabajadores,...), si se les ha denegado una prestación a la que tenían derecho por razones discriminatorias, delitos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación, delitos por violencia en el entorno familiar, cuando haya una resolución judicial en la que indique la condición de víctima . En el caso de menores desplazados a España con motivo de la participación en un programa para tratarse durante un tiempo de una enfermedad, ahora se incluye el carácter no sobrevenido de la enfermedad. En el procedimiento se concretan aspectos sobre la subsanación de la solicitud y sus consecuencias.

Colaboración con Autoridades Públicas, razones de seguridad nacional o interés público

El Reglamento actual hace modificaciones en su en relación a este tipo de acceso a la autorización de residencia temporal por motivos excepcionales. La Ley de Extranjería en su artículo 31.3 permite establecer reglamentariamente las formas excepcionales por

las que se puede conceder la residencia temporal a parte del arraigo, razones humanitarias y de colaboración con las justicia. El Reglamento de 2004 reunía todas las circunstancias excepcionales en el artículo 45 donde se encontraba el arraigo laboral, la residencia continuada en España durante tres años, la parte del arraigo familiar que existía, las razones de protección internacional, las razones humanitarias, la colaboración con autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales y las razones de interés público o seguridad nacional.

En el Reglamento de 2011 se especifica que la colaboración con autoridades es toda aquella que no se refiera a la lucha contra las redes organizadas (tratando esto a parte y junto con la regulación las víctimas de la violencia de género, en capítulos diferentes del título V), dándose también cuando concurren razones de interés público o seguridad nacional que justifiquen la autorización. Las autoridades con las que el extranjero haya colaborado tienen la obligación de poner este hecho en conocimiento de los órganos competentes para conceder la residencia y solicitarla para las personas en cuestión. Este Reglamento no especifica cuál es la forma en la que se puede colaborar con las autoridades para que se pueda obtener por ello el permiso. Determina los órganos a los que se debe acudir, pero no las personas que se encuentren en los supuestos susceptibles de ser autorizadas ni qué aportaciones tendrán que hacer para certificar que eso es así.

En relación a la residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género.

Se incluye en el Reglamento un nuevo capítulo con el fin de regular la situación de estas mujeres en particular. Mujeres en las que confluyen en palabras de ALMENDROS GONZÁLEZ *“al mismo tiempo tres circunstancias que dificultan su integración social y laboral: ser inmigrante, ser mujer y ser víctima de violencia de género. Tales factores, que ya por separado, presentan alto riesgo de exclusión social, inciden conjuntamente en un mismo colectivo”*¹⁷³.

¹⁷³ ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A.: “Inmigrante víctima de violencia de género”, en FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A., *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Comares, Granada, 2011, p. 469.

Para materializar esa protección¹⁷⁴ se establecen nuevas autorizaciones para ellas y para su entorno, siempre que se encuentren en situación irregular y denuncien a su agresor¹⁷⁵. La nueva ordenación se forja a partir de la Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 y se confirma en la modificación que del artículo 31bis hace otra reciente Ley Orgánica, la 10/2011, de 27 de julio.

Cuando la extranjera, víctima de este delito, denuncie a su agresor, la autoridad le informará de que no se le abrirá un expediente de expulsión¹⁷⁶. Así lo recoge la última modificación de la Ley de Extranjería de su artículo 31bis. Sin embargo en la reforma de la Ley Orgánica de Extranjería 4/2000 por la Ley Orgánica 2/2009, no se recogía la “no apertura” del expediente, establecía la apertura, aunque seguida de una suspensión en espera de la decisión judicial *“Si al denunciarse una situación de violencia de género contra una mujer extranjera se pusiera de manifiesto su situación irregular, el expediente administrativo sancionador incoado por infracción del artículo 53.1.a) de esta Ley será suspendido por el instructor hasta la resolución del procedimiento penal”*¹⁷⁷. El Reglamento de 2011 lo establece en el mismo sentido *“...el expediente administrativo sancionador incoado por infracción del artículo 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero será inmediatamente suspendido por el instructor hasta la finalización del proceso penal”* (aunque lo establece de forma correcta cuando se refiere al proceso penal).

La norma que mejora la situación de la mujer extranjera víctima de este tipo de violencia es la modificación en la Ley Orgánica 10/2011 de la Ley de Extranjería que cambia la regulación en este sentido y como acabamos de ver, establece que ya no se abre el expediente en el momento de la denuncia *“Si al denunciarse una situación de violencia de género contra una mujer extranjera se pusiera de manifiesto su situación irregular, no se incoará el expediente administrativo sancionador por infracción del artículo 53.1.a), y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se hubiera incoado por la comisión de dicha infracción con anterioridad a la denuncia o,*

¹⁷⁴ Vid. MONEREO PÉREZ, J.L. Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

¹⁷⁵ Vid. RUBIO MEDINA, M. D.: “Prestaciones sociales para mujeres extranjeras víctimas de violencia de género”, en SÁNCHEZ-RODAS, C.: *Immigración, Mujeres y Menores*, Laborum, 2010, pp. 170 y ss.

¹⁷⁶ Vid. DÍAZ MORGADO, C.V.: “Residencia de mujeres víctimas de violencia de género” en BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F.J. Y MOYA MALAPEIRA, D. (Coords.): *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería*, Tirant lo Blanch Reformas, IDP, Valencia, 2011, pp. 225-232.

¹⁷⁷ Apartado segundo del artículo 31.bis de la Ley 4/2000.

en su caso, la ejecución de las órdenes de expulsión o de devolución eventualmente acordadas”. En el caso de que la víctima ya tuviera la orden de expulsión, ésta quedará en suspenso hasta que el juez dicte sentencia. La pretensión de la reforma del artículo 31bis de la Ley 4/2000 en 2011, siendo de sobra conocida la dificultad que cualquier mujer tiene a la hora de denunciar a su maltratador, y más tratándose de una mujer extranjera, es que estas ciudadanas no dejen de hacer la acusación por miedo a la expulsión.

Otras novedades que, ahora sí, se recogen en el Reglamento mejorando lo establecido en la reforma de la Ley Orgánica 4/2000 por la Ley Orgánica 2/2009 y que se confirman en la modificación del artículo 31.bis de la Ley de Extranjería por Ley Orgánica 10/2011, es la posibilidad de conceder autorizaciones de residencia y trabajo, ya no sólo para la víctima, como hace la Ley Orgánica de 2009, sino también para sus hijos en edad laboral (mayores de 16 años) que estuvieran en España en el momento de la denuncia, y de residencia para sus hijos menores o que tengan una discapacidad y no sean capaces de proveer sus necesidades. Concesión de autorizaciones para unos y otros, siempre que resulte que ha habido violencia de la sentencia judicial.

Pero aún se mejora más la regulación cuando esas autorizaciones se pueden otorgar de forma provisional (como sí lo hacía la Ley de Extranjería reformada en 2009 pero sólo en relación a la víctima). En el Reglamento, tanto la víctima como sus hijos pueden disfrutar de forma provisional de esos permisos en un momento anterior a la sentencia judicial¹⁷⁸. La Ley Orgánica reformada en 2009 dice que ese permiso se podrá conceder a la mujer extranjera de forma provisional si se dan una de estas dos circunstancias: una orden de protección o un informe del Ministerio Fiscal en el que se indique que hay indicios de violencia de género. La mejora a la que estamos haciendo referencia ya se establece en el Reglamento objeto de análisis y se revalida en la modificación del artículo 31.bis de la Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio donde ya no dice “*podrá conceder*” sino “*concederá*” y ya no se refiere sólo a la mujer víctima sino también a sus hijos. Por lo que si se cumple alguna de esas dos condiciones se les otorgará, a todos

¹⁷⁸ Art. 133.1 y 133.2 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril y el art. 1.3 de la Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio que modifica el art. 31 bis de La Ley Orgánica 4/2000 de Extranjería.

ellos las autorizaciones de forma provisional, sin dejarlo al arbitrio de la Administración¹⁷⁹.

En todo caso, si como consecuencia de la sentencia se determinara que no ha habido violencia, continuará, o en su caso, se iniciará el procedimiento de expulsión. En la concesión de la autorización para trabajar para estas mujeres y sus hijos no se aplica la situación nacional de empleo. La mujer también puede optar por el retorno asistido al país de procedencia. En el caso de que decida quedarse y beneficiarse de la autorización de residencia y de trabajo para ella y para sus hijos, la duración de las estas autorizaciones será de cinco años.

En relación a la residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales por colaboración con redes organizadas.

El Reglamento regula en detalle la situación del extranjero, que encontrándose en España de forma irregular, a la vez esté siendo víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico de seres humanos, inmigración ilegal, explotación laboral o tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad y colabore con las autoridades administrativas, fiscales o judiciales en la investigación de los delitos, otorgándole a quien así lo haga el premio de la autorización de residencia y trabajo o un regreso asistido a su país.

Según VELASCO PORTERO *“La finalidad de la medida no es tanto proteger al individuo como fomentar la colaboración con las autoridades para la desmantelación de las redes. Por tanto, vemos que el procedimiento está muy concentrado en dicha colaboración y no en los efectos del delito sobre la víctima o el perjudicado, ni de su situación personal¹⁸⁰.”* El nuevo Reglamento hace una precisión respecto a los menores

¹⁷⁹ La Ley Orgánica 4/2000, tras ser reformada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, establecía en su art. 31bis. 3 *“...la autoridad competente para otorgar la autorización por circunstancias excepcionales podrá conceder una autorización provisional de residencia y trabajo a favor de la mujer extranjera...”*. En el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, en el art. 133.1, sin embargo, se establece *“... el Delegado o Subdelegado del Gobierno competente concederá de oficio una autorización provisional de residencia y trabajo a favor de la mujer extranjera...”*, de forma similar a como lo determina posteriormente la Ley Orgánica 10 /2011, de 27 de julio, en su art. 1.3 *“...la autoridad competente para otorgar la autorización por circunstancias excepcionales concederá una autorización provisional de residencia y trabajo a favor de la mujer extranjera...”*.

¹⁸⁰ VELASCO PORTERO, M. T.: *“La residencia temporal y trabajo de las víctimas de violencia de género, de trata de seres humanos y por colaboración contra redes organizadas”* en SÁNCHEZ-RODAS

estableciendo que si están entre las víctimas colaboradoras, éstos serán merecedores de un superior interés que se mostrará en todo momento durante el procedimientos incluso estableciendo, si fuera necesario, medidas especiales.

En relación a la residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales de extranjeros víctimas de trata de seres humanos.

Se incluye un nuevo capítulo, como consecuencia de la trasposición a nuestro ordenamiento de extranjería de derecho derivado europeo¹⁸¹, relacionado con la concesión de una autorización de residencia y trabajo a nacionales de terceros países cuando se trate de víctimas de trata de seres humanos o hayan sido objeto de colaboración con la inmigración ilegal, y cooperen con las autoridades competentes¹⁸².

Se fijan acciones coordinadas a partir del impulso de un protocolo marco de protección de víctimas de trata de seres humanos por las Secretarías de Estado de Inmigración y Emigración, de Justicia, de Seguridad y de Igualdad en el que participarán asimismo organizaciones, fundaciones o asociaciones relacionadas. Dedicar distintos preceptos a la identificación de la víctima, al periodo de restablecimiento y reflexión, sobre la exención de responsabilidad, sobre la autorización de residencia y trabajo o el retorno asistido, en su caso. También se alude a la particular situación de los menores de edad. Todo ello de acuerdo con el artículo 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000.

Sin embargo el artículo 59 bis de la Ley de Extranjería ha sido modificado recientemente por lo que hay que entender esta regulación del Reglamento condicionada por ese cambio. El artículo 2 de la Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 bis y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social modifica, entre otras cosas, los apartados 2 y 3 del artículo 59 bis de la Ley de Extranjería. Establece tres novedades fundamentales mucho más garantistas con las

NAVARRO, C. (Dir.): *El Novísimo Reglamento de Extranjería*, Ediciones Laborum, Murcia, 2011, p. 205.

¹⁸¹ Directiva 2004/81/CE, del Consejo de 29 de abril.

¹⁸² Vid. DÍAZ MORGADO, C.V.: "Trata de personas", en BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F.J. Y MOYA MALAPEIRA, D. (Coords.): *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería*, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 305-319.

víctimas, que en estos casos se juegan su integridad física y, en ocasiones, hasta la vida por poner en conocimiento de las autoridades hechos que se traducen en delitos.

Para empezar, cuando la extranjera irregular víctima de trata de seres humanos decide colaborar con las autoridades ya no se abre el expediente y se suspende en todo caso. Ahora, cuando los motivos por los que la extranjera está de forma irregular en nuestro país son los del artículo 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000, es decir “...*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*”, ni siquiera se llegará a incoar tal expediente “*Tanto durante la fase de identificación de las víctimas, como durante el período de restablecimiento y reflexión, no se incoará un expediente sancionador por infracción del artículo 53.1.a) y se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se le hubiere incoado o, en su caso, la ejecución de la expulsión o devolución eventualmente acordadas*”.

No es la única ventaja que añade la nueva regulación legal. También se amplía el ámbito de protección a los hijos de la mujer extranjera y a las personas que estén vinculadas a ella y se puedan ver perjudicadas por su decisión de colaborar en las investigaciones “*Asimismo, durante el período de restablecimiento y reflexión, se autorizará la estancia temporal y las administraciones competentes velarán por la subsistencia y, de resultar necesario, la seguridad y protección de la víctima y de sus hijos menores de edad o con discapacidad, que se encuentren en España en el momento de la identificación, a quienes se harán extensivas las previsiones del apartado 4 del presente artículo en relación con el retorno asistido o la autorización de residencia, y en su caso trabajo, si fueren mayores de 16 años, por circunstancias excepcionales*”, y “*Finalizado el período de reflexión las administraciones públicas competentes realizarán una evaluación de la situación personal de la víctima a efectos de determinar una posible ampliación del citado período. Con carácter extraordinario la Administración Pública competente velará por la seguridad y protección de aquellas otras personas, que se encuentren en España, con las que la víctima tenga vínculos familiares o de cualquier otra naturaleza, cuando se acredite que la situación de desprotección en que quedarían frente a los presuntos traficantes constituye un obstáculo insuperable para que la víctima acceda a cooperar*”.

2.6. EN CUANTO A LA RESIDENCIA DE LARGA DURACIÓN Y LARGA DURACIÓN –UE. TÍTULO VI

Ahora se distingue entre residencia de larga duración y residencia de larga duración UE¹⁸³, aunque hay opiniones críticas con esta distinción. De este modo la manifiestan AGUELO NAVARRO Y CHUECA SANCHO “*Se distingue entre residencia de larga duración y residencia de larga duración-UE, aunque esta distinción parece artificial y debería haberse optado por una sola figura, la residencia de larga duración-UE*”¹⁸⁴. La distinción es, como en la regulación de otros aspectos en el Reglamento, consecuencia de la asunción del Derecho de la Unión Europea. En ambos casos se ofrecen ventajas especiales a los titulares de la Tarjeta azul-UE.

Larga duración.

En cuanto a la residencia de larga duración (podríamos decir simple), cambia la designación con respecto al Reglamento de 2004. De la residencia “*permanente*” se pasa a la residencia de “*larga duración*”. Es el tipo de autorización que le permite al extranjero residir y trabajar en España indefinidamente en las mismas condiciones que los españoles, y podrán solicitarla quienes hayan residido legalmente y de forma continuada en el territorio español durante cinco años.

No será necesario en la nueva regulación demostrar que se han cumplido estos requisitos, como sí era preceptivo en el Reglamento anterior. Siempre es bueno que la Administración no exija a los ciudadanos los datos que ya obran en su poder. Otra novedad aparece en la regulación de la renovación de este tipo de autorización de residencia. La diferencia, ahora, es que a pesar de no hacerse la solicitud de la renovación de la Tarjeta de Identidad de Extranjero en el plazo establecido (en los 60 días naturales posteriores a la finalización de la vigencia de su autorización de residencia de larga duración), esto no constituirá la pérdida de dicha autorización.

¹⁸³ Vid. HIERRO HIERRO, F.: “Residencia de larga duración”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.): *El Novísimo Reglamento de Extranjería*, Ediciones Laborum, Murcia, 2011, pp. 217-228.

¹⁸⁴ AGUELO NAVARRO, P y CHUECA SANCHO, A. G.: “El nuevo Reglamento de la Ley de Extranjería” en *Revista de Derecho migratorio y de extranjería* nº 26, 2011, p.103.

El nuevo Reglamento añade más candidatos a obtener esta autorización de residencia de larga duración, y así, quienes acrediten que han residido durante cinco años en la Unión Europea siendo titulares de una tarjeta azul-UE, siempre que hayan residido en España en los dos últimos años, también tendrán derecho a obtenerla. El Reglamento de 2011, como su precedente, además, establece una lista de supuestos en los que el extranjero se podría acoger a este permiso siempre que acreditara previamente las circunstancias, ahora matizadas sin mucha importancia, por el nuevo Reglamento.

Larga duración-UE.

La residencia de larga duración UE se regula de forma novedosa añadiendo un capítulo a la regulación anterior, y consiste en una autorización para extranjeros que les permitirá residir y trabajar en España indefinidamente en las mismas condiciones que los españoles. Hasta aquí lo mismo que la residencia de larga duración pero en este caso el extranjero se puede beneficiar de lo establecido en la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Se pretende contribuir a la movilidad del extranjero en otro de los Estados de la Unión Europea.

Igual que para la autorización de residencia de larga duración, necesitan haber estado residiendo en España durante 5 años de forma continuada y, de la misma manera, podrán optar a ella quienes acrediten haber vivido todos esos años de forma continuada en la Unión Europea en calidad de titulares de la Tarjeta azul-UE cuando en los dos últimos la residencia hubiera sido en España. Pero se añaden requisitos a cumplir por quienes deseen obtener este tipo de autorización, y así, se deben acreditar medios de vida suficientes para su manutención y la de su familia, fruto o no del trabajo, y deben contar además, con un seguro de enfermedad público o privado concertado con una entidad aseguradora autorizada para operar en España. Tampoco la no renovación en tiempo de la Tarjeta de identidad de Extranjero llevará consigo la extinción de la autorización.

2.7. EN CUANTO A LAS EXTINCIONES DE LAS AUTORIZACIONES DE RESIDENCIA O DE RESIDENCIA Y TRABAJO. TÍTULO VII

Se regulan la extinción de la autorización de residencia temporal, de residencia temporal y trabajo para investigación, de residencia temporal de profesionales altamente cualificados, de residencia temporal y trabajo de víctimas de trata de seres humanos, y de la residencia de larga duración¹⁸⁵.

2.8. EN CUANTO A LA GESTIÓN COLECTIVA DE CONTRATACIONES EN ORIGEN. TÍTULO VIII

El nuevo Reglamento, como desarrollo de la Ley de Extranjería¹⁸⁶, deja claro en su exposición de motivos que uno de sus objetivos es ordenar los flujos migratorios y adaptarlos a las necesidades de la situación nacional de empleo. La Gestión colectiva de contratación en origen es uno de los instrumentos previsto ya desde hace tiempo (el primer Contingente se aprobó en 1993) para conseguir este objetivo¹⁸⁷. La regulación de este aspecto se ha ido haciendo cada vez más completa atendiendo a los resultados de su aplicación y a las carencias que ha seguido presentando. Por eso, aunque básicamente la regulación es la misma, se llevan a cabo cambios que podrán mejorar los efectos de este instrumento y que han venido, en lo que al último Reglamento se refiere, relacionados con la reforma que la Ley Orgánica 2/2009 ha hecho de la Ley de Extranjería.

Lo primero que llama la atención en el nuevo Reglamento es el cambio en el nombre del antiguo Contingente que ahora pasa a denominarse Gestión colectiva de contrataciones en origen. Sin embargo, como acabamos de recordar, en esencia, sigue siendo el procedimiento de concesión de la autorización inicial de residencia y trabajo que dirigen las autoridades competentes españolas mediante tramitación colectiva de contratos, que básicamente consiste en la gestión de manera simultánea de un buen número de autorizaciones presentadas por uno o varios empresarios con relación a trabajadores seleccionados en sus países de origen.

¹⁸⁵ Vid. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “Sobre la extinción de las autorizaciones de residencia o de residencia y trabajo reguladas en el Título VII”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.): *El Novísimo Reglamento de Extranjería*, Ediciones Laborum, Murcia, 2011, pp. 229- 244.

¹⁸⁶ Vid. AGUELO NAVARRO, P. (Dir.): *Comentarios a la Ley de Extranjería*. Colex, 2013, pp.356-368.

¹⁸⁷ Vid. APRELL LASAGABASTER, C.: “La fórmula –contingente de autorizaciones- como condicionante para el empleo de ciudadanos extranjeros no comunitarios”. *REDA*, n. 93, 1997.

El instrumento anual en el que se aprueba dicha contratación, es una Orden del Ministerio de Trabajo e Inmigración (Empleo Público y Seguridad Social). Se regula de forma exhaustiva el procedimiento de tramitación de los visados¹⁸⁸ de residencia y trabajo con una duración de seis meses como máximo. Se condiciona la validez de la autorización inicial de residencia y trabajo a la afiliación, alta y cotización del trabajador en el Régimen de la Seguridad Social correspondiente. En el caso de que el visado que se obtenga con motivo de la Gestión colectiva de contrataciones en origen sea con motivo de una autorización de residencia temporal y trabajo de temporada, se exceptúa la obligación de solicitar la Tarjeta de Identidad de Extranjero.

Se regula otro procedimiento en el caso de que la Comunidad Autónoma donde los trabajadores vayan a llevar a cabo su actividad tenga competencias para conceder la autorización inicial de residencia y trabajo¹⁸⁹. Esta circunstancia hace que se convierta en absolutamente necesaria la coordinación entre las Comunidades Autónomas y la Administración General del Estado en esta gestión¹⁹⁰. Sobre todo a la hora de adaptar los cupos a la realidad, cosa que no ha resultado fácil hasta ahora, como nos hicieron saber desde las Oficinas de extranjería. Se puede decir que no ha habido coordinación para adaptar la demanda y la oferta de trabajo, aunque, no siempre, es culpa de la Administración. A los empresarios parece no convencerles del todo esta forma de contratar y, por ello, no han colaborado lo suficiente en convertir la contratación en origen en una herramienta de uso regular.

Precisamente, para hacerlo más atractivo a los empleadores, ya el Reglamento de 2004 intentó imprimir a su regulación más concreción y celeridad en la tramitación. Sin embargo, tampoco sirvió. El nuevo Reglamento lo sigue intentando y consigue ser más sencillo y más válido para los fines que persigue. El número de preceptos, con la intención de clarificar cada vez más aspectos de este instrumento, va aumentando en los distintos Reglamentos y así este último dedica once preceptos a su regulación. Consigue

¹⁸⁸ Artículos 172, 174, 175, 176 y 177 del Reglamento de 2011.

¹⁸⁹ Artículo 171 del Reglamento de 2011, Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio y Disposición adicional novena de la Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre.

¹⁹⁰ Artículo 39.2 de la Ley Orgánica 4/2000.

con ese contenido establecer la regulación de forma más concisa y ordenada¹⁹¹, como hemos apuntado, sobre todo en el procedimiento para obtener los visados.

2.9. EN CUANTO A LAS AUTORIZACIONES DE RESIDENCIA Y TRABAJO DE ESTRANJEROS EN CUYA ACTIVIDAD PROFESIONAL CONCURRAN RAZONES DE INTERÉS ECONÓMICO, SOCIAL O LABORAL, O CUYO OBJETO SEA LA REALIZACIÓN DE TRABAJOS DE INVESTIGACIÓN O DEASARROLLO O DOCENTES, QUE REQUIERAN ALTA CUALIFICACIÓN, O DE ACTUACIONES ARTÍSTICAS DE ESPECIAL INTERÉS CULTURAL. TÍTULO IX

Se establecen los requisitos, de forma más detallada y ordenada (inversión, volumen de fondos y plantilla de trabajadores), que deben cumplir las empresas que contratan a extranjeros interesantes a nivel económico, social, laboral, científico o artístico, para que a esas personas, se les pueda otorgar un permiso de residencia y trabajo en España¹⁹². Se puede decir que el título abarca un número importante de autorizaciones con las particularidades para cada una de ellas en el procedimiento, incluido la reagrupación con sus familias¹⁹³. A pesar de ello, la regulación no está cerrada. Quedan especificados los casos que se pueden asimilar a esa lista así como aspectos del procedimiento y de la documentación exigida. Si las pequeñas y medianas empresas pertenecen a sectores estratégicos concretos¹⁹⁴, pueden verse beneficiadas por este tipo de autorizaciones, atenuando las condiciones.

2.10. EN CUANTO A TRABAJADORES TRANSFRONTERIZOS. TÍTULO X

Se trata de otro de los aspectos que están mejor regulados en el nuevo Reglamento que en el anterior, porque concreta los requisitos para la concesión de la autorización de

¹⁹¹ Vid. IGARTUA MIRÓ, M.T.: “Gestión colectiva de contrataciones en origen”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.), *El Novísimo Reglamento de Extranjería*, Ediciones Laborum, Murcia, 2011, pp. 245-275.

¹⁹² Según el Informe que la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española hace sobre las principales novedades del borrador del Reglamento de Extranjería de fecha 18 de febrero de 2010, las novedades que aporta la norma, en este sentido, agilizarán la movilidad de los investigadores en la Unión Europea.

¹⁹³ Artículos 179, 180, 181 del Reglamento de 2011.

¹⁹⁴ Artículo 178 del Reglamento de 2011 (Tecnología de la información y las comunicaciones, energías renovables, medioambiente, agua y tratamiento de aguas, ciencias de salud, biofarma y biotecnología y aeronáutica y aeroespacial).

trabajo para estos trabajadores extranjeros del otro lado de la frontera, y mejora el procedimiento y sus efectos. También en este caso los cambios están relacionados con otras modificaciones previas. Se limita el ámbito territorial a la Comunidad Autónoma o Ciudad Autónoma donde resida el trabajador, y se limita a una ocupación en el caso de que el trabajo sea por cuenta ajena, y a un sector de actividad concreta en el caso de que se trate de un trabajo por cuenta propia¹⁹⁵.

2.11. EN CUANTO A MENORES EXTRANJEROS. TÍTULO XI

Por lo que respecta a los menores¹⁹⁶, también se producen novedades, tanto en la regulación de los acompañados como en la de los no acompañados¹⁹⁷.

En cuanto a los acompañados, el Reglamento cuenta con una novedad importante. Podrán obtener la autorización de residencia, los menores que no hayan nacido en España, siempre que se acredite que han residido en nuestro país de forma continuada durante al menos dos años, y que sus progenitores o tutores cumplan los requisitos económicos y de vivienda adecuada que se exigen en esta norma para poder obtener una autorización de residencia temporal por reagrupación familiar.

Los menores no acompañados¹⁹⁸, ahora, cuentan con una amplia y detallada regulación que integra la ordenación de los aspectos más importantes¹⁹⁹. Se incluye una nueva regulación del Registro de Menores Extranjeros No Acompañados, la coordinación de Instituciones y Administraciones para su protección, la determinación de la edad, su repatriación, si esto fuera posible, o su autorización de residencia si no lo fuera o hubiera pasado un periodo de tiempo sin resolverse.

¹⁹⁵ Artículo 184 del Reglamento de 2011.

¹⁹⁶ Vid. BARRANCO VELA, R.: *La protección y los derechos de los menores extranjeros e inmigrantes*, Editorial Comares, 2009.

¹⁹⁷ Vid. RUÍZ LEGAZPI, A.: “La protección de los menores inmigrantes”, en AJA, E. (coord.): *Los derechos de los inmigrantes en España*, Editorial Tirant Lo Blanch, 2009, pp. 493-528.

¹⁹⁸ Vid. GIMENO MOTEVERDE, CH.: “Menores extranjeros no acompañados. Una cuestión compleja para políticas públicas y sociales”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n. 25, 2010, pp. 55-72.

¹⁹⁹ Vid. ASÍN CABRERA, M.A.: “La protección jurídica de los menores inmigrantes no acompañados”, en BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F.J. Y MOYA MALAPEIRA, D. (Coords.): *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería*, Tirant lo Blanch Reformas, IDP, Valencia, 2011, pp. 251-259.

El Registro de Menores No Acompañados será coordinado por el Ministerio Fiscal y completará el registro del menor con sus datos fisionómicos y biométricos y con los traslados entre Comunidades Autónomas. Una muestra de la coordinación necesaria en esta cuestión es la que se hace a través de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración (Secretaría General de Inmigración y Emigración) que impulsará la realización de un Protocolo Marco de Menores Extranjeros No Acompañados que contribuirá a ese fin desde que se localiza al menor, hasta que se pone a disposición del Servicio Público de Protección de Menores y Documentación, pasando por su identificación. La determinación de la edad se dirigirá por el Ministerio Fiscal.

El procedimiento de la repatriación del menor²⁰⁰ se regula de forma completa en este Reglamento: la petición de un informe al país de origen del menor; la incoación del procedimiento; la tramitación con un periodo de prueba; un trámite de audiencia y la resolución o, en su caso, la repatriación (tras la incoación del procedimiento el menor podrá participar si es mayor de dieciséis años, por sí mismo o a través de su representante, y se nombrará un defensor judicial en el caso de discrepancias con su representante o tutor). En la resolución o en documento a parte se establecerá la posibilidad de asistencia jurídica gratuita para el caso de que el menor no acompañado decidiera impugnar la resolución en vía contencioso-administrativa.

Si se acredita la imposibilidad de repatriar al menor no acompañado (cuando hayan transcurrido nueve meses desde que ha sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores), se le otorgará la residencia. No acaba ahí el seguimiento el menor no acompañado, la norma sigue regulando el acceso a la mayoría de edad del menor tanto si es titular de una autorización de residencia como si no es así. Estableciendo en el segundo caso los requisitos, condiciones y documentos necesarios para poder acceder a ella, para lo que se considera especialmente importante el grado de integración social del, ya no, menor extranjero no acompañado²⁰¹.

²⁰⁰ Vid. TREJO CHACÓN, M.F.: “Residencia temporal por circunstancias excepcionales y menores extranjeros”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.): *El Novísimo Reglamento de Extranjería*, Ediciones Laborum, Murcia, 2011, pp182-189.

²⁰¹ Vid. ADAM MUÑOZ, M.D.: “El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados nacionales de terceros Estados”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 20, marzo de 2009, pp. 11-45.

2.12. EN CUANTO A LA MODIFICACION DE LAS SITUACIONES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA. TÍTULO XII

A lo largo de la estancia regular de los extranjeros en nuestro país, éstos se encuentran en diferentes situaciones legales. La regulación del paso de unas a otras, en la legítima aspiración de los extranjeros al siguiente escalón que les lleve a una residencia estable, viene marcada por las nuevas exigencias en las autorizaciones y por los nuevos procedimientos recogidos en el Reglamento. Por ello, se incorpora la tramitación de parte del procedimiento en las Comunidades Autónomas o la necesidad de cumplir con nuevos requisitos como el alta en la seguridad social en el acceso de la residencia a la autorización de residencia y trabajo que modifica, a su vez, otros plazos.

Se incrementan en la norma las posibilidades de acceder de una situación a otra. En concreto el paso de la autorización de residencia por estudios a otras situaciones. Así: a la de residencia y trabajo por cuenta propia; a la de residencia con la excepción de la autorización para trabajar; a la de residencia y trabajo de investigadores y a la de residencia para trabajadores cualificados. En el caso de profesionales sanitarios se dan dos excepciones a la necesidad de permanencia previa en España durante tres años: extranjeros que hayan superado el periodo de ejercicio profesional en práctica y/o el periodo complementario de formación en el cumplimiento de una normativa específica, y cuando se trate de un extranjero en posesión del título homologado de licenciado en medicina y su próximo paso sea el acceso a la escala de complemento del Cuerpo Militar de Sanidad.

2.13. EN CUANTO A LA DOCUMENTACIÓN DE EXTRANJEROS. TÍTULO XIII

Poco ha cambiado la regulación en cuanto a documentación, y como en otras ocasiones lo hace como consecuencia de otros cambios ya traídos por la norma²⁰². En este caso, por los producidos con la nueva regulación del retorno voluntario de los extranjeros a sus países de origen. Si eso es así, el extranjero tiene la obligación de entregar en la Oficina consular correspondiente la Tarjeta de Identidad de Extranjero si ha asumido un

²⁰² Vid. COLSA SALIETO, J.: “Documentación de los extranjeros”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.), *El Novísimo Reglamento de Extranjería*, Ediciones Laborum, Murcia, 2011, pp. 327-349.

compromiso de no regreso mediante un programa de retorno voluntario. Si quiere beneficiarse de las ventajas que ofrece el retorno voluntario deberá entregar la Tarjeta de Identidad de Extranjero aunque haya viajado al margen de uno de esos programas oficiales. Los retornos se grabarán en el Registro Central de Extranjeros.

2.14. EN CUANTO A INFRACCIONES EN MATERIA DE EXTRANJERÍA. RÉGIMEN SANCIONADOR. TÍTULO XIV

Se aprecian mejoras en la regulación del aspecto sancionador del Reglamento²⁰³, como la insistencia en la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad valorando el grado de intencionalidad del infractor y también la dimensión del daño causado. En cuanto a la regulación del internamiento en los centros habilitados al efecto, se convierte en legal y no casi exclusivamente reglamentaria, como hasta ahora, teniendo en cuenta que los derechos de los delincuentes (privados de libertad en un centro penitenciario y que podían ser extranjeros) se estaban protegiendo por Ley mientras los derechos de los extranjeros sin permiso (privados de libertad en un centro no penitenciario) estaban siendo protegidos por un Reglamento²⁰⁴.

Del mismo modo, mejora las garantías del extranjero en el procedimiento ordinario, (ya estaba previsto para el procedimiento preferente en el anterior Reglamento) cuando se pueda proponer la sanción de expulsión del territorio español²⁰⁵. Y se hace asignando el derecho a la asistencia de un abogado de oficio²⁰⁶ y, si lo necesitara, de un intérprete, también de forma gratuita si careciera de medios económicos para sufragarlo.

Ahora los extranjeros que tengan una orden de expulsión²⁰⁷, para recurrir, tendrán que hacerlo expresamente y serán informados de cómo hacerlo. Será por medio de

²⁰³ Vid. MEANA CUBERO, T.: “Régimen infractor y sancionador en el nuevo Reglamento de Extranjería. Especial referencia a la expulsión gubernativa de extranjeros y procedimiento para su aplicación”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.), *El Novísimo Reglamento de Extranjería*, Ediciones Laborum, Murcia, 2011, pp. 351-376.

²⁰⁴ Artículo 62 de la Ley 4/2000.

²⁰⁵ Vid. PALOMAR OLMEDA, A: *La potestad sancionadora pública en materia de extranjería*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007.

²⁰⁶ Vid. AGUELO NAVARRO, P.: “La actuación colectiva de la abogacía española en materia de extranjería. La asistencia de oficio”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n 20, 2009, pp. 99-116.

²⁰⁷ Vid. ARRESE IRIONDO, M. N.: “La problemática jurídica de las situaciones irregulares: la expulsión como sanción a la situación irregular”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n 25, 2010, 73-98.

apoderamiento según lo que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el caso de que el extranjero se hallara privado de libertad, podrá manifestar el deseo de interponer recurso contencioso-administrativo o ejercitar la acción que corresponda contra la resolución de expulsión ante el Delegado o Subdelegado del Gobierno competente o del Director del centro de internamiento de extranjeros bajo cuyo control se encuentre. El órgano al que le corresponda lo hará constar en acta que se incorporará a su expediente²⁰⁸.

Se regulan aspectos relacionados con la expulsión como consecuencia del desarrollo de la Ley de Extranjería reformada por la Ley Orgánica 2/2009²⁰⁹. Así, formas de expulsión, efectos y ejecución de la resolución que la contiene. Ahora, por un lado aumentan los supuestos de hecho que conlleven la expulsión tramitada por el procedimiento preferente y se hace así para los extranjeros condenados en España o fuera de España por una conducta que en España sea delito al que le corresponda más de un año de privación de libertad, salvo que los antecedentes hubieran sido cancelados²¹⁰.

Por otro lado se reduce la posibilidad de expulsión si se dan unas circunstancias. Si el extranjero ya está incurso en un procedimiento de expulsión por 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, no se le aplicará el procedimiento de expulsión si no se da a la vez alguna de las siguientes circunstancias: riesgo de fuga, que el extranjero evitara o dificultara su expulsión o la ejecución de la misma, que el extranjero represente un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional²¹¹.

Se establecen los plazos de prohibición de entrada en España en distintos casos, teniéndose en cuenta si el extranjero ha salido del territorio español voluntariamente o no (si el extranjero abandona el territorio nacional durante la tramitación del expediente

²⁰⁸ Artículo 22.3 de la Ley 4/2000.

²⁰⁹ Vid. BOZA MARTÍNEZ, D.: “El procedimiento sancionador en general y, particularmente los procedimientos de expulsión”, en BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F.J. Y MOYA MALAPEIRA, D. (Coords.): *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería*, Tirant lo Blanch Reformas, IDP, Valencia, 2011, pp. 263-281.

²¹⁰ Vid. TOLOSA TRIBIÑO, C.: “El procedimiento sancionador en el Reglamento de la Ley de Extranjería”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n. 27, 2011, pp. 11-37.

²¹¹ Artículo 234 del Reglamento de 2011.

no habrá prohibición de entrada, incluso si se va voluntariamente en el plazo estipulado para hacerlo después de haberse dictado la orden de expulsión, se revocará la prohibición de entrada), y si tiene hijos menores a su cargo escolarizados (no se procederá a la ejecución de la sanción de expulsión hasta que finalice el curso académico excepto si el otro progenitor tiene autorización de residencia en España y se puede hacer cargo de los menores).

En general, el plazo de la prohibición será como máximo de cinco años salvo que el extranjero suponga una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública, la seguridad nacional o para la salud pública, entonces se podrá incrementar la prohibición de entrada en España hasta diez años previo informe de la Comisión General de Extranjería y Fronteras²¹². La confirmación de la salida del territorio español del extranjero expulsado, se hará mediante certificado expedido por el funcionario del puesto fronterizo y en él debe constar la identidad del extranjero, el número de pasaporte, el medio de transporte y la fecha en la que abandonó el territorio nacional.

2.15. EN CUANTO A LAS OFICINAS DE EXTRANJEROS Y CENTROS DE MIGRACIONES. TÍTULO XV

Apenas se ha modificado la regulación en este aspecto concreto, más allá de un cambio en la ubicación dentro del Reglamento y en la numeración de los preceptos.

Se modifica levemente un aspecto en la dependencia orgánica que tienen las oficinas de extranjeros de las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno, pasando de encuadrarse en la Secretaría General a encuadrarse en las Áreas de Trabajo e Inmigración de esa Administración territorial o periférica. En cuanto al nombramiento y cese de los jefes de las Oficinas se especifican algunos aspectos que hacen más estricta la elección de los mismos. Otra puntualización es la que hace el Reglamento estableciendo expresamente la responsabilidad de la Oficina a la hora de constatar que las condiciones para el otorgamiento de autorizaciones se siguen cumpliendo una vez se hayan concedido.

²¹² Artículo 245 del Reglamento de 2011.

Además, se permite que la ubicación de las Oficinas se realice en lugares que no sean la capital de provincia, cuando se dieran unas circunstancias excepcionales relacionadas con la configuración geográfica, administrativa, económica y de población de la provincia. El nuevo Reglamento, sobre las oficinas de extranjería delegadas de la principal, añade que serán creadas por el titular de la Delegación o Subdelegación del Gobierno en los distritos de la capital y en los municipios. También se regula la organización funcional de las Oficinas y las funciones de los servicios policiales adscritos a ellas.

Sí se ha modificado algo que ha llamado la atención de quienes han analizado esta norma, aunque por formar parte del continente, sin trascendencia para el contenido. Y es que ahora el Título XII se refiere a las “Oficinas de extranjería” cuando el Reglamento anterior encabezaba el Título correspondiente denominándolo “Oficina de extranjeros”. VIGIL-ESCALERA PACHECO dice, buscando las razones sobre el particular, *“Nada hemos podido encontrar en los informes, pero indagando personalmente en el centro directivo redactor del proyecto, se ha averiguado que tal cambio obedece a una cuestión del lenguaje no sexista (!), ya que la denominación de “Extranjeros” podía resultar equívoca, siendo más ajustada la de “Extranjería”, lo que no deja de ser algo pintoresco si no fuera por lo que estos detalles están teniendo de importancia hoy en día en nuestras Administraciones públicas”*²¹³.

En cuanto a los centros de migraciones, asunto que comparte título con las Oficinas, no se han producido ni siquiera las mínimas modificaciones recién apuntadas respecto de aquéllas.

3. CARACTERÍSTICAS DEL REGLAMENTO (TÉCNICA NORMATIVA)

Los criterios que se tendrán en cuenta para analizar las propiedades de este Reglamento serán de racionalidad y eficiencia, así como las exigencias de nuestro Derecho reflejado en normas como la Ley de Gobierno de 1997 o las Directrices de Técnica Normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005. De este modo,

²¹³ VIGIL-ESCALERA PACHECO, V.: “Oficinas de Extranjería y Centros de Migraciones”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.): *El Novísimo Reglamento de Extranjería*, Ediciones Laborum, Murcia, 2011, p. 400.

se podrán obtener conclusiones en cuanto a la técnica jurídica de la norma que ahora se analiza.

3.1. ESTRUCTURA Y SISTEMÁTICA

En este caso, el Reglamento no describe en el propio preámbulo, como sí hacía el anterior, el contenido exacto de sus títulos, artículos y disposiciones adicionales. El Reglamento aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, se divide en 15 títulos (dos más que el anterior), 266 artículos (bastantes más que el anterior Reglamento que contenía 165) y 25 disposiciones adicionales (también más que el Reglamento de 2004 que constaba de 18), amén de las disposición adicional única, y disposiciones transitorias y finales. Por lo tanto, se trata de un Reglamento muy amplio que agrava el problema de la extensión excesiva de su antecesor. Aún así no podemos rasgarnos las vestiduras, pues lo lógico es que una norma con la misma estructura que la anterior y con un incremento considerable en las pretensiones, sea mucho más amplia

La Estructura obedece prácticamente al mismo esquema que el resto de los Reglamentos de Extranjería que hasta ahora se han dictado. Desde el primero, aprobado por Real Decreto 1119/1986 no ha variado mucho esta tónica. La ampliación que se produce, como hemos visto, en el número de títulos, artículos y disposiciones adicionales se traduce, en el esquema general, en la incorporación de procedimientos nuevos y modificaciones de los ya existen, yuxtaponiendo unos sobre los otros. Es lo mismo que se ha ido haciendo en los Reglamentos anteriores con respecto a sus antecesores. La necesidad de mejorar aspectos de difícil aplicación, dadas las experiencias anteriores, han convertido el Reglamento en una norma más extensa pero que sigue la misma línea argumental que los anteriores.

El Reglamento que éste deroga era ya una norma detallada, y uno de los deseos más fervientes de la norma reglamentaria actual, como no podría ser de otra forma, es simplificar lo más posible toda esa prolijidad. Sin embargo, no nos puede extrañar que sin cambios estructurales importantes y con la intención de explicar lo no entendido hasta el momento, se convierta en una norma todavía más minuciosa. Aunque eso no significa, por sí mismo, que convierta al Reglamento en farragoso o ininteligible. La propia necesidad de adaptación de nuestro Derecho al Derecho que viene de Europa,

con motivo de la incorporación de nuevo Derecho derivado, engrosa la regulación de extranjería, siendo ahora ineludible especificar situaciones que hasta el momento estaban reguladas de forma general.

La especificación de pormenores en las regulaciones de algunos procedimientos, que el nuevo Reglamento hace en relación con el Reglamento anterior, es loable puesto que ayuda a clarificar aspectos que de otra forma, obligaría, como ya ha ocurrido, a sus aplicadores a interpretarlas a su libre albedrío en defecto de desarrollos normativos varios. Sin embargo, siguen dándose contradicciones que provocan dudas sobre cuál es el camino a seguir en la aplicación, y reiteraciones azarasas que hacen vacilar a la hora de valerse, en la gestión, de una orden normativa, cuando en un precepto concreto no se produce esa repetición.

De modo que, si la modificación más necesaria, como es en nuestra opinión, la segregación de la regulación en dos partes, una en la que se establezca una pieza común y otra en la que se recojan las especialidades procedimentales, tampoco se ha llevado a cabo en este último Reglamento, no se puede esperar más de un contenido que aspira a regular de forma integral el régimen jurídico de los derechos y libertades de los extranjeros en España.

En la medida en la que no se ha reducido su extensión y no se ha sistematizado en exceso la estructura, puede que los aplicadores de la norma no hayan abandonado la reivindicación de la simplificación, sin embargo, es posible que les compense la pormenorización de aspectos que no estaban claros en la regulación anterior (como los requisitos económicos necesarios en algunas autorizaciones), y que ahora puedan aplicar la norma sin solicitar aclaraciones superiores, a cada paso, a través de solicitud de Órdenes ministeriales, instrucciones, circulares o a través de interconexiones telemáticas con el MAP. Pero lo mejor, porque era lo más preocupante, es que probablemente haya disminuido la necesidad de elaborar sus propios catálogos procedimentales de libre interpretación, que hasta ahora realizaban con la mejor voluntad.

Uno de los motivos por los que esta norma es más extensa, es el incremento de autorizaciones, y con él, razonablemente, también el del número de procedimientos.

Desde el primer Reglamento que desarrollaba la Ley de Extranjería de 1985, no se han dejado de solapar, una y otra vez, las mejoras de uno sobre la estructura y contenido heredados del anterior. Otro motivo de la amplitud del Reglamento actual, es que sigue haciendo remisiones a aspectos ya regulados en la misma norma en un momento anterior. Y el principal motivo, al que ya hemos aludido, es la ausencia de una nueva estructura simplificadora general del Real Decreto. No obstante, sí se producen mejoras sistemáticas puntuales a lo largo del texto que de seguro colaborarán en la comprensión y aplicación del mismo.

Una de ellas se establece respecto de la devolución y salidas obligatorias. En este Reglamento aparece regulado en un título distinto al anterior. En el Reglamento de 2004 estaban incluidas en el Título XXII “*Retorno, Devolución y Salidas obligatorias*” y en el nuevo Reglamento lo está en el Título I “*Régimen de entrada y salida del territorio español*”, en un capítulo nuevo denominado “*Devolución y salidas obligatorias*”, porque, al fin y al cabo, las devoluciones y salidas obligatorias, salidas son. Este cambio en la regulación es considerada por la doctrina como “...importante mejora sistemática...”²¹⁴.

La regulación actual de los extranjeros menores significa también una mejora en la sistemática y así lo afirma APRELL LASAGABASTER²¹⁵. La novedad se produce en los dos tipos de menores que el Reglamento distingue en dos capítulos diferentes en el Título XI, acompañados y no acompañados. Logra de este modo, mayor eficacia en la aplicación de la norma y en la protección del menor, sobre todo en los más desprotegidos que son los no acompañados.

Y para ello, además de establecer un concepto más preciso de menor no acompañado²¹⁶, se establece la determinación de la edad, se pormenoriza el procedimiento de repatriación del menor donde interviene de forma principal el Ministerio Fiscal y el del paso a la mayoría de edad (tanto si es titular de una autorización de residencia como si

²¹⁴ APRELL LASAGABASTER, M. C.: “El nuevo Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, aprobado en Real Decreto 557/2011, de 20 de abril” en SÁNCHEZ BLANCO, A., DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M. Y RIVERO YSERN, J. L.: *El Nuevo Derecho Administrativo. Libro Homenaje al Profesor Rivero Ysern*, Ratio Legis, Salamanca, 2011, p. 498.

²¹⁵ APRELL LASAGABASTER, M. C.: “El nuevo Reglamento...”, op.cit. p. 508.

²¹⁶ Art. 189 del Reglamento de 2011.

no lo es), se especifican los documentos que en su caso se exigen para obtener la residencia así como el valor que se le otorga en este caso al grado de integración del menor. Todo ello siguiendo un riguroso orden que se agradece.

Dentro de la regulación de la repatriación también se puede hablar de un elenco ordenado de requisitos y medidas protectoras para el menor que clarifican la situación de estos ciudadanos doblemente “especiales”. Y así: solicitud al país de origen del menor de informes, inicio del procedimiento, el periodo de prueba, el trámite de audiencia en el que participarán el ministerio fiscal, el tutor, y en su caso el defensor judicial o el representante designado por el menor, la resolución (con la advertencia de que el menor tiene derecho a asistencia jurídica gratuita por si quiere interponer un recurso contencioso-administrativo) y la ejecución de la repatriación. También se colocan en orden los efectos de la imposibilidad de ser repatriado o el paso de 9 meses desde que el menor se puso a disposición de las autoridades competentes como es la concesión de la autorización de residencia.

Se ha sacado a los CIES de la regulación del Reglamento. Hasta la aprobación del nuevo Reglamento de ejecución, están en la Ley²¹⁷.

3.2 LA ELABORACIÓN

La Ley Orgánica 2/2009 fijaba un plazo de seis meses para ser desarrollada reglamentariamente y lo hacía, como hemos señalado en el inicio del capítulo, en la Disposición Final tercera. El borrador del Reglamento fue presentado, con mucho retraso, el 8 de febrero de 2011 desde la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración. Este borrador se sometió a información pública y se tuvieron en cuenta los informes de distintos organismos y organizaciones. Como ya hemos hecho referencia en la elaboración del Reglamento anterior, las formalidades tienen su importancia pero lo verdaderamente trascendente para determinar la calidad de una norma reglamentaria es el grado de aquiescencia conseguido entre quienes representan intereses ligados a sus preceptos.

²¹⁷ Anteproyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de estancia controlada de extranjeros, de 11 de junio de 2012.

No admite duda que una norma será mejor cuanto más sean, sus preceptos, reflejo de la realidad, y cuanto más se hayan tenido en cuenta, en su elaboración, las opiniones de quienes están interesados en que esa norma sea la que mejor regule sus intereses. Por eso, también la Administración en la elaboración de este Reglamento, ha escuchado más voces que la suya para lograr el mayor nivel de anuencia posible.

Así queda reflejado en su preámbulo: *“El alcance de la reforma ha reforzado, por otro lado, la voluntad de implicar al mayor número de fuerzas políticas, agente sociales y organizaciones no gubernamentales en la misma. Más allá de los canales institucionales de participación, se ha hecho un esfuerzo notable para conseguir un acuerdo global con los agentes sociales en el ámbito de la Mesa de Diálogo Social, así como para tener en cuenta las aportaciones presentadas por las organizaciones con mayor implantación en el ámbito de la extranjería. Este proceso de diálogo y consenso ha supuesto un grado de participación importante que tiene su reflejo en el propio texto.”*

Lo que establece el preámbulo se confirma con la participación, a través de sus informes y sugerencias en la elaboración del Reglamento²¹⁸, de los agentes sociales más representativos como son los sindicatos y las asociaciones de empresarios, también el Consejo General de la Abogacía Española o el CERMI. Además del Ministerio proponente, han informado los Ministerios de Ciencia e Innovación, de Industria, Turismo y Comercio, de Educación, Justicia, Política y Administración Pública, de Interior, y de Asuntos Exteriores y Cooperación. Asimismo es destacable la participación de otras Administraciones con labores más o menos consultivas como la Conferencia Sectorial de Inmigración²¹⁹, la Comisión Laboral Tripartita²²⁰, la Comisión Interministerial de Extranjería o el Foro para la Integración Social de los Inmigrantes.

²¹⁸ Ya se había llevado a cabo una consulta semejante en el proceso legislativo que conduce a la promulgación de la Ley Orgánica 2/2009. Así lo afirma Consuelo Rumí Ibáñez en la presentación de la publicación, por el Ministerio de Trabajo e Inmigración, de la norma de extranjería resultante de las consiguientes reformas. En ella, la que fuera Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración, dice que tal consulta *“no tiene precedentes en cuanto a su amplitud”*.

²¹⁹ Vid. CABEZA PEREIRO, J.: “El rol coordinativo de las diferentes administraciones públicas: la conferencia sectorial de inmigración” en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.): *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009 de 11 diciembre de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, La ley*, 2010.

²²⁰ Vid. BAYLOS GRAU, A.: “Comisión Laboral Tripartita de Inmigración” en RAMOS QUINTANA, M.: *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, Lex Nova, 2007.

Sin olvidar la contribución de las Comunidades Autónomas y los Entes Locales a través de la Comisión Nacional de la Administración Local.

De hecho el texto del Reglamento recoge propuestas, total o parcialmente, en preceptos concretos. Así de CEOE-CEPYME (Arts. 65, 167 y 175), Gobierno de Canarias (Art. 187), CERMI (Art. 60.3), Foro Social de los Inmigrantes (Arts. 10, 47, 53- 56, 59, 61, 181, 218, y DA23), Ministerio de Trabajo e Inmigración (Arts. 4, 5, 15, 16, 23, 25-27, 32-36, 38-40, 42, 45, 51, 53, 60, 62- 64, 67, 70, 72-77, 86, 87, 90, 96, 97, 99, 104, 107, 110, 113, 115-117, 120, 128-132, 141, 146, 148, 149, 151, 153, 154, 158, 159-164, 175, 180, 181, 184-187, 196, 199, 207, 222, 223 y 238) , Ministerio de Educación (Arts., 37 y 73) , Ministerio de Justicia (Arts. 14, 22, 187-190, 222 y 238), Ministerio de Interior (Arts. 6.3, 145,182 y 203)²²¹.

El Ministerio de Política Territorial y Administración Pública, hizo las correcciones oportunas en aspectos concreto de su competencia (sobre el título competencial habilitante, el cómputo de plazo, los medios telemáticos, la referencia a la autoridad, la referencia a la partida de nacimiento, de la gestión informática en los procedimientos con intervención de las Comunidades Autónomas, la decisión de que la solicitud de autorización de estancia por estudios no sea resuelta por las Oficinas de extranjería sino por el Delegado del Gobierno, la redacción del artículo 55 y la adecuación de la regulación sobre la condición de funcionario al Estatuto del empleado público.

Por supuesto, el Dictamen del Consejo de Estado preceptivo se emitió para su aprobación el 7 de abril de 2011. Por todo ello se puede concluir que se trata de un Reglamento que ha respetado el consenso en la elaboración, como reza el propio Reglamento al presentarse, respetando a su vez lo previsto en los artículos 105.a) de la Constitución Española y 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

3.3. MOTIVACIÓN DE LA NORMA

La necesidad de la motivación de la norma, a estas alturas, es indiscutible y este Reglamento no se olvida de hacerlo. Además lo hace de una manera exhaustiva y clara.

²²¹ Datos obtenidos de AGUELO NAVARRO P. y CHUECA SÁNCHO A. G.: “El Nuevo Reglamento de la Ley de Extranjería” en Revista de Derecho Migratorio y de Extranjería”, nº 26, p. 81.

Entre sus justificaciones, la más importante, desarrollar la Ley de Extranjería tras su última amplia reforma en 2009 y a su vez sustituir al Reglamento anterior que había dejado de responder a las últimas transformaciones y a los principios que la legislación reformadora traía. La Ley Orgánica de Extranjería fue modificada ampliamente (son revisados 50 de sus 71 artículos, además de la inclusión de preceptos nuevos), convirtiéndose en la más importante reforma de la Ley 4/2000.

Por la subordinación con la que el Reglamento que nos ocupa se relaciona con la Ley Orgánica, es por lo que la norma Reglamentaria es un fiel reflejo de las pretensiones legales contenidas en la importantísima reforma citada. Será, por tanto, reflejo del cambio de la realidad migratoria, de la asunción de la doctrina constitucional, de la necesidad de la ordenación de los flujos migratorios, de la influencia del Derecho de la Unión Europea o de las nuevas competencias autonómicas, pero también será espejo de otros aspectos que no son tan novedosos y en los que la Ley Orgánica sigue insistiendo como son, la lucha contra la inmigración irregular o la integración social de los inmigrantes. Integración precaria todavía, pues en opinión de MARTÍNEZ ARIZA *“ocupa el último lugar en las iniciativas político-jurídicas relativas a inmigración”*²²².

Señalando los aspectos concretos que se trasladan de la Ley Orgánica al Reglamento está, en primer lugar, el reconocimiento que se hace en su preámbulo de que las cifras han cambiado en cuestión de inmigración, pero que eso no será suficiente para abandonarse en el aspecto normativo, puesto que la población inmigrante que permanece, continúa demandando el servicio de la Administración Pública *“...en los últimos años ha dado lugar, entre otras cosas, a un descenso del número de solicitudes de entrada por motivos laborales y a un aumento del número de procedimientos instados por personas extranjeras que se encuentran en España y que pretenden renovar o prorrogar sus autorizaciones o ejercer las facultades que la Ley Orgánica les otorga...”*.

También hereda el Reglamento, de la Ley Orgánica reformada, la preocupación por la ordenación de los flujos migratorios laborales de acuerdo a la situación nacional de

²²² MARTÍNEZ ARIZA, A. M.: “La comunitarización de la política europea de inmigración. Desde el control de flujos migratorios hacia la integración”, en FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Comares, Granada, 2011, p.332.

empleo, teniendo en cuenta la situación de crisis económica y el nivel de paro en España en los últimos tiempos. Fiel reflejo, asimismo, de la legislación que le da origen, el Reglamento incorpora a su texto la regulación de la Unión Europea en muchos aspectos y así lo establece también su exposición de motivos *“En este sentido, de acuerdo con el mandato legal y con la política europea de inmigración, se ha efectuado el desarrollo reglamentario de determinadas Directivas Europeas, cuya transposición se efectuaba en la propia reforma de la Ley Orgánica. Estas Directivas, en algún caso, ya incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico, configuran un marco normativo europeo común en materia de inmigración en el que España participa plenamente”*.

Dos de los objetivos más recurrentes en el ordenamiento jurídico de extranjería han sido la integración social y la lucha contra la inmigración irregular. Preocupaciones que se han reflejado en las Leyes Orgánicas y de las que se han impregnado también sus desarrollos. La exposición de los motivos del Reglamento de 2011 también lo deja ver al mostrar las novedades que ofrece el mismo *“...consolidar un modelo basado en la regularidad y vinculado al mercado de trabajo. Ello se ha traducido, entre otras cuestiones, en una regulación más completa del Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura...”, o “...fomentar la integración y la igualdad de derechos y deberes, fortaleciendo la integración y la cohesión social en un contexto de diversidad cultural desde la lógica igualdad derechos y deberes”*.

Las Comunidades Autónomas y los Entes Locales adquieren un mayor protagonismo en la reforma de la Ley de Extranjería y así se refleja en la regulación de los procedimientos contenidos en el nuevo Reglamento. Lo establece así, su motivación, en cuanto a la participación de estos entes en los procedimientos que corresponde resolver a la Administración General del Estado *“...informes de esfuerzo de integración en el ámbito de las renovaciones, de la adecuación de la vivienda a los efectos de la reagrupación familiar y de integración social en el ámbito del arraigo...”*, a los que se añade otro tipo de colaboración como es la comunicación de estadísticas en relación a la reagrupación o a la situación nacional de empleo.

La crisis económica, que afecta a buena parte del mundo occidental pero de manera particular a España, ha hecho mella también en la regulación de la extranjería y así, se han limado aspectos relacionados con los Catálogos de ocupaciones de difícil cobertura

y con los certificados de los servicios públicos de empleo, para clarificar hasta qué punto es insuficiente la demanda de empleo en algunas ocupaciones y cubrir las ofertas existentes creando mecanismos para cubrir, dichas ofertas, con trabajadores que ya se encuentran en el mercado de trabajo nacional.

Otro aspecto que se regula de una manera especial por la relación con la crisis, es la consideración de la situación nacional de empleo que, como se establece en la exposición de los motivos del Reglamento *“también se ha tenido en cuenta en la regulación de las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de duración determinada y en la gestión colectiva de contrataciones en origen, donde se han introducido mecanismos que pretenden evitar la sustitución de mano de obra que ya existe en el mercado laboral”*.

El Reglamento tiene otras pretensiones propias y diferentes de las que conlleva el hecho de no ser una norma independiente. Entre ellas, conseguir una mayor comprensión del texto a través de la simplificación, aclaración y ordenación de los procedimientos y una mayor agilización en la tramitación de los mismos sin faltar a la seguridad jurídica. Para el fin de convertir en sencillo lo complejo, la norma incluye el apoyo de una aplicación informática común (una pretensión recurrente de los todos cuantos se relacionan con este fenómeno) que mejorará el acceso a los expedientes tanto para la propia Administración como para los ciudadanos extranjeros.

Y es que la norma no se olvida, en el preámbulo, de recordar la consideración que ha tenido de las reclamaciones hechas por las oficinas de extranjería cuando comenta las modificaciones materiales de la norma *“...un nuevo Reglamento de Extranjería también permite introducir modificaciones materiales que no sólo responden a cambios legales y al creciente protagonismo de la normativa comunitaria en este ámbito, sino que pretenden tener en cuenta la ya dilatada experiencia de las Oficinas de Extranjería”*.

Si bien es cierto que parte de los extranjeros residentes y trabajadores en España han seguido la inercia de muchos trabajadores españoles que hoy engrosan las listas del desempleo, otros han mantenido sus empleos. También el Reglamento ha arbitrado medidas para que los primeros puedan retornar a sus países de origen. Así la norma, dice en su preámbulo, sobre sus virtudes *“apuesta por fomentar y garantizar la*

movilidad y el retorno voluntario de los inmigrantes”. De este modo, se posibilita el regreso a España en el futuro con la recuperación de los periodos previos de residencia, siempre que se cumpla con el compromiso de no retorno en un plazo determinado.

Los anteriores, no son los únicos cambios de regulación en los que la depresión económica ha influido. También, a partir de medidas concretas, se pretende contribuir a la salida de la situación económica actual y así se explica en la introducción del Reglamento *“La atracción de investigadores y personal altamente cualificado, así como la regulación en sede reglamentaria de los flujos laborales que afectan a actividades en que concurren razones de interés económico, social o laboral, o a actividades docentes, de investigación o artísticas constituyen medidas que favorecerán indudablemente la competitividad de la economía española y la internacionalización de las empresas”*

El Reglamento encuentra más coartadas para su existencia, en la aportación del *“rigor, transparencia y objetividad”*, según palabras utilizadas en su exposición de motivos, a los procedimientos de extranjería. Presume en el mismo párrafo de mejorar la seguridad jurídica a partir de unas previsiones más detalladas y concretas, que dice, evitarán el reenvío a otras normas. También encuentra satisfacción la norma, por introducir las nuevas tecnologías que no duda contribuirán a mejorar la gestión y con ello las necesidades de distintos agentes en el ámbito de la extranjería.

Como hemos visto hasta aquí, se explican notablemente los motivos del nuevo Reglamento, haciendo hincapié en la necesidad de sustituir una norma que ya no respondía al desarrollo de una Ley ampliamente reformada, y que necesitaba completar su regulación con la normativa europea y el resultado de correcciones de los Tribunales. Todos estos anuncios del contenido e intenciones de la norma que constituyen el contenido del preámbulo, contribuyen a calificar el mismo como completo. Explica con claridad y suficiente extensión las bondades que deben justificar un cambio en el desarrollo reglamentario de la Ley de Extranjería.

3.4. FORMA EN LA QUE ESTÁ REDACTADO EL REGLAMENTO

Ya se ha visto en el análisis de la redacción del Reglamento anterior que la norma debe ser inteligible para considerar que tiene la calidad suficiente como para poder ser aplicada. Lo establece así la normativa y la doctrina. Para que sea comprensible, por tanto, debe utilizarse un lenguaje asequible no sólo para quienes tienen la obligación de aplicarla, y a veces interpretarla para poder hacerlo, como es la Administración en el ámbito de la extranjería, sino también para los sujetos a los que se les va aplicar.

Teniendo en cuenta que los sujetos objeto de aplicación del Reglamento tienen la connotación de conocer el idioma a veces precariamente, se debería contribuir más en la utilización de un lenguaje lo más coloquial posible. Los inmigrantes, por suerte cuentan con el apoyo en la mayoría de las ocasiones de organizaciones que colaboran en dicha comprensión, tanto con respecto al idioma como con respecto al contenido. No obstante el lenguaje del Reglamento de 2011 es claro e inteligible, aunque no es la forma en la que se redactan los preceptos en sí mismo lo que puede causar dificultad en la comprensión, sino quizás la relación que entre unos y otros preceptos, o unos y otros procedimientos, se establece.

La Profesora APRELL LASAGABASTER opina sobre la redacción del Reglamento que *“Mejora el control de discrecionalidad administrativa al definirse con mayor claridad los supuestos de hecho.”*, y que *“Mejora también la redacción y sistemática interna del Reglamento, lo que facilita la comprensión, y suponemos, la aplicación. En las versiones anteriores, muchos artículos tenían una redacción enrevesada y además en muchos casos carecían de iter interno, haciendo dificultoso la comprensión de la normativa aplicable”*²²³.

Debido a la complejidad de esta materia, es inevitable, por muy bien que se redacten los preceptos, que haya problemas de comprensión. Lo ideal sería que la simplificación viniera también de las manos de una exposición de los distintos procedimientos en cuadernillos o folletos explicativos donde se resumieran los pasos a dar en cada

²²³ APRELL LASAGABASTER, M. C.: “El nuevo Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, aprobado en Real Decreto 557/2011, de 20 de abril” en *El Nuevo Derecho Administrativo. Libro Homenaje al Profesor Rivero Ysern*, Ratio Legis, Salamanca, 2011, p. 512.

procedimiento de la forma más sencilla posible. Está claro que esto es una necesidad para unos y otros, usuarios y Administración.

En las entrevistas realizadas, era una inquietud constante en nuestros entrevistados, tanto es así que en la mayoría de las oficinas habían solicitado del Ministerio algún instrumento semejante al descrito y, mientras, habían elaborado por ellas mismas una herramienta que clarificara las gestiones a los inmigrante, con la consiguiente descoordinación entre provincias. No obstante, los medios telemáticos en los que la Administración está mejorando considerablemente están facilitando la comprensión de las normas.

4. CONTRIBUCIONES JURISPRUDENCIALES

-Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª. Sentencia de 10 octubre 2011. RJ 2011\7641. Recurso contencioso-administrativo núm. 97/2009

Por parte de la Comunidad Autónoma de Madrid se solicita del Tribunal la nulidad del RD 1162/2009, de 10 de julio por el que se modifica el Reglamento (de 2004, de 30 de diciembre) de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, puesto que atribuye competencias en materia de autorización inicial de trabajo a las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias ejecutivas en materia laboral. La Comunidad Autónoma entiende que tal competencia es del Estado no habiendo cobertura legal del Real Decreto en el momento de su entrada en vigor.

El Tribunal establece que la impugnación es improcedente, que no ha lugar al recurso contencioso-administrativo y que el Reglamento no es nulo porque la Ley de Extranjería no dice nada al respecto de esta cuestión, atribuyéndose posteriormente la competencia a la Comunidad Autónoma en la reforma que de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social que hace la Ley 2/2009. La Comunidad Autónoma de Madrid considera que la nueva regulación reglamentaria (que afecta a los procedimientos de autorización inicial de residencia y trabajo de los extranjeros en España) conculca la Constitución en cuestión de competencias (en concreto el artículo 149.1.2º de la misma)

y los principios de legalidad y jerarquía normativa, considerándose contraria a lo dispuesto en la citada Ley de Extranjería.

La sala da los mismos argumentos para desestimar el recurso que utilizó anteriormente para un caso análogo el que la Comunidad Autónoma de Murcia planteó ante el mismo Tribunal en el recurso número 103/2009, recurso que se resolvió en la sentencia de 17 de mayo de 2011 (RJ 2011, 5773), citada arriba y que versaba sobre semejante asunto de controversia (la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de autorización inicial de trabajo de extranjeros) y en contra de los criterios de las partes recurridas, que son la Administración del Estado y la Generalidad de Cataluña.

El artículo 51 del Reglamento de Extranjería establece el procedimiento para conceder la autorización inicial de trabajo por cuenta ajena. La reforma que se lleva a cabo por el artículo único, apartado 5, del Real Decreto impugnado, determina *'Será órgano competente para resolver la inadmisión a trámite o para declarar el desistimiento y el archivo de las actuaciones el órgano competente de la correspondiente comunidad autónoma cuando hubiera asumido competencias en materia de autorización inicial de trabajo por cuenta ajena, debiendo resolver, en todo caso, de acuerdo con el informe preceptivo y vinculante emitido por el correspondiente órgano de la Administración General del Estado sobre la concurrencia o no de las indicadas causas de inadmisión a trámite cuando afecten a la autorización de residencia.'*

El nuevo Reglamento de Extranjería aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, reitera en su artículo 68 la atribución de la autorización inicial de trabajo a las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias ejecutivas en materia laboral. También el artículo 37.3 de la Ley de Extranjería establece en su actual redacción que ha traído la reforma operada por *Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre* *“La concesión de la autorización inicial de trabajo, en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de residencia, corresponderá a las Comunidades Autónomas de acuerdo con las competencias asumidas en los correspondientes Estatutos”*.

En un momento dado El tribunal le da la razón a la Comunidad Autónoma para volvérsela a quitar inmediatamente con el siguiente argumento *“Tiene razón la actora en que dicho apartado, que evidentemente da cobertura a la regulación reglamentaria que impugna, es posterior a ésta, pues nada decía expresamente el texto anterior de la*

Ley sobre la concesión de la autorización inicial de trabajo. Pero tal circunstancia es irrelevante por dos motivos. En primer lugar, porque del silencio de dicho texto no se deriva inexcusablemente que el precepto impugnado fuese ilegal. La parte aduce que todos los preceptos legales que se referían a la autorización de trabajo (cita así los artículos 38.1, 39, 42) antes de la reforma hacían referencia al intervención del Estado y sostiene que el nuevo texto reglamentario modifica radicalmente dicho planteamiento disociando la autorización de residencia de la de trabajo. Sin embargo, nada hay en el anterior texto legal que excluyera la posibilidad de que en los aspectos estrictamente laborales la autorización inicial correspondiera a las Comunidades Autónomas con competencias ejecutivas en materia laboral. En segundo lugar, no cabe duda de que la reforma posterior de la Ley, que constituye el texto legal vigente en el momento de resolver este recurso, es el parámetro legal al que debemos atenernos para resolver sobre la legalidad del reglamento impugnado. Y resulta evidente que el texto legal que se ha reproducido supra da plena y expresa cobertura al texto reglamentario impugnado...Finalmente, como manifestamos en nuestra sentencia de 17 de mayo de 2011, carecería de sentido estimar un recurso directo contra un determinado reglamento para expulsarlo del ordenamiento jurídico cuando la regulación en él contenida ha sido refrendada en normas de rango legal y reglamentario ulteriores”.

-Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2011 (RJ 2011, 5773). Recurso número 103/2009

En el mismo sentido y con las mismas consecuencias que la anterior. En este caso, planteado el recurso por la Comunidad Autónoma de Murcia ante la misma Sala. De hecho, esta reclamación se hace en un momento anterior. Las razones que esgrimía el Tribunal Supremo en la Sentencia comentada que precede a ésta, son trasladadas de la presente.

-Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2013. Recurso contencioso-administrativo número 343/2011

Mediante esta sentencia se anulan determinados preceptos del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

El recurso fue promovido por la Federación de Asociaciones Pro-Inmigrantes Andalucía Acoge, la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía y la Federación SOS Racismo. En la sentencia se anulan por su disconformidad a Derecho, los siguientes preceptos: “A) *El inciso «los plazos para la interposición de los recursos que procedan serán computados a partir de la fecha de notificación al empleador o empresario», que contiene el artículo 88.5, párrafo 4.º, del Reglamento objeto de recurso. B) El apartado 4 del artículo 128 del citado Reglamento, a tenor del cual en los procedimientos para obtener la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, sin necesidad de visado, el órgano competente «podrá requerir la comparecencia del solicitante y mantener con él una entrevista personal». C) El apartado primero, párrafo segundo, de la disposición adicional primera, así como el inciso «o en su caso resolverá la inadmisión a trámite» que contiene el artículo 106.3, párrafo primero del mismo Reglamento, en la medida en que atribuyen a las misiones diplomáticas u oficinas consulares españolas en el exterior la competencia «en materia de admisión a trámite de procedimientos iniciados en el extranjero» cuando no la tengan para resolver el fondo de los procedimientos para la obtención de las siguientes autorizaciones: a) Las de estancia por estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales y servicios de voluntariado ;b) las de residencia temporal no lucrativa; c) las de residencia temporal y trabajo por cuenta propia; y d) las de residencia temporal con excepción de la autorización de trabajo cuando la persona extranjera no sea residente en España y siempre que la duración prevista de la actividad sea superior a 90 días”.*

-Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de abril de 2012

Una registradora Mercantil y de Bienes Muebles de Toledo, no inscribe una escritura de constitución de sociedad de responsabilidad limitada que había sido autorizada

anteriormente por la notaria de Parla el día 1 de diciembre de 2011. Esta notaria recurre esa nota en la que no se inscribe dicha sociedad y la Dirección General acuerda estimar el recurso y revocar la nota de calificación de la registradora. La sociedad de responsabilidad limitada es unipersonal y su titular es una mujer de nacionalidad guineana y residente en España. Para la constitución de dicha sociedad la mujer extranjera está provista de tarjeta de residencia-NIE. La controversia está relacionada con la documentación válida del extranjero para dicha constitución.

Parece ser que la Orden del Ministerio del Interior de 7 de febrero de 1997, modificada por la de 14 de julio de 2008, así lo establece. No se puede confundir el número de identificación con el número de soporte de la tarjeta, que es meramente administrativo. La cuestión fue resuelta por la Dirección General de los Registros y del Notariado en su Resolución de 3 de diciembre de 2007. Además por los Artículos 206, 207 y 210 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

Se establece, por la Dirección General de los Registros y del Notariado que la extranjera ha acreditado disponer de un título de identificación de extranjero, que dicho título dispone de un número y que éste coincide en su composición con lo previsto en el ordenamiento y que a su vez es el número de identificación fiscal. La regulación actual no permite sin embargo duda alguna al respecto: el artículo 206 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece que el número de identificación de extranjero es único y exclusivo para cada persona, que el mismo debe constar en todos los documentos que se le expidan y que dicha previsión es aplicable a los permisos de residencia. Además el artículo 210 determina que la tarjeta de identidad del extranjero es el documento “*destinado a identificar al extranjero a los efectos de acreditar su situación en España*”.

Por su parte, el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio (RCL 2007, 1658) , por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, establece en su artículo 20 que “*para las personas físicas que*

carezcan de la nacionalidad española, el número de identificación fiscal será el número de identidad de extranjero que se les asigne o se les facilite de acuerdo con la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y su normativa de desarrollo”. Anteriormente, el artículo 18, en su párrafo segundo establece: “El número de identificación fiscal podrá acreditarse por su titular mediante la exhibición del documento expedido para su constancia por la Administración tributaria, del documento nacional de identidad o del documento oficial en que se asigne el número personal de identificación de extranjero”.

Por tanto, la Tarjeta de Identidad del Extranjero acredita su identidad, el régimen de su situación legal en España y su número de identificación siendo éste su número a efectos fiscales. Por lo que procede que la Dirección General estime el recurso y revoque la nota de calificación de la registradora.

-Juzgado de lo Contencioso-Administrativo Nº 1 de Oviedo. Sentencia núm. 4/2012 de 23 febrero

Gabriel, un extranjero, ha interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Delegado del Gobierno en Asturias de 2 de marzo de 2011, en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Oviedo. Este Juzgado estima el recurso. El motivo del recurso es que, tiempo antes, Gabriel había solicitado ante la Administración General del Estado en Oviedo una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, en concreto por arraigo social. Para ello, había adjuntando en su demanda las circunstancias que justificaban dicha autorización y que así se establecen en el art. 45.2.b) del Real Decreto 2393/2004 que desarrollaba entonces la Ley de Extranjería.

Los requisitos que acredita son: su residencia en España de forma continuada durante más de 3 años; el informe favorable de inserción emitido por el Ayuntamiento de Oviedo; el pasaporte completo; el certificado de inexistencia de antecedentes penales y la oferta de empleo. Sin embargo, a pesar de cumplir todos los requisitos, a este extranjero, le es denegada la autorización de residencia, por dicha Delegación del Gobierno. El motivo por el que se le deniega, según la Delegación del Gobierno en Oviedo, es que se había dictado una resolución administrativa de expulsión del territorio

nacional por esta misma Delegación el 23 de diciembre de 2009, que fue recurrida en vía contencioso-administrativa y confirmada (Juzgado de lo contencioso-administrativo de Gijón de 25-1-2011 y del TSJ de Asturias de 6-7-2011), y que aplicando el art. 31 Ley orgánica 4/2000 y Disposición adicional cuarta 1 d), no cabría otorgar la residencia temporal al constar dicha orden de expulsión.

Por ello, la cuestión litigiosa dejaba de ser si se cumplían los requisitos para la autorización, y pasaba a ser si había si quiera lugar a considerarlo, porque el extranjero ya tenía una orden de expulsión de nuestro país. En el actual Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, en su art. 241 que establece los supuestos de concurrencia de procedimientos, se establece que en el curso de una autorización de residencia, cuando se compruebe la existencia de una orden previa de expulsión no ejecutada por infracción conforme a los art. 53.a y b de la Ley, en algunos casos, dicha orden de expulsión puede ser revocada (situaciones previstas en los artículos 31 bis , 59 , 59 bis o 68.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero y en la propia Ley en la Disp. Adicional cuarta letra d)).

Aplicándose ese mismo criterio y puesto que en este caso existe una previa orden de expulsión no ejecutada y ésta no determina necesaria y automáticamente que resulte inviable el que pueda ser concedida una autorización de residencia posterior, parece que la solución puede ser otra y así se lo plantea el Juzgado en su Sentencia. Es cierto que la previsión que se contiene en el actual Reglamento no estaba vigente al tiempo de ser dictada la resolución impugnada, pero el Juzgado considera que sería contrario a un principio de tutela judicial efectiva denegar la solicitud de autorización de residencia, cuando consta que el extranjero reúne todos los requisitos y el único obstáculo que existía era la orden de expulsión no ejecutada.

Además teniendo en cuenta que la medida de la expulsión es una medida sancionadora, valora el Juzgado la posibilidad de que la aplicación de una norma posterior, atendiendo a los principios generales de retroactividad de norma posterior más favorable en materia sancionadora, puede beneficiar al extranjero recurrente, en este caso. Por todo ello se admite el recurso y se le concede la autorización de residencia por motivos excepcionales de arraigo social.

-Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso- Administrativo. Sección 8ª). Sentencia de 31 de octubre de 2011. RJC/2011/827. Recurso administrativo núm. 359/2010.

Se interpone recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por D^a. Mercedes, contra la Resolución del Ministerio del Interior, de fecha 30 de marzo de 2010, en la que se le deniega el derecho de asilo y de la protección subsidiaria. La Audiencia Nacional estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo deducido contra dicha Resolución. Y así anula la misma por no ser ajustada a Derecho y declara que procede autorizar la permanencia en España de la recurrente por razones humanitarias, en el marco de la legislación general de extranjería, desestimando las demás pretensiones deducidas por la parte recurrente.

La extranjera es una médica cubana, perteneciente a una logia femenina. Dicha pertenencia le ha acarreado, según esta mujer, una serie de problemas con las autoridades cubanas y un control desmedido difícil de soportar. Según ella, sus miembros sufren grave hostigamiento por parte de las fuerzas de seguridad del gobierno cubano, teniendo que soportar graves atentados contra su libertad e integridad física. Entre sus alegaciones estaba que se sentía perseguida y no podía salir del país ni ejercer sus derechos y libertades más fundamentales.

Aprovechando un permiso para asistir a un simposio académico de historia en España, ha solicitado asilo político de sus autoridades. Dice haberse sentido vigilada y hostigada en su país, por lo que teme, que una vez pasado el plazo, verse obligada a regresar su país, puesto que sería perseguida por haber solicitado la protección internacional y teme, en consecuencia por su seguridad, corriendo, piensa, el riesgo de sufrir prisión, así como maltrato psicológico y atentados contra los derechos humanos.

Para el Ministerio del Interior, las alegadas, no eran razones suficientes ni estaban contrastadas con pruebas que indicasen que hubiera sufrido, o tuviera un temor fundado de sufrir una persecución personal por esta causa. Por todo ello, se considera que no concurren los requisitos previstos en los artículos 2 y 3 de la Ley de Asilo y en la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados para la concesión del derecho asilo, ni en los artículos 4 y 10 de la citada Ley para la concesión del

derecho a la protección subsidiaria. Asimismo cree el ministerio que tampoco se desprenden razones humanitarias para autorizar la permanencia en España en los términos previstos en la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración.

Sin embargo, la Audiencia Nacional, determinando que no hay razones suficientes para concederle el asilo, sí le concede la autorización por razones humanitarias y lo hace con los siguientes argumentos: La Constitución española dispone en su artículo 13.4 que *“la ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”*. En este caso se aplica la vigente Ley 12/2009, de 30 de octubre, Reguladora del Derecho de Asilo y la Protección Subsidiaria, cuyo artículo 2 define el derecho de asilo como *“la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3 de esta Ley y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados , hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967.”*

El referido artículo 3 de la propia Ley 12/2009 dispone que *“la condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9 ”*.

Los requisitos establecidos en el art. 1 de la Convención y I.2 del Protocolo son: *“Que debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda, o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a*

causa de dichos temores, no quiera regresar a él”.

En el artículo 6 de la Ley se marcan la clase de actos de persecución que son necesarios para que los "temores" de persecución sean en efecto "fundados", con exclusión, de esa manera, de cualesquiera otros de relevancia menor. En el artículo 7 se establecen criterios para valorar los motivos por los que el agente perseguidor que lleve al perseguido a obtener la condición de refugiado. Y en los artículos 13 y 14 de dicha Ley se describe quiénes pueden ser agentes de persecución y, en su caso, de protección.

Quedan probados algunos aspectos con la documentación que aportó al expediente, sin embargo, no quedó probado que ser miembro de una logia masónica en el contexto cubano sea igual a ser víctima de persecución, ni que ella lo haya sido. Además, la Audiencia cuenta con datos de los que se desprenden las buenas relaciones existentes entre las logias masónicas y el Estado cubano. Por lo tanto, se determina por la Audiencia que no existe una persecución susceptible de protección conforme a lo dispuesto la Convención de Ginebra de 1951, sino asuntos de carácter particular.

De todo ello se desprende que no se le puede procurar asilo ni protección subsidiaria pero sí, con motivo de las circunstancias actualmente concurrentes en la actora como consecuencia de su no regreso a Cuba una vez vencido el plazo por el que se le había autorizado la salida (así como la situación en que puede verse de regresar al país), es de aplicación lo dispuesto en el artículo 46.3 de la Ley 12/2009, en el que se determina *"Por razones humanitarias distintas de las señaladas en el estatuto de protección subsidiaria, se podrá autorizar la permanencia de la persona solicitante de protección internacional en España en los términos previstos por la normativa vigente en materia de extranjería e inmigración."*

La situación, reconoce la Audiencia, debe ser objeto de protección, *"...so pena de incurrir en un rigorismo que desnaturalizaría el sentido de las razones humanitarias "distintas de las señaladas en el estatuto de protección subsidiaria", siempre, claro está, ciñendo este discurso al concreto caso que nos ocupa"*. A estas razones humanitarias se refiere el artículo 31.4 y 5 del Real Decreto 203/1995, siempre que la

conurrencia de las mismas quede acreditada en el expediente de solicitud de asilo, como es el caso, al igual que en el artículo 125 del Real Decreto 557/2011, que contempla expresamente la autorización por razones humanitarias en los términos previstos en los artículos 37.b) y 46.3 de la Ley 12/2009. En consecuencia, la Audiencia autoriza la permanencia en España por razones humanitarias a D^a. Mercedes.

5. PROBLEMAS PRÁCTICOS Y APLICATIVOS QUE RESUELVE EL REGLAMENTO DE 2011

INTRODUCCIÓN

En este apartado se analizará la medida en la que el nuevo Reglamento ha dado respuesta a las inquietudes que las Oficinas de extranjería tenían en relación a la aplicación del Reglamento anterior. Se intentará determinar si este Reglamento ha cumplido con las expectativas que seguro creó para quienes encontraban dificultades a la hora de interpretar los preceptos de la norma reglamentaria anterior. No en vano, el propio Real Decreto 557/2011 establece en su exposición de motivos que la norma, entre otras cosas, aspira a solucionar las necesidades de las Oficinas “...*pretende tener en cuenta la ya dilatada experiencia de las Oficinas de Extranjería*”.

RECURSOS ECONÓMICOS CONCRETOS

Los responsables de las Oficinas visitadas hacían alusión a la necesidad de que la norma fuera desarrollada, en algunos aspectos en los que el Reglamento de 2004 se quedaba en lo superficial. Concretamente en cuanto a los recursos económicos a acreditar para ser autorizados, donde la falta de precisión dejaba paso a la discrecionalidad. En este aspecto el Reglamento de 2011 ha llevado a cabo una importante evolución, estableciendo en distintos procedimientos y con precisión los recursos económicos, necesarios para permanecer en España. Se pedía desde alguna Oficina que en el tema de la solvencia económica se determinaran cantidades en relación al salario mínimo interprofesional y el Reglamento de 2011 lo ha hecho, pero de acuerdo al IPREM. De modo que dicho índice se toma como referencia en la residencia temporal o en la reagrupación familiar.

Esta aportación del nuevo Reglamento supone un gran alivio para las Oficinas puesto que, con motivo de la falta de regulación en este sentido en el Reglamento anterior, ellas mismas atendiendo a su “sensibilidad social”, establecían criterios para determinar la capacidad económica y, así por ejemplo, en una provincia concreta se tenían en cuenta las cifras estadísticas de ingresos medios de una familia en su Comunidad Autónoma, mientras en otra, la solución pasaba por añadir cantidades al salario mínimo o buscar la renta “per capita” en los países de origen de los extranjeros dependientes de los reagrupantes y añadir cantidades a dicha cifra.

Siendo esto una solución por provincias, el resultado era una gran falta de seguridad jurídica a todas luces. Se puede comprender tras escuchar diferentes relatos, uno por solución, el grado de necesidad en el que las Oficinas se encontraban para tener que adoptar este tipo de decisiones que hacía titubear hasta a sus propios responsables sobre su “regularidad”, siendo en ocasiones los jueces de lo contencioso en sus sentencias, quienes finalmente resolvían sus dudas. Y es que la solución válida para que no se produjeran arbitrariedades pasaba por incluir un contenido homogéneo de los requisitos económicos necesarios para obtener distintas autorizaciones en una norma estatal, como es ahora el caso, afectando el Reglamento a todos por igual.

La clarificación de los requisitos económicos, constituye un asunto importante que ha resuelto el Reglamento. Y lo es porque está relacionado con autorizaciones cuya tramitación constituye un gran volumen del total de los expedientes realizados en esta materia (residencia temporal, trabajo, arraigo, reagrupación familiar). Otro aspecto que seguro ha mejorado de forma colateral es el colapso de la red que conectaba a las Oficinas y Dependencias, con las Administraciones encargadas de responder a todas las dudas que originaba la aplicación del Reglamento de 2004.

CAMBIOS EN LA ORGANIZACIÓN. AGENCIA

La mayoría de nuestros entrevistados estimaron que los cambios en la organización de extranjería serían la solución a muchos de sus problemas, y en particular, el cambio que traería consigo la creación de una Agencia con la que se obtuviera una gestión centralizada desde un único órgano dependiente de un único Ministerio, evitando, así,

interferencias. Es curioso que prácticamente todas las dificultades que se planteaban en la aplicación del Reglamento de 2004, podrían, en opinión de muchos de los responsables de las Oficinas, ser solucionados con su sola creación.

Puede que sea más fruto del deseo que de la realidad pero la asociaban a múltiples mejoras: en la homogeneidad necesaria en la interpretación de preceptos concretos; en la incorporación de nuevo personal allí donde se considerara necesario; en la realización de guías de procedimientos en aras a la uniformidad (puesto que desde la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración o desde las Direcciones Generales no se habían hecho y esto había provocado la confección de sus propias guías); o en la coordinación de las funciones de las distintas Administraciones que participan en la gestión de este fenómeno consiguiendo una mejor comunicación entre los Ministerios entre sí, entre los Ministerios y oficinas (para, entre otras cosas, hacerles participes de los eventuales desarrollos normativos y reformas) y entre órganos de distintas Administraciones, incluidos las locales.

Los que abogaban a favor de esa pócima quita-problemas llamada Agencia, recordaban que otras experiencias semejantes han obtenido buenos resultados (Tesorería de la Seguridad Social, Instituto Nacional de Empleo, Instituto Nacional de la Seguridad Social, Gerencia de Informática o Agencia Tributaria). De todos es sabido que no hay nada que incremente más la soberanía que una tesorería propia. De hecho algunos de nuestros interlocutores ya reconocían que la futura Agencia no puede considerarse como el remedio por sí misma, y que lo más importante, son los recursos materiales y humanos con los que ésta se dote.

Lo cierto es que algunos de los fallos que la Agencia vendría a reparar, si no los corrige del todo, el Reglamento de 2011 al menos los atenúa (fomenta la coordinación de las Administraciones Públicas, concreta los requisitos económicos para ciertas autorizaciones...etc.), pero quedan otros asuntos que sí dependerían del presupuesto de una Agencia para cuya creación corren malos tiempos. Y es que algunas quejas en las Oficinas aludían a la falta de autonomía y exceso de dependencia de éstas respecto de la Subdelegaciones del Gobierno, pensando que si existiera la Agencia, el grado de independencia aumentaría y no tendrían que coger el teléfono cada vez que necesitaran incluso productos de papelería.

Sin embargo, hoy por hoy, la Administración de Extranjería debe continuar sin la inestimable ayuda de la idolatrada Agencia, y teniendo en cuenta el panorama económico y de recortes que preside la vida administrativa en nuestro país, parece que seguirá constituyendo una quimera durante un tiempo.

ARCHIVOS

Nos llamó la atención el volumen de archivos con los que contaban las Dependencias que visitamos y las dificultades de acceso a ellos. A veces es tal la cantidad que resulta imposible mantener todos ellos en el espacio físico en el que las Oficinas realizan su trabajo diario. Las formas en las que van parcheando esta dificultad son variopintas: desde el encargo a una empresa privada de su almacenamiento, pasando por el acopio en distintos pisos del edificio por procedimientos, hasta la ubicación de los mismos en una nave de un polígono industrial a la que acuden diariamente (con el menoscabo de personal que eso supone). Y ya el caso más llamativo, es el de la Subdelegación del Gobierno en Madrid cuyos archivos se almacenan en la vecina ciudad de Toledo.

En lo que todos estaban de acuerdo es en la pérdida de tiempo que el acceso a ellos supone para las Oficinas. No es un problema fácil de solucionar por muchos Reglamentos que se dicten, aunque, no cabe duda que la mayor informatización que contiene la nueva regulación posibilitará considerablemente, la tarea de acceso a ciertas partes de los expedientes.

INFORMÁTICA

La informática ha sido un instrumento tan apreciado como demandado por las Oficinas. Sus excelencias son reconocidas por parte de nuestros contactos en la Administración de extranjería, pues habiéndose servido de la telemática en momentos como el proceso de normalización (en el que se disfrutó de la coordinación que supone el acceso a otras bases de datos), reclamaban la implantación de una herramienta semejante en la gestión ordinaria de procedimientos, pues en aquellos momentos proporcionó una agilidad que echan de menos en la gestión cotidiana.

No sólo añoraban tiempos mejores, apreciaban las ventajas de la informatización también por las dificultades que les causaba su ausencia. Se pusieron de manifiesto las dificultades que les provocaba el trabajo simultáneo con dos bases de datos diferentes y conectadas, afectándoles el colapso de la base de datos de la Policía que les impedía grabar expedientes durante días. Además esa interconexión producía otros problemas y errores. Las complicaciones también tenían su origen en la conexión informática con los Consulados con los que, al ser ésta deficiente (sobre todo con los del África subsahariana), dificultaba el conocimiento de la tramitación de los visados.

El nuevo Reglamento recoge, como uno de sus motivos, la simplificación en los procedimientos, que pretende conseguir, entre otras cosas, con la introducción de las nuevas tecnologías y de la tan demandada aplicación informática común “...*permitirá la integración de las distintas fases procedimentales y su gestión por parte de las distintas Administraciones con competencia en la materia...*”. También el Reglamento facilitará la relación de los ciudadanos extranjeros con la Administración a través del acceso electrónico a los servicios públicos. Es de esperar que las buenas intenciones en relación a la informatización en el Reglamento respondan a todas las demandas citadas y contribuyan a la celeridad y seguridad jurídica que vienen de la simplificación.

LOS MISMOS DERECHOS PARA LOS ESPAÑOLES Y EXTRANJEROS

Cuando planteamos la pregunta de si el Reglamento permitía disfrutar a extranjeros y españoles de los mismos derechos procedimentales, algunas respuestas fueron negativas aunque en ningún momento las razones fueron que la norma tuviera tintes discriminatorios, sino que en la práctica y por circunstancias especiales a veces no era compatible ofrecer los mismos derechos a unos y otros. Se recordó que la excepción de exigencia de presentación personal de solicitudes queda relativizada en el Reglamento de 2004 con la exigencia de dicha presentación (introducida por la reforma de la Ley Orgánica 14/2003). Ahora el nuevo Reglamento, como consecuencia de la aplicación de la Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos de 2007, la presentación se puede hacer también vía electrónica por lo que las posibilidades de discriminación disminuyen.

Desde luego, todos estaban de acuerdo en que los derechos durante la tramitación del procedimiento de nacionales y extranjeros deberían ser los mismos (incluso se debería contar con un especial celo en el trato de personas con carencias en cuanto a su capacidad para desenvolverse en un país que no es el suyo en relación al conocimiento de la Administración, el idioma o las costumbres), pero los medios materiales y humanos no son los mismos si nos ceñimos al ámbito de la extranjería.

Esto ocurría por ejemplo, a la hora de acceder al expediente en las Oficinas de extranjería donde existe un gran volumen de procedimientos. El nuevo Reglamento, ahora por medio de las nuevas tecnologías, permite una mayor transparencia y conocimiento del procedimiento no presencial. El uso generalizado de la informática, como hemos visto, viene a constituir también una panacea (como la Agencia) que puede solucionar varios problemas a la vez.

AUTORIZACIÓN POR ARRAIGO

Desde las Oficinas se solicitaban mejoras en la regulación de los arraigos. El nuevo Reglamento completa esta regulación añadiendo un nuevo tipo de arraigo, el arraigo familiar y concretando aspectos de los arraigos ya existentes, además de rebajar el periodo laboral acreditable para obtener la autorización por esta razón.

VIVIENDA ADECUADA

La consideración de si es habitable y está preparada para ser ocupada, es otro de los aspectos que en las Oficinas suscitaba dudas sobre los requisitos a cumplir por la vivienda para que se pudiera otorgar un permiso de residencia por reagrupación familiar. Existía, por tanto, también cierto riesgo de discrecionalidad puesto que desde las Oficinas se interpretaba la norma de formas diferentes y esas interpretaciones se incluían en guías internas orientativas. Sigue sin establecerse dentro del Reglamento la exactitud del valor de las referencias mínimas de las que debe constar un informe de vivienda adecuada (título de habilitación, número de habitaciones, uso de dependencias, número de personas que la habitan y condiciones de habitabilidad y equipamiento), por lo que es posible que siga suscitando dudas en las Oficinas.

Lo que sí ha cambiado es la titularidad de la emisión del informe, puesto que hasta ahora lo hacían los Ayuntamientos y en el nuevo Reglamento se establece la obligatoriedad de su realización a las Comunidades Autónomas. Sólo lo harán los Ayuntamientos si así lo establece la Comunidad Autónoma poniéndolo en conocimiento de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración. No sé entiende bien el cambio en este punto concreto, puesto que sería más sencillo si se trata de certificar aspectos como los citados (número de habitaciones...) y atendiendo al principio de subsidiariedad que lo hiciera el Ayuntamiento ahorrando tiempo y esfuerzos.

SIMPLIFICACIÓN DE PROCEDIMIENTOS

Desde las Oficinas se pedía en ocasiones, ya no sólo la simplificación de los procedimientos sino incluso la desaparición de algunos de ellos. Proponían concretamente la eliminación del permiso de trabajo para los reagrupados y efectivamente así lo recoge el último desarrollo reglamentario de la Ley de Extranjería. En el apartado cuarto del artículo 48 de la norma se establece, acorde con la reforma de 2009²²⁴ de la Ley, que quienes sean titulares de la autorización de residencia por reagrupación familiar, bien sea el cónyuge o persona que mantenga una relación análoga a la conyugal, o bien sean los hijos del reagrupante (si se encuentran en edad laboral), tendrán, sin necesidad de pasar por la tramitación de otro procedimiento, la autorización para trabajar. Y lo podrán hacer en todo el territorio español y en cualquier actividad por cuenta propia o ajena.

En la nueva regulación algunos procedimientos se han ampliado y se han creado procedimientos nuevos. Sin embargo, se puede decir que se clarifican, ya que en muchas ocasiones las ampliaciones han servido para concretar aspectos que no estaban claros y suscitaban dudas (como hemos visto en las mejoras introducidas por el Reglamento referentes a los criterios para determinar capacidades económicas), que facilitan el trabajo en las Oficinas y a su vez hacen más comprensibles los pasos a seguir a los extranjeros o a quienes colaboran con ellos en este contacto con la Administración.

²²⁴ Artículo 19 de la Ley Orgánica 4/2000.

PAREJAS DE HECHO

En algún momento de nuestras reuniones se hizo alusión a la necesidad de incluir en el Reglamento por el que se preguntaba a las parejas de hecho, dada la falta de equiparación de las mismas con los matrimonios. Pues bien, teniendo en cuenta la pérdida de derechos que ese hecho conllevaba, el nuevo Reglamento incluye también a las parejas de hecho. En la nueva regulación de la reagrupación familiar, fruto asimismo de la última reforma legal operada, se establece que podrá reagruparse también a las personas que mantengan con el reagrupante una relación análoga a la conyugal, que pueden demostrar a partir de registros preferencialmente.

CONTRATACIÓN COLECTIVA DE TRABAJADORES EN ORIGEN

El Contingente era el nombre con el que se conocía, en el Reglamento de 2004, a la actual Gestión colectiva de contrataciones en origen. En la aplicación del antiguo Contingente, las Oficinas dudaban de su eficacia por la falta de correspondencia entre lo solicitado por los empresarios y la demanda de trabajo. Lo cierto, como ya hemos recordado a lo largo del trabajo, es que los empresarios prefieren contratar personas concretas y eso lo hace, aún, mucho menos operativo como instrumento de gestión de permisos de trabajo.

Se han cambiado algunos aspectos en el nuevo Reglamento pero a simple vista no parecen suficientes para afectar en gran medida a la funcionalidad de la nueva Contratación. Ahora ya no se lleva a cabo por Acuerdo del Consejo de Ministros sino por Orden Ministerial del Titular del Ministerio de Trabajo e Inmigración (Ministro de Empleo y Seguridad Social en la actualidad). También se ha añadido la participación de empresarios en la selección si así lo solicitan. Y si las Administraciones de los países de salida y entrada lo piden, podrán participar miembros de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de ambos países.

Continúa, como en el Reglamento anterior, la implicación de la Comisión Laboral Tripartita y la Comisión Interministerial de Extranjería, sin embargo, con motivo de la

reforma de la Ley de Extranjería en 2009²²⁵, la norma ya no se refiere al Informe del Consejo Superior de Política de Inmigración.

FRAUDES EN LAS AUTORIZACIONES DE TRABAJO

En nuestras reuniones pudimos escuchar quejas sobre la regulación de las autorizaciones de trabajo, en concreto sobre la incapacidad de dicha regulación para evitar fraudes como la constitución de empresas creadas para servir de tapadera a ofertas de trabajo simuladas que permitieran a sus titulares obtener un permiso de residencia. Como el Reglamento no lo sufragaba, entendían desde las Oficinas, que era imprescindible mayor colaboración de la inspección de trabajo, ya que de no ser así, este problema se convertiría en otro de los ingredientes necesarios para que se produjeran retrasos en la resolución de los procedimientos.

Retrasos, por supuesto, debidos a los esfuerzos que las Oficinas tienen que emplear en evitar la simulación, sin tener claro, por cierto, si es o no de su competencia comprobar que la oferta de trabajo responda a necesidades empresariales reales o a un fraude. Es decir, si las funciones de las Oficinas deberían limitarse a la tramitación de las solicitudes, o van más allá (incluyendo la comprobación de la existencia real del trabajo). Parece ser que el apartado noveno del artículo 261 el Reglamento vigente se lo intenta poner más fácil para comprenderlo, si bien sigue siendo un control a posteriori, cuando establece las funciones que le corresponden a las Oficinas *“tendrá la función de comprobar que se mantienen las condiciones que motivaron la concesión de la autorización”*.

En el nuevo Reglamento, en el apartado séptimo del artículo 70 o en el primero del artículo 173, se establece la vinculación necesaria de la eficacia de la autorización inicial de residencia y trabajo al alta en la Seguridad Social. De este modo se evitarán legalizaciones irregulares pero no se evitará que los inmigrantes sigan siendo engañados por personas sin escrúpulos que crean “empresas fantasma” y solicitan de los mismos una cantidad de dinero para solucionar sus papeles, por ejemplo, vía reagrupación familiar o arraigo.

²²⁵ Artículo 68.2 de la Ley de Extranjería redactado por la Ley Orgánica 14/2003 y en el que, tras la reforma por Ley Orgánica 2/2009, desaparece el Consejo Superior de Política de Inmigración.

VISADOS

Se proponía, en la línea de la simplificación, que el visado en el pasaporte hiciera las veces de la Tarjeta de Identidad de Extranjero y se ha dado un paso en este sentido. En el apartado segundo del artículo 173 (en la regulación de la Contratación colectiva de trabajadores en origen) se prevé la excepción de la obligación de obtener Tarjeta de Identidad de Extranjero en caso de autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada para obra o servicio cuya vigencia sea igual o inferior a seis meses, que es la duración máxima del visado.

Además se señalaba otro problema puntual en relación al retraso en la concesión de visados por los Consulados, especialmente en los países africanos. Los visados se conceden tarde, una vez han transcurrido los plazos máximos, por lo que después no queda más remedio que reiniciar el procedimiento. Las previsiones del Reglamento vienen a solucionar la interconexión y coordinación necesaria entre los Consulados y las Oficinas de extranjería, comunicándose por vía telemática con la implantación de la aplicación informática común.

PROCEDIMIENTO DE EXPULSIÓN

Había dificultades de interpretación en relación con las expulsiones, concretamente, cuándo cabe la sanción de expulsión en lugar de la multa, o al contrario. Parece ser que no hay acuerdo, en este sentido, entre la Administración y los Juzgados contencioso-administrativos²²⁶. De tal manera que ahora ocurrirá lo mismo porque la única receta es aplicar el principio de proporcionalidad como principio básico del Derecho administrativo en el régimen sancionador.

²²⁶ Como muestra de estas discrepancias, la Sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo número 1 de Alicante, de 1 de diciembre de 2008. En ella se admite el recurso presentado y se impone, en lugar de la expulsión dictada por la Administración, una multa.

6. RECOMENDACIONES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO

INTRODUCCIÓN

Es lógico que parte de las reclamaciones que los ciudadanos extranjeros hacen ante la Institución del Defensor del Pueblo coincidan en muchas ocasiones con las lagunas e incorrecciones que se extraen de la valoración del Reglamento. Al fin y al cabo, ellos disfrutan o padecen la calidad de las normas que se aplican para regular sus intereses. Es pronto para saber cuán eficaz ha resultado para los ciudadanos extranjeros esta nueva norma por la corta vigencia de la misma, pero los Informes del Defensor del Pueblo pueden orientar sobre su grado de aceptación.

El Informe de 2011, dado a conocer en marzo de 2012, contiene Recomendaciones de un tinte más bien general y referidas en su mayor parte a la aplicación del Reglamento anterior, puesto que el vigente entra en vigor el 30 de junio de 2011. Las Recomendaciones hechas en 2011 van principalmente dirigidas a solucionar aspectos relacionados con la actuación de la Administración y a la petición de modificación de normas. En el Informe de ese año, desde la Institución, se celebra que se hayan producido reformas legales e importantes modificaciones en procedimientos administrativos tras sus anteriores Recomendaciones. El Informe de 2012, de reciente evacuación (27 de febrero de 2013), redunda en aspectos planteados por el Informe anterior y plantea nuevas cuestiones.

AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA

Una queja recurrente ha sido la de los ciudadanos con residencia legal a los que se ha denegado la entrada por no tener, según la policía, acreditada la residencia. Dichas denegaciones han sido constatadas por el Defensor del Pueblo. Se trataba de personas que teniendo autorización de regreso, su solicitud de renovación de autorización de residencia aparecía denegada en la base de datos policial, pero sin haberse notificado la resolución que contiene la denegación de dicha renovación. Por ello, se ha recomendado a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras que no denieguen la entrada a quienes se encuentren en esa situación, puesto que por no estar notificada la denegación de autorización de residencia y trabajo, no puede desplegar sus efectos.

Han continuado las quejas en relación a las denegaciones de visados por reagrupación familiar por considerar, los Consulados, que el hecho de que otros miembros de la familia permanezcan en el país de origen no es compatible con el objetivo de la reagrupación familiar. Se ha recordado que ninguno de los apartados del artículo 17 de la LO 4/2000 establece la obligatoriedad de que el extranjero reagrupante deba reagrupar a su cónyuge e hijos de manera simultánea.

La Institución se congratula de la inclusión en el nuevo Reglamento del arraigo familiar como forma de acceder a la residencia por parte de los padres de menores españoles. Esta cuestión había sido objeto de numerosas sugerencias por parte del Defensor del Pueblo.

También se felicita con motivo de la reforma que se lleva a cabo en la Ley de Extranjería por la LO 10/2011 que permite las ciudadanas extranjeras en situación irregular, que hayan sido víctimas de violencia de género acudir a la policía y denunciar sin miedo a que se inicie un procedimiento de expulsión su contra. El Defensor del Pueblo ya venía denunciando la situación por la que pasan estas víctimas desde 2004. No obstante desde la Institución se considera que se ha de seguir avanzando para lograr el objetivo de que ningún ciudadano extranjero en situación irregular, que sea víctima de cualquier tipo de delito, sienta temor a interponer una denuncia en España.

Se solicita también por parte del Defensor del Pueblo información sobre posibles actuaciones tendentes a la implantación de un Registro de Parejas de Hecho o Uniones de Hecho de ámbito estatal para posibilitar la autorización de residencia a parejas de hecho en los municipios en los que se han suprimido los registros municipales de Uniones Civiles.

Por otra parte, la crisis económica también está influyendo a la hora de demostrar el cumplimiento de los requisitos económicos por parte de trabajadores extranjeros y sus familias para la renovación de sus autorizaciones de trabajo y residencia. El artículo 186.1 del Reglamento de Extranjería prevé que para la concesión de una autorización de residencia a los menores no nacidos en España, hijos de residentes legales, habrá de

acreditarse que sus padres o tutores cumplen los requisitos de medios económicos y alojamiento exigidos en el Reglamento para la reagrupación familiar.

Con motivo de una queja recibida se ha podido comprobar que la aplicación estricta de estos requisitos pueden provocar situaciones no queridas por la norma, al ser contrarias al interés superior del menor *“Se han realizado intervenciones para que las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, en situaciones en las que no se cumplen los requisitos mínimos exigidos pero donde concurren circunstancias familiares especiales, avaladas por informe de los servicios sociales de la comunidades autónomas o ayuntamientos correspondientes, estudien cada caso pormenorizadamente con el fin de llegar a la concesión de una autorización de residencia en aras del interés del menor”*.

INVITACIÓN

Una de las mejoras producidas tras la intervención de la Institución, ha sido la Instrucción dictada por la Comisaría General de Extranjería y Fronteras aclarando los requisitos para formular solicitudes de carta de invitación a favor de ciudadanos extranjeros por motivos turísticos, pues en 2011 había habido quejas respecto a que las distintas Comisarías de policía exigían requisitos diferentes y algunos que incluso no aparecían en la Orden. Por todo ello, se ha establecido una actuación común y se prohíbe expresamente la exigencia de aportar copia del documento nacional de identidad del invitante.

MENORES

De una investigación abierta en 2010 respecto de polizones en el puerto de Valencia que decían ser menores, se comprobó, tras las pruebas para la determinación de la edad, que no lo eran²²⁷. La policía lo puso en conocimiento del Ministerio Fiscal pero cuando ya se habían realizado las pruebas. El Defensor del Pueblo le recordó a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras que para cumplir con la normativa el deber legal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en presencia de menores

²²⁷ Vid. LAFONT NICUESA, L.: “La determinación de la edad del menor extranjero: pasaporte contra pruebas médicas”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n. 24, 2010, pp. 173-186.

indocumentados (si se duda de la edad) es ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal²²⁸, además de la ayuda de intérprete en el caso de que no conozcan nuestro idioma.

En lo que se refiere a menores no acompañados, al Defensor del Pueblo le preocupa la determinación de la edad de quienes se duda que lo sean. Para ello la Institución ha contactado con expertos en Medicina Legal y tras estas reuniones, se inició un estudio en profundidad de la situación, que derivó en la presentación del Informe monográfico “*¿Menores o Adultos? Procedimientos para la determinación de la edad*» y que fue entregado a las Cortes Generales en septiembre de 2011. Queda pendiente para el Informe de 2012 la reacción de todas las Administraciones Públicas, pues a ellas se les ha enviado para que lo apliquen en estos casos. En 2011 las quejas sobre el tema de la determinación de la edad han sido constantes y en el Informe de 2010 ya se reflejaba.

En cuanto a la determinación de la edad, en el Informe de 2012 se determina que de las cuarenta y una recomendaciones formuladas, la mayoría han sido aceptadas, aunque no ha transcurrido tiempo suficiente para poder determinar su impacto en la práctica administrativa. Diez de ellas continúan en tramitación en la fecha de elaboración de este último Informe. Lo que más preocupa a la Defensoría, en este sentido, es que no se haya publicado el Protocolo Marco de Menores Extranjeros no Acompañados, puesto que su ausencia provoca “*importantes deficiencias y falta de coordinación entre los distintos organismos de la Administración con competencias en la materia*”, y de esta manera, se aconseja su pronta finalización.

En cuanto a la tutela de los menores extranjeros no acompañados, el Defensor del Pueblo avisa de que no se cumple el plazo de tres meses como máximo de de internamiento en el Centro previo al otorgamiento de la tutela, pues, alegando que el menor se encuentra protegido, permanece allí durante más tiempo. Piensa esta Institución al respecto, y así lo hace también la Fiscalía General del Estado tras un encuentro de los Fiscales especialistas en menores, que pueden verse menoscabados otros derechos como son el de la residencia legal a la que tiene derecho. Señalan que la guarda de hecho o tutela provisional no se puede prolongar sine die, considerando

²²⁸Artículo 35 de la Ley de Extranjería (en los términos fijados en la Circular 2/2006 y la Consulta 1/2009, de la Fiscalía General del Estado).

prudencial el plazo tres meses para la constitución de la tutela. Sin embargo, denuncian, hay un significativo número de Comunidades Autónomas que incumplen dicho plazo.

La Institución recuerda en el Informe de 2012, a las Delegaciones del Gobierno, la necesidad de no extinguir la autorización de residencia de los menores una vez hayan alcanzado la mayoría de edad y tras haber sido tutelados por la Administración (alegando no cumplir las circunstancias que sirvieron de base a su concesión), a tenor de lo previsto en el artículo 197 del Real Decreto 557/2011 que dispone la renovación de estas autorizaciones “*concluida su vigencia, previo cumplimiento de los requisitos fijados*”.

El Defensor del Pueblo valora la nueva normativa en materia de extranjería que pretende dar eficacia real al Registro de Menores Extranjeros, inoperativo hasta ahora por su inadecuada gestión. Debe contener los datos del menor, el decreto del Ministerio Fiscal con la edad y la resolución firme de repatriación. También debe incluir el registro de los traslados del menor entre Comunidades Autónomas para que no se produzcan duplicidades como hasta ahora. Se considera de gran importancia la coordinación con la Fiscalía General del Estado.

En visitas a centros realizadas (entre otros Gran Canaria) para establecer cuáles pueden ser sus necesidades, se observa falta de actividades deportivas, y otras deficiencias que van desde las instalaciones, hasta, incluso, la comida. La respuesta desde el Centro es que no hay presupuesto. Se llega a hablar incluso del cierre de algún centro de menores (Ceuta en concreto).

CENTROS DE ESTANCIA TEMPORAL DE INMIGRANTES

En cuanto a la entrada por puestos no habilitados, se hicieron dos visitas a los centros temporales de internamiento de extranjeros (primero a Melilla y luego a Ceuta). En 2010 se hace el Informe de Melilla y en él se expone que se estaban haciendo obras de ampliación para la adaptación del centro por la sobreocupación. En 2011 se ha procedido a la reorganización y se ha puesto en marcha el programa de prevención, detección y tratamiento de víctimas contra la trata de seres humanos, solicitado por esta Institución. En Ceuta, la visita se realizó en 2008, y se vio la necesidad de hacer

módulos familiares porque, aunque la pretensión de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes es llevar a estos grupos a la península, finalmente pasan mucho tiempo en el Centro. También se inicio otra investigación en 2011 con motivo de la aparición de una noticia sobre una reyerta acaecida con motivo de la sobreocupación.

A finales del año 2012 se han realizado nuevas visitas a las instalaciones de estos centros, apreciándose que los módulos habilitados como dormitorios no cumplen los requisitos imprescindibles para servir como alojamiento residencial. Se ha comprobado asimismo que el tiempo de estancia, si bien se ha reducido, no lo ha hecho lo suficiente puesto que sigue siendo elevado. En el Informe de 2012 se sigue denunciando la sobreocupación y las condiciones en las que viven familias enteras en el centro de estancia temporal para inmigrantes de Melilla, determinando que las obras, aconsejadas por la Institución y llevadas a cabo, no han cubierto las expectativas. A partir de la visita al centro de Ceuta se proponen medidas para la prevención y detección de trata de blancas, así como la implantación de formación profesional.

CENTROS DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS

En 2010 y 2011 asesores de la Institución, adscritos a la Unidad del Mecanismo de Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (MNP), visitaron varios Centros, entre ellos, Algeciras Barcelona, Madrid, Málaga, Murcia, Valencia o Tarifa (Cádiz).

En 1987 el Tribunal Constitucional estableció la constitucionalidad de la privación de la libertad de un extranjero por la comisión de una falta administrativa siempre que esté sometida a un control judicial y que la decisión del internamiento se haya adoptado por resolución judicial motivada. El Defensor del Pueblo ha querido comprobar la efectividad de ese control judicial y recordar a la Administración que estos Centros no tienen carácter penitenciario, por lo que se ha de extremar el celo a la hora de regular las condiciones de vida de las personas internas. La Disposición Adicional tercera de la LO 2/2009, de 11 de diciembre, dio al Gobierno un plazo de seis meses para elaborar un Reglamento que regule el régimen de internamiento. Se insta a elaborar la normativa de

régimen de estos centros con cuidado del rango porque se regulan asuntos que a veces rozan los derechos fundamentales²²⁹.

Las carencias que se han detectado en los Centros, con motivo de esas visitas que el Defensor del Pueblo ha realizado, han sido trasladadas a las Administraciones con competencia. Se ha comprobado como la asistencia social dentro es precaria mientras que es importante la presencia policial cuando debería ser al contrario, la video-vigilancia es parcial y no toda la policía del interior está identificada y controlada. Además se ha constatado la ausencia de criterios uniformes para solicitar el ingreso en un CIE, mezclan extranjeros que, tras salir de prisión, están pendientes de ser expulsados con personas que han sido detenidas por mera estancia irregular. También el Defensor del Pueblo investiga sobre las denuncias de malos tratos dentro de los Centros y, por supuesto, sobre las muertes de internos, que también han ocurrido.

En el nuevo Informe se pone de manifiesto que en junio de 2012, el Ministerio del Interior presentó el anteproyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de estancia controlada de extranjeros, pero que en el momento de la elaboración del Informe (fin febrero de 2013) no se ha publicado. Se han seguido haciendo seguimientos y visitas a estos centros por asesores de la Institución adscritos a la Unidad del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, acompañados de profesionales expertos en sanidad, y sus observaciones serán publicadas en el Informe anual correspondiente a 2012 que presentará el Defensor del Pueblo en su condición de Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. Cabe destacar el cierre del Centro de Internamiento de Extranjeros de Málaga el 8 de enero de 2013.

²²⁹ De momento hay un anteproyecto de Reglamento de los Centros de Internamiento en el que pasarían a llamarse Centros de Estancia Controlada de Extranjeros. El Gobierno tenía intención de aprobarlo aproximadamente entre abril y junio de 2012 pero esto no ha sido posible, entre otras cosas, dado el desacuerdo con muchos aspectos de la norma de las principales organizaciones implicadas en este ámbito, para empezar, con el cambio del nombre de los Centros. Pero con más envidia han mostrado, por ejemplo, discrepancias con la posible y amplia discrecionalidad que se le atribuye al Director del Centro. Todo ello aderezado con una campaña encabezada por el lema "Que el derecho no se detenga a la puerta de los CIE".

EXPULSIONES Y DEVOLUCIONES

Ya en otros informes del Defensor del pueblo, se vio la necesidad de robustecer algunas cuestiones del protocolo de actuación policial en el caso de repatriación y traslado de ciudadanos extranjeros por vía marítima y aérea, principalmente en cuanto a técnicas de contención física. Los procedimientos se sobreesen porque los ciudadanos ya han sido expulsados. Dicen desde el defensor que estarán alertas para que no se produzca uso excesivo de la fuerza en las repatriaciones de extranjeros y continúan con el seguimiento del proceso del extranjero que murió en un traslado en avión en 2007.

Entre las Recomendaciones más destacadas del último Informe se encuentran las relacionadas con la necesidad de mejorar el trato que se les da a los ciudadanos extranjeros en la frontera, dirigidas en ocasiones a evitar que se les impida la entrada de forma arbitraria, y otras veces, a confirmar que se cumplen todas las garantías en los procedimientos de expulsión²³⁰. Entre otras, la disposición de tiempo necesario para recurrir.

VÍCTIMAS DE TRATA

La Ley de 2011 protege más en la línea de las Recomendaciones del Defensor del Pueblo y contribuye a la lucha contra la trata de seres humanos²³¹. Amplía la protección a las mujeres víctimas de trata concediéndoles un permiso de residencia a ellas a sus hijos y a otros familiares. Además, establece la obligación de motivar la denegación del período de reflexión y el derecho a interponer recurso administrativo. Expone los esfuerzos hechos desde la Defensoría y demás Instituciones para proteger a estas personas por lo que se han desarticulado numerosas redes de explotación sexual (también de ciudadanas comunitarias como las rumanas) con especial atención a menores, pero también para la mendicidad.

²³⁰ Vid. LORENZO JIMÉNEZ, J. V.: “La expulsión de extranjeros por permanencia irregular en España: Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n. 20, 2009, pp.201-230 y APRELL LASAGABASTER, M. C.: “Expulsión de extranjeros y control de la discrecionalidad administrativa”, en *RAP*, núm.114, 1987, pp. 253-256.

²³¹ Vid. HERNÁNDEZ CALERO, D.: “Tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n21, 2009, pp. 21-59.

En 2012 se publicó un Informe con los resultados de todo este trabajo²³² y se ha prorrogado durante el mismo año el Plan integral de lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual (en el momento de la realización del Informe de 2012 se estaba a la espera en la Institución de recibir los resultados de dicho Plan). Asimismo se invita a progresar en el tratamiento que se ofrece a las mujeres detenidas cuando son identificadas como víctimas de trata y *“se ha recomendado a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil que se mejore el procedimiento de detección de potenciales víctimas, así como la formación recibida por los funcionarios policiales en esta materia”*. Por otra parte se insta a la promoción de la participación de las organizaciones no gubernamentales especializadas en los procedimientos en los que estén inmersas víctimas de trata. Y se hace hincapié en la consideración prevalente que se debe hacer con respecto de las víctimas de trata de seres humanos menores.

OFICINAS CONSULARES

Las quejas recibidas en el Defensor del Pueblo tienen que ver con la dificultad de comunicación con ellos o incluso, a veces, con el trato recibido por los extranjeros. En particular originan problemas las motivaciones de las denegaciones de solicitudes de visados de estancia y la resolución de los recursos. Se han denegado, por parte de los consulados, visados de residencia por reagrupación familiar de cónyuges de residentes motivando ser matrimonios de conveniencia o falsos.

Se ha recordado las consideraciones hechas en la Jurisprudencia, que impiden que las decisiones de la Oficina Consular se basen sólo en las apreciaciones del cónsul, por lo que esta Institución ha realizado unas sugerencias para que se revoque la denegación de los visados solicitados. También se ha recordado que el consulado debe establecer las razones por las que establece la presunción de matrimonio de conveniencia o fingido y que evite contestar con formulas generales.

Expone el Defensor del Pueblo un caso concreto, que ya se ha solucionado, de un ciudadano de Republica Dominicana al que el Consulado General de España en Santo Domingo le había denegado el visado de cónyuge a pesar de haber aportado el libro de

²³² “La trata de seres humanos en España: Víctimas invisibles”.

familia donde se veía que el matrimonio estaba inscrito. La solución ha venido de la revocación de la resolución y del dictado de una nueva concediendo el visado.

En el Informe de 2012, se recomienda a los Consulados españoles en el extranjero que lleven a cabo instrucciones para que, en los visados solicitados por la pareja de un ciudadano miembro de un país de la Unión Europea, no se exija certificación de las autoridades del país de origen que acredite la estabilidad de la relación de pareja, y también se recomienda que no se requiera a los solicitantes de visados de reagrupación familiar la aportación de la copia del informe de adecuación de la vivienda del reagrupante.

Pero una de las quejas que más se repite en los sucesivos informes, año tras año, es el retraso en la obtención de cita en estas Oficinas, para la tramitación de visados y otras gestiones administrativas, y las dificultades con las que se encuentran quienes quieren arreglar sus papeles. En particular se insiste, a las autoridades consulares, en la necesidad de arbitrar los medios técnicos necesarios para acreditar de forma rápida la situación de residencia de los extranjeros, y así evitar las demoras en la emisión de visados en casos de extravío o sustracción de la documentación que acredite su residencia legal en España.

OFICINAS DE EXTRANJEROS

Con motivo de reclamaciones en cuanto al funcionamiento de algunas Oficinas de extranjería, se hizo una investigación durante el año 2011 (comenzó a finales de 2010), observándose deficiencias en varias de ellas, entre las que se encontraba la Oficina de Barcelona. Se tomaron medidas en cuanto a las demoras que se producían en la resolución de los procedimientos y por lo que se observa desde el Defensor del Pueblo el problema está prácticamente resuelto. Sigue habiendo demoras pero hay más solicitudes resueltas en plazo.

La Oficina se adecúa a la normativa sobre tramitación de quejas y sugerencias por parte de los usuarios y se ha implantado un sistema de cita previa presencial para aquellos ciudadanos que no disponen de acceso a Internet. Además se han producido mejoras en el almacenamiento de expedientes, así como en la custodia de los impresos de

autorización de regreso. Por otra parte, se ha tenido conocimiento del establecimiento de un sistema preferente para la petición de cita previa en solicitudes de residencia de carácter excepcional, como las formuladas por razones humanitarias ante situaciones de enfermedad sobrevenida. Finalmente, se ha comunicado que se está a la espera de realizar una prueba piloto relativa a una aplicación informática que gestionaría electrónicamente y mejoraría la tramitación de la renovación de autorización de residencia y trabajo.

En el Informe de 2012 se analiza el impacto de la creación de nuevas dependencias y también el de la dotación de medios personales y materiales que se les han proporcionado. El resultado de dicha valoración no ha sido el esperado con motivo, también en este caso, de la crisis económica *“Las actuales restricciones presupuestarias no han permitido la dotación de las nuevas dependencias de los medios necesarios, lo que se traduce en dilaciones excesivas en la realización de los trámites que se ven obligados a realizar las personas extranjeras residentes legales, así como los ciudadanos comunitarios y sus familiares”*.

También se determina en el Informe que se ha mejorado mucho el funcionamiento en la Oficina de Madrid en cuanto a incremento de funcionarios y dotación de equipos informáticos que han rebajado el plazo de concesión de algunas citas. Además, en la Oficina de Barcelona se observan mejoras tras la dotación de medios, consiguiéndose en opinión de la Institución, el aumento de la capacidad de almacenamiento de los expedientes y avances en la gestión electrónica de las solicitudes de renovación.

ASILO

Durante el año 2011 se dieron instrucciones a la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil para que, cuando indaguen buscando víctimas de delitos de inmigración ilegal o tráfico de personas, celebren las entrevistas en presencia de abogado. Dicha Dirección ya ha dictado Instrucciones para que así se haga. También desde la Institución del Defensor, se pide un trato especial a los extranjeros en especial situación de vulnerabilidad dentro de los de protección internacional y aún con un mayor celo si se trata de menores. Asimismo desde la Defensoría también se deja constancia de la

necesidad de dictar el Reglamento de desarrollo de la Ley de asilo de 2009²³³ tanto en el Informe de 2011 como en el de 2012.

Se insiste por medio de Recomendación en el respeto al principio de confidencialidad en el procedimiento de asilo, por la seguridad de la persona solicitante de protección internacional. En el año anterior se ha vuelto a comprobar que la Oficina de Asilo y Refugio se resiste a que se presenten solicitudes independientes de asilo en circunstancias en las que parece necesaria tal actuación para salvaguardar los derechos de personas en situación de extrema vulnerabilidad (en los casos en los que se duda del vínculo entre adultos y menores que viajan juntos).

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, de 27 de septiembre de 2012, avala la posición del Defensor del Pueblo de protección a los solicitantes de asilo en todo momento y la obligación de garantizar las condiciones mínimas de acogida de los solicitantes de asilo previstas por la Directiva 2003/9/CE, del Consejo, de 27 de enero de 2003. Preocupa en particular en esta sede, la existencia de importantes demoras en las resoluciones de las demandas de asilo y se solicita premura en las mismas²³⁴.

IGUALDAD DE TRATO

En 2010, se presentaron quejas de 141 asociaciones y de varias organizaciones no gubernamentales sobre los controles de identificación dirigidos a ciudadanos extranjeros en todo el territorio español y dicen las denuncias que por razón de perfil étnico. Por ello se investiga desde la Institución, al respecto, junto con la Dirección General de la Policía. También detecta el Defensor del Pueblo preocupación, en este sentido, por parte de organismos internacionales de los que España es parte.

Entre ellos, el informe sobre España publicado el 8 de febrero de la Comisión Europea Contra el Racismo y Intolerancia de 2011, el informe del Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial correspondiente a España, o el

²³³ Vid. ROMÁN LUJÁN, B.: “La nueva Ley de Asilo”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n.22, 2009, pp. 147-160.

²³⁴ Vid. VIDAL GALLARDO, M.: “Derecho de asilo y protección internacional de la libertad religiosa”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n.30, 2012, pp. 69-98.

Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 17 de agosto de 2009 que declaró que una actuación policial denunciada con motivo de un control de identificación, en el que se usó el criterio racial como indicativo de una mayor probabilidad de que la interesada no fuera española, era contraria al artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que consagra el principio de no discriminación, y condenó al Estado español al pago de una indemnización a la denunciante.

Tras el número de quejas sobre los controles de identificación, se ha hecho una Recomendación a la Dirección General de la Policía para que se elaboren las instrucciones necesarias para erradicar la práctica de estos controles basados en perfiles étnicos y raciales y se arbitren mecanismos de control a posteriori sobre las prácticas de identificación en la vía pública. Se ha seguido investigando, con la Comisaría General de Extranjería y Fronteras con motivo de la interpretación restrictiva que parece que la Policía estaba haciendo de la Circular 1/2010 pues muchos de los denunciantes afirman haber sido detenidos “preventivamente” y trasladados a dependencias policiales, estando documentados, cuando no quedaba acreditada su estancia regular en España. Detención preventiva que para el Defensor del Pueblo no se sostiene valorando la Ley de Extranjería, la LOPSC y la Ley de Enjuiciamiento Criminal y no se justifica, como pretende la Comisaria por indagaciones y procedimientos pertinentes previos a la incoación de un procedimiento sancionador.

El Defensor del Pueblo ha recordado la necesidad de interpretar las normas al respecto, “*con criterios de razonabilidad, idoneidad y adecuación*” al derecho fundamental del artículo 17 de la Constitución. La “detención cautelar” de la Circular de la Policía no reúne, según la Defensoría, los requisitos de necesidad ni proporcionalidad. La única actuación posible sería la formulación de un boletín de denuncia con los datos identificativos del ciudadano que fuera remitido a la autoridad administrativa competente para que, en su caso, abra un procedimiento sancionador como en cualquier otra infracción administrativa. Sólo en el marco de este procedimiento resultaría ajustado a Derecho que el instructor acordase la detención cautelar prevista en el artículo 61.1.f) de la Ley de Extranjería.

Se ha recordado a la Dirección General de la Policía que no se podrán hacer este tipo de detenciones y posterior traslado a las dependencias policiales a ciudadanos, debidamente identificados, si no se dan los presupuestos legales de una detención penal o de una retención para identificación de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero sobre Protección de la Seguridad Ciudadana o bien de una detención cautelar a la que se refiere la Ley de Extranjería.

A la vez se le ha enviado también una Recomendación a la citada Dirección General para que modifique la Circular 1/2010 a fin de que sean correctamente interpretados los supuestos de “detención cautelar” y traslado a comisaría de estos ciudadanos, y cese esta práctica. La respuesta a todo ello, se da por la Dirección General de la Policía en una Circular publicada el 21 de mayo de 2012 donde se prohíben los cupos de detención de inmigrantes y las redadas indiscriminadas. En esta Circular se intenta acabar con las situaciones ambiguas, que podía producir la situación anterior, respecto de la seguridad ciudadana y la garantía de los derechos y libertades.

En el Informe actual del Defensor se establece que ha concluido las actuaciones citadas, pero que estudia *“la posibilidad de interesar al organismo competente la elaboración de un manual de buenas prácticas, de conformidad con los estándares internacionales de derechos humanos, con el fin de supervisar la actuación policial en las identificaciones de ciudadanos con el objetivo último de erradicar prácticas innecesarias, arbitrarias y abusivas”*

7. BALANCE DEL REAL DECRETO DE 2011

¿Supera el Reglamento el test de constitucionalidad?; ¿Mejora los derechos y libertades de los extranjeros?; ¿Se ajusta a los compromisos internacionales suscritos por España?; ¿Ha servido para mejorar la eficacia de los procedimientos?; ¿Fomenta la inmigración legal?; ¿Favorece la integración?; ¿Ha contribuido a resolver las principales necesidades administrativas en esta materia?

¿Supera el Reglamento el test de constitucionalidad?

Sí. Lo supera la Ley a la que desarrolla, puesto que ha aprendido de las correcciones hechas por los Tribunales en momentos anteriores sobre sus normas antecesoras y lo supera el Reglamento que respeta la reserva de Ley. También ha respetado, como lo hizo el Reglamento anterior y así lo avaló el Tribunal Supremo, el trámite de audiencia a las organizaciones y asociaciones interesadas que establecen los artículos 105.a) de la Constitución Española y 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

¿Mejora los derechos y libertades de los extranjeros?

En general y si lo relacionamos con los Reglamentos que le anteceden, mejoran considerablemente los derechos y las libertades de los extranjeros. Se puede hablar de una norma más garantista, sin embargo, alguna de las modificaciones que se han hecho han empeorado la situación de los afectados, como el caso de los ascendientes menores de 65 años a la hora de ser reagrupados. Y desde luego, y con motivo de las correcciones de los Tribunales y las reformas de las normas reguladoras de este fenómeno inmigratorio teniendo en cuenta dichas correcciones, ya no se duda de los derechos de reunión, asociación o tutela judicial efectiva sin distinción.

Se puede decir que en este Reglamento disminuye la posibilidad de actuar discrecionalmente por parte de la Administración y por tanto de mermar los derechos de los extranjeros que pueden verse sometidos a decisiones arbitrarias. Esto se ve claramente en la aportación que hace el Reglamento especificando los medios económicos necesarios para obtener distintas autorizaciones (que era una recurrente reclamación por parte de los aplicadores), como puedan ser la de residencia temporal lucrativa o la de residencia por reagrupación familiar.

¿Se ajusta a los compromisos internacionales suscritos por España?

Sí. De hecho se trata del desarrollo de la Ley Orgánica 4/2000 tras la reforma en 2009 que transpone varias e importantes Directivas, entre las que se encuentran por ejemplo las relativas a los permisos para personal altamente cualificado, para realizar voluntariado o para las víctimas de trata de seres humanos. El Reglamento también

hereda modificaciones ya hechas en el Reglamento de 2004 incluso antes de la asunción en la Ley de las Directivas.

¿Ha servido para mejorar la eficacia de los procedimientos?

Sí. Aunque, en este sentido quedan cosas por hacer, y en su mayor parte se refieren a la incorporación del Derecho administrativo a los procedimientos de extranjería. No obstante se puede afirmar que este Reglamento es más eficaz que sus precursores. Se posibilita el uso de los registros previsto en la Ley 30/92 y en la de Ley de Acceso Electrónico a los Ciudadanos en las renovaciones, aunque en otros casos se sigue exigiendo la utilización del registro competente para hacer las solicitudes (facilitando la labor administrativa). En general, la previsión del uso de medios electrónicos debería convertir procedimientos, caracterizados a veces por su lentitud, en rápidos y eficaces.

La eficacia no sólo viene de lo que se establezca en las normas, por eso, en Oficinas concretas, como hemos visto en el análisis de informes del Defensor del Pueblo, se han ampliado las plantillas aumentando la eficacia. La organización junto con el personal y los medios que se pongan en sus manos son fundamentales a la hora de aumentar esta característica en los procedimientos. En nuestro país, la inmigración en la lista de prioridades parece haber disminuido, al menos si tenemos en cuenta que se han relegado a una Secretaría General las funciones de las que anteriormente se responsabilizaba una Secretaría de Estado. La cuestión, sin embargo, son los esfuerzos que se dediquen vengan desde la instancia administrativa que vengan.

En cuanto a la simplificación de los procedimientos, se intenta en algunas ocasiones a lo largo del texto, pero no de una forma general. Lo más importante, en este sentido, es la implantación de la herramienta informática común. También contribuye a la simplificación el hecho de haber completado y perfeccionado los procedimientos, puesto que de ese modo los convierte en más eficaces. Por otra parte el número de procedimientos, cuya disminución se solicitaba, se produce en cierta medida, pues aunque el nuevo Reglamento recoge más procedimientos que el anterior, entre otras cosas, con motivo de la aplicación de la normativa europea, no es menos cierto que desaparece la obligación de tramitar otros, como es el caso del procedimiento necesario

para obtener la autorización de trabajo cuando ya se ha obtenido la autorización de residencia por reagrupación familiar.

¿Fomenta la inmigración legal?

Sí. La regulación de la contratación en origen (anterior Contingente) mejora y también la elaboración del Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura. Además se hace más hincapié en las infracciones y el régimen sancionador para que no se produzcan fraudes. Se establecen más controles para obtener la residencia, como el citado de los ascendientes.

¿Favorece la integración?

En el fondo esta respuesta debe ponerse en relación con el resto de las respuestas, porque si el Reglamento respeta los derechos humanos o la Constitución, si los procedimientos son eficaces, si se han conseguido aportar medios materiales y personales suficientes para mejorar el contacto de los inmigrantes con la Administración, si se ha logrado simplificar la gestión de los procedimientos, si se han incrementado los derechos y libertades de los inmigrantes...etc., todo ello habrá favorecido su integración social.

En esta norma reglamentaria se insiste en la necesidad de acreditar el esfuerzo de integración por parte del inmigrante mediante la certificación de las Comunidades Autónomas o en su caso Ayuntamientos, a veces como un requisito principal, y en otras ocasiones, para complementar la solicitud en defecto de otros requisitos en la obtención de permisos.

Como ya se ha dicho ninguno de los logros que en la gestión de la inmigración se consigan vendrán exclusivamente determinados por una reforma en el Reglamento. Si los inmigrantes que se encuentran en nuestro país, lo están por una buena gestión de los cupos, se integrarán. Si no hay medidas que les discriminen y les hagan pensar que son ciudadanos de otra clase, se integrarán. Por eso, no estamos en el final del camino. Es necesario priorizar la gestión de la inmigración y poner los medios suficientes, en todos los sentidos, para conseguirla.

¿Ha contribuido a resolver las principales necesidades administrativas en esta materia?

No se puede decir que no queden deseos por cumplir pero se ha ido adaptando a las necesidades administrativas que se han ido reclamando desde distintos ámbitos. La informatización ha colaborado a que ya no sea imprescindible la presentación personal en algunos procedimientos en los que no se podía evitar, y en general supone un beneficio el uso de los medios electrónicos y la aplicación informática común. La simplificación también ha sido fruto de de la concretización y aclaración de exigencias procedimentales que daban lugar a confusión y a quejas continuas, como las de los requisitos económicos.

No se puede decir lo mismo de la organización, que es otro factor que debe contribuir a resolver las necesidades administrativas, ya que no ha variado mucho a la hora de procurar una mejor gestión. Apenas se ha tocado la situación de las Oficinas de Extranjería salvo para adjudicarles, sin más articulación, el control del mantenimiento de las condiciones que determinaron la concesión de la autorización.

8. CONCLUSIONES

Primera: La Ley de Extranjería (que ha sido consecuencia de importantes reformas legislativas como las de 2000 y 2003) ha sido desarrollada por los Reglamentos de 2001, 2004 y por el Reglamento objeto de análisis, fruto a su vez, de la última gran reforma de la Ley Orgánica 2/2009. Por ser el heredero de todas esas normas y reformas, el vigente, es el Reglamento más completo.

Segunda: En su elaboración han participado un buen número de organizaciones de índole política, social, económica relacionadas con la extranjería y la inmigración consiguiendo el beneplácito que le otorga una importante legitimidad. Se trata de una norma que contiene una buena motivación primero en su preámbulo, y una buena redacción después en la plasmación negro sobre blanco de esos motivos convertidos en preceptos.

Tercera: La estructura y sistemática no es digna de tanta admiración, sin embargo. Porque adoptando el mismo diseño que el Reglamento anterior cierra la puerta a un planteamiento en dos partes una común a todos los procedimientos y otra especial con lo propio de cada uno de ellos, que podría cooperar a conseguir una mayor simplificación de la norma, y por ende, una mayor comprensión de la misma. No obstante, se ha conseguido, como hemos indicado en la exposición de los problemas planteados por las Oficinas y solucionados por el Reglamento de 2011, la simplificación en otros aspectos como cuando la norma permite trabajar a los familiares reagrupados una vez que han conseguido la residencia (sin necesidad de adquirir la autorización de trabajo posteriormente).

Cuarta: Es un Reglamento que conlleva una gran variedad de novedades y la mayoría beneficiosas para extranjeros y aplicadores de la norma por distintos motivos. Por un lado se trata del reflejo de la trasposición de Directivas que ya contenían las aportaciones que ahora se convierten en nuevos procedimientos o modificaciones de los ya existentes (estancia, residencia temporal y trabajo para investigación y residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una Tarjeta azul-UE, modificaciones respecto a la reagrupación familiar...etc.).

También es reflejo de otras normas comunitarias en relación al tránsito aeroportuario o la estancia (Código Comunitario de Visados). Además, las circunstancias económicas adversas también han colaborado a la incorporación de nuevas medidas y procedimientos como la nueva regulación del retorno voluntario. Asimismo han logrado innovar el texto la protección a distintas víctimas como las de violencia de género o trata de seres humanos, o la intervención de las Comunidades Autónomas sobre las solicitudes de autorizaciones iniciales de residencia y trabajo. Otros aspectos novedosos que se añaden en el texto están relacionados con las modificaciones que introduce, como la extinción para nuevas autorizaciones previstas, o el aumento en las modificaciones de situaciones en las que se va encontrando el extranjero.

Quinta: Se consigue una mayor participación y colaboración entre distintas Administraciones en distintos momentos. No sólo en el caso de las autorizaciones citadas en la conclusión anterior que deben decidir la Administración de la Comunidad Autónoma junto con la de la Administración General de Estado, sino también en la

elaboración de los informes sobre el esfuerzo de integración social de los inmigrantes que deben evacuar las Comunidades Autónomas y los Entes locales, en su caso. También tiene más participación la Comisión laboral tripartita y se potencia la Conferencia Sectorial de Inmigración como principal órgano de coordinación en detrimento del Consejo de política de Inmigración que desaparece del artículo 68 de la Ley Orgánica 4/2000 reformada en 2009²³⁵.

Sexta: Responde los parámetros fijados en la Ley que desarrolla, contribuyendo con sus preceptos a la lucha contra la inmigración ilegal, a una gestión de la inmigración más ordenada, a perseguir el fraude de ley, a la integración, a aplicar el principio de proporcionalidad en cuestiones represivas (sanción de expulsión o multa) o a establecer un plazo de cumplimiento voluntario de la expulsión, las infracciones y sanciones de acuerdo con la ley reformada.

Séptima: Las Oficinas se han visto beneficiadas en el texto analizado puesto que, aunque quedan cosas por hacer, soluciona en unos casos y en otros mejora, aspectos que reclamaban con insistencia. Por un lado, algo en lo que se ha insistido en distintos momentos de este trabajo, se han incluido en el texto del Reglamento los recursos económicos necesarios que desde las Oficinas se tienen que exigir para poder resolver favorablemente distintos permisos.

También se han producido otro tipo de aclaraciones y especificaciones a lo largo del texto que coadyuvan a hacerlo más comprensible, y se han producido algunas simplificaciones importantes como la incorporación de la autorización de trabajo en las autorizaciones de residencia de los reagrupados, que si bien ya se ha considerado en estas conclusiones como beneficio para los inmigrantes, lo es asimismo para las Dependencias por la disminución de trabajo que esto supone. Pero lo que las Oficinas seguro más agradecerán es la puesta en marcha de la aplicación informática común y en general el uso de los medios informáticos que prevé el Reglamento.

Octava: El Defensor del pueblo en el informe de 2011, reconoce algunas de las virtudes de este Reglamento y las reclamaciones hechas en los pocos meses de aplicación. Por

²³⁵ Artículo 68.1 de la Ley 4/2000 tras la reforma por Ley Orgánica 2/2009.

eso dicho informe se refiere más al funcionamiento de las Oficinas, Dependencias, Centros de internamientos...etc. que a la propia aplicación del Reglamento. El informe del año 2012, que se publicará probablemente en marzo de 2013 reflejará sin duda, con más rigor los problemas que, eventualmente, podría haber originado la norma reglamentaria.

Novena: Por la misma razón de la conclusión anterior, todavía no hay un volumen considerable de Jurisprudencia relacionada con este Reglamento, la que hay está más relacionada con la modificación que se hizo del anterior Reglamento por Real Decreto 1162/2009, con motivo de la inclusión en el mismo de la potestad de conceder o no las solicitudes de autorización de residencia inicial y trabajo por parte de las Comunidades Autónomas (y que ahora recoge el nuevo Reglamento), que con aspectos del Reglamento que resulten problemáticos.

Décima: Como se ha apuntado en el test, es una norma más garantista que sus antecesores: se amplía la posibilidad de reagrupación familiar a quienes mantengan con el reagrupante una relación análoga a la conyugal; se disminuye el periodo de tiempo necesario para acreditar la relación laboral en este tipo de arraigo; protege más a los menores acompañados y no acompañados (especialmente en el procedimiento de su repatriación con la intervención del Ministerio Fiscal); aumenta la protección también a las víctimas de maltrato, de trata de seres humanos, de violencia de género, de explotación sexual.

Quinto capítulo

COMPARATIVA DE LOS PROCEDIMIENTOS MÁS PROBLEMÁTICOS, EN CUANTO A LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN, CONTENIDOS EN LOS DOS ÚLTIMOS REGLAMENTOS DE DESARROLLO DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

Quinto capítulo

COMPARATIVA DE LOS PROCEDIMIENTOS MÁS PROBLEMÁTICOS, EN CUANTO A LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN, CONTENIDOS EN LOS DOS ÚLTIMOS REGLAMENTOS DE DESARROLLO DE LA LEY DE EXTRANJERÍA

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CUESTIONES PROCEDIMENTALES: 2.1. PROCEDIMIENTO PARA LA CONCESIÓN DE LA PRÓRROGA DE ESTANCIA (EN EL REGLAMENTO DE 2004 ESTABA REGULADO EN LOS ARTÍCULOS 29 Y 30, Y EN EL VIGENTE, EN LOS ARTÍCULOS 32 A 35, PRÓRROGA DE ESTANCIA SIN VISADO). 2.2. PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN DEL VISADO PARA LA RESIDENCIA TEMPORAL (ARTÍCULO 35 DEL REAL DECRETO 2004 Y ARTÍCULOS 46 A 48 DEL REAL DECRETO 2011, RESIDENCIA TEMPORAL NO LUCRATIVA). 2.3. PROCEDIMIENTO DE RENOVACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA TEMPORAL (ARTÍCULOS 37 DEL REGLAMENTO DE 2004 Y 51 DEL NUEVO REGLAMENTO, RENOVACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA TEMPORAL NO LUCRATIVA). 2.4. PROCEDIMIENTO PARA LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR (ARTÍCULO 42 DEL REGLAMENTO DE 2004 Y 56 DEL REGLAMENTO DE 2011). 2.5. PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DE TRABAJO POR CUENTA AJENA (ARTÍCULO 51 DEL REGLAMENTO DE 2004 Y ARTÍCULO 67 DEL REGLAMENTO DE 2011, EN CONEXIÓN CON OTROS PRECEPTOS). 2.6. PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DE ESTANCIA POR ESTUDIOS, MOVILIDAD DE ALUMNOS, PRÁCTICAS NO LABORALES O SERVICIOS DE VOLUNTARIADO (REGULADO EN EL ARTÍCULO 39 DEL REAL DECRETO DE 2011, ARTÍCULO 87 DEL REAL DECRETO DE 2004 COMO AUTORIZACIÓN PARA INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS). 2.7. PROCEDIMIENTOS DE MODIFICACIÓN DE LA SITUACIÓN DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA (TÍTULO IX DEL REAL DECRETO DE 2004 Y TÍTULO XII DEL REAL DECRETO DE 2011). 2.8. PROCEDIMIENTO PARA LA OBTENCIÓN DEL NÚMERO DE IDENTIDAD DE EXTRANJERO (PREVISTO EN EL ARTÍCULO 101 DEL REGLAMENTO DE 2004 Y EN EL ARTÍCULO 206 DEL REGLAMENTO DE 2011). 2.9. PROCEDIMIENTO PARA LA OBTENCIÓN DE LA

TARJETA DE IDENTIDAD DE EXTRANJERO (ARTÍCULO 105 DEL REGLAMENTO DE 2004 Y ARTÍCULO 210 DEL REGLAMENTO DE 2011). 2.10. PROCEDIMIENTO PARA LA CONCESIÓN DE LA CÉDULA DE INSCRIPCIÓN (ARTÍCULO 107 DEL REAL DECRETO DE 2004 Y ARTÍCULO 211 DEL REAL DECRETO DE 2011). 3. NUEVOS PROCEDIMIENTOS INTRODUCIDOS POR LAS COMPETENCIAS ASUMIDAS POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LAS ÚLTIMAS REFORMAS DE SUS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA. 4. ¿PUEDEN MEJORARSE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN? 5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

En el detalle del régimen jurídico de los procedimientos, que estudiaremos en este capítulo, se observan claramente las dudas y los problemas interpretativos. También se pone de manifiesto la falta de proporcionalidad plena de las soluciones tajantes de la reforma de 2003, en aspectos como la presentación personal o la inadmisión de solicitudes. Pues aunque la excepción en estos puntos de los principios y normas de procedimiento administrativo general pueda estar en parte justificada, y ser por tanto aceptable en términos constitucionales y de teoría general del Derecho administrativo, quizás no lo sea en todo su alcance.

Por un lado se hace necesario solventar el problema de los “mensajes contradictorios” de los preceptos normativos, codificando mejor en el Reglamento el juego de excepciones e inclusiones en materia de procedimiento administrativo. Esto podría lograrse, como proponemos, introduciendo en la estructura del Reglamento una parte general, dedicada al régimen común a todos los procedimientos en materia de inmigración, que resolviera los problemas que veremos son recurrentes, como los relativos a la forma de iniciar los procedimientos, los registros, los trámites a realizar por los interesados...etc. e introduciendo en esa parte general – que también podría ir en la Ley – los matices respecto de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPC)²³⁶.

²³⁶ Vid. SÁCHEZ BLANCO, A.: “Los derechos ciudadanos en la Ley de Administraciones Públicas” en *Revista de administración pública*, Nº 132, 1993, pp. 41-97.

Como veremos, se ha evolucionado en el plano de la aplicación de los principios, como corresponde a una gestión de los procedimientos administrativos en materia de inmigración moderna y respetuosa con los derechos y la posición de las personas afectadas (inmigrantes y empresarios). Se han matizado cuestiones que habían sido planteadas de forma tan tajante tras la reforma de 2003, tanto en lo relativo a la exigencia de presentación personal, como en los puntos de inadmisión de solicitudes y necesidad de utilización del registro del órgano competente para resolver. Porque estas exigencias sólo son aceptables en términos de proporcionalidad, cuando sean estrictamente necesarias, y no parece que lo sean en todo caso.

Se estudiarán a partir de aquí los aspectos procedimentales por su carácter fundamental y problemático en la interpretación y aplicación de los preceptos de los Reglamentos, en concreto en el aprobado por Real Decreto 2393/2004, poniéndolos en relación con los cambios que se han producido con la aprobación del Reglamento actual y deduciendo así las mejoras producidas en la regulación vigente y lo que queda por hacer. Analizando en particular aquéllos procedimientos que, teniendo en cuenta las conclusiones obtenidas en el estudio del Reglamento de 2004 (debidas a la opinión de sus aplicadores, la Jurisprudencia derivada, las Recomendaciones del Defensor del Pueblo, o la opinión de las organizaciones de inmigrantes), ha resultado más difícil llevar a la práctica.

2. CUESTIONES PROCEDIMENTALES

2.1. PROCEDIMIENTO PARA LA CONCESIÓN DE LA PRÓRROGA DE ESTANCIA: EN EL REGLAMENTO DE 2004 ESTABA REGULADO EN LOS ARTÍCULOS 29 Y 30, Y EN EL VIGENTE, EN LOS ARTÍCULOS 32 A 35 (PRÓRROGA DE ESTANCIA SIN VISADO)

El análisis del procedimiento para la concesión de la prórroga de estancia presupone la previa concesión de un visado de estancia (ahora de estancia de corta duración), de acuerdo con el régimen establecido en los artículos 25 a 28 del Real Decreto de 2004 y a los artículos 29 a 31 del Real Decreto de 2011.

En la regulación actual en el artículo 32 desaparece el párrafo “*En los supuestos de entrada con visado, cuando la duración de éste sea inferior a tres meses, se podrá prorrogar la estancia, que en ningún caso puede ser superior a tres meses en un período de seis*” porque ahora se regula de forma separada, en el artículo 34, la prórroga del visado de estancia de corta duración²³⁷. Por lo tanto, el extranjero que ya se encuentra en España, para un período no superior a tres meses, puede solicitar una extensión de ese período, que en ningún caso puede superar los tres meses en un periodo de seis.

El procedimiento a seguir para esta solicitud está previsto en los dos Reglamentos de la misma forma en los artículos 29 y 32, respectivamente. La regulación se divide en seis apartados: el primero se limita a contemplar el objeto del procedimiento; el segundo sus presupuestos documentales; el tercero la identificación personal; el cuarto la competencia para la concesión y las causas de denegación; el quinto el reflejo de la decisión en la documentación del solicitante; y el sexto las resoluciones denegatorias.

Respecto de las exigencias documentales establecidas en el apartado segundo del artículo 29 del Reglamento de 2004 y en el mismo apartado del artículo 32 del Reglamento de 2011, es oportuna a nuestro juicio la referencia a los modelos oficiales determinados por la extinta Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración²³⁸.

Modelos a los que se ordena acompañar los siguientes documentos: a) Pasaporte ordinario o documento de viaje, con vigencia superior a la de la prórroga de estancia que se solicite, que se anotará en el expediente y se devolverá al interesado; b) Acreditación de las razones alegadas para la solicitud, que deberán ser excepcionales, en el supuesto de nacionales de Estados a los que no se exige visado para su entrada en España; c) Prueba suficiente de que dispone de medios de vida (el Reglamento vigente corrige la expresión y opta por medios económicos) adecuados para el tiempo de prórroga que solicita, en los términos que establece el título I; d) un seguro de viaje con la misma cobertura que el necesario para la solicitud del visado de estancia, y con una

²³⁷ Distinta de la prórroga de estancia sin visado, porque en un caso se trata de la ampliación de la estancia para la que ya no hace falta visado porque hay un visado anterior y le permitiría estar de nuevo otros tres meses, y en otro caso, se trata de poder permanecer con el visado con el que se ha entrado hasta el tope de los tres meses que abarca ese tipo de visado estancia de corta duración.

²³⁸ Tras las últimas Elecciones generales en noviembre de 2011 y la formación del nuevo Gobierno, Secretaría General de Inmigración y Emigración.

vigencia igual o superior a la prórroga solicitada; e) Las garantías de retorno al país de procedencia o, en su caso, de admisión en el Estado tercero de destino, con anterioridad a la fecha de finalización de la prórroga que se solicita. Podrá servir como medio para acreditar dicha circunstancia la aportación del billete adquirido a nombre del solicitante con fecha de retorno cerrada anterior a la finalización del período de prórroga de estancia solicitada.

Las posibles dudas interpretativas en relación a las exigencias documentales de este precepto son en su mayor parte las generales que se plantean a lo largo del análisis del desarrollo reglamentario de la Ley de Extranjería. A saber: si cuando se utiliza la conjunción “o” (por ejemplo, aquí pasaporte ordinario o documento de viaje) sólo puede exigirse uno de los documentos referidos; si la acreditación de razones, o cualquier otra explicación que deba dar el solicitante, debe tener una extensión o formato determinado (aquí también cabe la duda sobre la excepcionalidad), y si la acreditación requiere algún soporte documental añadido, por ejemplo manifiestos o certificados de personas públicas o privadas; si la prueba de medios de vida o económicos debe adoptar una forma determinada. Menos duda plantea, por ejemplo, el apartado e), sobre garantías de retorno al país de procedencia, al mencionar como medio más común para acreditarlas el billete cerrado con la fecha de retorno.

La identificación personal ante la Oficina de extranjeros, Jefatura superior o Comisaría de policía de la localidad en que se encuentre es una exigencia prevista en el apartado tercero del artículo 29 del Reglamento de 2004 y en el mismo apartado del artículo 32 del de 2011. En términos por cierto un tanto ambiguos, pues literalmente se establece que esta identificación personal habrá de tener lugar *“...al hacer la presentación de la solicitud o en el momento de la tramitación en que a tal efecto fuera requerido por el órgano competente”*.

De nuevo la conjunción “o” vuelve a suscitar dudas interpretativas, pues no queda claro si la identificación personal puede solicitarse sólo en un momento o en varios, si necesariamente debe haber una presentación personal al formular la solicitud (o si puede presentarse ésta por medio de otra persona), y si el órgano competente para la tramitación puede requerir la identificación personal en cualquier momento del procedimiento. Esta cuestión debería ser despejada con una redacción más clara y

concreta del precepto, y tal vez debería fijarse un único momento de presentación personal, salvo que circunstancias especiales exijan nuevas presentaciones, permitiendo que el resto del procedimiento pueda quedar sustanciado sin esta presentación personal (por ejemplo, a través de otra persona que presente la solicitud o acompañe la documentación que se requiera)²³⁹.

²³⁹ En cuanto a la presentación personal hay que tener en cuenta, no obstante, la modificación que hace la Ley Orgánica 2/2009 en el primer apartado de la Disposición adicional tercera, cuando tras exigir, con la redacción de la reforma de la Ley Orgánica 14/2003, la presentación personal para solicitudes de residencia y de trabajo, introduce el siguiente párrafo “*Reglamentariamente se podrán establecer excepciones a la presentación ante el órgano competente para su tramitación o a la necesidad de presentación personal de solicitudes*”, y que posteriormente, el Real Decreto 557/2011 en su Disposición adicional tercera establece “*De conformidad con la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español las solicitudes relativas a las autorizaciones iniciales de residencia y de trabajo deberán presentarse, presencial o electrónicamente, ante los registros de los órganos competentes para su tramitación*”, por lo que, la presentación electrónica es esa excepción que prevé la Ley, y , por lo tanto, en el caso de que la Administración esté en condiciones de proporcionar los medios telemáticos pertinentes (firma electrónica, registro electrónico...etc.) y el legitimado lo haga por este medio, no sería necesaria la presentación personal. Así lo establece la Disposición adicional octava sobre legitimación y representación que establece este mismo Reglamento “*1. De conformidad con la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español habrá de presentar personalmente las solicitudes iniciales relativas a las autorizaciones de residencia y de trabajo o a prórrogas de estancia. En aquellos procedimientos en los que el sujeto legitimado fuese un empleador, las solicitudes iniciales podrán ser presentadas por éste o por quien válidamente ejerza la representación legal empresarial. 2. Cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio extranjero, la presentación de solicitudes de visado y su recogida se realizarán personalmente. Cuando el interesado no resida en la población en que tenga su sede la misión diplomática u oficina consular y se acrediten razones que obstaculicen el desplazamiento, como la lejanía de la misión u oficina, dificultades de transporte que hagan el viaje especialmente gravoso o razones acreditadas de enfermedad o condición física que dificulten sensiblemente su movilidad, podrá acordarse que la solicitud de visado pueda presentarse por representante debidamente acreditado. 3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, en los supuestos de presentación de solicitudes y recogida de visado de estancia, tránsito y de residencia por reagrupación familiar de menores, ambos trámites podrán realizarse mediante un representante debidamente acreditado. 4. Asimismo, no se requerirá la comparecencia personal en los procedimientos de contratación colectiva de trabajadores, en los supuestos previstos en un convenio o acuerdo internacional; en tal caso, se estará a lo dispuesto en él. 5. Se entenderá cumplida la obligación de comparecencia personal de una persona física o jurídica o de una entidad sin personalidad jurídica, cuando se presenten solicitudes, escritos o documentos autenticados electrónicamente o, de estar así previsto, previo cotejo de los que hayan sido aportados, utilizando para ello los sistemas de firma electrónica incorporados al Documento Nacional de Identidad u otros sistemas de firma electrónica avanzada admitidos por la Administración General del Estado de acuerdo con los apartados a) y b) del artículo 13.2 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, y con el artículo 10 del Real Decreto 1671/2009, de 16 de noviembre. La admisión de los sistemas de firma electrónica a que se refiere el artículo 13.2.c) de la Ley 11/2007, de 22 de junio, deberá aprobarse mediante Orden del titular del Ministerio de Trabajo e Inmigración. 6. Igualmente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 23 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, se entenderá cumplida la obligación de comparecencia personal cuando la presentación electrónica de documentos se realice de acuerdo con lo establecido mediante Convenios de habilitación para la representación de terceros. Dichos Convenios establecerán en todo caso la obligatoriedad de que los profesionales adheridos a ellos se comuniquen con la Administración General del Estado utilizando exclusivamente medios electrónicos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27.6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio. Para el desarrollo de los Convenios previstos en este apartado, la Administración General del Estado podrá establecer que los profesionales adheridos a ellos creen los correspondientes registros electrónicos de apoderamiento o representación. 7. Las solicitudes de modificación, prórroga o renovación de las autorizaciones de residencia y de trabajo o de estancia por estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado se podrán presentar*”

Al analizar la vigencia de las normas y principios del procedimiento administrativo general sobre la materia de inmigración y extranjería, en el sentido de que las exigencias de presentación personal, más allá de lo establecido en la Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España, se ha visto que deben ser proporcionadas y necesarias por las circunstancias concurrentes en cada caso, en la línea apuntada por la Sentencia el Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003. Y quizás no sea necesaria en todo caso esta presentación personal, teniendo en cuenta que la identificación del extranjero se ha producido al concederle uno de los visados de estancia. Cuestión distinta es que sí sea precisa la presencia personal a la hora de estampar en el pasaporte u otra documentación la prórroga de estancia.

El apartado cuarto de los artículos 29 y 32 de los Reglamentos de 2004 y 2011 respectivamente, se ocupan de la competencia para la concesión de la prórroga de estancia, que se atribuye a los Subdelegados del Gobierno (o Delegados, en el caso de las Comunidades Autónomas que están constituidas por una sola provincia), o por el Comisario General de Extranjería y Documentación de la Dirección General de la Policía²⁴⁰, a propuesta de la jefatura o comisaría de policía (en el nuevo Reglamento previo informe de la jefatura superior o comisaría de policía).

Para que se acuerde la concesión debe haberse entregado toda la documentación requerida (obligación que debería precisarse con sumo escrúpulo, por tanto) y no estar incurso el solicitante en ninguna causa de prohibición de entrada, de expulsión o de devolución. Nada que objetar a este régimen, que permite denegar por razones bien tasadas, salvo lo ya dicho sobre el incremento de la certeza documental (seguridad jurídica en cuanto a los documentos que pueden o no ser exigidos). Aunque sí añadir tal vez que la atribución de la competencia a una autoridad policial es una proyección de una visión de la extranjería e inmigración superada por las circunstancias y las cifras, y puede darle un carácter inadecuado al procedimiento.

personalmente, sin perjuicio de la existencia de fórmulas de representación voluntaria a través de actos jurídicos u otorgamientos específicos”.

²⁴⁰ En el Reglamento de 2011, por el Comisario General de Extranjería y Fronteras y la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil.

La constancia de la concesión de la prórroga de estancia (ahora de estancia de corta duración) se regula en el apartado quinto del de los dos artículos citados. Se reflejará en el pasaporte o título de viaje, o en otra documentación en su caso, previo abono de las tasas fiscales legalmente establecidas, amparando al titular y a los familiares que figuren en esos documentos.

Por último, se regula la denegación de la solicitud de prórroga de estancia, con las debidas garantías: motivación y notificación formal al interesado, aunque la exigencia expresa de los pies de recurso en el Reglamento de 2004 desaparecen en la regulación reglamentaria de 2011. Se fija un plazo no superior a setenta y dos horas para la salida, plazo que deberá constar en la documentación.

La principal duda que se plantea en este régimen, y aparecerá en otros preceptos que se analizarán, es la relativa a la motivación, que podrá ser “sucinta” concurriendo las causas previstas en el apartado 4.b) de los artículos 29 del Reglamento de 2004 y 32 del Reglamento de 2011²⁴¹, pero puede ser más problemática si la causa que se esgrime por parte de la Administración es una exigencia documental no atendida por el solicitante, teniendo en cuenta la falta de una definición totalmente precisa de los documentos requeridos en este precepto.

Para cerrar este análisis del régimen de la prórroga de estancia, hay que hacer una mínima referencia al artículo 30 del Reglamento de 2004 y al 33 del Reglamento de 2011, dedicados a la extinción de la vigencia de la prórroga de estancia. Ésta se produce o bien por el transcurso del plazo, o bien por hallarse el extranjero incurso en alguna de las causas de prohibición de entrada.

Como hemos expuesto al principio del análisis de este procedimiento, el artículo 34 del Reglamento de 2011 establece algunas particularidades para la prórroga del visado de estancia de corta duración, determinando competencias para la expedición²⁴², concesión y prórroga del mismo.

²⁴¹ Que el solicitante esté incurso en alguna de las causas: 1º De prohibición de entrada determinadas en el Título I, porque no se hubieran conocido en el momento de su entrada o porque hubieran acontecido durante su estancia en España y 2º De expulsión o devolución.

²⁴² Que se llevará a cabo según lo establecido en el Derecho de la Unión Europea (Código de Visados).

2.2. PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN DEL VISADO PARA LA RESIDENCIA TEMPORAL: ARTÍCULO 35 DEL REAL DECRETO 2004 Y ARTÍCULOS 46 A 48 DEL REAL DECRETO 2011(RESIDENCIA TEMPORAL NO LUCRATIVA)

La concesión de este visado es una de las decisiones centrales de toda la intervención administrativa en materia de extranjería e inmigración, pues permite al extranjero permanecer en España por un período de tiempo suficiente (hasta cinco años) como para establecer relaciones de distinto signo (personales, económicas, laborales) que darán lugar en su caso a nuevos procedimientos administrativos para permitir su consolidación formal y regular²⁴³.

En el caso de los artículos 35 y siguientes del Reglamento de 2004, y 49 y siguientes del Reglamento de 2011, se regula el procedimiento para la concesión del visado requerido para la residencia temporal (superior a noventa días e inferior a cinco años). El nuevo Reglamento especifica previamente los distintos tipos de residencia temporal y establece la regulación, que corresponde a la anterior de residencia temporal, como residencia temporal no lucrativa.

Un texto extraordinariamente amplio y detallado el que contiene el artículo 35 del Reglamento de 2004 (en nueve apartados) y que repite (en ocho apartados), aunque con importantes modificaciones, el artículo 48 del Reglamento de 2011. En ellos se establecen los requisitos para la obtención del visado.

Los nueve apartados en los que está dividida esta regulación en el artículo 35 del Reglamento de 2004 versan sobre: el primero sobre el lugar y la forma de presentación de la solicitud; el segundo la documentación que se debe acompañar; el tercero las comparecencias personales, sobre todo a efectos de identificación; el cuarto el traslado

²⁴³ Vid. GOIZUETA VÉRTIZ, J.: “La entrada a España, los visados y las situaciones de los extranjeros en España: estancia y residencia e irregularidad y arraigo” en BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F.J. Y MOYA MALAPEIRA, D. (Coords.): *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería*, Tirant lo Blanch Reformas, IDP, Valencia, 2011, pp. 157-174.

de la solicitud desde la misión diplomática u oficina consular²⁴⁴ al Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación y a la Delegación o Subdelegación del Gobierno del lugar para el que se solicite la residencia temporal; el quinto resolución de concesión o denegación de la autorización por parte de la Delegación o Subdelegación del Gobierno; el sexto la denegación por parte de la misión diplomática u oficina consular; el séptimo la concesión y expedición del visado; el octavo la notificación y su recogida por el solicitante; el noveno la entrada en el territorio nacional del extranjero al que se haya concedido el visado para la residencia temporal.

En cuanto al lugar y forma de presentación de la solicitud, hay que atenerse a lo establecido en el apartado primero de los dos artículos²⁴⁵. Sin embargo, en el nuevo Reglamento se omite el segundo párrafo del primer apartado que rezaba así en el Reglamento de 2004: *“Excepcionalmente, en aplicación de lo dispuesto en el primer párrafo del apartado 2 de la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, la misión diplomática u oficina consular aceptará la presentación de la solicitud mediante representante legal acreditado cuando existan motivos fundados que obstaculicen el desplazamiento del solicitante, como lejanía de la misión u oficina, dificultades de transporte que hagan el viaje especialmente gravoso o razones acreditadas de enfermedad o condición física que dificulten sensiblemente su movilidad”*.

En el Reglamento nuevo simplemente se elude establecer lo que establece la Ley Orgánica 4/2000 en la Disposición adicional citada. El lugar será, salvo que medie causa que lo justifique, la Misión Diplomática u Oficina Consular de su demarcación de residencia. Y la forma mediante el modelo oficial (que debe existir) y en principio personalmente, con la salvedad que acabamos de referir y que ahora silencia el Reglamento.

En nuestra opinión, era mejor, en este aspecto, el Reglamento anterior por especificar la posibilidad de hacer la solicitud mediante representante, contemplándose expresamente

²⁴⁴ Vid. QUEROL SÁNCHEZ, D.: “Aproximación a la actividad consular de España en el extranjero”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n. 25, 2010, pp. 251-271.

²⁴⁵ El extranjero que quiera residir temporalmente en España sin realizar actividades laborales o profesionales deberá solicitar el visado en la Misión Diplomática u Oficina Consular española en su demarcación de residencia y lo deberá hacer personalmente.

con la suficiente flexibilidad tanto las necesidades de gestión administrativa como las circunstancias personales y geográficas especiales que se prevén en la Ley 4/2000.

Hasta aquí en cuanto a solicitudes hechas por el interesado en territorio extranjero. En el caso de que la solicitud se haga en territorio español, la Disposición adicional tercera del Reglamento de 2011 establece en su primer apartado “*De conformidad con la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español las solicitudes relativas a las autorizaciones iniciales de residencia y de trabajo deberán presentarse, presencial o electrónicamente por el interesado, ante los órganos competentes para su tramitación*”. De tal manera, y tal y como establece la Disposición adicional octava del Reglamento de 2011, que se puede evitar la presentación personal haciendo la solicitud electrónicamente²⁴⁶.

En el segundo apartado de los dos artículos se exige la documentación que debe acompañarse a la solicitud del visado, cuestión siempre relevante en estos procedimientos (en realidad, en todos), incluye una serie de requisitos, que como vamos a ver se mejoran considerablemente por su mayor precisión en el nuevo Reglamento.

Exponemos los requisitos del Reglamento de 2004 (y a continuación algunas precisiones de la nueva norma): a) Pasaporte en vigor o título de viaje reconocido como

²⁴⁶ Esta Disposición establece que de acuerdo con la Disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, si el legitimado se encuentra en España tendrá que hacerlo personalmente respecto a ciertas solicitudes y que si se encuentra en el extranjero, lo tendrá que hacer personalmente con la excepción de que se den una serie de dificultades. Sin embargo determina también que “...se entenderá cumplida la obligación de comparecencia personal de una persona física o jurídica o de una entidad sin personalidad jurídica, cuando se presenten solicitudes, escritos o documentos autenticados electrónicamente o, de estar así previsto, previo cotejo de los que hayan sido aportados, utilizando para ello los sistemas de firma electrónica incorporados al Documento Nacional de Identidad u otros sistemas de firma electrónica avanzada admitidos por la Administración General del Estado de acuerdo con los apartados a) y b) del artículo 13.2 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, y con el artículo 10 del Real Decreto 1671/2009, de 16 de noviembre. La admisión de los sistemas de firma electrónica a que se refiere el artículo 13.2.c) de la Ley 11/2007, de 22 de junio, deberá aprobarse mediante Orden del titular del Ministerio de Trabajo e Inmigración. 6. Igualmente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 23 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, se entenderá cumplida la obligación de comparecencia personal cuando la presentación electrónica de documentos se realice de acuerdo con lo establecido mediante Convenios de habilitación para la representación de terceros. Dichos Convenios establecerán en todo caso la obligatoriedad de que los profesionales adheridos a ellos se comuniquen con la Administración General del Estado utilizando exclusivamente medios electrónicos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27.6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio. Para el desarrollo de los Convenios previstos en este apartado, la Administración General del Estado podrá establecer que los profesionales adheridos a ellos creen los correspondientes registros electrónicos de apoderamiento o representación...”.

válido en España, con una vigencia mínima de un año (este primer aspecto se mantiene en los mismos términos); b) Certificado de antecedentes penales o documento equivalente, expedido por las autoridades de los países de los últimos cinco años de residencia (el Reglamento de 2011 establece lo mismo pero apoyándose en remisiones a otro artículo del Reglamento, el 46 b)); c) Certificado médico de no padecer las enfermedades susceptibles de cuarentena (requisito que así exige el Reglamento de 2004 pero que el de 2011, lo hace en otra remisión, esta vez al artículo 46 g) y señala el Reglamento Sanitario Internacional de 2005 como norma en la que están incluidas las enfermedades que no debe padecer quien pretenda acceder a una autorización de residencia temporal); d) Documentos que acrediten medios de vida suficientes, por el período que se desee residir en España (en el Reglamento actual se añade al elenco citado la exigencia de contar, documentado en la solicitud, con un seguro público o privado de enfermedad concertado con una Entidad aseguradora autorizada para operar en España).

Otro aspecto que mejora considerablemente en la nueva regulación es la exigencia que se establece al final del apartado d) del artículo 46, que es al que remite el artículo 48 en el que se determinan las exigencias que deben acompañar a la solicitud: “...de conformidad con lo dispuesto en esta sección”, y lo que se establece en esa sección, no es ni más ni menos que una de las reclamaciones más acuciantes hechas por las Oficinas de extranjería, que ahora se regulan en el artículo 47 del nuevo Reglamento y que reza: *Medios económicos a acreditar para la obtención de una autorización de residencia temporal*. En él se establecen cuantías con las que deberán contar los extranjeros que deseen residir en España sin realizar una actividad laboral o lucrativa para el tiempo en el que vayan a permanecer en España disfrutando del permiso de residencia.

La tenencia de esos medios económicos²⁴⁷ o la percepción periódica de ingresos debe hacerse extensiva a su familia y las cuantías se referirán al momento de la solicitud del visado o de renovación de la autorización, y serán: “a) *para su sostenimiento, durante su residencia en España, una cantidad que represente mensualmente en euros el 400%*

²⁴⁷“La acreditación de medios económicos es una medida impuesta con generalidad y en muchos casos con severo rigor por los países occidentales”, es la opinión, sobre este aspecto de ESTRADA CARRILLO, V.: *Comentarios a la Ley Orgánica y Reglamento de Extranjería*, Madrid, 1993, p.100.

del IPREM²⁴⁸, o su equivalente legal en moneda extranjera; b) Para el sostenimiento de cada uno de los familiares a su cargo, durante su residencia en España, una cantidad que represente mensualmente en euros el 100% del IPREM, o su equivalente legal en moneda extranjera, cantidad a acreditar de forma adicional a la referida en el apartado a) anterior”.

En el resto del artículo 47 del Real Decreto 557/2011, se especifica que en cualquiera de los dos casos la cuantía global habrá de suponer una cuantía mensual durante la vigencia del permiso y que la disponibilidad de dichos medios debe acreditarse con la documentación pertinente (admitiéndose cualquier medio de prueba en derecho) de percepción de ingresos periódicos o posesión de patrimonio suficiente.

Las económicas, y el resto de las exigencias del procedimiento, parecen razonables y suficientemente justificadas, teniendo en cuenta que responden a razones de interés público como la defensa de la salud o la seguridad ciudadana. Sólo suscitaba dudas la cuestión, recurrente, de la acreditación de los medios de vida o económicos y el Reglamento lo soluciona, por lo que, en este sentido, hay que felicitarse. Hasta aquí las exigencias documentales que los extranjeros deben aportar con sus solicitudes de visado.

En cuanto a las verificaciones de esas exigencias y a la valoración de otros informes que, con el mismo fin, deben recabarse por parte de las Delegaciones o Subdelegaciones de Gobierno (que son quienes reciben la solicitud junto con los documentos citados), se produce algún pequeño cambio. En el Reglamento de 2011 no se considera, de una manera expresa, la posibilidad de denegación, inadmisión o archivo del procedimiento previos al traslado a las autoridades en España de la solicitud junto con la documentación.

Se establecía así en el apartado cuarto del artículo 35 del Reglamento de 2004: “...*la misión diplomática u oficina consular, siempre que no hubiera resuelto la inadmisión o*

²⁴⁸ El IPREM es el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples, un índice empleado en España como referencia para la concesión de ayudas, becas, subvenciones o el subsidio de desempleo entre otros. Este índice nació en el año 2004 para sustituir al Salario Mínimo Interprofesional como referencia para estas ayudas. El IPREM para el año 2013 ha quedado fijado en los mismos términos que para el año 2012, es decir, 532,51 euros como cantidad mensual.

denegación del visado o el archivo del procedimiento, circunstancias que habrán de ser notificadas en los términos previstos en este Reglamento, dará traslado de la solicitud, por medios telemáticos y de manera simultánea cuando sea posible, al Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación y a la Delegación o Subdelegación del Gobierno en cuya demarcación solicite la residencia el extranjero para que resuelva lo que proceda sobre la autorización de residencia”.

Sin embargo, en el apartado tercero del artículo 48 del nuevo Reglamento se establece: *“Presentada la solicitud, será grabada en el sistema de visados de la aplicación correspondiente, de forma que la Delegación o Subdelegación del Gobierno en cuya demarcación solicite la residencia el extranjero tenga constancia de la solicitud presentada, así como de la documentación que la acompaña en lo relativo a los requisitos que le corresponde valorar”.*

El apartado tercero del procedimiento para la concesión del visado de residencia temporal no es común en ambos Reglamentos, para empezar porque el contenido de este apartado en el Reglamento anterior, no aparece en el nuevo. En el apartado tercero del Reglamento de 2004 se recogía la posibilidad por parte de la Misión Diplomática u Oficina Consular, mientras se estaba gestionando el visado, de requerir la comparecencia del solicitante e incluso de mantener una entrevista con él, con el fin de comprobar su identidad, la documentación y verificar el motivo, estableciendo que en caso de incomparecencia, salvo fuerza mayor, y en un plazo fijado que no podía exceder de 15 días, se entendería al sujeto desistido de su pretensión.

También se establecían las personas que deberían estar presentes en la eventual entrevista y la posibilidad de que si los representantes de la Administración llegaran al convencimiento de la existencia de indicios que les hicieran dudar de la identidad del sujeto entrevistado, de los documentos o el motivo, se denegaría la concesión del visado.

No se entiende la ausencia de incorporación de esta parte del precepto a la regulación actual. Sin embargo, la Disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/2000 establece la posibilidad de dicha entrevista en su apartado segundo. Por lo tanto, la entrevista se realizará si se considera necesario por parte de la Administración. Lo que

ya no está tan claro, puesto que no se consideran en el Reglamento actual, son las cauciones para el extranjero durante la entrevista, que tan detalladamente estaban previstas en el Reglamento anterior.

Y es que lo que ahora no aparece, ni en el texto de la Ley, ni en el del Reglamento, es la protección que se le profesaba al extranjero en el Reglamento anterior donde, encontrándose en la tesitura de la entrevista, estaba rodeado de ciertas garantías plausibles, tales como la presencia de dos representantes de la Administración española, intérprete, y constancia de su contenido mediante acta firmada por los presentes, entregando copia al interesado.

Desde luego, todo trámite administrativo de esta naturaleza debe tener un reflejo documental, en virtud de un principio general de exigencia de documentación de las actuaciones administrativas con efectos sobre los derechos de los interesados en el procedimiento²⁴⁹. Pero establecerlo de manera tan concreta, exigiendo además la presencia de dos representantes de la Administración, le daba a este trámite una solemnidad que parecía pertinente, y protegía frente a abusos en una “entrevista”, cuyos contenidos concretos (las preguntas que pudieran formularse) no estuvieran perfectamente establecidos, aunque debe entenderse que se deberían ajustar escrupulosamente a identidad, validez de la documentación y motivos de la solicitud, nada más.

Por lo tanto, eliminar del nuevo texto estas garantías no parece una buena idea. El apartado tercero del Reglamento de 2004 que las contemplaba era, no obstante, susceptible de ser mejorado en otros aspectos. Así, y estimando la importancia de circunscribir las preguntas para su correcta y suficiente formulación (que es lo que se preveía en el mismo apartado), también se contemplaba la denegación de la concesión del visado en los casos en los que los representantes estuvieran convencidos de que existían indicios suficientes para dudar de la identidad de las personas, de la veracidad de los documentos o de los motivos para solicitar el visado y, llamaba la atención, en la

²⁴⁹ Vid. SÁNCHEZ BLANCO, A.: “Sujetos, actores y factores en el procedimiento administrativo” *Revista de Administración Pública*, Nº 111, 1986, pp. 95-185.

redacción de este precepto, la utilización combinada de la expresión “*convencimiento*” con la de la expresión “*indicios suficientes para dudar*”²⁵⁰

Era paradójica a nuestro juicio esa combinación, porque si hay convencimiento es porque se han despejado las dudas, es decir, se está seguro (o casi por lo menos) de que el solicitante no es quien dice ser, o de que los documentos no son válidos, o no está diciendo la verdad. Si la impresión de los representantes de la Administración es de duda, pues para despejar esta duda sirve la entrevista; y si están convencidos, pues debe ser porque la documentación no ha sido correcta, en lo relativo a la identificación, o en cualquier otro aspecto. Quizás el mayor margen para un convencimiento a partir de indicios pueda proyectarse sobre los motivos, pero en éstos podrían entrar los representes de la Administración, entendemos, sólo hasta cierto punto, sin tocar la esfera de la intimidad.

Por lo tanto, el nuevo redactor del Reglamento ha dado en este punto una de cal y una de arena. Si bien es cierto que hace desaparecer algunas garantías para el extranjero durante la entrevista, como las citadas anteriormente, también lo es que elude incluir cierta confusión de la mano de las expresiones contradictorias a las que hemos hecho alusión. La cuestión es que dicho apartado, con sus virtudes y sus defectos, no está previsto en el procedimiento de autorización de residencia temporal del nuevo Reglamento, por lo que aún siendo posible verificar la identidad del extranjero a través de la entrevista, no parece preocupar en exceso la protección del extranjero en dicho trance.

En el apartado tercero del artículo 35 del Reglamento de 2004 había más aspectos sin aclarar y quizás por eso ya no se recogen en el nuevo Reglamento. La tajante declaración en la última frase del primer párrafo del artículo 35 en su apartado tercero del Reglamento de 2004 “*La incomparecencia, salvo fuerza mayor, en el plazo fijado, que no podrá exceder de quince días, producirá el efecto de considerar al interesado desistido en el procedimiento*” era una muestra de rigor tal vez excesivo, sobre todo

²⁵⁰ El párrafo al que se hace referencia dice “*Si los representantes de la Administración llegaran al convencimiento de que existen indicios suficientes para dudar de la identidad de las personas, de la validez de los documentos, o de la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado, se denegará su concesión. En caso de haberse celebrado una entrevista, se remitirá una copia del acta al organismo que hubiera otorgado inicialmente la autorización*”

teniendo en cuenta que la “fuerza mayor” es una circunstancia absolutamente extraordinaria, pudiendo existir otras razones, muy poderosas aunque no de tal calibre, que dificulten o impidan la presencia personal del solicitante.

Habría sido más correcto, que en el nuevo Reglamento se incluyera esta previsión y que se hiciera así: que además del establecimiento de forma expresa de la entrevista (que ya hemos visto que está prevista en la Ley) si resultare necesaria, se hubiera sustituido la expresión “fuerza mayor” por alguna otra más razonable y adaptada a la realidad, como pueda ser, por ejemplo, “por razones suficientemente justificadas”, o simplemente por el mismo tenor del último inciso del apartado primero del artículo 35, “...*dificultades de transporte que hagan el viaje especialmente gravoso o razones de enfermedad o condición física que dificulten sensiblemente la movilidad*”, no en este caso para excusar la presencia personal (que, por supuesto, ha de producirse en algún momento), sino para permitir que se produjera en un plazo más largo que el de los rigurosos quince días que exigía el Reglamento de 2004 en el apartado tercero del artículo 35.

El apartado cuarto del artículo 35 del Reglamento de 2004 y el apartado tercero del artículo 48 del Reglamento de 2011 detallan el trámite interno que debe seguirse de la Administración exterior hacia la interior española. Lo primero que llama la atención es que en el nuevo Reglamento ya no se contempla, ni siquiera de forma casi incidental como en el anterior, una posibilidad relevante, cual es la posibilidad de la subsanación de la solicitud. Relevante, teniendo en cuenta la cita expresa a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aunque en un lugar tal vez inapropiado (hubiera sido más correcto incorporar esta previsión al apartado primero, o al segundo, sobre forma de presentación de solicitudes, y documentación que debe acompañarse a las mismas).

En cualquier caso ya no aparece en el nuevo Reglamento y plantea, la relevante cuestión de si la posibilidad de subsanación de solicitudes se puede aplicar sólo cuando esté, como en este caso, expresamente contemplada (aunque en un precepto dedicado a otra materia), o en todos los procedimientos en la materia, y si se puede aplicar si no está ni siquiera prevista como es el caso del Reglamento de 2011. A nuestro juicio, el apartado

cuarto del artículo 35 del Reglamento de 2004²⁵¹ se limitaba a explicitar una posibilidad que se encuentra implícita en el resto de los procedimientos, en ningún momento se excluye o exceptúa (como tampoco se hace en el Reglamento vigente), y por tanto ha de ser perfectamente aplicada en el resto, con independencia de que se exprese así o no.

Puede decirse que en este apartado los redactores del Reglamento anterior, dejaban ver de forma clara lo que parecen dar por hecho en todo caso. Por otro lado, esta conclusión concuerda con la posición sostenida anteriormente respecto de la vigencia de los principios del procedimiento administrativo (y la aplicación de primer o segundo grado de sus normas, en función de que positiven en grado mayor o menor estos principios) a los procedimientos de extranjería.

Pero el contenido principal del apartado cuarto del artículo 35 de 2004 no es, obviamente, la subsanación de la solicitud, sino, como se comentó anteriormente, el trámite interno de traslado de la solicitud desde la Misión Diplomática u Oficina Consular al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y a la Delegación o Subdelegación del Gobierno para cuya demarcación se solicite la residencia. Este trámite conecta directamente con el previsto en el apartado siguiente, el quinto, que establece un plazo de un mes para resolver concediendo o denegando de forma motivada la autorización de residencia. Las comunicaciones internas deberán realizarse, tanto en un sentido como en otro, por medios telemáticos.

Los apartados cuarto y quinto del Reglamento de 2004 se corresponden con los apartados tercero y cuarto en el Reglamento de 2011 con alguna diferencia. En el nuevo Reglamento, se especifica que una vez presentada solicitud, se grabe en el sistema de visados de la aplicación correspondiente, mientras antes se disponía: *“por medios telemáticos”*. De esta forma llegará al Delegado o Subdelegado del Gobierno para que éste resuelva admitiendo o denegando en el plazo de un mes desde la recepción de la solicitud (el plazo es común en los dos Reglamentos). Sin embargo, en el actual desaparece la exigencia expresa de motivación en la Resolución de la Administración correspondiente. El apartado cuarto del Reglamento de 2011 se olvida de la motivación

²⁵¹ *“Presentada en forma la solicitud de visado o, en su caso, subsanada, en los términos previstos en el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común...”*

pero eso no quiere decir que el Delegado o Subdelegado del Gobierno que tenga la obligación de resolver, no tenga el deber de motivar la resolución exigido en la Ley 30/92 para los procedimientos administrativos.

El mismo apartado cuarto del Reglamento actual añade, a la consideración de los informes policiales previos como requisitos concretos a valorar por la Delegación o Subdelegación de Gobierno para obtener la autorización de residencia temporal del Reglamento anterior, el respeto al compromiso de no retorno, fruto de las últimas reformas en el ordenamiento de extranjería *“No encontrarse, en su caso, dentro del plazo de compromiso de no retorno a España que el extranjero haya asumido al retornar voluntariamente a su país de origen”* (artículo 46.f).

El nuevo Reglamento especifica, cosa que no hacía el anterior, los requisitos a valorar por la Misión Diplomática u Oficina Consular tras haber sido concedida la autorización por la Delegación o Subdelegación del Gobierno y grabada en la aplicación correspondiente para conocimiento del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y de la propia Oficina Consular o Misión Diplomática. Así lo hace en el apartado sexto del artículo 48 *“Concedida, en su caso, la autorización, la misión diplomática u oficina consular resolverá y expedirá el visado, previa valoración del cumplimiento de los requisitos previstos en los apartados a), c), d), e) y g) del artículo 46, así como del previsto en su apartado b) en lo que respecta a la carencia de antecedentes penales en anteriores países de residencia del extranjero y el contemplado en el apartado h) respecto a las tasas por tramitación del procedimiento sobre la autorización sobre la autorización.”*

Que traducido y aclarado, en eventuales manuales en las Oficinas de extranjería, sería: no encontrarse irregularmente en territorio español; no tener antecedentes penales, por delitos previstos en el ordenamientos español, en los países en los que haya residido en los últimos cinco años; no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido; contar con los medios económicos suficientes para el extranjero y para su familia sin tener que desarrollar ninguna actividad laboral o profesional a tal fin; contar con seguro médico; no padecer enfermedades que puedan tener repercusiones en la salud pública y haber abonado las tasas.

Insistimos en la bondad del nuevo Reglamento de la clarificación de los aspectos a valorar por las distintas entidades públicas, pero quizás la forma de referencia a apartados desordenados de artículos anteriores no sea lo más adecuado para un rápido manejo de las normas. Entendemos, ya lo hemos manifestado, que sería necesaria una división entre partes comunes y diferentes o, al menos, establecer la lista de los requisitos a comprobar por cada quien y en cada momento.

Además el Reglamento de 2011 especifica los servicios policiales que establece “a secas” el Reglamento de 2004: *“A dichos efectos, recabará de oficio el informe de los servicios competentes de la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil en materia de seguridad y orden público, así como el del Registro Central de Penados”*. De nuevo aparece en la reciente regulación el término “grabar” sustituyendo al “por medios telemáticos” en cuanto a la comunicación que el Delegado o Subdelegado del Gobierno tienen que hacer al Ministerio de Asuntos Sociales y Cooperación y a la Oficina Consular o Misión Diplomática correspondiente y en los dos Reglamentos se deja la eficacia de la autorización supeditada a la expedición del visado y a la efectiva entrada del extranjero en el territorio nacional.

El apartado sexto del artículo 35 del Reglamento de 2004 y el quinto del artículo 48 del Reglamento de 2011 establecen un supuesto de silencio negativo para el caso de que transcurrido un mes, la Delegación o Subdelegación del Gobierno no se pronuncie y lo comunique. El plazo es ciertamente corto, y teniendo en cuenta que puede proyectarse sobre solicitudes de compleja tramitación en origen, quizás debería contemplarse (porque están previstas en la Ley de Procedimiento Administrativo y, a nuestro juicio, podrían ser aplicables) la posibilidad de ampliación de los plazos. También puede entenderse que persiste la obligación de resolver, incluso contra el sentido de un silencio desestimatorio.

En el nuevo Reglamento se añade, en el apartado quinto del artículo 48, la obligación expresa de notificación de la resolución de la Delegación o Subdelegación del Gobierno al interesado por parte de la Misión Diplomática u Oficina Consular en caso de que aquélla sea desfavorable (que puede ser porque no reúna los requisitos o por el paso de

un mes sin comunicación tras operar el silencio negativo). La Misión Diplomática u Oficina Consular resolverá, en ese caso, el archivo del procedimiento.

Muy poco se puede decir sobre el apartado séptimo del artículo 35 del Reglamento de 2004 y sexto del artículo 48 del Reglamento de 2011, en cuanto a la obligación de resolver de la Administración, salvo que contempla un acto debido. Siendo la resolución de la Delegación o Subdelegación del Gobierno favorable, parece obligado resolver, cumpliéndose los demás requisitos, y expedir el visado por la Administración en el exterior. Por lo tanto en la intervención de la Misión Diplomática u Oficina Consular no se contempla el silencio administrativo.

Sin embargo, si se puede añadir algo sobre el resto de la regulación de estos artículos (más bien del Reglamento de 2011 que amplía la misma). Es más explícito el joven Reglamento, no sólo en un aspecto comentado anteriormente como es la especificación de los requisitos a valorar antes de emitir el visado por parte de la Oficina Consular correspondiente, sino también añadiendo la exposición de las circunstancias en las que será denegado aquél, apartado sexto del artículo 48: “... a) *Cuando no se acredite el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 46 cuya valoración corresponda a la misión diplomática u oficina consular.* b) *Cuando, para fundamentar la petición de visado, se hayan presentado documentos falsos o formulado alegaciones inexactas, o medie mala fe.* c) *Cuando concurra una causa prevista legalmente de inadmisión a trámite que no hubiera sido apreciada en el momento de la recepción de la solicitud*”.

Tras la resolución favorable (en este punto los Reglamentos no difieren más que en la nomenclatura en la que están regulados, apartado octavo del artículo 35 para el Reglamento de 2004 y apartado séptimo del artículo 48 para el Reglamento de 2011), se notifica al solicitante, que debe recogerlo en el plazo de un mes, personalmente. De no hacerlo así, “*se entenderá que el interesado ha renunciado al visado concedido, y se producirá el archivo del procedimiento*”. Las mismas consideraciones hechas en relación a la previsión de incomparecencia del apartado tercero del artículo 35 de 2004 podrían reproducirse aquí y se le dejaría abierta la puerta, al menos, de la fuerza mayor.

Llama la atención que no se contemplen siquiera circunstancias de índole personal o geográfica que puedan impedir o dificultar seriamente, en plazos relativamente cortos

(quince días o un mes) la presencia personal del solicitante. Que todos los esfuerzos y trabajos (del interesado solicitante y del aparato administrativo) puedan verse frustrados por completo a resultas, por ejemplo, de una enfermedad del solicitante, o de una situación que impida su desplazamiento personal, parece sencillamente absurdo.

Y a nuestro juicio el Reglamento podría perfectamente contemplar estas situaciones y suavizar su contenido (para no forzar después contemplaciones administrativas informales, carentes de soporte normativo suficiente, aunque basadas en un elemental principio de equidad) estableciendo que puede evitarse el entendimiento de renuncia y el consiguiente archivo del procedimiento mediante justificación y acreditación de las circunstancias que retrasan la recogida del visado.

Idéntica reflexión puede hacerse respecto del apartado noveno del artículo 35 de 2004 y octavo del artículo 48 de 2011, que da un plazo de vigencia del visado de tres meses, para después solicitar en el mes siguiente ante la Oficina correspondiente su Tarjeta de Identidad. Aunque en este caso, al ser el plazo bastante más amplio, los problemas serán menos habituales. Una previsión genérica de excepción de los plazos por razones justificadas salvaría sin embargo cualquier problema de esta naturaleza, proyectando lo que al fin y al cabo parece el sentido común sobre las previsiones reglamentarias.

2.3. PROCEDIMIENTO DE RENOVACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA TEMPORAL: ARTÍCULOS 37 DEL REGLAMENTO DE 2004 Y 51 DEL NUEVO REGLAMENTO (RENOVACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA TEMPORAL NO LUCRATIVA)

Ya, al comienzo de esta regulación, se ven las primeras notas de avance en el nuevo texto reglamentario, desarrollo de la reforma de la Ley de Extranjería²⁵². El primer requisito en el artículo 37 del Reglamento de 2004, concretamente en su primer apartado es que la solicitud sea presentada personalmente, cosa que no especifica el Reglamento actual en su artículo 51.1: *“El extranjero que desee renovar su autorización de residencia temporal deberá solicitarlo en la Oficina de Extranjería*

²⁵² Vid. ILLAMOLA DAUSÀ, M.: “La residencia temporal y de larga duración” en BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F.J. Y MOYA MALAPEIRA, D. (Coords.): *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería*, Tirant lo Blanch Reformas, IDP, Valencia, 2011, pp. 189-204.

competente para su tramitación durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de la autorización”, frente al Reglamento anterior que establecía “El extranjero que desee renovar su autorización de residencia temporal deberá solicitarla personalmente ante el órgano competente para su tramitación, durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de la autorización”.

No es extraño que así sea, pues se han producido distintas reformas importantes entre la vigencia del anterior Reglamento y la aprobación del nuevo²⁵³ que han desembocado a su vez en reformas en este último²⁵⁴ y que, sin duda, habrán influido en la nueva redacción. El Reglamento de 2011 no exige expresamente la presentación personal, como sí lo hace el Reglamento anterior, pero tampoco deja claro que no sea así, pues no establece una forma alternativa de solicitar la renovación de la autorización que le permita seguir residiendo en España, valiéndose de otros medios. Es decir, lo que queda claro a simple vista es que a partir de la fecha en que restan sesenta días de autorización, el extranjero debe solicitar la renovación ante el órgano competente.

Sin embargo si tenemos en cuenta la Disposición adicional tercera del nuevo Reglamento *“Las solicitudes de modificación, prórroga o renovación de las autorizaciones de residencia y de trabajo se podrán presentar en cualquier otro registro de conformidad con el artículo 38.4 de la ley 30/1992²⁵⁵ o de acuerdo con lo establecido en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos”²⁵⁶*, podemos entender que hay, ahora, otras formas válidas de

²⁵³ Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos.

²⁵⁴ Disposiciones adicionales tercera y octava del Real Decreto 557/2011.

²⁵⁵ *“Las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las Administraciones públicas podrán presentarse: a) En los registros de los órganos administrativos a que se dirijan; b) En los registros de cualquier órgano administrativo, que pertenezca a la Administración General del Estado, a la de cualquier Administración de las Comunidades Autónomas, a la de cualquier Administración de las Diputaciones Provinciales, Cabildos y Consejos Insulares, a los Ayuntamientos de los Municipios a que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, o a la del resto de las entidades que integran la Administración Local si, en este último caso, se hubiese suscrito el oportuno convenio; c) En las oficinas de Correos, en la forma que reglamentariamente se establezca; d) En las representaciones diplomáticas u oficinas consulares de España en el extranjero; e) En cualquier otro que establezcan las disposiciones vigentes. Mediante convenios de colaboración suscritos entre Administraciones públicas se establecerán sistemas de intercomunicación y coordinación de registros que garanticen su compatibilidad informática, así como la transmisión telemática de los asientos registrales y de las solicitudes, escritos, comunicaciones y documentos que se presenten en cualquiera de los registros”.*

²⁵⁶ Artículo 35. Iniciación del procedimiento por medios electrónicos. *“1. La iniciación de un procedimiento administrativo a solicitud de interesado por medios electrónicos requerirá la puesta a*

hacer la solicitud sin necesidad de presentación personal (como exigía el reglamento anterior expresamente), para modificación, prórroga o renovación de las autorizaciones de residencia y de trabajo.

Es lógico que sea así puesto que antes de la solicitud de renovación ya se tramitó en su día la solicitud del visado de residencia temporal, según lo dispuesto en los artículos 35 del Reglamento de 2004 y 48 del Reglamento de 2011, siendo en los dos casos necesaria la presentación personal de la solicitud, aunque en el caso del Reglamento anterior se determina de manera expresa que esa solicitud en algunos casos excepcionales podría presentarse por medio representante legalmente acreditado, pero sólo cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio extranjero (y además se podría confirmar la identidad con una entrevista).

En el último Reglamento, como hemos visto, se establece que el primer visado se solicitará personalmente pero no se hace de forma expresa ninguna excepción. Sin embargo, la Disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/2000 que versa sobre los lugares de presentación de las solicitudes y la exigencia de comparecencia personal, en su segundo párrafo²⁵⁷ hace la excepción referente a la dificultad de acceder a la Misión Diplomática u Oficina Consular de turno, en cuyo caso se podrá llevar a cabo por un representante.

En el apartado segundo del artículo 37 del Reglamento de 2004 se regulaban los documentos que deben acompañar la solicitud, que se amplían considerablemente con la llegada del nuevo Reglamento. Coinciden las dos normas en exigir la documentación (pasaporte o título de viaje y tarjeta de extranjero) y la acreditación de los recursos

disposición de los interesados de los correspondientes modelos o sistemas electrónicos de solicitud en la sede electrónica que deberán ser accesibles sin otras restricciones tecnológicas que las estrictamente derivadas de la utilización de estándares en los términos establecidos en el apartado i) del artículo 4 y criterios de comunicación y seguridad aplicables de acuerdo con las normas y protocolos nacionales e internacionales”.

²⁵⁷ *“Cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio extranjero, la presentación de solicitudes de visado y su recogida se realizarán personalmente ante la misión diplomática u oficina consular en cuya demarcación aquél resida. Excepcionalmente, cuando el interesado no resida en la población en que tenga su sede la misión diplomática u oficina consular y se acrediten razones que obstaculicen el desplazamiento, como la lejanía de la misión u oficina o dificultades de transporte que hagan el viaje especialmente gravoso, podrá acordarse de que la solicitud del visado pueda presentarse por representante debidamente acreditado”.*

económicos junto con el seguro médico, pero a partir de ahí comienzan las nuevas aportaciones.

En primer lugar cuando se establece la necesidad de los requisitos económicos ahora también se exige que esos medios correspondan a la manutención del resto de la familia. También puntualiza que el seguro médico debe ser público o privado concertado con una Entidad aseguradora autorizada para operar en España. Y además añade exigencias como tener escolarizados a los menores a su cargo en edad de escolarización y el abono de las tasas por la tramitación del procedimiento. Puntualizaciones loables, desde nuestro punto de vista.

De todos los requisitos, se especifica la documentación concretando, por ejemplo, que el informe de la escolarización de los menores lo deberán emitir las autoridades autonómicas, determinando que sin él no se renovará la autorización. Además se alude a informes que tendrán una valoración particular para la renovación como son el cumplimiento de la condena del delito cometido así como el indulto, la situación de remisión o suspensión de la pena, y el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de la seguridad social. Se valora también lo que se denomina “esfuerzo de integración”, que se hará mediante informe de la Comunidad Autónoma, y será tenido en consideración en el caso de que el extranjero así lo alegue para suplir la ausencia de algún otro requisito necesario para la renovación de su autorización.

La mayor parte del apartado sexto del artículo 51 del nuevo Reglamento se dedica a lo que dicho informe debe incluir: *“...El informe tendrá como contenido mínimo la certificación, en su caso, de la participación activa del extranjero en acciones formativas destinadas al conocimiento y respeto de los valores constitucionales de España, los valores estatutarios de la Comunidad Autónoma en que se resida, los valores de la Unión Europea, los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, así como el aprendizaje de las lenguas oficiales del lugar de residencia...”*.

Nada que objetar a las exigencias documentales y al incremento que de ellas hace el nuevo Reglamento, que ahora protege más a los menores y exige y fomenta más la integración social. Si se debería aspirar, en este aspecto, a la simplificación en la

tramitación de los procedimientos²⁵⁸ evitando requerir varias veces la misma documentación.

Las cuestiones de tiempos que en el Reglamento de 2004 estaban reguladas en los apartados cuarto y quinto del artículo 37. Ahora cambian de ubicación (el cuarto en el séptimo del artículo 51 del Reglamento de 2011 y el quinto en el primer párrafo del artículo 51), pero para decir prácticamente lo mismo.

Regulan la vigencia de la autorización de residencia temporal renovada, que es de dos años, salvo que corresponda obtener una autorización de residencia permanente (ahora residencia de larga duración o de larga duración UE) y regulan también la prórroga de la validez de la autorización anterior hasta la resolución del procedimiento. Previsión que parece razonable, y que se extiende al supuesto en que la renovación no se hubiera solicitado en los sesenta días naturales previos a la expiración de la vigencia de la autorización, sino en los tres meses (ahora dice 90 días naturales) posteriores a su finalización, en cuyo caso también se prorroga (más bien se resucita) la autorización anterior, en tanto se resuelve el procedimiento, sin perjuicio de la incoación del procedimiento sancionador correspondiente.

El apartado sexto del artículo 37 del Reglamento de 2004 y el octavo del artículo 51 del Reglamento de 2011 establecen la notificación al interesado de la resolución favorable, con indicación de las tasas que debe abonar por la concesión (esta indicación no se hace en el último Reglamento aunque se deja meridianamente claro en los requisitos que dicho abono es imprescindible para obtener la renovación de la residencia temporal) y la expedición de la nueva tarjeta de identidad de extranjero.

Si no se resuelve en el plazo de tres meses, el silencio es positivo según el apartado séptimo del artículo 37 de 2004 y el octavo del artículo 51 de 2011 “...se entenderá que la resolución es favorable”. Una omisión que no se debería haber hecho porque facilitaba el conocimiento de una de las garantías de los extranjeros en este procedimiento, es la que hace el Reglamento de 2011 con respecto al Reglamento anterior de la obligatoriedad de certificar el silencio positivo por parte de la

²⁵⁸ Vid. RIVERO ORTEGA, R. Y MERINO ESTRADA, V.: “La simplificación procedimental y la descarga burocrática”, *Revista de estudios locales*, n. 152, 2012.

Administración a requerimiento del interesado para la renovación de la Tarjeta de Identidad de Extranjero.

Ya nos hemos pronunciado antes críticamente sobre el silencio administrativo, incluyendo el silencio positivo, aunque debe reconocerse que esta modalidad es menos lesiva de los derechos de los interesados que el negativo, lo que no le resta su carácter potencialmente dañino de otros intereses dignos de protección.

2.4. PROCEDIMIENTO PARA LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR: ARTÍCULO 42 DEL REGLAMENTO DE 2004 Y 56 DEL REGLAMENTO DE 2011

No cabe duda de que la reagrupación familiar es uno de los temas más sensibles y relevantes del régimen jurídico de la extranjería y la inmigración²⁵⁹, tanto desde el punto de vista de los derechos de las personas (no en vano se considera en los acuerdos internacionales sobre derechos humanos en la materia, como la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares²⁶⁰), como en la perspectiva de sus efectos sociales y sobre el interés público por el control de los fenómenos migratorios. De ahí que se haya convertido en uno de los puntos complejos en la regulación de esta materia²⁶¹.

El régimen jurídico de la reagrupación familiar no se ha previsto sólo en los Reglamentos²⁶². Es preciso tener muy en cuenta a la hora de su interpretación las previsiones de la Ley Orgánica 4/2000 (con sus reformas)²⁶³, especialmente las

²⁵⁹ La Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, establece que los Estados miembros decidirán sobre la autorización de la entrada y residencia de familiares y las condiciones necesarias para la reagrupación.

²⁶⁰ Aprobada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

²⁶¹ Vid. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.: *La reagrupación familiar de los extranjeros en España*, Thomson Aranzadi, 2006, pp.33-37, en relación a la consideración de "...la inmigración actual como fenómeno social de carácter permanente y de naturaleza predominantemente familiar".

²⁶² Vid. OLARTE ENCABO, S.: "Novedades en el derecho de reagrupación familiar del extranjero para la construcción de un nuevo derecho social de integración", en MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.): *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009 de 11 diciembre de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, La ley-Actualidad, 2010 y MARÍN CONSARNAU, D.: *Reagrupación familiar en el régimen comunitario "problemas de discriminación inversa"*, Ed. Bosch, 2010.

²⁶³ El artículo 16 en relación al Derecho a la intimidad familiar ha sido redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000. Los artículos 17, 18 y 19 referentes a los familiares reagrupables, requisitos para la reagrupación familiar y efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales, respectivamente, han sido redactados conforme la Ley Orgánica 2/2009. El artículo 18 bis sobre el procedimiento para la reagrupación familiar ha sido introducido por Ley Orgánica 2/2009.

contenidas en los artículos 16 (derecho a la intimidad familiar²⁶⁴); 17 (familiares reagrupables²⁶⁵); 18 y 18 bis (procedimiento para la reagrupación familiar); y 19 (efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales), por sus especiales repercusiones sobre el desarrollo reglamentario.

Entre el Reglamento de 1986 y su modificación de 1996, la reagrupación familiar se convirtió en uno de los principales problemas, resuelto insatisfactoriamente desde el punto de vista de los derechos de los inmigrantes debido a su interpretación de consecuencias restrictivas en Circulares e Instrucciones. Se puede recordar aquí también el Fundamento Jurídico Quinto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003, que anuló el apartado quinto del artículo 41 del Real Decreto de 2001 por imposibilitar totalmente la llamada “reagrupación en cadena” con rango reglamentario.

El procedimiento, regulado en el artículo 42 del Reglamento de 2004 y 56 del Reglamento de 2011, comienza con la presentación de la solicitud, que en principio es de residencia temporal para los miembros de su familia que desee reagrupar. Podrá presentar esta solicitud el extranjero que disponga de una autorización de residencia por un año y haya solicitado al menos residir otro año más. En este caso, y debido a los nuevos permisos de residencia de larga duración, se producen dos excepciones a la exigencia del requisito de la estancia de un año y la intención de continuar otro año, en el Reglamento de 2011.

Así, el artículo 56.1: “...a): *El reagrupante tendrá que ser titular de una autorización de residencia de larga duración o de larga duración-UE concedida en España para la reagrupación de sus ascendientes o de los ascendientes de su cónyuge o pareja de hecho. La solicitud podrá presentarse cuando se haya solicitado la autorización de residencia de larga duración o de larga duración-UE; b) Los extranjeros residentes en España en base a su previa condición de residentes de larga duración- UE en otro*

²⁶⁴ Vid. GARCÍA VÁZQUEZ, S.: *El Estatuto Jurídico-Constitucional del Extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, en relación a la conexión entre el derecho de reagrupación familiar y el derecho fundamental a la intimidad familiar.

²⁶⁵ Vid. DIAGO DIAGO, M. P.: “La reagrupación familiar de descendientes, personas sujetas a representación legal y de la pareja de hecho en la enésima modificación de la Ley 4/2000”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n.26, 2011, pp. 11-26 y MARÍN CONSARNAU, D.: “Las Uniones no matrimoniales como familiares reagrupables: problemática específica en Cataluña”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n.27, 2011, pp. 39-59.

Estado miembro de la UE, titulares de una Tarjeta azul-UE o beneficiarios del régimen especial de investigadores podrán presentar la solicitud de autorización a favor de sus familiares sin estar sometidos al requisito de haber residido legalmente en España con carácter previo durante un año". No podrá concederse la autorización al reagrupable hasta la renovación efectiva (expresa o por silencio positivo) del reagrupante.

De nuevo aparece en este punto una especie de resquemor, que es recurrente en este desarrollo reglamentario (especialmente en el actual), a citar la Ley 30/92 para aplicarla (independientemente de que su aplicación esté determinada en las Disposiciones adicionales). En este caso la referencia a esta Ley de Procedimiento Administrativo Común del Reglamento anterior desaparece en el vigente, es decir, el párrafo primero del artículo 42 del Reglamento de 2004 rezaba: *"En todo caso, no podrá concederse la autorización de residencia al familiar reagrupable hasta que no se haya producido la efectiva renovación de la autorización del reagrupante, o hasta que su solicitud de renovación haya sido estimada por silencio positivo, sin perjuicio de la ulterior obligación de dictar resolución expresa, en los términos previstos en el artículo 43.4. a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común"*.

Y el párrafo equivalente del nuevo Reglamento, esto es, el primero del artículo 56 ahora reza: *"En todo caso, no podrá concederse la autorización de residencia al familiar reagrupable hasta que, en función de la situación que deba ostentar el reagrupante para el ejercicio del derecho, no se haya producido la efectiva renovación de la autorización del reagrupante, concedido su autorización de residencia de larga duración o de larga duración-UE o concedido su autorización inicial de residencia en España"*, simplemente.

En cuanto a la presentación personal del solicitante, se exige en los dos Reglamentos, aunque en el nuevo, y debido a la inserción en dicha norma de la regulación particular de la residencia de larga duración-UE, se exceptúa la necesidad de la misma en el segundo párrafo del artículo 56 *"La reagrupación de los familiares de extranjeros residentes de larga duración-UE en otro Estado miembro de la Unión Europea, podrá ser presentada por los propios familiares, aportando prueba de residencia como*

miembro de la familia del residente de larga duración –UE en el primer Estado miembro” .

La exigencia en los dos Reglamentos de la presentación personal se hace en una interpretación amplia de lo establecido en la Disposición adicional tercera de la Ley Orgánica incorporada en la reforma de 2003 y modificada en la de 2009, que se refiere a las autorizaciones de residencia y de trabajo²⁶⁶. Y es que esa Disposición se refiere a *“solicitudes relativas a las autorizaciones de residencia y de trabajo”* y no en particular a autorizaciones de residencia temporal por reagrupación familiar.

También se puede considerar una interpretación amplia porque, si bien se trata de una solicitud de autorización de residencia temporal, no lo es para el solicitante, sino para los miembros de su familia, de ahí que digamos que la interpretación no es estricta, habida cuenta de que en la comprobación de la identidad más relevante, que es la del reagrupable, se permite la excepción de la presentación personal, en las circunstancias previstas por el apartado segundo de la Disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/2000, a la hora de solicitar el visado en la Misión Diplomática u Oficina Consular de su demarcación territorial y una vez que se le ha concedido la autorización al reagrupante.

En el artículo 43 del Reglamento de 2004 y en el 57 del Reglamento de 2011, donde se regula la tramitación del visado en el procedimiento para la reagrupación familiar, se establece en su apartado primero *“...Excepcionalmente, en aplicación a lo dispuesto en el primer párrafo del apartado 2 de la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, la misión diplomática u oficina consular aceptará la presentación por representante legalmente acreditado cuando existan motivos fundados que obstaculicen el desplazamiento del solicitante, como la lejanía de la misión u oficina, dificultades de transporte que hagan el viaje especialmente gravoso o razones acreditadas de enfermedad condición física que dificulten sensiblemente su*

²⁶⁶ En esta Disposición adicional se exige la presentación personal cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español en relación a las solicitudes relativas a las autorizaciones de residencia y de trabajo. No obstante, es necesario poner en conexión esta Disposición con las Disposiciones adicionales tercera y octava del Real Decreto 557/2011 donde se establece reglamentariamente (como prevé la Ley de Extranjería en esa Disposición citada) la posibilidad de realizar las solicitudes de forma electrónica, de tal modo que se supla la presentación personal. Disposiciones que han sido expuestas anteriormente al hilo del análisis de las solicitudes en otros procedimientos.

movilidad....”. Además, en el mismo párrafo segundo de la Disposición adicional tercera de la Ley de Extranjería se establece que la Misión Diplomática u Oficina Consular puede requerir la comparecencia del solicitante para mantener una entrevista personal y comprobar todos sus datos.

Así que la persona que va a entrar en España (el reagrupable) no tiene necesariamente que presentarse en todo caso en el Consulado o Misión Diplomática, pudiendo actuar a través de representante, mientras que el reagrupante (que ya es conocido por la Administración) tiene que presentar su solicitud personalmente en el registro del órgano competente, sin poder utilizar los servicios de un representante. No parece muy coherente.

No obstante, es necesario precisar en este punto, que la Disposición adicional tercera²⁶⁷ del nuevo Reglamento establece que las autorizaciones iniciales de residencia y de trabajo hechas en territorio español se pueden llevar a cabo presencial o electrónicamente. Por lo que si se mantiene la interpretación extensiva, la solicitud de la reagrupación familiar por parte del reagrupante podría realizarse sin necesidad de presentación personal.

Continuando con el análisis del precepto, y como es frecuente en el régimen de los procedimientos en estos Reglamentos, hay apartados dedicados a detallar los documentos que deben acompañarse a la solicitud. Una novedad que aporta el Reglamento de 2011, mejorando considerablemente el anterior, es que distingue entre la documentación que tiene que aportar el solicitante en relación a sí mismo y la que tiene que aportar en relación al potencial reagrupado.

El apartado segundo del artículo 42 del Reglamento de 2004 exige: copia de la documentación acreditativa de los vínculos familiares, de la edad y dependencia legal y económica; copia del pasaporte, documento de viaje o cédula de inscripción del solicitante en vigor; copia de la autorización de residencia o residencia y trabajo ya

²⁶⁷ Disposición adicional tercera del Real Decreto 557/2011 “*De conformidad con la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español las solicitudes relativas a las autorizaciones iniciales de residencia y de trabajo deberán presentarse, presencial o electrónicamente, ante los registros de los órganos competentes para su tramitación*”.

renovada, o de la primera autorización y el resguardo de renovación; acreditación de empleo o recursos económicos suficientes y asistencia sanitaria; justificación documental de vivienda adecuada para atender las necesidades familiares; si se trata de cónyuge, declaración jurada de que no reside con él en España otro cónyuge.

El apartado tercero del artículo 56 letra b) del Reglamento de 2011 especifica que será el familiar reagrupado el que aportará la documentación necesaria para demostrar la vinculación y, en su caso, la dependencia del reagrupante, estableciendo estos requisitos: *“Relativos al familiar a reagrupar: 1º Copia completa del pasaporte o título de viaje, en vigor; 2º Copia de la documentación acreditativa de los vínculos familiares o de parentesco o de la existencia de la unión de hecho y, en su caso, de la dependencia legal y económica”*.

En el anterior Reglamento aparecía la previsión de regular mediante Orden del Ministerio de la Presidencia la cuantía y la acreditación de los medios de vida suficiente. Ahora el Reglamento vigente, en los requisitos que tiene que recabar el reagrupante incluye los económicos remitiéndose al primer apartado del artículo 54 de la norma donde se especifican las cantidades necesarias para acceder a este tipo de autorización, también con el IPREM como referencia (como en el caso de los medios económicos a acreditar para la obtención de una autorización de residencia temporal).

Supone un anhelado logro y una ventaja frente a la espera del dictado de Órdenes Ministeriales al efecto. El apartado primero del artículo 54 establece *“a) En caso de unidades familiares que incluyan, computando al reagrupante y al llegar a España a la persona reagrupada, dos miembros: se exigirá una cantidad que represente mensualmente el 150% del IPREM; b) En caso de unidades familiares que incluyan, al llegar a España la persona reagrupada, a más de dos personas: una cantidad que represente el 50% del IPREM por cada miembro adicional”*.

En cuanto a la forma de acreditar la disponibilidad de la vivienda adecuada, la regulación ha mejorado en el nuevo Reglamento. En el artículo 42 del Reglamento anterior se establecía que esa disponibilidad se acreditaba primero mediante informe de la Corporación local y subsidiariamente por medio de notario. En la letra e) del apartado segundo de dicho artículo se determina que *“En el plazo máximo de quince días desde*

la solicitud, la Corporación deberá emitir el informe y notificarlo al interesado y, simultáneamente y por medios telemáticos cuando fuera posible, a la autoridad competente para resolver la autorización de reagrupación”.

Este régimen parecía remontarse al esquema preconstitucional de la Administración local como desconcentrada de la estatal, sin tener en cuenta ni la reserva de ley, ni la autonomía local, ni el necesario acuerdo de los municipios a la hora de recibir (en este caso se impone) la realización de nuevas tareas o funciones en los procedimientos e intervenciones de las Administraciones estatal (o autonómica). Pero fue aceptado en su momento por la FEMP²⁶⁸, y representa además una muestra del protagonismo de los Ayuntamientos en la gestión del fenómeno migratorio, lo que sí parece conveniente.

La segunda vía por la que se podía acreditar la adecuación de la vivienda en el Reglamento de 2004, en este caso, con motivo de la inacción de la corporación local, era notarialmente. Quizás reconociendo las considerables dificultades y objeciones que planteaba este régimen, se permitía sustituir el informe de la Corporación local por un acta notarial mixta que dejara constancia del título que habilitaba para la ocupación de la vivienda, número de habitaciones, uso al que se destinaba cada una de las dependencias, número de personas que la habitaban y condiciones de habitabilidad y equipamiento.

El nuevo Reglamento en su artículo 56, que es donde establece los requisitos que se tienen que cumplir para la reagrupación, hace una remisión al artículo 55 en cuanto al requisito de la vivienda adecuada, y pone a intervenir a la Comunidad Autónoma haciéndole responsable primera de la expedición del informe de esa adecuación. Para realizar dicho informe, la Comunidad Autónoma puede recabar información en el Ayuntamiento de la localidad en cuestión. Incluso el Ayuntamiento puede llevar a cabo el propio informe, siempre que así haya sido establecido por la Comunidad Autónoma y previamente puesto en conocimiento de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración (ahora Secretaría General de Inmigración y Emigración).

²⁶⁸ Federación Española de Municipios y Provincias.

A su vez, la nueva norma reglamentaria, aumenta el plazo para la emisión del informe en cuestión, y se amplía de quince a treinta días desde que se solicita, tanto si lo realiza la Comunidad Autónoma como la Corporación Local. El aumento del plazo puede evitar la necesidad de recurrir a otros medios que ahora se amplían, es decir, en el nuevo Reglamento se sustituye la segunda vía de certificación de la adecuación de la vivienda para reagrupar, a la que hemos hecho referencia anteriormente, que era el acta notarial. La ampliación se describe así en el apartado cuarto del artículo 55: “...podrá justificarse este requisito por cualquier medio de prueba admitido en Derecho”.

Por lo demás en cuanto a la certificación de la vivienda adecuada, no se han producido cambios significativos. Desde luego, no ha sido así en absoluto en relación con los extremos sobre los que el informe debe hacer una evaluación positiva y que ya se han citado más arriba (título, número de habitaciones, uso de las dependencias...etc.).

Tanto en el apartado tercero del artículo 42 del Reglamento de 2004 como en el cuarto del artículo 56 del Reglamento de 2011 se contempla la tramitación, mencionando de pasada la posibilidad de subsanación. En este caso, y a diferencia de en algún precepto anterior (apartado cuarto del artículo 35 del Reglamento de 2004), sin mencionar expresamente la Ley 30/92. Mencionada o no, ya hemos sostenido, que se aplica con carácter general el régimen de la posibilidad de subsanación.

Siguiendo con la tramitación, en el anterior Reglamento la regulación de este aspecto se trataba con mayor brevedad que en el nuevo. En el mismo apartado tercero del Reglamento de 2004 se contempla la necesidad de un informe policial previo sobre la existencia de razones que eventualmente impidan la reagrupación familiar y el Reglamento actual incorpora la precisión sobre el origen de los informes policiales “...A dichos efectos, se recabará de oficio el informe de los servicios competentes de la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil en materia de seguridad y orden público, así como del Registro Central de Penados.” Hay que entender que estas razones, en caso de existir, deben explicitarse, incorporándose a la motivación en caso de denegación.

Si se cumplen todos los requisitos exigidos, se concederá la autorización de residencia temporal por reagrupación, suspendiéndose la eficacia de la autorización hasta la

expedición, en su caso, del visado, y hasta la efectiva entrada del extranjero en el territorio nacional. Esto era lo que decía el Reglamento de 2004 pero el nuevo modifica esta parte del procedimiento para adaptarla a otras novedades recogidas en el mismo.

Y así establece que se suspenderá la eficacia de la autorización hasta: “...a) *Con carácter general, la expedición del visado, y la efectiva entrada del extranjero en territorio nacional durante la vigencia de éste. En este caso, la resolución de concesión hará mención expresa a que la autorización no desplegará sus efectos hasta que no se produzca la obtención del visado y la posterior entrada en España de su titular ; b) En el supuesto de familiares de residentes de larga duración-UE, titulares de una Tarjeta azul-UE o beneficiarios del régimen especial de investigadores en otro Estado miembro de la Unión Europea en el que la familia ya esté constituida, la eficacia de la autorización estará condicionada a la efectiva entrada del familiar en territorio nacional, si dicha entrada se produjera tras la concesión de la autorización. En este caso, la entrada deberá producirse en el plazo máximo de un mes desde la notificación de la concesión de la autorización, lo que habrá de constar en la resolución”.*

Todo ello se comunicará al interesado reagrupante y a las instancias administrativas competentes (Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación y Misión Diplomática u Oficina Consular en el extranjero). El Reglamento actual insiste en la grabación de la resolución en la aplicación correspondiente para el acceso a la misma de la Administración exterior en cuya demarcación resida el extranjero. Además introduce en el apartado séptimo del artículo 56 que los procedimientos regulados en este artículo, además de los relativos a visado y renovación de autorizaciones de residencia por reagrupación familiar tendrán carácter preferente en su tramitación.

También hay novedad en la norma reglamentaria de 2011, con respecto a este procedimiento, al incluir la forma en la que se va a remitir la información estadística sobre reagrupación familiar, que se realizará desde la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración (ahora Secretaría General de Inmigración y Emigración) a las

Comunidades Autónomas y a la Federación Española de Municipios y Provincias a los efectos de traslado a los Ayuntamientos correspondientes²⁶⁹.

El apartado séptimo del artículo 42 del Reglamento de 2004 y el apartado tercero del artículo 58 del Reglamento de 2011 (aunque en este caso con la modificación en relación al cambio de la residencia permanente a la de larga duración y larga duración-UE) se ocupan del tiempo de vigencia de la autorización de la reagrupación familiar, que será el mismo de la autorización de residencia del reagrupante, si ésta es temporal. Si el reagrupante disfruta de una autorización de residencia de larga duración o de larga duración-UE, la vigencia de la primera autorización de residencia de los reagrupados se extenderá hasta la fecha de validez de la Tarjeta de Identidad de Extranjero de que sea titular el reagrupante en el momento de la entrada del familiar en España, siendo la posterior ya de larga duración.

2.5. PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DE TRABAJO POR CUENTA AJENA: ARTÍCULO 51 DEL REGLAMENTO DE 2004 Y ARTÍCULO 67 DEL REGLAMENTO DE 2011, EN CONEXIÓN CON OTROS PRECEPTOS

El procedimiento para la concesión de la autorización de trabajo²⁷⁰ por cuenta ajena, se inicia, como en casi todos los preceptos relativos a los procedimientos, con un apartado sobre quién y cómo debe presentar la solicitud. Así, en este caso, debe ser el empleador o empresario (ahora sólo utiliza el término empleador) o quien válidamente tenga atribuida la representación legal empresarial. Luego la exigencia de la presentación personal se flexibiliza en este caso, bien es cierto que en función de cómo se interprete la “representación legal empresarial”.

La “representación legal empresarial” parece interpretarse sólo como la correspondiente a la persona física que en un documento público haya sido habilitada para ello, sin

²⁶⁹ Artículo 56.8: “...La información será remitida con periodicidad trimestral y desglosada por nacionalidad, sexo y edad del reagrupado, y municipio en el que el reagrupante haya declarado tener su vivienda habitual”.

²⁷⁰ Vid. PARRA RODRÍGUEZ, C.: “El nuevo marco de las autorizaciones de trabajo”, en BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F.J. Y MOYA MALAPEIRA, D. (Coords.): *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería*, Tirant lo Blanch Reformas, IDP, Valencia, 2011, pp.205-217.

permitir la representación a través de profesionales que, para este tipo de procedimientos en concreto, tramiten las solicitudes de las empresas. Así fue interpretada la exigencia al menos en las Instrucciones dictadas (después de la reforma de 2003) para la interpretación de los preceptos legales y reglamentarios.

Una visión tan restrictiva del quién ha de presentar las solicitudes de autorización de trabajo por cuenta ajena descarga sobre los empresarios, y muy especialmente sobre los responsables de las PYMES (pequeñas y medianas empresas) el coste en términos de tiempo y molestias de la tramitación de los procedimientos, sin dejarles la oportunidad de poner en manos de profesionales especializados (que podrían actuar además como colaboradores de la Administración) el manejo documental y la representación en los procedimientos.

No es una solución contraria a los principios constitucionales del procedimiento administrativo, pero quizás debería reconsiderarse en sus consecuencias más drásticas, tal y como advertimos anteriormente, permitiendo que asociaciones empresariales desarrollaran estas tareas, o permitiendo una intervención profesionalizada en casos excepcionales y con todas las garantías que se considerara necesario introducir (incluyendo por supuesto la previsión de sanciones para los casos de fraude).

Sin embargo, como hemos hecho en otros momentos anteriores, en los que hemos analizado la presentación personal que se exige por los Reglamentos en distintos procedimientos para autorizaciones, también hay que recordar aquí la posibilidad que ofrece el nuevo Reglamento de 2011, en el primer párrafo de su Disposición adicional tercera y en su Disposición adicional octava, de hacer la solicitud de forma electrónica a quienes se encuentren en España y estén legitimados para solicitar una autorización inicial de residencia y de trabajo²⁷¹. Siendo así, se podría evitar la presentación personal.

²⁷¹ Disposición adicional tercera “*De conformidad con la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio español las solicitudes relativas a las autorizaciones iniciales de residencia y de trabajo deberán presentarse, presencial o electrónicamente, ante los registros de los órganos competentes para su tramitación*”, y Disposición adicional octava “*5. Se entenderá cumplida la obligación de comparecencia personal de una persona física o jurídica o de una entidad sin personalidad jurídica, cuando se presenten solicitudes, escritos o documentos autenticados electrónicamente o, de estar así previsto, previo cotejo de los que hayan sido aportados, utilizando para ello los sistemas de firma electrónica incorporados al Documento Nacional de Identidad u otros sistemas de firma electrónica avanzada admitidos por la Administración General del Estado...*”.

A continuación, siguiendo una estructura recurrente, el apartado segundo de los preceptos que exponen los procedimientos en los Reglamentos enumera las exigencias documentales. Si bien en las dos normas reglamentarias objeto de comparación, el elenco de exigencias se desglosa en siete bloques, el contenido se ve modificado por el nuevo Reglamento en cuanto a los requisitos que se le exige al empleador: sobre él mismo, sobre el eventual empleado y sobre su empresa. Como se ha hecho en otros aspectos se podría haber aprovechado la oportunidad de la aprobación de un nuevo Reglamento para hacer una separación entre todos estos documentos teniendo en cuenta a quién se refiere cada uno.

El Reglamento de 2004 en el apartado segundo del artículo 51 enumeraba los documentos necesarios (respecto del empleador, de la empresa y del empleado) que se deben acompañar a la solicitud: NIF y documento de inscripción de la empresa en la seguridad social o documento acreditativo de hallarse exento y, en el caso de que la empresa esté constituida como una persona jurídica, el documento público que otorgue su representación legal a favor de la persona física que haga la solicitud; contrato de trabajo u oferta de empleo; cuando lo considere la autoridad competente, medios económicos; copia del pasaporte o documento de viaje del trabajador; en caso de encontrarse en la situación de excepción de la situación nacional de empleo, y alegarlo, documentos que lo justifiquen; la titulación de la capacitación profesional y otros documentos que se hubieran establecido por Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales para demostrar el cumplimiento de los requisitos que para la obtención de esta autorización establece el artículo 50²⁷².

Las diferencias en la nueva regulación comienzan por el primer documento. Se exige igualmente el NIF y el documento público que acredite la representación legal en el caso de que la empresa esté constituida como persona jurídica, pero nada dice en el mismo párrafo del documento de inscripción en la Seguridad Social o del que le permita estar exento (sin perjuicio de la exigencia que en el apartado quinto del artículo 67 se

²⁷² No encontrarse ilegalmente en España, no tener antecedentes penales, que la situación nacional de empleo lo permita, garantía de una actividad continuada para el trabajador, empresa inscrita en el correspondiente régimen de la seguridad social y al corriente de sus obligaciones tributarias y de la seguridad social y que acredite medios económicos suficientes para su proyecto empresarial y que las condiciones de la oferta se adapten a la normativa vigente.

establece sobre el “...cumplimiento de las obligaciones en materia tributaria y de la Seguridad Social...”). Además, se añade respecto del Reglamento anterior que en el caso de que el empleador fuera persona física, no se le exigirá la presentación del NIF si accede a la verificación de sus datos a través del Sistema de Verificación de Datos de Identidad.

Otro de los documentos que tiene que aportar el empleador es el contrato de trabajo que ahora se ciñe al propio contrato y no al “*contrato de trabajo o la oferta de empleo*” como en la regulación de 2004. Esta exigencia más ceñida constituye una dificultad más para los empleadores con intenciones dudosas, tan temidos por la Administración y un avance en la regulación del procedimiento.

En cuanto a los medios del proyecto empresarial (que podrían añadirse al grupo de documentación de la empresa) se produce un interesante cambio en la nueva regulación. Se exige, como en el Reglamento anterior, la necesidad de aportar por parte del empresario la justificación de su capacidad para llevar a cabo su proyecto empresarial y hacer frente a las obligaciones del contrato de trabajo (medios económicos, materiales o personales). Esto se recoge en el apartado segundo del artículo 67 letra d) “*Los documentos acreditativos de los medios económicos, materiales o personales de los que dispone para su proyecto empresarial y para hacer frente a dichas obligaciones, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66....*”.

Pero además, en el artículo 66, se determinan con precisión y claridad en torno al IPREM las cantidades de las que el empleador debe disponer para hacer frente a las obligaciones propias y familiares, en el caso de que se trate de una persona física. Cantidades con las que tiene que contar una vez descontado el pago del salario reflejado en el contrato de trabajo que obre en el procedimiento.

Así lo establece el artículo 66 “*a) En caso de no existir familiares a cargo del empleador: una cantidad que represente mensualmente el 100% del IPREM; b) En caso de unidades familiares que incluyan dos miembros, contando al empleador solicitante: una cantidad que represente mensualmente el 200% del IPREM; c) En caso de unidades familiares que incluyan más de dos personas, contando al empleador solicitante: una cantidad que represente mensualmente el 50% del IPREM por cada*

miembro adicional; Los medios económicos a acreditar resultarán de la suma de aquéllos con los que cuente cada una de las personas que integren la unidad familiar.”

Esto supone un obstáculo más para empresarios ficticios, y un paso más en el control de fraudes que han sido denunciados en muchas ocasiones por las Oficinas de Extranjería.

No es la única precisión que se añade en este sentido en el Reglamento de 2011, también establece que esos medios que se deben acreditar, en ningún momento podrán proceder de ayudas, subvenciones...etc., salvo en el ámbito de la asistencia domiciliaria y el cuidado de menores. Asimismo, ahora se exige, si es el caso, el certificado del Servicio Público de Empleo competente sobre la insuficiencia de demandantes de empleo para cubrir el puesto de trabajo, otra consecuencia de nuestra maltrecha situación económica.

El resto de los documentos que se solicitan son más o menos comunes a los que se solicitaban en el Reglamento de 2004. Así: documentación personal del extranjero (copia del pasaporte o documento de viaje en vigor); documentos justificantes, de ser alegado por el extranjero, de la concurrencia de un supuesto específico de no consideración de la situación nacional de empleo del artículo 40 de la Ley Orgánica 4/2000 (añade el nuevo Reglamento “*o por convenio internacional*”); titulación o acreditación de la capacidad para el ejercicio de la profesión u otros documentos determinados referidos a la situación nacional de empleo, garantía de actividad continuada, cumplimiento de las obligaciones de la seguridad social, respeto de las condiciones de la oferta, titulación, falta de antecedentes penales o ausencia de situación irregular son también exigidos en ambos Reglamentos.

Recibida la solicitud, en el apartado tercero y cuarto del artículo 51 del Reglamento de 2004 y en el tercero, cuarto y quinto del artículo 67 del Reglamento de 2011, se determina cómo continúa el procedimiento. En el Reglamento vigente destaca la novedad de la exigencia del grabado de la solicitud en la aplicación informática correspondiente además del registro que deja constancia de la presentación, de tal manera, dice, que los órganos competentes para resolver puedan tener conocimiento de la solicitud en tiempo real.

Mientras el Reglamento anterior no hace referencia expresa a la inadmisión a trámite de la solicitud (salvo para el caso de que el extranjero se encuentre en situación irregular), el nuevo le dedica el apartado cuarto del artículo 67, en el que establece que el órgano competente para resolver así lo hará, si comprueba que concurre alguna de las causas de inadmisión a trámite que se reconocen en la Ley Orgánica 4/2000, y si así fuera, hacerlo de forma motivada.

Además, tanto en un Reglamento como en el otro, en estos apartados se contempla la recopilación de varios informes por parte de la autoridad competente. Los informes citados tendrán que estar emitidos en un plazo de 10 días desde que se solicitan (el general de la Ley de Procedimiento Administrativo), a saber, a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, la Tesorería General de la Seguridad Social, la Dirección General de la Policía y el Registro Central de Penados.

En el Reglamento de 2011 al final del apartado quinto del artículo 67 se insiste en el uso de la informática más avanzada *“la solicitud y emisión de los informes a que se refiere este apartado se realizarán por medios electrónicos”*. De cualquier manera, resultan elementos de control añadidos, deliberadamente, en los Reglamentos, para evitar los fraudes de ofertas de trabajo ficticias, o realizadas por empresas *“fantasma”* creadas con el único fin de facilitar la tramitación de los visados con la excusa de una contratación inexistente.

La subsanación de las carencias documentales²⁷³ se regula, en términos formales un tanto estrictos, en el apartado cuarto del artículo 51 del Reglamento de 2004 y quinto del artículo 67 del Reglamento de 2011. El Reglamento anterior establecía la posibilidad de subsanar en el caso de la falta de los documentos del apartado segundo del artículo 51, ya vistos y la ausencia de acreditación de estar al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y de seguridad social, dándosele un plazo de 10 días para hacerlo a cambio de no tenerlo por desistido de su petición y archivar el procedimiento.

²⁷³ Vid. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Parte general*, Thomson Civitas, 2008, pp. 204-208.

En el actual, y con mejor criterio, se refiere a la documentación subsanable como la “documentación exigida” sin especificar. Es lógico que se haya producido la modificación en este sentido, pues no se regulaba la posibilidad de subsanación del resto de las omisiones documentales, que en nuestra opinión es y era perfectamente posible, como se ha expuesto al tratar esta cuestión anteriormente. Por lo demás, el plazo para la subsanación es el mismo que el marcado en el Reglamento anterior y con las mismas consecuencias en el caso de no enmendar la documentación.

En el apartado quinto del artículo 51 del Reglamento de 2004 y en el sexto del artículo 67 del Reglamento de 2011 se exige expresamente la resolución de forma motivada pero sólo el nuevo Reglamento expresa un plazo de tres meses para dictarla.

2.6. PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DE ESTANCIA POR ESTUDIOS, MOVILIDAD DE ALUMNOS, PRÁCTICAS NO LABORALES O SERVICIOS DE VOLUNTARIADO, REGULADO EN EL ARTÍCULO 39 DEL REAL DECRETO DE 2011 (ARTÍCULO 87 DEL REAL DECRETO DE 2004 COMO AUTORIZACIÓN PARA INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS)

El procedimiento de concesión de esta autorización exige, como casi todos los procedimientos, la presentación personal del modelo oficial en la Misión Diplomática, salvo que medien las circunstancias del apartado segundo de la Disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/2000, ya vistas²⁷⁴. El apartado primero del artículo 87 del Reglamento de 2004 se remite a esta Disposición, mientras que otros preceptos, en la regulación de otros procedimientos, formulan las circunstancias sin mencionar la adicional (artículo 35 del Reglamento de 2004), o no mencionan ni lo uno ni lo otro como es el caso del artículo 39 del Reglamento de 2011.

En realidad, basta con la previsión de dicha Disposición en la Ley Orgánica para contemplar estas circunstancias en todos los casos, aunque desde el punto de vista de

²⁷⁴ Cuando el sujeto legitimado se encuentre en territorio extranjero y el interesado no resida en la población de la sede diplomática o consular y haya razones que impidan su desplazamiento...se podrá hacer por representante debidamente acreditado.

una buena técnica legislativa tampoco estaría de más un artículo (en una parte general sobre los procedimientos) dedicado monográficamente a la presentación de solicitudes.

Como suele ser habitual, y se ha visto hasta ahora, también el apartado segundo de estos artículos se ocupan de los documentos exigibles en este procedimiento. En el Reglamento de 2004 se exigían: vigencia de pasaporte o documento de viaje; admisión en centro docente oficialmente reconocido; contenido del plan de estudios o investigación; seguro médico; disposición de medios de subsistencia; autorización de padres o tutores. En el caso de estancias superiores a seis meses, también se requerirá certificado médico y certificado de carecer de antecedentes penales o documento equivalente del país de origen o procedencia (de residencia en los últimos cinco años).

En el nuevo Reglamento se distingue entre distintos tipos de estancia para estudiar o actividades similares (por estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado). Por ello la norma amplía considerablemente la regulación del procedimiento para autorizar estas estancias. Ahora se establecen por una parte los requisitos generales y comunes a las distintas autorizaciones y por otra los requisitos específicos que para cada tipo de autorización concreta se necesitan. Además, los requisitos generales se dividen a su vez en los que debe valorar la Misión Diplomática u Oficina Consular y los que debe valorar la Oficina de extranjería que seguro agradecerán en todas ellas. Todos esos requisitos son prácticamente los mismos que se exigían en el Reglamento anterior en el que no se hacían distinciones aclaratorias.

Entre los requisitos generales están los requisitos económicos que toman, de nuevo, como dato referente el IPREM (para el sostenimiento del interesado, una cantidad que represente mensualmente el 100% y para el sostenimiento de cada familiar que esté a su cargo, una cantidad que represente mensualmente el 75% para el primero y el 50% para cada uno de los restantes, salvo la acreditación del pago previo del alojamiento para toda la estancia). En lo que se refiere a los requisitos que se exigen para cada tipo de estancia se basan principalmente en acreditar haber sido admitido previamente en el centro, familia, programa, institución...etc., origen de la estancia.

En el apartado tercero del artículo 87 del Reglamento sustituido se contempla, como en otros procedimientos, la posibilidad de requerir una comparecencia al solicitante para

comprobar su identidad y/o la validez de la documentación, así como el resto de circunstancias. Una vez más se contempla la posible incomparecencia en el plazo fijado (que no podrá exceder de quince días) como equivalente al desistimiento, con el consiguiente archivo. Quizás, también para estos casos, como para la presentación de solicitudes, podrían contemplarse excepciones en las circunstancias previstas por la Disposición adicional tercera de la Ley de Extranjería.

En el Reglamento de 2011 se omite de nuevo la capacidad de realizar la entrevista para solventar dudas sobre la persona y su documentación, pero no por eso, como hemos visto anteriormente, esa posibilidad queda mermada, pues está establecida, como acabamos de recordar, en la Disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/2000. Tiene cierta coherencia que no se recoja la entrevista cuando tampoco se recoge la posibilidad de hacer la presentación por medio de representante en determinadas circunstancias. Si la solicitud se ha presentado personalmente es más difícil que se planteen dudas sobre la identidad de quien la presenta aunque sí de los documentos.

Se producen cambios también en cuanto a la comunicación que se tiene que establecer entre la sede exterior de la Administración española y la Delegación o Subdelegación del Gobierno del lugar donde el interesado quiere desarrollar su actividad en el tiempo de estancia. En el Reglamento anterior se dice que esa comunicación se deberá hacer preferentemente por medios telemáticos (informáticos) solicitando de la Administración periférica citada un informe sobre el cumplimiento de los requisitos para la permanencia en España. Se contempla un plazo general de siete días para la emisión del informe, transcurrido el cual, la Oficina Consular o Misión Diplomática entiende que éste es positivo. La Administración exterior, tras comprobar su parte en cuanto a los requisitos, resolverá sobre la solicitud y expedirá el visado en el plazo de un mes.

Esta parte del procedimiento tiene connotaciones diferentes en la nueva regulación que no tienen demasiada trascendencia final, concretamente establecidas en el apartado tercero del artículo 39. En él se establece que lo que la Oficina Consular requerirá de la Delegación o Subdelegación del Gobierno será la resolución sobre la autorización de estancia, además ya no se dice preferentemente por medios telemáticos, como acabamos de ver, sino directamente por medios electrónicos, y se especifica que el requisito que

tiene que comprobar antes de comunicar la resolución sobre la autorización de estancia es el informe policial.

En cuanto al plazo, ahora para la resolución antes para el informe, es también de siete días, tras los que se considerará, igualmente, que se entiende la conformidad de la Delegación o Subdelegación con la solicitud, sin perjuicio de la decisión última de la sede consular o diplomática para la que, por cierto, en el nuevo Reglamento no da el plazo de un mes²⁷⁵ para resolver y expedir el visado, como así hacía el anterior.

Una novedad que integra importantes aspectos administrativos en el Reglamento de 2011 y que eludía hacerlo el anterior, es la regulación para el caso de que la resolución de la Sede Diplomática o Consular fuera desfavorable “...notificará al interesado el sentido de la resolución, informándole por escrito en el mismo documento de los recursos administrativos y judiciales que procedan contra la misma, los órganos ante los que deban interponerse y los plazos previstos para ello. Igualmente la misión diplomática u oficina consular resolverá el archivo del procedimiento relativo al visado” (apartado cuarto del artículo 39).

A partir de la concesión del visado, el extranjero debe recogerlo en un plazo de dos meses desde su notificación. Si no se recogiera en ese plazo, se entenderá que el interesado ha renunciado y se producirá el archivo del procedimiento. Este apartado es común en ambos Reglamentos, en concreto corresponde al apartado sexto de los artículos 87 y 39 de las normas de 2004 y 2011 respectivamente. De nuevo sin

²⁷⁵ Disposición adicional duodécima del Real Decreto 557/2011 sobre plazos de resolución de los procedimientos: “1. Sin perjuicio de los plazos específicamente establecidos en relación con determinados procedimientos, el plazo general máximo para notificar las resoluciones que se formulen por los interesados en los procedimientos regulados en este Reglamento será de tres meses contados a partir del día siguiente al de la fecha en que hayan tenido entrada en el registro del órgano competente para tramitarlas. Se exceptúan las peticiones de autorización de residencia por reagrupación familiar, de autorización de trabajo de temporada y las realizadas al amparo de los artículos 185 y 186 de este Reglamento, cuyas resoluciones se notificarán en la mitad del plazo señalado. 2. En los demás procedimientos en materia de visados, el plazo máximo, y no prorrogable, para notificar las resoluciones sobre las solicitudes será de un mes, contado a partir del día siguiente al de la fecha en que la solicitud haya sido presentada en forma en la oficina consular competente para su tramitación, salvo en el caso de los visados de residencia no lucrativa, en los que el plazo máximo será de tres meses. En el caso del visado de residencia no lucrativa, la solicitud de la pertinente autorización de residencia por parte de la Delegación o Subdelegación del Gobierno que corresponda interrumpirá el cómputo del plazo, hasta que se comunique la resolución. 3. El contenido de los apartados 1 y 2 de esta Disposición adicional se entenderá sin perjuicio de los plazos establecidos por el Derecho de la Unión Europea como directamente aplicables en materia de visados de tránsito aeroportuario, visados uniformes o visados de validez territorial limitada...”

contemplar la posible concurrencia de las circunstancias de dificultad extrema de desplazamiento, circunstancias que creemos deberían proyectarse sobre cada uno de estos trámites, relajándose así la drástica consecuencia de la equiparación al desistimiento y el archivo del procedimiento.

2.7. PROCEDIMIENTOS DE MODIFICACIÓN DE LA SITUACIÓN DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA: TÍTULO IX DEL REAL DECRETO DE 2004 Y TÍTULO XII DEL REAL DECRETO DE 2011

La modificación de la situación de los extranjeros en España es otro de los aspectos relevantes que necesariamente debe ser objeto de análisis, porque un gran número de extranjeros atraviesan por sucesivos estadios a lo largo de su permanencia en nuestro país, de manera que el trasiego procedimental de estas características multiplicará el trabajo de las Oficinas públicas, incrementándose los expedientes concretos sobre una misma persona.

Como además, la modificación de la situación implica necesariamente que el extranjero ya ha producido algún expediente previo, es en este tipo de procedimientos donde podrían introducirse quizás medidas simplificadoras para facilitar el trabajo de las oficinas competentes, así como para hacer más llevadera la experiencia administrativa de los interesados.

Se contemplan en estos Títulos, procedimientos que se ven modificados en el Reglamento de 2011 con motivo, principalmente, de los cambios que en otros procedimientos ha introducido esta norma.

En primer lugar: De la situación de estancia por estudios a la situación de residencia y trabajo (artículo 95 del Reglamento de 2004), a De la situación de estancia por estudios, investigación, formación o prácticas a la situación de residencia y trabajo o de residencia con excepción de la autorización de trabajo (artículo 199 del Reglamento de 2011).

En segundo lugar: De la situación de residencia a la situación de residencia y trabajo por cuenta propia y ajena (artículo 96 del Reglamento de 2004) a De la situación de

residencia a la situación de residencia y trabajo o de residencia con la exceptuación de trabajo (artículo 200 del Reglamento de 2011).

En tercer lugar: Compatibilidad de la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena y de la de residencia y trabajo por cuenta propia (artículo 97 del Reglamento de 2004) a Compatibilidad de la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena y de la de residencia y trabajo por cuenta propia, o de autorizaciones de trabajo por cuenta propia de ámbito geográfico distinto (artículo 201 del Reglamento de 2011).

En cuarto lugar: De la situación de residencia por circunstancias excepcionales a la situación de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena (artículo 98 del Reglamento de 2004) a De la situación de residencia por circunstancias excepcionales a la situación de residencia, residencia y trabajo o residencia con exceptuación de la autorización de trabajo (artículo 202 del Reglamento de 2011).

Y en quinto lugar: Modificaciones de la autorización de residencia y trabajo (artículos 99 y 203 de los Reglamentos de 2004 y 2011, respectivamente).

Las que ofrecen más dificultades procedimentales son las dos primeras, que analizamos a continuación:

-El procedimiento del paso de estancia por estudios a residencia y trabajo se regulaba en el artículo 95 del Reglamento de 2004, y se amplía en el nuevo Reglamento en su artículo 199, de tal manera, que se añade la posibilidad de ser autorizado a realizar este tipo de estancia (además de por estudios) por investigación, por formación o por prácticas. No es la única ampliación en la regulación de esta modificación de situaciones, también se aumenta el ámbito de aplicación, de esta regulación concreta, en cuanto a la situación a la que se pasa. En este caso en el Reglamento anterior se consideraba el paso a la situación de residencia y trabajo y en el nuevo (además de a la anterior) también a la de residencia con exceptuación de la autorización de trabajo.

En ambos Reglamentos se facilita este cambio al no exigirse el visado, siempre y cuando el empleador presente la autorización, cumpliéndose los requisitos de los artículos 50.a) y 64 de los Reglamentos de 2004 y 2011 respectivamente (que son los

requisitos para la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena), más otros previstos en el primer apartado del artículo 95 del Reglamento de 2004 y en el primer apartado del artículo 199 del Reglamento vigente (permanencia mínima de tres años en situación de estancia por estudios; haber realizado los estudios o el trabajo de investigación con aprovechamiento; no haber sido becado o subvencionado por organismos públicos o privados dentro de programas de cooperación o de desarrollo del país de origen).

El último requisito no termina de entenderse, salvo que persiga evitar que estos programas de becas o subvenciones tengan como principal objetivo favorecer una suerte de inmigración encubierta, lo que no parece probable teniendo en cuenta los costes de la estancia en nuestro país para estudiantes de países en vías de desarrollo. Con esta prohibición en realidad se está limitando precisamente a estudiantes de ciertos méritos o capacidades (pues probablemente habrán recibido sus becas por sus resultados académicos, al menos hay que presumirlo). Menos aún se comprende esta limitación teniendo en cuenta las ventajas que ofrece este tipo de modificación, entre las que resulta relevante la posibilidad de autorización de residencia para sus familiares, si dispone de solvencia económica y de vivienda adecuada, en términos idénticos a los exigidos para la reagrupación familiar.

Los apartados segundo del artículo 95 del Reglamento de 2004 y tercero del artículo 199 del Reglamento de 2011 definen la naturaleza de la autorización de residencia y trabajo (o mera residencia) concedida para el tránsito desde la situación de estancia por estudios (estudios, investigación, formación o prácticas en el nuevo Reglamento) y así establecen que tendrá la consideración de autorización inicial, subordinada a la posterior alta en la Seguridad Social. Una vez se cumple esta condición, el beneficiario debe solicitar, en el plazo de un mes desde la concesión de la autorización, su Tarjeta de Identidad de Extranjero.

A continuación, en los apartados tercero del artículo 95 del Reglamento de 2004 y cuarto del artículo 199 del Reglamento de 2011, se contempla una excepción al período de tres años exigido para poder cambiar de la situación de estancia por estudios a la de residencia y trabajo. Tratándose de extranjeros con excepcionales méritos profesionales y científicos, la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración (ahora Secretaría

General de Inmigración y Emigración) puede permitirles la modificación aunque lleven menos de tres años en España.

En este caso el artículo 199 del nuevo Reglamento añade a lo regulado por su antecesor que no será aplicable dicha excepción en los siguientes supuestos: “ *a) Extranjeros que hayan superado el periodo de ejercicio profesional en prácticas y/o el periodo complementario de formación contemplado en la normativa reguladora de las condiciones para el reconocimiento de efectos profesionales a títulos de especialistas en Ciencias de la Salud, obtenidos en Estados no miembros de la Unión Europea. En dicho caso, la autorización de estancia adquirirá el carácter de autorización provisional de residencia y trabajo por cuenta ajena, una vez admitida a trámite la solicitud de modificación, y hasta que se resuelva el procedimiento. La denegación de la modificación supondrá la automática pérdida de vigencia de la autorización provisional, sin necesidad de pronunciamiento administrativo expreso.; b) Extranjeros que en posesión del título homologado de Licenciado en Medicina, siempre que la actividad a desarrollar tras la modificación sea su acceso a la escala de complemento del Cuerpo Militar de Sanidad”*

Por último, se sigue exigiendo que la solicitud de la autorización de residencia y trabajo así como la autorización de residencia para los familiares se haga en un plazo concreto, como establecía el anterior Reglamento en el apartado cuarto del artículo 95, pero de otra forma. Y así establece: “*La autorización de residencia y trabajo, así como, en su caso, la autorización de residencia para los familiares, deberá solicitarse durante los tres meses anteriores a la extinción de la autorización de estancia por estudios....”*

El apartado quinto del artículo 199 del Reglamento de 2011 dice que deberá solicitarse la autorización de residencia y trabajo, así como la de sus familiares y añade en otro párrafo casi inmediatamente: “*En ningún caso se podrá presentar una solicitud antes de los noventa días naturales previos a la fecha en que previsiblemente el extranjero cumplirá el requisito de permanencia en situación de estancia por estudios durante tres años.*” Es decir, lo mismo pero expresado de otra forma. Hay modificaciones que no se deberían hacer para no contribuir a la confusión de quienes las aplican a diario.

En cuanto a la prórroga de la autorización de estancia mientras se resuelve el paso a otra autorización también son acordes los Reglamentos. Ya se ha visto que tanto uno como otro establecen que deberá solicitarse la autorización de residencia y trabajo, así como la de sus familiares durante la vigencia de la autorización de estancia principal. Pues bien, en los mismos apartados se añade que la solicitud realizada en plazo prorrogará la vigencia de la autorización de estancia, así como de los familiares que le acompañen, hasta que recaiga resolución sobre ella.

El nuevo Reglamento completa la regulación de este procedimiento en coherencia con el cambio que se produce de la regulación del tránsito de una situación a otra, relativo a la exceptuación de la autorización de trabajo, y así, en el apartado sexto del artículo 199 establece *“Cuando en el marco del procedimiento se establezca que el extranjero no reúne los requisitos exigibles de acuerdo con este precepto, pero sí los relativos a la concesión de la autorización inicial de residencia de que se trate, el órgano competente dictará resolución en relación con ésta, condicionada a la obtención del correspondiente visado, en los términos generalmente aplicables a la autorización en cuestión”*

-Otro paso de una situación a otra, cuya regulación ha variado en el nuevo Reglamento, es el de la situación de residencia a la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena y propia (a lo que el Reglamento de 2011 añade, como en el tránsito anterior analizado, *“o a la situación de autorización de residencia con exceptuación de la autorización de trabajo”*).

En la nueva regulación perviven preceptos que despiertan dudas. Esta modificación de situación se preveía en el artículo 96 del Reglamento de 2004 y se prevé en el artículo 200 del reciente Reglamento de 2011. Se trata, como hemos visto, del cambio de situación de residencia a la de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena aunque ahora también se puede pasar a la situación de residencia, pero no mera residencia que es la que ya se tiene, sino a la situación de residencia con exceptuación de la autorización para trabajar.

Significa todo ello, que un extranjero que sólo se encuentra viviendo en nuestro país puede comenzar a trabajar en él, ora como profesional autónomo, ora como contratado

de una empresa y también significa que un extranjero que se encuentra viviendo en España con una autorización de residencia puede continuar en España realizando una actividad lucrativa, laboral o profesional pero con otro tipo de residencia exenta de autorización de trabajo como será quien cumpla las condiciones del artículo 117 del Reglamento de 2011 (regulado en el artículo 68 del anterior Reglamento), así: investigadores, artistas, científicos, profesores...en determinadas circunstancias.

Para poder solicitar estos cambios, es preciso, en principio, que el extranjero interesado lleve en nuestro país como mínimo un año en situación de residencia legal. Este plazo, sin embargo, podía y puede excepcionarse cuando el extranjero “...acredite una necesidad por circunstancias sobrevenidas de trabajar para garantizar su subsistencia”. Es difícil concretar qué se entiende por “*circunstancias sobrevenidas*” en este caso; si basta con que el extranjero deje de disponer de medios económicos (es decir, que se le acaben los recursos, pues en ningún caso se exige una cadencia de ingresos, sino un disponible total), o es preciso que apunte algún cambio inesperado en su situación económica.

Obviamente la cuestión no es baladí, pues de la misma depende la consideración de este procedimiento como vía común para acceder a la autorización de residencia o trabajo, pero ni lo aclaraba el Reglamento anterior, ni éste lo aclara. Al menos en cuanto a este traslado entre situaciones. Sin embargo, en la regulación del siguiente sí puntualiza lo que ahora deja sin aclarar para éste, y es en los apartados segundo y tercero (también reiteradamente) del artículo 203.

Lo hace en referencia a la modificación de las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta ajena a cuenta propia y viceversa. Para poder dar dicho paso es preciso tener renovada la autorización inicial o solicitada la misma. Bien, pues esta condición se puede excepcionar si el extranjero acredita una necesidad por circunstancias sobrevenidas para garantizar su subsistencia. Los preceptos especifican: “*como el hecho de que, por causas ajenas a su voluntad hubiera cesado la actividad por cuenta propia o se hubiera interrumpido la relación laboral por cuenta ajena*”. Se puede decir que mejora el planteamiento anterior aunque sigue resultando ambiguo, y extraña que este párrafo no se haya incorporado también al aspecto analizado con anterioridad.

Sí hay que reconocer, sin embargo, el “esfuerzo de simplificación” que hace el nuevo Reglamento en el artículo 200. Sólo regula el paso de la situación de residencia a la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena, pero en el párrafo cuarto de este mismo artículo se establece: “ *Las previsiones establecidas en este artículo serán igualmente de aplicación para el acceso a una autorización de residencia y trabajo por cuenta propia, de residencia con exceptuación de la autorización de trabajo, de residencia y trabajo para investigación o de residencia y trabajo de profesionales altamente cualificados*”.

Este mismo texto ya se encuentra en el apartado segundo del artículo 199 y se reitera en el apartado cuarto del artículo 202, es decir, establece una forma de unificar puntos en las distintas modificaciones de situaciones. Pudiéndose aplicar, por tanto, aspectos importantes de la regulación de unas a otras como la cuestión relativa a la prórroga de la vigencia de las autorizaciones de las situaciones en que se encuentren, o la resolución de los procedimientos de modificación de status (si hubiera una parte común previa se podría ahorrar la reiteración en todos los artículos).

Para añadir algo más de caos, el Reglamento después de establecer que previsiones de uno y otro se aplicarán por igual en las distintas modificaciones, también introduce por triplicado otras previsiones, como por ejemplo en el apartado tercero del artículo 199 para una modificación o en los apartados segundo y tercero de los artículos 200 y 202 respectivamente, para otras: “*La eficacia de la autorización de residencia y trabajo estará condicionada al posterior alta del trabajador en el régimen correspondiente de la Seguridad Social en el plazo de un mes desde la notificación de su concesión...*” (en el caso del artículo 200 se refiere a la autorización de trabajo).

Cualquier aportación a la simplificación es de reconocimiento pero estaría mejor que viniera de la mano, como ya se ha insistido en este trabajo, de una parte común que dé paso a especificaciones varias y no de párrafos comunes incluidos dentro de las regulaciones específicas que al final sólo crean más confusión. Por lo tanto, la mayoría de los requisitos son comunes pero variarán cuando se trate de adquirir una autorización para trabajar por cuenta ajena.

2.8. PROCEDIMIENTO PARA LA OBTENCIÓN DEL N.I.E. (NÚMERO DE IDENTIDAD DE EXTRANJERO): PREVISTO EN EL ARTÍCULO 101 DEL REGLAMENTO DE 2004 Y EN EL ARTÍCULO 206 DEL REGLAMENTO DE 2011

Se trata, a los efectos de identificación del extranjero, de un número personal, único y exclusivo, de carácter secuencial²⁷⁶. Varía muy poco su regulación. En el Reglamento anterior el número de identidad del extranjero estaba previsto: para todos aquellos habilitados por un documento a permanecer en territorio español, para los que se les hubiera incoado un expediente administrativo y para los que se relacionaran con España por sus intereses económicos, profesionales o sociales.

En el nuevo Reglamento se puntualizan algunos aspectos “...a los extranjeros a cuyo favor se inicie un procedimiento para obtener un documento que les habilite para permanecer en territorio español que no sea un visado...”. Se introduce la necesidad de tener el número desde la incoación del procedimiento que le habilite para permanecer en España y se hace, también de forma novedosa, la salvedad “que no sea un visado”.

Luego este número no se contempla exclusivamente para los inmigrantes, ni sólo para los residentes, sino que está previsto para todos los que de alguna manera se relacionan con la Administración de nuestro país. Sirve como identificador, figurando en todos los documentos que se le expidan o tramiten (el nuevo Reglamento hace de nuevo la salvedad de los visados).

Será otorgado de oficio por la Dirección General de Policía (y de la Guardia Civil añade el nuevo Reglamento)²⁷⁷, a todos los extranjeros habilitados en territorio español, o a los que se haya incoado un expediente de extranjería. Los extranjeros que tengan relaciones económicas, profesionales o sociales con España, deberán solicitarlo, cumpliendo estos requisitos: no encontrarse en situación irregular y justificar documentalmente los motivos de su solicitud (en este segundo requisito ahora el Reglamento cambia la

²⁷⁶ Vid. SOLANES CORELLA, A.: “Derecho a la documentación” en BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F.J. Y MOYA MALAPEIRA, D. (Coords.): *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería*, Tirant lo Blanch Reformas, IDP, Valencia, 2011, pp.47-59.

²⁷⁷ Aunque tras la formación del nuevo Gobierno, como resultado de las elecciones generales celebradas en noviembre de 2011, de nuevo se trata de dos Direcciones Generales distintas.

expresión “*justifiquen documentalmente*” por “*comuniquen*” dichos motivos, con lo que se observa cierta relajación en las exigencias).

Otra modificación se produce a la hora de cursarse esa solicitud por parte de los extranjeros que tengan relaciones económicas, profesionales o sociales con España. En primer lugar, añade la nueva regulación, que la solicitud del número se hará “*personalmente*”. Además, a lo establecido por el anterior Reglamento “*a través de las oficinas consulares de España en el exterior*”, el Reglamento nuevo distingue entre la solicitud hechas dentro o fuera de nuestras fronteras con lo que completa lo establecido por el Reglamento anterior y así determina, que si se encuentra en España deberá hacerlo a la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil, directamente o a través de la Oficinas de extranjería o Comisarías de policía, y si se encuentra fuera de territorio español deberá solicitarlo a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras a través de las oficinas consulares de España en el exterior.

Parece que la concesión del número de identidad debe servir tanto para favorecer el derecho a la documentación del extranjero como para facilitar la tramitación administrativa de los procedimientos sobre su persona. Y para este último objetivo parece muy importante la coordinación entre las distintas instancias administrativas con responsabilidades sobre la extranjería en el trámite interno para la concesión del número.

No se establecía en el artículo 101 del Reglamento de 2004 el tiempo de duración del procedimiento, por lo que había que dirigirse a las Disposiciones adicionales de dicho Reglamento para encontrar la referencia de los plazos de tres meses para la obtención. Este problema está resuelto porque el nuevo Reglamento añade a la regulación al final del apartado tercero del artículo 206 “*El procedimiento habrá de ser resuelto en el plazo máximo de cinco días desde la entrada de la solicitud en el registro del órgano competente para su tramitación*”.

2.9. PROCEDIMIENTO PARA LA OBTENCIÓN DE LA TARJETA DE IDENTIDAD DE EXTRANJERO: ARTÍCULO 105 DEL REGLAMENTO DE 2004 Y ARTÍCULO 210 DEL REGLAMENTO DE 2011

La Tarjeta de Identidad de Extranjero es el documento más importante para los extranjeros que vayan a permanecer en España un período superior a seis meses, estando obligados a solicitarlo personalmente en el plazo de un mes desde su entrada en España o desde la concesión o entrada en vigor de la autorización correspondiente. El nuevo Reglamento añade en el primer párrafo quiénes están exceptuados de la obligación de solicitar la Tarjeta, y son, los titulares de una autorización de residencia y trabajo de temporada.

Este documento hace las veces para los extranjeros del Documento Nacional de Identidad para los nacionales. Les identifica, acreditando su situación legal; es personal e intransferible, y es responsabilidad de su titular su custodia y conservación, así como cumplimentar las actuaciones para su obtención y entrega. El incumplimiento de las obligaciones sobre la misma pueda dar lugar a la aplicación de sanciones.

Los paralelismos con el Documento Nacional de Identidad de los españoles se ponen de manifiesto también en el apartado quinto de los artículos 105 y 206 del Reglamento de 2004 y 2011 respectivamente, que reduce a los supuestos previstos en la Leyes Orgánicas de derechos y libertades de los extranjeros y de seguridad ciudadana, la privación de la tarjeta de identidad. Se confirman del todo cuando se encuentra en el apartado duodécimo de los dos Reglamentos una previsión de supletoriedad de las normas reguladoras del Documento Nacional de Identidad a las de la tarjeta de extranjeros.

En los dos Reglamentos se prevé a continuación un desarrollo reglamentario posterior, que corresponde al Ministerio del Interior, previo informe de la Comisión Interministerial de Extranjería. La organización y gestión de los servicios de expedición también se asigna al Ministerio del Interior, a través de la Dirección General de la Policía (y de la Guardia Civil en el nuevo Reglamento), si bien, dice el apartado decimoprimer de los dos artículos: *“conforme a los criterios de coordinación*

marcados por la Secretaría de Estado de Seguridad, de acuerdo con la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración”.

La vigencia de la tarjeta coincidirá con la de la autorización que justifique su expedición, perdiendo su validez junto a la misma, así como por otras causas reglamentarias o por la pérdida del derecho a permanecer en el territorio español²⁷⁸. En estos casos, los extranjeros tienen la obligación de entregar el documento en la Comisaría de policía o en los servicios policiales de la Oficina de extranjería del lugar donde residan.

En el nuevo Reglamento se añade un párrafo al apartado octavo del artículo 210 que por lo demás coincide prácticamente con el artículo 105 del Reglamento anterior, como consecuencia de las modificaciones hechas en cuanto al retorno voluntario y es “ *En los supuestos de asunción de un compromiso de no regreso a territorio español en el marco de un programa de retorno voluntario, por parte de titulares de una Tarjeta de Identidad de Extranjero, éstos estarán obligados a entregar el documento en la representación diplomática o consular española en el país de origen de la que retornen. Esta previsión será igualmente aplicable a los extranjeros que retornen voluntariamente al margen de un programa y deseen beneficiarse de las disposiciones establecidas en este Reglamento respecto al regreso de personas que han regresado voluntariamente a su país de origen o procedencia”.*

Se hace también una especificación para los extranjeros a los que le sea aplicable el régimen de asilo. Se distingue entre los que residan en Madrid o fuera de Madrid para establecer el lugar de la entrega de la Tarjeta (igual en los dos Reglamentos pero en párrafos distintos). Por lo demás, continúan los aspectos comunes con el régimen del DNI en las previsiones sobre extravío, destrucción o inutilización. En este aspecto, el Reglamento de 2011 hace una puntualización en el apartado noveno del artículo 210 que seguro evitará en el futuro idas y venidas de los extranjeros y quebraderos de cabeza a los aplicadores de la norma “*En el caso de que la solicitud de expedición de nueva Tarjeta se realice dentro del plazo de renovación de la autorización, los procedimientos de tramitarán de forma conjunta y coherente”.*

²⁷⁸ Vid. ORTEGA MARTÍN, E.: *Manual de Derecho de Extranjería*, Editorial Jurídica Europea de Derecho, 2005, p.119, sobre circunstancias de retirada de documentación a nacionales y extranjeros.

Si se producen modificaciones de las situaciones de los extranjeros, éstas determinarán la expedición de una nueva tarjeta con la vigencia de la resolución que conceda dichas modificaciones. Esto está previsto en de forma coincidente en el décimo apartado de los artículos que en ambos Reglamentos regulan la Tarjeta de Identidad de Extranjero. Las modificaciones de las situaciones de los extranjeros incluyen: desde todas aquellas que alteren su situación legal, hasta las renovaciones.

En general, se puede decir que las previsiones reglamentarias para favorecer la realización del derecho a la documentación previsto en la Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España, son suficientemente adecuadas y presentan una técnica legislativa bastante satisfactoria.

Cuestión distinta, es la relativa a las implicaciones técnicas y organizativas que la expedición de estos documentos puede presentar. Su utilización para la tramitación de procedimientos telemáticos y la necesaria coordinación entre las distintas instancias administrativas es importante para que la Tarjeta de Identidad cumpla efectivamente sus funciones de identificación y acreditación en los distintos procedimientos administrativos.

2.10. PROCEDIMIENTO PARA LA CONCESIÓN DE LA CÉDULA DE INSCRIPCIÓN: ARTÍCULO 107 DEL REAL DECRETO DE 2004 Y ARTÍCULO 211 DEL REAL DECRETO DE 2011

La cédula de inscripción es el documento que se prevé para resolver el problema de los extranjeros indocumentados, supuesto que contempla la Ley Orgánica 4/2000 en el apartado segundo de su artículo 34. Quienes se encuentren en este supuesto de falta de documentación²⁷⁹, deben solicitar la cédula, personalmente y por escrito, ante las Comisarías de policía u Oficinas de extranjeros. La solicitud habrá de presentarse lo

²⁷⁹ “La carencia de documentación (pasaporte, documento de identidad, etc.) a la que se refiere la ley se limita a situaciones excepcionales, voluntarias o involuntarias, dado que una interpretación extensiva de dicha posibilidad podría dar lugar a eventuales comportamientos fraudulentos por parte de aquellos extranjeros que accediendo a nuestro territorio de forma irregular, quieran utilizar esta vía para permanecer en él” es la opinión de COLSA SALIETO, J.: “Documentación de los extranjeros”, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.): *El Novísimo Reglamento de Extranjería*, Ediciones Laborum, Murcia, 2011, p. 344.

más pronto posible desde que se haya producido la indocumentación pero no se establece plazo alguno. En un caso como éste, por supuesto, la exigencia de presentación personal está más justificada que en cualquier otro.

Para identificarse y acreditar su personalidad, dice el apartado tercero de los artículos 107 del Reglamento de 2004 y 211 del Reglamento de 2011, el interesado puede exhibir cualquier documento que pueda considerarse indicio o prueba de identidad, procedencia o nacionalidad, para que sean tenidos en cuenta (aunque estén caducados).

También debe acreditar mediante acta notarial que no puede ser documentado por su Misión Diplomática u Oficina Consular (del requerimiento y de que no ha sido atendido), aunque esta exigencia puede ser excepcionada en caso de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales. Asimismo debe el interesado aportar todos los documentos y medios de prueba que acrediten las razones excepcionales de índole humanitaria o interés público que justifiquen su documentación por las autoridades españolas.

En principio, y a la vista de lo actuado, la Delegación o Subdelegación del Gobierno le concederá un documento de identificación provisional (para poder permanecer en España durante tres meses) mientras se completa la información sobre sus antecedentes, luego, finalizada la tramitación y siempre que el extranjero no se encuentre en ninguno de los supuestos de prohibición de entrada o tenga una orden de expulsión, la misma autoridad o el Comisario General de Extranjería y Fronteras lo inscribirá en el Registro de Extranjeros en una sección especial y le otorgará una cédula de inscripción en un documento impreso que deberá renovar anualmente.

Se ha criticado que no se haya introducido un plazo para la renovación con silencio positivo, como ocurre en los casos de las renovaciones de las autorizaciones de residencia y trabajo²⁸⁰. A partir de la concesión de la cédula de inscripción, y si cumple con los requisitos exigidos, el extranjero podría solicitar la autorización de residencia por circunstancias excepcionales.

²⁸⁰ Sobre el borrador del Reglamento: Informe CEAR y Dictamen del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes.

3. NUEVOS PROCEDIMIENTOS INTRODUCIDOS POR LAS COMPETENCIAS ASUMIDAS POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LAS ÚLTIMAS REFORMAS DE SUS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Una de las razones por las que se ha dictado un nuevo Reglamento ha sido para hacer las modificaciones necesarias para mejorar su aplicación. Para ello no sólo se ha incidido en los procedimientos existentes sino que se han establecido procedimientos nuevos. Estas remodelaciones y novedades procedimentales se producen, entre otras cosas, con motivo de la reforma del Real Decreto 2393/2004 en 2009, de la Ley de Extranjería en 2009, de la incorporación del Derecho Europeo y de la implantación de la aplicación informática común.

Una de las modificaciones procedimentales que se aprecia a lo largo del texto del Real Decreto 557/2011 es la que ha venido de la mano de las reformas de los Estatutos de Autonomía llevadas a cabo desde 2006, donde se asumen competencias (más bien se puntualizan, se sistematizan, se ubican, se señalan en las ya existentes) en materia de inmigración²⁸¹. Se trata de un importante cambio competencial²⁸² que viene a alterar el estado de las cosas²⁸³ entre el Estado y Las Comunidades Autónomas producido en el ámbito de la extranjería y la inmigración en los últimos años, y que tiene su primer reflejo en la reforma que se hace del Reglamento de Extranjería de 2004 por el Real Decreto 1162/2009 para establecer la forma en la que se regularán las autorizaciones iniciales de residencia y trabajo una vez asumidas las competencias, en este sentido, por las Comunidades Autónomas²⁸⁴.

²⁸¹ Vid. GARCÍA JUAN, L.: “El traspaso de competencias a las Comunidades Autónomas en materia de extranjería. Especial referencia al caso catalán”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n. 20, 2009, pp. 275-283 y AJA, E., MONTILLA, J.A. Y ROIG, E.: *Las comunidades autónomas y la inmigración*. Tirant lo Blanch. 2006.

²⁸² Vid. AGUELO NAVARRO, P. (Dir.): *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Colex, 2013, sobre los principios que vinculan a todas las administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias relacionadas con la inmigración, pp.29-31.

²⁸³ “Uno de los ámbitos competenciales que aparentemente resultaba exento de polémica constitucional sería el previsto en el artículo 149.2 de la Constitución, relativo a la competencia estatal en materia de inmigración”, observación hecha por GALERA VICTORIA, A.: “Las Políticas de Inmigración en el Estado Autonómico”, en FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A.: *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Comares, Granada, 2011, p. 243.

²⁸⁴ Vid. MOYA MALAPEIRA, D. Y DONAIRE VILLA, F.J.: “El nuevo marco competencial y organizativo de la inmigración”, en BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F.J. Y MOYA MALAPEIRA, D. (Coords.): *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería*, Tirant lo Blanch Reformas, IDP, Valencia, 2011, pp.321-348.

En los nuevos Estatutos de las regiones autonómicas²⁸⁵ se recogen nuevas funciones en la gestión de este asunto y, también como consecuencia, La Ley de Extranjería incluye, en su texto a partir de 2009²⁸⁶, una ampliación, para ellas, de las funciones en esta materia de inmigración. Todas las Comunidades Autónomas tienen responsabilidades en la protección de los menores no acompañados o en realización de informes de arraigo o de adecuación de la vivienda. Pero en particular Cataluña y Andalucía pueden otorgar autorizaciones iniciales de trabajo tras la reforma de sus Estatutos de Autonomía.

²⁸⁵ Vid. SÁNCHEZ BLANCO, A.: “La reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía” en las XXVI Jornadas de la Abogacía General del Estado, que se desarrollaron los días 27 a 29 de octubre de 2004 *La reforma constitucional*, Madrid: Ministerio de Justicia. Dirección del Servicio Jurídico del Estado. Abogacía, 2005.

²⁸⁶ Artículo 37. 3 de la Ley de Extranjería redactada conforme a la Ley Orgánica 2/2009 “*La concesión de la autorización inicial de trabajo, en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de residencia, corresponderá a las Comunidades Autónomas de acuerdo con las competencias asumidas en los correspondientes Estatutos*”.

Artículo 38.8 de la Ley de Extranjería redactada conforme a la Ley Orgánica 2/2009 “*La concesión de la autorización inicial de trabajo, en necesaria coordinación con la que corresponde al Estado en materia de residencia, corresponderá a las Comunidades Autónomas de acuerdo con las competencias asumidas en los correspondientes Estatutos*”.

Artículo 38 bis. 2 de la Ley de Extranjería redactada conforme a la Ley Orgánica 2/2009 “*Las entidades dedicadas a la investigación, públicas o privadas, que cumplan las condiciones previstas reglamentariamente, podrán ser autorizadas por el Estado o por las Comunidades Autónomas, según corresponda, como organismos de investigación para acoger a investigadores extranjeros...*”

Artículo 39. 1. de la Ley de Extranjería redactada conforme a la Ley Orgánica 2/2009 “*El Ministerio de Trabajo e Inmigración, teniendo en cuenta la situación nacional de empleo, podrá aprobar una previsión anual de las ocupaciones y, en su caso, de las cifras previstas de empleos que se puedan cubrir a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen en un período determinado, a los que sólo tendrán acceso aquellos que no se hallen o residan en España. Asimismo, podrá establecer un número de visados para búsqueda de empleo en las condiciones que se determinen, dirigidos a hijos o nietos de español de origen o a determinadas ocupaciones. La mencionada previsión tendrá en cuenta las propuestas que, previa consulta de los agentes sociales en su ámbito correspondiente, sean realizadas por las Comunidades Autónomas, y será adoptada previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración. 2. El procedimiento de concesión de la autorización inicial de residencia y trabajo mediante tramitación colectiva de los contratos en origen, estará basado en la gestión simultánea de una pluralidad de autorizaciones, presentadas por uno o varios empleadores, respecto de trabajadores seleccionados en sus países, con la participación, en su caso, de las autoridades competentes. En la gestión del mismo se actuará coordinadamente con las Comunidades Autónomas competentes para la concesión de la autorización de trabajo inicial*”.

Artículo 68.2 de la Ley de Extranjería redactada conforme a la Ley Orgánica 2/2009 “*Las Comunidades Autónomas que asuman competencias ejecutivas en la concesión de la autorización inicial de trabajo, deberán desarrollarlas en necesaria coordinación con las competencias estatales en materia de extranjería, inmigración y autorización de residencia, de manera que se garantice la igualdad en la aplicación de la normativa de extranjería e inmigración en todo el territorio, la celeridad de los procedimientos y el intercambio de información entre las Administraciones necesario para el desarrollo de sus respectivas competencias. La coordinación deberá realizarse preservando la capacidad de autoorganización de cada Comunidad Autónoma así como su propio sistema de descentralización territorial. 3. Con carácter previo a la concesión de autorizaciones por arraigo, las Comunidades Autónomas o, en su caso, los Ayuntamientos, emitirán un informe sobre la integración social del extranjero cuyo domicilio habitual se encuentre en su territorio. Reglamentariamente se determinarán los contenidos de dicho informe. En todo caso, el informe tendrá en cuenta el periodo de permanencia, la posibilidad de contar con vivienda y medios de vida, los vínculos con familiares residentes en España, y los esfuerzos de integración a través del seguimiento de programas de inserción sociolaborales y culturales*”.

La Constitución marca al Estado, en su artículo 149.1. 2º, como titular en exclusiva de las competencias en inmigración²⁸⁷. No obstante, las Comunidades Autónomas han ido aumentando su participación poco a poco en la gestión de este aspecto. Los primeros Estatutos de Autonomía no aludían, con la excepción del Estatuto Canario, apenas a este fenómeno en el que luego se convirtió, como mucho, para establecer la competencia exclusiva del Estado en la materia. Más tarde, con motivo del aumento en la cifra de inmigrantes, las Comunidades Autónomas fueron interpretando la necesidad de su participación en el cometido de la extranjería, incluyéndolo en sus competencias ya adquiridas de educación, sanidad o prestaciones sociales²⁸⁸.

A esa mayor participación contribuyeron y siguen contribuyendo las Leyes y Reglamentos que se han ido dictando y también la Jurisprudencia. La Ley de Extranjería 4/2000 ya comenzó con la creación de un órgano que coordinaba funciones del Estado y de las Comunidades Autónomas en este sentido, como era el Consejo Superior de Política de Inmigración. Luego el Reglamento de 2004 desconcentraba ocupaciones a Comunidades Autónomas y Entes locales con la obligación de evacuar informes, y el Reglamento actual incluye además los procedimientos sobre autorizaciones iniciales de residencia y trabajo llevados a cabo por las Comunidades Autónomas en connivencia con el Estado.

Es variopinto el panorama actual sobre competencias en autorizaciones laborales, el Estatuto de Cataluña y el de Andalucía lo reconocen, como hemos visto, pero hay otros como el de Aragón o el de Valencia que no tiene previstas esas autorizaciones y otros como el de Castilla y León o el de la Comunidad balear que reconocen competencias en colaboración con el Estado o de ejecución sobre inmigración. Lo que si recogen todos los Estatutos modificados desde 2006 son funciones referidas a la integración social de los inmigrantes. Eso en la teoría. En la práctica, antes de esa fecha, muchas

²⁸⁷ Artículo 149. 1. 2º de la Constitución española de 1978 “ *Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo* ”

²⁸⁸ Vid. GARRIDO CUENCA, N. M.: “Servicios sociales y Extranjería: un recorrido inconcluso en el camino hacia la universalización de las prestaciones sociales”, en *El Marco jurídico de los servicios sociales en España*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 219-231.

Comunidades autónomas habían ya establecido, entre otras medidas²⁸⁹, sus Planes de Integración.

Las últimas reformas que se han llevado a cabo en los Estatutos de Autonomía han variado significativamente la regulación en materia de inmigración. Así se pone de manifiesto, como hemos apuntado, en los textos aprobados a partir de 2006, en particular el andaluz²⁹⁰ y el catalán²⁹¹, y también, aunque no en el mismo grado, en los Estatutos aragonés²⁹², balear²⁹³, castellano-leonés²⁹⁴ y castellano-manchego²⁹⁵. Todos ellos establecen, en el uso de sus competencias, el desarrollo de acciones conducentes a la integración de los inmigrantes.

²⁸⁹ Vid. HERRERA GÓMEZ, M.: “Las Comunidades Autónomas españolas y la integración de los inmigrantes: las campañas de sensibilización”, en *Ciudadanía y Valores*, febrero 2010.

²⁹⁰ Aprobado por Ley Orgánica 27/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía, en cuyo artículo 62 se establece, entre otras cosas, que corresponde a la Comunidad Autónoma llevar a cabo políticas de integración social económica y cultural de los inmigrantes, competencia ejecutiva en coordinación con el Estado en materia de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Andalucía (que incluye la tramitación y resolución de la autorización inicial de trabajo, la resolución de los recursos presentados a las autorizaciones y la aplicación del régimen de inspección y sanción). También la Comunidad participará en la fijación del contingente.

²⁹¹ Aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Cataluña, cuyo artículo 138 establece que corresponden a la Generalitat en materia de inmigración competencias tales como acogida (donde se incluyen actuaciones socio-sanitarias y de orientación), desarrollo de políticas de integración, promoción del retorno, la competencia ejecutiva en materia de autorización de trabajo de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Cataluña (incluye la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia y ajena y la tramitación y resolución de los recursos presentados con relación a esos expedientes, además de la aplicación del régimen de inspección y sanción, todo ello en coordinación con el Estado) y la participación en la determinación del contingente.

²⁹² Aprobado por Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, en su artículo 75 expone las competencias compartidas entre las que destacan el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado sobre políticas de integración social, laboral y económica, y participación en el contingente

²⁹³ Aprobado por Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía balear. En su artículo 31 establece para sí competencias de desarrollo legislativo y de ejecución en materia de inmigración, en los términos previstos en la Constitución y en la legislación del Estado.

²⁹⁴ Aprobado por Ley Orgánica 14/2007 de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, cuyo artículo 70 recoge como competencia exclusiva la competencia de acogida e integración económica, cultural y social de los inmigrantes. Añadiendo que la Junta de Castilla y León colaborará con el Gobierno del Estado en todo lo relativo a políticas de inmigración en el ámbito de sus competencias.

²⁹⁵ Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha de 11 de abril de 2008. En su artículo 137 se asumen competencias en Inmigración “*En materia de inmigración las funciones de primera acogida y las políticas de integración y de participación social, económica y cultural de los inmigrantes. 2. La Junta de Comunidades, en coordinación con el Estado, tiene atribuida de acuerdo con la legislación estatal la tramitación, resolución y revisión en vía administrativa de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena de los extranjeros cuya relación laboral se desarrolle en Castilla-La Mancha, así como el ejercicio de la función inspectora y sancionadora. 3. La Junta de Comunidades participará en las decisiones del Estado sobre inmigración que tengan interés para Castilla-La Mancha, en particular las que afecten a poblaciones limítrofes con otras Comunidades Autónomas y, preceptivamente, en la determinación del contingente de trabajadores extranjeros...*”

El Tribunal Constitucional también ha tenido algo que decir en cuanto a las “nuevas” competencias asumidas por los Estatutos²⁹⁶. Lo que determina el Tribunal es que el Estado es quien fija el régimen jurídico de los extranjeros, pero que las Comunidades Autónomas tienen competencias ejecutivas en materia laboral y potestades relacionadas con la integración social y económica de los inmigrantes, porque el Estado no tiene un título ilimitado en este terreno. Las Comunidades Autónomas tienen competencias de carácter sectorial de las que se pueden beneficiar los inmigrantes, directamente relacionadas con sus necesidades.

De este modo, en la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010 se analiza la competencia de inmigración del artículo 149.1.2º de la Constitución delimitándola con otras competencias conectadas con ella. En la citada Sentencia se establece la constitucionalidad del Estatuto catalán interpretando que en la competencia de asistencia social se encuentra la asistencia a la inmigración (no la competencia de inmigración que sigue siendo una competencia exclusiva del Estado). Lo mismo ocurre en cuanto a las potestades de otorgamiento de autorización inicial de trabajo.

Como decíamos, todos estos cambios estatutarios han tenido el reflejo primero, en la Ley de Extranjería por mor de la Ley Orgánica 2/2009 y, segundo, en el Reglamento de 2011 que establece nuevos procedimientos en los artículos 68 (en relación a la residencia temporal y trabajo por cuenta ajena), 78 (en relación a la residencia temporal y trabajo para investigación), 89 (en relación a la residencia temporal y trabajo de profesionales altamente cualificados titulares de una Tarjeta azul- UE), 107 (en relación a la residencia temporal y trabajo por cuenta propia) y 171 (en relación a gestión colectiva de contrataciones en origen).

4. ¿PUEDEN MEJORARSE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN?

El Real Decreto de 2004 produjo una notable mejora de la gestión procedimental en materia de extranjería e inmigración, al menos desde el punto de vista de la Administración. En esto coinciden los aplicadores de la norma, y una comparación

²⁹⁶ En la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010.

profunda de dicho Reglamento con el de 2001, arrojó un balance positivo para el primero respecto de su antecedente, sin lugar a dudas. Tampoco cabe duda de que el Reglamento de 2011, como hemos visto, ha mejorado en muchos aspectos a su antecesor.

Dicho esto, y tras las reflexiones con motivo del análisis pormenorizado de los procedimientos, expuesto anteriormente, es posible aún una mejora desde el punto de vista de los derechos y garantías, aclarando extremos como los documentos que se deben aportar, la posibilidad de subsanación de solicitudes, e incluso la formulación más matizada de las exigencias introducidas tras la reforma de 2003 en lo relativo a la exigencia de presentación personal cuando no se pueda hacer informáticamente, como ahora admite el Reglamento de 2011.

Estas mejoras posibles, por cierto, no son sólo aconsejables desde el punto de vista de la comodidad de los interesados en los procedimientos, sino que podrían redundar también en la simplificación y aceleración de los procedimientos administrativos, adaptándolos a las exigencias de la economía y la sociedad.

Matizar la exigencia de presentación personal (cuando todavía siga siendo necesario) puede contribuir a resolver problemas de colas y exceso de trabajo de atención personal (que ya se ven reducidos por la posibilidad de hacer la solicitud informáticamente), eliminando al tiempo desincentivos a la contratación regular de los inmigrantes por parte de los empresarios individuales. Y, aclarar aspectos oscuros de la norma, facilita su aplicación a los responsables públicos, agilizando su trabajo.

Y es que los puntos quizás más controvertidos, como se ha visto a lo largo del desarrollo el apartado anterior, en el análisis de varios de los artículos del Reglamento de 2011 (46, 47, 48, 51, 56...) puestos en conexión con los artículos del Reglamento de 2004 (35, 37, 42...) eran los relativos, entre otros aspectos, a las exigencias de presentación personal y el empleo del registro del órgano competente para resolver, exigencias introducidas en la reforma de 2003, a resultas del colapso administrativo

generado por la multiplicación exponencial del número de inmigrantes regularizados en nuestro país ²⁹⁷.

Se puede decir que, en cualquiera de los dos casos citados, se ha producido un avance (con motivo de la aplicación de la Ley de Acceso Electrónico y la posibilidad de hacer la solicitud en algunos casos informáticamente y de, también en algunos casos, utilizar otros registros) pero no por ello se deben dejar de buscar soluciones para los casos en los que todavía no se pueden aplicar esas mejoras o el ordenamiento sigue sin prever su utilización.

En ciertos procedimientos, como el previsto para la reagrupación familiar, la exigencia de presentación personal y la imposibilidad de utilizar representante resulta más llamativa teniendo en cuenta que en el procedimiento de concesión del visado del reagrupante se podían exceptuar ambas limitaciones. Es cierto que tales excepciones en el extranjero, previstas ya en la Ley Orgánica, se explican por la localización de los Consulados y Oficinas Diplomáticas en puntos geográficos muy determinados de los países de origen, mientras en España la red administrativa tiene una presencia mucho mayor, pero aun así también debería pensarse que la identidad más necesitada de comprobación, en este tipo de procedimientos, es la del reagrupado, y no tanto la del reagrupante, que ya ha pasado antes por los filtros de los procedimientos administrativos de concesión de visado y permisos de residencia y trabajo.

Así, cabe formular las siguientes preguntas: ¿Es necesario mantener estas exigencias limitadoras de los derechos que todavía persisten? ¿Pueden modernizarse más los procedimientos administrativos de extranjería e inmigración?

A nuestro juicio, es muy difícil dar un salto verdaderamente modernizador de los procedimientos administrativos en materia de extranjería e inmigración en España sin optar por una interpretación más matizada de las excepciones del régimen común de procedimiento administrativo. Interpretación que no sólo es recomendable, a nuestro modo de ver, desde el punto de vista de la normalización y mejora de los derechos de

²⁹⁷ Entonces, para resolver este colapso procedimental, y dar respuesta a ciertas prácticas fraudulentas (las solicitudes basura, por ejemplo), se optó por limitar considerablemente, respecto de lo establecido para los españoles, derechos en el procedimiento administrativo (actuación a través de representante, derecho a utilizar registros distintos al del órgano competente).

los inmigrantes en sus relaciones con la burocracia. También lo es, creemos, para la mejora de la eficacia administrativa (y para la integración de los inmigrantes en la sociedad).

Tampoco conviene pasar por alto que estas excepciones, muy especialmente las relativas a la presentación personal o las limitaciones sobre representación (matizadas ahora por la posibilidad de hacer las solicitudes de forma telemática), también afectan negativamente a los empresarios o responsables de empresas a la hora de tramitar las solicitudes de autorización de trabajo por cuenta ajena.

Al no poder utilizar los servicios de profesionales especializados en esta materia, se ven obligados a dirigirse a las Oficinas de extranjería o las Comisarías de policía, perdiendo un tiempo muy valioso, para informarse o presentar las solicitudes correspondientes. Y al no poder utilizar los servicios de representantes profesionalizados en esta misma tarea, la impericia puede obligarles a acudir en varias ocasiones, al objeto de subsanar defectos documentales o formales de las solicitudes. Estos costes pueden considerarse, desde un punto de vista económico, desincentivos a la legalización de la contratación de inmigrantes.

La herramienta informática que implanta el Reglamento de 2011 ha supuesto un gran avance en la gestión de los procedimientos, pero los problemas que hoy todavía plantea la gestión de los procedimientos en materia de extranjería e inmigración podrían resolverse contemplando también algunas soluciones previstas en la normativa general de procedimiento (y en otras normas básicas de Derecho administrativo, como las de función pública, o contratos) para responder a las necesidades reales y actualizadas de la economía y la sociedad. Hay que facilitar los trámites, acortar los tiempos de respuesta, flexibilizar los permisos para adaptarlos al tipo muy específico de actividad que se quiere realizar; es una exigencia social.

Hay soluciones más flexibles. La clave es que la Administración se adapte a las exigencias reales de la sociedad, y no pretender que sea la sociedad la que se adapte a una Administración que no corresponde con sus necesidades. Ahora bien, como se explicará más adelante, estas mejoras procedimentales también están subordinadas, en buena medida, a reformas en el plano de la organización de la extranjería y la

inmigración, así como el máximo desarrollo en los medios técnicos a su disposición, pues la actual estructura y el reparto de competencias entre distintas instancias generan algunas disfunciones.

5. CONCLUSIONES

Primera: Los procedimientos administrativos en materia de extranjería e inmigración pueden mejorarse, pero es necesario proyectar sobre los mismos de forma más clara los principios generales de la actuación administrativa, e intentar al tiempo una estrategia de simplificación y agilización de los mismos, adaptándolos a las necesidades reales de la economía, el mercado de trabajo y, en definitiva, la sociedad.

Segunda: El Reglamento de 2011 ha prosperado en muchos aspectos respecto de su norma precedente y ese progreso ha venido precedido, a veces, de las Directivas que desarrolla. Así, el procedimiento para obtener el visado de estudios y sus requisitos se exponen de una manera más sencilla o la prórroga de estancia por estudios se establece de manera más exhaustiva en este Reglamento como reflejo de la Directiva del Consejo 2004/114/CE de 13 de diciembre. El procedimiento para obtener la autorización de residencia temporal para la reagrupación familiar se ha modificado de forma importante, estructurándose mejor y siendo más claro. La Directiva con la que se relaciona es la Directiva es la 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo.

Tercera: Es un Reglamento que ofrece más garantías a los inmigrantes y esas garantías se reflejan en los procedimientos. El previsto para obtener la residencia para los investigadores también se ha mejorado y aclarado, y ha agilizado la entrada de estos profesionales y facilitado la reagrupación de sus familias. La simplificación y la clarificación en estos procedimientos supone una buena dosis de protección para los ciudadanos a los que se les aplica la norma. El procedimiento para la adquisición de la residencia temporal no lucrativa se clarifica y se simplifica, entre otras cosas por la aplicación informática común.

Cuarta: El aumento de la participación de las distintas Administraciones en los procedimientos es notoria y en particular la coordinación entre todas ellas. Los procedimientos también avanzan en su regulación a la hora de exponer las competencias

revisoras de la Delegación y Subdelegación del Gobierno y de las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares.

Quinta: El nuevo Reglamento es mejorable porque sigue utilizando términos ambiguos que dan lugar a confusión como en el procedimiento para la concesión de la prórroga de estancia. Sigue dando lugar a dudas interpretativas en relación a las exigencias documentales que necesitan redacciones más claras y concisas, o en torno a la subsanación como en la residencia temporal.

Sexta: También sigue habiendo dudas sobre la aplicación del Derecho administrativo en la motivación, por ejemplo, en el procedimiento de la prórroga de estancia o en el de solicitud del visado de la autorización de residencia temporal. Aunque como hemos expuesto para nosotros no hay duda de que debe aplicarse aunque no esté reflejado expresamente en el texto del nuevo Reglamento.

Séptima: Los procedimientos de la nueva regulación han mejorado, sin duda, en el aspecto del lugar y forma de presentación de las solicitudes en algunos momentos de los mismos. Para el caso de que el extranjero se encuentre en España y para ciertas autorizaciones, ahora podrá hacer su solicitud de forma electrónica. Si lo hace desde el extranjero conserva la posibilidad de hacerlo mediante representante (aunque no se establece siempre en el nuevo Reglamento) y si se trata de renovaciones ahora, se amplía el número de lugares donde puede registrarlos con motivo de la aplicación de la Ley 30/92 y la Ley de Acceso Electrónico de 2007. Además ya no se exige expresamente la presentación personal para la renovación de la autorización de residencia temporal, a diferencia del anterior Reglamento.

Octava: El nuevo Reglamento hace nuevas especificaciones que ayudan a comprender mejor el contenido de los procedimientos: la que hace sobre los diferentes tipos de visado de residencia temporal; la concreción de los medios económicos necesarios para obtener distintas autorizaciones (de residencia temporal, de residencia temporal y trabajo, por reagrupación familiar...); los requisitos a valorar por distintas instancias administrativas (aunque a veces con tantas referencias a otros artículos que necesitan más aclaración aún); motivos de denegación; el contenido de los informes de integración en la renovación de la residencia temporal; o la documentación que tiene

que aportar el solicitante en relación a sí mismo y la que tiene que aportar en relación al potencial reagrupado en la reagrupación familiar. Una ausencia de especificación que se agradece en el nuevo Reglamento es la que deja de hacer sobre la documentación subsanable en el procedimiento para la concesión de la autorización de trabajo por cuenta ajena, ahora se amplía la documentación subsanable a toda la documentación y no sólo a unos documentos determinados.

Novena: El Reglamento de 2011 en relación a los procedimientos que contiene, también se caracteriza por sus omisiones como las garantías que se establecían (en el Reglamento de 2004) para la eventual entrevista al extranjero en el caso de dudar de su identidad, en el visado de residencia temporal. Los dos Reglamentos omiten, sin embargo, la consideración de ciertas circunstancias que puedan impedir la recogida de un visado a la solicitud de una Tarjeta de Identidad de Extranjero y su contemplación podría evitar trabajo a la Administración y al interesado en la “vuelta a empezar” que puede suponer el archivo de todo lo actuado en una situación semejante. Otras omisiones nos parecen más correctas como son aquéllas que llevaban a confusión en el Reglamento anterior sobre este mismo procedimiento con la utilización de términos contradictorios y combinados “*convencimiento*” con “*indicios suficientes para dudar*”.

Décima: Se aprecian claros intentos de simplificación a lo largo del texto como es el caso de la inclusión de un párrafo en distintas modificaciones de situaciones en las que se pueden encontrar los extranjeros, indicando que la normativa se aplicará a todos los pasos de unas situaciones a otras por igual. Pero la única simplificación realmente válida sería una simplificación general en la que se estableciera una parte con todos los elementos comunes y aplicables a todos los procedimientos o a un buen número de procedimientos.

CONCLUSIONES GENERALES DE LA TESIS

Conclusiones generales de la Tesis

PRIMERA: Una adecuada normalización del estatuto de los extranjeros e inmigrantes en España requiere mejorar sus relaciones con las Administraciones públicas, agilizar y simplificar los procedimientos y garantizar que el extranjero, por el hecho de serlo, no se encuentre en una posición de desventaja o menosprecio respecto del nacional a la hora de tramitar procedimientos administrativos.

SEGUNDA: La agilización y simplificación de los procedimientos administrativos en materia de extranjería e inmigración, adaptándolos también a las exigencias actuales de la economía y la sociedad, debe servir también para facilitar la tramitación de las solicitudes presentadas por los empresarios que necesitan contratar inmigrantes, permitiendo una acomodación más adecuada (y legal) de la oferta y la demanda laboral de este tipo, y mejorando la eficiencia de la intervención administrativa.

TERCERA: La aproximación a la problemática del régimen de la inmigración no puede ser sólo jurídica. La doble metodología en la que se basa esta Tesis servirá para valorar tanto la adecuación al ordenamiento jurídico de los Reglamentos, en especial el vigente, como su racionalidad, factibilidad y eficiencia. Un enfoque de positivas consecuencias para el análisis, pues permitirá trascender de la clásica aproximación formal, insuficiente para resolver muchos problemas.

CUARTA: El punto de partida constitucional es imprescindible y debe estar presente en cada una de las propuestas y reflexiones sobre esta materia. La dignidad de las personas debe ser, a nuestro juicio, el norte que debe guiar la intervención en este ámbito. Las normas internacionales sobre derechos humanos y los principios constitucionales sobre el funcionamiento de la Administración deben presidir la interpretación y aplicación de las normas en materia de extranjería e inmigración, incluyendo desde luego los Reglamentos en la materia.

QUINTA: El Derecho europeo no puede dejar de tenerse en consideración, pues los compromisos de nuestro país incluyen la transposición de las Directivas europeas en materia de extranjería e inmigración. Precisamente la regulación de extranjería e inmigración se ha renovado, en este sentido, con la reforma de la Ley de extranjería por

Ley Orgánica 2/2009 y el desarrollo reglamentario, acorde con dicha reforma, protagonizado por el Real Decreto 557/2011 en los que ya se incorporan de forma oficial las más importantes Directivas en la materia.

SEXTA: Aprender de los errores (también de algunos aciertos) del pasado forma parte de las lecciones que deberían ser tenidas en cuenta en cualquier proceso de valoración de una norma, de cara a su reforma o sustitución. Y en nuestra historia reciente se han cometido crasos fallos normativos en la regulación de la extranjería y la inmigración, mermando indebidamente derechos fundamentales y concediendo excesivas facultades discrecionales a la Administración, sin suficientes garantías. En las últimas normas reguladoras del ámbito de la extranjería (Ley de Extranjería reformada en 2009 y los Reglamentos de 2004 y 2011), afortunadamente, se ha echado la vista atrás y no se han cometido, al menos, los errores más graves que afectan a los derechos y libertades de los inmigrantes.

SÉPTIMA: El desarrollo reglamentario de las sucesivas Leyes de Extranjería a menudo ha servido para concretar (en un sentido más o menos restrictivo) sus ambiguas declaraciones. Y más allá de los Reales Decretos, cuestiones de gran relevancia han sido resueltas por vía de Orden Ministerial, instrucción o circular. Los distintos Reglamentos aprobados han estado marcados por la corriente política dominante en el momento de su dictado, y pueden señalarse notables diferencias, entre los dos últimos, de 2004 y 2011, y sus predecesores. Pero todos muestran también una considerable inercia en lo relativo a su estructura y ordenación de contenidos, dedicados a los diversos procedimientos en la materia fundamentalmente.

OCTAVA: La situación inmediatamente anterior al dictado del Reglamento de 2004 era insatisfactoria tanto desde el punto de vista del reconocimiento de los derechos y garantías, como en la perspectiva de la eficacia administrativa. Y es que el efecto combinado de la Sentencia de 20 de marzo de 2003 junto a la reforma de la Ley Orgánica, convertían al Reglamento de 2001 en una norma de interpretación ciertamente compleja, necesitada de prolijas instrucciones y circulares explicativas.

NOVENA: Los principios del procedimiento administrativo, que tienen una base constitucional, se deben aplicar a los procedimientos en materia de extranjería e inmigración en todo caso. No son libremente disponibles por el legislador, so riesgo de incurrir en inconstitucionalidad. Y menos aún son disponibles para el Gobierno o el poder reglamentario, en cualquiera de sus niveles, principios como el de contradicción, motivación, o la exigencia misma del procedimiento (principio de documentación o de expediente). La Ley de procedimiento administrativo se aplica según sus propias previsiones sólo supletoriamente, pero la consideración de los procedimientos en materia de extranjería e inmigración como procedimientos especiales no puede suponer, en ningún caso, la exclusión de los principios y las garantías básicas, como la contradicción y la motivación.

DÉCIMA: Las razones que motivaron la introducción de la Disposición adicional decimonovena en la Ley de Procedimiento Administrativo Común no justifican desde nuestro punto de vista una exclusión tan general de la normativa común a los procedimientos en materia de extranjería e inmigración. El juego cruzado de la excepción de la normativa común (salvo su carácter supletorio) con las apelaciones de la Ley Orgánica a los principios, suponen mensajes contradictorios que dificultan después la interpretación concreta de las previsiones del Reglamento, en cuanto a la aplicabilidad o no de ciertas reglas y principios procedimentales.

DECIMOPRIMERA: Tampoco se justifican del todo en el plano de los principios generales del procedimiento administrativo, aunque no puedan tildarse de inconstitucionales, particulares exigencias procedimentales como la presentación personal (que en parte se resuelve con la utilización de medios electrónicos), o las limitaciones en materia de representación, en todo caso. Éstas deben ser proporcionadas, y demostrarse las únicas (o al menos las mejores) soluciones posibles a problemas que, en muchos casos, podrían resolverse con una mejor gestión administrativa en esta materia. La exigencia de presentación personal parece obedecer más a las deficiencias existentes en materia de intercomunicación documental interadministrativa (o, mejor dicho, intraadministrativa, pues se trata en la mayor parte de los casos de órganos de la misma Administración) que a un criterio proporcionado que se justifica muchas veces por el mero expediente de la exigencia de presentación del pasaporte.

DECIMOSEGUNDA: No basta en nuestra opinión con la supletoriedad predicada en la Disposición adicional decimonovena. Además de ser insuficiente a todas luces, genera a nuestro juicio confusión e inseguridad jurídica. Sería por ello preciso incorporar de alguna forma los aspectos más relevantes del régimen común de los procedimientos administrativos al texto del Reglamento, para aclarar de una vez por todas aspectos dudosos de su interpretación, como el relativo a la subsanación de las solicitudes, o a las exigencias documentales.

DECIMOTERCERA: Las principales novedades del Reglamento de 2004 produjeron un efecto limitado, en el que ha sido preciso ahondar en el Reglamento de 2011 mediante una clarificación sistemática de la norma, algunas reformas y, sobre todo de empleo de los medios técnicos, y queda pendiente una reforma organizativa.

DECIMOCUARTA: Es posible y necesario mejorar los procedimientos en materia de extranjería e inmigración en España. Pero para ello serían precisas, como ya hemos dicho, mejoras organizativas y que se pongan en marcha todos los mecanismos técnicos que prevén los Reglamentos. Mientras la organización de la Administración de la inmigración continúe siendo tan compleja, será difícil incrementar mucho más la eficacia de la respuesta ante este fenómeno.

DECIMOQUINTA: Y afirmamos esto reconociendo que la organización administrativa de la extranjería y la inmigración han experimentado una evolución notable en las últimas décadas, como respuesta a la creciente importancia del fenómeno y a la que se ha tenido que renunciar en parte con motivo de los recortes presupuestarios, al menos eso queremos creer, abandonando las decisiones significativas de carácter organizativo que se habían tomado como la creación de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y posteriormente la creación del Ministerio de Trabajo e Inmigración, por la concentración de todas las obligaciones, en este sentido, en la Secretaría General de Inmigración y Emigración.

Las Oficinas de extranjería representan la solución especializada desde el punto de vista organizativo, pero son un nódulo complejo donde confluyen competencias de varios Ministerios, generando disfunciones y problemas de coordinación. Por ello parece

necesario, si el presupuesto lo permite, replantear el esquema organizativo actual en una línea más especializada y coordinada, línea que podría reflejarse en la prevista creación de la Agencia para la Inmigración, pero que tal vez requeriría también una elevación del rango de la principal instancia especializada responsable, mediante la creación de un Ministerio nuevo.

DECIMOSEXTA: Las nuevas tecnologías representan una gran oportunidad de mejora de los procedimientos. Por ello es aconsejable desarrollar, con las debidas cautelas, las previsiones aplicables de la Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, así como las contempladas ya en el propio Reglamento de 2011, en tanto en cuanto los medios informáticos son claves en la realización del objetivo de la simplificación y agilización de los procedimientos. La mejora de los resultados de la gestión documental en este sector dependerá, en buena medida, de la utilización de estos medios técnicos.

DECIMOSÉPTIMA: La principal crítica de técnica normativa que puede hacerse a los Reglamentos que desarrollan la Ley de extranjería es la de su carácter excesivamente extenso y prolijo. Al tiempo, deja muchas cuestiones abiertas. Desde su primera expresión en 1986 (aunque el origen último está en los antecedentes) se observa la solución de ir yuxtaponiendo los sucesivos y nuevos procedimientos en esta materia. Por supuesto, con las reformas pertinentes. Apenas se han producido innovaciones en la técnica normativa utilizada para el desarrollo reglamentario de esta materia desde los años ochenta, lo que debería llamar la atención de sus responsables, al menos de cara al futuro.

DECIMOCTAVA: El Reglamento vigente ha mejorado la situación anterior, pero no termina de satisfacer todas las aspiraciones de aplicadores, ni de sus principales destinatarios. Muchos problemas de la gestión no se han resuelto, a pesar de las innovaciones, lo que demostraría la necesidad de seguir profundizando en la revisión del desarrollo reglamentario de la Ley de Extranjería.

DECIMONOVENA: La integración de los inmigrantes depende en gran medida del Reglamento, pero es preciso perseverar en otras políticas y, tal vez, incluir en esta norma un capítulo de integración, tal vez en la parte general, dedicada a los

procedimientos y al tiempo al modelo de relaciones entre la Administración y los extranjeros e inmigrantes (con un catálogo de derechos procedimentales detallados).

VIGÉSIMA: Hoy disponemos de un ordenamiento de la inmigración constitucional, que paulatinamente se va adaptando al Derecho europeo. La Administración de la inmigración se ha construido sobre todo en los últimos quince años. Sus asignaturas pendientes, por tanto, son fácilmente explicables. El esfuerzo realizado ha sido importante, y resulta imprescindible para la sociedad española del siglo XXI perseverar en esta línea.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía

ABARCA JUNCO, P.: *Inmigración y extranjería: régimen jurídico básico*. Editorial Colex, 2011.

-“Nacionalidad y extranjería en la nueva Constitución” en FERNÁNDEZ, T. R.: *Lecturas sobre la Constitución Española*, Tomo II, Madrid, 1978.

ABARCA JUNCO, P (VV AA): *El extranjero en el Derecho español*, Dykinson, 2012.

ABELLÁN HONRUBIA, V.: “La libertad de circulación de trabajadores”, en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, t. II, Madrid, 1986.

ADAM MUÑOZ, M. D.: “El régimen jurídico de los menores extranjeros no acompañados nacionales de terceros Estados”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n. 20, marzo de 2009.

ADROHER BIOSCA, S.: “La entrada, permanencia y salida de los extranjeros en España”, en *La inmigración. Derecho español e Internacional*, Barcelona. Bosch, 1995.

AGUELO NAVARRO, P. (Dir.): *Comentarios a la Ley de Extranjería*. Colex, 2013.

-“La actuación colectiva de la abogacía española en materia de extranjería. La asistencia de oficio”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n 20, 2009.

AGUELO NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. G.: *Normativa comentada sobre derecho de extranjería*, 1ª ed, Valladolid, Lex Nova, 2001.

AGUELO NAVARRO, P. y CHUECA SANCHO, A. G.: “La reforma de la Ley de Extranjería, una visión crítica de los derecho humanos”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*”, n.22, 2009.

-“El nuevo Reglamento de la Ley de Extranjería” en *Revista de Derecho migratorio y de extranjería* n. 26, 2011.

AGUIRREAZKUENAGA, I.: *La coacción administrativa directa*, Madrid, 1990.

AJA, E. (coord.): *La nueva regulación de la inmigración en España*. IDP. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2000.

- *La regulación de la inmigración en Europa*, Barcelona, 2005

- *Las comunidades autónomas y la inmigración*. Tirant lo Blanch. 2006.

- *Los derechos de los inmigrantes en España*, Editorial Tirant Lo Blanch, 2009.

AJA, E. y ARANGO VILA-BELDA, J.: *Veinte años de inmigración en España: perspectivas jurídicas y sociológicas (1985-2004)*. Centro de información y documentación internacionales de Barcelona. 2006.

AJA, E., MONTILLA, J.A. Y ROIG, E. (coords.): *Las Comunidades autónomas y la inmigración*, Editorial Tirant Lo Blanch, 2006.

ALEMANY, J.M (V.V. A.A.): *La inmigración, una realidad en España*, Gobierno de Aragón, 2002.

ALONSO CORTÉS, A.: “Hacia un concepto del derecho de petición” en *Documentación Administrativa*, n. 86, 1985.

ALONSO GARCÍA, E.: “El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española”, en *RAP*, n. 100-102, 1983.

ALONSO GARCÍA, R.: *Tratado de Libre Comercio, Mercosur y Comunidad Europea*. Madrid, 1996.

ALONSO OLEA, M.: *Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2001.

ALONSO PÉREZ, F.: *Régimen jurídico del extranjero en España*. Madrid, Dykinson, 2ª ed., 1997.

ÁLVAREZ CIENFUEGOS, J. M.: “La perspectiva constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en España”, en *Reflexiones sobre la nueva Ley de extranjería*, Consejo General del Poder Judicial, 2001.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M.: “Derechos de la ciudadanía ante la administración electrónica: un reto para las administraciones públicas”, en SÁNCHEZ BLANCO, A., DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M. y RIVERO YSERN, J.L. (Coords.): *El Nuevo Derecho Administrativo*, Libro Homenaje al Prof. Dr. Enrique Rivero Ysern, Ratio Legis, Salamanca, 2011.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: “La validez profesional de los títulos académicos obtenidos por extranjeros en España”, en *La Ley*, 1988.

APRAIZ MORENO, F.: *Derecho de Extranjería. Comentario al Real Decreto 155/1996 de 2 de febrero. Sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España*. 2 Tomos. Barcelona, Bosch. 1998.

APRELL LASAGABASTER, M. C.: *Régimen administrativo de los extranjeros en España. Ciudadanos comunitarios y nacionales de terceros Estados*. Marcial Pons. Madrid.1994.

-“Expulsión de extranjeros y control de la discrecionalidad administrativa”, en *RAP*, n.114, 1987.

-“El Control judicial de la discrecionalidad administrativa en materia de nacionalidad” en *REDA*, n. 57, 1988.

-“Principio de Igualdad y condición del extranjero. Posición del Tribunal Constitucional”, en XI Jornadas de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, mayo 1989, *El Principio de Igualdad en la Constitución Española*, Madrid, 1991.

- “El nuevo Reglamento de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (RD 155/1996, de 2 de febrero)”, *RAP*, n. 140, 1996.
- “La cooperación policial en la Unión Europea”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 44, 1996.
- “La fórmula –contingente de autorizaciones- como condicionante para el empleo de ciudadanos extranjeros no comunitarios”. *REDA*, n. 93, 1997.
- “La política de visados de la Unión Europea”, en *Noticias de la Unión Europea*, n. 207, 2002.
- “Evaluación y seguimiento del primer bienio de aplicación del I Plan Integral para la inmigración en Andalucía”, en *Revista Andaluza de la Administración Pública*, n. 64, 2006.
- “La reforma de los Reglamentos de Extranjería”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 22, 2009.
- “El Anteproyecto de ley de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, reguladora de los Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social”, en la *Revista General de Derecho Administrativo* n. 21, 2010.
- “La cuarta reforma de la Ley de Extranjería en ocho años”, en la *Revista General de Derecho Administrativo* n. 24, 2010.
- “El nuevo Código de Visados de la Unión Europea”, en *Revista General de Derecho Administrativo* n. 26, 2011.
- “El nuevo Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, aprobado en Real Decreto 557/2011, de 20 de abril” en *El Nuevo Derecho Administrativo. Libro Homenaje al Profesor Rivero Ysern*, Ratio Legis, Salamanca, 2011.

ARANA, E.: “La huída del Procedimiento Administrativo Común y sus principios generales en la Ley Orgánica 14/2003, de Extranjería”, *Revista española de Derecho Administrativo*, n. 122, 2004.

ARCE y FLÓREZ-VALDÉS, J.: *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Civitas, Madrid, 1990.

ARGEREY VILAR, P.: *El impacto económico de la inmigración en Europa: estudio de un caso particular*. España. UCM. 2006.

ARGEREY VILAR, P. (Coord): *El fenómeno de la inmigración de Europa "Perspectivas jurídicas y económicas"*, Editorial Dykinson, 2005.

ARNALDO ALCUBILLA, E.: “El derecho de sufragio activo de los extranjeros en las elecciones locales” en *REDC*, n. 34, 1992.

ARRESE IRIONDO, M. N.: “La problemática jurídica de las situaciones irregulares: la expulsión como sanción a la situación irregular”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n 25, 2010.

BAENA DEL ÁLCAZAR, M.: *Organización administrativa*, Tecnos, Madrid, 1984.

-*Curso de Ciencia de la Administración*, Tecnos, Madrid, 2000.

BALADO, M (Dir.): *Inmigración, Estado y Derecho*, Ed. Bosch, 2008.

BALLESTER PASTOR, M. A.: *El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

BALLESTER PASTOR, M. A. y BLASCO PELLICER, A.: “Aspectos socio-laborales de la nueva Ley de Extranjería. Análisis de una regulación provisional”, *Justicia Laboral*. 2, 2000.

BARRANCO VELA, R.: *La protección y los derechos de los menores extranjeros e inmigrantes*, Editorial Comares, 2009.

-“Coordinación de los poderes públicos en materia de inmigración”, en MOYA ESCUDERO, M. (Coord.): *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería: LO 4/2000 y LO8/2000*, Comares, Granada, 2001.

BATTAGLIA, F.: “Los Derechos Fundamentales del hombre, del ciudadano y del trabajador: Esencia, evolución y perspectivas futuras” en *Estudios de teoría del Estado*, Publicado por el Real Colegio de España en Bolonia, 1966.

BELADIEZ, M.: *Los principios jurídicos*, Tecnos, Madrid, 1994.

BELLOCH, J. A.: “Los derechos del extranjero: el internamiento preventivo y su homologación judicial”, en *Privación de libertad y Derechos Humanos*, Barcelona, 1987.

BERMEJO VERA, J.: *Derecho Administrativo Básico Parte General*, Thomson Civitas, 2005.

BISCOTTINI, G.: *Diritto Amministrativo Internazionale*, t.II, Padua, 1966.

BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ. I. y GUTIÉRREZ CASTILLO, V. L.: *Derecho de la Unión Europea sobre inmigración y asilo: compilación sistemática y comentada de la normativa comunitaria*. Dykinson. 2007.

BLONDEL: “Expulsión” en *Repertoire de Droit International*, t.VIII.

BORRAJO INIESTA, I.: “Las libertades de establecimiento y de servicios en el Tratado de Roma” en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, t. II, Madrid, 1986.

-“El status constitucional de los Extranjeros”, en *Estudios sobre la Constitución Española*, Homenaje al Profesor García de Enterría, II, *De los Derechos y Derechos Fundamentales*, Madrid, 1991.

BOZA MARTÍNEZ, D., DONAIRE VILLA, F.J. y MOYA MALAPEIRA, D. (Coords.): *Comentarios a la Reforma de la Ley de Extranjería*, Tirant lo Blanch Reformas, IDP, Valencia, 2011.

- *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España*, Tirant lo Blanch, 2011.

CABEDO MALLOL, V. (Coord.): *La situación de los menores no acompañados*, Tirant lo Blanch, 2010.

- *Los menores extranjeros no acompañados*, Tirant lo Blanch, 2011.

CABEZA PEREIRO, J y MENDOZA NAVAS, M. (Coords.): *Tratamiento jurídico de la inmigración*, Ed. Bomarzo, 2008.

CADENAS CORTINA, C.C.: *Posición del extranjero en el proceso contencioso-administrativo*, Editorial Consejo General Del Poder Judicial, 2006.

CALVO CARAVACA, A. L., y CASTILLO RIGABERT, F.: “El extranjero ante el recurso constitucional de amparo”, en *La ley*, 1982.

CALVO ESPIGA, A. y MELÉNDEZ-VALDÉS NAVAS, M.: *La inmigración en el municipio de Málaga*, Tirant lo Blanch, 2010.

CAMAÑO DOMINGUES, F.: *El derecho de sufragio pasivo*. Pamplona. 2000.

CAMPO CABAL, J. M. (Coord.): *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Thomson Civitas, 2001.

CAMPOS RAMÍREZ, R.: “Comentario al artículo 15 de la LOE”, en CAMPO CABAL, J. M. (Coord.): *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Thomson Civitas, 2001.

CAMPOY CERVERA, I.: *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*. Dykinson, 2006.

CANO MATA, A.: *Las infracciones administrativas en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Madrid.1984.

CARBAJAL GARCÍA, P.: “El arraigo como circunstancia excepcional para poder residir y trabajar legalmente en España”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n. 29, 2012.

CARRASCO CANALS, C.: “Derechos Fundamentales y Libertades Públicas” en *Introducción a los Derechos Fundamentales*, X Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Secretaría General Técnica, vol. I, Madrid, 1989.

CARRETERO PÉREZ, A. y CARRETERO SÁNCHEZ, A.: *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid. 1992.

CASCAJO CASTRO, J. L.: “El problema de la protección de los Derechos Humanos”, en *Los Derechos Humanos, significación, estatuto jurídico y sistema*, Universidad de Sevilla, 1979.

CASSIN, R.: “El problema de la realización de los Derechos Humanos en la Sociedad Universal”, en *Veinte años de evolución de los Derechos Humanos*, México, 1974.

CASTRO CID, B.: “Los Derechos sociales: análisis sistemático”, en *Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Para una integración histórica y doctrinal de los Derechos Humanos*. Actas de las IV Jornadas de Profesores de Filosofía del Derecho, Murcia, 1978.

CAVAS MARTÍNEZ, F. (Dir.): *Comentarios a la ley de extranjería y su nuevo Reglamento*, Civitas, 2011.

CEDEIRAS CHECA, R.: “Derechos y Libertades de los extranjeros en España” en *Introducción a los Derechos Fundamentales*, X Jornadas de Estudio de la Dirección

General del Servicio Jurídico del Estado, Secretaría General Técnica, vol. I, Madrid, 1989.

CHARRO BAENA, P.: *Las autorizaciones para el trabajo de extranjeros*. Pamplona. 2000.

- *Comentarios a la Ley de Extranjería* (Dir.: CAMPO CABAL, J. M.). Madrid. 2001.

CHARRO BAENA, P. y NAVARRO GALLEL, C.: “El trabajo de los extranjeros en España”, en la *Inmigración. Derecho español e internacional*. Barcelona. Bosch, 1995.

CHECA OLMOS, F.: *Menores en la frontera; otra inmigración que aguarda*. Ed. Icaria.2006

CHINCHILLA, C.: *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, Madrid, 1991.

CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A.M.: *Control judicial de las privaciones de los extranjeros en situación irregular*, Tirant lo Blanch, 2010.

CHUECA SÁNCHO, A. G.: *Derechos humanos, inmigrantes en situación irregular y Unión Europea*, Lex nova, 2010.

-“El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Extranjería”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n. 20, 2009.

CIERCO SEIRA, C.: *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, Real Colegio de España, Bolonia, 2002.

CLAVERO ARÉVALO, M.: “El derecho administrativo como derecho común y normal”, en *Estudios de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1950.

- “La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento jurídico”, *RAP*, n. 4, 1951

CONSTANTINESCO, L. J.: “Il lavoratore straniero como sogetto giuridico nella CEE”, en *RDICL*, 1976.

CORDERO LOZANO, C.: *Expulsión, devolución y retorno de extranjeros*, Bosch, 2011.

COSCULLUELA MONTANER, L.: *Manual de Derecho Administrativo, Tomo I*, 23^a ed. Thomson Civitas, 2012.

COSTA J. P.: “La Carta Social Europea revisada”. En la obra colectiva dirigida por MUÑOZ MACHADO, S, GARCÍA ESCUDERO, J. L. y GONZÁLEZ SEARA J. L.: *Las Estructuras del Bienestar en Europa*. Madrid. 2000.

CRUZ VILLALÓN, J.: *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. Pamplona, 1997.

- “La libre circulación de trabajadores comunitarios en España durante el periodo transitorio”, en V Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, celebradas en Sevilla el 15 y 16 de diciembre de 1986: *Contrato de trabajo y formación profesional. Consecuencias laborales y sociales de la integración de España en la Comunidad Europea*, Madrid, 1987.

-“Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas”, *REDC*, 1992.

DE ANGULO RODRÍGUEZ, M.: *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería*. Granada. 2000.

DE BOECK, CH.: L’expulsion et les difficultés internationales qu’en soulève la pratique”, en *Rec. Des Cours*, t.III, 1927.

DE CASTRO, F.: *Derecho Civil de España*, Cívitas, Madrid, 1984.

DE MARTÍN SANZ, L.V.: *Práctica contencioso administrativa en materia de extranjería*, Editorial Dykinson, 2010.

DEL CAMPO COLAS, C. y MORALES MADRIGAL, V.: *Ley de Extranjería. Texto vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 8 /2000*. Madrid. 2001.

DESOLRE, G.: “Observations al Arret CJCE 9 juillet 1987, Compétence de la Communauté en général et de la Commission en particulier en matière de politique migratoire vis-à-vis des Etats tiers”, en *CDH*, n. 3-4, 1990.

DIAGO DIAGO, M. P.: “La reagrupación familiar de descendientes, personas sujetas a representación legal y de la pareja de hecho en la enésima modificación de la Ley 4/2000”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n.26, 2011.

DÍAZ BARRADO, C. M.: “Tendencias sustanciales del ordenamiento jurídico internacional en la cuestión migratoria”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n. 30, 2012.

DÍAZ MARTÍN, J. M.: En la obra colectiva dirigida por ASENSI SABATER: *Comentario a la Ley de Extranjería*. Zaragoza.2001

DÍEZ DE VELASCO GALLEGO, M.: *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Madrid, 1982.

DIEZ PICAZO, L.: *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1982.

DIEZ SÁNCHEZ, J. J.: *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Civitas, Madrid, 1992

DRUESNE, G.: Liberté de circulation des personnes, l’ordre public, a nouveau: comme la punition des filles de Danaos?”, en *RTDE*, 1982.

DURÁN, F.: *La libertad de circulación y establecimiento en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE*, Madrid, 1986.

ELU TERÁN, A.: “Los inmigrantes ante la crisis económica: efectos, reacciones y perspectivas”, en *Revista CAUCES*, n.015, 2011.

EMBED IRUJO, A.: *El ciudadano y la Administración*, MAP, Madrid, 1994.

ESCRICHE, J.: *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1839.

ESCUÍN PALOP, V.: *Régimen Jurídico de la entrada y permanencia de extranjeros en España*, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates (27), Madrid, 1991.

-“Actuaciones Judiciales protectoras de los derechos de los ciudadanos frente a la Administración Pública”, en *Poder Judicial*, n. 24, 1991.

ESPADA RAMOS, M. L.: “Inmigración y asilo en el Tratado de la Unión Europea”, *Revista de Estudios Constitucionales*, n. 86, 1994.

ESPINAR VICENTE, J. M.: *La extranjería en el sistema español de Derecho Internacional Privado*, Universidad de Granada, 1987.

-*La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Madrid. Civitas, 1994.

-*Extranjería e inmigración en España: análisis crítico de su regulación jurídica*, Marcial Pons, 2006.

ESPLUGUES MOTA, C.: *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Tirant lo Blanch, 2006.

- “El derecho de extranjería como banco de pruebas del derecho internacional privado: el derecho a la reagrupación familiar en la ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 2000.

ESPLUGUES MOTA, C. y DE LORENZO SEGRELLES, M.: *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*. Valencia, 2001.

ESTRADA CARRILLO, V.: *Comentarios a la Ley Orgánica y Reglamento de Extranjería*, Madrid, 1993.

FANLO LORAS, A.: “La Ley italiana de 7 de agosto de 1990, de nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y derecho de acceso a los documentos administrativos”, en *RAP*, n. 124, 1991.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. y MORENO VIDA, M. N.: *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Comares, Granada, 2011.

FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *Asociaciones y Constitución*, Madrid, 1987.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: “Los principios constitucionales del procedimiento administrativo”, en *Gobierno y Administración en la Constitución*, 2 vols., IEF; Madrid, 1988.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: “La protección internacional de los Derechos Humanos y su proyección en el orden jurídico interno”, en *Política y Derechos Humanos*, Seminario de Filosofía del Derecho, Valencia, 1976.

-“Derecho sancionador de extranjería y protección jurisdiccional de los derechos fundamentales” en *Extranjería e Inmigración en España y la Unión Europea*, Colección Escuela Diplomática n. 3. 1998.

-“La suspensión de la actividad sancionadora de la Administración en materia de extranjería ante la jurisdicción contencioso-administrativa”, *REDI*, 1998.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “La nacionalidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa” en *La Ley*, t. II, 1987.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. A.: *Derecho comunitario de la inmigración*. Atelier Editorial. 2006.

FERNÁNDEZ VALVERDE, R.: “Las garantías jurídicas de los extranjeros”, *Revista del Poder Judicial*, n. 67, 2002.

FERNANDO PABLO, M. M.: *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993.

-*La Ley Común de Procedimiento Administrativo. Antecedentes, principios y aspectos generales de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, Colex, Madrid, 1993

FERNANDO PABLO, M. M., GONZÁLEZ BUSTOS, M. A., FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D. y GONZÁLEZ IGLESIAS, M. A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo Tomo I*, Ratio Legis, 2012.

FERRER PEÑA, R. M.: *Los Derechos de los extranjeros en España*, Madrid, 1989.

FERRER SANCHÍS, R. M.: “Cuestiones de Derecho Internacional Privado en la Constitución Española de 1978”, en *Lecturas sobre la Constitución Española*, t. II, Madrid, 1978.

FLORES GIMÉNEZ, F. J.: “El nuevo Reglamento de extranjería: ¿Una ampliación de derechos?”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 47, 1997.

FREIRE CORREIA DE GUSMAO, A. C.: “El derecho a la reagrupación familiar en el derecho español y comunitario” en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*”, n. 23, 2010.

FRUTOS GÓMEZ, J. M.: “Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios” en *Gaceta Jurídica de la CEE*, Serie D, n. 12, marzo 1986.

GALISONGA JORDA, A.: “El artículo 48.4 del TCEE y los empleos en la Administración de las Comunidades Autónomas” en *La integración de España en las Comunidades Europeas y las competencias de las Comunidades Autónomas*, Ed. Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1985.

GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Tecnos, 2008.

GARCÍA ABELLÁN, J.: *Curso de Derecho Sindical*, 2ª ed., Universidad de Murcia, 1986.

GARCÍA COSO, E.: *Comentarios a la Ley de Extranjería*. Coordinados por CAMPO CABAL, J. M. Madrid. 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984

-“La lucha contra las inmunidades del poder en Derecho Administrativo”, en *RAP*, 1962.

-“La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la Administración” en *REDA*, n. 29, 1981.

- *La batalla por las medidas cautelares*, Civitas, Madrid, 1992.

- *La Administración española*, Civitas, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo II*, Madrid, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., LINDE, E., ORTEGA, L. y SÁNCHEZ MORÓN M.: *El Sistema Europeo de Derechos Fundamentales*. Madrid.1979

GARCÍA ESCUDERO, J. M.: “Comentario al art. 29”, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, (dir. O. ALZAGA), EDERSA, t. II, Madrid, 1984.

GARCÍA JUAN, L.: “El traspaso de competencias a las Comunidades Autónomas en materia de extranjería. Especial referencia al caso catalán”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n. 20, 2009,

GARCÍA MURCIA, J. y CASTRO ARGÜELLES, M. A.: “La distribución de competencias en materia de inmigración”, en *Revista Temas Laborales*, Vol. I, n. 100, 2009.

GARCÍA OLIVER, R.: “Derechos laborales de los trabajadores extranjeros” en *Derecho de extranjería, Asilo y Refugio*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales-Instituto Nacional de Servicios Sociales, 1995.

GARCÍA VÁZQUEZ, S.: *El Estatuto Jurídico-Constitucional del Extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

GARRIDO CUENCA, N. M.: “Servicios sociales y Extranjería: un recorrido inconcluso en el camino hacia la universalización de las prestaciones sociales”, en *El Marco jurídico de los servicios sociales en España*, Atelier, Barcelona, 2012.

GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III. “La justicia administrativa”. Madrid. 2001.

-“Comentario al art. 29” en GARRIDO FALLA, F. (Dir.): *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1985.

- “Comentario al art. 106.1”, en *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1985.

-“El procedimiento administrativo de 1950 a hoy”, *RAP*, n. 150, 1999

GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V (Coord.): *Inmigración, Familia y Derecho*, Marcial Pons, 2011.

GENEVOIS, B.: “L’entrée des étrangers en France: le rappel des exigences constitutionnelles” en *RFDA*, 8 (2), marzo-abril 1982.

GIMENO MOTEVERDE, CH.: “Menores extranjeros no acompañados. Una cuestión compleja para políticas públicas y sociales, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n. 25, 2010.

GISTI: *Le nouveau guide juridique des etrangeres en France*. Paris, 1985.

- *Le guide des jeunes étrangers en France*, Paris, 1986.

GOIZUETA VÉRTIZ, J.: “Las políticas de integración en España. Algunas reflexiones a propósito de la intervención de las Administraciones Públicas”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n.29, 2012.

GÓMEZ MUÑOZ J. M. y RODRÍGUEZ RAMOS VELASCO P. T.: “La libertad de circulación de los trabajadores en la Unión Europea”. En la obra colectiva dirigida por CRUZ VILLALÓN J. y PÉREZ DEL RÍO T.: *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*. Madrid 2000.

GÓMEZ REINO, E.: “Libertades públicas en la Constitución”, en *Lecturas sobre la Constitución Española*, t. I, Madrid, 1978.

GONZÁLEZ AYALA, D.: *Las garantías constitucionales de la detención*. Madrid. 1999.

GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y RECONDO PURRÚA, R.: *Derecho Internacional Privado, Parte especial*, vol.1, Oviedo, 1984.

GONZÁLEZ LÁZARO, I.: *Los menores extranjeros no acompañados*, Tecnos, 2010.

GONZÁLEZ NAVARRO: *Derecho Administrativo Español*, t. II, Pamplona, 1988.

GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *La protección social de los extranjeros en España*, Tirant lo Blanch, 2010.

GONZÁLEZ PÉREZ, A.: “Régimen jurídico del derecho de petición” en *Documentación Administrativa*, n. 40, 1961.

GONZÁLEZ RIVAS, J. J.: *Extranjería y libre circulación de personas*, Granada, Comares, 1995.

GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P. J.: *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida de España*, Madrid, 1991.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Parte general*, Thomson Civitas, 2008.

GOODWIN-GILL, G.: “The limits of the power of expulsion in public international law”, en *The British Year Book of international Law*, 1974-75.

GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: *El procedimiento administrativo sancionador*, Dykinson, 2013.

GRAU PINEDA, C.: “De las facilidades al retorno voluntario de los trabajadores inmigrantes en España: ¿Medidas anti-crisis o gestión de flujos migratorios?”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n. 28, 2011.

GUIMEZANES, N.: *Le Droit des étrangers. L'entrée et le séjour*, Paris, 1987.

HERNÁNDEZ CALERO, D.: “Tráfico ilegal e inmigración clandestina de personas”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n. 21, 2009.

HERNANDO VERA, A., QUEIPO DE LLANO LÓPEZ-CÓZAR, M. y SÁNCHEZ LORENTE, S.: *100 respuestas sobre extranjería*, ed. Laberinto, 2011.

HERRERA GÓMEZ, M.: “Las Comunidades Autónomas españolas y la integración de los inmigrantes: las campañas de sensibilización”, en *Ciudadanía y Valores*, febrero 2010.

HERRERO RUBIO, A.: “El permiso de trabajo de los extranjeros en España”, en *Estudios de Derecho Internacional Público y Privado*, Homenaje al Profesor SELA SAMPIL, vol. II, Oviedo, 1970.

HUBEAU, F.: “L’exception d’ordre public et le libre circulation des personnes en Droit Communautaire”, en *Cahiers de Droit européen*, 1981.

IGLESIAS CANLE, I. C.: *Inmigración y Derecho*. Tirant lo Blanch. 2006.

IGLESIAS SÁNCHEZ, S.: “La regularización de la situación administrativa de los padres de menores españoles en situación irregular”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n.25, 2010.

- “El retorno voluntario en España: análisis desde la perspectiva de la migración circular y del Derecho de la Unión Europea”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n. 29, 2012.

IÑÍGUEZ HERNÁNDEZ, D.: “De la entrada y salida del territorio español” en *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2000.

JIMÉNEZ ASENJO, A.: “Protección jurídico policial de los Derechos Humanos” en *Estudios Homenaje al Prof. Castán Tobeñas*, vol. III, Pamplona, 1969.

JIMÉNEZ CISNEROS, F. J.: *El derecho de petición y la iniciativa legislativa*, Cuadernos de Documentación (25), Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1980.

JIMÉNEZ –UGARTE, J.: *Práctica Consular e Inmigración*, Tirant lo Blanch, 2008.

JOVER GÓMEZ FERRER. J.M., ORTEGA CARBALLO, C. y RIPOLL CARULLA, S.: *Los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Lex nova, 2010.

JUÁREZ PÉREZ, P.: “De Maastricht a Ámsterdam: Cinco años de ciudadanía”, *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, B-129, 1997.

KIRKPATRICK DE LA VEGA, A. y GONZÁLEZ GARCÍA, G.: *Los Visados en Derecho Español y Comunitario*, Dirección General de Asuntos Consulares y Migratorios, Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, 2ª ed., Madrid, 2011.

KUZNETSOV, G.: “Integración de inmigrantes”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n. 31, 2012.

LAFONT NICUESA, L.: “La determinación de la edad del menor extranjero: pasaporte contra pruebas médicas”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n 24, 2010.

-*Protocolos sobre extranjería*, Tirant lo Blanch, 2013.

LAVILLA RUBIRA, J.: “Organización”, en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995.

LEBULLENGER, J.: “A propos de l’expulsion des étrangers: les garanties de procédure administrative en droit français et communautaire”, en *RCDIP*, 1981.

LEGUINA VILLA, J.: “Principios generales del Derecho y Constitución”, *RAP*, n. 114, 1987.

LINDE PANIAGUA, E.: *Sistema Europeo de Protección de Derechos Humanos* (dir. E. GARCÍA DE ENTERRÍA), Madrid, 1983.

- *Inmigración, extranjería y asilo*. Editorial Constitución y Leyes, S.A.. 2005.

LIÑAN NOGUERAS, D.: “De la ciudadanía europea a la ciudadanía de la Unión” en *Gaceta Jurídica de la CE*, D17, número monográfico: *El Tratado de la Unión Europea*, primera parte, 1991.

LOBKOWICZ, W.: “Un Droit de vote municipal pour tous les européens”, en *Revue du Marché Commun*, n. 322, 1988.

LÓPEZ GONZÁLEZ, J. I.: *El principio general de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, IGO, Sevilla, 1988.

LÓPEZ MENUDO, F.: “Los principios generales del procedimiento administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 129, 1992.

LÓPEZ-MUÑÍZ GOÑI, M.: *La nueva Ley de Extranjería. Guía práctica y jurisprudencia*, Madrid, Colex, 2005.

LÓPEZ RODÓ, L.: “El derecho de petición, antecedentes, directrices y discusión en las Cortes” en *Documentación Administrativa*, n. 40, 1961.

LORENZO JIMÉNEZ, J. V.: “La expulsión de extranjeros por permanencia irregular en España: Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n. 20, 2009.

LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, M.: *Extranjeros y Constitución española*, Universidad Complutense de Madrid, 1999.

LYON-CAEN G., y LYON-CAEN, A.: *Droit Social International et Européen*, Paris, 1985.

MAGALLANES, C. Y PREGITZER.: *Manual para el inmigrante*, ed. Carena, 2012

MAIGRET, J., y otros: *Le Droit de la Communauté Economique Européene*, vol. III, Bruselas, 1971.

MANGAS MARTÍN, A.: “La cooperación reforzada en el Tratado de Ámsterdam”, Comunidad Europea Aranzadi, 1998.

MARÍN CONSARNAU, D.: *Reagrupación familiar en el régimen comunitario “problemas de discriminación inversa”*, Ed. Bosch, 2010.

- “Las Uniones no matrimoniales como familiares reagrupables: problemática específica en Cataluña”, *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n.27, 2011.

MÁRQUEZ LEPE, E.: *La gestión política de la diversidad cultural en España: análisis de los discursos parlamentarios sobre inmigración*. Ed. Universidad de Granada. 2007.

MARTÍN LÓPEZ, A.: *Derecho Internacional Privado Español. Parte Especial I. Nacionalidad y Extranjería*, Granada, 1986.

MARTÍN-RETORTILLO BACQUER, L.: “Sanciones penales y sanciones gubernativas”, en *Problemas actuales del Derecho penal y procesal*, Universidad de Salamanca, 1971.

-*Materiales para una Constitución*, AKAL, Madrid, 1984.

-*Eficacia y garantía de los Derechos Fundamentales. Estudios sobre la Constitución Española*. Vol. II. Madrid. 1991.

-“El derecho administrativo ante la crisis”, en *REDA*, n. 157, 2013.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. y DE OTTO, I.: *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988.

MARTÍN RETORTILLO, S.: *El reto de una Administración racionalizada*, Civitas, Madrid, 1983.

MARTÍNEZ ALCUBILLA, M.: *Diccionario de la Administración Española*, Madrid, 1869; *Enciclopedia Jurídica Española* SEIX, Barcelona, 1918.

MARTÍNEZ MARÍN, A.: *Derecho administrativo. La organización administrativa*, Tecnos, Madrid, 1986.

-*Una teoría sobre nuestra organización pública y sus principios*, Tecnos, Madrid, 1986.

MASSO GARROTE, M. F.: *Nuevo Régimen de la Extranjería*. Madrid. 2001.

-*Los derechos de participación política y el derecho de acceso a funciones públicas*. Madrid, Colex, 1997.

-“Aspectos políticos y constitucionales sobre la participación electoral de los extranjeros en el Estado nacional”, *REP*, 1997.

MATIA PORTILLA, F.J.: *Crisis e inmigración*, Tirant lo Blanch, 2012.

MIAJA DE LA MUELA, A.: *Derecho Internacional Privado II. Parte Especial*. rev. por V. ABELLÁN, Madrid, 1987.

MIGUEL CALATAYUD, J. A.: *Estudios sobre Extranjería*, Barcelona, 1987.

MIGUEL ZARAGOZA, J.: “La función del Tribunal Constitucional en la interpretación y aplicación de la Convención Europea de Derechos del Hombre” en *El Tribunal Constitucional*, Jornadas de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, vol.II, Madrid, 1981.

MIRALLES SANGRO, P.: “Nota” sobre jurisprudencia de expulsión de extranjeros, en *REDI*, 1982.

MOLTÓ CALVO, M.: “Una política común de asilo e inmigración”, en PASTOR ANTOLÍN, L. J. (Ed.): *Globalización y migraciones hoy: Díez años de continuos desafíos*, Universidad de Valladolid, 2002.

MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.): *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009 de 11 diciembre de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*, La ley-Actualidad, 2010.

MONEREO PÉREZ, J.L., FERNANDEZ AVILÉS J.A. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: (Dir. y coords.): Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social, (LO 4/2000 y RD 557/2011), Comares, 2013.

MONEREO PÉREZ, J. L., y VIDA SORIA, J.: *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*, MAP, Madrid, 1991.

MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: *La víctima de violencia de género y su modelo de protección social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

- “Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007 de 7 de noviembre y 259/2007 de 19 de diciembre, *Revista de Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, Tomo I, 2008.

-“El modelo de política jurídica de inmigración y mercado de trabajo en España”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n.29, 2012.

MONTERO ELENA, M.: “Legislación sobre extranjeros: infracciones y sanciones”, en *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Madrid, Ministerio de Asuntos Sociales-Instituto Nacional de Servicios Sociales, 1995.

MONTORO CHINER, M. J.: “La calidad de las normas: desafío al Estado de Derecho”, *REDA*, n. 48, 1985.

-*Adecuación al ordenamiento y factibilidad: presupuestos de la calidad de las normas*, Marcial Pons, Madrid, 1989.

- *La evaluación de las normas. Racionalidad y eficiencia*, Atelier, Barcelona, 2001.

MORALES VILLANUEVA, A.: *Protección Civil y Extinción de Incendios. Derecho Local Especial*. Madrid. 1992.

MORENO JIMÉNEZ, P. y VALLEJO MARTÍN, M.: “La inmigración desde una perspectiva psicosocial”, en SALINAS DE FRÍAS, A. (Dir.): *Inmigración e integración*, Ed. Sequitur, Madrid, 2010.

MORODO, R.: “Notas sobre el derecho de petición”, en *Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político*, n. 31, Universidad de Salamanca, 1964.

MOYA, D. y AGUELO NAVARRO.: *La Reforma de la Ley Orgánica de Extranjería*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2011.

MOYA ESCUDERO, M.: “La expulsión de extranjeros del territorio nacional” en *La Ley*, 1986.

- “El derecho a la reagrupación familiar en la Ley de Extranjería”, *La Ley*, n. 4982, 2000.

MUÑOZ DE BUSTILLO, R. y ANTÓN, J. I.: “De la España que emigra a la España que acoge: contexto, dimensión y características de la inmigración latinoamericana en España”, en *América latina hoy*, n. 55, 2010.

MUÑOZ MACHADO, S.: “Protección Diplomática y jurisdicción contencioso-administrativa” en *REDA*, n. 6, 1975.

-“Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española”, *REDA*, n.75, 1992.

MUÑOZ MACHADO, S., MESTRE DELGADO, J. F. y ÁLVAREZ GARCÍA, V.: “La europeización de las garantías de los derechos y la universalización en Europa de lagunas políticas de bienestar”. En la obra colectiva dirigida por MUÑOZ MACHADO, S., GARCÍA DELGADO J. L. y GONZÁLEZ SEARA, J. L.: *Las Estructuras del Bienestar en Europa*. Madrid. 2000.

NADAL, I.: *Todo sobre el Derecho de Extranjería*, Grupo Difusión, 2010

NAVARRO NIETO, F. L.: “La incidencia en el Ordenamiento Jurídico español del principio comunitario de igualdad de trato en el acceso al empleo”, en V Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, celebrado en Sevilla el 15 y 16 de diciembre de 1986, *Contrato de trabajo y formación profesional. Consecuencias laborales y sociales de la integración de España en la Comunidad Europea*, Madrid, 1987.

NEVADO-BATALLA MORENO, P.T.: *Notas sobre Derecho Administrativo Tomo II*, Ratio Legis, 2006.

-Legalidad y buena administración, Ibáñez, 2009

NGUYEN VAN YEN, CH.: *Droit de l’immigration*, Paris, 1986.

NIETO GARCÍA, A.: *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid. 1ª ed., 1993.

NUÑEZ GÓMEZ, T.: *Abuso en la exigencia documental y garantías formales de los administrados*, Atelier-Universidad de Oviedo, Barcelona, 2005.

OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho Sindical*, Madrid, 1986.

OLIVÁN LÓPEZ, F.: *Constitución y extranjería "La dialéctica de la integración"* Editorial Dykinson, 2004.

OLESTI RAYO, A.: “El estatuto de los residentes de larga duración: comentario a la Directiva del Consejo 2003/109, de 25 de noviembre de 2003”, en *Revista Electrónica de Derecho Comunitario*, n. 4, mayo 2004.

OLIVARES D’ANGELO, J. L.: “Nota” a la STC 115/1987, de 7 de julio, en *REDI*, 1988.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: *El estatuto administrativo de los extranjeros en España en clave judicial*, Ed. Reus, 2008.

ORTEGA MARTÍN, E. (Dir.): *Hacia un derecho unitario europeo en materia de extranjería*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

- *Manual de Derecho de Extranjería*, Editorial Jurídica Europea de Derecho, 2005.

- *Manual práctico de Derecho de Extranjería*, La Ley, 2010.

PALOMAR OLMEDA, A.: *La Organización administrativa: tendencias y situación actual*. Granada.1998.

- *Régimen Jurídico de los Extranjeros*. Navarra, Aranzadi. 2001.

- *Tratado de Extranjería*, Aranzadi, 2012.

-“La potestad sancionadora pública en materia de extranjería” en *Tratado de Extranjería*, Tomo I, 4ª edición, Aranzadi, 2010.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C.: “Artículo único. Aprobación y ámbito de aplicación del Reglamento”, en RAMOS QUINTANA, M.: *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007.

PARADA VÁZQUEZ, R.: “El poder sancionador de la Administración y crisis del sistema judicial penal”, en *RAP*, n. 67, 1972.

-*Derecho Administrativo I, Parte general*, Marcial Pons, 2010.

--*Derecho Administrativo II, Organización y Empleo Público*, Marcial Pons, 2012.

PAREJO ALFONSO, L.: *El concepto de Derecho Administrativo*, Caracas, 1984.

- “Los valores en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989.

-“El régimen de permanencia de los extranjeros” en *Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio*. Madrid. Ministerio de Asuntos Sociales- Instituto Nacional de Servicios Sociales, 1995.

PECES-BARBA, G.: *Curso de Derechos Fundamentales*. Madrid. 1995.

-*Los valores superiores*, Madrid, 1984

-“Reflexiones sobre teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución”, en *Revista de Derecho de la Universidad Complutense*, monográfico 2º, 1978-1981.

PENA GONZÁLEZ, M. A.: *Inmigración y universidad: acogida del inmigrante desde el ámbito universitario español*. UPA. 2005.

PEÑA PÉREZ, A.: “Inmigrantes ilegales: concepto infame. Responsables y deshonorados”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n.29, 2012.

-“Arraigo, circunstancias excepcionales y razones humanitarias: evolución histórica dentro del derecho de extranjería”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n. 30, 2012.

PÉREZ LUÑO, A. E.: *Los Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1984.

PÉREZ MORENO, A.: “La acción pública en materia de urbanismo” en *Revista de Derecho Urbanístico*, n. 15, 1969.

PÉREZ SOLA, N.: *Inmigración e integración: un reto europeo*. Fundación Alternativas. 2006.

PÉREZ VERA, E.: *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Madrid, 1980.

- “Comentarios al artículo 13”, *Comentarios a la Constitución Española 1978* (dir. O. ALZAGA), EDERSA, t. II, Madrid, 1984.

PERIAGO MARTÍNEZ, R.: “Una mirada a la aplicación de las políticas migratorias en España. El retorno voluntario y el codesarrollo como opción”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n.30, 2012.

PICO LORENZO, C.: “Derechos Fundamentales de los Extranjeros. Derechos inalienables en igualdad de condiciones con los nacionales y derechos con distinto marco legal. El trabajo del extranjero como derecho de configuración legal. Consideraciones sobre las distintas vías de obtención del permiso de trabajo”, *Extranjeros. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, CGPJ, 1995.

POLITIS, N.: “Les problemas des limitations à la souveraineté et le theorie de l’abus du Droit”, t.I, 1925.

POMED SÁNCHEZ, L. A.: *El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, Madrid, 1989.

PONCE SOLÉ, J.: *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

QUEROL SÁNCHEZ, D.: “Aproximación a la actividad consular de España en el extranjero”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n. 25, 2010.

RAMOS QUINTANA, M.: *El trabajo de los extranjeros en España*, Madrid, 1989.

- *Comentarios al Reglamento de Extranjería*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007.

- “Derecho de los trabajadores extranjeros en España”, *REDT*, 1997.

REALE, E.: “Le problème des passeports” en *Recueil des Cours de la Academie de Droit International de la Haye*, IV, t. 50, 1934.

RESS, G.: “La libre circulación de personas, de servicios y de capitales” en *Treinta años de Derecho comunitario*, Comisión de las Comunidades Europeas, Luxemburgo.

RIUS SANT, X.: *El libro de la inmigración en España*, Almuzara, 2007.

RIVERO, J.: “Los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo francés contemporáneo”, *RAP*, n. 6.

RIVERO ORTEGA, R.: “La obligación de resolver”, en QUINTANA LÓPEZ, T.: *El silencio administrativo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

-*El expediente administrativo*, Aranzadi, 2007.

-“Simplificación administrativa y administración electrónica: objetivos pendientes en la transposición de la Directiva de servicios” en *Revista catalana de dret públic* n. 42, 2011.

RIVERO ORTEGA, R. y MERINO ESTRADA, V.: “La simplificación procedimental y la descarga burocrática”, *Revista de estudios locales*, n. extra 152, 2012.

RIVERO ORTEGA/RIVERO YSERN, “El derecho al procedimiento administrativo”, Libro Homenaje al Prof. Dr. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, 2007.

RIVERO YSERN, E.: “Potestad organizatoria y actividad organizativa”, en *DA*, n. 153, 1973.

RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, J.: *Los derechos políticos de los extranjeros*, Madrid, Civitas, 1997.

RODRÍGUEZ MESA, M. J.: *Inmigración y sistema penal*. Tirant lo Blanch. 2006.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ DE PRADA, V. R.: “La exigencia abusiva de documentación complementaria en el actual procedimiento administrativo”, *REDA*, n. 80. 1993.

RODRÍGUEZ-ZAPATA, J.: “Internamiento de extranjeros expulsados de España. Derechos de Reunión y Asociación de los Extranjeros. Suspensión cautelar de las resoluciones administrativas impugnadas en materia de extranjería”, en *REDT*, núms. 29-32, 1987.

ROJO TORRECILLA, E.: *Inmigración y mercado de trabajo en la era de la globalización: estudio de la normativa internacional, comunitaria y española*. Lex nova. 2006.

ROMÁN LUJÁN, B.: “La nueva Ley de Asilo”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n. 22, 2009.

RUILOBA ALVARIÑO, J.: “Procedimiento sancionador” en *La inmigración. Derecho español e internacional*, Barcelona, Bosch, 1995.

RUIZ LEGAZPI, A. y BIGLINO CAMPOS, P.: *La expulsión de menores extranjeros*, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2011.

RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M.: *Regulación Legal de la Extranjería e Inmigración en España*, Documentos Prácticos del Instituto de Estudios sobre Migraciones, Universidad de Comillas, Madrid, 2006

SAGARRA TRÍAS, E.: *Los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas de los extranjeros en España. Protección Jurisdiccional y Garantías*, Barcelona, 1991.

- *La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura*. Ed. U. B. Barcelona, 2002.

SÁIZ ARNÁIZ, A.: *La apertura del derecho constitucional a las normas internacionales sobre derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*, CGPJ, Madrid, 1999

SÁNCHEZ BLANCO, A.: *Procedimiento administrativo*, Comares, 2002.

-“Sujetos, actores y factores en el procedimiento administrativo” *Revista de administración pública*, n. 111, 1986.

-“La participación como coadyuvante del Estado social y democrático de Derecho” en *Revista de administración pública*, n. 119, 1989.

-“El sistema de archivos: De las referencias histórico-culturales a las bases de las Administraciones públicas” en *Revista española de derecho administrativo*, n. 67, 1990.

-“El principio comunitario de cohesión económica y social” *Revista Vasca de Administración Pública*. n. 29, 1991

-“Los derechos ciudadanos en la Ley de Administraciones Públicas” en *Revista de administración pública*, n. 132, 1993.

-“Del supraconcepto de administrado a la concreción constitucional de colectivos sociales” en *La protección jurídica del ciudadano: (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)* en homenaje al profesor Jesús González Pérez Vol. 1, 1993.

-“Esquema de la Ponencia de Ángel Sánchez Blanco: El marco de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y su incidencia en archivos y registros” en *Revista TRIA*, n. 0, 1994.

“Aplicación de la Constitución Española ante el Tratado de la Unión Europea” en *Noticias de la Unión Europea*, n. 120, 1995.

-“Aplicación de la Constitución Española ante el Tratado de la Unión Europea” en las XVI jornadas de estudio vol. 1 *La constitución española en el ordenamiento comunitario europeo*, 1995.

-“Disposiciones Adicionales, Transitorias, Derogatorias y Finales.: Disposición Transitoria Segunda. Procedimiento ordinario” en *Revista española de derecho administrativo*, n. 100, 1998.

-“Título IV. Procedimiento Contencioso-Administrativo. Capítulo Primero. Procedencia en primera o única instancia: Artículo 54” en *Revista española de derecho administrativo*, n. 100, 1998.

-“Impulso a Internet: perspectiva de los Poderes Públicos” en *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, .n. 1-2, 2001.

-“Procedimiento administrativo y proceso contencioso-administrativo” en *Estudios Jurídicos. Cuerpo de Secretarios Judiciales*, n. 3, 2002.

-“La reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía” en las XXVI Jornadas de la Abogacía General del Estado, que se desarrollaron los días 27 a 29 de octubre de 2004 *La reforma constitucional*, Madrid: Ministerio de Justicia. Dirección del Servicio Jurídico del Estado. Abogacía, 2005.

-“Comentarios al Proyecto de Ley Básica del Gobierno y Administración Local” en *Revista General de Derecho Administrativo*, n. 13, 2006.

-“Administración local y sistema administrativo: la interrelación procedimental y telemática del registro, archivo y secretaría” en *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, n. 300-301, 2006.

“De la actividad archivística como función pública y de su incidencia en los derechos de los ciudadanos y en la buena administración”, en *Revista General de Derecho Administrativo* n. 17, 2008.

“La ley 11/2007 de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos y su significativa proyección sobre el sistema de archivo” en *Revista TRIA*, n. 15, 2009.

“Archivos estatales y archivos autonómicos” en *Revista jurídica de Navarra*, n. 48, 2009.

-“Del constituyente orgánico, iniciado en 1953, al constituyente tutelado, iniciado en 2011” en *El Nuevo Derecho Administrativo Libro Homenaje al Prof. Dr. Enrique Rivero Ysern*, Ratio Legis, Salamanca, 2011.

-“Patrimonio documental y documentos públicos” en *Revista sobre Patrimonio Cultural*, n. 1, 2012.

-“Cartas Otorgadas y Constituciones en España” en *Revista de ingeniería y humanidades*, n. 23, 2012.

SÁNCHEZ BLANCO, A., SÁNCHEZ MORÓN, M. Y TRAYTER JIMÉNEZ, J.M.: *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la ley 30/1992 de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común*, Instituto Vasco de Administración Pública, 1995.

SÁNCHEZ BLANCO, A., DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M. y RIVERO YSERN, J.L. (Coords.): *El Nuevo Derecho Administrativo*, Libro Homenaje al Prof. Dr. Enrique Rivero Ysern, Ratio Legis, Salamanca, 2011.

SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo, Parte general* (octava edición), Tecnos, 2012.

SÁNCHEZ RIVAS, J. y FRANCO PANTOJA, F.: *Reglamento de extranjería 2011*, Lex Nova, 2011.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (Dir.): *Aspectos puntuales del nuevo Reglamento de Extranjería*, Laborun, 2005.

- *Inmigración, mujeres y menores*, Ediciones Laborum, 2010.

- *El Novísimo Reglamento de Extranjería*, Ediciones Laborum, Murcia, 2011.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Comentarios a la Constitución*, (dir. F. GARRIDO FALLA), Madrid, 1985.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Principios de Derecho Administrativo*, vol I, ed. Ceura, Madrid, 2009.

SANTANA VEGA, D. M.: “La lucha contra la trata de seres humanos desde la Unión Europea (de la Decisión marco 2002/629/JAI a la Directiva 2011/36/UE. Especial referencia a África occidental”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n.28, 2011.

SANTOLAYA MANCHETTI, P.: *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Lex Nova, 2002.

-*El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Editorial Tirant Lo Blanch, 2004.

SARTORIUS, N. y EGEA DE HARO, A.: *La Unión Europea ante los grandes retos del Siglo XXI*, Marcial Pons, 2010.

SCELLE, G.: *Precis de Droit des Gens*, t.II, Paris, 1934

SERRANO ALBERCA, J. M.: “Comentario al artículo 13.1 y 2” en GARRIDO FALLA, F.: *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1985.

SIMÓ, C Y TORRE, F. J.: *Participación de los inmigrantes en el ámbito local*, Tirant lo Blanch, 2006.

SOLBES MIRA, P.: “La citoyenneté européenne”, en *RMC*, n. 345, 1991.

SOLCHAGA LOITEGUI, J.: “La legitimación en el Recurso de Amparo”, en *El Tribunal Constitucional*, Jornadas de la Dirección General de lo Contencioso del Estado, vol. III, Madrid, 1981.

SOUVIRÓN MORENILLA, J. M.: *Notas para una Ley de Extranjería*, Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica, Subdirección General de Documentación, Madrid, 1980.

-*La Universidad Española. Claves de su definición y régimen jurídico institucional*, Secretaría de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1988.

SUAY RINCÓN, J.: *El principio de igualdad en la justicia constitucional*, Madrid, 1985.

-*Sanciones administrativas*, Publicaciones del Real Colegio de Bolonia, 1989.

-“El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Estudios sobre la Constitución Española*, t. II, Madrid, 1991.

TERRÁDEZ SALOM, D.: “El consejo de Europa y la integración de los inmigrantes: Recomendaciones y políticas”, en *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n. 31, 2012.

TOLOSA TRIBIÑO, C.: “El procedimiento sancionador en el Reglamento de la Ley de Extranjería”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n. 27, 2011.

TORNOS MÁS, J.: “Infracción y sanción administrativa: el tema de su proporcionalidad en la Jurisprudencia contencioso-administrativa”, en *REDA*, 1975.

TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.: “Los derechos sociales fundamentales de los extranjeros en un escenario de reformas estructurales y perspectivas de futuro ante la Directiva de permiso único de residencia y trabajo”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n. 30, 2012.

TRINIDAD GARCÍA, M. L. y ROBLES ALMECIJA, J. M.: *Guía jurídica de extranjería, asilo y ciudadanía de la Unión*, Granada, Comares, 1998

TRINIDAD GARCÍA, M.L. y MARTÍN MARTÍN, J.: *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España. Estudio de la LO 14/2003 y su Reglamento de desarrollo*. Lex nova, 2005.

TUR AUSINA, R.: *La integración de la población inmigrante en el marco europeo, estatal y autonómico español*, Portal de Derecho Iustel, 2009.

TURPIN, D.: “La Loi du 9 septembre 1986, relative aux conditions d’entrée et de séjour des étrangers en France”, en *RCDIP*, 1986.

- “La Loi du 2 aout 1989 relative aux conditions d’entrée et de séjour des étrangers en France. Revaudage de la loi Pascua ou esquisse d’une nouvelle citoyenneté”, en *RCDIP*, n. 4, 1989.

UTRERA CANO: “La expulsión de extranjeros del territorio nacional y su suspensión por la vía del artículo 7 de la ley 62/1978 (Un análisis de jurisprudencia)”, en *RAP*, n. 132, 1993.

VALCÁRCEL BUSTOS, M. y CUBERO MARCOS, J. I.: “La vis expansiva de los derechos fundamentales y la asimetría en el reconocimiento de los derechos de las personas extranjeras”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n. 29, 2012.

VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M.: *La Reagrupación Familiar de los Extranjeros en España. Normas de Extranjería y Problemas de Derecho Aplicable*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

VIAÑA RAMIS, E.: “La Inmigración en Europa”. En la obra colectiva dirigida por MUÑOZ MACHADO, S., GARCÍA DELGADO J. L. Y GONZÁLEZ SEARA, J.L.: *Las Estructuras del bienestar en Europa*. Madrid. 2000.

VIDAL GALLARDO, M.: “Derecho de asilo y protección internacional de la libertad religiosa”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n.30, 2012.

VILARIÑO PINTOS, E.: Curso de Derecho Diplomático y Consular. Parte General y Textos Codificados, Madrid, 1987.

VILLALBA TORRES, F.: “Contenido y ejercicio del derecho de petición” en *Introducción a los Derechos Fundamentales*, X Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Secretaría General Técnica, vol. I, Madrid, 1989.

ZAPATA BARRERO, R.: *Ámbitos de actuación y gestión de la inmigración desde la Administración Local*. Alfa Delta Digital. 2006.