

BREVÍSIMOS COMENTARIOS A LOS ASPECTOS MAS DESTACADOS DEL REGLAMENTO DE EXTRANJERÍA (R.D. 864/2001, DE 20 DE JULIO)

Prof. Dr. D. Juan Manuel Campo Cabal
Profesor Titular de Derecho Administrativo. UE – CEES

SUMARIO:

- 1.-VISADOS
- 2.- ENTRADAS Y SALIDAS VOLUNTARIAS
- 3.- LA ESTANCIA
- 4.- PERMISOS DE RESIDENCIA
 - 4.1.- EL PERMISO TEMPORAL
 - 4.2.- EL PERMISO PERMANENTE
- 5.- REAGRUPACIÓN FAMILIAR
- 6.- EXENCIÓN DE VISADO
- 7.- CONTIGENTE
- 8.- EXCEPCIONES AL PERMISO DE TRABAJO
- 9.- PERMISO DE TRABAJO INICIAL
- 10.- ESTUDIANTES
- 11.- INFRACCIONES EN MATERIA DE EXTRANJERÍA Y SU RÉGIMEN SANCIONADOR
- 12.- RETORNO Y DEVOLUCIONES
- 13.- ARTÍCULOS 140 A 144
- 14.- ARTÍCULOS 145 A 147
- 15.- DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA

Con el único ánimo de contribuir a informar sobre la nueva reglamentación que desarrolla la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000,¹ sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social, he preferido referirme sólo a aquellos aspectos que a consideración subjetiva estimo de mayor trascendencia, sin desconocer que el espíritu que dimana de la presente norma es el resultado de la consagración de la potestad discrecional a favor de los distintos órganos de la Administración Pública que participan en este complejo mundo de la inmigración en España salvo contados excepciones a las que aludiremos en su momento.

1.-VISADOS

Encontramos tres clases de visados, los primeros son los de Tránsito y los de Estancia, aquellos a su vez pueden ser aeroportuarios, de uso exclusivo en la zona internacional para continuar un trayecto hacia otro país y territoriales, que permiten circular por el suelo español con una duración máxima de cinco días, y éstos, que a su vez pueden ser de corta duración o de viaje para ser utilizado por el viajero para una estancia continua o sucesiva que no sobrepasen de tres meses por semestre contados desde la primera entrada en España, sin que en ningún

¹ J. M. Campo Cabal, Coordinador, *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Civitas, Madrid, 2001.

momento suponga una garantía de ingreso puesto que la competencia radica en los funcionarios del Ministerio del Interior destinados con esa finalidad en las fronteras, los visados de circulación múltiple para aquellas personas que viajan constantemente y que le permite estar todas las veces que lo requiera pero también limitado en el tiempo, es decir, no más de tres meses por semestre aunque la vigencia del visado puede ser por un año o más a discreción del Consulado español que lo expida y con fundamento en los documentos que acredite el interesado y los visados de estancia especial.

Estos últimos representan una importante novedad ya que permite que puedan ser solicitados por aquellos que vengán a España a trabajar por cuenta propia o ajena o a realizar cursos o estudios o investigaciones o formación, siempre y cuando estas actividades no excedan más de seis meses. En el supuesto del visado para estudios inferiores al plazo señalado le permite a su titular no tener que realizar ningún trámite adicional a su llegada como la tarjeta correspondiente con las implicaciones que ello supone, ya que ese visado es suficiente para acreditar su estancia legal.

Una tercera clase de visados corresponde al de Residencia que incluye el de Reagrupación Familiar, para Trabajo por cuenta propia o ajena, para ejercer una actividad Exceptuada de obtener el correspondiente permiso de trabajo, para asilo y para los pensionistas o rentistas, en este último se expresa que se podrá conceder aún a las personas en edad laboral que demuestren medios y origen de los mismos que les permita vivir sin necesidad de realizar actividades lucrativas.

La nueva regulación permite que en el expediente administrativo de la solicitud de un visado se puedan recibir escritos de alegaciones de personas físicas o jurídicas a favor o en contra de la concesión o no de la visa respectiva.

El Ministerio de Asuntos Exteriores de España puede de forma extraordinaria conferir facultades a los funcionarios policiales del Ministerio del Interior encargados del control e ingresos de extranjeros por las fronteras, el otorgar visados de Estancia o Tránsito a aquellos viajeros que requiriendo llevarlos no los porten en ese momento y teniendo en cuenta fundamentalmente los acuerdos internacionales respectivos firmados por España.

Las autoridades españolas sólo están obligadas a sustentar y motivar las denegaciones de los visados pedidos al amparo de una oferta de trabajo por cuenta ajena y por reagrupación familiar. Sobre el particular entendemos que esta limitación es contraria al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la ley 30/92, modificada por la Ley 4/99 sobre el régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo sancionador, ya que por un lado toda persona tiene derecho a conocer los motivos por los cuales se le desestima una petición dirigida con todos los requisitos al órgano competente en la materia, con el objetivo de que pueda recurrirla y un juez imparcial y objetivo decida que parte tiene la razón legal y por otro el artículo 54 de la citada ley en su apartado f) prescribe que los actos administrativos que

se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales deben ser motivados con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho.

Una vez que el visado ha sido concedido el interesado cuenta con un plazo de dos meses para recogerlo personalmente en las instalaciones del consulado español de su país de origen, de lo contrario se presumirá que ha desistido del mismo y deberá notificársele la resolución en estos términos.

2.- ENTRADAS Y SALIDAS VOLUNTARIAS

El artículo 23 del Real Decreto objeto de estos comentarios pone fin a una situación que carecía de soporte jurídico relativo a la posibilidad de exigir al extranjero que acredite los motivos de su viaje y entrada a España, ya que se venía haciendo sin cobertura legal alguna, violando con ello un principio constitucional y más abundante en el derecho administrativo que es el de legalidad.

Asimismo se establece la posibilidad de que aún careciendo de los requisitos para ingresar en España y por motivos excepcionales humanitarios, de interés público o en el cumplimiento de compromisos adquiridos por el Estado español se autorice la entrada de extranjeros mediante resolución administrativa que se le entregará al interesado con una estancia máxima de tres meses por semestre.

Los extranjeros que se encuentren en España en proceso de renovación del permiso o estancia que tuvieren podrán pedir a las autoridades policiales competentes una autorización de regreso que les permita salir y no tener obstáculos cuando vuelvan a entrar y excepcionalmente a quienes sin tener aún el permiso en la mano ya les ha sido resuelto positivamente el permiso inicial de residencia.

En cuanto a las salidas del territorio español vale la pena destacar que si bien es libre y por los puestos habilitados para ello, el Ministerio del Interior tiene la opción de denegar la salida a instancia de cualquier persona física o jurídica española o extranjera que pudieran resultar perjudicadas con la salida del extranjero.

3.- LA ESTANCIA

Es la situación en que se encuentra un extranjero que viene o bien en calidad de turista o a realizar estudios de corta duración que no puede ser superior a tres meses en un período de seis meses y sólo quienes entraron sin visado pueden pedir una prórroga de otros tres meses sin que se haya vencido el primer periodo de estancia por razones extraordinarias que se acreditarán, normalmente por razones humanitarias o médicas. Las denegaciones deben ser motivadas por las autoridades competentes que serán las Delegaciones del Gobierno en las comunidades uniprovinciales o los Subdelegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas

pluriprovincial y en su caso por la Dirección General de la Policía de Extranjería y Documentación.

4.- PERMISOS DE RESIDENCIA

Hay dos clases de residencia, la Temporal y la Permanente.

4.1.- EL PERMISO TEMPORAL

Permite a su titular residir de forma legal para períodos superiores a noventa días y menores a cinco años. La pueden solicitar quienes vayan a fijar su domicilio por primera vez o quienes no pueden pedir la permanente; quienes habiéndola tenido se quedaron dos años en España sin renovarla; quienes lleven tres años y acrediten arraigo, es decir, oferta real de trabajo y vínculos familiares con españoles o extranjeros residentes. Por razones humanitarias y en especial haber sido víctimas de delitos xenófobos o racistas. A quienes colaboren con autoridades administrativas y judiciales. Al reagrupado por un extranjero reagrupante. En el caso del cónyuge tendrá derecho a conservar el permiso de residencia aunque se rompa el vínculo cuando lleve mínimo de dos años residiendo en España, plazo que puede ser menor por razones de carácter familiar o humanitario. Puede pedir permiso de residencia independiente cuando obtenga una autorización para trabajar. Los hijos menores pueden obtener la independencia cuando lleguen a la mayoría de edad o tengan permiso para trabajar. Los que nazcan en España obtendrán el mismo permiso de sus padres sin exención de visado. Opera el silencio positivo si al solicitar la renovación pasan tres meses sin respuesta.

4.2.- EL PERMISO PERMANENTE

Exige que el extranjero lleve cinco años residiendo y que sus ausencias no sean superiores a seis meses y que sumadas no superen un año, salvo por razones humanitarias o motivos familiares.

El permiso de residencia temporal y permanente se pierde por estar fuera de España más de seis meses en un año.

5.- REAGRUPACIÓN FAMILIAR

Para la solicitud de reagrupación familiar por la cual el extranjero residente legal puede traer a su familia a España, es necesario que el reagrupante tenga el permiso de trabajo y residencia ya renovado para iniciar los trámites donde deberá acreditarse entre otros una vivienda digna y suficiente para todos los miembros reagrupables y suficiencia económica para atender a los mismos.

6.- EXENCIÓN DE VISADO

Es el instrumento a través del cual un extranjero que estando en España y que no ha traído el visado para residir o estudiar solicita que le sea dispensado del requisito de tener que acudir a

su país de origen a tramitar el visado correspondiente y son causas para alegar y pedir esta exención de visado las siguientes:

1. País de origen en guerra.
2. Peligro para su seguridad.
3. Menores extranjeros hijos de españoles.
4. Cónyuge de español o comunitario y acredite un año de matrimonio.
5. Cónyuge de extranjero no comunitario con un año de matrimonio y permiso renovado.
6. Padres de españoles menores.
7. Extranjeros con enfermedad que no pueden viajar.
8. Extranjeros que entraron con visa y no obtuvieron el permiso por causas imputables.
9. Padres de extranjeros o español del que dependen económicamente.
10. Por razones de interés público.

7.- CONTINGENTE

Es un cupo determinado de extranjeros que corresponde al Ministerio de Trabajo determinar para que de forma anual se fije el número de extranjeros que el mercado laboral español necesite. El art. 65.8 del Real Decreto 864/2001 expresamente dice que los contratos de trabajo por la vía del contingente no pueden ser firmados por extranjeros que no se hallen o residan en España.

8.- EXCEPCIONES AL PERMISO DE TRABAJO

Significa que el trabajador extranjero por circunstancias especiales de la actividad a realizar no requiere de la autorización administrativa para trabajar pero ello no implica que no deba realizar los trámites correspondientes para por un lado obtener el visado de residencia y por otro de la obtención de la correspondiente excepción de dicho permiso el cual podrá renovarse mientras perduren las mismas circunstancias.

Pueden acogerse a esta figura las siguientes personas:

Investigadores y científicos invitados por organismos públicos.

Profesores, técnicos y personal directivo invitados por Universidades públicas o privadas.

Funcionarios civiles o militares de administraciones extranjeras.

Corresponsales de medios de comunicación.

Miembros de misiones científicas internacionales.

Los artistas que vengan a España a realizar actuaciones no permanentes.

Ministros o religiosos de las distintas iglesias y confesiones.

Los miembros de sindicatos homologados internacionalmente.

Los españoles de origen que hubieren perdido la nacionalidad española.

9.- PERMISO DE TRABAJO INICIAL

El artículo 70.1.1.1.2 prevé que el empleador con antelación a la solicitud de permiso de trabajo, ha instado ante el antiguo INEM, la oficina regional del empleo, la gestión de la oferta que consiste en obtener una constancia de que no hay parados españoles en esa actividad laboral que está ofreciendo al potencial trabajador no comunitario, ya que el principio en que se basa la normativa de la extranjería en España es la protección de la mano de obra interna y sólo admitir la necesaria y requerida.

Pero el art. 71 del Reglamento consigna que no se considerará la situación de desempleo para conceder el permiso de trabajo en los siguientes casos:

1. Cónyuge o hijo de extranjero con permiso renovado..
2. Ser titular de un permiso que se va a renovar.
3. Ostentar la condición de refugiado.
4. Reconocimiento de apátrida.
5. Tener a su cargo ascendientes o descendientes españoles.
6. Haber nacido y ser residente en España.
7. Ser hijo o nieto de español.
8. Menores protegidos por la entidad oficial.
9. Extranjeros con permiso de residencia por la vía de llevar cinco años irregular o tuvo permiso y dejó de renovarlo por dos años.
10. Para puestos de confianza.
11. Trabajadores necesarios para el montaje o reparación.

Los Sujetos legitimados para solicitar el permiso inicial del permiso de trabajo corresponde solo al empleador salvo cuando se trate de renovación que lo puede hacer el propio extranjero y cuando se trate de permisos por cuenta propia.

Desde que se notifica al interesado la resolución administrativa favorable del permiso de trabajo puede comenzar su actividad sin perjuicio de que después nieguen el permiso de residencia, en cuyo caso el de trabajo queda sin efecto.

El art. 88 por su parte introduce una novedad destacable y es la referida a la posibilidad de que el extranjero realice simultáneamente actividades por cuenta propia y por cuenta ajena.

El art. 89.3 hace una remisión a los convenios de flujos migratorios y en particular a los suscritos recientemente con Colombia, Ecuador, Marruecos y con algunos países de Europa del Este.

El extranjero que colabore contra las redes organizadas puede quedar exento de responsabilidad y elegir entre permiso de trabajo y residencia o su retorno a su país de origen.

10.- ESTUDIANTES

Los estudiantes con permiso de estancia legal para sus estudios pueden trabajar sin tener en cuenta la situación nacional de empleo siempre que sea compatible con los estudios y los ingresos no sean necesarios para su sustento o estancia y para ello requerirá de la administración el permiso correspondiente.

11.- INFRACCIONES EN MATERIA DE EXTRANJERÍA Y SU RÉGIMEN SANCIONADOR

El art. 98 del Reglamento prevé la Caducidad del Procedimiento sancionador, de tal forma que no pueden pasar más de seis meses desde que se inicia hasta que se resuelve y notifica, de lo contrario se ordena su archivo.

En el art. 99 se recoge la Prescripción tanto para infracciones como para sanciones, distinguiendo entre muy graves, graves y leves:

Muy graves	Graves	Leves	
Infracciones	3 años	2 años	6 meses
Sanciones	5 años	2 años	1 año

De los arts. 102 al 108 se norma el Procedimiento sancionador ordinario: fijando plazos regulares.

De los arts. 109 al 114 se regula el Procedimiento Sancionador preferente: Plazos abreviados, en 48 horas puede ser expulsado.

La Expulsión puede ir desde los 3 años hasta los 10 años, extendiéndose a todos los países Schengen.

La administración española tiene la obligación de notificar al Consulado del país de origen la resolución de expulsión de su conciudadano.

De los artículos 122 al 126 se establece el Procedimiento sancionador simplificado para infracciones leves.

Se regulan los centros de internamiento de extranjeros en los arts. 127 al 132 y en especial el art. 130 prevé que pueden comunicar los extranjeros con los representantes diplomáticos de su país.

12.- RETORNO Y DEVOLUCIONES

El art. 137 Regula el retorno, que se configura en el caso de los inadmitidos en los puestos de frontera por carecer de los requisitos para su ingreso y se comunicará al Consulado de su país. Esto no supone la imposibilidad de intentarlo nuevamente cuando cumpla con los requisitos de entrada, mientras que el artículo siguiente norma las devoluciones, es decir, a quienes pretenden entrar habiendo sido expulsados o quienes han entrado ilegalmente en España. Por otro lado el 139 establece un margen de Quince días para la salida obligatoria por denegación de permisos o prórrogas de estancia.

13.- ARTÍCULOS 140 A 144

Se regula la creación de las oficinas de extranjeros como órgano público de gestión.

14.- ARTÍCULOS 145 A 147

Se norma los centros de migraciones para atender a los solicitantes de asilo, desplazados, refugiados, apátridas o inmigrantes que se hallen en situación de vulnerabilidad.

15.- DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA

Plazos para resolver los procedimientos administrativos. Hay que tener en cuenta que en todo caso siempre operará el silencio administrativo negativo, salvo en el caso de las renovaciones cuando pasado tres meses el interesado podrá entender estimada su renovación.

16.- DISPOSICIÓN ADICIONAL SEXTA

Recursos administrativos para interponer contra las resoluciones negativas. Para ellos nos remitimos a la Ley 30/1992, modificada por la Ley 4/99 sobre el procedimiento administrativo común y que establece como recursos en vía administrativa el potestativo de reposición y el de alzada.