



1407

Derecho de Extranjería en el Ordenamiento Jurídico español

José Antonio Blanco Anes

Editado por Servicios Académicos Internacionales para eumed.net

Derechos de autor protegidos. Solo se permite la impresión y copia de este texto para uso Personal y/o académico.

Este libro puede obtenerse gratis solamente desde
<http://www.eumed.net/libros-gratis/2014/1407/index.htm>
Cualquier otra copia de este texto en Internet es ilegal.

Derecho de extranjería **en el ordenamiento jurídico español**



José Antonio Blanco Anes.

Grupo Eumet.net
Universidad de Málaga

DERECHO DE EXTRANJERÍA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Autor:

José Antonio Blanco Anes.

Editor:

Fundación Universitaria Andaluza Inca Garcilaso

C/ La Fusta, 50

29016 Málaga

Tel.: 952132183

Correo electrónico: coll@uma.es

Url: www.eumed.net/fuaig/index.htm

Nº Registro: 201460767

ISBN 13: 978-84-16036-62-2

*A mi padre,
Un gran hombre,
por las largas horas de sueño
invertidas en mi persona*

PRÓLOGO

Los flujos de población existentes en la actualidad entre los países que formamos la Unión Europea, debido a la libre circulación de trabajadores, a los ciudadanos de ese entorno, ha abierto multitud de oportunidades a los europeos de la U.E. y también el "soñado el dorado" a los países limítrofes con nuestro entorno que ven en el venir a trabajar a algunos de los países de la Unión, una solución para la subsistencia de sus familias, dada la precariedad económica, situación política, y conflictos bélicos que azotan a las poblaciones de los países del este europeo y del tercer mundo.

Una de las características del desarrollo en los países industrializados es que para determinados empleos no se dispone de la mano de obra sin especialización por los niveles educativos alcanzados, cuestión esta que en los países del tercer mundo nos resuelven aportando población inmigrante que se dedica a mano de obra en tareas tales como, la agricultura, industria, minería, construcción, etc. cuestión que viene a solucionar para algunos empresarios los costes salariales que suponen los trabajadores del país.

Esta primera afirmación que llevada a sus últimos extremos, es decir sin ningún control, podría llevar a lo que en algunos casos se ha venido a llamar, la "nueva esclavitud".

El origen de esta población inmigrante hacia nuestro país, podríamos encuadrarlo, primeramente al hecho de que somos un país eminentemente productor agrícola y ello facilita la ocupación de inmigrantes, ribereño y frontera de nuestro entorno político lo que luego puede facilitar la entrada hacia otros países con menos controles dado que se han eliminado las fronteras interiores y por último el hecho cultural hispano

que señala a nuestro país como punto de destino de iberoamericanos.

Todos estos factores han hecho que todos los países afectados por esa inmigración hayan desarrollado normativas que por una parte pongan freno a la posible masificación del fenómeno y por otra parte garanticen los derechos y libertades fundamentales a las poblaciones que por necesidades de subsistencia se ven obligadas a desplazarse hacia otros países como el nuestro.

Esta nueva situación ha llevado a las distintas Administraciones a la necesidad de adecuar una serie de infraestructuras para hacerse cargo de las eventualidades que se puedan ir produciendo como consecuencia de la permanencia de esta población y a la formación de los distintos cuerpos de funcionarios que se ven obligados en el día a día de su trabajo al desarrollar distintas actividades en torno a esta inmigración.

Este manual de una manera sistemática y concreta trata los distintos aspectos que forman parte desde la Constitución al conjunto del ordenamiento jurídico en esa materia y así contemplamos conceptos como la nacionalidad española y sus cualidades, juntamente con lo que es la consideración de extranjero. Ello hace que partiendo de una base más general se vayan concretando todos los temas que afectan a la misma lo que hace que este manual sea una herramienta idónea para esa formación que desde las distintas Administraciones se pretende dotar al conjunto de los Empleados Públicos relacionados con las materias.

La sistemática empleada en este manual lleva a la distribución de materias en doce capítulos. Los dos primeros capítulos, como no podía ser de otra manera, nos sirven para adentrarnos en la concreción del concepto de "extranjero", o al menos, como éste es entendido por la Ley de Extranjería. Al ser definido este concepto en sentido negativo (se considera extranjero al no nacional), se hace necesario determinar y delimitar el contenido del otro concepto, como es el de "nacional". De esta manera, en este primer capítulo se determina quién es español, así como las distintas formas que existen de adquisición de la nacionalidad española, si bien, cuando una persona deja de ser nacional español automáticamente se encuentra dentro del concepto de "extranjero", viéndonos de esta manera obligados a estudiar las distintas circunstancias que pueden causar la pérdida de

- 9 -

la nacionalidad española. En este sentido, y estrechamente relacionado, se encuentran los capítulos 2 y 10 que, si bien en un sentido estricto son extranjeros, por las regulaciones normativas de carácter especial que las rigen, quedan excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Extranjería, pero no por ello deben dejar de ser referenciadas en este manual que pretende hacer un estudio global del derecho de extranjería, procediéndose, de esta manera, a hacer mención en el capítulo 2 a situaciones típicas del derecho internacional público, cuales son las relaciones diplomáticas y consulares, y, en el capítulo 10, a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados Partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, capítulo de especial importancia cuando se está caminando en busca de la llamada "ciudadanía europea" de la que los nacionales del estado español son parte integrante.

Analizado el régimen especial de las relaciones diplomáticas y consulares en el capítulo 2, se procede a desarrollar el régimen general de extranjería en los capítulos 3 al 9, ambos inclusive.

En el capítulo 3 se tratan los derechos y libertades del extranjero, en el régimen general, en España, que cómo se puede dilucidar de su contenido, se encuentran con uno de los mayores márgenes de derechos y libertades que un Estado concede a sus no nacionales. Este capítulo está en relación directa con el capítulo 9 debido a que los derechos y libertades se quedarían en simples figuras retóricas sin un adecuado sistema de garantías. Este capítulo 9 recoge, asimismo, la enumeración de infracciones en que puede incurrir el extranjero, así como de las sanciones que corresponden a las mismas, respetándose de esta manera el principio de legalidad, recogiendo, asimismo, los procedimientos para la imposición de dichas sanciones.

Los capítulos 4 al 8 recogen el régimen jurídico administrativo de entrada, permanencia y salida del extranjero en territorio español. En estos capítulos se tratan, entre otros temas, los siguientes: la exigencia de visado para entrar en territorio español así como las exenciones al mismo, las demás exigencias de documentación, sanitarias y de otra índole que hay que acreditar en los puestos habilitados para efectuar no sólo la entrada sino también la salida del territorio español, los distintos tipos de permanencia a que pueden acceder los extranjeros instando el pertinente permiso de residencia, la necesidad de autorización para trabajar, los

- 10 -

contingentes de trabajadores (los famosos "cupos"), los distintos tipos de salidas así como las devoluciones.

No se podía terminar un manual de extranjería sin hacer mención al derecho de asilo (capítulo 11) y a la extradición (capítulo 12), pues tanto la presentación de la solicitud de asilo como la consecución del mismo dan lugar a situaciones de permanencia en territorio español que conviene detallar. Asimismo, una mención a la extradición se hace necesaria desde el momento en que ésta sólo se puede producir cuando entra la figura de un extranjero en juego, que puede ser o no nacional español, dando lugar a distintos tipos de extradición.

El presente manual ha servido de utilidad para distintos cursos impartidos relacionados con el derecho de extranjería en España. Si bien este manual, dado que el mismo fué elaborado poco antes de que viera la luz la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tiene todos los contenidos básicos que rigen en la actualidad en el derecho de extranjería, lógicamente prestando atención a las distintas modificaciones normativas que ha habido sobre la materia, si bien se convierte en un texto necesario de consulta para todo aquel estudioso que quiera profundizar en el derecho de extranjería.

INDICE

CAPÍTULO 1.- EL EXTRANJERO Y LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA. - 20 -

1.1.- CONCEPTO DE EXTRANJERO. - 20 -

1.2.- LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA. - 23 -

1.2.1.- La nacionalidad en la Constitución Española. - 23 -

1.2.2.- ¿A quienes debemos de considerar Españoles de Origen?..... - 25 -

1.2.3.- Adquisición de la nacionalidad española por posesión de estado. - 28 -

1.2.4.- Adquisición de la nacionalidad española por opción. - 29 -

1.2.5.- Adquisición de la nacionalidad española por Carta de Naturaleza o por Residencia. - 31 -

1.2.6.- Pérdida de la nacionalidad española. - 35 -

1.2.6.1.- Pérdida de nacionalidad por parte de los españoles de origen. - 35 -

1.2.6.2.- Pérdida de la nacionalidad de quienes no son españoles de origen. - 37 -

1.2.7.- Recuperación de la nacionalidad española. - 37 -

1.2.8.- La Vecindad Civil. - 39 -

CAPÍTULO 2.- EXCLUSIONES DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY. - 42 -

2.1.- INTRODUCCIÓN. - 42 -

2.2.- RELACIONES DIPLOMÁTICAS PERMANENTES. - 45 -

2.2.1.- Concepto y terminología específica. - 45 -

2.2.2.- Establecimiento de las relaciones diplomáticas. - 46 -

2.2.3.- Funciones Diplomáticas. - 47 -

2.2.4.- Privilegios e inmunidades. - 48 -

1.- Estatuto de la misión diplomática. - 48 -

2.- Estatuto del personal de la misión diplomática. - 50 -

A.- Agentes diplomáticos. - 50 -

B.- Miembros de la familia del Agente Diplomático. - 51 -

C.- Miembros del personal administrativo y técnico de la misión y miembros de las familias que forman parte de sus respectivas casas. - 51 -

D.- Miembros del personal de servicio de la misión. - 52 -

E.- Criados particulares de los miembros de la misión. - 52 -

F.- Miembros que son nacionales del Estado receptor o que tengan en él residencia permanente. - 52 -

G.- Cuestiones generales. - 53 -

2.3.- RELACIONES CONSULARES. - 54 -

2.3.1.- Introducción. - 54 -

2.3.2.- Concepto y terminología propia de las relaciones consulares. - 54 -

2.3.3.- Establecimiento de relaciones consulares. - 56 -

2.3.4.- Funciones Consulares. - 57 -

- 12 -

2.3.5.- Privilegios e inmunidades.....	- 59 -
2.3.6.- Ejercicio de las funciones consulares por las misiones diplomáticas.....	- 64 -
2.4.- MISIONES ESPECIALES.....	- 64 -
2.5.- LA DIPLOMACIA MULTILATERAL.....	- 68 -
a) Misiones permanentes ante organizaciones internacionales.....	- 70 -
b) Delegaciones en órganos y conferencias.....	- 72 -
c) Delegaciones de observación en órganos y en conferencias.....	- 72 -
<u>CAPÍTULO 3.- DERECHOS Y LIBERTADES DEL EXTRANJERO EN ESPAÑA..</u>	- 73 -
3.1.- LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN EL DERECHO INTERNACIONAL....	- 73 -
3.1.1.- La Protección Internacional de los Derechos Humanos.....	- 73 -
3.1.2.- Los derechos de los extranjeros. El standard mínimo.....	- 74 -
3.2.- DERECHOS Y LIBERTADES RECONOCIDOS AL EXTRANJERO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	- 75 -
3.2.1.- Configuración del régimen jurídico aplicable a los Extranjeros....	- 75 -
3.2.2.- Derechos limitados a los extranjeros en cuanto a su ejercicio.-	78 -
3.2.2.1.- Derecho de sufragio y derecho a desempeñar cargos públicos...-	79 -
3.2.2.2.- Derecho a la libertad de circulación y a la elección de residencia.....	- 80 -
3.2.2.3.- Derecho de reunión, de Manifestación y de Asociación.....	- 83 -
3.2.2.3.1.- Derecho de reunión y de manifestación.....	- 83 -
3.2.2.3.2.- Derecho de Asociación.....	- 84 -
3.2.2.4.- Derecho a la Educación, a la libertad de Enseñanza y a la creación y dirección de Centros Docentes.....	- 86 -
3.2.2.5.- Derecho a afiliarse a un sindicato u organización profesional y derecho de huelga.....	- 88 -
3.2.3.- Especial referencia al derecho a la Tutela Judicial efectiva.-	89 -
3.2.4.- Protección al menor extranjero.....	- 91 -
A.- Con carácter general.....	- 91 -
B.- Menores en situación de desamparo.....	- 91 -
C.- Traslado temporal a España de menores extranjeros.....	- 93 -
D.- Traslado a España con fines de adopción de menores extranjeros procedentes de zonas de conflictos.....	- 93 -
<u>CAPÍTULO 4.- RÉGIMEN DE ENTRADA.....</u>	- 94 -
4.1.- REQUISITOS DE ENTRADA.....	- 94 -
4.2.- PUESTOS DE ENTRADA Y SALIDA.....	- 95 -
4.2.1.- Habilitación y cierre de puestos.....	- 96 -
4.2.2.- Entrada y salida por los puestos habilitados.....	- 98 -
4.2.3.- Circulación de los marinos durante la escala del buque.....	- 99 -
4.3.- DOCUMENTACION NECESARIA PARA EFECTUAR LA ENTRADA.....	- 99 -
4.3.1.- Documentación exigida.....	- 99 -
4.3.2.- Expedición de documentos de viaje y salvoconductos a extranjeros.....	- 100 -
	- 13 -

4.3.3.- Pasaportes colectivos.....	- 100 -
4.4.- VISADO.....	- 101 -
4.4.1.- Concepto y naturaleza.....	- 101 -
4.4.2.- Exigencia de visado, con especial consideración de la Orden de 11 de abril de 1996.....	- 102 -
4.4.3.- Clases de visados.....	- 112 -
4.4.4.- Solicitud de los visados de tránsito y estancia y documentación exigida.....	- 116 -
4.4.5.- Solicitud del visado de residencia y documentación exigida....	- 118 -
4.4.6.- Documentación genérica requerida para los visados de residencia.-	118 -
4.4.7.- Documentación específica.....	- 119 -
4.4.8.- Tramitación de los expedientes de visados de tránsito y de estancia.....	- 120 -
4.4.9.- Tramitación de los expedientes de visado de residencia.....	- 121 -
4.4.10.- Resolución de los expedientes de visado.....	- 122 -
4.4.11.- Expedición del visado.....	- 123 -
4.4.12.- Contenido del visado.....	- 124 -
4.4.13.- Los visados en el Acuerdo de Schengen de 4 de junio de 1985....-	125 -
4.5.- ACREDITACION DE MEDIOS ECONOMICOS, DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA Y EXCEPCIONES: LA ORDEN DE 22 DE FEBRERO DE 1989.....	- 131 -
4.6.- MEDIDAS Y CONTROLES SANITARIOS. ENFERMEDADES DE DECLARACIÓN OBLIGATORIA.	- 137 -
4.7.- NO ENCONTRARSE EN SITUACION DE PROHIBICION DE ENTRADA.....	- 143 -
4.8.- OBLIGACION DE JUSTIFICAR LOS MOTIVOS DE LA SOLICITUD DE ENTRADA.	- 144 -
4.9.- AUTORIZACION, FORMA, DENEGACION Y DECLARACION DE ENTRADA.-	- 144 -
<u>CAPÍTULO 5.- PERMANENCIA EN ESPAÑA.....</u>	<u>- 147 -</u>
5.1.- SITUACION DE ESTANCIA.....	- 148 -
5.1.1.- Estancia.....	- 148 -
5.1.2.- Prórroga de estancia.....	- 149 -
A.- Solicitud.....	- 149 -
B.- Identificación del solicitante.....	- 150 -
C.- Resolución.....	- 150 -
D.- Eficacia de la prórroga.....	- 151 -
E.- Extinción vigencia prórroga.....	- 151 -
5.2.- SITUACION DE RESIDENCIA.....	- 151 -
5.2.1.- Cuestiones generales.....	- 151 -
5.2.2.- Clases de permisos de residencia.....	- 152 -
A.- Permiso de residencia inicial.....	- 153 -
B.- Permiso de residencia ordinario.....	- 153 -
C.- Permiso de residencia permanente.....	- 153 -
D.- Permiso de residencia por circunstancias excepcionales.....	- 154 -
5.2.3.- Tramitación del Permiso de Residencia.....	- 156 -
A.- Solicitud.....	- 156 -

B.- Documentación.....	- 156 -
C.- Documentación específica.....	- 157 -
D.- Organos Instructores.....	- 158 -
E.- Organos competentes para resolver sobre la solicitud.....	- 158 -
F.- Concesión de la tarjeta.....	- 159 -
5.2.4.- Renovación del permiso de residencia.....	- 159 -
A.- Supuestos de renovación del permiso de residencia.....	- 159 -
B.- Plazo para solicitar la renovación.....	- 160 -
C.- Organos competentes.....	- 160 -
D.- Solicitud y efectos de su presentación.....	- 160 -
5.2.5.- Causas de extinción del permiso de residencia.....	- 161 -
5.3.- DOCUMENTACION DE EXTRANJEROS.....	- 162 -
5.4.- NUMERO DE IDENTIDAD DE EXTRANJERO.....	- 163 -
5.5.- LA LLAMADA TARJETA DE EXTRANJEROS.....	- 164 -
5.6.- REGISTRO CENTRAL DE EXTRANJEROS.....	- 170 -
5.7.- MEDIDAS DE SEGURIDAD.....	- 171 -
5.8.- CAMBIOS Y ALTERACIONES QUE SE DEBEN DE PONER EN CONOCIMIENTO DEL MINISTERIO DEL INTERIOR.....	- 172 -
<u>CAPITULO 6.- RESIDENCIA CUALIFICADA.....</u>	<u>- 174 -</u>
6.1.- CUESTIONES GENERALES.....	- 174 -
6.1.1.- Perspectiva constitucional y visión internacional del Trabajador Extranjero.....	- 174 -
6.1.2.- Definición de trabajador extranjero, igualdad en las condiciones de trabajo en el Derecho interno.....	- 176 -
6.2.- AUTORIZACIONES PARA TRABAJAR.....	- 177 -
6.2.1.- Exigencia legal, enumeración y excepciones.....	- 177 -
6.2.2.- Establecimiento de un contingente: Referencia al contingente para el año 1997.....	- 179 -
6.3.- CLASES DE PERMISOS DE TRABAJO.....	- 184 -
6.4.- REGIMEN DE CONCESION Y RENOVACION DE LOS PERMISOS DE TRABAJO.....	- 187 -
6.4.1.- Cuestiones a tener en cuenta por la autoridad competente para la concesión del permiso de trabajo.....	- 187 -
6.4.2.- Cuestiones a tener en cuenta para la renovación de los permisos.....	- 191 -
6.4.3.- Principio de reciprocidad.....	- 192 -
6.5.- MODIFICACION DE PERMISOS.....	- 192 -
6.6.- DENEGACION DE LOS PERMISOS.....	- 193 -
6.7.- EXTINCION DE LOS PERMISOS.....	- 195 -
6.8.- INICIACION DEL EXPEDIENTE DE CONCESION DE LOS PERMISOS DE TRABAJO.....	- 195 -
A- Solicitud y sujetos legitimados para solicitar la concesión inicial de los permisos o de su renovación.....	- 195 -

B.- Presentación de la solicitud ante los órganos encargados de su tramitación.....	- 196 -
C.- Plazos para la presentación de la solicitud.....	- 197 -
D.- Efectos de la presentación de la solicitud.....	- 198 -
E.- Documentación para la concesión inicial del permiso.....	- 198 -
F.- Documentación para la renovación de los permisos.....	- 200 -
6.9.- TRAMITACION.....	- 201 -
6.9.1.- Organó encargado de la tramitación de la solicitud.....	- 201 -
6.9.2.- Trámites hasta la resolución.....	- 202 -
6.10.- RESOLUCION DEL EXPEDIENTE.....	- 203 -
6.10.1.- Organos competentes para resolver el expediente laboral.....	- 203 -
6.10.2.- Actuaciones posteriores a la resolución del expediente.....	- 203 -
6.11.- EL PERMISO DE TRABAJO Y DE RESIDENCIA EN DOCUMENTO UNIFICADO.....	- 204 -
<u>CAPITULO 7.- REGIMENES ESPECIALES.....</u>	- 206 -
7.1.- EXTRANJEROS QUE NO PUEDAN SER DOCUMENTADOS POR LAS AUTORIDADES DE NINGÚN PAÍS Y QUE DESEAN SER DOCUMENTADOS EN ESPAÑA.....	- 206 -
7.2.- LOS NACIONALES IBEROAMERICANOS, PORTUGUESES, FILIPINOS, ANDORRANOS, ECUATOGUINEANOS, SEFARDÍES Y LAS PERSONAS ORIGINARIAS DE LA CIUDAD DE GIBRALTAR.....	- 209 -
7.3.- LOS ESTUDIANTES EXTRANJEROS.....	- 210 -
<u>CAPÍTULO 8.- SALIDAS Y DEVOLUCIONES.....</u>	- 214 -
8.1.- SALIDAS VOLUNTARIAS.....	- 214 -
8.1.1.- Forma de efectuar la salida.....	- 214 -
8.1.2.- Documentación y plazos.....	- 215 -
8.2.- SALIDAS MEDIANTE AUTORIZACION JUDICIAL.....	- 216 -
8.3.- PROHIBICIONES DE SALIDA.....	- 218 -
8.4.- SALIDAS OBLIGATORIAS.....	- 219 -
A.- Supuestos.....	- 219 -
B.- Forma de señalar a los interesados esas circunstancias.....	- 220 -
C.- Plazo para efectuar la salida.....	- 220 -
D.- Ventaja de haber salido del territorio español sin haber incurrido en causa de expulsión.....	- 220 -
8.5.- DEVOLUCIONES.....	- 220 -
<u>CAPITULO 9.- GARANTIAS, INFRACCIONES Y SANCIONES.....</u>	- 223 -
9.1.- GARANTIAS. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS RECURSOS A INTERPONER EN LOS EXPEDIENTES QUE SE PUEDAN SUSTANCIAR EN MATERIA DE EXTRANJERÍA.....	- 223 -
9.2.- INFRACCIONES.....	- 232 -
9.3.- SANCIONES.....	- 234 -
9.4.- ORGANOS COMPETENTE PARA SANCIONAR.....	- 235 -

9.5.- PRESCIPCION DE LAS INFRACCIONES Y SANCIONES .	- 235 -
9.6.- PROCEDIMIENTO SANCIONADOR .	- 235 -
9.6.1.- Principios del procedimiento sancionador.	- 236 -
9.6.2.- Iniciación procedimiento.	- 240 -
9.6.3.- Instructor y Secretario.	- 240 -
9.7.- PROCEDIMIENTO DE EXPULSION .	- 240 -
A.- Los supuestos en los que se podrá proceder a al detención del extranjero con carácter preventivo o cautelar mientras se sustancia el expediente.	- 241 -
B.- Los demás expedientes de expulsión.	- 241 -
C.- Reglas a tener en cuenta durante la substanciación de los expedientes de expulsión.	- 242 -
D.- Situaciones privilegiadas en cuanto a la expulsión.	- 244 -
E.- Extranjeros incurso en procedimientos por delitos.	- 245 -
9.8.- CENTRO DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS .	- 246 -
9.8.1.- Cuestiones generales.	- 246 -
9.8.2.- Competencia.	- 247 -
9.8.3.- Ingreso.	- 247 -
9.8.4.- Régimen interno de los centros.	- 248 -
9.8.5.- Asistencia sanitaria y social.	- 248 -
9.9.- INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL .	- 249 -
9.10.- OTRAS INFRACCIONES Y SANCIONES .	- 249 -
9.11.- COMUNICACION INTERORGANICA DE INFRACCIONES .	- 250 -
<u>CAPÍTULO 10.- REGIMEN JURIDICO ESPECIAL PARA LOS NACIONALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNION EUROPEA Y DE OTROS ESTADOS PARTES EN EL ACUERDO SOBRE EL ESPACIO ECONOMICO EUROPEO.</u>	<u>- 252 -</u>
10.1.- INTRODUCCION .	- 252 -
10.2.- REGULACION INTERNA Y DETERMINACION DEL ELEMENTO PERSONAL	- 254 -
10.2.1.- Regulación interna.	- 254 -
10.2.2.- Ambito personal.	- 255 -
10.3.- ENTRADA Y PERMANENCIA .	- 256 -
10.3.1.- Reglas generales.	- 256 -
10.3.2.- Documentación necesaria para efectuar la entrada.	- 256 -
10.3.3.- Documentación necesaria para la permanencia.	- 257 -
10.4.- VIGENCIA Y RENOVACION DE TARJETAS .	- 257 -
10.4.1.- Con carácter general.	- 257 -
10.4.2.- Posibilidad de limitar la vigencia de la primera tarjeta de residencia.	- 258 -
10.4.3.- Vigencia de la tarjeta de residencia por la realización de estudios.	- 258 -
10.4.4.- Vigencia y renovación de la tarjeta de residencia expedida para la realización de actividades por cuenta propia o ajena.	- 258 -
10.4.5.- Requisitos para la expedición o renovación automática de la tarjeta de residencia para el desarrollo de una actividad económica por cuenta propia o por cuenta ajena.	- 258 -

10.5.- SITUACION DE LOS FAMILIARES EN CASO DE FALLECIMIENTO DEL TITULAR DE LA TARJETA DE RESIDENCIA.	- 259 -
10.6.- TRAMITACION DE LA TARJETA DE RESIDENCIA.	- 260 -
10.6.1.- Trámites principales y órganos competentes.....	- 260 -
10.6.2.- Documentación que deben acompañar a la solicitud.....	- 260 -
10.6.3.- Tramitación de la solicitud.....	- 263 -
1.- Actuaciones necesarias.....	- 263 -
2.- Actuaciones excepcionales.....	- 263 -
3.- Tramitación de primera tarjeta.....	- 263 -
4.- Solicitudes con carácter preferente.....	- 264 -
5.- Permanencia provisional.....	- 264 -
10.6.4.- Expedición de la tarjeta.....	- 264 -
10.7.- RENOVACION DE TARJETAS.	- 264 -
10.8.- MEDIDAS APPLICABLES POR RAZONES DE ORDEN PUBLICO, SEGURIDAD PUBLICA Y SALUD PUBLICA.	- 264 -
10.8.1.- Con carácter general.....	- 264 -
10.8.2.- Sanciones que consisten en la imposición de una multa.....	- 266 -
10.8.3.- Sanciones que consisten en salida obligatoria del territorio español.....	- 266 -
<u>CAPITULO 11.- DERECHO DE ASILO COMO PROTECCION QUE UN ESTADO PRESTA EN SU TERRITORIO.</u>	<u>- 268 -</u>
11.1.- CONCEPTO Y RASGOS GENERALES.	- 269 -
11.2.- PRESENTACION DE LA SOLICITUD.	- 275 -
11.2.1.- Tiempo de presentación de la solicitud.....	- 275 -
11.2.2.- Forma de presentación de la solicitud.....	- 276 -
11.2.3.- Lugar de presentación de la solicitud.....	- 277 -
11.2.4.- Información al solicitante de sus derechos y obligaciones...	- 277 -
11.2.5.- Solicitud al Gobierno español por parte del representante en España del ACNUR para la admisión urgente de un refugiado o refugiados bajo su mandato, que se halle en alto riesgo en un tercer país.....	- 278 -
11.3.- EFECTOS DE LA PRESENTACION DE LA SOLICITUD.	- 279 -
11.4.- EFECTOS DE LA INADMISION A TRAMITE DE LA SOLICITUD DE ASILO. - 281 -	
11.4.1.- Efectos de la inadmisión a trámite en frontera.....	- 282 -
11.4.2.- Efectos de la inadmisión a trámite en el procedimiento ordinario.....	- 282 -
11.5.- TRAMITACION DE LA SOLICITUD DE ASILO.	- 283 -
11.6.- RESOLUCION DEL EXPEDIENTE.	- 285 -
11.6.1.- Propuesta de resolución.....	- 285 -
11.6.2.- Resolución del expediente.....	- 285 -
11.6.3.- Notificación de la resolución.....	- 286 -
11.7.- DENEGACION DE LA SOLICITUD DE ASILO.....	- 286 -
11.8.- CONCESION DEL ASILO.	- 287 -
11.9.- REEXAMEN DEL EXPEDIENTE.....	- 288 -

11.10.- RECURSOS .	- 288 -
11.11.- ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS RECONOCIDOS .	- 289 -
11.11.1.- Derechos y deberes.	- 289 -
11.11.2.- Expulsión de los Refugiados.	- 290 -
11.11.3.- Revocación del Asilo.	- 290 -
11.11.4.- Cesación del Estatuto de Refugiado.	- 290 -
11.12.- ESPECIAL REFERENCIA A LOS DESPLAZADOS .	- 291 -
<u>CAPITULO 12.- LA EXTRADICCION.</u>	- 293 -
12.1.- CONCEPTO, FUNDAMENTO Y CLASES .	- 293 -
12.2.- EXTRADICCION ACTIVA .	- 293 -
12.2.1.- Fuentes.	- 293 -
12.2.2.- Casos en que puede solicitarse la extradición.	- 294 -
12.2.3.- Procedimiento.	- 294 -
12.3.- EXTRADICCION PASIVA .	- 296 -
12.3.1.- Introducción.	- 296 -
12.3.2.- Principios que rigen la extradición pasiva.	- 300 -
A.- Principios relativos a los delitos.	- 300 -
A.1.- Principio de legalidad. (Nulla traditio sine lege).	- 300 -
A.2.- Principio de identidad o de doble incriminación.	- 300 -
A.3.- Principio de non bis in idem.	- 301 -
A.4.- Principio de exclusión de las infracciones de escasa gravedad.	- 302 -
A.5.- Principio de la exclusión del delito político.	- 302 -
A.6.- Principio de la no entrega por delitos militares, cometidos a través de los medios de comunicación o perseguibles a instancia de parte.	- 303 -
B.- Principios relativos a los delincuentes.	- 304 -
B.1.- Principio de la no entrega de nacionales.	- 304 -
B.2.- Principio de la no entrega de los menores de edad.	- 305 -
C.- Principios relativos a la pena.	- 305 -
12.3.3.- Procedimiento.	- 305 -
A.- Solicitud y documentación.	- 305 -
B.- Actuaciones gubernativas y control judicial de la situación personal del reclamado.	- 306 -
C.- Caso de que se solicite la extradición con carácter de urgencia.	- 307 -
D.- Fase judicial.	- 308 -
E.- Decisión definitiva por parte de la Autoridad gubernativa.	- 309 -
F.- Régimen de recursos.	- 311 -
12.4.- EXTRADICCION EN TRANSITO .	- 311 -
12.5.- REEXTRADICCION .	- 311 -

CAPÍTULO 1.- EL EXTRANJERO Y LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA.

1.1.- CONCEPTO DE EXTRANJERO.

Para determinar quienes son extranjeros para un Estado en concreto se recurre, tanto en los textos legales como en la doctrina, a un concepto negativo y excluyente, en relación dicotómica, con la nacionalidad; de tal manera, que son extranjeros quienes no ostentan la condición de nacionales de un país determinado. En este sentido, el profesor Adolfo Miaja de la Muela define al extranjero como "el individuo o la persona jurídica al que sus leyes no le confieren la condición de nacional, séalo en otro Estado o se encuentre en situación de apatridia"¹.

Esta definición de extranjería no aporta suficiente luz sobre el alcance real de la extranjería, por lo que, se hace aconsejable, conocer cuales son las notas características de la nacionalidad a las que la extranjería se opone.

La nacionalidad es definida por el profesor Díez de Velasco² como "la pertenencia jurídica de una persona a la población que constituye un Estado", debiendo ser entendida como un vínculo que liga a un individuo con una determinada organización política de estructura estatal, en lugar de un estatus civil otorgado a un individuo o persona jurídica por el ordenamiento de un Estado, como definen otros autores.

Podemos afirmar, como ha venido señalando la jurisprudencia internacional de manera reiterada, que corresponde al derecho interno de cada Estado determinar quienes son sus nacionales. Así, el Tribunal Internacional de Justicia, en el asunto "Nottebohm", decía: "Es competencia de Liechtenstein, como de todo soberano, el regular por su legislación propia la adquisición de su nacionalidad, así como

¹MIAJA DE LA MUELA, *Derecho Internacional Privado II*, Madrid, 1957, pág 111.

²DÍEZ DE VELASCO VALLEJO Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, vol 1/2, 8ª Ed, Madrid, Tecnos, 1988, pág. 466.

conferirla por la naturalización concedida por sus órganos, conforme a su legislación".

Nuestra legislación interna, siguiendo la tradición en la materia, define al extranjero como aquel que carece de nacionalidad española³.

Debido a este criterio negativo y excluyente empleado, se hace necesario determinar quienes son los españoles conforme al ordenamiento jurídico de nuestro país.

Antes de entrar en un estudio sobre la nacionalidad española es conveniente señalar que tanto los extranjeros como los apátridas, lo mismo que los nacionales, están sometidos a las normas jurídicas en cuyo territorio se encuentren ocasional o permanentemente⁴. Así, al extranjero le incumbe la obligación de sometimiento al Derecho interno del Estado en que se encuentre, y, muy especialmente, a las normas de aplicación territorial y de seguridad pública. También existen determinadas normas internas de carácter administrativo⁵ (obligación de hallarse provisto de pasaporte, autorización para trabajar,...) que en lo que se refiere al ordenamiento jurídico español son el objeto del presente estudio.

Junto a estas normas internas existen otras normas de Derecho Internacional que suponen limitaciones a la soberanía estatal y que se corresponden con los acuerdos o tratados internacionales suscritos y con las normas de Derecho Internacional General dirigidas a garantizar el standard mínimo⁶. Se trata, en suma, del acatamiento de un Derecho Internacional comúnmente aceptado que tiene como fundamento el reconocimiento de la persona, su dignidad y la libertad con independencia de su condición de nacional o extranjero.

³Art. 1 LODLE (Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España).

⁴ El artículo 8 del Código Civil señala que "las leyes penales españolas, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español. Las leyes procesales españolas serán las únicas aplicables a las actuaciones que se substancien en territorio español, sin perjuicio de las remisiones que las mismas puedan hacer a las leyes extranjeras, respecto a los actos procesales que hayan de realizarse fuera de España".

⁵ Principalmente la LODLE y el RDLE.

⁶ No debemos de olvidar que el art. 10.2 CE ha impregnado de carácter jurídico a la Declaración Universal de Derechos Humanos.

El ámbito de aplicación⁷ que corresponde a la LODLE se refiere en principio y como resulta de los artículos 1 y 2 LODLE, a los no nacionales, que no estén cualificados por su condición de agentes diplomáticos o funcionarios consulares debidamente acreditados en España, así como de miembros de las misiones diplomáticas permanentes o especiales y de las oficinas consulares exentos de las obligaciones de inscripción como extranjeros y obtención de permiso de residencia; representantes, delegados y demás miembros de las misiones permanentes o de las delegaciones ante los Organismos internacionales intergubernamentales con sede en España o en conferencias internacionales celebradas en ella; y funcionarios destinados en Organizaciones internacionales intergubernamentales con sede en España exentos asimismo de las obligaciones de inscripción como extranjeros y obtención de permiso de residencia, a los que hay que sumar a sus respectivos familiares.

No obstante, del ámbito de los extranjeros así acotado ha de excluirse, tras la adhesión de España a las Comunidades Europeas, a los no españoles, pero nacionales de Estados miembros de dicha Unión Europea. La regulación de éstos está prevista por el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, que aplica la normativa comunitario-europea sobre las libertades de circulación y establecimiento y prestación de servicios de nacionales comunitarios y sus familiares y establece las medidas que le son aplicables por razones de seguridad, orden público y salud pública.

Asimismo, el Acuerdo de Schengen, relativo a la supresión gradual de controles en las fronteras comunes, de 14 de junio de 1985, y su Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990, han venido a redefinir la extranjería y a establecer medidas comunes en materia de fortalecimiento de las fronteras exteriores, política de visados y asilo, cooperación policial, asistencia judicial y extradición.

Consecuencia de estos instrumentos internacionales puede cifrarse el proceder a la definición de extranjero como toda persona que no sea nacional de los Estados miembros de la Unión Europea. A esta modulación se añaden las nuevas previsiones derivadas del Tratado de Maastricht que autorizan una cierta intervención de las instituciones comunitarias en la materia.

⁷ Así lo señala Parejo Alfonso, Luciano: "El régimen de entrada de los extranjeros". Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio. Fernando M. Mariño y otros. Ministerio de Asuntos Sociales. Inersio. 1995. Pp. 301 a 303.

1.2.- LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA.

1.2.1.- La nacionalidad en la Constitución Española.

El artículo 11 de la Constitución Española, en su punto 1 señala: "La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley".

En nuestra legislación interna, la nacionalidad, viene regulada, principalmente, en las siguientes disposiciones:

- El título primero del libro primero del vigente Código Civil, bajo la rúbrica "de los españoles y extranjeros", (arts. 17 a 28).
- La Ley de 8 de junio de 1957, del Registro Civil (arts. 63 a 68).
- El Reglamento del Registro Civil, aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958 (arts. 220 a 237).
- Instrucción de 20 de marzo de 1991 de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Las normas que regulan la nacionalidad son para cada Estado de una importancia capital, pues delimitan el elemento personal insustituible de aquél. Este carácter fundamental de las normas exige, más aún que en cualquier otra disposición legal, la claridad y coherencia de criterios, de tal forma que la Administración pueda saber en todo momento quiénes son sus ciudadanos y que éstos no se vean sorprendidos por la aplicación e interpretación de preceptos oscuros o contradictorios. Esta orientación, en busca de un sistema más armónico y claro, da como resultado la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código civil en materia de nacionalidad. Esta Ley, respeta las líneas esenciales de la regulación de 1982, no observándose grandes diferencias en los principios inspiradores de la adquisición originaria y sobrevenida de la nacionalidad española, o de su pérdida, conservación o recuperación, pero en cada uno de estos grandes apartados se ha procurado corregir una serie de deficiencias, lagunas y contradicciones, denunciadas por la experiencia.

Sigue señalando el art. 11 CE en su punto 2: "Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad". Recoge

el principio esencial de que no puedan ser privados de nacionalidad los españoles de origen.

Termina diciendo en su punto 3: "El Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España. En estos mismos países, aún cuando no se reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen".

Los tratados de doble nacionalidad⁸ concertados por España son los siguiente:

Con Chile, Convenio de 24 de mayo de 1958. Ratificado por Instrumento de 28 de octubre de 1958 (B.O.E. de 14 de noviembre).

Con Perú, Convenio de 16 de mayo de 1959. Ratificado por Instrumento de 15 de diciembre de 1959 (B.O.E. de 19 de abril de 1960).

Con Paraguay, Convenio de 25 de julio de 1959. Ratificado por Instrumento de 25 de enero de 1962 (B.O.E. de 14 de abril de 1964)

Con Nicaragua, Convenio de 25 de julio de 1961. Ratificado por Instrumento de 25 de enero de 1962 (B.O.E. de 2 de mayo).

Con Guatemala, Convenio de 28 de julio de 1961. Ratificado por Instrumento de 25 de enero de 1962 (B.O.E. de 10 de marzo).

⁸ Martínez Atienza, siguiendo a Gonzalez Campos, señala como características más destacables del régimen convencional de doble nacionalidad las siguientes:

1.- No constituye un modo privilegiado de adquirir la nacionalidad española en condiciones distintas de las generales previstas en el CC, como han puesto de relieve las resoluciones de la DGRN de 18 de mayo de 1972 y de 31 de enero de 1973, entre otras.

2.- Los acogidos al régimen de doble nacionalidad convencional no ostentan simultáneamente dos nacionalidades distintas, ya que de las dos sólo una es efectiva quedando la otra en hibernación en cuanto a la producción de efectos jurídicos.

3.- En estos supuestos existe una nacionalidad dominante, que es la que voluntariamente adquiere un individuo en un momento determinado, y otra nacionalidad latente, subsidiaria. De ahí que la expresión "doble nacionalidad" no pueda entenderse en términos absolutos. No obstante, según lo señalado por las resoluciones de la DGRN de 8 de junio de 1965, de 20 de marzo de 1969, la concesión de la nacionalidad española no es automática, aún cuando exista tratado de doble nacionalidad, sino que se exigen los requisitos exigidos o previstos en el CC, incluido el período de residencia.

(MARTINEZ ATIENZA Gorgonio. Ley y Reglamento de Extranjería. Colex. 1996. Pags 90 y 91).

Con Bolivia, Convenio de 12 de octubre de 1961. Ratificado por Instrumento de 25 de enero de 1962 (B.O.E. de 14 de abril de 1964).

Con Ecuador, Convenio de 4 de marzo de 1964. Ratificado por Instrumento de 22 de diciembre de 1964 (B.O.E. de 13 de enero de 1965).

Con Costa Rica, Convenio de 8 de julio de 1964. Ratificado por Instrumento de 21 de enero de 1965 (B.O.E. de 25 de junio).

Con Honduras, Tratado de 15 de julio de 1966. Ratificado por Instrumento de 23 de febrero de 1967. (B.O.E. de 18 de mayo).

Con la República Dominicana, Convenio de 15 de marzo de 1968. Ratificado por Instrumento de 16 de diciembre de 1968. (B.O.E. de 8 de febrero de 1970).

Con Argentina, Convenio de 14 de abril de 1969. Ratificado por Instrumento de 7 de mayo de 1970 (B.O.E. de 2 de octubre de 1971).

Con Colombia, Convenio de 27 de junio de 1979. Ratificado por Instrumento de 7 de mayo de 1980 (B.O.E. de 29 de noviembre, y corrección de erratas en B.O.E. de 6 de febrero de 1981).

La nacionalidad española se puede adquirir⁹ bien de origen, o bien por posesión de estado, por opción, por carta de naturaleza o por residencia en España. En los apartados siguientes se procederá a un somero análisis de cada una de estas formas de adquisición de la nacionalidad, así como de su pérdida y recuperación.

1.2.2- ¿A quienes debemos de considerar Españoles de Origen?.

Encontramos la solución a esta pregunta en los artículos 17 y 19 del Código Civil. De la combinación de ambos, se observa que la nacionalidad española de origen se puede adquirir:

- Ius sanguinis, la del art. 17.1.a Cc
- Ius soli, la del art. 17.1 letras b, c y d.
- Por adopción, la del art. 19.1.

El apartado 1 del artículo 17 del Código Civil expresamente nos dice que son españoles de origen:

⁹ La distinción típica doctrinal es entre adquisición de origen y derivativa de la nacionalidad.

- a) Los nacidos de padre o madre españoles.
- b) Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España. Se exceptúan los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España.
- c) Los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad.
- d) Los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos, se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español.

La filiación o el nacimiento en España, cuya determinación se produzca después de los dieciocho años de edad, no son por sí solos causa de adquisición de la nacionalidad española. El interesado tiene entonces derecho a optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a contar desde aquella determinación. El art. 17.4 según la redacción dada por la Ley 51/1982 señalaba que "los nacidos en España cuya filiación sea desconocida o aunque conocida respecto de uno de los padres, la legislación de éste no atribuya al hijo su nacionalidad y los menores hallados en territorio español si no se conoce el lugar de su nacimiento ni su filiación. La determinación legal de la filiación respecto del padre o madre españoles producirá automáticamente la adquisición de la nacionalidad española de origen".

La nueva redacción de este artículo busca, en cuanto a la atribución de la nacionalidad española de origen, solucionar el problema de los nacidos en España, cuando su filiación no pueda, por muy diversos motivos, inscribirse en el Registro Civil Municipal competente. Para que la nacionalidad española sea atribuida a estas personas es preciso no sólo que el nacimiento haya ocurrido, o así se presuma, en territorio español, sino también que la filiación no esté acreditada conforme a lo previsto en el artículo 113 del Código civil¹⁰. La expresión "filiación desconocida" se prestaba a equívocos si se la equiparaba con "filiación no inscrita", pues no ha de ser español el hijo de padres extranjeros y que siga la

¹⁰ El artículo 113 CC señala: "La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil".

nacionalidad de éstos por la sola circunstancia de que la filiación, aunque probada legalmente, no figure en el Registro.

La Ley 18/1990 estima que la atribución automática de la nacionalidad española por filiación o por nacimiento en España es una consecuencia excesiva y perturbadora muchas veces para el interesado, cuando tales hechos se descubren después de los dieciocho años de edad, por poder afectar entonces a personas cuya vinculación con España sea inexistente o muy escasa. Más respetuoso con la realidad y con el interés del afectado es limitar el derecho de éste a una eventual adquisición de la nacionalidad española por opción.

El artículo 19.1 del Código Civil dice: "El extranjero menor de dieciocho años adoptado por un español adquiere, desde la adopción, la nacionalidad española de origen".

La Instrucción de 20 de marzo de 1991 sobre nacionalidad de la Dirección General de los Registros y del Notariado señala, respecto del apartado 2 del artículo 17 del Código Civil, que debe ser interpretado en el sentido de que la hipótesis que se regula tiene lugar cuando una persona figura como hijo de extranjeros o como nacido en el extranjero y se descubre, después de los dieciocho años de edad, que en realidad es hijo de un progenitor español que ha nacido en España en condiciones bastantes para ser español conforme al art. 17.1 del Código. Por lo tanto, para que entre en juego la opción es imprescindible que esa filiación respecto de un español o ese nacimiento en España queden fijados como hechos nuevos descubiertos precisamente después de los dieciocho años de edad del interesado.

Puede ocurrir que, no obstante la inscripción de nacimiento y filiación después de los dieciocho años, el inscrito sea ya español de origen por aplicación del artículo 17.1 del Código, por constar antes suficientemente que nació en España o que es hijo de español. En tales casos es, en rigor, inútil acudir a la opción del apartado 2 del mismo artículo, que sólo procedería para mayor seguridad del estado que ya se tiene.

Pero puede también suceder que la inscripción de nacimiento en el Registro municipal español, practicada sin filiación dentro de los dieciocho años, no constituya índice suficiente de que al nacido le corresponda la nacionalidad española de origen conforme al artículo 17.1.d del propio Código. Porque aunque la filiación no esté inscrita en el

- 27 -

Registro, la misma puede estar determinada o acreditada legalmente, respecto de unos progenitores extranjeros y nacidos en el extranjero. En tal caso, si la legislación de éstos atribuye al hijo su nacionalidad, el hijo no puede ser considerado español. En esta hipótesis el hecho de que el nacimiento en España se determine después de los dieciocho años no da lugar tampoco a que el nacido pueda optar por la nacionalidad española al amparo del artículo 17.2, porque ni siquiera tal nacimiento en España, aún inscrito oportunamente, sería título de atribución bastante de la nacionalidad.

1.2.3.- Adquisición de la nacionalidad española por posesión de estado.

La nacionalidad española por posesión de estado, viene regulado en el artículo 18 del Código Civil, que expresamente señala que: "La posesión y utilización continuada de la nacionalidad española durante diez años, con buena fe y basada en un título inscrito en el Registro Civil, es causa de consolidación de la nacionalidad aunque se anule el título que la originó".

La redacción de este artículo está inspirada en el hecho de evitar cambios bruscos y automáticos de la nacionalidad. Así, si se llega a demostrar que, quien estaba beneficiándose de la nacionalidad española iure sanguinis o iure soli no era en realidad español, al ser nulo el título de atribución respectivo, no parece justo que la eficacia retroactiva de la nulidad se lleve a sus últimas consecuencias en materia de nacionalidad. Para evitar este resultado se introduce una nueva forma de adquisición de la ciudadanía española por posesión de estado, lo que no es una novedad en el Derecho comparado europeo. Tal posesión requiere las condiciones tradicionales de justo título, prolongación durante cierto tiempo y buena fe. Este último requisito, por cierto, debe conectarse con el apartado 2 del artículo 25, y de su relación resulta con claridad que la posesión de estado podrá beneficiar también en ciertos casos a los que adquieran la nacionalidad española después de su nacimiento.

La Instrucción de 20 de marzo de 1991 señala que para los supuestos en que el Juez o Cónsul Encargado del Registro Civil del domicilio haya de declarar la consolidación de la nacionalidad española, a través del expediente con valor de

presunción regulado por los artículos 96.2 de la Ley del Registro Civil y 335, 338 y 340 de su Reglamento, conviene precisar los dos extremos siguientes:

a) La expresión "posesión y utilización" implica una actitud activa del interesado respecto de la nacionalidad española poseída. Ha de exigirse que se haya comportado como español, ejerciendo derechos y deberes derivados de su cualidad de español.

b) El título por el que se adquiere la nacionalidad española ha de estar inscrito en el Registro Civil. Por esto, en la adquisición originaria ha de resultar del Registro que la filiación o el nacimiento en España produjeron, según la legislación aplicable en el momento del nacimiento, la adquisición de la nacionalidad española.

1.2.4.- Adquisición de la nacionalidad española por opción.

Este tipo de adquisición de la nacionalidad española viene regulado en los artículos 19.2 y 20 del Código civil.

Si el adoptado es mayor de dieciocho años, podrá optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a partir de la constitución de la adopción (art. 19.2).

Tienen derecho a optar por la nacionalidad española las personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español, así como las que se hallen comprendidas en el último apartado de los artículos 17¹¹ y 19¹².

La declaración de opción se formulará:

a) Por el representante legal del optante, menor de catorce años o incapacitado. En este caso la opción requiere autorización del encargado del Registro Civil del domicilio del

¹¹ El art. 17.2 CC señala que "la filiación o el nacimiento en España cuya determinación se produzca después de los 18 años de edad, no son por sí solos causa de adquisición de la nacionalidad española. El interesado tiene entonces derecho a optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a contar desde aquella determinación".

¹² El art. 19.2 CC señala que "si el adoptado es mayor de 18 años, podrá optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de 2 años a partir de la constitución de la adopción".

declarante, previo dictamen del Ministerio Fiscal. Dicha autorización se concederá en interés del menor o incapaz.

b) Por el propio interesado, asistido por su representante legal, cuando aquél sea mayor de catorce años o cuando, aún estando incapacitado, así lo permita la sentencia de incapacitación.

c) Por el interesado, por sí solo, si está emancipado o es mayor de dieciocho años. La opción caducará a los veinte años de edad, pero si el optante no estuviera emancipado según su ley personal al llegar a los dieciocho años, el plazo para optar se prolongará hasta que transcurran dos años desde la emancipación.

d) Por el interesado, por sí solo, dentro de los dos años siguientes a la recuperación de la plena capacidad. Se exceptúa en que haya caducado el derecho de opción conforme al apartado c).

En la regulación de la opción se mantiene, como uno de los presupuestos para su ejercicio, el caso de quién esté o haya estado sujeto a la patria potestad de un español. La sola voluntad de los interesados es el camino indicado, si se formula en ciertos plazos, para que consigan la nacionalidad española los hijos de quienes la hayan adquirido de modo sobrevenido. En cambio, no se ven motivos suficientes de conexión con España para que esa voluntad baste para que beneficie la opción a los sujetos a tutela de un español. Por ello, esta hipótesis pasa a integrar uno de los casos de plazo abreviado de residencia de un año en territorio español, si bien se formula con una expresión más amplia que comprende todas las formas de guarda.

Por lo demás, se suprimen en la opción las referencias a la mecánica registral, perfectamente regulada por las normas generales de la legislación del Registro Civil; se señalan con mayor precisión los plazos de caducidad para su ejercicio y se permite, en fin, que el representante legal del menor de catorce años o del incapacitado pueda optar en nombre de éstos. Esta última posibilidad viene a colmar un vacío de legislación anterior y remediar una situación injusta, pues no es comprensible que no existan términos hábiles para que una persona, incapaz para emitir por sí una declaración de voluntad, no pueda adquirir la nacionalidad española que, quizá, es ya la de todos sus familiares. En cualquier caso, esta opción en nombre de otro, por suponer un cambio profundo de su estado civil, queda sujeta a una autorización del Encargado del Registro Civil, previo dictamen del Ministerio

Fiscal, como ocurre ya en otros muchos casos de intervenciones semejantes del menor o incapaz.

La Instrucción de 20 de marzo de 1991, respecto a la posibilidad de que sea el representante legal del menor de catorce años o del incapacitado quien pueda optar, en nombre de éste, por la nacionalidad española, siempre que se obtenga la autorización del Encargado del Registro Civil del domicilio, previo dictamen del Ministerio Fiscal, en atención al interés del menor o incapaz, señala:

- Como esta autorización está encomendada al Encargado del Registro Civil, hay que estimar que se trata de una actuación registral de la competencia de los Jueces o Cónsules Encargados del Registro y que da origen a un expediente de los regulados por la legislación del Registro Civil, sujeto a sus normas específicas y a su régimen propio de recursos.

- En los Registros Consulares la intervención necesaria del Ministerio Fiscal se ajustará a las reglas previstas en el artículo 54 del Reglamento y asumirá, en principio, sus funciones el Canciller del Consulado.

- La adquisición de la nacionalidad española por opción da lugar a una inscripción marginal a la de nacimiento.

1.2.5.- Adquisición de la nacionalidad española por Carta de Naturaleza o por Residencia.

Este tipo de adquisición viene regulada en los artículos 21 y 22 del Código Civil.

La nacionalidad española se adquiere por carta de naturaleza, otorgada discrecionalmente mediante Real Decreto, cuando en el interesado concurren circunstancias excepcionales.

La nacionalidad española también se adquiere por residencia en España, en las condiciones que más adelante se señalan y mediante la concesión otorgada por el Ministro de Justicia, que podrá denegarla por motivos razonados de orden público o interés nacional.

En uno y otro caso la solicitud podrá formularla:

- a) El interesado emancipado o mayor de dieciocho años.
- b) El mayor de catorce años asistido por su representante legal.
- c) El representante legal del menor de catorce años.
- d) El representante legal del incapacitado o el incapacitado, por sí solo o debidamente asistido, según resulte de la sentencia de incapacitación.

En este caso y en el anterior, el representante legal sólo podrá formular la solicitud si previamente ha obtenido autorización del Encargado del Registro Civil, previo dictamen del Ministerio Fiscal.

Las concesiones por carta de naturaleza o por residencia caducan a los ciento ochenta días siguientes a su notificación, si en este plazo no comparece el interesado ante funcionario competente para cumplir los requisitos del artículo 23¹³.

Para la concesión de la nacionalidad por residencia se requiere que ésta haya durado diez años. Serán suficientes cinco años para los que hayan obtenido asilo o refugio, y dos años cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes.

Bastará el tiempo de residencia de un año para:

- El que haya nacido en territorio español.
- El que no haya ejercitado oportunamente la facultad de optar.
- El que haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud.
- El que al tiempo de la solicitud llevare un año casado con español o española y no existiera separación legal o de

¹³ El art. 23 CC señala que "son requisitos comunes para la validez de la adquisición de la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza o residencia:

a) Que el mayor de catorce años, y capaz para prestar una declaración por sí, jure o prometa fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las Leyes.

b) Que la misma persona declare que renuncia a su anterior nacionalidad. Quedan a salvo de este requisito los naturales de países mencionados en el apartado 2 del artículo 24 (países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal).

c) Que la adquisición se inscriba en el Registro civil español".

hecho. A estos efectos, se entenderá que tiene residencia legal en España el cónyuge que conviva con funcionario diplomático o consular español acreditado en el extranjero.

- El nacido fuera de España de padre o madre que originariamente hubieran sido españoles.

En todos los casos, la residencia habrá de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición.

El interesado deberá justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española.

La concesión o denegación de la nacionalidad por residencia deja a salvo la vía judicial contencioso-administrativa.

La adquisición de la nacionalidad española por carta de naturaleza y por residencia se mantiene con sus rasgos tradicionales. Hay, no obstante, algunas variaciones de fácil explicación, como la posibilidad de que, con las debidas garantías, puedan menores e incapaces acogerse a una u otra forma de concesión, o la exigencia de que el matrimonio responda o haya respondido a una situación normal de convivencia entre los cónyuges, para que el extranjero se beneficie con un plazo breve de residencia de la nacionalidad española de su consorte.

En cuanto a la adquisición de la nacionalidad española por residencia, la Instrucción de 20 de marzo de 1991, hace las siguientes observaciones:

- La concesión por residencia requiere la tramitación ante el Registro del domicilio del expediente regulado en los artículos 220 a 224 del Reglamento del Registro Civil, siendo de notar que excepcionalmente este Registro puede ser hoy el consular en el caso singular del cónyuge que conviva con funcionario diplomático o consular español acreditado en el extranjero.

- Según resulta de la letra del artículo 21.1 del Código, la concesión por residencia ha de obtenerse "en las condiciones que señala el artículo siguiente" y entre ellas se cuenta la de que "el interesado deberá justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y

- 33 -

suficiente grado de integración en la sociedad española" (artículo 22.4 del Código Civil). Por consiguiente, el Ministerio de Justicia podrá denegar la concesión no sólo "por motivos razonados de orden público o interés nacional", sino por ausencia de los requisitos expresados, o por la falta de cualquiera de los demás que detalla el artículo 22. De aquí se deduce que ha cobrado una mayor importancia el trámite establecido en el último párrafo del artículo 221 del Reglamento, es decir, la obligación del Encargado de oír personalmente al peticionario, "especialmente para comprobar el grado de adaptación a la cultura y estilo de vida españoles".

- Para que pueda acogerse al plazo abreviado de un año de residencia el casado con español o española se exige, conforme al artículo 22.2.d y e, "que al tiempo de la solicitud llevare un año casado" y "no estuviere separado legalmente o de hecho", y para que pueda acogerse a ese plazo, el viudo o viuda de española o español se requiere que "a la muerte del cónyuge no existiera separación legal o de hecho". Estas nuevas normas parten de la idea de que el matrimonio con español o española, para que pueda dar lugar a un tratamiento de favor en cuanto a la adquisición de la nacionalidad española, debe corresponderse, al tiempo que la Ley se refiere, con una situación normal de convivencia entre los cónyuges. Sobre el solicitante recaerá la carga de probar tal convivencia, y como se exige esta, como un presupuesto más de la concesión, agregado al matrimonio, no bastará para justificar la convivencia con acreditar el matrimonio y con invocar la presunción legal contenida en el artículo 69 del Código Civil. A este y a otros efectos, cobra especial importancia el trámite previsto en el último párrafo del artículo 221 del Reglamento, cuando señala que el Encargado "procurará también oír al cónyuge por separado y reservadamente sobre el cambio de nacionalidad y circunstancias que en ello concurren".

Son requisitos comunes para la validez de la adquisición de la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza o residencia:

a) Que el mayor de catorce años, y capaz para prestar una declaración por sí, jure o prometa fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las Leyes.

b) Que la misma persona declare que renuncia a su anterior nacionalidad. Quedan a salvo de este requisito los naturales de países mencionados en el apartado 2 del artículo 24.

1.2.6.- Pérdida de la nacionalidad española.

El Código civil hace una distinción entre aquellos que tienen la nacionalidad española de origen y los demás.

1.2.6.1.- Pérdida de nacionalidad por parte de los españoles de origen.

Su regulación viene definida de la siguiente manera en el artículo 24 del Código Civil¹⁴.

1. Pierden la nacionalidad española los emancipados que, residiendo habitualmente en el extranjero, adquieran voluntariamente otra nacionalidad o utilicen exclusivamente la nacionalidad extranjera que tuvieran atribuida antes de la emancipación.

2. La pérdida se producirá una vez que transcurran tres años a contar, respectivamente, desde la adquisición de la nacionalidad extranjera o desde la emancipación.

La adquisición de la nacionalidad de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal, no es bastante para producir, conforme a este apartado, la pérdida de la nacionalidad española de origen.

3. En todo caso, pierden la nacionalidad española los españoles emancipados que renuncien expresamente a ella, si tienen otra nacionalidad y residen habitualmente en el extranjero.

4. No se pierde la nacionalidad española, en virtud de lo dispuesto en este precepto, si España se hallare en guerra.

La nueva redacción del artículo 24 quiere resolver, según el preámbulo de la Ley 18/1990, algunos de los problemas interpretativos a que daba lugar la redacción anterior. No existen ya regímenes radicalmente diversos en atención a la sola circunstancia de la edad del interesado en el momento en que adquiere la nacionalidad extranjera. El plazo que se establece de tres años corre igual para unos y otros, aunque su momento inicial de cómputo haya de diferir, y, una vez transcurrido el término, la recuperación de la nacionalidad española está especialmente facilitada para los emigrantes y sus hijos en virtud de la especial referencia a unos y otros

¹⁴ En su redacción dada por la Ley 18/1990.

que contiene el código civil, en su artículo 26, cuando regula la recuperación de la nacionalidad española. Por otra parte, el hecho de que la pérdida requiera, en todo caso, la residencia habitual del extranjero, responde a la finalidad de evitar declaraciones de renuncia formuladas en España cuya eficacia admitía la legislación anterior y que podía envolver propósitos cuasi fraudulentos.

La Instrucción de 20 de marzo de 1991, sobre nacionalidad, destaca que los apartados 1 y 2 del artículo 24 del Código civil, han cambiado el sistema establecido por la Ley 51/1982. De un lado, se ha suprimido la posibilidad de que los españoles, que hubieran adquirido voluntariamente otra nacionalidad después de su emancipación, evitarán la pérdida en ciertas condiciones, lo que se hacía constar en el Registro por medio de una inscripción de conservación de la nacionalidad; de otro lado, los españoles que tengan otra nacionalidad, además de la española, desde antes de su emancipación, hoy pueden perderla por utilización exclusiva de la nacionalidad extranjera atribuida antes de la emancipación.

Conviene indicar que para los casos en que haya dudas sobre la nacionalidad de una persona, ésta puede acudir al expediente para la declaración con valor de presunción de la nacionalidad, que puede referirse a determinada edad del sujeto. Este expediente, que si es favorable termina en una anotación marginal a la del nacimiento, lo decide en primera instancia el Juez o Cónsul Encargado del Registro Civil del domicilio. La utilidad de este expediente es indudable, por ejemplo para comprobar que la adquisición por el emancipado de la nacionalidad extranjera no puede calificarse de voluntaria, o para justificar que la nacionalidad extranjera atribuida con anterioridad a la emancipación no es la utilizada exclusivamente por el interesado.

Respecto de este punto de la pérdida por utilización exclusiva de otra nacionalidad es necesario entender, por el carácter taxativo de las causas de pérdida, que no pueden ser objeto de interpretación extensiva, que no se producirá pérdida cuando el interesado justifique haber utilizado, dentro del plazo de tres años que señala el artículo, de algún modo, la nacionalidad española. Tener documentación española en vigor, haber otorgado como español algún documento público, haber comparecido con este carácter en el Consulado y otras conductas semejantes, serán un índice de que el interesado no habrá podido incurrir en pérdida de la nacionalidad española.

En armonía con el artículo 11.3 de la Constitución, la adquisición, en cualquier momento, de la nacionalidad de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal sólo producirá la pérdida de la nacionalidad española si, cumplidos los restantes requisitos, existe un acto de renuncia expresa por el interesado a la nacionalidad española, como señala el apartado 3 del mencionado artículo 24.

1.2.6.2.- Pérdida de la nacionalidad de quienes no son españoles de origen.

Regulado en el artículo 25 del Código Civil¹⁵.

Los españoles que no lo sean de origen perderán la nacionalidad:

a) Cuando por sentencia firme fueren condenados a su pérdida, conforme a lo establecido en las leyes penales.

b) Cuando entren voluntariamente al servicio de las armas o ejerzan cargo político en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno.

La sentencia firme que declare que el interesado ha incurrido en falsedad, ocultación o fraude en la adquisición de la nacionalidad española, produce la nulidad de tal adquisición, si bien no se derivarán de ella efectos perjudiciales para terceros de buena fe. La acción de nulidad deberá ejercitarse por el Ministerio Fiscal de oficio o en virtud de denuncia, dentro del plazo de quince años.

1.2.7.- Recuperación de la nacionalidad española.

La recuperación de la nacionalidad española viene recogida en el artículo 26 del Código civil, en su redacción dada por la Ley 29/1995 de 2 de noviembre

El artículo 26 del Código Civil señala:

"1. El español que haya perdido esta condición podrá recuperarla cumpliendo con los siguientes requisitos:

¹⁵ En su redacción dada por la Ley 18/1990.

a) Ser residente legal en España. Este requisito no será de aplicación a los emigrantes ni a los hijos de emigrantes. En los demás casos podrá ser dispensado por el Ministerio de Justicia e Interior cuando concurran circunstancias excepcionales.

b) Declarar ante el Encargado del Registro Civil su voluntad de recuperar la nacionalidad española y su renuncia, salvo que se trate de naturales de los países mencionados en el artículo 24, a la nacionalidad anterior, y

c) Inscribir la recuperación en el Registro Civil.

2. No podrán recuperar la nacionalidad española, sin previa habilitación concedida discrecionalmente por el Gobierno:

a) Los que se encuentren incursos en cualquiera de los supuestos previstos en el artículo anterior.

b) Los que hayan perdido la nacionalidad sin haber cumplido el servicio militar español o la prestación social sustitutoria. No obstante, la habilitación no será precisa cuando la declaración de recuperación se formule por varón mayor de cuarenta años".

La Exposición de Motivos de la Ley 29/1995 señala que uno de los requisitos exigidos por la legalidad vigente para la recuperación de la nacionalidad española es el de que el interesado sea residente legal en España. Si bien este requisito puede ser dispensado por el Gobierno, la experiencia de estos años viene demostrando que el trámite de dispensa -que termina, además, favorablemente en la casi totalidad de los casos- es excesivo y dilatorio.

El propósito de la presente Ley es la supresión de dicho requisito cuando se trate de emigrantes o de hijos de emigrantes, lo que guarda armonía con el deber del Estado, conforme al artículo 42 de la Constitución, de orientar su política hacia el retorno a España de los trabajadores españoles en el extranjero. Cuando la pérdida de la nacionalidad española haya tenido lugar con independencia del fenómeno emigratorio, se mantiene la necesidad de que el interesado sea residente legal en España, si bien esta exigencia puede ser dispensada, no ya por el Gobierno, sino por el Ministro de Justicia e Interior.

1.2.8.- La Vecindad Civil.

Todo extranjero que adquiriera la nacionalidad española ha de adquirir asimismo determinada vecindad civil¹⁶. Pero, los criterios para fijar ésta, tendrán en cuenta, en la medida de lo posible, la voluntad del interesado, suprimiéndose la preferencia injustificada hasta ahora otorgada a la vecindad civil común¹⁷.

Ésta viene regulada en el artículo 15 del Código Civil en los siguientes términos:

1. El Extranjero que adquiriera la nacionalidad española deberá optar, al inscribir la adquisición de la nacionalidad, por cualquiera de las vecindades siguientes:

- a) La correspondiente al lugar de residencia.
- b) La del lugar del nacimiento.
- c) La última vecindad de cualquiera de sus progenitores o adoptantes.
- d) La del cónyuge.

Esta declaración de opción se formulará atendiendo a la capacidad del interesado para adquirir la nacionalidad, por el propio optante, por sí o asistido de su representante legal, o por este último. Cuando la adquisición de la nacionalidad se haga por declaración o a petición del representante legal, la autorización necesaria deberá determinar la vecindad civil por la que se ha de optar.

2. El extranjero que adquiriera la nacionalidad por carta de naturaleza tendrá la vecindad civil que el Real Decreto de concesión determine, teniendo en cuenta la opción de aquél, de

¹⁶La vecindad civil es definida por Luces Gil como «una cualidad de estado civil de la que se deriva el vínculo de inscripción de una persona, de nacionalidad española, a uno de los diversos regímenes jurídicos coexistentes en España en materia de Derecho privado. (LUCES GIL Francisco, *Derecho Registral Civil*, 3ª Ed, Barcelona, Bosch, 1986. pág. 153).

¹⁷ El apartado 1 del art. 15 CC, en su redacción anterior, conforme al Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, señalaba que "La adquisición de la nacionalidad española lleva aparejada la vecindad civil común, a menos que el extranjero residiere en un territorio de derecho especial o foral durante el tiempo necesario para ganarla y en el expediente de nacionalidad hubiere optado por la vecindad foral o especial".

acuerdo con lo que dispone el apartado anterior u otras circunstancias que concurran en el peticionario.

3. La recuperación de la nacionalidad española lleva consigo la de aquella vecindad civil que ostentara el interesado al tiempo de su pérdida.

4. La dependencia personal respecto a una comarca o localidad con especialidad civil propia o distinta, dentro de la legislación especial o foral del territorio correspondiente, se regirá por las disposiciones de este artículo y del anterior.

La Instrucción de 20 de marzo de 1991 señala que esta opción de vecindad civil por parte del extranjero, con la que tenga cierta conexión, al inscribir la adquisición de la nacionalidad por opción o por residencia, habrá de ser tenida muy en cuenta por los Jueces o Cónsules Encargados de los Registros Civiles.

La consignación de la opción de una vecindad civil presupone una declaración de voluntad cuya calificación corresponde al Encargado competente en los términos que resultan en los artículos 226 y 227 del Reglamento del Registro Civil. A estos efectos debe tenerse presente que también en aquellos casos en que, por sus circunstancias, no exista realmente opción entre diversas vecindades civiles, porque sólo le corresponda al extranjero una de las cuatro previstas en el artículo 15, debe especificarse la vecindad civil que ostentará el interesado en lo sucesivo.

Si la adquisición de nacionalidad española se ha producido por opción formulada por el representante legal (artículo 20.2.a del Código Civil) o a consecuencia de una solicitud de residencia presentada por el mismo representante legal (art. 21.2.c y d del Código Civil), la autorización del Encargado deberá determinar ya previamente la vecindad civil por la que se ha de optar.

La opción del adoptado por la vecindad entra en juego en los casos excepcionales en que la adopción no confiera ya automáticamente la nacionalidad española de origen y se opte por ésta conforme al artículo 19.2 del Código. En cambio, si el adoptado no está emancipado, adquiere de momento ex lege la vecindad civil de los adoptantes o de uno de ellos, conforme al apartado 2 del artículo 14 del Código, y cabe la adquisición ulterior de otra vecindad en virtud de una declaración de

- 40 -

voluntad en los términos previstos por el apartado 3 de este artículo.

CAPÍTULO 2.- EXCLUSIONES DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY.

2.1.- INTRODUCCIÓN.

El artículo 2 de la L.O. 7/1985, nos establece un elenco de personas, que si bien no son nacionales, no le es de aplicación la normativa establecida en la misma. Así, señala que quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley:

a) Los Agentes Diplomáticos y los Funcionarios Consulares acreditados en España, así como los demás miembros de las misiones diplomáticas permanentes o especiales y de las oficinas consulares y sus familiares que, en virtud de las normas del Derecho Internacional, estén exentos de las obligaciones relativas a su inscripción como extranjeros y a la obtención del permiso de residencia.

b) Los Representantes y Delegados, así como los demás miembros y sus familiares, de las Misiones permanentes o de las Delegaciones ante los Organismos Internacionales Intergubernamentales con sede en España o en Conferencias Internacionales que se celebren en España.

c) Los funcionarios destinados en Organizaciones Intergubernamentales con sede en España, así como sus familiares, a quienes los Tratados en los que sea parte España eximan de las obligaciones mencionadas en el párrafo a) de este artículo.

La Ley Orgánica no hace sino recoger lo que es en el derecho internacional norma aceptada.

A través de sus Representantes y Agentes, los Estados y Organizaciones Internacionales se relacionan entre sí, de tal manera, que estos Sujetos de Derecho Internacional ejercitan los derechos que les corresponden, conciertan tratados y acuerdos internacionales, y mantienen y desarrollan sus relaciones en los más diversos ámbitos.

Como señala el profesor Carrillo Salcedo¹⁸, el intercambio diplomático y consular son los dos cauces mediante los que los Estados mantienen y desenvuelven sus relaciones desde tiempos muy remotos.

Históricamente, la institución consular es más antigua que la misión diplomática, que se desarrolló, fundamentalmente, como un medio de protección del comercio.

Las relaciones diplomáticas y consulares, basadas en prácticas generalmente aceptadas, quedaron incluidas desde 1949 entre las materias seleccionadas por las Naciones Unidas para su codificación y desarrollo progresivo. Dicha codificación ha dado lugar a la Convención de 18 de abril de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas, entrando en vigor el 24 de abril de 1964, a la que se adhirió España por Instrumento de 21 de noviembre de 1967 (BOE de 24 de enero de 1968); y, a la Convención de Viena de 24 de abril de 1963 sobre Relaciones Consulares, entrando en vigor el 19 de marzo de 1967, adhiriéndose España a la misma el 2 de febrero de 1970 (BOE de 6 de marzo de 1970).

Los Agentes diplomáticos y consulares gozan de una serie de privilegios e inmunidades, por lo que tienen un estatuto jurídico diferenciado del resto de los extranjeros en el territorio del Estado donde ejercen sus funciones. De tal manera, que las normas internas que regulan la entrada, permanencia y salida de los extranjeros del territorio de un Estado no son aplicables a los funcionarios diplomáticos y consulares.

En la actualidad, como consecuencia de las transformaciones sufridas por la Sociedad Internacional, existen varias formas de diplomacia, que se desarrollan de manera paralela o conjunta. Así, nos encontramos con relaciones diplomáticas bilaterales, dentro de éstas nos encontraríamos con las misiones diplomáticas permanentes, considerada como la diplomacia clásica, y las misiones especiales; y asimismo con relaciones diplomáticas multilaterales, dentro de las cuales están las representaciones permanentes de los Estados ante Organismos Internacionales y las delegaciones en órganos y conferencias internacionales. No debemos de olvidarnos de la diplomacia ejercida por los Jefes de Estado, Jefes de Gobierno

CARRILLO SALCEDO Juan Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público*, 1ª Ed, Tecnos 1994, Madrid, pág. 233.

y Ministros de Asuntos Exteriores, conocida como diplomacia directa.

Estas formas de diplomacia vienen recogidas fundamentalmente en el Convenio de Relaciones Diplomáticas de Viena de 1961, en el Convenio sobre las Misiones Especiales de Nueva York, de 16 de diciembre de 1969 y en la Convención de Viena de 14 de marzo de 1975, sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las Organizaciones Internacionales de carácter universal.

Para terminar esta introducción deberíamos analizar brevemente el contenido el artículo 3 de la Ley de Extranjería, que si bien no nos recoge directamente supuestos de exclusión a la aplicación de la misma, si indirectamente puede originar que no se apliquen los preceptos de esta Ley por ser obligatoria el contenido de otras normas.

El artículo 3 señala que "lo dispuesto en la presente ley se entenderá en todo caso sin perjuicio de lo establecido en las leyes especiales y en los Tratados Internacionales en los que sea parte España".

Dos cuestiones se nos plantean con relación a este precepto, por un lado la cuestión de las leyes especiales y por otro el tema de los Tratados Internacionales.

Respecto a la primera, cuando una ley especial regula una determinada materia, siempre tendrá prioridad sobre aquella que lo regula de una manera general. La Ley de Extranjería es una ley que trata de regular con carácter de globalidad las situaciones especiales, cuya especial radica en querer regular las distintas situaciones del extranjero en España; sin embargo, aquellas situaciones que no recoge, como es las situaciones de estos en los estados de alarma, excepción y sitio, habrá que acudir a la Ley especial que los regule.

Respecto a la segunda cuestión, el artículo 96.1 de nuestra Constitución señala que los tratados internacionales validamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España formarán parte de nuestro ordenamiento interno. La celebración de un Tratado Internacional que contengan estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. Asimismo señalar que mediante Ley Orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la constitución.

- 44 -

Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos Tratados y de las resoluciones emanadas de los Organismos Internacionales o Supranacionales titulares de la cesión.

De lo expuesto en los dos párrafos anteriores se deduce que no hubiera sido necesaria la incorporación de este artículo a la Ley de Extranjería.

2.2.- RELACIONES DIPLOMÁTICAS PERMANENTES.

2.2.1.- Concepto y terminología específica.

La diplomacia ha sido definida como la manera de realizar la política exterior de un sujeto de derecho internacional por medios pacíficos, y, principalmente, mediante la negociación.

El profesor Díez de Velasco¹⁹ define a los diplomáticos como los "agentes que un Estado envía ante otro Estado para desarrollar las relaciones internacionales entre ambos".

A efectos de las relaciones diplomáticas, hemos de tener en cuenta las siguientes acepciones:

a) "Jefe de Misión", es la persona encargada por el Estado acreditante de actuar con carácter de tal;

b) "Miembros de la misión", son el Jefe de la misión y los miembros del personal de la misión;

c) "Miembros del personal de la misión", son los miembros del personal diplomático, del personal administrativo y técnico y del personal de servicio de la misión;

d) "Miembros del personal diplomático", son los miembros del personal de la misión que posean la calidad de diplomático;

e) "Agente diplomático", es el Jefe de la misión o un miembro del personal diplomático de la misión;

¹⁹Op. cit., pág. 544.

f) "Miembros del personal administrativo y técnico", son los miembros del personal de la misión empleados en el servicio administrativo y técnico de la misión;

g) "Miembros del personal de servicio", son los miembros del personal de la misión empleados en el servicio doméstico de la misión;

h) "Criado particular", toda persona al servicio doméstico de un miembro de la misión, que no sea empleada del Estado acreditante;

i) "Locales de la misión", son los edificios o las partes de los edificios, sea cual fuere su propietario, utilizados para las finalidades de la misión, incluyendo la residencia del Jefe de la misión, así como el terreno destinado al servicio de esos edificios o de parte de ellos;

2.2.2.- Establecimiento de las relaciones diplomáticas.

El establecimiento de relaciones diplomáticas entre Estados y el envío de misiones diplomáticas permanentes se efectúa por consentimiento mutuo.

La Misión Diplomática, como señala Sáenz de Santamaría, se trata de un órgano de un sujeto de derecho internacional acreditado ante otro sujeto de forma permanente, encargado de las relaciones diplomáticas del primero.

El Estado acreditante deberá asegurarse de que la persona que se proponga acreditar como Jefe de la misión ante el Estado receptor ha obtenido el asentimiento de ese Estado.

Los miembros del personal diplomático de la misión habrán de tener en principio la nacionalidad del Estado acreditante, y solamente en el caso de que exista consentimiento por parte del Estado receptor, podrán tener otra nacionalidad. Si bien, en cualquier momento el Estado receptor podrá retirar este consentimiento.

A falta de acuerdo explícito sobre el número de miembros de la misión, el Estado receptor podrá exigir que ese número esté dentro de los límites de lo que considere que es razonable

y normal según las circunstancias y condiciones de ese Estado y las necesidades de la misión de que se trate.

El Estado acreditante podrá, con el consentimiento previo y expreso del Estado receptor, establecer oficinas que formen parte de la misión en localidades distintas de aquellas en que radique la propia misión.

Son varias las causas por las que pueden terminar las funciones de una misión, entre ellas podemos señalar: ruptura de relaciones diplomáticas entre el Estado acreditante y el Estado receptor, conflicto armado entre ellos, desaparición de la personalidad jurídica del Estado acreditante o receptor, no reconocimiento del Gobierno del Estado acreditante por el Gobierno del Estado receptor o viceversa, supresión de la misión sin ruptura de relaciones diplomáticas.

2.2.3.- Funciones Diplomáticas.

Consisten principalmente en:

- representar al Estado acreditante ante el Estado receptor;
- proteger en el Estado receptor los intereses del Estado acreditante y los de sus nacionales dentro de los límites permitidos por el derecho internacional;
- negociar con el Gobierno del Estado receptor;
- enterarse por todos los medios lícitos de las condiciones y de la evolución de los acontecimientos en el Estado receptor e informar sobre ello al Gobierno del Estado acreditante;
- fomentar las relaciones amistosas y desarrollar las relaciones económicas, culturales y científicas entre el Estado acreditante y el Estado receptor.
- ejercer, eventualmente, funciones consulares cuando el Estado acreditante no tenga Consulado en el territorio del Estado receptor.

- puede ejercer funciones excepcionales para la protección temporal de los intereses del tercer Estado y de sus nacionales, siempre con el consentimiento previo del Estado receptor y a petición de un tercer Estado no representado en él.

2.2.4.- Privilegios e inmunidades.

Vamos a realizar un estudio separando el elemento real y personal de las relaciones diplomáticas.

1.- Estatuto de la misión diplomática.

El Derecho Internacional reconoce a los órganos diplomáticos un conjunto de privilegios e inmunidades, destinados a garantizar la libre realización de sus funciones.

Así, la misión diplomática goza de INVIOLABILIDAD, que impone principalmente dos obligaciones al Estado receptor, la de abstenerse de cualquier medida de coerción respecto a la misión diplomática, y la de otorgarle a la misma una protección especial. Esta protección viene desarrollada de la siguiente manera:

- Los locales de la misión son inviolables. Los Agentes del Estado receptor no podrán penetrar en ellos sin consentimiento del Jefe de la misión.

- El Estado receptor tiene la obligación especial de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger los locales de la misión contra toda intrusión o daño y evitar que se turbe la tranquilidad de la misión o se atente contra su dignidad.

- Los locales de la misión, su mobiliario y demás bienes situados en ellos, así como los medios de transporte de la misión, no podrán ser objeto de ningún registro, requisa, embargo o medida de ejecución.

- Los archivos y documentos de la misión son siempre inviolables, dondequiera que se hallen.

- La correspondencia oficial de la misión es inviolable. Por correspondencia oficial se entiende toda correspondencia concerniente a la misión y a sus funciones.

- El correo diplomático, que debe llevar consigo un documento oficial en el que conste su condición de tal y el número de bultos que constituya la valija, estará protegido en el desempeño de sus funciones por el Estado receptor. Gozará de inviolabilidad personal y no podrá ser objeto de ninguna forma de detención o arresto.

- La valija diplomática no podrá ser abierta ni retenida.

Goza asimismo de determinados PRIVILEGIOS:

- Con carácter general, el Estado receptor dará toda clase de facilidades para el desempeño de las funciones de la misión.

- La misión y su Jefe tendrán derecho a colocar la bandera y el escudo del Estado acreditante en los locales de la misión, incluyendo la residencia del jefe de la misión y en los medios de transporte de éste.

- Gozará de exención fiscal y aduanera. El Estado acreditante y el Jefe de la misión están exentos de todos los impuestos y gravámenes nacionales, regionales o municipales sobre los locales de la misión de que sean propietarios o inquilinos, salvo de aquellos impuestos o gravámenes que constituyan el pago de servicios particulares prestados. Lógicamente esta exención no comprende aquellos gravámenes e impuestos que estén a cargo del particular que contrate con el Estado acreditante o con el Jefe de la misión. Asimismo, los derechos y aranceles que perciba la misión por actos oficiales están exentos de todo impuesto y gravamen.

- Gozará de libertad de comunicación para todos los fines oficiales de la misión. Para ello podrá utilizar todos los medios de comunicación adecuados, si bien para la instalación y utilización de una emisora de radio, necesitará el consentimiento del Estado receptor.

- Gozará de inviolabilidad la correspondencia oficial de la misión.

- La valija diplomática no podrá ser abierta ni retenida.

2.- Estatuto del personal de la misión diplomática.

A.- Agentes diplomáticos.

El estatuto de los Agentes diplomáticos está compuesto por la inviolabilidad, la inmunidad de jurisdicción y por determinados privilegios, que pasamos a desarrollar seguidamente.

- Inviolabilidad de la persona del Agente diplomático. La persona del éste es inviolable. No puede ser objeto de ninguna forma de detención o arresto. El Estado receptor adoptará todas las medidas adecuadas para impedir cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad.

- Asimismo goza de inviolabilidad de su residencia particular, documentos, correspondencia y bienes.

- Asimismo goza de inmunidad de jurisdicción penal del Estado receptor. Gozará de inmunidad de jurisdicción civil y administrativa con las siguientes limitaciones: cuando se trate de una acción real sobre bienes inmuebles particulares radicados en el territorio del Estado receptor; o de una acción sucesoria en la que el Agente diplomático figure, a título privado y no en nombre del Estado acreditante, como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario; y cuando se trate de una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el Agente diplomático en el Estado receptor, fuera de sus funciones oficiales.

- El Agente diplomático no está obligado a testificar.

- Asimismo gozará de exención fiscal relativa a todos los impuestos y gravámenes personales o reales, nacionales, regionales o municipales, con excepción, siempre que el hecho causante lo sea en territorio del Estado receptor, de los impuestos indirectos referidos a mercaderías o servicios, los que graven los bienes inmuebles privados, a las sucesiones que le corresponda percibir en el Estado receptor, a las inversiones efectuadas en empresas comerciales, los servicios particulares prestado, y los que correspondan a los derechos de registro, aranceles judiciales, hipoteca y timbre, cuando se trate de bienes inmuebles.

- También gozará de los siguientes privilegios aduaneros: Entrada con exención de toda clase de derechos de aduana, impuestos y gravámenes conexos, salvo los gastos de almacenaje, acarreo y servicios análogos, de los objetos destinados al uso de la misión y de aquellos destinados al uso personal del Agente diplomático o de los miembros de su familia; asimismo, estarán exentos de la inspección de su equipaje personal, si bien puede caber una inspección en presencia del agente diplomático o su representante si hubiere motivos fundados para suponer que contiene objetos no sujetos a privilegio aduanero.

- Estará exento de las disposiciones sobre Seguridad Social del Estado receptor, por los servicios prestados al Estado acreditante.

- Estarán exentos en el Estado receptor de toda prestación personal, de todo servicio público, cualquiera que sea su naturaleza, y de las cargas militares.

B.- Miembros de la familia del Agente Diplomático.

Tienen los mismos privilegios e inmunidades siempre que no sean nacionales del Estado receptor.

C.- Miembros del personal administrativo y técnico de la misión y miembros de las familias que forman parte de sus respectivas casas.

Gozarán de los mismos privilegios e inmunidades, pero con las siguientes limitaciones:

- En cuanto a la inmunidad de jurisdicción civil y administrativa, no se extenderá a los actos realizados fuera del desempeño de sus funciones.

- En cuanto a los privilegios aduaneros, solo gozará de exención de toda clase de derechos de aduana, impuestos y gravámenes conexos, salvo los gastos de almacenaje, acarreo y servicios análogos, respecto de los objetos importados al efectuar su primera instalación.

Lógicamente, estos miembros no deben ser nacionales del Estado receptor, ni tener en él residencia permanente.

D.- Miembros del personal de servicio de la misión.

Gozarán de los siguientes privilegios e inmunidades.

- Inmunidad por los actos realizados en el desempeño de sus funciones.

- Exención de las disposiciones de Seguridad Social que estén vigentes en el Estado receptor.

Asimismo, estos miembros no deben ser nacionales del Estado receptor, ni tener en él residencia permanente.

E.- Criados particulares de los miembros de la misión.

Estarán exentos de impuestos y gravámenes sobre los salarios que perciban por sus servicios.

Respecto a otros posibles privilegios e inmunidades, solo gozarán de los mismos en la medida que sean reconocidos por el Estado receptor.

El Estado receptor cuando ejerza su jurisdicción sobre estas personas lo verificará de modo que no estorbe indebidamente el desempeño de las funciones de la misión.

F.- Miembros que son nacionales del Estado receptor o que tengan en él residencia permanente.

En el caso del Agente diplomático solo gozará de inmunidad de jurisdicción o inviolabilidad por los actos oficiales realizados en el desempeño de sus funciones.

En cuanto a los demás miembros de la misión y a los criados particulares, gozarán de los privilegios e inmunidades únicamente en la medida en que lo admita el Estado receptor. Éste deberá ejercer sobre estas personas su jurisdicción de modo que no estorbe indebidamente el desempeño de las funciones de la misión.

G.- Cuestiones generales.

Toda persona que tenga derecho a privilegios e inmunidades gozará de ellos desde que penetre en el territorio del Estado receptor para tomar posesión del cargo, o si ya se encuentra en ese territorio, desde que su nombramiento haya sido comunicado al Ministerio de Relaciones Exteriores o al Ministerio que se haya convenido.

Cuando terminen las funciones de una persona que goce de privilegios e inmunidades, tales privilegios e inmunidades cesarán normalmente en el momento en que esa persona salga del país o en el que expire el plazo razonable que le haya sido concedido para permitirle salir de él, pero subsistirán hasta entonces, aún en caso de conflicto armado. Sin embargo, no cesará la inmunidad respecto de los actos realizados por tal persona en el ejercicio de sus funciones como miembro de la misión.

En caso de fallecimiento de un miembro de la misión, los miembros de su familia continuarán en el goce de los privilegios e inmunidades que les correspondan hasta la expiración de un plazo razonable en el que puedan abandonar el país.

Todas las personas que gocen de esos privilegios e inmunidades deberán respetar las Leyes del Estado receptor. Asimismo, están obligados a no inmiscuirse en los asuntos internos de ese Estado.

El Estado receptor deberá, aun en caso de conflicto armado, dar facilidades para que las personas que gozan de privilegios e inmunidades y no sean nacionales del Estado receptor, así como los miembros de sus familias, sea cual fuere su nacionalidad, puedan salir de su territorio lo más pronto posible. En especial deberá poner a su disposición, si fuere necesario, los medios de transporte indispensables para tales personas y sus bienes.

Como límite al posible uso de estos privilegios e inmunidades el Estado receptor podrá en cualquier momento y sin tener que exponer los motivos de su decisión, declarar persona non grata al Jefe o cualquier otro miembro de la misión diplomática. El Estado acreditante retirará entonces a esa persona o pondrá término a sus funciones en la misión.

2.3.- RELACIONES CONSULARES.

2.3.1.- Introducción.

Nacida de las necesidades del comercio internacional, en la actualidad, la complejidad de las relaciones económicas internacionales ha tenido como consecuencia la disminución de las funciones consulares en beneficio de otras funciones en el ámbito de la cooperación internacional y la asistencia a los nacionales del Estado enviante en la esfera del derecho privado.

Su régimen jurídico como ya señalamos anteriormente se encuentra recogido en la Convención de Viena, de 24 de abril de 1963, sobre Relaciones Consulares, habiendo sido ratificado por España por Instrumento de 3 de febrero de 1970.

Aunque existen analogías con respecto a las relaciones diplomáticas, también existen diferencias; entre estas últimas, siguiendo a Sáenz de Santa María, señalamos las siguientes: los actos que los órganos diplomáticos ejecutan tienen efectos jurídicos de derecho internacional mientras que el contenido de las relaciones consulares tienen un carácter esencialmente interno, en el sentido de que los actos más típicos de la actividad consular están destinados a la producción de efectos jurídicos en el ordenamiento interno del Estado que envía, en el Estado receptor o en ambos; las relaciones consulares pueden establecerse sin que existan relaciones diplomáticas; las relaciones consulares, a diferencia de las diplomáticas, no implica el reconocimiento del Estado receptor.

2.3.2.- Concepto y terminología propia de las relaciones consulares.

Según Díez de Velasco, podemos entender por Consules a los Agentes oficiales que un Estado establece en ciertas ciudades. Los Cónsules son Organos del Estado que actúan en el extranjero y realizan actos para cumplir su misión, con una exclusión generalmente de los de naturaleza política.

Las relaciones consulares, señala Sáenz de Santa María, pueden ser definidas como el conjunto de relaciones jurídicas que nacen entre dos Estados por el hecho de que ciertas funciones consulares son realizadas por órganos de un Estado en el territorio de otro Estado.

A efectos de la Convención sobre relaciones consulares de 1963, han de entenderse las siguientes expresiones en la forma que se precisan seguidamente:

- a) por "oficina consular", todo consulado general, consulado, viceconsulado o agencia consular.
- b) por "circunscripción consular", el territorio atribuido a una oficina consular para el ejercicio de las funciones consulares;
- c) por "Jefe de oficina consular", la persona encargada de desempeñar tal función;
- d) por "funcionario consular", toda persona, incluido el Jefe de la oficina consular, encargada con ese carácter del ejercicio de funciones consulares; los funcionarios consulares son de dos clases: funcionarios consulares de carrera y funcionarios consulares honorarios;
- e) por "empleado consular", toda persona empleada en el servicio administrativo o técnico de una oficina consular;
- f) por "miembro del personal de servicio", toda persona empleada en el servicio doméstico de una oficina consular;
- g) por "miembros de la oficina consular", los funcionarios y empleados consulares y los miembros del personal de servicio;
- h) por "miembros del personal consular", los funcionarios consulares, salvo el Jefe de oficina consular, los empleados consulares y los miembros del personal de servicio;
- i) por "miembro del personal privado", la persona empleada exclusivamente en el servicio particular de un miembro de la oficina consular;
- j) por "locales consulares", los edificios o las partes de los edificios y el terreno contiguo que, cualquiera que sea su propietario, se utilicen exclusivamente para las finalidades de la oficina consular;
- k) por "archivos consulares", todos los papeles, documentos, correspondencia, libros, películas, cintas magnetofónicas y registros de la oficina consular, así como las cifras claves, los ficheros y los muebles destinados a protegerlos y conservarlos.

2.3.3.- Establecimiento de relaciones consulares.

El establecimiento de relaciones consulares entre Estados se efectuará por consentimiento mutuo. Asimismo, se establece la la presunción de que el consentimiento otorgado para el establecimiento de relaciones diplomáticas entre dos Estados, implicará, salvo indicación en contrario, el consentimiento para el establecimiento de relaciones consulares.

Las relaciones consulares se plasman en el establecimiento de la oficina consular, si bien para dicho establecimiento se necesita el consentimiento del Estado receptor. Se necesitaría también el consentimiento del Estado receptor si se quiere modificar la sede de la oficina consular, su clase o la circunscripción consular, así como para abrir un Viceconsulado o una Agencia Consular en una localidad diferente de aquella en la que radica la misma oficina consular.

Los Jefes de oficina consular serán nombrados por el Estado que envía y serán admitidos al ejercicio de sus funciones por el Estado receptor. Seguidamente y de manera somera, vamos a desarrollar cada una de esas dos fases.

Los procedimientos de nombramiento y admisión del Jefe de la Oficina Consular serán determinados por las leyes, reglamentos y usos del Estado que envía y del Estado receptor, respectivamente.

El Jefe de la Oficina Consular será provisto por el Estado que envía de un documento que acredite su calidad, en forma de Carta de Patente u otro instrumento similar, extendido para cada nombramiento y en el que indicará, por lo general, su nombre completo, su clase y categoría, la circunscripción consular y la sede de la oficina consular.

El Estado que envía transmitirá la carta de patente o instrumento similar por vía diplomática o por otra vía adecuada, al gobierno del Estado en cuyo territorio el Jefe de oficina consular haya de ejercer sus funciones.

El jefe de la Oficina Consular será admitido al ejercicio de sus funciones por una autorización del Estado receptor llamada exequátur, cualquiera que sea la forma de esa autorización. El Estado que se niegue a otorgar el exequátur no estará obligado a comunicar al Estado que envía los motivos de esa negativa.

El Estado receptor podrá comunicar en todo momento al Estado que envía que un funcionario consular es persona "non grata", o que cualquier otro miembro del personal ya no es aceptable. En este caso, el Estado que envía retirará a esa persona, o pondrá término a sus funciones en la oficina consular, según proceda.

2.3.4.- Funciones Consulares.

Las funciones consulares consistirán, como señala el artículo 5 de la Convención en:

a) proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas, dentro de los límites permitidos por el Derecho Internacional;

b) fomentar el desarrollo de las relaciones comerciales, económicas, culturales y científicas entre el Estado que envía y el Estado receptor, y promover además las relaciones amistosas entre los mismos, de conformidad con las disposiciones de la presente Convención;

c) informarse por todos los medios lícitos de las condiciones y de la evolución de la vida comercial, económica, cultural y científica del Estado receptor, informar al respecto al gobierno del Estado que envía y proporcionar datos a las personas interesadas;

d) extender pasaportes y documentos de viaje a los nacionales del Estado que envía y visados o documentos adecuados a las personas que deseen viajar a dicho Estado;

e) prestar ayuda y asistencia a los nacionales del Estado que envía, sean personas naturales o jurídicas;

f) actuar en calidad de Notario, en la de funcionario de Registro Civil y en funciones similares y ejercitar otras de carácter administrativo, siempre que no se opongan las leyes y reglamentos del Estado receptor;

g) velar, de acuerdo con las leyes y reglamentos del Estado receptor, por los intereses de los nacionales del Estado

que envía, sean personas naturales o jurídicas, en los casos de sucesión por causa de muerte que se produzcan en el territorio del Estado receptor;

h) velar, dentro de los límites que impongan las leyes y reglamentos del Estado receptor, por los intereses de los menores y de otras personas que carezcan de capacidad plena y que sean nacionales del Estado que envía, en particular cuando se requiera instituir para ellos una tutela o una curatela;

i) representar a los nacionales del Estado que envía o tomar las medidas convenientes para su representación ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor, de conformidad con la práctica y los procedimientos en vigor en este último, a fin de lograr que, de acuerdo con las leyes y reglamentos del mismo, se adopten las medidas provisionales de preservación de los derechos e intereses de esos nacionales cuando, por estar ausentes o por cualquier otra causa, no pueden defenderlos oportunamente;

j) comunicar decisiones judiciales y extrajudiciales y diligenciar comisiones rogatorias de conformidad con los acuerdos internacionales en vigor y, a falta de los mismos, de manera que sea compatible con las leyes y reglamentos del Estado receptor;

k) ejercer, de conformidad con las leyes y reglamentos del Estado que envía, los derechos de control o inspección de los buques que tengan la nacionalidad de dicho Estado y de las aeronaves matriculadas en el mismo, y también de sus tripulaciones;

l) prestar ayuda a los buques y aeronaves a que se refiere el apartado k) de este artículo, y también a sus tripulaciones; recibir declaración sobre el viaje de esos buques, examinar y refrendar los documentos de abordaje y, sin perjuicio de las facultades de las autoridades del Estado receptor, efectuar encuestas sobre los incidentes ocurridos en la travesía y resolver los litigios de todo orden que se planteen entre el Capitán, los Oficiales y los marineros, siempre que lo autoricen las leyes y reglamentos del Estado que envía;

m) ejercer las demás funciones confiadas a la oficina consular por el Estado que envía a la oficina consular que no estén prohibidas por las leyes y reglamentos del Estado receptor o a las que le sean atribuidas por los acuerdos

internacionales en vigor entre el Estado que envía y el receptor.

2.3.5.- Privilegios e inmunidades.

Los deberes y las funciones de los agentes consulares, como señala el profesor Carrillo Salcedo²⁰, son más limitados que los del personal diplomático y, obviamente, sus inmunidades y privilegios son menos amplios que los tradicionalmente conferidos a los diplomáticos. Al requerirse el consentimiento mutuo para el establecimiento de relaciones consulares y el exequátur del jefe de la oficina consular, el cónsul tiene una condición jurídica oficial y pública, de ahí su tratamiento oficial. De este modo, los cónsules disfrutan de una condición jurídica privilegiada, intermedia entre la de los agentes diplomáticos y la de los extranjeros.

Las inmunidades y privilegios consulares, como señala el preámbulo de la Convención de 1963, tienen como finalidad el garantizar a las oficinas consulares el eficaz desempeño de sus funciones en nombre de sus Estados respectivos, y no el beneficiar a los particulares.

El goce de estos privilegios e inmunidades lo es sin perjuicio del respeto a las leyes y reglamentos del Estado receptor, y asimismo, de la obligación de no inmiscuirse en los asuntos internos de dicho Estado.

Dentro de los funcionarios consulares debemos de diferenciar entre funcionarios consulares de carrera y funcionarios consulares honorarios; los primeros han de poseer la nacionalidad del Estado que envía, mientras que las de los segundos pueden poseer otra nacionalidad si media consentimiento del Estado receptor. Esta diferencia afecta primordialmente al elenco de privilegios e inmunidades de que gozan unos y otros, siendo siempre más limitados los de los funcionarios honorarios.

La OFICINA CONSULAR goza de los siguientes privilegios o inmunidades:

²⁰Op. cit., pág. 242.

- Con carácter general, el Estado receptor concederá todas las facilidades para el ejercicio de las funciones de la Oficina Consular.

- Uso de la bandera y del escudo nacionales, en el edificio ocupado por la oficina consular , en la residencia del Jefe de la oficina consular y en sus medios de transporte cuando se utilicen para asuntos oficiales.

- Si fuere necesario, el Estado receptor facilitará la adquisición de los locales necesarios para la oficina consular e incluso el alojamiento para sus miembros.

- Los locales consulares gozarán de inviolabilidad; y, si bien, para entrar en los locales se necesitará el consentimiento de la autoridad pertinente, éste se presumirá concedido en caso de incendio, o de otra calamidad que requiera la adopción inmediata de medidas de protección. Estos locales, así como sus muebles, sus bienes y sus medios de transporte no pueden ser objeto de requisa, pero sí pueden ser objeto de expropiación, con pago al Estado que envía de compensación inmediata, por razones de defensa nacional del Estado receptor o de utilidad pública.

- Los locales consulares gozarán de exención fiscal. Estarán exentos de todos los impuestos y gravámenes nacionales, regionales y municipales, excepto los que constituyan el pago de determinados servicios prestados, los locales consulares y la residencia del Jefe de la oficina consular de carrera de los que sea propietario o inquilino el Estado que envía, o cualquier persona que actúe en su representación. No habrá exención fiscal, cuando la persona con la que contrate el Estado que envía, deba satisfacer los impuestos o gravámenes al Estado receptor.

- Los archivos y documentos consulares son siempre inviolables dondequiera que se encuentren.

- Se garantizará la libertad de tránsito y circulación, en el Estado receptor, a todos los miembros de la Oficina consular. Lógicamente, quedan exceptuadas aquellas zonas de acceso prohibido o limitado por razones de seguridad nacional.

- Goza de libertad de comunicación. La oficina consular podrá utilizar todos los medios de comunicación apropiados, si bien, para la instalación y utilización de emisora de radio necesitará el consentimiento del Estado receptor. La

- 60 -

correspondencia oficial de dicha oficina será inviolable y la valija consular no podrá ser abierta ni retenida.

- El Estado receptor garantiza y facilitará la libertad de comunicación de la oficina consular con los nacionales del Estado que envía y viceversa, a fin de hacer efectivas las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía.

- Derecho de información a la oficina consular de los casos de defunción, tutela, curatela, naufragio y accidentes aéreos, referidos a nacionales del Estado que envía, por parte de las autoridades del Estado receptor que posean dicha información.

- Derecho a percibir, exentos de todo tipo de impuesto o gravamen, los derechos y aranceles que establezcan las leyes y reglamentos del Estado que envía para las actuaciones consulares.

En cuanto al ELEMENTO PERSONAL de la oficina consular, se pueden hablar de los siguientes privilegios e inmunidades:

- Protección de los funcionarios consulares. El Estado receptor deberá de tratarlos con la debida deferencia y adoptará las medidas adecuadas para evitar cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad.

- Los funcionarios consulares gozan de inviolabilidad personal. Los funcionarios consulares no podrán ser detenidos, ni sometidos a ningún otra forma de limitación de su libertad personal, sino en virtud de sentencia firme. Ahora bien, podrán ser detenidos o puestos en prisión preventiva cuando se trate de delito grave y por decisión de la autoridad judicial competente. Además, cuando se instruya un procedimiento penal contra un funcionario consular, éste estará obligado a comparecer ante las autoridades competentes.

- Comunicación, sin demora, al Jefe de la Oficina consular del arresto, detención preventiva o instrucción de un procedimiento penal. Gozarán de este derecho cualquier miembro del personal consular.

Si esas medidas se refirieran al Jefe de Oficina, se pondrá en conocimiento del Estado que envía por vía diplomática.

- Inmunidad de jurisdicción, tanto para los funcionarios como para los empleados consulares, consistente en no estar sometidos a la jurisdicción de las autoridades judiciales y administrativas del Estado receptor por los actos ejecutados en el ejercicio de las funciones consulares. La inmunidad de jurisdicción en el ámbito civil no incluye la acción que resulte de un contrato en el que no lo hayan concertado como Agente del Estado que envía; la acción entablada por un tercero como consecuencia de daños causados por un accidente de vehículo, buque o avión, ocurrido en el Estado receptor.

- Los miembros del Consulado podrán ser llamados para comparecer como testigos. Un funcionario consular podrá negarse a comparecer, sin que se le pueda aplicar ningún tipo de coacción o sanción, y si decide testificar, si fuere posible, se le podrá recibir declaración en su domicilio o en la oficina consular e incluso por escrito. Un empleado consular o un miembro del personal de servicio no se podrán negar a deponer como testigo. Ningún miembro de la oficina consular está obligado a deponer sobre hechos relacionados con el ejercicio de sus funciones, ni a exhibir la correspondencia y los documentos oficiales referentes a aquéllos. Asimismo, podrán negarse a deponer como expertos respecto de las leyes del Estado que envía.

- Gozan de exención de la inscripción de extranjeros y del permiso de residencia, tanto los funcionarios y empleados consulares como los miembros de su familia que vivan en su casa. Sin embargo, no gozarán de ese privilegio, los empleados consulares que no sean empleados permanentes del Estado que envía o que ejerzan en el Estado receptor una actividad privada de carácter lucrativo, ni los miembros de su familia.

- Los miembros de la oficina consular gozan asimismo de exención del permiso de trabajo, así como de las demás beneficios que la legislación interna del Estado receptor referente al empleo de los trabajadores extranjero, respecto de los servicios que presten al Estado que envía. Los miembros del personal privado gozarán de este privilegio siempre que no ejerzan en el Estado receptor ninguna otra ocupación lucrativa.

- Los miembros de la oficina consular y los miembros de su familia que vivan en su casa, estarán exentos, en cuanto a los servicios que presten al Estado que envía, del régimen de seguridad social que esté en vigor en el Estado receptor. Gozarán asimismo de este derecho los miembros del personal privado, siempre que cumplan los siguientes requisitos: que

- 62 -

estén en servicio exclusivo del personal de la oficina consular, que no sean nacionales o residentes permanentes del Estado receptor, y que no estén protegidos por las normas sobre seguridad social en vigor en el Estado que envía o en un tercer Estado.

- Gozarán de exención fiscal los funcionarios y empleados consulares, así como los miembros de su familia. Esta exención fiscal no incluye los impuestos indirectos incluidos en el precio de las mercancías y de los servicios, los impuestos y gravámenes sobre los bienes inmuebles privados que radiquen en el territorio del Estado receptor, los impuestos sobre sucesiones y las transmisiones exigibles sobre el Estado receptor, los impuestos y gravámenes sobre los ingresos privados que tengan su origen en el Estado receptor y de los impuestos sobre el capital correspondientes a inversiones realizadas en empresas comerciales o financieras en ese mismo Estado, los impuestos y gravámenes exigibles por determinados servicios prestados, los derechos de registro, aranceles judiciales, hipoteca y timbre, cuando no se encontrasen exentos de los mismos. Los miembros del personal de servicio estarán exentos de los impuestos y gravámenes sobre los salarios que perciban por sus servicios.

- En cuanto a la franquicia aduanera y a la exención de inspección aduanera. Los objetos destinados al uso oficial de la oficina consular y al uso personal del funcionario consular y de los miembros de su familia que vivan en su casa, gozarán, a la entrada en el Estado receptor, de exención de todos los derechos de aduana, impuestos y gravámenes conexos, salvo los gastos de almacenaje, acarreo y servicios análogos. Los empleados consulares gozarán de los mismos privilegios y exenciones en relación con los objetos importados al efectuar su primera instalación.

- Gozarán de exención de toda prestación personal, de todo servicio de carácter público y de cargas militares, tanto los miembros de la oficina consular como los miembros de su familia que vivan en su casa.

El régimen aplicable a los funcionarios consulares honorarios y a las oficinas consulares dirigidas por los mismos, tiene un sistema de protección inferior a los de carrera. Así sirva de ejemplo que un funcionario consular de carrera no se le puede obligar a comparecer como testigo, e incluso en el caso de que quiera declarar, esta declaración la podría llegar a verificar bien por escrito, o bien en su propio

- 63 -

domicilio o en la oficina consular, privilegio que no le viene recogido al funcionario consular honorario. A pesar de que tiene un conjunto de privilegios e inmunidades inferiores al de los funcionarios de carrera, siguen teniendo un importante elenco de prerrogativas jurídicas (protección de los locales consulares, exención fiscal de los mismos, inviolabilidad de archivos y documentos consulares, franquicia aduanera, exención de la inscripción como extranjeros y del permiso de residencia, entre otros). No ocurre lo mismo con los miembros de la familia de un funcionario consular honorario o de los de un empleado consular, ya que a estos no se les concederán los privilegios e inmunidades recogidos en la Convención de 1963.

2.3.6.- Ejercicio de las funciones consulares por las misiones diplomáticas.

Cabe la posibilidad de que ejerciten las funciones consulares por una misión diplomática, en cuyo caso, en ese ejercicio se regirán por las disposiciones de la Convención sobre relaciones Consulares de 1963.

Se deberá comunicar al Ministerio de Relaciones del Estado receptor o a la autoridad designada por dicho Ministerio los nombres de los miembros de la misión diplomática que estén agregados a la sección consular, o estén encargados del ejercicio de las funciones consulares en dicha misión. Estos miembros gozarán de los privilegios e inmunidades propios de las relaciones diplomáticas.

En el ejercicio de las funciones consulares, la misión diplomática podrá dirigirse:

- a las autoridades locales de la circunscripción consular;
- a las autoridades centrales del Estado receptor, siempre que lo permitan las leyes, los reglamentos y los usos de ese Estado o los acuerdos internacionales aplicables.

2.4.- MISIONES ESPECIALES

Constituyen la forma más importante de la llamada diplomacia ad hoc, y como ya hemos señalado, se encuentra

codificada en la Convención sobre misiones especiales de Nueva York, de 16 de diciembre de 1969.

La Convención define la misión especial como "una misión temporal, que tenga carácter representativo del Estado, enviada por un Estado ante otro Estado con el consentimiento de este último para tratar con él asuntos determinados o realizar ante él un cometido determinado".

Las funciones de una misión especial serán determinadas por consentimiento mutuo del Estado que envía y el Estado receptor.

Un Estado podrá enviar una misión especial ante otro Estado con el consentimiento de éste último. Será asimismo necesario el consentimiento del Estado receptor cuando un Estado se proponga enviar una misión especial ante dos o más Estados, o cuando dos o más Estados pretendan enviar una misión especial común.

Para el envío o la recepción de una misión especial no será necesaria la existencia de relaciones diplomáticas o consulares.

El Estado receptor podrá negarse a aceptar una misión especial cuyo número de miembros no considere razonable habida cuenta de las circunstancias y condiciones del Estado receptor y de las necesidades de la misión de que se trate. Podrá también, sin dar las razones de ello, negarse a aceptar a cualquier persona como miembro de la misión especial.

La misión especial tendrá su sede en la localidad determinada de común acuerdo por los Estados interesados. A falta de acuerdo, la misión especial tendrá su sede en la localidad donde se encuentre el Ministerio de Relaciones Exteriores del Estado receptor.

La misión especial estará constituida por uno o varios representantes del Estado que envía, entre los cuales éste podrá designar un jefe. La misión podrá comprender además personal diplomático, personal administrativo y técnico, así como personal de servicio.

El Jefe del Estado que envía, el Jefe de Gobierno, el Ministro de Relaciones Exteriores y demás personalidades de rango elevado, cuando participen en una misión especial del Estado que envía gozará en el Estado receptor o en un tercer Estado de las facilidades y de los privilegios e inmunidades reconocidas por el derecho internacional.

Cuando los miembros de una misión diplomática permanente o de una oficina consular en el Estado receptor sean incluidos en una misión especial, conservarán sus privilegios e inmunidades como miembros de la misión diplomática permanente o de la oficina consular, además de los privilegios e inmunidades concedidos por la Convención de Nueva York de 1969.

El Estado receptor podrá, en todo momento y sin tener que exponer los motivos de su decisión, comunicar al Estado que envía que cualquier representante del Estado que envía en la misión especial o cualquier miembro del personal diplomático de ésta es persona non grata o que cualquier otro miembro del personal de la misión no es aceptable. El Estado que envía retirará entonces a esa persona o pondrá término a sus funciones en la misión especial, según proceda. Toda persona podrá ser declarada non grata o no aceptable antes de su llegada al territorio del Estado receptor.

Las funciones de una misión especial comenzarán desde la entrada en contacto oficial de la misión con el Ministerio de Relaciones Exteriores u otro órgano del Estado receptor que se haya convenido.

Las funciones de una misión especial terminarán en particular por:

- el acuerdo de los Estado interesados,
- la realización del cometido de la misión especial,
- la expiración del período señalado para la misión especial, salvo prórroga expresa,
- la notificación por el Estado que envía de que pone fin a la misión especial o la retira,
- la notificación por el Estado receptor de que considera terminada la misión especial.

Nos señala la Convención que el objeto de los privilegios e inmunidades establecidos en la misma, no es favorecer a los individuos, sino garantizar el desempeño eficaz de las funciones de éstas en cuanto misiones que tienen carácter representativo del Estado.

El estatuto de la misión especial, así como del elemento personal de la misma, es prácticamente idéntico al reconocido a la misión diplomática permanente en el Convenio de Viena de 1961.

En cuanto a la misión especial, nos encontramos con los siguientes privilegios e inmunidades:

- con carácter general, el Estado receptor dará a la misión las facilidades necesarias para el desempeño de sus funciones, habida cuenta de la naturaleza y del cometido de la misión especial.
- derecho a poseer una sede en el territorio del Estado receptor (art.17),
- derecho a usar la bandera y el escudo del Estado que envía (art. 19),
- Exención Fiscal (art. 24),
- Inviolabilidad de los locales (art. 25), si bien hay que resaltar una limitación que no se da en la Convención de 1961, así "los agentes del Estado receptor no podrán penetrar en

- 66 -

ellos sin el consentimiento del jefe de la misión especial o, en su caso, del jefe de la misión diplomática permanente del Estado que envía acreditado ante el Estado receptor. Ese consentimiento podrá presumirse en caso de incendio o de otro siniestro que ponga en serio peligro la seguridad pública, y sólo en el caso de que no haya sido posible obtener el consentimiento expreso del jefe de la misión especial, o en su caso, del jefe de la misión permanente" (art. 25.1),

- Inviolabilidad de archivos y documentos (art. 26),
- Libertad de circulación y de comunicación (arts. 27 y 28).

Seguidamente vamos a estudiar el estatuto del elemento personal de la misión especial, hemos de entender que todas estas personas no son ni nacionales del Estado receptor ni tienen residencia permanente en él, ya que entonces estarían sujetos a distinto régimen jurídico como al final reseñaremos.

Los Representantes del Estado que envía en la misión especial, así como la de los miembros del personal de ésta, gozan de similares privilegios e inmunidades que los agentes diplomáticos de una misión permanente. Así, gozan de los siguientes:

- Inviolabilidad personal (art. 29),
- Inviolabilidad del alojamiento personal (art. 30),
- Inmunidad de jurisdicción penal. En cuanto a la civil y la administrativa, tiene las limitaciones que ya estudiamos para los agentes diplomáticos de una misión permanente y además la acción por daños resultantes de un accidente ocasionado por un vehículo utilizado fuera de las funciones oficiales de la persona de que se trate (art. 31),
- Exención de la legislación de seguridad social (art. 32),
- Exención de impuestos y gravámenes (art. 33),
- Exención de prestaciones personales (art. 34),
- Franquicia aduanera (art. 35).

Los miembros del personal administrativo y técnico de la misión especial gozarán de los mismos privilegios e inmunidades pero con dos salvedades:

- la inmunidad de jurisdicción civil y administrativa no se extenderá a los actos realizados fuera del desempeño de sus funciones,

- la franquicia aduanera sólo se extenderá a los objetos importados al efectuar la primera entrada en el territorio del Estado receptor.

Los miembros de las familias que acompañen a estas personas gozarán de los mismos privilegios e inmunidades.

Los miembros del Personal de Servicio de la misión especial gozarán de los siguiente privilegios e inmunidades:

- Inmunidad de jurisdicción por los actos realizados en el desempeño de sus funciones,
- Exención de impuestos y gravámenes sobre los salarios que perciban por sus servicios,
- Exención de la legislación de Seguridad Social.

Los miembros de las familias de estas personas, siempre que acompañen a las mismas, gozarán de los mismos privilegios e inmunidades.

El personal al Servicio Privado de los miembros de la misión especial estarán exentos de impuestos y gravámenes sobre los salarios que perciban por sus servicios. Sólo gozarán de otros privilegios e inmunidades en la medida en que se lo conceda el Estado receptor.

Los Representantes del Estado que envía y los miembros del personal diplomática que sean nacionales del Estado receptor o tengan en él residencia permanente sólo gozarán de inmunidad de jurisdicción e inviolabilidad por los actos oficiales realizados en el desempeño de sus funciones.

Los otros miembros de la misión especial, así como el personal al servicio privado, que sean nacionales del Estado receptor o tengan en él residencia permanente, gozarán de privilegios e inmunidades únicamente en la medida reconocida por dicho Estado.

2.5.- LA DIPLOMACIA MULTILATERAL.

Siguiendo al profesor Pastor Ridruejo²¹, en el mundo antiguo la diplomacia fué *ad hoc* y bilateral, pasando a finales del medievo a ser una diplomacia permanente y bilateral, momento en que también empieza a surgir la diplomacia multilateral, con ocasión de la celebración de importantes congresos políticos internacionales en que después de las grandes guerras se reunían representantes de varios soberanos para restablecer la paz y reajustar la situación territorial (sirvan de ejemplo el Congreso de Westfalia en 1648 y el de Utrecht en 1713). Este tipo de diplomacia se va consolidando desde el principio del siglo XIX gracias a la creación de las primeras organizaciones internacionales y a la celebración de grandes congresos y conferencias destinados a establecer, bien arreglos políticos y territoriales, bien codificaciones parciales del Derecho Internacional. Las transformaciones que ha experimentado la sociedad internacional a lo largo del siglo XX no podían sino enriquecer y fortalecer la diplomacia multilateral. La vida de relación entre los Estados es más activa e intensa que nunca, y ello ha de requerir la celebración constante de grandes conferencias internacionales, regionales o universales, políticas o técnicas.

La obra codificadora de las Naciones Unidas en materia de relaciones diplomáticas ha alcanzado también a manifestaciones de la diplomacia multilateral. Así, ésta viene regulada en la Convención de Viena de 14 de marzo de 1975, sobre la representación de los Estados en sus relaciones con las Organizaciones Internacionales de carácter universal. Hemos de entender por Organización Internacional de carácter universal, las Naciones Unidas, sus organismos especializados, el Organismo Internacional de Energía Atómica y cualquier otra Organización similar cuya composición y atribuciones son de alcance mundial. Esta Convención aún no está en vigor, pues, requiriendo su artículo 89 la existencia de 35 instrumentos de ratificación o adhesión para ello, a 31 de diciembre de 1990, sólo 24 Estados habían manifestado su consentimiento en obligarse, entre los que no figura España.

Como señala el profesor Pastor Ridruejo, en la Conferencia de Viena que adoptó la Convención de 1975, hubo una clara confrontación entre dos grupos de intereses: el de los Estados

²¹PASTOR RIDRUEJO José Antonio, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 4ª Ed, Tecnos, 1992, Madrid, págs. 537 y ss.

anfitriones, que eran la minoría, y el de los Estados de envío, que eran la mayoría. y, no habiéndose realizado en ella los esfuerzos de negociación necesarios a fin de llegar a compromisos aceptables para los dos grupos en las cuestiones más sensibles y delicadas, en la votación prevalecieron de modo muy general los puntos de vista mayoritarios de los segundos con el consiguiente sacrificio de los intereses de los primeros.

La Convención se aplica a la representación de los Estados en sus relaciones con cualquier organización internacional de carácter universal y a su representación en conferencias convocadas por tal organización o bajo sus auspicios, cuando la Convención haya sido aceptada por el Estado huésped y la Organización haya completado el procedimiento previsto en el artículo 90.

La Convención distingue entre misiones ante organizaciones internacionales, delegaciones en órganos y conferencias y delegaciones de observación en órganos y conferencias.

a) Misiones permanentes ante organizaciones internacionales.

La Segunda Parte de la Convención se refiere a las misiones permanentes de los Estados ante las Organizaciones Internacionales. Si bien, hemos de entender por misión tanto la misión permanente como la misión permanente de observación; entendiendo por "misión permanente" una misión de índole permanente, que tenga carácter representativo del Estado, enviada por un Estado miembro de una organización internacional ante la Organización, y, por "misión permanente de observación" una misión de índole permanente, que tenga carácter representativo del Estado, enviada ante una organización internacional por un Estado no miembro de la Organización.

Como funciones de la misión permanente podemos señalar: asegurar la representación del Estado que envía ante la Organización, mantener el enlace entre el Estado que envía y la Organización, celebrar negociaciones con la Organización y dentro del marco de ella, enterarse de las actividades realizadas en la Organización e informar sobre ello al gobierno del Estado que envía, asegurar la participación del Estado que envía en las actividades de la Organización, proteger los intereses del Estado que envía ante la Organización, fomentar

la realización de los propósitos y principios de la Organización cooperando con ella y dentro del marco de ella.

Como funciones de la misión permanente de observación, podemos señalar: asegurar la representación del Estado que envía y salvaguardar sus intereses ante la Organización y mantener el enlace con ella, enterarse de las actividades realizadas en la Organización e informar sobre ello al gobierno del Estado que envía, fomentar la cooperación con la Organización y celebrar negociaciones con ella.

En cuanto al establecimiento de misiones permanentes el artículo 5 de la Convención que se podrán establecer si las reglas de la Organización lo permiten. De esta manera, la Organización Internacional no puede impedir el establecimiento de una misión permanente, sin embargo, lo que podría hacer es no permitir el establecimiento de misiones permanentes; es decir, de ninguna. El Estado huésped tampoco puede oponerse al establecimiento de una misión, no como era el caso del establecimiento de misiones diplomáticas permanentes, en las que se necesitaba el consentimiento mutuo. Para el establecimiento de misiones permanentes de observación, se estará, asimismo, a lo que las reglas que la Organización permitan.

Los miembros que van a formar parte de esa misión los nombrará libremente el Estado que envía, que solamente tendrá que tener en cuenta lo dispuesto en la Convención sobre el número de miembros (art. 46) y la necesidad de tener en principio la nacionalidad del Estado que envía (art. 73). En el caso de que uno de estos miembros violentase permanentemente el derecho interno del Estado receptor o realice actividades que suponga interferencias en los asuntos internos de ese Estado, la Convención señala que este Estado receptor adoptará las medidas que sean necesarias para su propia protección, sin hacer expresa mención a la declaración de persona non grata, que por extensión si podríamos entender como reconocida.

El tema de la inviolabilidad de los locales de la misión fué un tema muy debatido en la Convención, ya que había partidarios de una inviolabilidad absoluta y partidarios de una inviolabilidad limitada. La Convención optó por la inviolabilidad absoluta, lo que supone una mejor posición injustificada respecto de las misiones diplomáticas permanentes, quienes gozan de una inviolabilidad limitada.

b) Delegaciones en órganos y conferencias.

La Tercer Parte de la Convención se refiere a las delegaciones en Organos y Conferencias, debiendo de entender por "delegación en un órgano" la delegación enviada por un Estado para participar en su nombre en las deliberaciones del órgano; y, por "delegación en una conferencia" la delegación enviada por un Estado para participar en su nombre en la conferencia.

El envío de estas delegaciones por un Estado se realizará de conformidad con las reglas de la Organización. Asimismo, de conformidad con dichas reglas, dos o más Estados podrán enviar una misma delegación a un órgano o a una conferencia.

Las reglas que hemos de tener en cuenta para el nombramiento de los miembros de estas delegaciones son prácticamente las mismas que las que acabamos de ver para las misiones permanentes. Así, el Estado que envía nombrará libremente a los miembros de la delegación, teniendo que tener en cuenta lo ya referido al número de miembros que componen la delegación y a la nacionalidad de los mismos. En cuanto a la posible infracción del ordenamiento interno del Estado receptor, así como la posible intromisión en los asuntos internos, vale lo señalado para las misiones permanentes.

La Convención no contiene disposición alguna sobre la inviolabilidad de los locales de la delegación, si bien cabe pensar que es un privilegio que se goza en virtud de la costumbre internacional.

c) Delegaciones de observación en órganos y en conferencias.

La Cuarta Parte de la Convención trata de las mismas, debiendo de entender por "delegación de observación en un órgano" la delegación enviada por un Estado para participar en su nombre como observadora en las deliberaciones del órgano; y, por "delegación de observación en una conferencia" la delegación enviada por un Estado para participar en su nombre como observadora en las deliberaciones de la conferencia.

Para el envío por parte de un Estado de este tipo de delegaciones se estará a lo dispuesto por las reglas de la Organización.

CAPÍTULO 3.- DERECHOS Y LIBERTADES DEL EXTRANJERO EN ESPAÑA.

3.1.- LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN EL DERECHO INTERNACIONAL.

3.1.1.- La Protección Internacional de los Derechos Humanos.

El origen de las declaraciones protectoras de los derechos humanos por parte de los Estados, hay que buscarlo en la Guerra de la Independencia Norteamericana de 1776, así como en las Declaraciones de Derechos de la Revolución Francesa de 1789 (y posteriores de 1793 y 1795). Posteriormente, tendrían un alcance internacional con la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948.

Esta declaración tiene por objeto ser un ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, con miras a alcanzar el reconocimiento y la aplicación universal y efectiva de los derechos y libertades que enumera.

Tiene principalmente autoridad moral, al tratarse de un manifiesto, estando considerada como la declaración internacional básica de los derechos inalienables e inviolables de todos los seres humanos.

Consecuencia de ello, es que en base a esa declaración se hayan suscrito Pactos Internacionales entre Estados que, una vez ratificados, son vinculantes para los mismos. Podemos destacar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1977.

A nivel regional, merecen especial atención los siguientes Acuerdos:

- El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma en 1950.
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969.
- La Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos de 1981, que entró en vigor el 21 de octubre de 1986.
- La Declaración Islámica Universal.

3.1.2.- Los derechos de los extranjeros. El standard mínimo.

La distinción entre derechos de los nacionales y de los extranjeros se funda en el hecho de que solamente un círculo determinado de personas poseen la condición nacional dentro de ese mismo orden estatal: los extranjeros son para ese ordenamiento todas las demás personas. (Fernando M. Mariño Menéndez).

En este mismo sentido, nuestra legislación interna define al extranjero en sentido negativo, considerando como tal a aquel que carece de nacionalidad española.

Ahora bien, si adoptamos la perspectiva de la protección de los derechos de una persona natural cualquiera, lo cierto es que toda persona humana es hoy en día destinatario de normas (y por ello titular de derechos y obligaciones) pertenecientes a diferentes ordenamientos jurídicos: las del orden del Estado en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción se halle; las del orden del Estado de su nacionalidad, si es diferente del anterior, y las normas generales del ordenamiento internacional que protegen los derechos y libertades fundamentales de cualquier persona, los cuales se integran en lo que se ha convenido en llamar el "estándar mínimo de los derechos humanos".

Como es sabido, no hay un completo acuerdo en torno al contenido del estándar mínimo, porque en la determinación del mismo no coinciden completamente los principales instrumentos protectores:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.
- El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas de 1966.

- La Convención de Roma de 1950 para la salvaguardia de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en Europa.

- La Convención Interamericana de Derechos Humanos de 1969.

En todo caso, para los tres instrumentos convencionales citados, la determinación del estándar mínimo se realiza estableciendo qué disposiciones de sus respectivos articulados nunca pueden ser suspendidas:

- el art. 4.2 del Pacto Internacional de 1966.
- el art. 15.2 de la Convención de Roma de 1950.
- el art. 27.2 de la Convención interamericana de 1969.

En síntesis, dicho estándar mínimo está constituido por estos derechos inviolables, inherentes a la dignidad de la persona: derecho a la vida, a la integridad física y moral, incluyendo el derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre, a un juicio imparcial, a la legalidad y a la irretroactividad de la ley penal, a la personalidad jurídica, a crear una familia y a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.

3.2.- DERECHOS Y LIBERTADES RECONOCIDOS AL EXTRANJERO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

3.2.1.- Configuración del régimen jurídico aplicable a los Extranjeros.

La existencia de un estándar mínimo de derechos no debe llevarnos a la conclusión de la total asimilación entre nacionales y extranjeros, como es el derecho de sufragio, salvo, claro está, que exista reciprocidad con el Estado del que son súbditos los extranjeros que se encuentran en el territorio de un determinado país.

Así, el art. 13 de nuestra Carta Magna señala 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", añadiendo a continuación que solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el

art. 23 (derecho de sufragio y a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos), salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales.

El hecho de que no exista una equiparación total entre extranjeros y españoles en el ejercicio, goce y protección de los derechos enumerados en el título I, se deduce de la STC 107/1984, de 23 de noviembre, cuando nos configura tres categorías de derechos a las que los extranjeros tienen o pueden acceder, así "existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos (los imprescindibles para la garantía de la dignidad humana); existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la CE según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienen); 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 en cuanto a su ejercicio".

El propio Tribunal manifiesta en la citada sentencia que la igualdad o desigualdad dependerá, por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del tratado o la ley. Esta afirmación no puede entenderse nunca como una concesión constitucional de discrecionalidad al legislador ordinario para restringir el goce y el ejercicio por los extranjeros de los citados derechos, pues como el propio Tribunal Constitucional señala no se ha querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativos a los derechos y libertades públicas, de modo que los derechos y libertades siguen siendo derechos constitucionales (dotados, por tanto, de protección constitucional) pero son todos ellos sin excepción, en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal.

Hay otra serie de preceptos dentro de nuestra Carta Magna que inciden directamente en el goce de los derechos y libertades de los extranjeros en España.

El artículo 10.1 CE señala que "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". La importancia de este artículo radica en que nos sirve de ponderación a la hora de entender e interpretar los derechos y libertades fundamentales de que goza cualquier persona por el mero hecho de serlo. El Tribunal Constitucional

- 76 -

entiende que el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10 como germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes, se encuentra indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana, entendiendo asimismo que "dentro del sistema constitucional son considerados como el punto de arranque, como el prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos".

Para la interpretación de los derechos fundamentales y de las libertades es fundamental asimismo el art 10.2 de la CE, pues señala que la misma se efectuará "de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". Gracias a este precepto constitucional la Declaración de 10 de diciembre de 1948, que carece de un valor jurídico de carácter internacional, si bien es portadora de un profundo valor moral, se convierte en un conjunto de principios constitucionales orientadores de nuestro ordenamiento jurídico.

Estrechamente relacionado con este precepto se encuentra el art. 96.1 de nuestra Carta Magna que se refiere a los Tratados internacionales que forman parte de nuestro ordenamiento interno, hecho que se producirá cuando estén "válidamente celebrados" y "publicados oficialmente en España". Este artículo faculta a todos los nacionales y extranjeros a alegar ante la Administración y ante los Tribunales de Justicia las normas contenidas en los Tratados internacionales. El principio del iura novit curia, abarca al derecho convencional y también al derecho comunitario originario en la medida que les sea aplicable, y que es derecho interno en virtud del mandato constitucional.

El art. 96.1 imposibilita, en virtud del principio de jerarquía normativa, que disposiciones de rango inferior, incluidas las leyes orgánicas, puedan desvirtuar o contradecir el contenido de los tratados internacionales, ya que éstos solo pueden modificarse en "la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional".

Llegados a este punto, es de obligada referencia el art. 53.1 de nuestra Carta Magna. Este artículo incide directamente en la regulación de los derechos y libertades reconocidos a todos, nacionales y extranjeros. Este precepto nos señala tres cuestiones importantes: que la regulación de los derechos fundamentales vincula a todos los poderes públicos, que en la regulación de dichos derechos se produce una reserva de ley y

- 77 -

que la ley que los desarrolle debe de respetar el contenido esencial del derecho. Como hemos señalado el art. 13.1 proclama el principio de equiparación en la titularidad de los derechos de los nacionales y los extranjeros, pero en cuanto a su goce pueden restringirse a tenor de lo que dispongan las leyes y tratados. Y, como señala la doctrina constitucional, dichas disposiciones no pueden desfigurar al propio derecho por debajo de su contenido esencial.

La Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, señala en su artículo 4.1 que "los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el título I de la Constitución, en los términos establecidos en la presente ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos.

En el mismo sentido el artículo 27 del Código Civil, que señala que "los extranjeros gozarán en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en las leyes especiales y en los Tratados.

También debemos hacer mención de lo dispuesto en el artículo 8 del mismo código, que señala:

1. Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio español.

2. Las leyes procesales españolas serán las únicas aplicables a las actuaciones que se substancien en territorio español, sin perjuicio de las remisiones que las mismas puedan hacer a las leyes extranjeras, respecto a los actos procesales que hayan de realizarse fuera de España.

3.2.2.- Derechos limitados a los extranjeros en cuanto a su ejercicio.

Vamos hacer referencia únicamente de aquellos que se recogen en la Ley de Extranjería, no entrando en aquellas limitaciones que puedan surgir de distintas leyes especiales.

3.2.2.1.- Derecho de sufragio y derecho a desempeñar cargos públicos.

El artículo 23 de la Constitución señala que los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

En relación directa con el mismo señala el art. 13.2 de la misma que solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el art. 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.

En la línea marcada, el art. 5 de la L.O. 7/1985 manifiesta:

1. Los extranjeros no podrán ser titulares de los derechos políticos de sufragio activo o pasivo sin acceder al desempeño de cargos públicos o que impliquen ejercicio de autoridad.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, se podrá reconocer el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales a los extranjeros residentes, en los términos y con las condiciones que, atendiendo a criterios de reciprocidad, sean establecidos por tratado o por ley para los españoles residentes en los países de origen de aquéllos.

De esta manera, siguiendo a Ferrer Peña (Los derechos de los extranjeros en España, Tecnos, 1989, pags. 78 y 79), la efectiva atribución el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales queda condicionada a lo que se pueda establecer por tratado o ley, atendiendo a criterios de reciprocidad. La Ley de Extranjería ha señalado la exigencia de que los extranjeros sean residentes y ha reproducido en la práctica el precepto constitucional, lo que en cierta medida ha complicado su interpretación en los casos en que el reconocimiento del derecho no derive de un tratado. Con ello, la posibilidad de reconocer este derecho requeriría un detenido examen de las legislaciones de los países de origen, para, una vez comprobado que los españoles gozan allí del mismo derecho, reconocerlo legalmente en España en idénticos términos y

condiciones, lo cual sin duda supondría una complejidad, dada la necesidad de aislar las diferentes situaciones en los distintos países y probar debidamente su alcance ante la Administración Electoral.

Afortunadamente esta labor ha quedado sensiblemente simplificada debido a la L.O. 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, llevando el principio de la reciprocidad a los tratados, sobre cuya base introduce automáticamente la efectividad del voto. Así, según el artículo 176, gozan de sufragio activo en las elecciones municipales los residentes extranjeros en España cuyos respectivos países permitan el voto de los españoles en dichas elecciones, en los términos de un Tratado.

3.2.2.2.- Derecho a la libertad de circulación y a la elección de residencia.

Estos derechos, que se pueden considerar intrínsecamente unidos, vienen recogidos en el artículo 19 de la Constitución de forma amplia a los españoles. Así, el art. 19 señala: "Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos".

Si bien no hace mención de los extranjeros, debemos de recordar el contenido del artículo 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, que señala: "Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia".

Y, en base a esta prescripción, el artículo 6 de la Ley Orgánica 7/1985 señala: "Los extranjeros que se hallen legalmente en territorio español tendrán derecho a circular libremente por él y a elegir libremente su residencia, sin más limitaciones que las previstas en las leyes y las determinadas por razones de seguridad pública, que podrá disponer el Ministerio del Interior, con carácter individual, y que solamente podrán consistir en medidas:

a) De presentación periódica ante las autoridades competentes.

b) De alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente.

c) De residencia obligatoria en determinado lugar".

En cuanto a las limitaciones establecidas previstas por la Ley, la propia Ley de Extranjería estable, en el punto 2 del artículo 26, la posibilidad de proceder a la detención del extranjero con carácter preventivo o cautelar mientras se sustancia el expediente de expulsión. No todos los expedientes de expulsión pueden dar lugar a la detención del extranjero, sino solamente aquellos que señala expresamente la propia Ley. No es esta la ubicación adecuada para hacer un estudio de las diversas causas de expulsión, que serán objeto de análisis en su momento. Ahora bien, si vamos a entrar en si ese precepto (artículo 26.2) se ajusta a lo prescrito constitucionalmente.

El párrafo 2 del artículo 26.2 señala: "La autoridad gubernativa que acuerde tal detención se dirigirá al Juez de Instrucción del lugar en que hubiese sido detenido el extranjero, en el plazo de setenta y dos horas, interesando el internamiento a su disposición en centros de detención o en locales que no tengan carácter penitenciario. De tal medida se dará cuenta al Consulado o Embajada respectivos y al Ministerio de Asuntos Exteriores. El internamiento no podrá prolongarse por más tiempo del imprescindible para la práctica de la expulsión, sin que pueda exceder de cuarenta días". Este precepto fué objeto de recurso de inconstitucionalidad por parte del Defensor del Pueblo. El Tribunal Constitucional en su sentencia 115/1987, de 7 de julio, después de reconocer la ambigüedad y equivocidad de los términos empleados por el legislador, que podría dar lugar a lecturas incompatibles con los preceptos constitucionales, y basamentándose en su propia doctrina (según la STC 93/1984 sólo cabe declarar la derogación de los preceptos cuya incompatibilidad con la Constitución resulta indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación) procedió a hacer una interpretación constitucional de dicho precepto, haciendo especial hincapié en la valoración que se debe de dar a la intervención judicial en el citado precepto.

El órgano que interesa el internamiento persigue un interés específico estatal, relacionado con la policía de extranjeros. Pero ello no significa que la decisión misma con relación al mantenimiento o no de la libertad haya de quedar en manos de la Administración.

La voluntad de la ley, y desde luego el mandato de la Constitución es que, más allá de las setenta y dos horas, corresponda a un órgano judicial la decisión sobre mantenimiento o no de la limitación de la libertad.

A la luz de la Constitución, el termino "interesar", ha de ser entendido como equivalente a demandar o solicitar del Juez la autorización para que pueda permanecer detenido el extranjero más allá del plazo de setenta y dos horas.

El órgano judicial habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, en el bien entendido no las relativas a la decisión de la expulsión en sí misma (sobre las que el Juez no ha de pronunciarse en el presente procedimiento), sino las concernientes, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida o cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión.

El extranjero, respecto a su libertad a partir de las 72 horas, se encuentra a la plena disponibilidad judicial, que cesará en el momento en que el Juez mismo decida la puesta en libertad o en el momento en que la autoridad administrativa solicite del órgano judicial la entrega del detenido para proceder a su efectiva expulsión. Se posibilita así sin restricciones la actuación del Juez como garante de la libertad de la persona.

Por otra parte, la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, señala una serie de medidas que se pueden adoptar con relación a los extranjeros. Así, el artículo 24 de dicha Ley establece, para los estados de excepción y sitio, que los extranjeros que se encuentren en España vendrán obligados a realizar las comparecencias que se acuerden, a cumplir las normas que se dicten sobre renovación o control de permisos de residencia y cédulas de inscripción consular y a observar las demás formalidades que se establezcan. Además, quienes contravinieren las normas o medidas que se adopten, o actuaren en connivencia con los perturbadores del orden público, podrán ser expulsados de España, salvo que sus actos presentaren indicios de ser constitutivos de delito, en cuyo caso se les someterá a los procedimientos judiciales correspondientes.

3.2.2.3.- Derecho de reunión, de Manifestación y de Asociación.

Vienen regulados en los artículos 7 y 8 de la Ley Orgánica 7/1985. Ambos preceptos fueron objeto de recurso de inconstitucionalidad por parte del Defensor del Pueblo.

3.2.2.3.1.- Derecho de reunión y de manifestación.

El artículo 7 de la Ley de Extranjería señala: "Los extranjeros podrán ejercer el derecho de reunión, de conformidad con lo dispuesto en las normas que lo regulan, siempre que se hallen legalmente en territorio español. Para poder promover la celebración de reuniones públicas en local cerrado o en lugares de tránsito público, así como manifestaciones, los extranjeros deberán tener la condición legal de residentes y solicitar del órgano competente su autorización, el cual podrá prohibirlas si resultaran lesivas para la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los españoles".

La Constitución en su artículo 21 señala lo siguiente:

1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa.
2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.

El Defensor del Pueblo impugna solo parcialmente este artículo y sólo en la medida en que su segundo inciso impone para todos los casos la necesidad de autorización previa para promover la celebración de reuniones públicas o de manifestaciones, y ello aunque la autorización sólo pudiera ser denegada por las razones legalmente tasadas.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 115/1987, de 7 de julio, declaró inconstitucional el inciso "... y solicitar del órgano competente su autorización ...", en función del siguiente razonamiento:

El artículo 21.1 de la Constitución afirma genéricamente que "se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas", sin ninguna referencia a la nacionalidad del que ejerce este derecho, a diferencia de otros artículos contenidos en el Título I, donde se menciona expresamente a los "españoles".

La necesidad de una autorización administrativa previa, referida al ejercicio del derecho de reunión, no es un requisito puramente rituario o procedimental, sobre todo porque nuestra Constitución ha optado por un sistema de reconocimiento pleno del derecho de reunión, sin necesidad de autorización previa (artículo 21.1). Esta libertad de reunión sin autorización se constituye así en una facultad necesaria "para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito"; al imponerse la necesidad de autorización administrativa se están desnaturalizando el derecho de reunión, consagrado en la Constitución "sin supeditarlo a la valoración discrecional y al acto habilitante y de poder implícito de la Administración" (STC 32/1981, de 16 de junio).

Cuando ese acto habilitante es preciso en todo caso, se condicionan hasta tal punto las facultades que lo integran, que el pretendido derecho muda de naturaleza y no puede ser reconocido como tal.

3.2.2.3.2.- Derecho de Asociación.

El artículo 8 de la Ley de Extranjería señala:

"1. Los extranjeros que se encuentren legalmente en España podrán ejercer el derecho de asociación conforme a las leyes que lo regulen.

2. El Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro del Interior, previo informe del de Asuntos Exteriores, podrá acordar la suspensión de las actividades promovidas e integradas mayoritariamente por extranjeros, por un plazo no superior a seis meses, cuando atenten gravemente contra la seguridad o los intereses nacionales, el orden público, la salud o la moral pública o los derechos y libertades de los españoles.

3. La disolución de las asociaciones corresponderá acordarla, en su caso, a la Autoridad Judicial, por los trámites del juicio ordinario de menor cuantía. Asimismo, el Juez podrá acordar, como medida cautelar, la suspensión de las actividades de las mismas".

La Constitución en su artículo 22 señala:

1. Se reconoce el derecho de asociación.
2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.
3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.
4. Las Asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.
5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.

El Defensor del Pueblo impugna el punto 2 del artículo 8 de la Ley de Extranjería en base a que este precepto ignora el contenido esencial del derecho de asociación, porque ni el artículo 22 de la Constitución ni los Tratados internacionales autorizan restricciones diversas de las en ellos previstas, introduciendo una alteración peyorativa y disminuyendo el régimen de garantías establecidas para su ejercicio, mediante la admisión de la suspensión administrativa de las asociaciones legalmente constituidas.

El Tribunal Constitucional en la sentencia 115/1987 declaró inconstitucional, y, por consiguiente, nulo, el artículo 8.2 de la Ley Orgánica 7/1985, fundamentándolo como se señala seguidamente.

El artículo 22.4 de la Constitución, que establece que "las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada". Se establece así una garantía del derecho de asociación no prevista en tales términos en los Tratados Internacionales suscritos por España en la materia. Este mandato del artículo 22.4 constituye en puridad un contenido preceptivo del derecho de asociación que se impone al legislador en el momento de regular su ejercicio.

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, pero para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el

- 85 -

contenido mismo del derecho, cuando éste ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros, a los que es de aplicación también el mandato contenido en el artículo 22.4 de la Constitución.

No cabe duda que el artículo 8.2 de Ley de Extranjería establece una intervención administrativa que resulta totalmente incompatible con la garantía al derecho de asociación reconocida en el artículo 22.4 de la Constitución también para los extranjeros.

3.2.2.4.- Derecho a la Educación, a la libertad de Enseñanza y a la creación y dirección de Centros Docentes.

El artículo 27 de la Constitución en su punto 1 señala que "todos tienen derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza", y en su punto 6 dice que "se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales".

El artículo 9 de la L.O. 7/1985 dice: "Se reconoce a los extranjeros que se hallen legalmente en territorio nacional el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, así como el derecho a la creación y dirección de centros docentes, de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes y atendiendo al principio de reciprocidad".

1.- En cuanto al derecho a la educación.

Su reconocimiento a los extranjeros es pleno como así se desprende del art. 27.1 de la Constitución y del art. 9 de la L.O. 7/1985. Asimismo, es reconocido este derecho por la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación, cuando en su artículo 1 reconoce este derecho a los extranjeros en los mismos términos que a los españoles.

El ejercicio de este derecho, según el art. 9 de la L.O. 7/1985, viene condicionado a que el extranjero se halle legalmente en territorio español.

2.- *En cuanto a la Libertad de Enseñanza*, ésta viene reconocida por el art. 27.1 de la Constitución y por el art. 9 de la Ley de Extranjería.

Con carácter general, señala la Ley de Extranjería que los extranjeros podrán acceder al desempeño de actividades de carácter docente o de investigación científica, de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes (art. 5.3), exigiendo asimismo que cuando el extranjero se propusiera trabajar por cuenta propia o ajena, ejerciendo una profesión para la que se exija una especial titulación, la concesión del permiso se condicionará a la tenencia y, en su caso, homologación del título correspondiente. También se condicionará a la colegiación, si las leyes así lo exigiesen. (art. 17.2).

No debemos de olvidar que el extranjero no podrá ingresar en las plantillas funcionariales del profesorado estatal por tener vedado el acceso a la función pública como funcionario.

En lo referido a la enseñanza privada, el extranjero en el desempeño de la actividad, tanto por cuenta ajena como propia, deberá de proveerse de los correspondientes permisos de trabajo y residencia, salvo los supuestos excepcionales previstos en el artículo 16 de la Ley de Extranjería, correspondientes a los profesores extranjeros invitados o contratados por una universidad española y el personal directivo y profesorado extranjero, de instituciones culturales y docentes dependientes de otros Estados, o privadas, de acreditado prestigio, oficialmente reconocidas por España, que desarrollen en nuestro país programas culturales y docentes de sus países respectivos. en tanto limiten su actividad a la ejecución de tales programas.

3.- *En cuanto a la creación de centros docentes.*

Este viene reconocido en los arts. 27.6 de la Constitución y 9 de la Ley de Extranjería. Sin embargo, la Ley Orgánica 8/1985, reguladora del Derecho a la Educación parece querer restringir este derecho a los extranjeros cuando en su artículo 21.1 señala que "toda persona física o jurídica de carácter privado y de nacionalidad española tienen libertad para la creación y dirección de centros docentes privados ...". Debemos entender, que este precepto puede estar revestido de posible inconstitucionalidad, pues como señala la STC 115/1987, el artículo 13.1 de la Constitución reconoce al legislador la

- 87 -

posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello ha de respetar en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste ya haya venido reconocido directamente por la Constitución a los extranjeros (fundamento jurídico tercero).

De esta manera, y a tenor del artículo 38 de la Constitución, que reconoce la libertad de empresa, deberíamos entender que este derecho está plenamente reconocido a los extranjeros, siempre que, como preceptúa la Ley de Extranjería, se hallen legalmente en territorio español.

3.2.2.5.- Derecho a afiliarse a un sindicato u organización profesional y derecho de huelga.

El artículo 28.1 de la Constitución señala que "Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato".

El artículo 10 de la Ley de Extranjería señala que se reconoce a los trabajadores extranjeros que se hallen legalmente en España el derecho a afiliarse libremente al sindicato u organización profesional españoles de su elección y el derecho de huelga, de acuerdo con lo dispuesto en las respectivas leyes reguladoras.

La Ley de Extranjería impone una limitación a la libertad de sindicación de los extranjeros que no contempla la Constitución, como es el hecho de sólo darle la posibilidad de afiliarse y no de fundar un sindicato. Este precepto deberíamos de considerarlo inconstitucional en virtud del mismo razonamiento que expusimos en cuanto al derecho de creación de

centros docentes, basamentado en el fundamento jurídico segundo de la STC 115/1987.

De todas formas este precepto deberíamos de considerarlo derogado por la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, por ser ésta posterior a la Ley de Extranjería, que en su artículo 1 señala que "Todos los trabajadores tienen derecho a sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales", sin que se produzca una distinción entre trabajadores españoles y extranjeros.

El artículo 28.1 de la Constitución reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses, no ofreciéndose problemática alguna al regular la Ley de Extranjería este derecho en igual medida.

3.2.3.- Especial referencia al derecho a la Tutela Judicial efectiva.

Este derecho es de una gran importancia debido a que a través del mismo se pueden garantizar los derechos de los extranjeros.

El artículo 24.1 de la Constitución señala que "todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. En principio, debido al término utilizado "todas", no debería de ofrecer lugar a dudas que se refiere tanto a los nacionales como a los extranjeros. Así nos lo manifiesta la STC 99/1985, de 30 de septiembre: "[...] ello es así no sólo por la dicción literal del citado artículo (todas las personas) sino porque a esa misma conclusión se llega interpretándola, según exige el artículo 10.2 de la Constitución, de conformidad con el artículo 6.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 [...]".

El artículo 6.1 del Convenio de Roma señala que "toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativamente y públicamente en un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley,..."

Este derecho a la tutela judicial podría quedar en entredicho por el contenido del artículo 34 de la Ley Orgánica 7/1985. Este señala que: "Las resoluciones administrativas adoptadas en relación con los extranjeros, serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes. En ningún caso podrá acordarse la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido en la presente Ley".

La STC 115/1987, de 7 de julio (recurso de inconstitucionalidad número 880/1985, planteado por el Defensor del Pueblo) declaró inconstitucional y, por consiguiente, nulo, el segundo inciso de este artículo "en ningún caso podrá acordar la suspensión de las resoluciones administrativas adoptadas de conformidad con lo establecido en la presente Ley". El Tribunal Constitucional utilizó el siguiente razonamiento:

La efectividad de la tutela judicial que el artículo 24 de la Constitución establece no impone en todos los casos la suspensión del acto administrativo recurrido, pues dicho precepto lo que garantiza es la regular y adecuada prestación jurisdiccional, en un proceso con todas las garantías, por parte de los órganos judiciales. Sin embargo, ello no quiere decir que cuando la legislación ha establecido esa posibilidad para la protección de los derechos fundamentales, esta decisión legislativa no incide también sobre la configuración de la tutela judicial efectiva, como ocurre en el presente caso, de forma que la supresión de esa posibilidad de suspensión para ciertos casos o grupos de personas no afecte a este derecho a la tutela judicial efectiva, al margen de que también pueda afectar al derecho a la igualdad del artículo 14 de la Constitución.

Ha de recordarse aquí el tema de la igualdad de trato de los extranjeros y españoles, y la homogeneidad de tratamiento de unos y otros que la Constitución reconoce respecto a ciertos derechos y garantías, entre los que se incluye, el derecho a la tutela judicial efectiva, y por ello, las garantías judiciales vinculadas al ejercicio de los derechos fundamentales. Debe tenerse en cuenta, además, que aunque este Tribunal ha admitido para otros derechos fundamentales de los extranjeros algunas restricciones, ello ha sido en la medida que existe un sistema de garantías suficientes que reduzcan al mínimo el riesgo de que se produzca un uso arbitrario o injustificado de las facultades administrativas de intervención. Pero para prevenir este riesgo no es posible eliminar para todos los casos la

- 90 -

facultad judicial de declarar la suspensión del acto si el juzgador comprueba que tal medida no se adecúa a la necesidad de salvaguardar los intereses generales.

Las razones que se dan en el escrito del Letrado del Estado para defender el principio general absoluto la no suspensión -la salvaguardia de otros valores constitucionales (seguridad nacional, orden público, derechos y libertades de los españoles)- puede garantizarse también de forma adecuada mediante el uso por el Tribunal competente de las facultades de valoración de los intereses en juego, que reconocen tanto el artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional o el artículo 7.4 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre.

3.2.4.- Protección al menor extranjero.

A.- Con carácter general.

El artículo 12 del Reglamento de Extranjería, con carácter general, señala una serie de derechos se deben observar con los menores extranjeros. Así:

- deberán ser tratados conforme a lo previsto en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

- tendrán derecho a la educación conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, sobre Ordenación General del Sistema Educativo.

- tendrán derecho a la asistencia sanitaria y demás prestaciones sociales, conforme a lo dispuesto en la mencionada Convención y en el artículo 10.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

B.- Menores en situación de desamparo.

Se considera como situación de desamparo, según el artículo 172.1.in fine del Código Civil, la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las

leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material.

Los menores extranjeros que se encuentren en esta situación, serán encomendados a los servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma correspondiente, poniéndolo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

Especialidades que rigen en el régimen jurídico de los menores desamparados:

- En ningún caso podrán ser objeto de las medidas de expulsión previstas en el artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985 ni en las señaladas en el Reglamento de Ejecución de la misma.

- Si se trata de menores solicitantes de asilo, el tutor que legalmente se asigne al menor, le representará durante la tramitación del expediente. Las solicitudes de asilo se tramitarán conforme a los criterios contenidos en los convenios y recomendaciones internacionales aplicables al menor solicitante del asilo.

- En los demás supuestos, los órganos públicos competentes colaborarán con los servicios de protección de menores para la reagrupación familiar del menor en su país de origen o aquel donde se encontrasen sus familiares. Asimismo, se podrá repatriar al menor cuando los servicios competentes de protección de menores de su país de origen se hiciesen responsables del mismo. En todo caso, las autoridades españolas velarán por que el retorno del menor no pueda suponer peligro para su integridad, o su persecución o la de sus familiares.

- Se les otorgará un permiso de residencia, a instancias del órgano que ejerza la tutela. Los efectos de este permiso se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma correspondiente.

- Si el menor careciere de documentación, y por cualquier causa no pueda ser documentado por las autoridades de ningún país, se le documentará de acuerdo con lo previsto en el artículo 63 de este Reglamento (dentro del capítulo referido a los Regímenes Especiales se detalla este tipo de documentación).

C.- Traslado temporal a España de menores extranjeros.

La venida a España de menores extranjeros, para programas de acogida temporal, necesitará las siguientes autorizaciones:

- autorización expresa de quien ejerza la patria potestad o tutela,
- autorización expresa de las autoridades del país de origen, si circunstancias de conflicto bélico lo aconsejan,
- la conformidad del órgano de la Comunidad Autónoma con competencia en menores,
- la autorización de los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Justicia e Interior.

Los Ministerios de Asuntos Exteriores y de Justicia e Interior coordinarán la venida y la estancia de estos menores.

Cuando el traslado implique la escolarización, los órganos competentes sobre menores solicitarán la colaboración de los órganos competentes en materia de educación.

D.- Traslado a España con fines de adopción de menores extranjeros procedentes de zonas de conflictos.

No podrán ser traídos a España con fines de adopción, los menores que procedan de un país o región en conflicto.

Sin embargo podrá verificarse la adopción de los mismos, cuando conste de modo fehaciente:

- que se han realizado sin éxito las gestiones oportunas para la localización de sus familiares, a través de los órganos competentes, y,
- que se han cumplido las precauciones que exigen los compromisos internacionales asumidos por España, así como las recomendaciones de los organismos internacionales con competencia en la materia.

CAPÍTULO 4.- RÉGIMEN DE ENTRADA.

El artículo 11.1 de la LODLE dispone que sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley que regula los estados de alarma, excepción y sitio, los extranjeros podrán entrar en el territorio español, siempre que se hallen provistos de la documentación requerida y de medios económicos suficientes, en los términos previstos reglamentariamente, y no estén sujetos a prohibiciones expresas.

El derecho de libre entrada y salida de España a que hace mención el artículo 19 de la CE respecto de los españoles podríamos considerarlo aplicable a los extranjeros por la atribución a los mismos, por su artículo 13, al señalar que éstos gozarán en España de las libertades públicas que señala el título primero de nuestra Carta Magna, si bien restringido a los términos que señalan los Tratados y las Leyes.

Así, de esta manera nos encontramos ante un derecho constitucional reconocido a los extranjeros, pero de configuración legal.

La configuración legal de la extranjería conlleva a que el extranjero que reúna las condiciones fijadas en ella para acceder al territorio nacional debe ser admitido en el mismo; si bien, asimismo la Administración goza de cierta discrecionalidad para autorizar o no la entrada.

4.1.- REQUISITOS DE ENTRADA.

La entrada en territorio español por parte de un extranjero se podrá verificar siempre que cumpla los siguientes requisitos:

1. Realizar la entrada por los puestos habilitados a tal fin.
2. Hallarse provisto de la documentación necesaria.
3. Tener medios económicos suficientes.

4. Someterse a los reconocimientos médicos y a las medidas que exijan los servicios sanitarios españoles, por razones de sanidad pública²².

5. No estar incurso en ninguna situación de prohibición de entrada.

6. En su caso, se les podrá requerir para que justifiquen los motivos de la entrada.

Así, se considerará ilegal a toda entrada en la que no concurren los anteriores requisitos.

Hay un supuesto que la propia Ley de Extranjería no considera como entrada ilegal, y es el supuesto del apartado 4 de su artículo 12, al señalar que el Ministerio del Interior podrá autorizar la entrada, tránsito o permanencia en territorio español, siempre que medie causa suficiente, a los extranjeros con documentación defectuosa o incluso sin ella, siempre que medie causa suficiente. Como causa suficiente, señala el Reglamento de Ejecución de esa Ley, en el apartado 3 de su artículo 38, motivos humanitarios, de protección del interés nacional o derivados de compromisos internacionales. Asimismo, atribuye la competencia para autorizar la entrada y tránsito de estos extranjeros por territorio español, a la Secretaria de Estado de Interior, quien podrá delegar dicha facultad en órganos centrales o periféricos dependientes de la misma.

4.2- PUESTOS DE ENTRADA Y SALIDA.

²²El artículo 11.1 de la Ley de Extranjería señala que «... los extranjeros **podrán** entrar en territorio español, **siempre que** se hallen ...». Al respecto señala Estrada Carrillo que el futuro empleado «podrán» tiene una acepción de contingencia, la entrada de los extranjeros hay que incardinarla dentro de los actos administrativos autorizatorios. Esto supone la negación de un derecho preexistente del extranjero a entrar en territorio nacional. La situación planteada responde a una prohibición general de entrada en territorio nacional que se levanta -autoriza- siempre que se cumplen las condiciones y requisitos previstos en la Ley. Sigue señalando Estrada Carrillo que la subordinada adverbial que emplea la ley «siempre que» aparte de expresar condición, implica también límite mínimo. (ESTRADA CARRILLO Vicente, *Comentarios a la Ley Orgánica y Reglamento de Extranjería*, 2ª Ed, Madrid, Trivium 1993, págs. 98 y 99).

La entrada en el territorio nacional habrá de realizarse por los puestos habilitados a tal fin y bajo el control de los servicios policiales correspondientes²³, (art. 11.3 LODLE).

Los puestos habilitados constituyen un presupuesto ineludible para el cumplimiento del resto de los requisitos de entrada, pues la comprobación de la documentación, existencia de medios económicos y ausencia de prohibiciones de acceso, exige la concentración de medios personales y materiales en lugares predeterminados²⁴.

En cuanto al control de entrada la LODLE emplea la expresión "servicios policiales", si bien el Reglamento concreta la misma al atribuir esta función a "los funcionarios competentes del Ministerio del Interior"²⁵.

4.2.1.- Habilitación y cierre de puestos.

Los puestos de entrada se habilitarán en atención al interés nacional y de conformidad con lo dispuesto en los Convenios Internacionales en los que España sea parte.

La forma de habilitar un puesto es diferente según se trate de un puesto en frontera o de un puesto en puertos o aeropuertos.

²³La expresión «servicios policiales» que emplea la Ley, la concreta más el Reglamento que atribuye la función a «los funcionarios competentes de la Dirección General de la Policía». En el régimen de competencias hay que partir de la Constitución cuando establece que el Estado tiene competencia exclusiva en materia de nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo (art. 149.1.2º). Por tanto, las Administraciones autonómicas y locales quedan excluidas de cualquier participación atinente a la entrada de extranjeros o a las situaciones derivadas de su condición de tales. Dicho esto, el texto legal que fija taxativamente la competencia funcional en el control de entrada y salida es la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, cuando al hacer la distribución material de las mismas encomienda al Cuerpo Nacional de la Policía, «el control de entrada y salida del territorio nacional de españoles y extranjeros», sin perjuicio de las atribuciones de índole fiscal que en los mismos casos queden reservadas a la Guardia Civil. Con esto la Ley no hace sino consolidar una añeja tradición respetada por cuantas normas se han ocupado de la materia. (Estrada Carrillo, op. cit., pág. 111).

²⁴ Martínez Atienza, Gorgonio: "Ley y Reglamento de Extranjería". Colex. 1996. Pág. 193.

²⁵ Estrada Carrillo, op. cit., pág. 111.

La habilitación de un puesto en frontera terrestre se adoptará, previo acuerdo con las autoridades del país limítrofe correspondiente, mediante Orden de la Presidencia del Gobierno, a propuesta de los Ministros de Asuntos Exteriores, de Interior y de Economía y Hacienda.

Cuando se trate de la habilitación de puestos en puertos o aeropuertos, la Orden de la Presidencia del Gobierno se adoptará a propuesta conjunta de los Ministros de Asuntos Exteriores, de Justicia e Interior y de Economía y Hacienda, previo informe favorable del Departamento ministerial o entidad de que dependan el puerto o aeropuerto.

Podrá procederse al traslado o cierre de un puesto habilitado, por los mismos trámites, si la localización del mismo resultara innecesaria o inconveniente.

Cuando ocurran circunstancias que así lo aconsejen, podrá procederse al cierre, con carácter temporal o indefinido de los puestos habilitados. Corresponderá al Gobierno acordarlo a propuesta del Ministro de Defensa o del Ministro del Interior.

A propuesta del Ministro de Defensa, en los supuestos de declaración del estado de sitio y en todos los supuestos en que lo requiera la Defensa Nacional.

A propuesta del Ministro del Interior, en los casos de declaración de los estados de alarma y excepción, en los demás casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública que así lo hagan necesario, así como en todos los supuestos en que lo requiera la protección de la seguridad del Estado.

En este supuesto el Ministerio podrá ordenar la suspensión temporal del paso por alguno de los puestos habilitados, en tanto duren las circunstancias determinantes y hasta que se pronuncie al respecto el Consejo de Ministros.

A propuesta del Ministro del Interior, previo informe favorable del Ministro de Sanidad y Consumo, en casos de epidemia, salvo lo previsto en el apartado anterior.

El cierre de los puestos habilitados deberá comunicarse a aquellos países con los que España venga obligada a hacerlo como consecuencia de los compromisos internacionales suscritos con ellos.

4.2.2.- Entrada y salida por los puestos habilitados.

La entrada en territorio español y la salida del mismo por fronteras²⁶ terrestres, puertos o aeropuertos:

- deberán realizarse por los puestos habilitados a tal fin, durante los días y horas señalados, salvo casos de fuerza mayor,
- y bajo control de los funcionarios competentes de la Dirección General de la Policía.

En los puestos fronterizos en que proceda, se indicarán en lugar visible para el público los días y horas de cierre.

Se podrá autorizar el cruce de fronteras fuera de los puestos habilitados o de los días y horas señalados, a quienes se encuentren en los casos siguientes:

²⁶ El Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, prevé el establecimiento de un control coordinado y la articulación de un sistema de cooperación en el ámbito de la información recíproca a efectos de prohibiciones de entrada y otras medidas. La puesta en práctica de la nueva concepción de frontera, determinará la gradual remodelación de los puestos de acceso, en los que tiene lugar un control de carácter policial previo, consistente en verificar si el extranjero se halla en posesión de la documentación necesaria y no se encuentra incurso en alguna de las prohibiciones de entrada.

En relación con el transportista que lo hubiera llevado a la frontera, dispone el art. 20 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen que: "Si se negara la entrada en el territorio de una Parte contratante a un extranjero, el transportista que lo hubiera llevado a la frontera exterior por vía aérea, marítima o terrestre, estará obligado a hacerse cargo de él inmediatamente. A petición de las autoridades de frontera, deberá llevar al extranjero al tercer Estado que hubiera expedido el documento de viaje con que hubiera viajado o a cualquier otro tercer Estado donde se garantice su admisión.

El transportista estará obligado, a tomar las medidas necesarias para cercionarse de que el extranjero transportado por vía aérea o marítima tenga en su poder los documentos de viaje exigidos para entrar en el territorio de las Partes Contratantes.

Sin perjuicio de los compromisos resultantes de su adhesión a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 relativa al Estatuto de los Refugiados y respetando su derecho constitucional, las Partes Contratantes se comprometen a establecer sanciones contra los transportistas que, por vía aérea o marítima, transporten desde un tercer Estado hasta el territorio de las Partes Contratantes, a extranjeros que no estén en posesión de los documentos de viaje exigidos".

- Las personas a las que les haya sido expedida una autorización para cruzar la frontera ante una necesidad concreta.

- Los beneficiarios de acuerdos bilaterales en tal sentido con países limítrofes.

4.2.3.- Circulación de los marinos durante la escala del buque.

Los marinos podrán circular, mientras dure la escala del buque, por el recinto del puerto o de las localidades próximas, en un entorno de diez kilómetros, sin la obligación de presentarse en el puesto fronterizo, si se cumplen los siguientes requisitos:

- estar en posesión de la libreta naval o de un documento en vigor para la gente del mar, y si fuere necesario, deberá llevar el correspondiente visado,

- figurar en una lista de tripulantes del buque a que pertenezcan, sometida a control previamente por funcionarios competentes de la Dirección General de la Policía.

Podrá denegarse el derecho a desembarcar al marino que represente una amenaza para el orden público o la seguridad nacional.

4.3.- DOCUMENTACION NECESARIA PARA EFECTUAR LA ENTRADA.

4.3.1.- Documentación exigida²⁷.

El extranjero que pretenda entrar en España deberá hallarse provisto, para acreditar su identidad, de uno de los siguientes documentos:

- Pasaporte, individual o colectivo, válidamente expedido y en vigor. Los menores de dieciséis años podrán figurar

²⁷Estrada Carrillo hace una diferenciación en cuanto a la documentación requerida entre países con trato privilegiado y países de trato ordinario, remitiéndome para su desarrollo al mismo. (*Op. cit.*, Págs. 118 a 128).

incluidos en el pasaporte de su padre, madre o tutor, cuando tengan la misma nacionalidad del titular del pasaporte.

- Título de viaje, válidamente expedido y en vigor.

- Documento nacional de identidad, cédula de identificación o cualquier otro documento que acredite su identidad y que se considere válido para la entrada en territorio español, en virtud de compromisos internacionales asumidos por España.

Tanto los pasaportes como los títulos de viaje y demás documentos que se consideren válidos deberán estar expedidos por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia de sus titulares o por las organizaciones internacionales habilitadas para ello por el derecho internacional y contener, en todo caso, datos suficientes para la determinación de identidad y nacionalidad de los titulares.

4.3.2.- Expedición de documentos de viaje y salvoconductos a extranjeros.

Las Misiones Diplomáticas u Oficinas Consulares españolas, previa autorización expresa del Ministerio de Asuntos Exteriores, podrán expedir documentos de viaje y salvoconductos a extranjeros cuya protección internacional haya sido asumida por España en aplicación de la legislación española o para proceder a su evacuación hacia países con los que exista acuerdos de cooperación a tal efecto.

4.3.3.- Pasaportes colectivos²⁸.

La admisión de pasaportes colectivos se ajustará a los Convenios internacionales que sobre ellos existan o se concierten por España, previo informe del Ministerio de Interior.

²⁸ Los pasaportes colectivos vienen regulados por el Real Decreto 3129/1977, de 23 de septiembre, por el que se regula la expedición de pasaportes ordinarios a los españoles, señalando en su artículo 2 que "siempre que exista reciprocidad con el país de destino podrán expedirse pasaportes colectivos, con motivo de peregrinaciones, excursiones y demás actos de análoga naturaleza cuya validez quedará limitada a un solo viaje".

4.4. - VISADO.

4.4.1.- Concepto y naturaleza.

El visado puede ser considerado como aquella habilitación concedida a un extranjero por la representación diplomática u oficina consular de España en su país de origen o de residencia, para presentarse en un puesto fronterizo español y solicitar su entrada²⁹.

González Campos³⁰ lo define como una certificación que se inserta en el pasaporte del extranjero que desea entrar en un Estado, otorgada discrecionalmente por parte de las autoridades de éste, en virtud de la cuál se determina que nada se opone a que el interesado penetre en dicho país.

Para la concesión del visado se atenderá al interés del Estado español y de sus nacionales, por lo que, la denegación del mismo no necesitará ser motivada.

En cuanto a la naturaleza del mismo señala Parejo Alfonso³¹ que tradicionalmente se considera la potestad de visado como manifestación de la soberanía del Estado y, por tanto, como esencialmente discrecional. Es significativo, en efecto, que el visado sea competencia de la Administración de Asuntos Exteriores y no de la Administración Pública de los Asuntos Internos.

Su calificación doctrinal ordinaria como "certificación" extendida en el pasaporte, título de viaje o documento aparte, señala Parejo Alfonso, debe considerarse incorrecta, pues en realidad se trata de:

²⁹Estrada Carrillo lo define como «una declaración inserta en el pasaporte o, en su caso, en documento aparte por el que se hace constar que no existe inconveniente para que el interesado pueda entrar en el país que la expide», (*Op. cit.*, pág. 136).

³⁰ González Campos, J. y otros. "Derecho Internacional Privado. Parte especial". vol 1, Oviedo, Ojanguren, 1984, pág. 190.

³¹ Parejo Alfonso Luciano: "El régimen de entrada de los extranjeros". ("Derecho de extranjería, asilo y refugio", Fernando M. Mariño Menéndez y otros. Ministerio de Asuntos Sociales. Instituto Nacional de Servicios Sociales. 1995). Pág. 319 y 320.

- un acto administrativo de juicio e, incluso, de voluntad, declarativo de la identidad del solicitante, valorativo de la documentación por éste presentada y del interés del Estado español y de sus nacionales y expresivo de la inexistencia de inconveniente en principio para que éste entre en el territorio español con una finalidad y por un tiempo determinados, en ejercicio de una potestad de intervención sobre la actividad de los extranjeros.

- concretamente un acto resolutorio que pone fin a un procedimiento administrativo: incoado a instancia de parte por medio de solicitud formal, definido en sus trámites preceptivos, y capaz de culminar bien en la concesión bien en la concesión, bien en la denegación del visado.

- un acto administrativo, además, con un contenido típico, comprensivo necesariamente del tipo de visado, la finalidad del viaje, el plazo de presentación en la frontera (con indicación de la fecha de caducidad), el plazo previsto de permanencia en España y la fecha de expedición.

- y, un acto que habilita para la presentación personal en puesto fronterizo español y la formulación en él justamente de solicitud de entrada.

4.4.2.- Exigencia de visado, con especial consideración de la Orden de 11 de abril de 1996.

La Ley de Extranjería establece la obligación general de la necesidad de visado. De esta manera, los extranjeros que se propongan entrar en territorio español deberán ir provistos del correspondiente visado³².

Este visado debe de cumplir con unas exigencias formales: estar validamente expedido y en vigor, y debe de estar extendido en sus pasaportes o documentos de viaje o, en su caso, en documento aparte.

³² El art. 12 de la LODLE en su apartado 2 señala que "los pasaportes o títulos de viaje de los extranjeros que pretendan entrar en territorio español deberán ir provistos del correspondiente visado".

Esta obligación general de visado encuentra algunas excepciones, de tal manera, que en determinadas circunstancias no se hace necesaria la expedición de visado.

En primer lugar, nos encontramos con un grupo de extranjeros que no necesitarán visado para estancias de menos de seis meses o para tránsitos de menos de cinco días:

- los nacionales de países con los que se haya acordado su supresión, en la forma y condiciones establecidos en el Acuerdo correspondiente³³,

³³ Seguidamente y, a modo de ejemplo, se transcribe el régimen de circulación de personas entre el Principado de Andorra y el Reino de España.

Este se realiza mediante el canje de notas de 25 de mayo de 1994 y el de 17 de junio de 1994.

Madrid, 25 de mayo de 1994.

Sr. Ministro:

En aplicación del Tratado de Buena Vecindad, de Amistad y de Cooperación (hecho en Madrid y París el 1 de junio y en Andorra la Vieja el 3 de junio de 1993) entre el Reino de España, la República Francesa y el Principado de Andorra, y con el fin de facilitar las relaciones de cualquier naturaleza entre nuestros dos países, mi Gobierno estimó conveniente proponer al Gobierno del Principado de Andorra establecer un régimen de libre circulación entre nuestros dos países conforme a las disposiciones siguientes:

1. Los nacionales del Principado de Andorra tendrán acceso sin visado al territorio español con la simple presentación de sus documentos de identidad.

2. Los nacionales del Reino de España tendrán acceso sin visado al territorio del Principado de Andorra con la simple presentación de sus documentos de identidad.

3. Los visados expedidos por el Reino de España, para estancias inferiores a tres meses, a nacionales de terceros países, permitirán el acceso de estos últimos al territorio del Principado de Andorra. Los nacionales de terceros países exentos de la obligación de tener visado para el Reino de España tendrán acceso sin visado al territorio del Principado de Andorra con la simple presentación de los títulos de viaje válidos para la entrada en España.

4. El presente Acuerdo podrá ser denunciado en cualquier momento con un preaviso de treinta días. La denuncia del presente Acuerdo se notificará a la otra Parte Contratante por vía diplomática.

5. La aplicación del presente Acuerdo podrá ser suspendida en su totalidad o en parte por cualquiera de las Partes. La suspensión se notificará inmediatamente por vía diplomática.

Le agradecería me informara si las disposiciones arriba mencionadas tienen la conformidad de su Gobierno. En caso afirmativo, la presente Nota, así como su respuesta, constituirán un Acuerdo entre nuestros dos países, que entrará en vigor una vez que ambas Partes se hayan notificado el cumplimiento de sus requisitos internos. Ambas Partes aplicarán el presente Acuerdo de forma provisional a partir del momento del intercambio de estas Notas.

Le ruego, señor Ministro, reciba la expresión de mi más alta consideración.

Excmo. Sr. Marc Vila Amigo, Ministro de Relaciones Exteriores, Principado de Andorra.

Andorra la Vieja, 17 de junio de 1994.

Señor Ministro:

Tengo el placer de acusar recibo de la carta de SE de fecha 25 de mayo de 1994, en la cual, con referencia a las conversaciones establecidas sobre el particular entre nuestros dos Gobiernos, manifiesta que el Gobierno español está dispuesto a poner en vigor las normas en principio convenidas, redactadas en los términos siguientes:

"En aplicación del Tratado de Buena Vecindad, de Amistad y de Cooperación (hecho en Madrid y París el 1 de junio y en Andorra la Vieja el 3 de junio de 1993) entre el Reino de España, la República Francesa y el Principado de Andorra, y con el fin de facilitar las relaciones de cualquier naturaleza entre nuestros dos países, mi Gobierno estimó conveniente proponer al Gobierno del Principado de Andorra establecer un régimen de libre circulación entre nuestros dos países conforme a las disposiciones siguientes:

1. Los nacionales del Principado de Andorra tendrán acceso sin visado al territorio español con la simple presentación de sus documentos de identidad.

2. Los nacionales del Reino de España tendrán acceso sin visado al Territorio del Principado de Andorra con la simple presentación de sus documentos de identidad.

3. Los visados expedidos por el Reino de España, para estancias inferiores a tres meses, a nacionales de terceros países, permitirán el acceso de estos últimos al territorio del Principado de Andorra. Los nacionales de terceros países exentos de la obligación de tener visado para el Reino de España tendrán acceso sin visado al territorio del Principado de Andorra con la simple presentación de los títulos de viaje válidos para la entrada en España.

4. El presente Acuerdo podrá ser denunciado en cualquier momento con un preaviso de treinta días. La denuncia del presente Acuerdo se notificará a la otra Parte Contratante por vía diplomática.

5. La aplicación del presente Acuerdo podrá ser suspendida en su totalidad o en parte por cualquiera de las Partes. La suspensión se notificará inmediatamente por vía diplomática.

Le agradecería me informara si las disposiciones arriba mencionadas tienen la conformidad de su Gobierno. En caso afirmativo, la presente Nota,

- 104 -

- los extranjeros que tengan la condición de refugiados y estén documentados como tales por un país signatario del Acuerdo Europeo número 31, de 20 de abril de 1959³⁴,

- los miembros de las tripulaciones de barcos de pasaje y comerciales extranjeros, cuando se hallen documentados con la libreta naval o un documento de identidad para la gente del mar en vigor y sólo durante la escala del barco.

- los miembros de las tripulaciones de aviones comerciales extranjeros que estén documentados como tales mediante la tarjeta de miembro de la tripulación, durante la escala de su aeronave o entre dos escalas de vuelos regulares consecutivos de la misma compañía aérea a que pertenezca la aeronave.

- los extranjeros titulares de un permiso de residencia, una autorización provisional de residencia o una tarjeta de acreditación diplomática, expedidos por las autoridades de otro Estado con el que España haya suscrito un Acuerdo internacional que contemple esta posibilidad. Estas autorizaciones estén vigentes en el momento de solicitar la entrada.

así como su respuesta, constituirán un Acuerdo entre nuestros dos países, que entrará en vigor una vez que ambas Partes se hayan notificado el cumplimiento de sus requisitos internos. Ambas Partes aplicarán el presente Acuerdo de forma provisional a partir del momento del intercambio de estas Notas”.

Es para mí un gran placer comunicarle la conformidad de las Autoridades andorranas con los términos de su carta, y que, por tanto, la presente comunicación de contestación se considere como constitutiva de un Acuerdo en la materia entre el Reino de España y el Principado de Andorra.

Aprovecho la ocasión para reiterar a SE la expresión de mi más alta y distinguida consideración.

Marc Vila Amigo

Excmo. Sr. don Javier Solana Madariaga, Ministro de Asuntos Exteriores, España.

El presente Acuerdo se aplica provisionalmente a partir del día 17 de junio de 1994, según se establece en el texto de las Notas.

³⁴ El art. 1 de dicho Acuerdo dispone que “los refugiados que residan regularmente en territorio de una de las Partes Contratantes quedarán dispensados, con arreglo a los términos del presente Acuerdo y con la condición de la reciprocidad de la formalidad de los visados para entrar en, y salir del territorio de las otras Partes Contratantes por cualquier frontera”.

En segundo lugar, hay una serie de documentos que permiten al extranjero, titular de los mismos, la entrada en territorio español, y con el único requisito de que dichos documentos están en vigor.

Estos documentos son:

- Permiso de residencia,
- Autorización provisional de residencia,
- Tarjeta de acreditación diplomática,
- Autorización de regreso.

El artículo 56.8 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, aprobado mediante Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, señala que el extranjero que solicite permiso de residencia y carezca del correspondiente visado deberá acreditar que ha sido eximido con anterioridad de la obligación de visado por la autoridad que haya de resolver sobre la concesión del permiso de residencia.

A estos efectos, el apartado 9 del mismo precepto establece que excepcionalmente, por motivos de interés público, humanitarios, de colaboración con la justicia o de atención sanitaria, y siempre que se pueda presumir la buena fe del solicitante, podrá concederse la exención del visado por la autoridad competente para la resolución, en los términos que se determinen por el Ministerio de Justicia e Interior.

El Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, modificado por el Real Decreto 737/1995, de 5 de mayo, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y otros Estados partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, dispone en su artículo 10.3.d) que, a efectos de solicitar la tarjeta de residencia, los familiares de españoles o de residentes extranjeros, nacionales de Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, que no posean la nacionalidad de ninguno de estos países, deberán presentar, entre otros documentos, el visado de residencia en el pasaporte, de cuya presentación podrán ser dispensados por razones excepcionales.

Asimismo, la disposición final primera del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, y la disposición final segunda del Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, modificado por el Real Decreto 737/1995, de 5 de mayo, autorizan al Ministerio de

- 106 -

Justicia e Interior a dictar en el ámbito de sus competencias las normas que sean necesarias para la ejecución y desarrollo de las citadas disposiciones.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 56.9 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985 y en el artículo 10.3.d) del Real Decreto 766/1992, modificado por el Real Decreto 737/1995, mediante la Orden del Ministerio de Justicia e Interior de 11 de abril de 1996 se fijan los términos en que las autoridades competentes podrán conceder exención de visado a los solicitantes de permisos o tarjetas que autoricen a residir en España, ya sea en régimen general o comunitario.

Vamos a proceder a entrar en el estudio de dicha Orden Ministerial. En cuanto al ámbito de aplicación de la misma establece que las solicitudes de permisos o tarjetas que autoricen o documenten para residir en territorio español, tanto en el régimen general de extranjería como en el comunitario, presentadas por extranjeros que no sean nacionales de Estados miembros de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, deberán acompañarse siempre del correspondiente visado. Sin embargo, excepcionalmente, cuando el extranjero que pretenda solicitar un permiso o tarjeta de residencia carezca del preceptivo visado, podrá solicitar previamente que se le exima del mismo, si se encuentra en alguno de los supuestos previstos para ello.

No ser necesario presentar visado de residencia ni exención de visado cuando el extranjero sea residente legal y solicite la renovación del permiso o tarjeta dentro del plazo establecido reglamentariamente, y, en ningún caso, podrá exigirse la presentación del visado o exención de visado cuando la solicitud sea presentada por un nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo.

Motivos o razones para la concesión de exención de visado.

Son los motivos de interés público, humanitarios, de colaboración con la justicia o de atención sanitaria, que se mencionan en el artículo 56.9 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, así como las razones excepcionales previstas en el artículo 10.3.d) del Real Decreto 766/1992, modificado por el Real Decreto 737/1995, que se desarrollan por la Orden de 11 de abril de 1996 en la forma que se procede a señalar.

Podrá concederse excepcionalmente exención de visado por las autoridades competentes siempre que se pueda presumir la buena fe del solicitante y concurra alguno de los siguientes supuestos:

a) Extranjeros cuya residencia en España sea considerada de interés público.

b) Extranjeros que no puedan aportar el visado por ser originarios o proceder de una zona en la que exista un conflicto o disturbio de carácter bélico, político, étnico, religioso o de otra naturaleza, cuya magnitud impida la obtención del correspondiente visado, o en la que haya acontecido un desastre natural cuyos efectos perduren en el momento de la solicitud del mencionado visado.

c) Extranjeros que no pueden conseguir el visado por implicar un peligro para su seguridad o la de su familia su traslado al país del que son originarios o proceden para obtener el visado, o por carecer de vínculos personales con dicho país.

d) Extranjeros a los que les ha sido inadmitida a trámite o denegada una solicitud de asilo, pero a los que previo informe de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, se ha autorizado su permanencia en España, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.

e) Extranjeros menores de edad:

- Que sean hijos de españoles o de extranjeros residentes legales en España.
- Que hayan sido acogidos bajo tutela judicial constituida por españoles o extranjeros que residan legalmente en España, de forma que reúnan los elementos necesarios para producir efectos en territorio español.

f) Extranjeros que sean cónyuges de español o de extranjero residente legal, nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de derecho y que acrediten un periodo previo de matrimonio de tres años a la fecha de la solicitud.

g) Extranjeros que sean cónyuges de extranjero residente legal, no nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren

- 108 -

separados de hecho o derecho y que acrediten un periodo previo de matrimonio de tres años a la fecha de la solicitud.

h) Extranjeros que acrediten ser ascendientes directos de un menor español residente en España que vive a sus expensas.

i) Extranjeros que hayan residido previamente de forma legal en España durante un período mínimo de dos años ininterrumpidos en los diez años anteriores.

j) Extranjeros que hayan sido españoles de origen.

k) Extranjeros que colaboren o hayan colaborado con las autoridades en procedimientos administrativos o judiciales.

l) Extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad o impedimento que requiera asistencia sanitaria y les imposibilite el retorno a su país para obtener el visado.

La autoridad competente para resolver sobre la exención de visado deber solicitar informe previo a la Dirección General de Procesos Electorales, Extranjería y Asilo cuando exista cualquier duda sobre el criterio a seguir para resolver la exención de visado, así como sobre los supuestos que pueden dar lugar a su obtención.

Petición de exención de visado.

La petición de exención de visado deber constar en la solicitud de permiso o tarjeta, ya sea en régimen general o comunitario, que será dirigida a la Oficina de Extranjeros o, en su defecto, a la Comisaría de Policía de la localidad donde pretenda fijar su residencia el extranjero.

En el supuesto de que el extranjero haya solicitado un permiso de trabajo y residencia o permiso de residencia con exceptuación de la obligación de obtener un permiso de trabajo, conforme al artículo 16 de la Ley Orgánica 7/1985, posteriormente deberá dirigir la petición de exención de visado, en el modelo oficial que al efecto existe, a la Oficina de Extranjeros o, en su defecto, a la Comisaría de Policía, acompañada de la copia sellada de la solicitud ya presentada del permiso o de la exceptuación.

La petición de exención de visado a que se refieren los dos puntos anteriores deberá ir acompañada de los documentos

- 109 -

o pruebas acreditativos de que el solicitante se encuentra incluido en alguno de los supuestos señalados con anterioridad.

Informes previos.

Para la concesión de la exención de visado por alguna de las causas señaladas con anterioridad con las letras b) y c), la autoridad competente podrá recabar informe de la Dirección General de Asuntos Consulares.

En el supuesto de peticiones de exención de visado para permiso de trabajo y residencia o permiso de residencia con exceptuación de la obligación de obtener permiso de trabajo, las autoridades competentes para conceder la exención de visado deberán pedir antes de dictar resolución informe de los órganos policiales correspondientes sobre la veracidad de las circunstancias alegadas por el solicitante, así como de la autoridad laboral competente ante la que se haya presentado previamente la solicitud de permiso de trabajo o de exceptuación, que no resolverá dicha solicitud hasta que no se resuelva sobre la exención de visado.

Una resolución de expulsión o una prohibición de entrada en el territorio español contra el solicitante será causa de denegación de la exención de visado, salvo que hubiese sido revocada. A estos efectos, cuando exista una prohibición de entrada en el espacio Schengen se actuará de conformidad con lo previsto en el artículo 25.1 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

Concesión o denegación de la exención.

La autoridad competente para conocer la solicitud del permiso o tarjeta, en régimen general o comunitario, determinará al resolver dicha solicitud si el extranjero es eximido de la obligación del visado.

La resolución de la petición de exención de visado para un permiso de trabajo y residencia o un permiso de residencia con exceptuación de la obligación de obtener permiso de trabajo será competencia de la autoridad que deba resolver sobre la concesión del permiso de residencia en cada caso. La resolución que se dicte en relación a estas peticiones de exención de visado deberá ser notificada al solicitante por la autoridad que la hubiere dictado, poniendo fin a la vía

administrativa y siendo directamente recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Las resoluciones sobre peticiones de exención de visado deberán ser motivadas, indicando, en su caso, el supuesto concurrente.

Con carácter general, no podrá delegarse la facultad para eximir de visado por las autoridades que la tengan atribuida.

Efectos de la resolución de exención de visado para permiso de trabajo y residencia de permiso de residencia con exceptuación de la obligación de permiso de trabajo.

La exención de visado para un permiso de trabajo y residencia o un permiso de residencia con exceptuación de la obligación de permiso de trabajo será válida durante un período de treinta días desde la notificación de su concesión, debiéndose presentar en dicho plazo copia de la misma ante el órgano que tramite el permiso para el que se ha obtenido la exención.

Desde la notificación de la concesión de la exención de visado hasta la resolución que recaiga sobre la solicitud del permiso el extranjero no será objeto de actuaciones sancionadoras por estancia ilegal.

La notificación de la resolución denegatoria de la petición de exención de visado incluirá la advertencia de salida obligatoria del territorio español, en virtud de lo dispuesto en el artículo 122 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, con independencia de que el interesado pueda interponer el recurso correspondiente.

Comunicaciones entre Órganos.

Las autoridades competentes, para resolver las solicitudes de exención de visado, enviarán, a la mayor brevedad a los órganos policiales de su provincia, relación de las resoluciones sobre solicitudes de exención de visado, tanto si han sido concedidas o denegadas, a efectos de su anotación en el Registro Central de Extranjeros.

Las autoridades competentes para conceder exención de visado facilitarán trimestralmente a la Dirección General de Procesos Electorales, Extranjería y Asilo información

- 111 -

estadística sobre el número de peticiones concedidas y denegadas. Los datos indicarán la nacionalidad de los extranjeros, así como el tipo de residencia (lucrativa o no lucrativa) que haya servido de base para la exención.

La Dirección General de Procesos Electorales, Extranjería y Asilo informará de los datos anteriores a la Dirección General de Asuntos Consulares, la Dirección General de Migraciones y la Dirección General de la Policía (Comisaría General de Extranjería y Documentación).

4.4.3.- Clases de visados.

Nuestra legislación hace una primera clasificación de visados en función del tiempo de permanencia del extranjero en territorio español, para luego hacer una segunda clasificación en cada uno de esos grupos en función de la finalidad que persiga esa permanencia.

En esa primera clasificación, nos encontramos:

- Visados de tránsito,
- Visados de estancia,
- Visados de residencia.

Vamos seguidamente a efectuar una subclasificación de cada uno de esos grupos.

Los visados de tránsito permiten transitar una, dos, o excepcionalmente varias veces.

Pueden ser:

- Visado de tránsito portuario o aeroportuario,
- Visado de tránsito territorial.

Los visados de estancia podrán ser concedidos a los extranjeros que deseen permanecer en España hasta tres meses por semestre.

Pueden ser:

- Visado de viaje o para estancia de corta duración. Este, a su vez, podrá ser limitado u ordinario.
- Visado de circulación múltiple.

Los visados de residencia podrán ser concedidos a los extranjeros que deseen trasladar su residencia a España.

Pueden ser:

- Visados de residencia para reagrupación familiar,
- Visados de residencia para trabajo,
- Visados de residencia para ejercer una actividad exceptuada de la obligación de obtener un permiso de trabajo.
- Visado de residencia para asilo,
- Visado de residencia no lucrativa.

La obtención de un visado para residencia se entiende sin perjuicio de la competencia de las autoridades dependientes del Ministerio de Justicia e Interior para autorizar la entrada y otorgar, cuando proceda, el correspondiente permiso de residencia.

Además, tendríamos los visados de cortesía y los visados de estudios, que si bien el Reglamento de Extranjería, les da la misma ubicación que los visados de estancia, parece no querer considerarlos como tales, o bien, querer considerarlos como dos visados especiales dentro de los visados de estancia. Ello puede deberse a la imposibilidad de determinar, con carácter general, el tiempo que los extranjeros que van a solicitar este tipo de visado van a permanecer en territorio español.

Habiéndose enumerado los distintos tipos de visado, procede a continuación señalar cual es la finalidad de cada uno de ellos.

A.- Visados de tránsito.

1.- Visado de tránsito portuario o aeroportuario: habilita al extranjero específicamente sometido a esta exigencia, a transitar por la zona internacional de tránsito de un puerto marítimo o de un aeropuerto españoles, sin acceder al territorio nacional, durante escalas o enlaces de la navegación o el vuelo.

2.- Visado de tránsito territorial: habilita al extranjero para atravesar el territorio español en viaje, de duración no superior a cinco días, desde un Estado tercero a otro que admita a dicho extranjero.

Este tipo de visados podrán ser concedidos como colectivos en favor de un grupo de extranjeros, no inferior a cinco ni superior a cincuenta, participantes en un viaje organizado, siempre que la entrada y salida la realicen dentro del grupo.

B.- Visados de estancia.

1.- Visado de viaje o para estancia de corta duración: habilita a un extranjero para solicitar su entrada para una estancia ininterrumpida o estancias sucesivas por un período o suma de períodos cuya duración total no exceda de tres meses por semestre a partir de la fecha de la primera entrada.

El agotamiento de la duración de estancia concedida o del número de entradas autorizado supondrá la caducidad del visado.

Por razón de su duración, este visado podrá ser limitado, si aquélla no excede de un mes con una o dos entradas, u ordinario, si habilita la estancia hasta un máximo de tres meses con una, dos, o varias entradas.

Los visados limitados para estancia de corta duración podrán ser concedidos como colectivos, en favor de un grupo de extranjeros, no inferior a cinco ni superior a cincuenta, participantes de un viaje organizado, siempre que la entrada, estancia y salida se realice dentro del grupo.

2.- Visado de circulación múltiple: habilita al extranjero que por razones profesionales debe desplazarse frecuentemente a España a solicitar su entrada para múltiples estancias, cuya suma no podrá exceder de tres meses por semestre. La validez de este visado puede ser de un año y excepcionalmente de varios años.

C.- Visados de residencia.

1.- Los visados de residencia para reagrupación familiar tienen como finalidad ser concedidos a aquellos extranjeros que, encontrándose cumpliendo los requisitos para solicitar un permiso de reagrupación familiar, quieran solicitarlo.

2.- Los visados de residencia para trabajo podrán ser concedidos a los extranjeros que deseen ejercer una actividad laboral o profesional, por cuenta ajena o propia.

3.- Los visados de residencia para ejercer una actividad exceptuada de la obligación de obtener un permiso de trabajo podrán ser concedidos a los extranjeros que se encuentren en alguno de los supuestos del artículo 16 de la Ley Orgánica 7/1985³⁵.

4.- Los visados de residencia para asilo podrán ser concedidos a los extranjeros que hayan tramitado y obtenido el reconocimiento de la condición de refugiado a partir de una solicitud presentada en una Misión Diplomática u Oficina Consular española, de acuerdo con la legislación española de asilo. También podrá ser concedido este visado al extranjero que tenga la condición de refugiado en otro país y España acepte la transferencia de responsabilidad y la residencia en territorio español. Igualmente, podrá ser concedido este visado a los extranjeros que hayan solicitado asilo en una Misión Diplomática u Oficina Consular española y la situación de riesgo haga aconsejable su traslado urgente a España.

5.- Los visados de residencia no lucrativa podrán ser concedidos a los extranjeros jubilados, que sean pensionistas o rentistas, o a los extranjeros en edad laboral, que no vayan a

³⁵ El art. 16 de la LODLE señala que quedan exceptuados de la obligación de proveerse del permiso de trabajo para el ejercicio de las actividades que motivan la excepción:

a) Los técnicos y científicos extranjeros invitados o contratados por el Estado.

b) Los profesores extranjeros invitados o contratados por una universidad española.

c) El personal directivo y el profesorado extranjero de instituciones culturales y docentes dependientes de otros Estados, o privadas, de acreditado prestigio, oficialmente reconocidas por España, que desarrollen en nuestro país programas culturales y docentes de sus países respectivos, en tanto limiten su actividad a la ejecución de tales programas.

d) Los funcionarios civiles o militares de las Administraciones estatales extranjeras, no contemplados en el artículo segundo, que vengán a España para desarrollar actividades, en virtud de acuerdos de cooperación con la Administración española.

e) Los corresponsales de medios de comunicación social extranjeros, debidamente acreditados para el ejercicio de actividad informativa.

f) Los miembros de misiones científicas internacionales que realicen trabajos e investigaciones en España, autorizados por el Estado.

g) Los ministros, religiosos o representantes de las diferentes Iglesias y Confesiones, debidamente inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, en tanto limiten su actividad a funciones estrictamente religiosas.

h) Los artistas que vengán a España a realizar actuaciones concretas que no supongan una actividad continuada.

i) Las personas originarias de la ciudad de Gibraltar que pretendan realizar una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia.

realizar en España una actividad sujeta a permiso de trabajo o exceptuada de la obligación de obtener dicho permiso.

D.- Visados de Cortesía y de Estudios.

Los visados de cortesía podrán ser concedidos a las personas señaladas en el artículo 2 de la Ley Orgánica 7/1985³⁶, sobre pasaporte diplomático, oficial o de servicio. Estos visados podrán ser prorrogados por el Ministerio de Asuntos Exteriores.

Los visados de estudios podrán ser concedidos a los extranjeros que deseen venir a España para realizar actividades de estudio, formación o investigación.

4.4.4.- Solicitud de los visados de tránsito y estancia y documentación exigida.

El solicitante de visado de tránsito o estancia deberá presentar su solicitud en modelo oficial, debidamente cumplimentado y firmado. Acompañará una fotografía tamaño carné, o tres si la competencia de resolución no está transferida a la Misión Diplomática u Oficina Consular de tramitación. Presentará el pasaporte o documento de viaje del que sea titular.

La solicitud de visado deberá ser presentada por el solicitante personalmente o a través de representante

³⁶ Las personas a las que se refiere el artículo 2 de la LODLE son aquellas que están excluidas del ámbito de aplicación de la misma, siendo los siguientes:

a) Los Agentes Diplomáticos y los Funcionarios Consulares acreditados en España, así como los demás miembros de las misiones diplomáticas permanentes o especiales y de las oficinas consulares y sus familiares que, en virtud de las normas del Derecho Internacional, estén exentos de las obligaciones relativas a su inscripción como extranjeros y a la obtención del permiso de residencia.

b) Los Representantes y Delegados, así como los demás miembros y sus familiares, de las Misiones permanentes o de las Delegaciones ante los Organismos Internacionales Intergubernamentales con sede en España o en Conferencias Internacionales que se celebren en España.

c) Los funcionarios destinados en Organizaciones Internacionales Intergubernamentales con sede en España, así como sus familiares, a quienes los Tratados en los que sea parte España eximan de las obligaciones mencionadas en el párrafo a) de este artículo.

debidamente acreditado, ante la Misión Diplomática u Oficina Consular española en cuya demarcación resida el extranjero. Excepcionalmente, y mediando causa que lo justifique, podrá presentarse personalmente esta solicitud ante cualquier Misión Diplomática u Oficina Consular distinta de la de su lugar de residencia.

Hay que presentar junto con la solicitud, documentación que acredite:

- El objeto del viaje y las condiciones del tránsito o la estancia previstos.

- La disposición de medios de subsistencia suficientes para el período que se solicita. El nivel de dichos medios habrá de ser proporcional a la duración y objeto del viaje; para ello, se tomará como referencia la cuantía fijada a los efectos de entrada en el territorio.

- La disposición de alojamiento en España durante el tránsito o la estancia.

- Las garantías de retorno al país de procedencia y, en su caso, de admisión en el país de destino una vez efectuado el tránsito por España o por el territorio de los Estados para los que sea válido el visado.

La Oficina Consular o la Misión Diplomática podrá requerir al solicitante documentación que acredite:

- La residencia en el lugar de solicitud, así como los vínculos o arraigo en el país de residencia.

- La situación de solvencia social y profesional del solicitante.

- La autorización paterna para viajar, si el solicitante es menor de edad.

La Misión Diplomática u Oficina Consular podrá requerir la presencia del solicitante y, cuando se estime necesario, mantener una entrevista personal, con el fin de comprobar la identidad del solicitante, la validez de su documentación personal o de la documentación aportada, la regularidad de la estancia o residencia en el país de solicitud, el motivo, itinerario, duración del viaje y las garantías de retorno al país de residencia.

En el supuesto de visados de tránsito o estancia en los que sea de aplicación un Acuerdo de régimen común de visados entre España y otros países, la solicitud se presentará ante la Misión Diplomática u Oficina Consular competente, según las normas establecidas en dicho Acuerdo. En los términos de este Acuerdo, las Misiones Diplomáticas u Oficinas Consulares españolas podrán expedir visados de tránsito o estancia en representación de otro país, al igual que las Misiones Diplomáticas u Oficinas Consulares de otro Estado parte podrán expedir visados de tránsito o estancia válidos para el territorio español y en representación de España.

4.4.5.- Solicitud del visado de residencia y documentación exigida.

El solicitante de visado de residencia deberá presentar su solicitud en modelo oficial, debidamente cumplimentado y firmado. Acompañará tres fotografías tamaño carné. Presentará el pasaporte o documento de viaje del que sea titular.

La solicitud de visado deberá ser presentada por el solicitante, personalmente o a través de representante ante la Misión Diplomática u Oficina Consular en cuya demarcación resida el extranjero.

Para los visados de residencia no cabe la posibilidad de un régimen común de visados, de tal manera que, en principio, no cabe la posibilidad de presentar la solicitud en otra Misión Diplomática u Oficina Consular que no sea la de España, ni que sea otra misión u oficina la que pueda extender el pertinente visado de residencia.

Hay una serie de documentación que es exigible para cualquier tipo de solicitud de visado de residencia, y otra que solamente es exigible para un tipo de residencia en concreto, dadas las circunstancias específicas de la misma.

4.4.6.- Documentación genérica requerida para los visados de residencia.

Los solicitantes de visado de residencia deberán aportar:

- Pasaporte ordinario o título de viaje, reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de cuatro meses.

- Si el solicitante tiene mayoría de edad penal, certificado de antecedentes penales expedido, en su caso, por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años.

- Certificado sanitario en los términos que expondremos más adelante.

La Misión Diplomática u Oficina Consular podrá requerir la presencia personal del solicitante y, cuando se estime necesario, mantener una entrevista personal, con el fin de comprobar: la identidad del solicitante, la validez de la documentación personal o de la documentación aportada, la regularidad de la residencia en el país de la solicitud, las circunstancias económicas, académicas o profesionales del solicitante, la eventual aportación del solicitante a los intereses españoles, las posibilidades del solicitante de adaptación a la sociedad española.

4.4.7.- Documentación específica.

1. Cuando se solicite visado de residencia para reagrupación familiar. Dentro de este tipo de visados la documentación va dirigida, por un lado, a acreditar circunstancias del reagrupante, y, por otro, del reagrupado.

Así, el reagrupante residente en España deberá pedir, con anterioridad a la presentación de la solicitud, informe de la autoridad gubernativa de la provincia donde resida, acreditativo de que dispone de medios de vida, garantías de asistencia sanitaria y vivienda suficientes para él y sus familiares.

El familiar, que cumpla con los requisitos exigidos para solicitar un permiso por reagrupación familiar, deberá presentar, junto con la solicitud de visado, copia de la petición del informe, la documentación que acredite el parentesco, y, en su caso, la dependencia legal y económica.

El Gobierno, a propuesta de la Comisión Interministerial de Extranjería, podrá determinar los supuestos en que no se exija la acreditación de todos o alguno de los requisitos a los que debe referirse el informe de la autoridad gubernativa, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior.

2. Cuando se solicite un visado de residencia para ejercer una actividad lucrativa por cuenta propia en España, el extranjero deberá presentar el proyecto de la explotación o actividad económica que desea realizar con una evaluación de la inversión, rentabilidad y creación de puestos de trabajo. Si la actividad económica requiere una titulación especial, el extranjero deberá acreditar estar en posesión del título español correspondiente o haber obtenido la homologación, convalidación o reconocimiento de su título extranjero por el Ministerio de Educación y Ciencia.

3. Cuando se solicite visado de residencia con objeto de ejercer una actividad lucrativa por cuenta ajena, el extranjero deberá presentar copia de la oferta de trabajo, cumplimentada en el modelo oficial que establezca la Dirección General de Migraciones, registrada por la autoridad competente que ha de informar dicha solicitud de visado.

4. Cuando se solicite visado de residencia para ejercer una actividad incluida entre las exceptuadas de la obligación de obtener permiso de trabajo, el extranjero deberá presentar la documentación que acredite que se encuentra en uno de esos supuestos³⁷.

5. Cuando se solicite visado de residencia sin finalidad lucrativa, el extranjero deberá aportar documentación que acredite que dispone de medios de vida, o va a percibir ingresos periódicos, suficientes y adecuados para él y los familiares a su cargo. Los medios de vida o ingresos periódicos deberán cubrir con suficiencia el alojamiento, manutención y la asistencia sanitaria tanto del solicitante como de los familiares a su cargo.

4.4.8.- Tramitación de los expedientes de visados de tránsito y de estancia.

³⁷ Son los del art. 16 de la LODLE.

Presentada en forma la solicitud de visado, la Misión Diplomática u Oficina Consular instruirá el correspondiente expediente. Esta misión u oficina podrá requerir, además de la documentación que sea preceptiva, cuantos informes juzgue oportunos para resolver dicha solicitud³⁸.

También se tendrá en cuenta la información que faciliten otras Misiones Diplomáticas u Oficinas Consulares, en el marco de una cooperación consular local. Igualmente, se tendrá en cuenta el informe de las autoridades centrales de otros países, si así se ha establecido en el marco de un régimen común de visados.

Al expediente se incorporarán, además, las alegaciones que presenten las personas naturales o jurídicas españolas o extranjeras, con interés en la concesión o denegación del visado.

El expediente instruido se elevará al Ministerio de Asuntos Exteriores, en el que necesariamente se incluirá la solicitud y la documentación que sea necesaria, así como informe de la oficina o de la misión, con el fin de solicitar autorización para la concesión del visado. Recibida la autorización, la Misión Diplomática u Oficina Consular resolverá y expedirá, en su caso, el visado³⁹.

4.4.9.- Tramitación de los expedientes de visado de residencia.

Presentada en forma la solicitud de visado, la Misión Diplomática u Oficina Consular instruirá el correspondiente expediente. Ésta podrá requerir, además de la documentación que sea preceptiva, cuantos informes juzgue oportunos para resolver dicha solicitud.

Seguidamente se elevará al Ministerio de Asuntos Exteriores la solicitud de visado, acompañada de un informe y de la documentación necesaria, con el fin de solicitar autorización para expedir el visado.

³⁸ Señala el art. 29.2 del RDLE que "Estos documentos e informes estarán en relación con las condiciones del país de origen y con las circunstancias personales del solicitante y sus referencias en España".

³⁹ Señala el art. 29.5 del RDLE que "el Ministerio de Asuntos Exteriores podrá dar una autorización general para que las Misiones Diplomáticas u Oficinas Consulares resuelvan las solicitudes de una clase de visados de tránsito o estancia sin solicitar autorización previa".

Una vez recibido por el Ministerio de Asuntos Exteriores, éste practicará una serie de actuaciones que variarán según el tipo de visado solicitado.

Cuando se solicite un visado de residencia para reagrupación familiar, el Ministerio de Asuntos Exteriores, comunicará a la autoridad gubernativa que ha sido presentada en forma la solicitud de visado y requerirá a dicha autoridad que le remita el correspondiente informe⁴⁰.

Cuando se solicite un visado de residencia para ejercer una actividad lucrativa por cuenta propia y por cuenta ajena, el Ministerio de Asuntos Exteriores requerirá el correspondiente informe de la autoridad laboral, a la que remitirá copia de la documentación aportada por el solicitante.

Cuando se solicite un visado de residencia para ejercer una actividad incluida en los supuestos exceptuados de la obligación de obtener permiso de trabajo, el Ministerio de Asuntos Exteriores requerirá el correspondiente informe de la autoridad laboral.

Cuando se solicite un visado de residencia para actividad no lucrativa, el Ministerio de Asuntos Exteriores podrá requerir el correspondiente informe de la autoridad gubernativa, en los casos y en el modo que se establezca en las normas de desarrollo.

Recibida la autorización⁴¹ del Ministerio de Asuntos Exteriores, la Misión Diplomática u Oficina Consular resolverá y expedirá, en su caso, el visado.

4.4.10.- Resolución de los expedientes de visado.

Para la concesión del visado se atenderá al interés del Estado español y de sus nacionales, y a la aplicación de los

⁴⁰ Informe acreditativo de que el agrupante dispone de medios de vida, garantías de asistencia sanitaria y vivienda suficientes para él y sus familiares.

⁴¹ El art. 29 ap.5 del RDLE señala la posibilidad de que el Ministerio de Asuntos Exteriores pueda dar una autorización general para que las Misiones Diplomáticas u Oficinas Consulares resuelvan las solicitudes de una clase de visados de residencia sin solicitar autorización previa.

compromisos internacionales asumidos por España en el marco de acuerdos de régimen común de visados.

No se concederá visado al extranjero cuya venida a España suponga peligro para el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las relaciones internacionales de España.

La Misión Diplomática u Oficina Consular comprobará que el solicitante no tiene prohibida la entrada en España.

Seguidamente valorará la documentación e informes incorporados al expediente y resolverá la solicitud de visado.

La resolución se notificará al solicitante de forma que garantice la información sobre el contenido de la resolución, y sobre el recurso que quepa interponer contra la misma.

La notificación de la resolución de denegación de visado se hará de forma que no pueda afectar al interés del Estado o de sus nacionales ni a los compromisos internacionales asumidos por España.

4.4.11.- Expedición del visado.

En el plazo de dos meses desde la notificación de la concesión, el extranjero deberá recoger su visado. En el caso de visados de residencia, el extranjero deberá recoger personalmente su visado, previa comprobación de su identidad. La Misión Diplomática u Oficina Consular señalará al extranjero las formalidades que deberá realizar, en su caso, una vez en territorio español.

La diligencia de visado⁴² deberá extenderse en el pasaporte o documento de viaje de que sea titular el extranjero que

⁴² El Manual de Procedimiento para la tramitación y decisión sobre las solicitudes de visado, elaborado por el Ministerio de Asuntos Exteriores, establece que adoptada la decisión de expedir el visado solicitado o recibida la autorización o la comunicación para hacerlo, se procederá a cumplimentar la correspondiente etiqueta autoadhesiva. Asimismo, la etiqueta se adherirá sobre una página del pasaporte o título de viaje que no contenga ni sellos ni escritos. En ningún caso se expedirá el visado sobre una hoja ya utilizada, tapando información que pueda ser de interés. El pasaporte que no tenga una hoja libre deberá ser rechazado.

solicita el visado⁴³. En los supuestos de entrada con otros documentos de identidad y en los demás que se determinen por el Ministerio de Asuntos Exteriores deberá expedirse en documento aparte⁴⁴.

La vigencia del visado será inferior a la del pasaporte, título o documento de viaje sobre el que se expida.

4.4.12.- Contenido del visado.

En la etiqueta de visado se incluirán las siguientes menciones:

- El Estado o Estados por los que podrá desplazarse el titular del visado, dentro del plazo de vigencia.

- Las fechas del primer día de entrada y del último día de posible estancia.

- El número de entradas o de períodos de estancia en los que se podrá dividir la duración total autorizada.

- La duración de la estancia, hasta un máximo de tres meses en un período de seis, o hasta un máximo de cinco días en el caso de visado de tránsito.

- El lugar y la fecha de expedición.

⁴³El visado ha cambiado de características formales. Ya no es la diligencia que con sello de caucho se estampaba en el pasaporte o documento similar. Por razones de seguridad y control se ha adoptado el sistema de etiquetas autoadhesivas de modelos homologados. Son de cuatro tipos: Serie R, de fondo rojo, para tránsitos o viajes de corta duración. Serie Y, de fondo amarillo, para aquellos cuya personalidad es conocida y mantengan una relación estable con nuestro país. Serie V, de fondo verde, para quienes se trasladan a España con el fin de establecer su residencia definitiva. Serie Z, de fondo azul, para personal diplomático y consular. El contenido, aparte de los dígitos y claves, lo compone la clase, período de estancia, número de entradas y salidas, expedición (Embajada o Consulado), número de pasaporte sobre el que se expide, fecha de la expedición, período de vigencia y espacio para observaciones, si las hubiera. (Estrada Carrillo, *op.cit.*, pág. 137).

⁴⁴ El Manual de procedimiento para la tramitación y decisión sobre las solicitudes de visado establece que en el caso de expedición sobre documento aparte, se extenderá un escrito en papel timbrado con los datos de identidad del interesado, la firma y una fotografía. Al pie se adhiere la etiqueta.

- El número de pasaporte y la eventual mención de los familiares acompañantes de los incluidos en el pasaporte.

- El tipo genérico de visado.

Podrán incluirse en la etiqueta de visado las siguientes menciones:

a) En la zona de observaciones: la firma del funcionario habilitado para la expedición, la cantidad abonada en concepto de tasas, el código estadístico del tipo y motivo del visado, la eventual limitación geográfica del visado y otras modalidades de expedición que faciliten la aplicación administrativa del visado.

b) En la zona de lectura óptica: el tipo de documento, el país emisor, los apellidos y nombre del titular, el número de la etiqueta, la nacionalidad del titular, la fecha de su nacimiento, el sexo del titular, la fecha de caducidad del visado, la validez territorial, el número de entradas, la duración de la estancia y el inicio de la validez del visado.

4.4.13.- Los visados en el Acuerdo de Schengen de 4 de junio de 1985.

Antes de proceder al análisis de los distintos tipos de visados de que establece el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen se hace necesario el estudio previo del cruce de fronteras, tanto a nivel interno como externo.

Las fronteras interiores podrán cruzarse en cualquier lugar sin que se realice control alguno de las personas. No obstante, cuando así lo exijan el orden público o la seguridad nacional, una Parte contratante podrá decidir, previa consulta a las demás Partes contratantes, que se efectúen en las fronteras interiores y durante un período limitado controles fronterizos nacionales adaptados a la situación. Si el orden público o la seguridad nacional exigieran una acción inmediata, la Parte contratante de que se trate adoptará las medidas necesarias e informará de ello lo antes posible a las demás Partes contratantes.

La supresión del control de personas en las fronteras interiores no afectará a la declaración de entrada que tiene

que efectuar el extranjero, ni al ejercicio de las competencias de policía por las autoridades competentes en virtud de la legislación de cada Parte contratante sobre el conjunto de su territorio, ni a las obligaciones de poseer, llevar consigo y presentar títulos y documentos contemplados en su legislación.

En cuanto a las fronteras exteriores, éstas, en principio, sólo podrán cruzarse por los pasos fronterizos y durante las horas de apertura establecidas. El Comité ejecutivo adoptará disposiciones más detalladas, así como las excepciones y modalidades del tráfico fronterizo menor y las normas aplicables a categorías especiales de tráfico marítimo, como la navegación de placer o la pesca costera.

Las Partes contratantes se comprometen a fijar sanciones que penalicen el cruce no autorizado de las fronteras exteriores fuera de los pasos fronterizos y de las horas de apertura establecidas.

Las Partes contratantes garantizan, desde 1993, el hecho de que los pasajeros de un vuelo procedente de terceros Estados que embarquen en vuelos interiores serán sometidos previamente, a la entrada, a un control de personas y a un control de los equipajes de mano en el aeropuerto de llegada del vuelo exterior. Los pasajeros de un vuelo interior que embarquen en un vuelo con destino a terceros Estados serán sometidos previamente, a la salida, a un control de personas y a un control de los equipajes de mano en el aeropuerto de salida del vuelo exterior. Todo ello, sin perjuicio de que se proceda al control de los equipajes facturados. Dicho control se realizará en el aeropuerto de destino final o en el aeropuerto de salida inicial, respectivamente.

Para una estancia que no exceda de tres meses se podrá autorizar la entrada en el territorio de las Partes contratantes a los extranjeros que cumplan las siguientes condiciones:

a) Poseer un documento o documentos válidos que permitan el cruce de la frontera, determinados por el Comité Ejecutivo.

b) Estar en posesión de un visado válido cuando éste sea exigido.

c) En su caso, presentar los documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios adecuados de subsistencia, tanto para el período de

- 126 -

estancia previsto como para el regreso al país de procedencia o el tránsito hacia un tercer Estado en el que su admisión esté garantizada, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.

d) No estar incluido en la lista de no admisibles.

e) No suponer un peligro para el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de una de las Partes contratantes.

Se negará la entrada en el territorio de las Partes contratantes al extranjero que no cumpla todas estas condiciones, excepto si una Parte contratante considera necesario establecer una excepción a este principio por motivos humanitarios o de interés nacional o por obligaciones internacionales. En tal caso, la admisión quedará limitada al territorio de la Parte contratante de que se trate, la cual deberá advertir de ello a las demás Partes contratantes.

Se admitirá en tránsito al extranjero titular de una autorización de residencia o de un visado de regreso expedidos por una de las Partes contratantes o, en caso necesario, de ambos documentos, a no ser que figure en la lista nacional de no admisibles de la Parte contratante en cuyas fronteras exteriores se presente.

La circulación transfronteriza en las fronteras exteriores estará sujeta al control de las autoridades competentes. El control se efectuará con arreglo a principios uniformes para los territorios de las Partes contratantes, en el marco de las competencias nacionales y de la legislación nacional, teniendo en cuenta los intereses de todas las Partes contratantes.

Los principios uniformes serán los siguientes:

a) El control de las personas incluirá no sólo la comprobación de los documentos de viaje y de las restantes condiciones de entrada, de residencia, de trabajo y de salida, sino también la investigación y la prevención de peligros para la seguridad nacional y el orden público de las Partes contratantes. Dicho control se referirá asimismo a los vehículos y los objetos que se hallen en poder las personas que crucen las fronteras, y cada Parte contratante lo efectuará de conformidad con su legislación, en particular en lo que se refiere al registro de los mismos.

b) Todas las personas deberán ser objeto de al menos un control que permita determinar su identidad tras haber exhibido o presentado documentos de viaje.

c) A la entrada deberá someterse a los extranjeros a un control minucioso, con arreglo a lo dispuesto en la letra a).

d) A la salida se procederá al control que exija el interés de todas las Partes contratantes en virtud del derecho de extranjería y en la medida en que sea necesario para investigar y prevenir peligros para la seguridad nacional y el orden público de las Partes contratantes. Dicho control se efectuará sobre los extranjeros en todos los casos.

e) Si no pudieran efectuarse dichos controles por circunstancias especiales se establecerán prioridades. A este respecto, el control de la circulación a la entrada tendrá prioridad, en principio, sobre el control a la salida.

Las autoridades competentes vigilarán con unidades móviles los espacios de las fronteras exteriores situados entre los pasos fronterizos, así como los pasos fronterizos fuera de las horas normales de apertura. Dicho control se efectuará de tal manera que no se incite a las personas a evitar el control en los pasos fronterizos. El Comité Ejecutivo fijará, en su caso, las modalidades de la vigilancia.

Las Partes contratantes se comprometen a disponer de personal adecuado y en número suficiente para ejercer el control y la vigilancia de las fronteras exteriores.

En las fronteras exteriores se ejercerá un nivel equivalente de control.

Las Partes contratantes se prestarán asistencia y garantizarán una cooperación estrecha y permanente para efectuar de forma eficaz los controles y la vigilancia. En particular, procederán a un intercambio de todas las informaciones pertinentes e importantes, con la excepción de los datos nominativos de carácter individual, a no ser que el presente Convenio disponga lo contrario; también procederán a la armonización, en la medida de lo posible, de las instrucciones dadas a los servicios responsables de los controles y fomentarán una formación y una actualización de conocimientos uniformes para el personal destinado a los controles. Dicha cooperación podrá adoptar la forma de un intercambio de funcionarios de enlace.

El Comité Ejecutivo adoptará las decisiones necesarias sobre las modalidades prácticas de aplicación del control y de la vigilancia de las fronteras.

Seguidamente vamos a proceder a enumerar los distintos tipos de visados:

1.- VISADOS PARA ESTANCIAS DE CORTA DURACION

Las Partes contratantes se comprometen a adoptar una política común en lo relativo a la circulación de personas y, en particular, al régimen de visados. A tal efecto, se prestarán asistencia mutua y se comprometerán a proseguir de común acuerdo la armonización de su política en materia de visados.

Por lo que respecta a terceros Estados cuyos nacionales estén sujetos a un régimen de visados común a todas las Partes contratantes en el momento de la firma del presente Convenio o después de la misma, dicho régimen de visados sólo podrá modificarse de común acuerdo entre todas las Partes contratantes. Una Parte contratante podrá hacer excepciones al régimen común de visados respecto de un tercer país, por motivos imperiosos de política nacional que exijan una decisión urgente. Deberá consultar previamente a las demás Partes contratantes y tener en cuenta los intereses de éstas al adoptar su decisión, así como las consecuencias de la misma.

Se creará un visado uniforme válido para el territorio de todas las Partes contratantes. Dicho podrá ser expedido para una estancia de tres meses como máximo.

Hasta que se instaure dicho visado, las Partes contratantes reconocerán sus visados nacionales respectivos, siempre que su expedición se efectúe basándose en los requisitos y criterios comunes que se determinen.

Como excepción, cada Parte contratante se reservará el derecho de restringir la validez territorial del visado según las modalidades comunes que se determinen en el marco de las disposiciones pertinentes del presente capítulo.

Este visado podrá ser:

a) Un *visado de viaje válido para una o varias entradas*, sin que la duración de una estancia ininterrumpida o la

- 129 -

duración total de estancias sucesivas puedan ser superiores a tres meses por semestre, a partir de la fecha de la primera entrada.

b) Un *visado de tránsito* que permita a su titular transitar una, dos o excepcionalmente varias veces por los territorios de las Partes contratantes para dirigirse al territorio de un tercer Estado, sin que la duración del tránsito pueda ser superior a cinco días.

Lo anterior no será obstáculo para que, durante el semestre de que se trate, una Parte contratante expida en caso de necesidad un nuevo visado cuya validez se limite a su territorio.

La Parte contratante competente para expedir dicho visado será, en principio, la del destino principal y, si éste no puede determinarse, la expedición del visado incumbirá en principio al puesto diplomático o consular de la Parte contratante de primera entrada.

El Comité Ejecutivo precisará las normas de desarrollo y, en particular, los criterios de determinación del destino principal.

No podrá estamparse ningún visado en un documento de viaje si éste está caducado.

El período de validez del documento de viaje deberá ser superior al del visado, habida cuenta del plazo de utilización de éste. Deberá permitir el regreso del extranjero a su país de origen o su entrada en un tercer país.

No podrá estamparse ningún visado en un documento de viaje si éste no es válido para ninguna de las Partes contratantes. Si el documento de viaje sólo es válido para una o varias Partes contratantes, el visado se limitará a esta o estas Partes contratantes.

Si el documento de viaje no estuviera reconocido como válido por una o varias Partes contratantes, podrá expedirse el visado en forma de autorización que haga las veces de visado.

El Comité Ejecutivo adoptará normas comunes para el examen de las solicitudes de visado, velará por su aplicación correcta y las adaptará a las nuevas situaciones y circunstancias.

Además, el Comité Ejecutivo precisará los casos en que la expedición de visado esté supeditada a la consulta de la autoridad central de la Parte contratante que reciba la solicitud, así como, en su caso, de las autoridades centrales de las demás Partes contratantes.

El Comité Ejecutivo adoptará asimismo las decisiones necesarias en relación con los siguientes puntos:

a) Los documentos de viaje en los que podrá estamparse visado.

b) Las autoridades encargadas de la expedición de visados.

c) Los requisitos de expedición de visados en las fronteras.

d) La forma, el contenido, el plazo de validez de los visados y los derechos que se percibirán por su expedición.

e) Las condiciones para la prórroga y denegación de visados a que se refieren las letras c) y d), de conformidad con los intereses de todas las Partes contratantes.

f) Las modalidades de limitación de la validez territorial de los visados.

g) Los principios de elaboración de una lista común de extranjeros inscritos como no admisibles, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 96.

2.- VISADOS PARA ESTANCIAS DE LARGA DURACION.

Los visados para una estancia superior a tres meses serán visados nacionales expedidos por cada Parte contratante con arreglo a su propia legislación. Un visado de esta índole permitirá a su titular transitar por el territorio de las demás Partes contratantes para dirigirse al territorio de la Parte contratante que expidió el visado.

4.5.- ACREDITACION DE MEDIOS ECONOMICOS, DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA Y EXCEPCIONES: LA ORDEN DE 22 DE FEBRERO DE 1989.

Los funcionarios encargados de efectuar los controles de entrada de personas podrán exigir a aquellos extranjeros que acrediten la posesión de la documentación adecuada, justificación de los recursos económicos o medios de vida suficientes para su sostenimiento durante el período de permanencia en España y, en su caso, para el traslado a otro país o el retorno al país de procedencia⁴⁵.

La disponibilidad por los extranjeros de los recursos económicos deberá acreditarse mediante exhibición de los mismos, en el caso de que los posean en efectivo, o por la presentación de cheques certificados, cheques de viaje, cartas de pago, tarjetas de crédito o certificación bancaria, o mediante documentación de la que resulte que se encuentran en condiciones de obtener legalmente dichos medios.

Los funcionarios encargados del control de entrada podrán permitir la entrada, reduciendo el tiempo de estancia en proporción a la cuantía de los recursos de que se disponga, advirtiéndolo, en su caso, al interesado, mediante diligencia en el pasaporte o documento análogo, de la fecha límite para abandonar el territorio español.

El Ministerio del Interior teniendo en cuenta la evolución de los índices generales de precios, determinará la cuantía de estos recursos o medios de vida, que será revisada anualmente mediante Orden ministerial. Por orden del Ministerio del Interior de 22 de febrero de 1989 se establece el régimen jurídico para la determinación y acreditación de los recursos o medios de vida mencionados. Esta Orden, como señala Estrada

⁴⁵La cuantía de los recursos económicos que se consideran suficientes fueron desarrollados a través de la Orden del Ministerio del Interior de 22 de febrero de 1989 (B.O.E de 6 de marzo), que señala que los extranjeros que quieran entrar en territorio español «...deberán acreditar -al efectuar su entrada en España- que disponen de recursos económicos, en la cuantía que, con carácter de mínima, se indica a continuación: a) Para su sostenimiento, durante su estancia en España, la cantidad de 5.000 ptas -o su equivalente legal en moneda extranjera- multiplicada por el número de días que pretendan permanecer en España y por el número de personas de familia o allegados que viajen juntos; la cantidad a acreditar deberá alcanzar, en todo caso, un mínimo de 50.000 pesetas con independencia del tiempo de estancia previsto. b) Para regresar al país de procedencia o para trasladarse en territorio a terceros países, el billete o billetes nominativos, intransferibles y cerrados, en el medio de transporte que pretendan utilizar» (art.2 punto 1).

Carrilo⁴⁶ se asienta en los mismos principios que informan el Reglamento de Ejecución: discrecionalidad y excepción⁴⁷.

No podemos obviar en este apartado la Orden de 22 de febrero de 1989 del Ministerio del Interior que establece los medios económicos cuya posesión habrán de acreditar para poder efectuar su entrada en España. Dicha Orden será de aplicación⁴⁸ a los extranjeros que se encuentren incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España que efectúen entradas en territorio español. Sin embargo, no será aplicable a los ciudadanos de países miembros de las Comunidades Europeas que, por venir a España a realizar actividades económicas, asalariadas o no asalariadas, o a prestar o recibir servicios, se encuentren comprendidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 1099/1986, de 26 de mayo, sobre entrada, permanencia y trabajo en España de ciudadanos de Estados miembros de dichas Comunidades.

Dada la importancia y transcendencia que supone esta Orden, procedemos a su estudio.

Cuantía y acreditación de los recursos económicos.

Los extranjeros, al efectuar su entrada en España, deberán acreditar, si son requeridos para ello por los funcionarios encargados de efectuar el control de entrada de personas en territorio español, que disponen de recursos económicos, en la cuantía que, con el carácter de mínima, se indica a continuación:

⁴⁶ Op. cit. pag. 100 y 101.

⁴⁷ Sigue señalando Estrada Carrillo que: "Por el primero, se dota a los funcionarios encargados del control de un poder discrecional, de una facultad posibilista -"podrán"- que pone en sus manos con total confianza la decisión de acreditar o no los medios económicos. Los extranjeros no exceptuados, "deberán acreditar, si son requeridos para ello por los funcionarios encargados de efectuar el control de entrada de personas en el territorio español, que disponen de recursos económicos". Asimismo, el Ministerio del Interior dispone de pleno arbitrio para fijar los puestos, períodos, supuestos y modos para la prevención del orden público que infunde al precepto es justificado, no puede olvidarse que uno de los principios básicos de la legalidad es la generalidad en la aplicación y cualquier acto en contrario posibilita la discriminación y el injusto.

⁴⁸ La presente orden no es de aplicación al control de policía entre las ciudades de Gibraltar y la Línea de la Concepción (Cádiz), en cuyo control se aplicará la normativa específica dictada al efecto.

a) Para su sostenimiento, durante su estancia en España, la cantidad de cinco mil pesetas -o su equivalente legal en moneda extranjera- multiplicada por el número de días que pretendan permanecer en España y por el número de personas de la familia o allegados que viajen juntos; la cantidad a acreditar deberá alcanzar, en todo caso, un mínimo de 50.000 pesetas por persona, con independencia del tiempo de estancia previsto.

b) Para regresar al país de procedencia o para trasladarse en tránsito a terceros países, el billete o billetes nominativos, intransferibles y cerrados, en el medio de transporte que pretendan utilizar.

Los billetes, a requerimiento de los funcionarios encargados de efectuar los controles de entrada en territorio español, podrán quedar depositados en las dependencias policiales hasta el comienzo del viaje, contra entrega del correspondiente recibo.

La disponibilidad por los extranjeros de los medios económicos señalados deberá acreditarse mediante exhibición de los mismos, en el caso de que los posean en efectivo, o mediante la presentación de cheques certificados, cheques de viaje, cartas de pago, cartas de crédito o mediante certificación bancaria de tales extremos; admitiéndose, en su defecto, cualquier otro medio de acreditación que se considere suficiente por las autoridades policiales españolas de fronteras.

En el caso de que, al efectuar el control de entrada de personas en territorio español resultara evidente de cualquier manera que un extranjero carece de recursos económicos suficientes, para el tiempo que desea permanecer en España y para continuar su viaje al país de destino o para regresar al de procedencia, se le impedirá su entrada en territorio español. No obstante, podrá permitirse la entrada, reduciendo el tiempo de estancia en proporción a la cuantía de los recursos de que disponga, advirtiéndolo al interesado, mediante diligencia en el pasaporte o documento análogo, de la fecha límite para abandonar territorio español.

Excepciones.

No será necesaria la exigencia de acreditación de recursos económicos a los extranjeros comprendidos en el ámbito de

aplicación de la misma, que se encuentran incluidos en alguno de los apartados siguientes:

a) Que sean titulares de permiso de residencia en España, en cualquiera de los países miembros de las Comunidades Europeas o en el Principado de Andorra.

b) Que tengan pasaporte en vigor y visado especial para trabajar en España o en cualquiera de los países miembros de las Comunidades Europeas.

c) Que acrediten documentalmente la posesión de contratos, debidamente formalizados, para trabajar en España, en cualquiera de los países miembros de las Comunidades Europeas o en el Principado de Andorra.

d) Que sean ciudadanos del Principado de Andorra y presenten pasaporte en vigor.

e) Que sean propietarios en España de viviendas o bienes inmuebles de análogo valor, siempre que lo acrediten documentalmente.

f) Que sean jubilados o pensionistas y acrediten su derecho a alojarse en España, en hoteles o residencias, de propiedad o alquiler de Gobiernos u Organismos oficiales.

g) Que acrediten tener abonado de antemano el alojamiento en hoteles o establecimientos públicos similares por todo el tiempo que haya de durar la estancia.

h) Que visiten España integrados en viajes colectivos organizados o encuadrados en *Tour-operaciones+, cuya financiación de estancia y regreso se encuentre indubitadamente garantizada.

i) Que sean estudiantes y tengan becas concedidas por centros oficiales o privados, españoles o de otros países, circunstancia que, asimismo, habrán de acreditar documentalmente con el visado previo o con la tarjeta en vigor. El importe de las becas habrá de ser suficiente para sufragar el coste de los estudios, así como los gastos de estancia en España y de regreso a su país.

j) Que se trate de personal de las tripulaciones documentalmente acreditado por las autoridades competentes

españolas, de barcos, aviones o al servicio de otros medios de transporte, que realice breves estancias en territorio español, con ocasión de la utilización por dichos medios de puertos, aeropuertos, carreteras o ferrocarriles españoles.

Lugares y tiempos de acreditación de recursos.

La exigencia de acreditación de recursos económicos se hará en modo más sistemático y exhaustivo en las fronteras extracomunitarias, en las entradas de transportes terrestres, marítimos y aéreos procedentes o con escala en países no miembros de la Comunidad Económica Europea, especialmente sobre nacionales de países estadísticamente más sensibles a la emigración ilegal en España y más particularizadamente sobre nacionales de países con los que no exista acuerdo de supresión de visado.

En los restantes puertos, aeropuertos y fronteras, sóloamente se exigirá la acreditación de recursos económicos cuando lo consideren conveniente los funcionarios encargados de los controles de entrada, por las circunstancias que concurren sobre el tipo de ruta y procedencia, finalidad objetiva y aparente del viaje o duración de la estancia pretendida.

Controles específicos para españoles y comunitarios.

A efectos de facilitar la aplicación de las normas de la presente Orden, siempre que sea posible, se efectuarán de forma separada, en los puertos, aeropuertos y fronteras, los controles relativos a la entrada en España de españoles y de ciudadanos de países miembros de las Comunidades Europeas.

Entradas en tránsito.

Cuando se tratare de extranjeros cuya entrada en nuestro país tenga carácter de tránsito hacia terceros países, además de los medios económicos, el visado y los demás requisitos necesarios para la entrada en España, será exigida la acreditación de los medios económicos y de la concurrencia de los requisitos considerados obligatorios por el país de destino para la entrada en el mismo.

Atribución de facultades.

Se faculta al Director de la Seguridad del Estado, a efectos de dictar las instrucciones que sean necesarias para el desarrollo y ejecución de lo dispuesto en la presente Orden y,

- 136 -

en especial, para elaborar y actualizar la lista de países a cuyos ciudadanos no será necesario exigir sistemáticamente la acreditación de los recursos económicos, así como la determinación de los períodos en que deba exigirse en puertos, aeropuertos o fronteras, distintos de los señalados anteriormente para acreditación de los recursos.

Para la elaboración de dicha lista, se habrán de tener en cuenta las estadísticas de entrada de extranjeros en España, según países de origen, y especialmente de aquéllos de los que proceda en mayor medida la inmigración ilegal en territorio español, así como las variaciones de la situación internacional y las peculiaridades de las relaciones de España con los distintos países, debiendo contarse, en todo caso, con el informe de los órganos competentes del Ministerio de Asuntos Exteriores.

Unidad de criterio.

Bajo la dirección de la Secretaría de Estado para la Seguridad se encomienda la interpretación, con carácter general, de las normas contenidas en la Orden de 22 de febrero de 1989 y en las instrucciones que la desarrollen a la Dirección General de la Policía, Comisaría General de Documentación, con objeto de conseguir la unidad de criterio en la aplicación de las mismas, por parte de las distintas autoridades y servicios periféricos competentes del Ministerio del Interior y, en definitiva, la coordinación operativa en el control de entradas, tránsitos y salidas.

4.6.- MEDIDAS Y CONTROLES SANITARIOS. ENFERMEDADES DE DECLARACIÓN OBLIGATORIA.

Cuando así lo determine el Ministerio de Justicia e Interior, de acuerdo con el Ministerio de Sanidad y Consumo, todas aquellas personas que pretendan entrar en territorio español deberán presentar en los puestos fronterizos certificado sanitario expedido en el país de procedencia por los servicios médicos que designe la Misión Diplomática u Oficina Consular española, con el fin de acreditar que no padecen alguna de las siguientes alteraciones:

- Enfermedades cuarentenables contempladas en el Reglamento Sanitario Internacional adoptado en la 22.^a Asamblea

Mundial de Salud de 1969, tercera edición anotada, 1983, de la Organización Mundial de la Salud.

- Drogadicción, alteraciones psíquicas importantes, estados manifiestos de enfermedad psicopática con agitación, «delirium», alucinaciones o psicosis de confusión, cuando pongan en peligro el orden público o la seguridad pública en los términos previstos por la legislación vigente.

- Enfermedades infecciosas o parasitarias designadas por el Ministerio de Sanidad y Consumo.

Caso de no presentar ese certificado sanitario deberá someterse en el puesto fronterizo a reconocimiento médico por parte de los servicios sanitarios españoles competentes.

Como señala el Preámbulo del Real Decreto 2210/1995, de 28 de diciembre⁴⁹, el Tratado de la Unión Europea ha generado una dinámica orientada a la armonización de las legislaciones nacionales tendente a la creación, en el espacio europeo, de un marco legal que posibilite, entre otras, las actividades para preservar y promover la salud de la población, tal y como se contempla en el artículo 129 del citado Tratado, mediante actividades de coordinación e intercambio de información entre los países miembros, en lo que constituirá una red de vigilancia epidemiológica de ámbito europeo orientada, inicialmente, a las enfermedades transmisibles. La aprobación de la Resolución del Consejo y de los Ministros de Sanidad de los Estados miembros 92/C 326/01, de 13 de noviembre, y de la Directiva 92/117/CEE del Consejo de 17 de diciembre, marcan el inicio de este proceso.

⁴⁹ No debemos de olvidar que este Real Decreto tiene el carácter de norma básica, de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.1.16.^a de la Constitución, y se dicta conforme a las competencias atribuidas a la Administración General del Estado en el artículo 40.12 y 13 y en la disposición adicional segunda de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Para su elaboración se han tenido en cuenta también la Ley de Bases de Sanidad, de 25 de noviembre de 1944; la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas especiales en Materia de Salud Pública; los artículos 8 y 18 de la antes citada Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal; el Reglamento para la lucha contra las enfermedades infecciosas, desinfección y desinsectación de 26 de julio de 1945 y el Reglamento Sanitario Internacional. Finalmente, se ha sometido a informe de los sectores afectados y del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

Dicho proceso debe realizarse de acuerdo con la realidad nacional española enmarcada por una estructura descentralizada que, al situar el peso de la intervención sanitaria en las Comunidades Autónomas, demanda actividades de coordinación e intercambio de información epidemiológica, así como de su homologación, análisis y evaluación, como instrumento para el control de los procesos transmisibles y otros procesos agudos de interés sanitario supracomunitario, es decir, nacional e internacional.

Resulta, por ello, necesaria la modificación del actual sistema de notificación de enfermedades, transformándolo en la Red nacional de vigilancia epidemiológica⁵⁰ que mantenga

⁵⁰ El citado Real Decreto 2210/1995 constituye la Red nacional de vigilancia epidemiológica que permite la recogida y el análisis de la información epidemiológica con el fin de poder detectar problemas, valorar los cambios en el tiempo y en el espacio, contribuir a la aplicación de medidas de control individual y colectivo de los problemas que supongan un riesgo para la salud de incidencia e interés nacional o internacional y difundir la información a sus niveles operativos competentes.

La Red nacional de vigilancia epidemiológica se encuentra al servicio del Sistema Nacional de Salud.

Son funciones de la Red nacional de vigilancia epidemiológica las siguientes:

1.-Identificación de los problemas de salud de interés supracomunitario en términos de epidemia, endemia y riesgo.

2.-Participación en el control individual y colectivo de los problemas de salud de interés supracomunitario, garantizando, de forma precisa, el enlace entre vigilancia y toma de decisiones para prevención y control por parte de las autoridades sanitarias competentes.

3.-Realización del análisis epidemiológico, dirigido a identificar los cambios en las tendencias de los problemas mencionados en el apartado anterior, así como otras investigaciones epidemiológicas.

4.-Aporte de información operativa para la planificación.

5.-Difusión de la información a los niveles operativos competentes.

6.-Con carácter subsidiario, servir de base para la elaboración de estadísticas para fines estatales.

Son actividades propias de la vigilancia la recogida sistemática de la información epidemiológica, su análisis e interpretación y la difusión de sus resultados y recomendaciones.

La Red nacional de vigilancia epidemiológica estará constituida por:

aquellas características cuya bondad es reconocida, tales como la universalidad, la correspondencia entre los niveles de integración y análisis de información con los de intervención. A ello hemos de añadir la necesidad de incorporar las enfermedades emergentes, las nuevas enfermedades susceptibles de control y las nuevas tecnologías de telecomunicación, todo ello dirigido a la detección temprana de los problemas de salud de la población y a la intervención inmediata.

Estas características permitirían la adecuación, a las exigencias de la Unión Europea, del actual sistema de vigilancia epidemiológica al garantizar la coordinación y el intercambio de la información epidemiológica en forma de diagnóstico clínico y microbiológico; la detección de situaciones epidémicas, incluso en enfermedades de baja incidencia; el uso de la información para la acción; el establecimiento de redes de médicos y laboratorios centinelas a partir de la red asistencial del Sistema Nacional de Salud y la aplicación de nuevas tecnologías de telecomunicación.

Al objeto de que mediante la vigilancia epidemiológica las Administraciones sanitarias dispongan de la información necesaria para la toma de decisiones, los órganos competentes de las Comunidades Autónomas adoptarán las medidas que consideren oportunas a efectos de que las estructuras de la red se correspondan con cada uno de los niveles administrativos y asistenciales del Sistema Sanitario. La producción y uso de la información será específica para cada uno de estos niveles.

El Ministerio de Sanidad y Consumo:

1. El sistema básico de la vigilancia, integrado por la notificación obligatoria de enfermedades, la notificación de situaciones epidémicas y brotes y la información microbiológica.

2. Sistemas específicos de vigilancia epidemiológica basados en sistemas de registros de casos, encuestas de seroprevalencia, sistemas centinelas y otros, que se podrán aplicar a la vigilancia epidemiológica del SIDA (síndrome de inmunodeficiencia adquirida) de la infección por VIH (virus de inmunodeficiencia humana) y de las enfermedades inmunoprevenibles.

3. Aquellos otros sistemas de vigilancia que el Ministerio de Sanidad y Consumo y las Comunidades Autónomas, dentro de su ámbito competencial, de acuerdo con la normativa vigente y a través del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, crean necesario desarrollar en función de problemas específicos o como complemento de las intervenciones sanitarias para el control de las enfermedades.

1.Velará para que se cumplan las normas básicas de la vigilancia epidemiológica establecidas mediante el presente Real Decreto, asegurando la homogeneidad de los criterios, garantizando la homologación de la información, el intercambio de la misma y la evaluación del sistema, mediante los protocolos y guías de procedimiento oportunos; todo ello sin perjuicio de las competencias propias de las Comunidades Autónomas

2.Coordinará las acciones e intercambios de la información correspondiente a la vigilancia epidemiológica tanto a nivel nacional como a nivel de la Unión Europea, Organización Mundial de la Salud y demás organismos internacionales.

3.Propiciará el cumplimiento de las obligaciones sanitarias internacionales, como son la notificación internacional de las enfermedades cuarentenables y la de aquellas que son objeto de vigilancia especial por la Organización Mundial de la Salud y la Unión Europea.

4.Difundirá la información procedente de la Red nacional de vigilancia epidemiológica y, de acuerdo con los resultados obtenidos del análisis epidemiológico de los datos, formulará las recomendaciones oportunas sobre problemas de salud, sin perjuicio de las competencias que corresponden a las Comunidades Autónomas en este ámbito.

Las Comunidades Autónomas en su ámbito competencial desarrollarán esta normativa de forma que se garantice la capacidad funcional de estas actividades en todos sus niveles administrativos y se asegure el envío al Ministerio de Sanidad y Consumo de la información epidemiológica establecida, con la periodicidad y desagregación que en cada caso se establezca.

Se establecen como enfermedades de declaración obligatoria:

1. Botulismo.
2. Brucelosis.
3. Cólera.
4. Difteria.
5. Disentería.
6. Enfermedad Meningocócica.
7. Fiebre amarilla.
8. Fiebres tifoidea y paratifoidea.
9. Gripe.
10. Hepatitis A.

11. Hepatitis B.
12. Hepatitis víricas, otras.
13. Infección gonocócica.
14. Legionelosis.
15. Lepra.
16. Meningitis tuberculosa.
17. Paludismo.
18. Parotiditis.
19. Peste.
20. Poliomiелitis.
21. Rabia.
22. Rubéola.
23. Rubéola congénita.
24. Sarampión.
25. Sífilis.
26. Sífilis congénita.
27. Tétanos.
28. Tétanos neonatal.
29. Tifus exantemático.
30. Tos Ferina.
31. Triquinosis.
32. Tuberculosis respiratoria.
33. Varicela.

La declaración obligatoria se refiere a los casos nuevos de estas enfermedades aparecidos durante la semana en curso y bajo sospecha clínica, y corresponde realizarla a los médicos en ejercicio, tanto del sector público como privado.

La semana es la unidad básica temporal para la declaración de los casos, y para su agregación y análisis, en todos los niveles de la Red.

A estos efectos la semana acaba a las veinticuatro horas del sábado.

La información será remitida al nivel superior el lunes de la semana siguiente, en forma de datos numéricos desagregados en sus niveles inferiores inmediatos y totalizados al nivel correspondiente.

Las Comunidades Autónomas establecerán, en el ámbito de su competencia, los canales de información, determinando sus niveles de agregación de los datos, debiendo de garantizar el cumplimiento de los fines y de las necesidades de los sistemas de vigilancia epidemiológica integrados en la Red nacional.

Una vez completada la información, las Comunidades Autónomas la remitirán, el lunes de la semana siguiente, al Ministerio de Sanidad y Consumo. El período de tiempo transcurrido desde que se efectúa la declaración del caso hasta su llegada al destino final no deberá exceder de tres semanas. La difusión de la información epidemiológica, consolidada a nivel de la Administración General del Estado, se realizará a la semana siguiente de su recepción.

La información deberá ser presentada de forma que permita la homogeneidad y comparabilidad de las diferentes unidades territoriales.

4.7. - NO ENCONTRARSE EN SITUACION DE PROHIBICION DE ENTRADA.

Uno de los requisitos necesarios para realizar una entrada legal en territorio español, es que el extranjero no se encuentre en una situación de prohibición de entrada.

Las causas de prohibición de entrada vienen tasadas en el artículo 39 del Reglamento de Extranjería:

- Que hayan sido expulsados de España, dentro del plazo que se hubiere determinado en la orden de expulsión.

- Que se hallen incurso en actividades contrarias al orden público o a la seguridad interior o exterior del Estado o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países, o haber sido condenado por conducta dolosa, castigada en nuestro país con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que sus antecedentes hubieran sido cancelados.

- Que por conductos diplomáticos, a través de Interpol o por cualquier otra vía de cooperación internacional, judicial o policial, se tenga conocimiento de que se encuentran reclamados, en relación con causas criminales derivadas de delitos comunes graves, por las autoridades judiciales o policiales de otros países.

- Que por sus actividades contrarias a los intereses españoles o a los derechos humanos o por sus notorias conexiones con organizaciones delictivas, nacionales o

internacionales, hayan sido objeto de prohibición expresa, en virtud de resoluciones de la Secretaría de Estado de Interior.

- Que pueda prohibirse o tengan prohibida la entrada en virtud de Convenios internacionales en los que sea parte España, salvo que se considere necesario establecer una excepción por motivos humanitarios o de interés nacional.

Lógicamente, si el extranjero se encontrase dentro de una de estas situaciones, los servicios policiales competentes les impediría el acceso a territorio español.

4.8.- OBLIGACION DE JUSTIFICAR LOS MOTIVOS DE LA SOLICITUD DE ENTRADA.

Los extranjeros deberán, si así se les requiere, especificar el motivo de su solicitud de entrada en España. Los funcionarios encargados del control de entrada deberán exigirles, en caso de duda, la presentación de documentos que justifiquen o establezcan la verosimilitud del motivo de entrada invocado.

4.9.- AUTORIZACION, FORMA, DENEGACION Y DECLARACION DE ENTRADA.

Los extranjeros podrán ser autorizados a entrar en el territorio español siempre que se encuentren provistos de la documentación necesaria y válida, de medios económicos suficientes, presenten, en su caso, los documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista, no estén sujetos a prohibiciones expresas ni se encuentren en las listas de no admisibles, sin perjuicio de lo dispuesto legalmente para los estados de alarma, excepción y sitio. A los extranjeros que no reúnan estos requisitos, les será denegada la entrada en el territorio español.

A la entrada en territorio español los extranjeros acreditarán, ante los funcionarios encargados de su control, que reúnen los requisitos vistos con anterioridad.

Si la documentación presentada fuere hallada conforme y no existe ninguna prohibición o impedimento para la entrada del titular, se estampará en el pasaporte o título de viaje el

sello, signo o marca de control establecido, salvo que las leyes internas o Tratados internacionales en que España sea parte prevean la no estampación, con lo que, previa devolución de la documentación, quedará franco el paso al interior del país.

Si el acceso se efectúa con documento de identidad o de otra clase en los que no se pueda estampar el sello, signo o marca de control, el interesado deberá entregar, debidamente cumplimentado, cuando sea requerido para ello, el impreso previsto para dejar constancia de la entrada.

Recordemos que cabe la posibilidad de que la Secretaria de Estado de Interior, u órgano en quien delegue, puede autorizar la entrada y tránsito por territorio español de un extranjero con documentación defectuosa, sin ella o no cumpliendo con alguno de los requisitos de entrada.

Si el extranjero que desea entrar en territorio español no cumple los requisitos que hemos visto, se le negará la entrada por los funcionarios antedichos, mediante resolución motivada, que le será notificada haciéndole saber los recursos que caben contra la misma⁵¹.

Si el hecho que determinase la denegación de entrada pudiera ser también constitutivo de delito, los funcionarios encargados del control consultarán con el Ministerio Fiscal, quien ordenará la incoación de diligencias y la puesta del detenido a disposición judicial una vez concluidas éstas, o confirmará la prohibición de entrada.

Al extranjero al que le sea denegada la entrada en el territorio nacional por los funcionarios encargados del control, de conformidad con lo dispuesto en los Acuerdos internacionales suscritos por España, se le estampará en el pasaporte un sello de entrada tachado, debiendo permanecer en las instalaciones destinadas al efecto en el puesto fronterizo hasta que, a la mayor brevedad posible, regrese al lugar de procedencia o continúe viaje hacia otro país donde sea admitido.

⁵¹ La denegación de entrada por los funcionarios encargados del control, en base al incumplimiento de los requisitos establecidos en esta sección, deberá verificarse por resolución motivada, que será notificada al extranjero, con referencia a los recursos que contra la misma pudieran interponerse.

Los extranjeros que pretendan entrar en territorio español y procedan de un Estado con el que España haya firmado un acuerdo de supresión de controles fronterizos, tendrán la obligación de declarar la entrada ante las autoridades policiales⁵². Igual obligación tendrán aquellos que arriben a territorio español por un puerto en el que no exista puesto policial fronterizo.

⁵² De esta obligación se exceptúa a los nacionales de otros Estados respecto de los cuales España mantenga un compromiso internacional en tal sentido. La declaración deberá realizarse en el momento en el que se efectúe la entrada en el puesto policial existente en la frontera. En el caso de que no exista dicho puesto policial, la declaración de entrada deberá efectuarse en cualquier Comisaría de Policía u Oficina de Extranjeros en el plazo máximo de setenta y dos horas a partir del momento de la entrada en España.

CAPÍTULO 5.- PERMANENCIA EN ESPAÑA.

Una vez que el extranjero⁵³ traspasa la frontera, pasa a encontrarse dentro del territorio nacional, en relación con el mismo, y, por tanto, sometido a nuestro ordenamiento jurídico. Si su incursión en España se ha verificado de una manera legal, conforme al art. 4 LODLE, en su relación con el art. 13.1 CE y con el 2.1 RDLE, dicho extranjero gozará de los derechos y libertades reconocidos en el título 1 CE en los términos establecidos en la Ley de Extranjería o en aquella que regule el ejercicio de los mismos, si bien, el mismo, y como contrapartida, quedará sujeto a los deberes, obligaciones y cargas impuestas por el ordenamiento jurídico, con excepción de los que correspondan exclusivamente a los españoles.

El artículo 6 LODLE atribuye expresamente al extranjero que se halle legalmente en territorio español el derecho a circular libremente por él y a elegir libremente su residencia. Este derecho viene reconocido por el art. 19 CE solamente a los españoles, si bien, como entiende nuestro Tribunal Constitucional, se trata de un derecho de configuración legal. En esta configuración, el citado art. 6 establece una serie de limitaciones, si bien éstas habrán de ser de carácter individual y basadas en razones de seguridad pública, a cargo del Ministro del Interior, y que se traducen en la adopción de alguna de las siguientes medidas: de presentación periódica ante las autoridades competentes, de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente y de residencia obligatoria en determinado lugar.

Los extranjeros, conforme a lo dispuesto en el artículo 13 LODLE, pueden encontrarse en alguna de las siguientes situaciones.

- Estancia, que no podrá superar los noventa días, a no ser que, antes de terminar dicho plazo, obtengan prórroga de estancia o permiso de residencia.

⁵³ Hemos de entender al extranjero como el nacional de un país no miembro de la Unión Europea.

- Residencia, que supone la obtención de un permiso, prorrogable a petición del interesado, si concurren circunstancias análogas a las que motivaron su concesión.

El régimen especial que la legislación de extranjería reserva para los extranjeros (artículo 24 LODLE, desarrollado por el artículo 48 RDLE), sin llegar a prefigurar una distinta y, por tanto, tercera situación, modula la de estancia en términos tales, no obstante, que permite la permanencia por todo el tiempo que dure la actividad de estudio o investigación⁵⁴.

5.1.- SITUACION DE ESTANCIA.

5.1.1.- Estancia.

Señala el artículo 43.1 RDLE que se halla en situación de estancia el extranjero que, no siendo titular de un permiso de residencia, se encuentre autorizado para permanecer en España por un plazo no superior a tres meses en un período de seis.

El extranjero que se halle en esta situación queda sujeto a un régimen de permanencia determinado por una doble circunstancia: por un lado, una limitación temporal -artículo 13.a LODLE y artículo 43.1 RDLE-, y por otro, sujeto a la finalidad declarada -artículo 25.1.a RDLE-.

Como señala Parejo Alfonso⁵⁵, su nota definitoria esencial es la de derivar automáticamente de la autorización de entrada, sin necesidad de ningún acto administrativo específico de sujeción a la misma.

Si será necesaria una autorización administrativa específica en el supuesto recogido en el artículo 46 RDLE, cuando se trata de una entrada ilegal⁵⁶ y se autoriza la estancia en territorio español por concurrir razones

⁵⁴ PAREJO ALFONSO, LUCIANO: "El régimen de permanencia de los Extranjeros". Derecho de Extranjería, Asilo y Refugio. Fernando M. Mariño y otros. Ministerio de Asuntos Sociales. Inersio. 1995. Pág. 336.

⁵⁵ Op. cit., páginas 336 y ss.

⁵⁶ Por entrar con documentación defectuosa o incluso sin ella o por lugares no habilitados al efecto.

humanitarias, de interés nacional u obligaciones internacionales⁵⁷.

De esta manera, el disfrute de la situación de estancia por parte del extranjero queda delimitada por las actividades expresa o implícitamente autorizadas y por la prohibición del ejercicio de actividades profesionales o laborales.

5.1.2.- Prórroga de estancia.

La permanencia en situación de estancia se puede prolongar, por parte del extranjero, hasta el límite máximo autorizado por la misma. Ahora bien, una vez llegado a dicho límite, el extranjero tiene la obligación de salir del territorio español, salvo que haya solicitado bien la prórroga de estancia, bien un permiso de residencia.

El artículo 44.1 RDLE no considera a la prórroga de estancia como una situación excepcional, sino más bien como una situación que se puede producir con asiduidad, fijando como únicos requisitos el hecho de que existan razones que la justifiquen, el respeto a la limitación temporal fijada con carácter general para la estancia -tres meses en un período de seis- y que no se haya entrado en España para fines que no sean de trabajo o establecimiento.

A.- Solicitud.

La solicitud se formalizará en los impresos habilitados por el Ministerio del Interior y a la misma se acompañarán los siguientes documentos:

- 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, salvo en los supuestos que no sea necesario el visado.

- Visado de estancia con vigencia igual o superior a la de la prórroga de estancia, que asimismo se anotará en el expediente y se devolverá al interesado.

⁵⁷ En tales casos se podrán adoptar las medidas cautelares a que hace referencia el artículo 6 LODLE.

- Tres fotografías, tamaño carné.
- Prueba suficiente de que dispone de medios de vida adecuados para el tiempo de prórroga que solicita.
- Tener garantizada la asistencia sanitaria.

B.- Identificación del solicitante.

El solicitante deberá identificarse personalmente ante la Oficina de Extranjeros, Jefatura Superior o Comisaría de Policía de la localidad donde se encuentre, al hacer la presentación de la documentación o en el momento de la tramitación en que a tal efecto fuera requerido por el órgano competente.

C.- Resolución.

La prórroga de estancia podrá concederla los Delegados del Gobierno⁵⁸, a propuesta de la Oficina de Extranjeros, Jefatura Superior o Comisaría de Policía, si concurren las siguientes circunstancias:

- Que la documentación se adapte a lo preceptuado en el artículo anterior.
- Que el solicitante no sea objeto de ninguna de las prohibiciones determinadas en el artículo 39, ni se halle incurso en ninguna de las causas de expulsión o devolución.

Las resoluciones sobre la prórroga de estancia habrán de ser motivadas y deberán notificarse formalmente al interesado, disponiendo, si son denegatorias, la salida del mismo del

⁵⁸De conformidad con lo dispuesto en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (B.O.E. de 15 de abril), en su capítulo II (órganos territoriales) y en su disposición adicional cuarta, hemos de entender asumidas las funciones que en materia de extranjería correspondían a los Gobernadores Civiles, por los Delegados del Gobierno. Téngase en cuenta la presente observación, no solamente para el estudio del presente capítulo, sino también para los capítulos posteriores.

territorio nacional al finalizar el período de estancia inicial.

D.- Eficacia de la prórroga.

La prórroga de estancia se hará constar mediante diligencia en el pasaporte o título de viaje, o en documento aparte si el interesado hubiere entrado en España con otro tipo de documentación, previo abono de las tasas fiscales legalmente establecidas, y amparará al titular del mismo y familiares que, en su caso, figuren en dichos documentos y se encuentren en España.

E.- Extinción vigencia prórroga.

La extinción de la vigencia de la prórroga de estancia se producirá por las siguientes causas:

- Transcurso del plazo para el que hubieran sido concedidas.
- Incurrir el titular en alguna de las prohibiciones de entrada.

5.2.- SITUACION DE RESIDENCIA.

5.2.1.- Cuestiones generales.

La Ley de Extranjería señala con carácter general que la residencia de los extranjeros será autorizada por el Ministerio del Interior, atendidas las circunstancias concurrentes en cada caso, teniendo en cuenta la existencia o inexistencia de antecedentes penales del solicitante y si dispone en España de medios de vida suficientes para el período de tiempo que solicita.

Los permisos de residencia, que junto con sus prórrogas tendrán una validez que no podrá exceder de cinco años, salvo supuesto de arraigo especial, se consignarán en un registro

especial y serán objeto de numeración, en la forma que reglamentariamente se determine. Su validez estará condicionada, en todo caso, a la posesión de pasaporte o documento válido en vigor.

Cuando se pretenda residir en España, mediante el desarrollo de una actividad lucrativa, laboral o profesional, la concesión del permiso de residencia se regirá, además, por las disposiciones correspondientes.

El permiso de residencia se podrá conceder a los menores de dieciocho años y a los incapacitados. También podrá incluirse a unos y otros en el permiso correspondiente a la persona bajo cuya guarda se encuentren, si ésta así lo solicita.

Sólo se considerarán extranjeros residentes las personas amparadas por un permiso de residencia.

5.2.2.- Clases de permisos de residencia.

Los extranjeros que deseen residir en España deberán obtener previamente alguno de los siguientes permisos de residencia:

- Inicial.
- Ordinario.
- Permanente.
- Por circunstancias excepcionales.
- Por reagrupación familiar.

Los hijos, nacidos en España, de extranjero que se encuentre residiendo legalmente en el territorio español, adquirirán automáticamente el mismo tipo de permiso de residencia del que sea titular cualquiera de sus progenitores, sin necesidad de obtener la exención de visado.

Cuando los permisos de residencia se concedan para realizar una actividad lucrativa, tanto por cuenta propia como ajena, la duración del permiso de residencia será idéntica a la del permiso de trabajo.

A.- Permiso de residencia inicial.

El permiso de residencia inicial se podrá conceder a los extranjeros que manifiesten su propósito de fijar por primera vez su residencia en España, así como a aquellos que habiendo residido con anterioridad no reúnan los requisitos establecidos para la obtención de un permiso de residencia ordinario o permanente.

Su validez inicial no podrá exceder de un año y podrá ser renovado por un período máximo de dos años.

B.- Permiso de residencia ordinario.

Los extranjeros que acrediten una residencia legal y de forma continuada en el territorio español durante tres años podrán obtener un permiso de residencia ordinario.

La validez del permiso de residencia ordinario, así como la de sus renovaciones, será como máximo de tres años.

C.- Permiso de residencia permanente.

Tendrán derecho a obtener el permiso de residencia permanente los extranjeros que acrediten haber residido legalmente y de forma continuada en el territorio español durante seis años, salvo en los supuestos en que hayan obtenido un permiso de trabajo permanente en un plazo inferior, en cuyo caso podrán obtener un permiso de residencia permanente a los cinco años.

El permiso de residencia permanente también se concederá a los extranjeros que acrediten que se encuentran en cualquiera de los siguientes supuestos:

- Beneficiarios de una pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, incluida dentro de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social.

- Beneficiarios de una pensión de invalidez permanente absoluta o gran invalidez, en su modalidad contributiva, incluida dentro de la acción protectora del sistema de la

Seguridad Social o de prestaciones análogas a las anteriores obtenidas en España y consistentes en una renta vitalicia, no capitalizable, suficiente para su sostenimiento.

- Que hayan nacido en España y al llegar a la mayoría de edad acrediten haber residido de forma legal y continuada durante, al menos, tres años en España.

- Que hayan sido españoles de origen.

- Que al llegar a la mayoría de edad hayan estado bajo la tutela de una entidad pública española durante al menos los tres años consecutivos inmediatamente anteriores.

- Indocumentados a que se refiere el artículo 63 de este Reglamento, que acrediten residir legalmente y de forma continuada en España durante seis años.

- Apátridas y refugiados a quienes se les haya reconocido tal estatuto.

- Que sean titulares de un permiso de trabajo extraordinario.

El permiso de residencia permanente tiene vigencia indefinida, pero su titular estará obligado a renovar la tarjeta que documenta el mismo cada cinco años.

D.- Permiso de residencia por circunstancias excepcionales.

Podrá otorgarse un permiso de residencia por circunstancias excepcionales en los supuestos previstos en la disposición adicional primera del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, así como cuando concurren razones humanitarias, en particular haber sido víctima de conductas, tipificadas como delitos, racistas o xenófobas, de interés nacional o de seguridad nacional que así lo justifiquen.

La validez del permiso de residencia por circunstancias excepcionales será de un año, prorrogable por períodos de

idéntica duración los tres primeros años, pudiendo prorrogarse por períodos más amplios posteriormente.

La concesión y renovación de estos permisos no está sujeta a los requisitos generales previstos para la solicitud y renovación de los permisos de residencia.

Los siguientes familiares de los extranjeros que residan legalmente en España, podrán residir con estos en territorio español:

- El cónyuge, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, que no resida con el extranjero otro cónyuge y que el matrimonio no se haya concertado en fraude de ley.

- Los hijos que en el momento de la solicitud sean menores de edad que no estuvieran casados, que no hayan formado una unidad familiar independiente ni lleven vida independiente. En el supuesto de los hijos adoptivos, deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción fue tomada por la autoridad administrativa o judicial competente en la materia en el país en que se llevó a cabo, y que dicha resolución reúne los elementos necesarios para producir efectos en España.

- Los incapacitados y los menores cuyo representante legal sea el residente extranjero.

- Los ascendientes del residente extranjero cuando dependan económicamente de éste y si existen razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.

Estos familiares podrán obtener un permiso de residencia por motivo de reagrupación familiar.

La vigencia del permiso de residencia que se conceda a estos familiares dependerá de la residencia legal en España del reagrupante y del mantenimiento de las circunstancias que sirvieron de base para su concesión.

El cónyuge podrá obtener un permiso de residencia independiente cuando:

- Obtenga un permiso de trabajo.

- acredite haber convivido en España con su cónyuge durante dos años. Este plazo podrá ser reducido cuando

- 155 -

concurran circunstancias de carácter familiar que así lo justifiquen.

- El reagrupante hubiere fallecido con residencia legal en España.

No se podrá conceder un permiso de residencia a un extranjero como cónyuge de un residente extranjero cuando otro cónyuge de éste ya resida con anterioridad en España.

Los hijos del reagrupante obtendrán un permiso de residencia independiente cuando alcancen la mayoría de edad.

5.2.3.- Tramitación del Permiso de Residencia.

A.- Solicitud.

Las solicitudes serán dirigidas al órgano competente para su tramitación, que se formalizará en el impreso habilitado para ello.

B.- Documentación.

A la solicitud se acompañarán los siguientes documentos:

- Pasaporte y documento válido para la entrada en España o, en su caso, cédula de inscripción, en vigor, que se devolverá al interesado.

- Visado de residencia, en su caso, en vigor.

- Cualquier documento que acredite el tiempo previo de residencia legal y continuada en España, en su caso.

- Certificado de antecedentes penales, expedido por las Autoridades del país de origen o de procedencia, del que podrá ser eximido el solicitante cuando concurran circunstancias que así lo justifiquen, debiendo en tal caso, aportar el certificado de las autoridades españolas. Para los supuestos de renovación de los permisos de residencia, las autoridades españolas expedirán de oficio este último certificado. La autoridad competente podrá interesar además, cuando lo estime

procedente, antecedentes del interesado a las autoridades de su país y a las del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años.

- Tres fotografías tamaño carné.

- Certificado médico oficial, si el solicitante no lo hubiese aportado para la obtención del visado.

C.- Documentación específica.

Además de la documentación expresada en el apartado anterior, según el permiso de residencia que se solicite, se deberá asimismo adjuntar la documentación que acredite las siguientes circunstancias:

- Acreditar que se está en una de las circunstancias de concesión directa del permiso de residencia permanente, de residencia por circunstancias excepcionales, la relación familiar en el permiso de residencia por reagrupación familiar, así como, dentro de este último tipo de residencia, documentación que acredite que el cónyuge tiene derecho a obtener un permiso de residencia independiente o que un hijo tiene ese mismo derecho por alcanzar la mayoría de edad.

- El solicitante deberá acreditar medios de vida suficientes para el período de residencia que solicita, o que dichos ingresos los va a recibir periódicamente, y que tiene garantizada la asistencia sanitaria. Se entenderá que el solicitante tiene medios de vida suficientes cuando cuente con un permiso de trabajo en España o cuando sus recursos económicos superen el nivel mínimo que se establezca en la norma de desarrollo correspondiente.

Si los medios de vida proceden de acciones o participaciones en empresas españolas, mixtas o extranjeras, radicadas en España, acreditará, mediante certificación de las mismas, que no ejerce actividad laboral alguna en dichas empresas y presentará declaración de que no ejerce tal actividad en ninguna otra.

- En los supuestos de solicitud de residencia por reagrupación familiar, la garantía de asistencia sanitaria no se exigirá con carácter previo cuando el familiar pueda

acogerse a las prestaciones de la Seguridad Social del trabajador residente, una vez concedido el permiso.

- Si el solicitante tiene familiares a su cargo, habrá de acreditar que dispone de medios de vida, garantías de asistencia sanitaria, y vivienda suficientes para él y sus familiares.

- El extranjero que solicite permiso de residencia y carezca del correspondiente visado deberá acreditar que ha sido eximido con anterioridad de la obligación de visado por la autoridad que haya de resolver sobre la concesión del permiso de residencia.

Excepcionalmente, por motivos de interés público, humanitarios, de colaboración con la justicia o de atención sanitaria, y siempre que se pueda presumir la buena fe del solicitante, podrá concederse la exención de visado por la autoridad competente para la resolución, en los términos que se determinen por el Ministerio de Justicia e Interior. En los supuestos que pueda existir cualquier duda sobre el criterio a seguir para la resolución de la exención del visado, la autoridad competente deberá solicitar informe previo a la Dirección General de Procesos Electorales, Extranjería y Asilo.

D.- Organos Instructores.

Los órganos instructores serán las Oficinas de Extranjeros o, en su defecto, la Comisaría de Policía de la localidad donde pretenda fijar su residencia el extranjero.

E.- Organos competentes para resolver sobre la solicitud.

Antes de resolver sobre los mismos, se podrán recabar informes de otras Administraciones.

- Serán competente los Gobernadores Civiles para resolver las solicitudes de los permisos de residencia, iniciales, ordinarios, permanentes y por circunstancias excepcionales, si para estos últimos concurren razones humanitarias, a propuesta de la Oficina de Extranjeros o Comisaría de Policía correspondiente.

- Será competente la Dirección General de la Policía los permisos de residencia por circunstancias excepcionales, que serán concedidos si se aprecian razones de seguridad nacional.

La resolución habrá de ser motivada y se notificará formalmente al interesado, y:

- si es estimatoria, para la concesión del permiso de residencia será necesario que no recaiga sobre los interesados ninguna de las prohibiciones, no se encuentren incursos en ninguno de los supuestos de expulsión del territorio español, ni existan otras razones legales, de seguridad pública, sanitaria o de naturaleza análoga.

- si es denegatoria, se le advertirá de la obligación que tiene de abandonar el territorio español, salvo que cuente con un permiso o autorización que le habilite para permanecer en España.

F.- Concesión de la tarjeta.

Una vez inscrito en el Registro de Extranjeros el permiso de residencia concedido, se extenderá una tarjeta a su titular, que servirá para acreditar la condición de residente. Esta tarjeta será entregada al interesado, previo abono de las tasas fiscales legalmente establecidas.

5.2.4.- Renovación del permiso de residencia.

A.- Supuestos de renovación del permiso de residencia.

Los permisos de residencia se renovarán si no han variado las circunstancias o si concurren otras que, conforme a la normativa vigente, justifican su otorgamiento.

También se renovarán los permisos de aquellos trabajadores extranjeros, cesantes en una previa relación laboral, que acrediten tener reconocido por la autoridad competente derecho a una prestación contributiva por desempleo, conforme a la normativa de la Seguridad Social, por el tiempo de duración de dicha prestación.

B.- Plazo para solicitar la renovación.

Con un mes de antelación, al menos, a la fecha de caducidad de los documentos que legalicen su residencia en España, los extranjeros, si tienen el propósito de seguir residiendo en España, habrán de solicitar los permisos que correspondan, a los efectos procedentes. No obstante, sin perjuicio de las sanciones que procedan, podrá renovarse el permiso de residencia siempre que se solicite la renovación durante los tres meses posteriores a la fecha de su expiración y se cumplan el resto de los requisitos exigidos. Concedida la renovación, ésta surtirá efectos desde la fecha de caducidad del permiso anterior.

C.- Organos competentes.

Los órganos competentes para la tramitación y resolución son los mismos que los que vimos para la concesión. También serán competentes para las autorizaciones de regreso (son aquellas autorizaciones que permiten la salida de España y posterior regreso al territorio nacional, siempre que se deba a determinadas circunstancias, y no sea por un plazo superior a noventa días).

D.- Solicitud y efectos de su presentación.

Al presentar la solicitud ante el órgano competente, ésta deberá acompañarse de los documentos que acrediten:

- Pasaporte y documento válido para la entrada en España o, en su caso, cédula de inscripción, en vigor, que se devolverá al interesado.

- Cualquier documento que acredite el tiempo previo de residencia legal y continuada en España, en su caso.

- Certificado de antecedentes penales, expedido por las autoridades del país de origen o de procedencia, del que podrá ser eximido el solicitante cuando concurran circunstancias que

así lo justifiquen, debiendo en tal caso, aportar el certificado de las autoridades españolas. Para los supuestos de renovación de los permisos de residencia, las autoridades españolas expedirán de oficio este último certificado. La autoridad competente podrá interesar además, cuando lo estime procedente, antecedentes del interesado a las autoridades de su país y a las del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años.

- Tres fotografías tamaño carné.
- el cumplimiento de las obligaciones fiscales exigibles.

Sin embargo, para la renovación de la tarjeta correspondiente a un permiso de residencia permanente, solamente se acompañarán los siguientes documentos:

- Pasaporte y documento válido para la entrada en España o, en su caso, cédula de inscripción, en vigor, que se devolverá al interesado.
- Tres fotografías tamaño carné.

El resguardo de solicitud de renovación prorroga la validez del permiso anterior y surte los mismos efectos de éste exclusivamente en materia de legislación de inversiones extranjeras.

5.2.5.- Causas de extinción del permiso de residencia.

Debemos diferenciar entre aquellos que se extinguen sin necesidad de pronunciamiento previo y aquellos que exigen resolución motivada de la autoridad gubernativa competente.

La vigencia de los permisos de residencia se extinguirá sin necesidad de pronunciamiento administrativo alguno:

- Por el transcurso del plazo para el que se hayan expedido.
- Por renuncia expresa o tácita de su titular.
- Por venir obligado el residente extranjero a la renovación extraordinaria del permiso, en virtud de lo

dispuesto por las autoridades competentes, en estados de excepción o de sitio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio,

- Permanezca fuera de España de forma continuada durante más de seis meses.

El permiso de residencia se extinguirá por resolución motivada de la autoridad gubernativa competente para su concesión, cuando se constate la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

- Deje de disponer el residente extranjero de recursos económicos o medios de vida suficientes, asistencia sanitaria garantizada o vivienda adecuada, sin que pueda disponer de ellos en un plazo razonable.

- Cambie o pierda su nacionalidad, sin perjuicio de que pueda adquirir otro permiso de residencia en atención a las nuevas circunstancias.

- Se acredite la existencia de separación de hecho o de derecho del cónyuge del residente extranjero, cuando el permiso de residencia haya sido concedido por motivo de reagrupación familiar, salvo que tenga derecho a obtener un permiso de residencia independiente.

- Desaparezcan las circunstancias que sirvieron de base para su concesión.

- Se compruebe la inexactitud grave de las alegaciones formuladas por el titular.

- Se encuentre incluido en alguno de los supuestos de prohibición de entrada.

- Deje de poseer pasaporte, documento análogo o, en su caso, cédula de inscripción, válidos y en vigor, salvo que pueda justificar que ha realizado los trámites necesarios para la renovación o recuperación del pasaporte o documento análogo.

5.3.- DOCUMENTACION DE EXTRANJEROS.

Todos los extranjeros que cuenten con un permiso o tarjeta para permanecer en España serán dotados de un único documento en el que constará el tipo de permiso o tarjeta que se les haya concedido. El Ministerio de Justicia e Interior dictará las disposiciones necesarias para determinar las características de dicho documento, previo informe de la Comisión Interministerial de Extranjería.

Los extranjeros están obligados a llevar consigo el pasaporte o documento con base en el cual hubieran efectuado su entrada en España y, en su caso, el documento al que se refiere el apartado anterior, así como a exhibirlos cuando fueran requeridos por las autoridades o sus agentes, sin perjuicio de poder demostrar su identidad por cualquier otro medio si no los llevaran consigo.

5.4.- NUMERO DE IDENTIDAD DE EXTRANJERO.

Serán dotados, a efectos de identificación, de un número personal, único y exclusivo, de carácter secuencial, los extranjeros que se encuentren en alguna de las situaciones siguientes:

- aquellos que obtengan cualquier clase de prórroga de estancia o documento que le habilite para permanecer en territorio español,

- aquellos a los que se les haya incoado un expediente administrativo en virtud de lo dispuesto en la normativa sobre extranjería, y,

- aquellos que, por sus intereses económicos, profesionales o sociales, se relacionen con España.

Salvo en el último supuesto, dicho número será otorgado de oficio por la Dirección General de la Policía.

El número personal será el identificador del extranjero, que deberá figurar:

- en todos los documentos que se le expidan o tramiten,
- en las diligencias que se estampen en su pasaporte o documento análogo.

5.5.- LA LLAMADA TARJETA DE EXTRANJEROS.

Tanto la Normativa Reguladora del Régimen General de Extranjería (Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su desarrollo por el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero) y del Régimen Comunitario (Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas, modificado por el Real Decreto 737/1995, de 5 de mayo, como la relativa al Derecho de Asilo (Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo) prevén la obligación de la Administración de expedir un documento a los extranjeros destinado a acreditar su permanencia legal en España.

Es por ello que tales documentos para extranjeros además del carácter oficial por su origen, tienen por finalidad reflejar y acreditar las diversas circunstancias características de la situación legal de los mismos, así como la identificación de cada interesado, logrando, de este modo, que el mismo pueda justificar oficialmente el hecho de hallarse legalmente en España.

Para lograr estos propósitos es menester, de una parte, unificar todos los documentos de extranjeros que en la actualidad se expiden en un solo modelo de documento, la Tarjeta de Extranjero, propiciando no sólo un mejor conocimiento de los funcionarios encargados del control de extranjeros, sino también su utilización en el desenvolvimiento de actividades públicas o privadas de la más variada índole. Y, de otra parte, es necesario dar cumplimentación a la habilitación que el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, en su artículo 62.1, concede al Ministerio del Interior para dictar las disposiciones necesarias que determinen las características del documento de extranjero previo informe de la Comisión Interministerial de Extranjería, siendo consecuencia de ello la Orden del Ministerio del Interior de 7 de febrero de 1997, cuyo contenido exponemos seguidamente.

La Tarjeta de Extranjero es el documento único y exclusivo destinado a dotar de documentación a los extranjeros en situación de permanencia legal en España, a cuyo fin los

destinatarios del mismo deberán cumplimentar las actuaciones que se establezcan para su entrega.

Dicha Tarjeta acredita la permanencia legal de los extranjeros en España, su identificación y que se ha concedido, de acuerdo con la normativa vigente, la autorización o reconocido el derecho para permanecer en territorio español por un tiempo superior a tres meses.

La Tarjeta de Extranjero es personal e intransferible, correspondiendo a su titular la custodia y conservación del documento. No obstante, los hijos o representados menores de edad no emancipados o incapacitados podrán figurar en la Tarjeta correspondiente al padre, madre o representante legal, si así se solicita por éstos, sin perjuicio de que aquéllos puedan ser titulares de un documento independiente.

¿Quién puede ser titular de esta tarjeta?

La Tarjeta de Extranjero se expedirá únicamente a los extranjeros en situación legal en España por tiempo superior a tres meses, conforme al régimen general de extranjería, al comunitario o al de asilo.

Para su expedición serán requisitos indispensables la resolución gubernativa previa de concesión de la correspondiente autorización administrativa o, en su caso, de reconocimiento del derecho para permanecer en territorio español, así como el abono anterior de las tasas fiscales legalmente establecidas.

El titular de la Tarjeta de Extranjero no podrá ser privado del documento, salvo en los supuestos de extinción de los efectos de la autorización por cualesquiera de las causas establecidas en los artículos 60 y 83 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, o de pérdida del derecho a permanecer en territorio español.

Obligaciones del titular de la tarjeta de extranjero.

Los titulares de la Tarjeta de Extranjero están obligados a llevar consigo dicho documento, así como a exhibirlo cuando fueran requeridos por la Autoridad o sus agentes sin perjuicio de acreditar su identidad a través de su pasaporte o documento análogo en vigor.

El extravío de la Tarjeta de Extranjero, su destrucción o inutilización, llevará consigo para el titular la obligación de pedir inmediatamente otro documento con la misma validez y vigencia que el extraviado, destruido o inutilizado.

Los extranjeros titulares de la Tarjeta de Extranjero vendrán obligados, en el plazo de un mes, a poner personalmente en conocimiento de la Comisaría de Policía o de los servicios policiales en las Oficinas de Extranjeros, correspondientes al lugar donde residan, los cambios de nacionalidad y domicilio habitual, así como las modificaciones de las circunstancias familiares o de cualquier otro orden que afecten a los datos consignados en el expresado documento, salvo que sean requeridos para ello, supuesto en el que deberán comunicar dichas circunstancias dentro del plazo de quince días a contar del requerimiento. Aquellos extranjeros que gocen de la condición de refugiado y se hallen domiciliados en Madrid deberán cumplimentar las obligaciones anteriores ante los servicios policiales de la Oficina de Asilo y Refugio en dicha ciudad.

Composición de esta tarjeta.

La Tarjeta de Extranjero está integrada por un documento base, de carácter interno, y otro personal, de carácter externo, que será entregado a su titular:

a) El documento base de la Tarjeta de Extranjero está compuesto de tres cuerpos unidos entre sí con utilidades diferenciadas como son las de información (gráfica y alfanumérica), archivo y resguardo para el interesado. Para el manejo y transmisión de lotes o paquetes del expresado documento se utilizará un documento índice o guión de los mismos.

b) El documento personal de la Tarjeta de Extranjero será confeccionado mediante la utilización en los procesos de fabricación de procedimientos y materiales conducentes a la obtención de condiciones básicas de calidad e inalterabilidad, así como de la máxima garantía de infalsificabilidad, con apoyo en el empleo de sistemas técnicos de recogida, proceso y transmisión de informaciones, con el fin de otorgarle las máximas garantías de exactitud e intransferibilidad de sus datos.

Formato del soporte del documento personal.

El formato del soporte del documento personal de la Tarjeta de Extranjero tendrá unas dimensiones, de 85,6 x 54 x 0,6 milímetros sobre base de papel de seguridad.

Sus fondos tirados en varios colores y con una serie de filigranas llevarán en la parte superior izquierda del anverso las palabras «Extranjeros» y «España», situada esta última debajo de la primera; y a su derecha el tipo de permiso o confirmación del derecho que se materializa (Residencia, Residencia y Trabajo, Estudiante, Régimen Comunitario, Asilo y Trabajador Fronterizo) en distintos colores de acuerdo con la siguiente especificación:

- **Rojo** para la concesión de Permiso de Residencia, cualquiera que sea el tipo o naturaleza del mismo.
- **Verde** para la concesión de Permiso de Residencia y Trabajo, cualquiera que sea el tipo o naturaleza del mismo.
- **Naranja** para la concesión de Tarjeta de Estudiante.
- **Azul** para las personas incluidas en el Régimen Comunitario.
- **Morado** para las personas a las que se les haya reconocido la condición de refugiado, mediante la concesión del Derecho de Asilo.
- **Negro** para la concesión de Trabajador Fronterizo.

En el centro figurará la letra E (España), con los colores de la bandera nacional.

Al reverso, con fondo de filigrana, los epígrafes de «Aspectos Laborales o Motivo de Concesión» y «Observaciones», así como tres líneas de caracteres OCR-B 1, de treinta caracteres cada una.

Contenido del documento personal de la Tarjeta de Extranjero.

El contenido del documento personal de la Tarjeta de Extranjero vendrá redactado en castellano y se ajustará a lo dispuesto a continuación:

- a) El documento personal de la Tarjeta de Extranjero incorporará en su anverso, a partir del documento base y por procedimientos técnicos, nombre y apellidos del titular,

- 167 -

nacionalidad y fecha de nacimiento, reproducción codificada en color de la fotografía y firma, número de identificación del extranjero, domicilio, localidad y provincia de residencia del mismo, así como el período de validez.

b) El reverso del expresado documento incorporará la impresión dactilar del titular, que corresponderá al dedo índice de la mano derecha, salvo que no fuere posible, por mutilación o defecto físico en cuyo caso se sustituirá por la de otro dedo, indicándose el apéndice al que se refiere, y si careciera de éstos se hará constar en el lugar destinado a tal fin, el motivo por el que no aparece dicha impresión.

Asimismo, y bajo el epígrafe «aspectos laborales o motivo de la concesión», se especificará la razón por la cual se concede la autorización administrativa o el reconocimiento del derecho para permanecer en España así como los datos relativos al tipo de permiso de trabajo y los de su alcance, en especial, en cuanto al sector de actividad y ámbito geográfico y, en su caso, la exceptuación de permiso de trabajo.

Y bajo el epígrafe «observaciones» deberán figurar aquellas informaciones cuya reproducción viene exigida por el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, como la incorporación a su titular de los hijos menores de dieciocho años no emancipados o incapacitados que se encuentran a su cargo, con expresión del número identificador de extranjero (NIE), apellidos y nombre.

Vigencia de la Tarjeta de Extranjero.

La Tarjeta de Extranjero tendrá idéntico período de vigencia que la autorización o el reconocimiento del derecho que justifique su expedición, perdiendo su validez cuando se produzca la de la citada autorización, por cualesquiera de las causas reglamentariamente establecidas en su régimen de aplicación o, en su caso, la pérdida del derecho para permanecer en territorio español.

Cuando haya finalizado el plazo de vigencia de la Tarjeta, se haya acordado la renovación de la autorización o, en su caso, del reconocimiento a permanecer en territorio español, o se haya perdido el derecho que justificó su expedición, los extranjeros titulares de la misma están obligados a entregar el documento en la Comisaría de Policía o en los servicios policiales en las Oficinas de Extranjeros, correspondientes al lugar donde residan, incluidos aquellos que pertenezcan al

- 168 -

régimen de asilo, salvo que estén domiciliados en Madrid, en cuyo caso deberán hacerlo en la Oficina de Asilo y Refugio.

El extravío, destrucción o inutilización de la Tarjeta de Extranjero así como la modificación de cualesquiera de las circunstancias tanto personales como laborales y familiares de su titular que determinaron su expedición, llevarán consigo la expedición de nueva Tarjeta que no se considerará renovación y tendrá la vigencia que restase a la que sustituya.

Las modificaciones que impliquen alteración del régimen de permanencia legal en España del titular de la Tarjeta de Extranjero así como de su situación laboral, determinarán la expedición de nueva Tarjeta adaptada al cambio o alteración producido, con la vigencia que determine la resolución que conceda dichas notificaciones.

Competencia.

Corresponde a la Dirección General de la Policía, a través de sus servicios correspondientes en las Comisaría de Policía u Oficinas de Extranjeros, en que se hubiese tramitado el expediente administrativo, la expedición y entrega de la Tarjeta de Extranjero. Para el caso de la expedición de la Tarjeta de Extranjero correspondiente a la concesión de asilo, de los extranjeros domiciliados en Madrid, las competencias anteriores serán asumidas por los servicios policiales en la Oficina de Asilo y Refugio en esa ciudad.

Asimismo, previo informe de la Comisión Interministerial de Extranjería, la Dirección General de la Policía establecerá los cauces de actuación administrativa para la fabricación, control, distribución, entrega y archivo de la Tarjeta de Extranjero.

Es competencia de la Dirección General de la Policía, a través de la Comisaría General de Extranjería y Documentación, la organización y gestión de los servicios de expedición de las Tarjetas de Extranjeros, así como las funciones de organización, desarrollo y administración del proceso técnico de elaboración, control, suministro y custodia del documento.

Protección de datos personales.

En el desarrollo de las funciones del apartado anterior se tendrá en consideración las limitaciones que sobre obtención, almacenamiento y cesión de datos de carácter personal se impone

- 169 -

en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, así como en la Orden del Ministerio del Interior, del 26 de julio de 1994, por la que se regulan los ficheros con datos de carácter personal gestionados por el Departamento.

Para el ejercicio de tales funciones, la Dirección General de la Policía podrá solicitar de cualquier organismo de la Administración Pública o sociedad estatal el auxilio o colaboración que considere necesario.

Expedición y entrega.

El extranjero, una vez le sea notificada la resolución por la que se le reconoce el derecho o se le autoriza a permanecer en España acreditará, ante la Comisaría de Policía u Oficina de Extranjeros, que haya practicado la notificación, y, en su caso, ante la Oficina de Asilo y Refugio en Madrid, ser el destinatario de la misma y el pago de las tasas fiscales legalmente establecidas, cumplimentándose el documento base de la Tarjeta de Extranjero, que será remitido por dichas Dependencias a las Unidades de elaboración material del documento.

Una vez elaborada materialmente la Tarjeta de Extranjero, ésta será enviada a la dependencia que practicó la notificación de la resolución por la que se le reconoce el derecho o se autoriza su permanencia en territorio español, a los efectos de que el extranjero pueda recoger allí la Tarjeta de Extranjero mediante cita previa y acreditación de ser el interesado destinatario del documento expedido.

Aplicación supletoria.

Serán aplicables a la Tarjeta de Extranjero las normas vigentes del documento nacional de identidad sobre presentación y anotación de este documento en las oficinas públicas. La normativa reguladora del documento nacional de identidad tendrá carácter supletorio de las normas sobre utilización en España de la Tarjeta del Extranjero.

5.6. - REGISTRO CENTRAL DE EXTRANJEROS.

Los permisos de residencia, como señala el art. 13 de la Ley Orgánica 7/1985, se consignarán en un Registro Especial y

serán objeto de numeración en la forma que reglamentariamente se determinen.

Dicho Registro Especial existirá en la Dirección General de la Policía, y constarán en el mismo:

- Documentos de viaje.
- Prórrogas de estancia.
- Exenciones de visado.
- Cédulas de Inscripción.
- Permisos de residencia.
- Permisos de trabajo.
- Inadmisiones a trámite, concesiones y denegaciones de asilo.
- Cambios de nacionalidad, domicilio o alteraciones de circunstancias familiares o laborales determinantes de su situación jurídica.
- Limitaciones de estancia.
- Medidas cautelares adoptadas, infracciones administrativas cometidas y sanciones impuestas en el marco de la Ley Orgánica 7/1985 y del Reglamento de Ejecución de la misma.
- Denegaciones y prohibiciones de entrada del territorio nacional y sus motivos.
- Prohibiciones de salida.
- Expulsiones administrativas o judiciales.
- Devoluciones.
- Salidas obligatorias.

Los órganos que adopten las resoluciones y otorguen los documentos anteriores, deberán dar cuenta de ello a la Dirección General de la Policía, a efectos de su anotación en este Registro.

La información contenida en este Registro será puesta a disposición de otros órganos de las Administraciones públicas para el ejercicio de competencias en materia de extranjería, así como de los interesados.

5.7.- MEDIDAS DE SEGURIDAD.

Tanto en la Ley de Extranjería como en el Reglamento de Ejecución de la misma, se establece la posibilidad de establecer algún tipo de medida de seguridad, dependiendo de la naturaleza de los hechos o circunstancias que las provoquen.

Las medidas de seguridad pueden ser:

- Las prohibiciones de entrada a que se refiere el artículo 39 del Reglamento.
- Las prohibiciones de salida previstas en el artículo 21 de la Ley Orgánica 7/1985 y en el artículo 121 de su Reglamento.
- Las medidas cautelares adoptadas en ejecución de los artículos 6 y 12.4 de la Ley Orgánica 7/1985.
- Las devoluciones, en casos de entradas ilegales acordadas en cumplimiento del artículo 36.2 de la Ley Orgánica 7/1985.
- Las detenciones e internamientos previstos en el artículo 26.2 de la Ley Orgánica 7/1985.
- Las comparecencias que se acuerden y las renovaciones o los controles que se dispongan de los permisos de residencia y de las cédulas de inscripción, en estados de excepción y sitio, con arreglo a las normas que se dicten en cumplimiento del artículo 23 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de julio.
- Las demás medidas que se acuerden con base en la legislación vigente sobre seguridad ciudadana.

Estas medidas deberán adoptarse y ejecutarse en los supuestos y en la forma previstos en las normas que en cada caso se mencionan, ajustándose asimismo a ellas en cuanto a los requisitos, motivación y finalidad.

5.8.- CAMBIOS Y ALTERACIONES QUE SE DEBEN DE PONER EN CONOCIMIENTO DEL MINISTERIO DEL INTERIOR.

El artículo 14 de la Ley de Extranjería nos señala cuales son estos supuestos. Así, los extranjeros con permiso de residencia vendrán obligados a poner en conocimiento del Ministerio de Interior:

- los cambios de nacionalidad y de domicilio, así como cuando proceda, las modificaciones de las circunstancias

familiares o de cualquier orden. Dispondrán del plazo de un mes para ponerlo en conocimiento de la Oficina de Extranjeros o de la Comisaria de Policía correspondiente al lugar donde residan.

- así como las alteraciones de su situación laboral. Asimismo en el mismo plazo y ante las mismas autoridades.

Los extranjeros, mencionados anteriormente, siempre que fueren requeridos por autoridades competentes, deberán comunicar a dichas autoridades, dentro de un plazo de quince días a contar desde la fecha del requerimiento, las modificaciones de las circunstancias determinantes de su situación, en la forma prevista en las Leyes.

En el requerimiento, las autoridades aludidas deberán mencionar los preceptos legales que autoricen para exigir la comunicación y en los que se atribuya a aquellas competencias con tal objeto.

CAPITULO 6.- RESIDENCIA CUALIFICADA.

La Ley de Extranjería establece por el extranjero no comunitario⁵⁹ un régimen específico del trabajo, de tal manera que, la realización por el mismo de una actividad lucrativa le erige en una situación cualificada de permanencia, al ser necesario una autorización específica, y concurrente con la residencia, cual es el permiso de trabajo.

6.1.- CUESTIONES GENERALES.

6.1.1.- Perspectiva constitucional y visión internacional del Trabajador Extranjero.

El artículo 35 de nuestra Constitución señala que «todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión y oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo».

De la redacción de dicho precepto parece quedar claro que el trabajo como derecho y deber es exclusivamente para los españoles. Ello no puede hacernos pensar que los extranjeros no tengan acceso⁶⁰ a puestos de trabajo en España, sino que sus relaciones laborales estarán regidas por ley especial que no siempre las considerará en pie de igualdad con los nacionales⁶¹.

⁵⁹ El artículo 48 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea establece que "la libre circulación de trabajadores supondrá la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros con respecto al empleo, la retribución y demás condiciones de trabajo".

⁶⁰ La STC de 24 de noviembre de 1984 declara que "constitucionalmente no resulta exigible la igualdad de trato entre los extranjeros y los españoles en materia de acceso al trabajo".

⁶¹ Señala, asimismo, Estrada Carrillo, que hay que dejar sentado que esa ley especial, esa normativa interna que actúa como salvaguarda de legítimos intereses y manifestación de soberanía, se encuentra hoy fuertemente constreñida por acuerdos y tratados internacionales que tienen primacía en caso de conflicto o contradicción con las fuentes del Derecho interno. Afirmación que apoya en las sentencias del TS de 16 y 17 de septiembre de 1982. (Op. cit., pag.187 y 188).

Vamos a hacer referencia a algunas normas de carácter internacional, a fin de ver como tutelan los derechos y libertades del trabajador migrante⁶².

La Declaración Universal de Derechos Humanos⁶³ no hace mención expresa al trabajador extranjero, pero reconoce una serie de derechos que afectan a éstos, así derecho a la Seguridad Social, derecho al trabajo y a una remuneración equitativa, derecho a la libre sindicación, derecho a vacaciones pagadas y derecho a la asistencia, servicios sociales y seguro de desempleo. No debemos de olvidar que estos derechos no tienen carácter vinculante. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁶⁴, éste si de carácter vinculante, reconoce los siguientes derechos: derecho al trabajo y a la adopción de medidas para lograr una orientación y formación técnico-profesional, el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias, el derecho a la libre sindicación y huelga, el derecho a la seguridad social. No obstante el reconocimiento sin ambages de estos derechos, señala Estrada Carrillo⁶⁵, el

⁶²En este sentido, Cardona Torres, hace una clasificación de las normas internacionales, tanto de carácter general como regional, que influyen en los derechos y garantías de los trabajadores extranjeros, a la cual me remito para un estudio detallado de los mismos. (*Régimen jurídico laboral de los extranjeros en España*, Barcelona, Bosch, 1985, págs 24 y ss).

⁶³ El artículo 23 de dicha Declaración señala que "1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo. 2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual. 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social. 4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses."

⁶⁴ El artículo 7 de dicho Pacto señala que "1. Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho a toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido y aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho. 2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr de plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico-profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana."

⁶⁵*Op.cit.*, pág. 190.

artículo 2.3 contiene una cláusula de salvaguardia que en muchos casos da lugar a un vacío de contenido evidente⁶⁶. Terminar haciendo una breve alusión a la Organización Internacional del Trabajo⁶⁷ (O.I.T.). El Convenio 97, sobre Trabajadores Migrantes, ratificado por España por Instrumento de 23 de febrero de 1967, establece la no discriminación del trabajador migrante⁶⁸ respecto del nacional, asimismo prescribe la igualdad de trato, principio que no entra en disputa con el de prioridad de empleo de los nacionales, como así lo ampara el anexo II de dicho Convenio⁶⁹.

6.1.2.- Definición de trabajador extranjero, igualdad en las condiciones de trabajo en el Derecho interno.

Está regulado básicamente en el título III de la Ley de Extranjería y en capítulo IV del Reglamento de Ejecución.

Se considera trabajador extranjero, a efectos de aplicación de la Ley de Extranjería y de su Reglamento, a toda persona física que, careciendo de nacionalidad española, ejerza o trate de ejercer en España una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena⁷⁰.

El salario y las demás condiciones de trabajo y de protección social de los extranjeros autorizados a trabajar en España por cuenta ajena no podrán ser inferiores, en ningún caso, a los fijados por la normativa vigente en territorio

⁶⁶El mencionado artículo dice: «Los países en vías de desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos».

⁶⁷ El objetivo fundamental de la OIT consiste en la defensa de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero.

⁶⁸ Dicho Convenio, en su artículo 11, define al trabajador migrante como "toda persona que emigra de un país a otro para ocupar un empleo que no habrá de ejercer por su propia cuenta e incluye a cualquier persona normalmente admitida como trabajador migrante".

⁶⁹Dicho Anexo señala que «Antes de autorizar la introducción de trabajadores migrantes, la autoridad competente del territorio de inmigración se deberá cercionar de que no existe en este territorio un número suficiente de trabajadores disponibles, capaces de realizar el trabajo en cuestión».

⁷⁰Definición dada por el artículo 68.2 del Reglamento de Extranjería.

español o determinados convencionalmente para los trabajadores españoles en idénticas circunstancias.

Cuando el extranjero se propusiera trabajar por cuenta propia o ajena, ejerciendo una profesión para la que se exija una especial titulación, la concesión del permiso se condicionará a la tenencia y, en su caso, homologación del título correspondiente. También se condicionará a la colegiación, si las leyes así lo exigiesen.

Cuando la empresa o empleador, por cuya cuenta realice su actividad el trabajador extranjero no tenga su residencia en España habrá de designar un representante en nuestro país que garantice el cumplimiento de las obligaciones legales.

6.2.- AUTORIZACIONES PARA TRABAJAR.

6.2.1.- Exigencia legal, enumeración y excepciones.

Como norma general, la autorización⁷¹ para trabajar se acredita con el correspondiente permiso de trabajo, de tal manera que, el artículo 15 párr. 1º LODLE, señala que los extranjeros mayores de dieciséis años que deseen fijar residencia en España para ejercer en ella cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena, habrán de obtener, simultáneamente con el permiso de residencia, que expide el Ministerio del Interior, el permiso de trabajo, cuyo otorgamiento corresponderá al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y que tendrá una duración máxima de cinco años.

Los siguientes documentos también son válidos como autorizaciones para trabajar:

- el documento de identidad de los refugiados⁷² y la concesión de un permiso de residencia por circunstancias excepcionales⁷³ del Reglamento de Ejecución de la Ley de Asilo.

⁷¹ La STC 107/1984, de 24 de noviembre, señala que el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo no se opone a la Constitución, en esta materia nada exige que deba existir igualdad de trato.

⁷²Habilitará para el ejercicio de una actividad lucrativa, laboral o profesional, el documento de identidad de los refugiados y de los familiares a quienes se haya reconocido la extensión familiar para residir en España.

- la tarjeta de estudiante⁷⁴.
- la autorización colectiva para realizar una actividad de forma conjunta o coordinada⁷⁵.
- aquellos documentos oficiales o privados que reúnan las condiciones que se determinen⁷⁶.

La exigencia de la necesidad de autorización para trabajar debe ser observada por el empresario, estableciéndose la prohibición de contratar a un extranjero que no esté exceptuado de la obligación de proveerse de un permiso de trabajo⁷⁷.

Los extranjeros que se encuentran exceptuados de la obligación de proveerse del permiso de trabajo, para el ejercicio de las actividades que motivan la excepción⁷⁸, vienen recogidos en el artículo 16 LODLE⁷⁹, y son:

⁷³ La concesión de un permiso de residencia por circunstancias excepcionales, en los supuestos previstos en la disposición adicional primera del Reglamento para la aplicación de la Ley de Asilo y la condición de refugiado, habilitará para el ejercicio de una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena, durante el tiempo de su vigencia.

⁷⁴ Los extranjeros documentados con tarjeta de estudiante podrán ser excepcionalmente autorizados a realizar actividades lucrativas, siempre que dichas actividades sean compatibles con la realización de los estudios y los ingresos obtenidos no tengan el carácter de recurso necesario para su sustento o estancia. Los contratos deberán formalizarse por escrito, y se ajustarán a la modalidad de contrato de trabajo a tiempo parcial, o de ser a jornada completa, su duración no podrá superar los tres meses ni coincidir con los períodos lectivos.

⁷⁵ En caso de tratarse de grupos o equipos que realizan la actividad de forma conjunta o coordinada, el permiso individual de trabajo por cuenta ajena podrá ser sustituido por una autorización colectiva. Esta autorización se solicitará para la realización de una obra o servicio determinado y no podrá tener una duración superior a los seis meses ni ser objeto de renovación.

⁷⁶ Cuando circunstancias especiales lo aconsejen, la Dirección General de Migraciones podrá conceder validez de permiso de trabajo a aquellos documentos oficiales o privados que reúnan las condiciones que se determinen.

⁷⁷ Así lo señala el art. 71.2 RDLE.

⁷⁸ El tiempo en que se encuentren exceptuadas de dicha obligación, no será tenido en cuenta como período trabajado en España a efectos de la concesión de permisos de trabajo.

⁷⁹ Se faculta al Ministerio de Asuntos Exteriores, de acuerdo con el Ministerio de Asuntos Sociales para determinar las condiciones que han de cumplir las personas comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 2 de la Ley Orgánica 7/1985, a efectos de obtener permiso de trabajo.

a) Los técnicos y científicos extranjeros invitados o contratados por el Estado.

b) Los profesores extranjeros invitados o contratados por una universidad española.

c) El personal directivo y el profesorado extranjero de instituciones culturales y docentes dependientes de otros Estados, o privadas, de acreditado prestigio, oficialmente reconocidas por España, que desarrollen en nuestro país programas culturales y docentes de sus países respectivos, en tanto limiten su actividad a la ejecución de tales programas.

d) Los funcionarios civiles o militares de las Administraciones estatales extranjeras, no contemplados en el artículo segundo, que vengan a España para desarrollar actividades, en virtud de acuerdos de cooperación con la Administración española.

e) Los corresponsales de medios de comunicación social extranjeros, debidamente acreditados para el ejercicio de actividad informativa.

f) Los miembros de misiones científicas internacionales que realicen trabajos e investigaciones en España, autorizados por el Estado.

g) Los ministros, religiosos o representantes de las diferentes Iglesias y Confesiones, debidamente inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, en tanto limiten su actividad a funciones estrictamente religiosas.

h) Los artistas que vengan a España a realizar actuaciones concretas que no supongan una actividad continuada.

i) Las personas originarias de la ciudad de Gibraltar que pretendan realizar una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia.

Para determinar que las personas mencionadas se las pueden considerar exceptuadas de la obligación de obtener un permiso de trabajo, se faculta al Ministerio de Asuntos Sociales, de acuerdo con los Ministerios de Asuntos Exteriores, de Interior y de Trabajo y Seguridad Social, para determinar las condiciones que han de cumplir estas personas.

6.2.2.- Establecimiento de un contingente: Referencia al contingente para el año 1997.

Un concepto similar al de "cupos" se contiene en el artículo 70 del Reglamento cuando hace referencia al "establecimiento de un contingente". El sistema de contingentes

pretende la canalización de los flujos migratorios hacia las actividades que no son absorbidas dentro del mercado español o comunitario. Un objetivo que también pretende el sistema tradicional de permisos de trabajo que condiciona la concesión a la situación nacional de empleo. Puesto que por el objetivo pretendido no se justifica este sistema de contingente, podría pensarse que el sistema español de extranjería intenta introducir un sistema de cupos que, hoy por hoy, es alternativo al de permisos por contrato concreto, pero que bien podría ir sustituyéndolo progresivamente⁸⁰.

Se podrá establecer un contingente de trabajadores extranjeros no comunitarios, con objeto de garantizar la cobertura de aquellas ofertas de empleo no atendidas por el mercado nacional de trabajo para sectores y zonas geográficas determinadas⁸¹, y, en su caso, establecer un procedimiento específico para su gestión⁸².

Lo acordará el Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social, y de Asuntos Sociales, previa consulta con las organizaciones sociales y empresariales más representativas, e informe de la Comisión Interministerial de Extranjería.

El Contingente del año 1997 se estableció por Resolución de 31 de enero de 1997. Este Acuerdo por el que se fija el contingente de autorizaciones para el empleo de ciudadanos extranjeros no comunitarios fue aprobado por el Consejo de Ministros, en su reunión del día 24 de enero, a propuesta de

⁸⁰ BALLESTER PASTOR María Amparo. "El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España". Tirant lo blanch. Valencia. 1997. Pág. 88.

⁸¹ Tras el análisis del sistema de contingentes recientemente introducido, se tiene la impresión de que se está produciendo un tránsito hacia un sistema mixto de permisos de trabajo, por razón del objeto de la contratación. Parecería que el sistema de contingentes, reducido a sectores de actividad en los que existe menor demanda por los trabajadores españoles y comunitarios, se regiría por criterios estrictamente cuantitativos (cupos) sin resultar necesaria una averiguación excesiva de la situación nacional de empleo (la fijación previa de un número máximo de determinará el número de contratos que no amenazarían la situación nacional de empleo). Presumiblemente, superados estos cupos, resultaría necesario probar que no afectan a la situación nacional del empleo, utilizando para ello los trámites establecidos genéricamente para la concesión de los permisos de trabajo. Para el resto de los trabajos, para los que teóricamente habría confluencia de intereses con los trabajadores españoles y comunitarios se aplicaría el sistema ordinario de permisos, con la correspondiente averiguación de la situación nacional de empleo. (Ballester Pastor, op. cit., páginas 89 y 90).

⁸² Artículo 70 RDLE.

los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, de Asuntos Exteriores y del Interior.

En el Preámbulo de dicha Resolución se señala que la Proposición no de Ley relativa a la situación de los extranjeros en España, adoptada por el Congreso de los Diputados el 9 de abril de 1991, fijó las líneas básicas de la política migratoria en nuestro país, señalando la necesidad de regular la llegada de inmigrantes de forma gradual e instando al Gobierno a tomar la iniciativa en la canalización y organización de los flujos de inmigración legal en función de las necesidades de mano de obra de la economía española y de la capacidad de absorción de la sociedad.

En cumplimiento de este mandato, el Gobierno ha acordado en los años 1993, 1994 y 1995, el establecimiento de contingentes de autorizaciones para el empleo de ciudadanos extranjeros no comunitarios, con la finalidad de canalizar de manera ágil y eficaz la cobertura de las ofertas de empleo que el mercado de trabajo no alcanza a atender.

La tramitación de las ofertas de empleo para trabajadores extranjeros, al amparo de los acuerdos mencionados, ha contribuido a una mejor ordenación del mercado de trabajo, confirmando aquellos sectores de actividad donde se encuentran las demandas que no son atendidas por el mercado de trabajo nacional a pesar de la existencia de desempleo, permitiendo la normalización de la actividad laboral desarrollada por trabajadores extranjeros en estos sectores y garantizando la preferencia de la mano de obra española, comunitaria y extranjera legalmente residente en nuestro país.

El establecimiento de contingentes, como medida de canalización de la inmigración laboral, se ha incorporado en el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

Por otro lado, el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 24 de septiembre de 1996, ha reiterado las líneas básicas establecidas en 1991, instando al Gobierno a fijar anualmente los contingentes en número suficiente según las necesidades de los diferentes sectores implicados y la propia capacidad de las Administraciones para desarrollar medidas de integración de los inmigrantes.

Una vez concluido el procedimiento de resolución de las solicitudes presentadas para acogerse al contingente de 1995 y teniendo en cuenta la falta de fijación de un contingente durante 1996, se considera necesario dar cumplimiento al mandato señalado, consolidando la política de contingentes iniciada en 1993, mediante el establecimiento de un nuevo contingente de autorizaciones para el año 1997, como instrumento encaminado a regular la inmigración laboral hacia nuestro país.

Se considera igualmente necesario que el nuevo contingente de autorizaciones para 1997 diversifique los sectores de actividad, con el objetivo de que las ofertas respondan a la realidad del mercado de trabajo, y que se mantenga el procedimiento para la gestión de las ofertas utilizado en 1995, garantizando la claridad en los requisitos y la agilidad en la resolución.

Contingente para 1997.

Se establece para el año 1997 un contingente para el empleo de ciudadanos extranjeros no comunitarios de hasta 15.000 autorizaciones, según el desglose sectorial que figura en el anexo.

La Comisión de Flujos Migratorios, Promoción e Integración Social de Inmigrantes y Refugiados, delegada de la Comisión Interministerial de Extranjería, concretará la distribución provincial y sectorial del contingente previsto en el anexo al presente Acuerdo. Igualmente, podrá realizar las variaciones que sean necesarias en la distribución cuando las necesidades del mercado de trabajo, las solicitudes presentadas o cualquier otra circunstancia lo aconsejen.

Criterios de tramitación.

Las ofertas se atenderán, de acuerdo con el desglose establecido, según el orden de presentación hasta la cobertura, en su caso, del contingente autorizado.

Las ofertas serán valoradas teniendo en cuenta las circunstancias laborales, profesionales o personales que las justifiquen, la capacidad del empleador para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, así como las causas que impidan la concesión del permiso de residencia o la expedición del visado.

La tramitación de autorizaciones dentro del contingente respetará las preferencias previstas en la Ley Orgánica 7/1985. Igualmente se concederá trato preferente a los extranjeros no comunitarios que se encuentren en alguna de las categorías de familiares de residentes extranjeros que puedan solicitar visado por motivos de reagrupación familiar.

Las ofertas se atenderán considerando el principio de preferencia de la mano de obra española, comunitaria y extranjera legalmente residente en España. A tal efecto, si se considera necesario, se podrán analizar las circunstancias concretas y situación de empleo a cuyo ámbito se refiera una oferta.

Instrumentación.

Los empleadores, individualmente o a través de sus organizaciones, formularán las ofertas de empleo, expresando las condiciones laborales y, en su caso, de viaje y alojamiento.

Las ofertas de empleo se dirigirán a las Direcciones Provinciales de Trabajo y Asuntos Sociales, según los formularios y requisitos establecidos al efecto.

Las ofertas se valorarán por las Direcciones Provinciales de Trabajo y Asuntos Sociales y se remitirán, a través de la Dirección General de Trabajo y Migraciones, a la Dirección General de Asuntos Jurídicos y Consulares, que cursará las instrucciones oportunas a las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares españolas en los países correspondientes, para la adecuada difusión de la oferta, la recepción de la documentación, tramitación y expedición de los correspondientes visados.

Los permisos de trabajo y residencia que se concedan al amparo del contingente se adaptarán a las características previstas en la normativa vigente, y se tramitarán por las Direcciones Provinciales de Trabajo y Asuntos Sociales o por las oficinas de extranjeros, donde estuvieran constituidas.

El plazo para la presentación de las ofertas comenzará el 17 de febrero de 1997. Las Direcciones Provinciales de Trabajo y Asuntos Sociales cerrarán la presentación de solicitudes cuando se alcance la cobertura del contingente asignado a cada provincia. En todo caso, la presentación de solicitudes finalizará el día 31 de diciembre de 1997.

Para el desarrollo del presente Acuerdo se aplicarán los requisitos y procedimiento establecidos en las instrucciones aprobadas para el año 1995. Asimismo, los Ministerios competentes aprobarán, con anterioridad al comienzo de la aplicación del contingente para 1997, un texto refundido de las mencionadas instrucciones adaptado a lo dispuesto en el presente Acuerdo y en la normativa vigente.

Grupo de trabajo.

Se constituye un grupo de trabajo, ubicado en la Dirección General de Trabajo y Migraciones, con la participación de los Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales, de Asuntos Exteriores y del Interior, que coordinará las actuaciones de los distintos Departamentos en la tramitación de las ofertas.

Igualmente se podrán constituir grupos de trabajo a nivel provincial integrados por representantes de los Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales y del Interior.

Ejecución y desarrollo.

Se autoriza a los Ministerios competentes a que se adopten las medidas necesarias para la ejecución del presente Acuerdo.

En total nos encontramos con 15.000 ofertas de trabajo, con la siguiente distribución sectorial:

Sectores de actividad	Total ofertas de trabajo
Agrícola y ganadero	5.820
Construcción	620
Servicio Doméstico	5.620
Otros Servicios	2.940

6.3.- CLASES DE PERMISOS DE TRABAJO.

El permiso para trabajar en España podrá revestir los tipos y modalidades siguientes:

I. Permiso de trabajo por cuenta ajena⁸³:

1. Tipo A. Este tipo de permiso se concede para realizar actividades de temporada o de trabajos de duración limitada, tales como montaje, reparación o revisión de maquinaria, instalaciones y equipos.

La autoridad que lo concede podrá limitar su validez a un solo empresario, contrato de trabajo o ámbito geográfico.

Su duración coincidirá con la del contrato que lo sustenta. Podrá ser prorrogado cuando se prolongue la actividad para la que se concedió. No obstante, la duración máxima no podrá exceder de nueve meses, incluida la prórroga y no podrá ser renovado.

2. Tipo b (inicial). Esta modalidad de permiso permite trabajar en una profesión, actividad y ámbito geográfico concretos. La autoridad que lo concede podrá limitarlo a una empresa determinada y su vigencia será la establecida en el contrato de trabajo, con el límite de un año.

3. Tipo B (renovado). El permiso de modalidad B permite desarrollar varias profesiones o actividades durante un período de dos años. Por razones fundadas la autoridad competente que lo concede podrá limitarlo a un ámbito geográfico determinado o a una actividad concreta. Pueden obtener este permiso los titulares de un permiso de tipo b, al término de su vigencia.

4. Tipo C. El permiso de tipo C permite desarrollar cualquier actividad en todo el territorio nacional. Tiene una validez de tres años. Pueden obtener este permiso⁸⁴ los titulares de un permiso B (renovado) al término de su vigencia.

⁸³ Alonso Olea, señala que por trabajador por cuenta ajena hay que entender a aquel "ligado por un contrato de trabajo, conforme al Estatuto de Trabajadores". (Derecho al Trabajo, Madrid, 1983, página 91).

⁸⁴ El período de trabajo exigido para obtener un permiso de clase C se reducirá a dos años, para los titulares de un permiso de tipo B (renovados) en quienes concurra una de las circunstancias señaladas en el artículo 79 RDLE. Estas circunstancias son las siguientes:

- a) Ser nacional de un país iberoamericano, Guinea Ecuatorial, Filipinas o Andorra, o de origen sefardí.
- b) Ser originario de Gibraltar.
- c) Haber nacido en España o haber tenido la nacionalidad española.
- d) Ser hijo o nieto de español de origen.
- e) Haber residido de forma ininterrumpida en España durante los últimos cinco años.
- f) Ser cónyuge o hijo de un trabajador extranjero con permiso de tipo C, E o permanente.

II. Permiso de trabajo por cuenta propia⁸⁵:

1. Tipo d (inicial). Esta modalidad se otorga para el ejercicio de una actividad concreta, y tendrá un año de validez. La autoridad laboral que lo concede podrá, por razones fundadas, limitar su vigencia a un ámbito geográfico determinado.

2. Tipo D (renovado). La modalidad D habilita para el ejercicio de varias actividades durante un período de dos años. Por razones fundadas la autoridad competente que lo concede podrá limitarlo a un ámbito geográfico determinado o a una actividad concreta. Pueden obtener este permiso los titulares de un permiso de modalidad d, al término de su vigencia.

3. Tipo E. El permiso de tipo E autoriza para desarrollar cualquier actividad, sin limitación geográfica. Tiene una validez de tres años. Pueden obtener este tipo de permiso⁸⁶ los titulares de uno anterior del tipo D (renovado), al término de su vigencia.

III. Permiso por cuenta propia o ajena para trabajadores fronterizos.

Tipo F. Se concederá este tipo de permiso a los trabajadores que desarrollen actividades lucrativas, laborales o profesionales por cuenta propia o ajena en las zonas fronterizas del territorio español y que regresan diariamente a la zona fronteriza de un país vecino, en el que residen. Tendrá una vigencia máxima de cinco años y será renovable.

IV. Permiso permanente.

g) Tener a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española.

⁸⁵ Alonso Olea entiende por trabajador autónomo a aquel "quien dedica su actividad a la producción de bienes y servicios sin estar ligado por un contrato, esto es, sin haber cedido a tercero, previamente a su ejecución, la titularidad de los frutos de su trabajo".

⁸⁶ El período de trabajo exigido para obtener un permiso de clase E se reducirá a dos años, para los titulares de un permiso de tipo D (renovados) en quienes concurra una de las circunstancias señaladas en el artículo 79 RDLE.

El permiso de trabajo permanente permite ejercer cualquier tipo de actividad, tanto por cuenta propia como ajena, sin otro tipo de limitación que la derivada de la titulación o habilitación necesarias para el ejercicio de la actividad profesional de que se trate. Podrán obtener este tipo de permiso los titulares de un permiso de tipo C o E, al término de su vigencia. El permiso de trabajo permanente tiene una validez indefinida, pero su titular estará obligado a renovar la tarjeta que documenta el mismo cada cinco años.

V. Permiso extraordinario.

Los ciudadanos extranjeros, que hubiesen contribuido de forma notoria al progreso económico o cultural de España, podrán obtener un permiso de trabajo extraordinario con validez para todo el territorio y habilitación para el ejercicio de cualquier actividad por cuenta ajena o propia, siempre que posean la titulación o habilitación necesarias, y sin limitación en cuanto a su vigencia. Las tarjetas que documentan los permisos de trabajo extraordinarios habrán de ser renovadas cada cinco años.

6.4.- REGIMEN DE CONCESION Y RENOVACION DE LOS PERMISOS DE TRABAJO.

6.4.1.- Cuestiones a tener en cuenta por la autoridad competente para la concesión del permiso de trabajo.

La autoridad competente, para la concesión de un permiso de trabajo debe de tener en cuenta una serie de elementos⁸⁷

⁸⁷ Para la concesión y renovación del permiso de trabajo se apreciarán las siguientes circunstancias:

- a) La existencia de trabajadores españoles en paro en la actividad que se proponga desempeñar el solicitante.
- b) La insuficiencia o escasez de mano de obra española en la actividad o profesión y zona geográfica en que se pretenda trabajar.
- c) El régimen de reciprocidad en el país de origen del extranjero.

Quando, por concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en los párrafos a) y b) anteriores, hubiera de limitarse la concesión de permisos de trabajo a los extranjeros, la autoridad Competente podrá, en aquellas actividades y profesiones que se determinen, ofrecer a las empresas interesadas la opción de contratar, junto al trabajador extranjero, a un

referidos a la situación de empleo y al mercado de trabajo, así como, cuando las hubiere, las preferencias que fueren aplicables.

Cuando el permiso sea para trabajar por cuenta propia, se valorará favorablemente el hecho de que su concesión implique la creación de nuevos puestos de trabajo para españoles o signifique la inversión o aportación de bienes susceptibles de promover el empleo nacional o de mejorar las condiciones en que se preste.

El Reglamento desarrolla este precepto en su artículo 76, estableciendo una diferenciación entre trabajadores por cuenta ajena y propia.

Así, para la concesión de los permisos de trabajo por cuenta ajena se tomarán en consideración los elementos siguientes:

a) Insuficiencia o escasez de mano de obra en la profesión, actividad y zona geográfica para las que se solicite el permiso.

b) Inexistencia de trabajadores españoles, comunitarios o extranjeros residentes legalmente en España, inscritos como demandantes del empleo en la zona geográfica correspondiente y en la actividad solicitada.

c) El régimen de reciprocidad existente en el país de origen del extranjero.

Sin embargo, para la concesión de los permisos de trabajo por cuenta propia se tomarán en consideración los elementos siguientes:

a) Incidencia de la actividad a realizar en la creación de empleo, aportación de capital, nuevas tecnologías o mejora de las condiciones de producción.

español, con capacidad y categoría profesional bastante, como adjunto del extranjero autorizado, con el compromiso por parte de éste y de la empresa de formar al español en la actividad profesional de que se trate.

Hemos de entender que estas opciones llevarán acarreadas algún tipo de beneficio fiscal o laboral para estos empresarios.

b) Que el solicitante reúne la cualificación profesional exigible así como que ha solicitado las autorizaciones exigibles para la instalación, apertura y funcionamiento de la actividad. Antes de la entrega del permiso deberá acreditarse que se dispone de las autorizaciones exigidas.

c) El régimen de reciprocidad existente en el país de origen del extranjero.

La Ley de Extranjería⁸⁸ señala la posibilidad de que, para un determinado grupo de extranjeros, se establezca un sistema de preferencias para la concesión y renovación del permiso de trabajo, si bien para su determinación se remite al desarrollo reglamentario. Las preferencias deben de establecerse para los extranjeros que se encuentren incurso en alguno de los siguientes supuestos:

- a) Que hayan nacido y se encuentren legalmente en España.
- b) Que se hallen casados con español o española y no estén separados de hecho o de derecho.
- c) Que tengan a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española.
- d) Que hubieran tenido la nacionalidad española de origen y deseen residir en España.
- e) Que sean descendientes de extranjeros que, habiendo tenido de origen la nacionalidad española, residan en España.
- f) Que se trate de iberoamericanos, portugueses, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos o sefardíes.
- g) Las personas originarias de la ciudad de Gibraltar, respecto de las actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta ajena.
- h) Que se encuentren ligados por parentesco de primer grado con el empresario que los contrate.
- i) Que se trate de puestos de trabajo de confianza, entendiéndose por tales:
 - Los de aquellos que legalmente ejercen la representación de la empresa.
 - Los de aquellas personas a cuyo favor se hubiera extendido un poder general.
- j) Que sean residentes en España durante los últimos cinco años.
- k) Que se trate del cónyuge o hijo de un extranjero que tenga permiso de trabajo.

⁸⁸ Art. 18 ap.3 LODLE

l) Que se trate de titular de un permiso de trabajo que pretenda su renovación, excepto en los trabajos de temporada o corta duración.

ll) Los que realicen labores de montaje o reparación de maquinaria o equipo importados.

m) Los trabajadores necesarios para el montaje y puesta en marcha de una empresa extranjera que se traslade total o parcialmente a España.

En la concesión inicial del permiso de trabajo se establecen, por el Reglamento de Ejecución de la Ley de Extranjería, dos tipos de preferencias⁸⁹, una ordinaria⁹⁰ (consistente en valorar como factor preferencial la concurrencia de determinadas circunstancias), y otra privilegiada⁹¹ (consistente en que para la concesión del permiso

⁸⁹ En virtud de lo dispuesto en el artículo 80.1 RDLE, y a pesar del sistema de preferencias establecido reglamentariamente, el titular del Ministerio de Asuntos Sociales, de acuerdo con el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, podrá por resolución motivada en cada caso, alterar el mismo cuando la situación nacional de empleo así lo aconseje.

⁹⁰ Las circunstancias que deben concurrir son las siguientes:

a) Ser familiar, no incluido en el supuesto contemplado en el párrafo f) del apartado anterior, de un trabajador extranjero residente en España.

b) Ser nacional de un país Iberoamericano, Filipinas, Guinea Ecuatorial, Andorra o personas de origen sefardí.

c) Haber residido en España durante los últimos cinco años.

d) Ser cónyuge o hijo dependiente de un extranjero con permiso de trabajo b (inicial), de duración no inferior a un año.

e) Tratar de un puesto de confianza. No se considerará la situación nacional de empleo, en relación con esta última circunstancia, en aquellos supuestos que establezca la Dirección General de Migraciones.

f) Considerarse personal clave de una empresa extranjera que se instale en España.

⁹¹ Dentro de este grupo se encontrarían los extranjeros que acrediten cualquiera de las circunstancias siguientes:

a) Haber sido español.

b) Ser hijo o nieto de español de origen.

c) Tener a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española.

d) Hallarse ligado por parentesco de primer grado con el empresario contratante, salvo que se trate de empleados de hogar.

e) Haber nacido y residir legalmente en España.

f) Ser cónyuge, o hijo de trabajador extranjero que posea un permiso no inicial de trabajo.

g) Tener permiso de residencia permanente en España.

de trabajo no se tendrá en cuenta ni la situación nacional de empleo ni su incidencia en el mercado de trabajo, haciendo prácticamente instantánea la concesión de dichos permisos).

6.4.2.- Cuestiones a tener en cuenta para la renovación de los permisos.

Se entiende por renovación tanto la prórroga de un permiso anterior como la concesión, sin solución de continuidad, de otro permiso de trabajo de distinto tipo.

La autoridad competente renovará, en todo caso, los permisos de trabajo cuando el titular se halle en situación de baja laboral derivada de accidente de trabajo o enfermedad profesional y maternidad.

Para la renovación de los permisos de trabajo por cuenta propia o ajena se considerarán las circunstancias siguientes⁹²:

a) Ocupación regular y estable durante la vigencia del anterior permiso.

b) Cumplimiento de las obligaciones fiscales y de Seguridad Social, en particular, si el sujeto responsable del cumplimiento es el propio trabajador.

c) Continuidad en la relación laboral, actividad empresarial o nueva oferta de empleo formulada por empresario responsable.

h) Haber tenido la condición de refugiado o asilado. Esta preferencia se mantendrá durante los doce meses siguientes a la pérdida de la mencionada condición.

i) Los trabajadores que realicen labores de montaje o reparación de maquinaria y equipos importados, o instalaciones de una empresa extranjera que se traslade total o parcialmente a España, con justificación de haber presentado la comunicación preceptiva ante el órgano competente en materia de industria.

j) Los solicitantes de asilo, de conformidad con lo previsto en el artículo 15 del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, modificada por Ley 9/1994, de 19 de mayo.

k) Los desplazados, que sean titulares de un permiso de residencia, de conformidad con lo previsto en la disposición adicional primera del Reglamento de la aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.

⁹² Circunstancias recogidas en el artículo 78.2 RDLE.

d) El régimen de reciprocidad existente en el país de origen de los extranjeros.

Los permisos de trabajo permanentes se obtendrán a la expiración de los permisos de tipo C o E en tanto el titular continúe en activo, ya sea como trabajador o como demandante de empleo.

Los permisos de trabajo de tipo F se renovarán a su expiración en tanto el titular continúe en activo y subsistan las circunstancias que motivaron su concesión.

Los descubiertos en la cotización a la Seguridad Social no impedirán la renovación de los permisos de trabajo por cuenta ajena, siempre que pueda acreditarse la realización habitual de la actividad. La autoridad competente pondrá en conocimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social la situación de descubierto en la cotización a efectos de que se lleven a cabo las actuaciones que procedan.

6.4.3.- Principio de reciprocidad.

En aplicación del principio de reciprocidad, en los supuestos en que los ciudadanos españoles reciban en otros países un trato claramente discriminatorio respecto de los plazos y condiciones previstos para los extranjeros en España, el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Asuntos Exteriores y oída la Comisión Interministerial de Extranjería, podrá aplicar a los nacionales de dichos países, en tanto subsista el trato discriminatorio, el régimen inicial de obtención y renovación de los permisos de trabajo y residencia, siempre que resulte compatible con el principio de reciprocidad.

A estos efectos, la reciprocidad se entenderá y aplicará como resultado del conjunto de disposiciones limitativas o favorables a que los españoles sean sometidos en otros países, tanto para permitir o no su acceso al mercado de trabajo como para ejercer su actividad profesional, o respecto de los plazos de vigencia de los permisos que expidan a los españoles.

6.5.- MODIFICACION DE PERMISOS.

La autoridad que concede el permiso podrá modificar su alcance en cuanto a empleador, sector de actividad, zona geográfica o circunstancias personales o profesionales del titular, a petición del solicitante y mediante resolución motivada.

El nuevo permiso no se considera renovación y tendrá vigencia únicamente durante el tiempo que restase al permiso que sustituye, y no originará el abono de tasas salvo las derivadas de la expedición de la nueva tarjeta.

6.6.- DENEGACION DE LOS PERMISOS.

La autoridad competente denegará el permiso de trabajo de tipo A y b (inicial) en los supuestos siguientes:

- Cuando lo aconseje la situación nacional de empleo, sin perjuicio de las preferencias y excepciones establecidas en el presente Reglamento.

- Cuando las condiciones fijadas en el contrato que acompaña a la solicitud fueran inferiores a las establecidas por la normativa vigente para la misma actividad, categoría y localidad.

- Cuando la petición para emplear a trabajadores extranjeros sea formulada por persona no autorizada legalmente para residir o trabajar en España o no haya designado representante en España, en caso de residir en el extranjero.

- Cuando en los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud, la empresa haya amortizado los puestos de trabajo que pretende cubrir por despido declarado judicialmente nulo o improcedente o reconocido como tal en acto de conciliación, expediente de regulación de empleo por causas tecnológicas o económicas, o por la causa prevista en el párrafo c) del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores.

- Cuando el empleador solicitante haya incumplido de forma notoria la legislación social, en particular, la relativa a inmigración.

- Cuando la oferta de empleo sea formulada por empresario aparente, o existan dudas razonables sobre su capacidad o

solvencia para hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato.

- Cuando, para fundamentar la petición, se hayan presentado documentos falsos o formulado alegaciones inexactas.

- Cuando concorra cualquier otra causa que sea considerada motivo suficiente por la autoridad competente, mediante resolución debidamente motivada.

Serán causas de denegación del permiso de modalidad d) (inicial) las siguientes:

- Cuando, a la vista de los informes, se considere que la actividad proyectada no favorece la creación de puestos de trabajo o la inversión resulta irrelevante para la economía nacional.

- En el caso que, por razones de competencia afecte de forma grave al sector en el que se pretende realizar la actividad para la que se solicita.

- Si, durante la tramitación del expediente, se aprecia la concurrencia de alegaciones inexactas o presentado documentos falsos para fundamentar la petición; o, cuando concorra cualquier otra causa que sea considerada motivo suficiente por la autoridad competente.

Se denegarán las solicitudes de permisos de trabajo de modalidad B y D (renovados) y de tipo C o E, en su concesión inicial, con carácter general cuando no se acrediten los requisitos exigidos para la renovación⁹³, haya permanecido el trabajador extranjero fuera del territorio nacional durante más de seis meses de forma ininterrumpida, o en la tramitación del expediente concurren circunstancias encuadrables en los supuestos que dan lugar a la denegación de los permisos de

⁹³ Son los señalados en el artículo 78.2 RDLE, siendo estos los siguientes:

a) Ocupación regular y estable durante la vigencia del anterior permiso.

b) Cumplimiento de las obligaciones fiscales y de Seguridad Social, en particular si el sujeto responsable del cumplimiento es el propio trabajador.

c) Continuidad en la relación laboral, actividad empresarial o nueva oferta de empleo formulada por empresario responsable.

d) El régimen de reciprocidad existente en el país de origen de los extranjeros.

trabajo de tipo A y d (inicial), a excepción de la que hace referencia a la situación nacional de empleo.

Se denegarán los permisos de tipo F, además de por la concurrencia de alguna de las causas generales de aplicación, por la pérdida de la condición de trabajador fronterizo.

6.7.- EXTINCION DE LOS PERMISOS.

El permiso de trabajo se extinguirá por resolución⁹⁴ motivada de la autoridad competente⁹⁵, cuando se comprobare:

- que no eran ciertas las alegaciones presentadas para justificar la solicitud,
- o que, las condiciones impuestas para su concesión no se han cumplido.

6.8.- INICIACION DEL EXPEDIENTE DE CONCESION DE LOS PERMISOS DE TRABAJO.

A- Solicitud y sujetos legitimados para solicitar⁹⁶ la concesión inicial de los permisos o de su renovación.

Los interesados deberán presentar su solicitud por si mismos o por representante debidamente acreditado, en modelo

⁹⁴ De la resolución se dará traslado a la autoridad gubernativa, a efectos de que resuelva lo que proceda en relación con la autorización de residencia.

⁹⁵ conforme a los trámites previstos en el Real Decreto 1778/1994, de 5 de agosto.

⁹⁶ Señala Parejo Alfonso que "en el caso de trabajo por cuenta ajena, el llamado a y, por tanto legitimado para formular la correspondiente solicitud de otorgamiento del permiso de trabajo, es precisamente el empresario y no el trabajador. Este puede, no obstante, deducir dicha solicitud en caso de incumplimiento por aquél de su obligación en tal sentido. Por contra, cuando se pretenda obtener un permiso legitimador del derecho a desarrollar cualquier actividad en cualquier parte del territorio nacional (en su caso, con carácter permanente) o para emprender actividades por cuenta propia, es el propio trabajador el que directamente ha de presentar la correspondiente solicitud. (Parejo Alfonso, Luciano. "El Régimen de permanencia de los extranjeros". Derecho de Extranjería, Asilo y Regugio. Fernando M. Mariño y otros. Ministerio de Asuntos Sociales. 1995. Páginas 359 y 360.

oficial que se establezca por el Ministerio de Interior y Asuntos Sociales, y que se facilitará en las dependencias de los órganos encargados de su tramitación, acompañada de los documentos que en cada caso se determinan en función del tipo de permiso de que se trate.

Están legitimados para presentar la solicitud de permiso de trabajo, que habrá de efectuarse conjuntamente con la del correspondiente permiso de residencia:

a) El empresario o empleador que pretenda emplear al extranjero, cuando se trate del ejercicio de actividades laborales por cuenta ajena.

b) El empleador o empresario, beneficiario de la prestación de servicios realizados por trabajadores extranjeros desplazados en virtud de contrato suscrito con empresa residente fuera de España.

c) La persona que ostente la representación o actúe por delegación del empleador residente en el extranjero.

d) El propio extranjero, cuando se trate de un permiso de trabajo de clase C, permanente, extraordinario, o de un permiso de trabajo para el ejercicio de actividades por cuenta propia.

Si el empresario o empleador a quien incumbe la obligación de solicitar el permiso de trabajo por cuenta ajena no la cumple podrá el propio trabajador extranjero solicitar directamente la concesión de dicho permiso, sin perjuicio de que se hagan efectivas las responsabilidades en que aquél hubiera incurrido y de que se impongan las sanciones que sean procedentes.

B.- Presentación de la solicitud ante los órganos encargados de su tramitación.

El lugar de presentación de la solicitud vendrá en función de que el sujeto legitimado se encuentra en territorio español o en territorio extranjero.

Si se encuentra en territorio español, podrá presentarse

- en las Direcciones Provinciales de Trabajo, Seguridad Social y de Asuntos Sociales.

- en las Oficinas de Extranjeros.

- en la Dirección General de Migraciones, en los casos en que se trate de permisos de trabajo cuya resolución esté atribuida a dicho centro directivo.

- y, además en los lugares señalados en el artículo 38.4 de la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Y, caso de encontrarse en territorio extranjero, la solicitud deberá presentarse ante la Misión Diplomática u Oficina Consular en cuya demarcación resida.

C.- Plazos para la presentación de la solicitud⁹⁷.

Plazo para la primera concesión.

Las solicitudes, cuando se trate de una primera concesión, habrán de presentarse, en todo caso, antes de iniciarse la actividad laboral, profesional o prestación de servicios pretendida por el solicitante, sin que el ejercicio de dicha actividad pueda iniciarse hasta la notificación de la concesión del permiso correspondiente.

Plazo para la renovación.

Las renovaciones de los permisos deberán solicitarse con una antelación de un mes a la fecha de su vencimiento. No obstante, podrá renovarse, como si se tratase de un permiso de trabajo en vigor, cumpliéndose todos los requisitos exigidos, y sin perjuicio de las sanciones que procedan, siempre que se solicite durante los tres meses posteriores a la fecha de su expiración.

En ningún caso podrá concederse la renovación de un permiso de trabajo transcurridos tres meses desde su vencimiento o si el interesado ha residido más de seis meses de forma continuada fuera de España.

⁹⁷ Vienen regulados en el artículo 88 RDLE.

D.- Efectos de la presentación de la solicitud.

- Expedición de un resguardo.

Una vez presentada la solicitud, se expedirá al solicitante un resguardo, haciéndose constar en el mismo la solicitud formulada, así como la fecha de su presentación.

- Si fuera de renovación, el resguardo prorroga la validez del anterior y surte sus mismos efectos en el ámbito laboral y de la Seguridad Social hasta la resolución del expediente.

Si se tratase de la solicitud de un permiso inicial de trabajo (A, b inicial y d inicial), en principio, hasta que se conceda, no tiene ninguna consecuencia, ello es debido a que hasta que se conceda el primer permiso de trabajo no puede el extranjero ejercer ninguna actividad lucrativa, por cuenta ajena o propia, salvo que se encontrase, exento de la expedición de dicho permiso, y en cuanto a su permanencia en territorio español, tiene que encontrarse amparada por un permiso de residencia, por un visado o encontrarse en una situación de estancia que se encuentre exenta de la necesidad de visado.

E.- Documentación para la concesión inicial del permiso.

Para la concesión inicial del permiso de trabajo, junto al modelo oficial de solicitud, se presentarán los documentos siguientes:

1. Referidos al trabajador extranjero:

- Copia de su pasaporte o documento de viaje, en vigor.
- Certificado de antecedentes penales expedido por las autoridades del país de origen, o de residencia en el extranjero, salvo que lo haya aportado para la obtención del visado.
- Certificado médico oficial, si reside en el extranjero y no lo hubiese aportado para obtener el visado.

- Tres fotografías, tamaño carné.

- Aquellos documentos que justifiquen, que concurren si son alegados por el interesado, alguna o algunas de las preferencias o, en su caso, que posee la titulación o capacitación exigida para el ejercicio de la profesión.

2. En relación con la empresa que contrate trabajadores:

- El documento nacional de identidad o código de identificación fiscal y número de inscripción en la Seguridad Social, o documento acreditativo de hallarse exento.

- Oferta de trabajo en que figuren los elementos esenciales y las condiciones básicas de la prestación laboral, cumplimentado en el modelo establecido por la Dirección General de Migraciones.

- En su caso, memoria descriptiva de las actividades de la empresa o del puesto de trabajo de que se trate, que justifique la contratación o desplazamiento de los trabajadores extranjeros.

- Igualmente, se podrán solicitar los documentos que se consideren necesarios para acreditar la capacidad o solvencia del empleador para hacer frente a las obligaciones dimanantes del contrato de trabajo.

3. Para solicitar un permiso de trabajo por cuenta propia, además de los requisitos del punto 1, los interesados deberán aportar los documentos siguientes:

- Proyecto del establecimiento o actividad a realizar, con indicación de la inversión prevista, su rentabilidad y puestos de trabajo de nueva creación, salvo que se hubiera aportado junto con la solicitud de visado.

- Acreditación de que se han solicitado las autorizaciones o licencias exigidas para la instalación, apertura o funcionamiento de la actividad proyectada o para el ejercicio profesional. Antes de la entrega del permiso deberá acreditarse que se dispone de las autorizaciones o licencias exigidas.

4. Para la concesión de los permisos de tipo F, se presentarán los documentos señalados en los apartados anteriores, en función de la naturaleza de la actividad a desarrollar, y el certificado de residencia en el país fronterizo.

5. Para la concesión de los permisos permanentes y extraordinarios será necesario aportar, junto al modelo de solicitud, los documentos siguientes:

- Copia del pasaporte o documento de viaje, en vigor.
- Copia, en su caso, del permiso anterior.
- Tres fotografías del formato establecido para la concesión inicial.
- Acreditación de que el interesado continúa en activo.
- Acreditación de que posee la habilitación profesional para el ejercicio de la actividad que se desarrolla.

F.- Documentación para la renovación de los permisos.

Para la renovación de los permisos de tipo b o d y la obtención de los permisos de tipo C y E, además de la solicitud en modelo oficial, habrán de presentarse los documentos siguientes:

1. Referidos al trabajador:

- Copia del permiso de trabajo y residencia anterior.
- Copia del pasaporte o documento de viaje, en vigor.
- Tres fotografías de idéntico formato al exigido para la concesión inicial.
- Acreditación de alguna o algunas de las preferencias,, si se alegaren por el interesado.
- Habilitación profesional cuando el ejercicio de la actividad así lo exija.

2. Por parte del empresario:

- Contrato de trabajo u oferta formal de continuidad en la relación laboral, en el supuesto de trabajadores por cuenta ajena.

- Documentos acreditativos de la inscripción y cotización de la empresa a la Seguridad Social, así como de las obligaciones fiscales, en caso de trabajadores por cuenta propia.

- Cuando se cambie de empresario se podrá solicitar los documentos que acrediten la capacidad o solvencia del empleador; y si se cambia de actividad por cuenta propia, se podrá solicitar que aporte la documentación comprensiva del proyecto del establecimiento o actividad a realizar y aquella que acredite que ha solicitado las autorizaciones y licencias exigidas.

Para la renovación de los permisos de tipo F, además del modelo oficial de solicitud, será necesario aportar los documentos señalados en el apartado anterior, en función de la naturaleza de la actividad a desarrollar, y el certificado de residencia en el país fronterizo.

Para la renovación de las tarjetas que documentan los permisos permanentes o extraordinarios será necesario aportar, junto al modelo de solicitud, los mismos documentos que se exigen para su concesión.

6.9. - TRAMITACION.

6.9.1.- Organo encargado de la tramitación de la solicitud.

Si el extranjero se encontrase en territorio español el órgano competente para la tramitación del expediente sería la Oficina de Extranjeros, en las provincias en que la hubiere, y, en caso de no existir ésta, será competente para la instrucción el órgano que a su vez es competente para la resolución.

Cuando el trabajador extranjero no sea residente legal en España la autoridad competente no emitirá su correspondiente informe hasta tener constancia, de que la solicitud de visado ha sido presentada en forma por la Misión Diplomática u Oficina Consular.

En las provincias donde exista Oficina de Extranjeros, el procedimiento será instruido por ésta, elevándose a la autoridad competente la propuesta de resolución.

Si la solicitud se hubiera presentado en una Misión Diplomática u Oficina Consular española, dicha dependencia, a través del Ministerio de Asuntos Exteriores, remitirá aquélla, junto con su informe y la documentación correspondiente, a la autoridad competente, quien procederá a su tramitación.

6.9.2.- Trámites hasta la resolución.

1- Petición de informes.

La autoridad competente, al objeto de resolver adecuadamente las solicitudes de concesión de permisos de trabajo, podrá solicitar los informes que juzgue necesarios y, en particular:

a) Cuando se trate de trabajadores por cuenta ajena, de los servicios públicos de empleo, referida al área geográfica, actividad económica y grupo de ocupaciones, a que se refieran las solicitudes.

b) El del Ministerio de Comercio y Turismo, cuando se trate de prestaciones de servicios o actividades por cuenta propia, además de los servicios municipales competentes en cuyo ámbito se desarrolle la actividad.

Los informes reseñados no serán vinculantes y deberán ser emitidos en el plazo de quince días.

2- Examen de la documentación y de los informes, y confección de la propuesta de resolución.

3- Se remite, en su caso, a la autoridad competente para resolver.

4- La autoridad competente, a la vista de la documentación presentada y de los informes correspondientes, resolverá de forma motivada, otorgando o denegando el permiso de trabajo solicitado.

6.10.- RESOLUCION DEL EXPEDIENTE.

6.10.1.- Organos competentes para resolver el expediente laboral.

Corresponde a las Direcciones Provinciales de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales, la competencia para resolver sobre los diferentes permisos de trabajo establecidos en el presente Reglamento, tanto para trabajar por cuenta ajena como por cuenta propia.

Cuando se trate de permisos de trabajo que habiliten para el ejercicio de una actividad en más de un lugar o centros de trabajo, enclavados en distintas provincias, corresponderá su concesión a la Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales de una de aquellas provincias donde la empresa solicitante posea centro de trabajo o el propio interesado, caso de tratarse de trabajador por cuenta propia, pretenda desarrollar el ejercicio de su actividad principal.

Corresponde a la Dirección General de Migraciones la instrucción y resolución de las solicitudes de permiso de trabajo, presentadas por empresas con diversos centros de trabajo en distintas provincias y una plantilla superior a 100 trabajadores, que tuvieran centralizados sus servicios administrativos en Madrid. Asimismo, la Dirección General de Migraciones, cuando lo estime pertinente, podrá avocar el conocimiento y resolución de las solicitudes de permiso de trabajo establecidos en el presente Reglamento.

6.10.2.- Actuaciones posteriores a la resolución del expediente.

- La resolución favorable se notificará al interesado con indicación de las cantidades que corresponda abonar en concepto de tasas, permitiéndose a partir de ese momento el inicio de la actividad del trabajador y su afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social, sin perjuicio de que posteriormente pueda acordarse la denegación del permiso de residencia por la autoridad gubernativa. Las cuotas tributarias que corresponda abonar se ingresarán por el trabajador y por la empresa en el

plazo de ocho días desde que se notifique la concesión del permiso de trabajo, debiendo remitirse las cartas de pago acreditativas al organismo que resolvió en un plazo de ocho días desde la fecha en que se efectuó el pago.

- Si la autorización fuese para el ejercicio de actividades laborales por tiempo inferior a tres meses de duración, el permiso de trabajo expedido por la autoridad competente será entregado, previa notificación, directamente al interesado, quien deberá personarse en el plazo de diez días ante la autoridad gubernativa para comunicar dicha circunstancia. En caso contrario, el permiso de trabajo expedido carecerá de validez.

- Cuando se trate de una solicitud de permiso de trabajo inicial y el extranjero se halle fuera de España, si la resolución es favorable, la autoridad competente lo comunicará a la Dirección General de Asuntos Consulares para la concesión, en su caso, del visado para residencia.

En el caso de que la solicitud haya sido presentada en una Embajada u Oficina Consular española, la resolución será notificada al interesado por la mencionada dependencia, a través del Ministerio de Asuntos Exteriores.

- En aquellos casos en que la autoridad laboral competente acuerde denegar la solicitud del permiso de trabajo, notificará su resolución directamente al solicitante, comunicándolo, asimismo, a la autoridad gubernativa competente y, en caso de existir solicitud de visado de entrada, al Ministerio de Asuntos Exteriores.

- remisión a la autoridad gubernativa para la expedición y entrega de la tarjeta.

6.11.- EL PERMISO DE TRABAJO Y DE RESIDENCIA EN DOCUMENTO UNIFICADO.

La Ley de Extranjería⁹⁸ establece la obligación de extender en un documento unificado el permiso de residencia y de trabajo

⁹⁸ El artículo 15 párrafo 2 LODLE señala que los permisos de residencia y de trabajo, serán de idéntica duración y se expedirán en un documento unificado, cuya obtención y, en su caso, renovación, se ajustará, asimismo, a un procedimiento único que se determinará reglamentariamente.

del extranjero, si bien el procedimiento para su expedición se desarrollará reglamentariamente⁹⁹.

Una vez dictada resolución favorable sobre la solicitud de permiso de trabajo, la autoridad competente remitirá copia de aquélla con la documentación relativa a la residencia a la autoridad gubernativa competente, para la concesión, si procede, del correspondiente permiso de residencia.

La denegación de la solicitud de permiso de trabajo lleva aparejada la denegación de permiso de residencia que se solicita conjuntamente, sin perjuicio de que pueda solicitarse un permiso de residencia no lucrativa o continúe en vigor el permiso de residencia, si lo tuviere.

Serán competentes para la tramitación y resolución del permiso de residencia los órganos señalados en el capítulo 5. No obstante, en aquellos supuestos en los que resuelva directamente la Dirección General de Migraciones sobre la autorización para trabajar, la autorización de residencia será resuelta por la Comisaría General de Extranjería y Documentación de la Dirección General de la Policía.

La resolución que recaiga sobre el permiso de residencia será comunicada inmediatamente por la autoridad que la haya acordado a la autoridad que haya concedido el permiso de trabajo.

Una vez concedido el permiso de residencia le será entregada al extranjero una tarjeta individual acreditativa de la autorización de residencia y del permiso de trabajo, que habrá de retirar personalmente, previa justificación de haberse efectuado el ingreso de las tasas y derechos procedentes para su expedición, o del inicio de la vía de apremio para la exacción de la tasa no ingresada por la empresa en el plazo establecido.

⁹⁹ Viene determinado en el artículo 96 RDLE.

CAPITULO 7.- REGIMENES ESPECIALES.

La Ley Orgánica 7/1985 nos señala en su título V (arts. 22 a 24) una serie de especialidades dentro del régimen jurídico de los extranjeros. En concreto, nos señala tres grupos de extranjeros que dan lugar a tres regímenes especiales:

- el de aquellos extranjeros que no puedan ser documentados por las autoridades de ningún país y que desean ser documentados en España.

- los nacionales iberoamericanos, portugueses, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos, sefardíes y las personas originarias de la ciudad de Gibraltar,

- los estudiantes extranjeros.

7.1.- EXTRANJEROS QUE NO PUEDAN SER DOCUMENTADOS POR LAS AUTORIDADES DE NINGÚN PAÍS Y QUE DESEAN SER DOCUMENTADOS EN ESPAÑA.

Al extranjero que se encuentre en esta situación y se presente en dependencias del Ministerio del Interior, solicitando ser documentado por España, se le podrá conceder, con carácter excepcional un DOCUMENTO IDENTIFICATIVO (que consistirá primero en un documento de indentificación provisional y posteriormente en una cédula de inscripción), siempre que:

- el hecho de no poder ser documentado por las Autoridades de ningún país, sea por causa de carecer de nacionalidad o de cualquier otra causa insuperable,

- se practique una previa información para acreditar tales extremos,

- la petición debe ser personal y por escrito (art. 63.3 del Reglamento), y debe de realizarse en el momento en que se hubiere producido la indocumentación; o bien, la caducidad de la documentación anterior.

Las dependencias del Ministerio del Interior a las que se ha hecho referencia serán:

- la Comisaría General de Extranjería y Documentación de la Dirección General de la Policía,
- la Jefatura Superior de Policía,
- la Comisaría Provincial, y,
- la Comisaría Local de Policía,

Lógicamente, en el caso de estar el extranjero incurso en cualquiera de las causas de expulsión tasadas legalmente, se le denegará la documentación solicitada.

La inscripción del extranjero en las citadas dependencias del Ministerio del Interior, acarrea para éstos una serie de consecuencias positivas. Así:

- se le concede un DOCUMENTO IDENTIFICATIVO, que fijará el tiempo que se le autoriza a permanecer en España.
- puede solicitar la concesión de un permiso de trabajo, en las mismas condiciones que los demás extranjeros.
- se les proveerá de un título de viaje, que se ajustará al modelo oficial que se determine reglamentariamente, cuando deseen viajar al extranjero, que tendrá una vigencia máxima que en el mismo se exprese.
- el régimen jurídico de estos extranjeros no sufrirá restricciones por aplicación del principio de reciprocidad.

Para la concesión del DOCUMENTO DE IDENTIFICACION PROVISIONAL, que será otorgado por el Gobernador Civil, y que tendrá una vigencia de 3 meses, se practicarán las siguientes indagaciones:

1.- En el momento de la presentación del escrito de solicitud, el extranjero debe presentar, en el caso de que la tuviere, la siguiente documentación:

- cualquier documento, aún caducado, que pueda constituir indicios o pruebas de identidad, procedencia, nacionalidad y circunstancias personales,

- aquel documento que acredite que no puede ser documentado por la Misión Diplomática u Oficina consular correspondiente.

2.- Se buscará información (información inicial) sobre los antecedentes de interesado. Para una mejor consecución de ésta, se establece al extranjero solicitante una doble obligación, la de facilitar las referencias de que disponga y la de colaborar diligentemente en su consecución.

3.- Se comprobará que el extranjero no está incurso en ninguno de los supuestos de prohibición de entrada o de expulsión del territorio español.

Este documento de identificación provisional se concede en un período muy breve de tiempo, y, sobre la base de la información inicial que se tiene del extranjero. Es por ello, que la vigencia de este documento solo se extiende a tres meses, período que, en principio, se considera suficiente para completar la información sobre sus antecedentes.

El hecho de la indocumentación de un extranjero, unido a que solo se posee del mismo esa información inicial, lleva a que el artículo 63.7 del Reglamento establezca la posibilidad de establecer medidas cautelares respecto a aquel. Recordemos que según el artículo 6 de la Ley de Extranjería estas medidas pueden consistir en una presentación periódica ante las autoridades competentes, en un alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente o en una residencia obligatoria en determinado lugar. Además, estas medidas deberán basamentarse en razones de seguridad pública, y deberán ser adoptadas por el Ministerio del Interior, a propuesta de la Dirección General de la Policía.

Completada la información, el Gobernador Civil dispondrá su inscripción en un Sección especial del Registro de Extranjeros y le dotaran de una cédula de inscripción, siempre que:

- quede acreditado que no se encuentra en una causa de prohibición de entrada o de expulsión,
- abone las tasas fiscales que legalmente correspondan,
- desee permanecer en España.

La concesión de la cédula de inscripción, que deberá de renovarse anualmente, conlleva al titular de la misma, la facultad de solicitar el correspondiente permiso de residencia.

Esta cédula de inscripción perderá vigencia cuando el extranjero.

- sea documentado por otro país, o,
- adquiera la nacionalidad española o cualquier otra.

Cuando se denegare la solicitud o bien la concesión de la documentación, la resolución en que así se acuerde, y que deberá ser notificada a la interesada, acordará bien la devolución del mismo al país de procedencia, o bien, su expulsión del territorio español.

Conviene señalar que la representación de los menores extranjeros, en actuaciones de documentación, corresponde a la entidad pública que ejerza la tutela.

La especialidad de este grupo de extranjeros se agota con lo expuesto anteriormente; de tal manera, que por lo demás su régimen jurídico será el que con carácter general establece la Ley Orgánica 7/1985 para los extranjeros.

7.2.- LOS NACIONALES IBEROAMERICANOS, PORTUGUESES, FILIPINOS, ANDORRANOS, ECUATOGUINEANOS, SEFARDÍES Y LAS PERSONAS ORIGINARIAS DE LA CIUDAD DE GIBRALTAR.

La especialidad de este grupo de extranjeros radica en la preferencia que estos tienen sobre el resto de los extranjeros para el ejercicio de determinados derechos. Así, nos encontramos con las siguientes preferencias:

- cuando pretendan realizar una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta ajena o propia, tendrán preferencia para trabajar en España, y además, no vendrán obligados al pago de las tasas correspondientes por la expedición de permisos de trabajo.
- también tendrán preferencia para la renovación de un permiso de trabajo de las clases B o D (renovados).

- quedan exceptuadas de la obligación de proveerse de permiso de trabajo, las personas originarias de la ciudad de Gibraltar que pretendan realizar una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia.

7.3.- LOS ESTUDIANTES EXTRANJEROS.

Tendrá la consideración de estudiante el extranjero cuya venida a España tenga como fin único o principal el cursar o ampliar estudios o realizar trabajos de investigación o formación, no remunerados laboralmente, en cualesquiera centros docentes o científicos españoles, públicos y privados, oficialmente reconocidos (art. 24 de la Ley de Extranjería).

La Ley nos define la figura del estudiante, estableciendo una serie de requisitos para poder ser considerado como tal. Así, señala los requisitos siguientes:

- Fin único o principal: cursar o ampliar estudios o realizar trabajos de investigación o formación,

- Deben de realizarse en centros docentes o científicos españoles, públicos o privados, oficialmente reconocidos. Pienso que es acertada la exigencia legal de centro reconocido oficialmente, pues siempre es una garantía añadida para evitar que, a través de la camelación de un centro docente o científica, se pueda producir una fuente marginal de mano de obra.

- Que los estudios, trabajos de investigación o formación, no deben ser remunerados laboralmente.

Los extranjeros que deseen acogerse a este régimen especial, deberán:

- Solicitar el correspondiente visado, antes de su venida a España, ante las Misiones Diplomáticas u Oficinas Consulares españolas, sitas en su país de origen o de residencia.

- Obtener la tarjeta de estudiante, que ha de solicitarse, una vez que se encuentre en territorio español, en el Ministerio del Interior, tarjeta que autorizará su permanencia por el tiempo que se determine.

Ahora bien, para la obtención de esta tarjeta de estudiante, habrá que acreditar documentalmente:

- Cumplen todos los requisitos para su entrada y permanencia en España, incluido el visado, concedido, en su caso, específicamente para estudios, investigación o formación.

- Han sido reglamentariamente admitidos como alumnos, estudiantes o investigadores, en centros o establecimientos públicos o privados, autorizados o reconocidos por la Administración competente, en que deban realizar su actividad con carácter principal, con un horario que implique asistencia y una duración prevista no inferior a tres meses, con arreglo al plan de estudios o de investigación aprobado.

- En los supuestos de estudiantes menores de edad, se requerirá, además, autorización de los padres o tutores para el desplazamiento a España para realizar los estudios, en la que conste el centro y el período de estancia previsto.

- Tienen garantizados los medios económicos necesarios para sufragar el coste de sus estudios, así como los gastos de estancia y regreso a su país.

En los casos en que proceda la renovación de la tarjeta, habrá que acreditar estos extremos, con excepción de la presentación de visado, y además, será necesario presentar un certificado del centro o establecimiento en que se acredite el aprovechamiento de los estudios, investigación o formación llevados a cabo en el período anterior.

Para la concesión de las tarjetas se debe de seguir las normas previstas para la prórroga de estancia. Esquemáticamente, se seguirán los siguientes trámites:

- presentación de la solicitud en modelo oficial, acompañada de la documentación que acredite los extremos antes mencionados, ante la Oficina de Extranjeros, Jefatura Superior o Comisaría de Policía de la localidad donde se encuentre.

- el solicitante deberá identificarse personalmente ante uno de los organismos citados en el punto anterior, al hacer la presentación de la documentación o en el momento de la tramitación en que a tal efecto fuera requerido por el órgano competente.

- concesión, en su caso, por el Gobernador Civil.

En lo que respecta a la vigencia de la tarjeta de estudiante, por un lado, el artículo 48.3 del Reglamento nos señala que "[...] a efectos de vigencia, se tendrá en cuenta la duración y periodicidad de los estudios por razón de los que se concede [...]", y por otro lado, el artículo 48.4 señala que "[...] la vigencia de la tarjeta podrá limitarse a la duración de los estudios, investigación o formación, o si ésta durara más de doce meses la tarjeta será renovable anualmente".

Mientras que el artículo 48.3 nos condiciona la vigencia de la tarjeta a la realización de los estudios (máxime cuando el mismo señala como cese de la tarjeta el cese en la actividad para la que fue concedida), el artículo 48.4, aparece como más flexible, ya que al utilizar la expresión "podrá limitarse", parece estar concediendo la posibilidad de extender este permiso más allá del tiempo en que se van a realizar los estudios, investigación o formación.

A mi entender, se podría haber evitado esta confusión, habiendo condicionado siempre la vigencia de la tarjeta o la realización de los estudios, y solamente, en el caso de que los estudios sean de carácter periódico, y con periodo vacacional entre los mismos, establecer la posibilidad de extender la vigencia de esa tarjeta a esos periodos. Es posible que esta fuera la finalidad seguida por el Reglamento al señalar en su artículo 48.3 que si la duración de los estudios fuera más de doce meses, la tarjeta será renovable anualmente; debido a que los estudios que se suelen realizar en España, con una duración superior al año, suelen ser de carácter cíclico (por cursos) y con periodos vacacionales entre ellos.

Señala el artículo 24 de la Ley de Extranjería que los estudios, investigación o formación no deben ser remunerados laboralmente. El artículo 73.3 del Reglamento establece, sin embargo, una posibilidad de realizar actividades lucrativas por parte de aquellos extranjeros documentados con tarjeta de estudiante. No quiero decir con ello que el Reglamento contradiga a la Ley que desarrolla, debido a que esta última establece, solamente, la prohibición de realizar como actividad lucrativa, la propia actividad que le va a dar la condición de estudiante extranjero.

Necesitarán autorización para trabajar, que debido al carácter excepcional de éste, para su concesión se tendrán que cumplir los siguientes requisitos:

- que dichas actividades sean compatibles con la realización de los estudios,

- que los ingresos obtenidos no tengan el carácter de recurso necesario para su sustento o estancia.

Estos contratos de trabajo deberán ajustarse a las siguientes formalidades:

- se verificarán por escrito.

- se ajustarán a la modalidad de contrato de trabajo a tiempo parcial, o de ser a jornada completa, no podrá superar los tres meses ni coincidir con los períodos lectivos.

CAPÍTULO 8.- SALIDAS Y DEVOLUCIONES.

La salida de un extranjero del territorio nacional puede ser considerada como "salida voluntaria", la cual sería fruto del ejercicio del derecho constitucional de libre circulación, o bien como "devolución o expulsión" en el caso de que la salida fuese consecuencia de un mandato del Estado. Estas son las formas que se recogen en la LODLE, si bien el RDLE asimismo nos recoge las llamadas "salidas obligatorias" para los casos de caducidad de los plazos de permanencia legal en España, denegación de prórrogas de estancia, de permisos de residencia y de trabajo o de cualquier otro documento necesario, así como las prórrogas de los propios permisos o documentos. Lógicamente, cada una de estas formas se encuentra sometido a un régimen jurídico diferente.

8.1.- SALIDAS VOLUNTARIAS.

El artículo 13.2 DUDH señala que "toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio".

En el ejercicio del derecho de libre circulación, los extranjeros podrán efectuar voluntariamente su salida¹⁰⁰, salvo en los casos de devolución o expulsión, en que la salida será obligatoria, en los supuestos en que se acuerda la expulsión del extranjero que esté incurso en un procedimiento por delito, en los casos en que la salida requiera autorización judicial, que ésta sea prohibida por el Ministerio del Interior¹⁰¹.

8.1.1.- Forma de efectuar la salida.

¹⁰⁰ Los extranjeros podrán abandonar voluntariamente nuestro país, con o sin propósito de regresar a él; sin embargo, en determinados supuestos la voluntariedad de la salida queda sustituida por una absoluta necesidad como sucede en los casos de devolución o expulsión y en otros supuestos la salida requiere autorización judicial. (Martínez Atienza, op. cit., pág. 314).

¹⁰¹ Art. 118.1 RDLE.

Las salidas voluntarias del territorio nacional deberán realizarse por los puestos habilitados que con la puesta en práctica de la nueva concepción de frontera tras la aplicación del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, requerirá una inmediata y gradual remodelación de aquéllos y con la documentación correspondiente, no constituyendo el hecho de hallarse en posesión de una documentación insuficiente o de carecer de ella un obstáculo insubsanable para la salida cuando los servicios policiales no apreciaran la existencia de impedimento alguno, que estamparán el sello de salida en el ingreso prevenido al efecto, dejando franco a continuación el paso al exterior del país¹⁰².

A su salida del territorio español, los extranjeros presentarán a los funcionarios encargados del control en los puestos habilitados para ello la documentación prevista para su obligada comprobación.

Si la documentación fuere hallada conforme y no existiese ninguna prohibición o impedimento para la salida del titular o titulares se estampará en el pasaporte o título de viaje el sello, signo o marca de control establecido, salvo que las Leyes internas o Tratados internacionales en que España sea parte prevean la no estampación, con lo que previa devolución de la documentación, quedará franco el paso al exterior del país.

Si la salida se hiciera con documentación defectuosa o sin documentación o con documento de identidad en el que no se pueda estampar el sello, signo o marca de control, el extranjero entregará, siempre que sea requerido para ello, en los servicios policiales de control, el impreso previsto para dejar constancia de la salida, debidamente cumplimentado.

8.1.2.- Documentación y plazos.

Todas las salidas voluntarias del territorio nacional deberán realizarse, cualquiera que sea la frontera que se utilice a tal fin, por los puestos habilitados y previa exhibición del pasaporte, título de viaje o documento válido para la entrada en el país.

¹⁰² Op. cit., pág. 315.

También podrán realizarse las salidas, con documentación defectuosa o incluso sin ella, si no existiese prohibición ni impedimento alguno, a juicio de los servicios policiales de control.

Los extranjeros en tránsito que hayan entrado en España con tarjeta de identidad, con pasaporte o con cualquier otro documento al que en lo sucesivo se atribuyan análogos efectos, habrán de abandonar el territorio español con tal documentación, debiendo hacerlo dentro del plazo establecido por la LODLE, por los Acuerdos internacionales o en el plazo de validez del visado.

Los que se encuentren en situación de estancia o de prórroga de estancia habrán de salir del territorio español dentro del tiempo de vigencia de dicha situación. Su entrada y permanencia posteriores en España habrán de someterse nuevamente a los trámites establecidos para la primera obtención.

Quienes disfruten de permiso de residencia pueden salir y volver a entrar en territorio español cuantas veces lo precisen, mientras el permiso y el pasaporte o documento análogo se encuentren en vigor.

No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, podrá expedirse al extranjero cuyo permiso de residencia hubiera perdido vigencia, una autorización de regreso que le permita la salida de España y posterior retorno al territorio nacional dentro de un plazo no superior a noventa días, siempre que acredite las siguientes circunstancias:

a) Que el motivo del viaje responde a una situación de necesidad.

b) Que el solicitante ha iniciado los trámites de renovación del permiso con anterioridad a su caducidad.

8.2.- SALIDAS MEDIANTE AUTORIZACION JUDICIAL.

Esta posibilidad viene recogida en el artículo 21.2 LODLE en los siguientes términos: "Cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves, entendiéndose por tales los castigados en nuestro ordenamiento

jurídico con pena igual o inferior a prisión menor¹⁰³, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida de España siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (o su expulsión, si está incurso en alguno de los supuestos del artículo 26.1 LODLE)".

Tiene su fundamento, como señala Martínez Atienza¹⁰⁴, en la protección del derecho a la libre circulación del encartado extranjero, para evitar un trato discriminatorio con respecto al nacional.

Seguidamente pasaremos a realizar una breve exposición de la problemática que nos puede plantear este tipo de autorización judicial¹⁰⁵.

El artículo 529 LECr al regular la libertad provisional en el caso de los procesados que lo fueren por delitos que tuvieran señalada una pena inferior a la prisión menor¹⁰⁶, se remite al número 3 del artículo 492 de la misma Ley, numeral que alude a la obligación de la detención del procesado en el que concurren indicios racionales para presumir que este no comparecerá cuando fuere llamado por la autoridad judicial. Vistas así las cosas, la condición de extranjería del imputado podría llegar a ser entendida en sí misma como un dato bastante para presumir su incomparecencia y fundamentar la prisión provisional durante toda la causa o la prohibición de abandonar el territorio nacional durante todo este tiempo, negándosele, en consecuencia, el derecho de regresar a su residencia habitual.

No debemos de olvidar el principio de igualdad de trato entre españoles y extranjeros que establece el artículo 489 LECr¹⁰⁷. Si entendemos que esta norma no hace sino establecer un mecanismo de equiparación, su aplicación no debe suscitar problemas especiales, pues sus cauces de operatividad han de ser paralelos a los seguidos respecto de los españoles. El Juez Instructor, si entiende que los hechos aparecen comprendidos dentro del supuesto de los delitos menos graves, previa

¹⁰³ Se corresponde con la pena de prisión de 6 meses a 3 años, según disposición transitoria 11 de la LOCP.

¹⁰⁴ Op. cit., pág. 323.

¹⁰⁵ En este punto seguimos a Espinar Vicente referenciado por Martínez Atienza, op. cit, págs. 323 y 324.

¹⁰⁶ Se corresponde con la pena de prisión de 6 meses a 3 años, según disposición transitoria 11 LOCP.

¹⁰⁷ El art. 489 LECr señala que "ningún español ni extranjero podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban".

audiencia del Ministerio Fiscal, podrá autorizar su salida mediante un auto que se pondrá en conocimiento de las partes implicadas, pudiendo apelarse en un solo efecto. A partir de aquí las consecuencias procesales de la actitud del extranjero serían únicamente imputables a su comportamiento, y darían lugar a las medidas generales que se establecen en la ley que ordena el procedimiento penal.

Reglamentariamente¹⁰⁸ se establece que las salidas mediante autorización judicial podrán ser instadas por las autoridades gubernativas y policiales que tengan conocimiento de los hechos y de las circunstancias que concurren en los mismos, y por las autoridades judiciales competentes, sin perjuicio del derecho de los extranjeros afectados a hacerlo por sí mismos.

A los efectos previstos en el apartado anterior y salvo en los casos en que lo impida el carácter secreto, total o parcial del sumario, las unidades o servicios de policía judicial informarán a la Dirección General de la Policía y a los Delegados del Gobierno, de aquellos supuestos en los que estuvieren incurso extranjeros en procesos penales.

8.3.- PROHIBICIONES DE SALIDA.

El apartado 4 del artículo 21 LODLE, señala que, con carácter excepcional, y mediante resolución motivada del Ministro del Interior, podrá impedirse la salida del extranjero, si esta medida es necesaria para proteger la seguridad nacional, el orden público o la salud pública y los derechos y libertades de los españoles.

El artículo 121 RDLE nos recoge la casuística, referida a las situaciones de prohibición de entrada que nos podemos encontrar, señalando las siguientes:

a) Los de extranjeros incurso en un procedimiento judicial, por la comisión de delitos en España, salvo los supuestos del artículo 21.2, párrafo primero, y del artículo 26.3 de la LODLE, cuando la autoridad judicial autorizase su salida o expulsión.

b) Los de extranjeros condenados por la comisión de delitos en España a pena de privación de libertad y reclamados

¹⁰⁸ Numerales 2 y 3 del art. 118 RDLE.

para el cumplimiento de condena, salvo los supuestos del artículo 21.2, párrafo segundo, de la LODLE, y los de aplicación de Convenios en los que España sea parte, sobre cumplimiento de penas en el país de origen.

c) Los de extranjeros reclamados y, en su caso, detenidos para extradición por los respectivos países, hasta que se dicte la resolución procedente.

d) Los supuestos de padecimiento de enfermedad contagiosa que, con arreglo a la legislación española o a los Convenios internacionales, impongan la inmovilización o el internamiento obligatorio en establecimiento adecuado.

e) Aquellos en que sea estrictamente necesario para la protección de los derechos o libertades públicas de los españoles.

Forma de adoptarlas.

Las prohibiciones de salida se adoptarán por el Ministro del Interior, según los casos, a iniciativa propia, a propuesta de la Dirección General de la Policía o de las autoridades sanitarias, o a instancia de los ciudadanos españoles que pudieran resultar perjudicados, en sus derechos y libertades, por la salida de los extranjeros del territorio español.

8.4. - SALIDAS OBLIGATORIAS.

A.- Supuestos.

Los supuestos que dan lugar a una salida obligatoria del territorio español, son los siguientes:

- caducidad de los plazos de permanencia legal de los extranjeros en España,

- denegación de prórrogas de estancia, de permisos de residencia o de cualquier otro documento necesario para la permanencia de extranjeros en territorio español,

- denegación de las prórrogas de los propios permisos o documentos.

B.- Forma de señalar a los interesados esas circunstancias.

Se advertirá a los interesados, mediante diligencia en el pasaporte o documento análogo, de las normas legales que determinan la obligatoriedad de su salida del país.

En el caso de que se encontrasen en España amparados en documento de identidad en el que no se pueda estampar dicha diligencia, se formulará la advertencia en documento aparte.

C.- Plazo para efectuar la salida.

La salida obligatoria habrá de realizarse en un plazo máximo de quince días, salvo que concurran circunstancias excepcionales y se justifique que se cuenta con medios de vida suficientes, en cuyo caso se podrá prorrogar el plazo hasta un máximo de noventa días.

D.- Ventaja de haber salido del territorio español sin haber incurrido en causa de expulsión.

Si el extranjero cuya salida es obligatoria, la realiza efectivamente, sin haber incurrido en ninguna causa de expulsión, no serán objeto de prohibición de entrada en el país pudiendo volver a España, con arreglo a las normas que regulan el acceso al territorio español.

Tengamos en cuenta que si el extranjero no hace efectiva la salida en el plazo indicado, entrará en un supuesto de expulsión, el del artículo 26.1.a) LODLE.

8.5.- DEVOLUCIONES.

Se entiende por devolución todos aquellos supuestos de inmediata devolución al país de origen o de procedencia de los

extranjeros cuya entrada en España es ilegal o bien su entrada se produce incumpliendo una prohibición de entrada¹⁰⁹.

No debemos olvidar el contenido del artículo 12.4 LODLE, que nos impide la práctica de la devolución en determinadas circunstancias¹¹⁰.

El desarrollo reglamentario de las devoluciones se realiza a través del artículo 123 RDLE.

No será preciso expediente de expulsión para la devolución, por orden del Delegado del Gobierno de la provincia¹¹¹, de los extranjeros que, habiendo sido expulsados, contravengan la prohibición de entrada en España, ni para aquellos que hayan entrado ilegalmente en el país, salvo que reúna los requisitos propios de la condición de refugiado, siempre que se presente sin demora a las autoridades¹¹².

El artículo 36.2 de la LODLE, al establecer la no aplicación de la devolución a los solicitantes de asilo, que reúnan los requisitos propios de dicha condición, aunque hayan entrado ilegalmente en España, respeta las obligaciones establecidas por la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. El artículo 31.1 de dicha Convención señala que "los Estados Contratantes no impondrán sanciones penales, por causa de su entrada o presencia ilegales, a los refugiados que, llegando directamente del territorio donde su vida o libertad estuviera amenazada en el sentido previsto por el artículo 1, hayan entrado o se encuentren en el territorio de tales Estados sin autorización,

¹⁰⁹ Martínez Atienza, op. cit., pág. 477.

¹¹⁰ El citado artículo señala que el Ministerio del Interior podrá autorizar la entrada, tránsito o permanencia en territorio español de los extranjeros con documentación defectuosa o incluso sin ella, o que no hubieran entrado por los puestos habilitados a tal efecto, siempre que medie causa suficiente, pudiéndose adoptar en tales supuestos las medidas cautelares precisas. También podrá adoptarse en el caso de los extranjeros en tránsito, aún cuando posean documentación regular.

¹¹¹ Apartados 1 y 2 del artículo 123 RDLE.

¹¹² Señala Martínez Atienza que las devoluciones son acordadas por los Delegados del Gobierno no siendo necesario expediente de expulsión, pudiendo venir fundamentadas por la expulsión incumplida (por no cumplimiento voluntario de salida o reingreso anterior al agotamiento de la prohibición de entrada) y por la entrada ilegal en nuestro país (se exceptúan las personas que reúnan los requisitos propios de la condición de refugiados, siempre que se presenten sin demora a las autoridades competentes, manifestando su intención de solicitar el asilo, conforme a lo dispuesto en el artículo 4.1 de la LDA-CR). Op. cit., páginas 317 y 318.

a condición de que se presenten sin demora a las autoridades y aleguen causa justificada de su entrada o presencia ilegales”.

La devolución se puede considerar en la práctica como una especie de expulsión por procedimiento sumario, que no precisa de expediente administrativo. Se materializa en que todos aquellos extranjeros que hayan entrado en España dentro del plazo de prohibición de entrada por una orden de expulsión anterior, así como los extranjeros que hayan entrado en el país ilegalmente, deberán volver a pasar la frontera española o reemprender viaje marítimo, aéreo, terrestre, a su voluntad¹¹³.

El artículo 123 RDLE, con relación a los extranjeros que se encuentren dentro de los supuestos de devolución del territorio español sin necesidad de la substanciación del oportuno expediente de expulsión, hace las siguientes precisiones:

- Si hubieran franqueado la frontera, deberán abandonar el territorio español de modo inmediato, bajo el control de los servicios competentes.

- Estos extranjeros no podrán ser ingresados en los centros de carácter no penitenciario de detención de extranjeros.

- Las compañías o empresas de transporte, a través de las cuales se hubiese efectuado la entrada de extranjeros, en tales supuestos están obligadas a proporcionar la salida del territorio español en el enlace más próximo.

- Si no tuviera lugar la salida, los Delegados del Gobierno dispondrán la ejecución de las órdenes de devolución de extranjeros a los países de origen o de procedencia en la forma prevista para las expulsiones, lo que se llevará a cabo a costa de los interesados, si tuvieran medios económicos.

¹¹³ Martínez Atienza, op. cit., página 478.

CAPITULO 9.- GARANTIAS, INFRACCIONES Y SANCIONES.

9.1.- GARANTIAS. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS RECURSOS A INTERPONER EN LOS EXPEDIENTES QUE SE PUEDAN SUSTANCIAR EN MATERIA DE EXTRANJERÍA.

Los extranjeros gozarán en España de la protección y garantías establecidas en la Constitución y las leyes.

Las resoluciones gubernativas adoptadas con relación a los extranjeros habrán de dictarse y notificarse de acuerdo con los requisitos exigidos por la Ley de Procedimiento Administrativo¹¹⁴, y, en cualquier caso, con audiencia del interesado.

¹¹⁴ Los artículos 53, 54 y 55 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, establece los requisitos de los actos administrativos. Estos son:

Producción y contenido.

Los actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas, bien de oficio o a instancia del interesado, se producirán por el órgano competente ajustándose al procedimiento establecido.

El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos.

Motivación.

Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho:

- a) Los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos.
- b) Los que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de actos administrativos, recursos administrativos, reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje.
- c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.
- d) Los acuerdos de suspensión de actos, cualquiera que sea el motivo de ésta.

No obstante, no será necesario que los acuerdos de imposición de sanciones especifiquen aquellas circunstancias cuyo conocimiento ponga en peligro la seguridad interior o exterior del Estado.

Las resoluciones administrativas adoptadas en relación con los extranjeros, serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes.

En todo caso, el extranjero podrá interponer los recursos procedentes, en vía administrativa o jurisdiccional. El recurso podrá cursarse con arreglo a las normas comunes o ante las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes, quienes lo remitirán seguidamente al organismo competente. Podrá recurrir por conducto del Cónsul de la propia nación, el cual será tenido entonces por representante recurrente.

e) Los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia o de ampliación de plazos.

f) Los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.

La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo en todo caso quedar acreditados en el procedimiento los funcionamientos de la resolución que se adopte.

Forma.

Los actos administrativos se producirán por escrito a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión y constancia.

En los casos en que los órganos administrativos ejerzan su competencia de forma verbal, la constancia escrita del acto, cuando sea necesaria, se efectuará y firmará por el titular del órgano inferior o funcionario que la reciba oralmente, expresando en la comunicación del mismo la autoridad de la que procede. Si se tratara de resoluciones, el titular de la competencia deberá autorizar una relación de las que haya dictado de forma verbal, con expresión de su contenido.

Cuando deba dictarse una serie de actos administrativos de la misma naturaleza, tales como nombramientos, concesiones o licencias, podrán refundirse en un único acto, acordado por el órgano competente, que especificará las personas u otras circunstancias que individualicen los efectos del acto para cada interesado.

Principios Generales que basamentan los recursos administrativos.

Contra las resoluciones que no pongan fin a la vía administrativa y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión podrá interponerse por los interesados el recurso ordinario.

La oposición a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados, para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento, y para la impugnación de tales actos en el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra la misma.

Las Leyes podrán sustituir el recurso ordinario, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación o reclamación, incluidos los de conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respecto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo. La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley.

Contra las disposiciones administrativas de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa.

Los recursos contra un acto administrativo que se funden únicamente en la ilegalidad de alguna disposición administrativa de carácter general podrán interponerse directamente ante el órgano que dictó dicha disposición.

Las reclamaciones económico-administrativas se ajustarán a los procedimientos establecidos por su legislación específica.

El Recurso de revisión.

Contra las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa sólo procederá el recurso extraordinario de revisión.

Ponen fin a la vía administrativa:

- 225 -

a) Las resoluciones de los recursos ordinarios.

b) Las resoluciones de los procedimientos de impugnación a que se refiere el artículo 107.2 de la Ley 30/1992.

c) Las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una Ley establezca lo contrario.

d) Las demás resoluciones de órganos administrativos, cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca.

La interposición del recurso deberá expresar:

a) El nombre y apellidos del recurrente, así como la identificación del medio y, en su caso, del lugar que se señale a efectos de notificaciones.

b) El acto que se recurre y la razón de su impugnación.

c) Lugar, fecha e identificación personal del recurrente.

d) Órgano, centro o unidad administrativa al que se dirige.

e) Las demás particularidades exigidas en su caso por las disposiciones específicas.

El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter.

La interposición de recurso contencioso-administrativo contra actos que ponen fin a la vía administrativa requerirá comunicación previa al órgano que dictó el acto impugnado.

La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender de oficio o a

- 226 -

solicitud del recurrente, la ejecución del acto recurrido, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1¹¹⁵ de la Ley 30/1992.

Al dictar acuerdo de suspensión podrán adoptarse las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público y la eficacia de la resolución impugnada.

El acto impugnado se entenderá suspendido en su ejecución si transcurridos treinta días desde que la solicitud de suspensión haya tenido entrada en el órgano competente para decidir sobre la misma, éste no ha dictado la resolución expresa, sin necesidad de solicitar la certificación de actos presuntos.

Cuando el recurso tenga por objeto la impugnación de un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada

¹¹⁵ El mismo señala que los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

a) Los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

c) Los que tengan un contenido imposible.

d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.

e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente de procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

g) Cualquiera otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.

de personas, la suspensión de su eficacia habrá de ser publicada en el periódico oficial en que aquél se insertó.

Cuando hayan de tenerse en cuenta nuevos hechos o documentos no recogidos en el expediente originario, se pondrán de manifiesto a los interesados para que, en un plazo no inferior a diez días ni superior a quince, formulen las alegaciones y presenten los documentos y justificantes que estimen procedentes.

No se tendrán en cuenta en la resolución de los recursos, hechos, documentos o alegaciones del recurrente, cuando habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones no lo haya hecho.

Si hubiera otros interesados se les dará, en todo caso, traslado del recurso para que en el plazo antes citado, aleguen cuanto estimen procedente.

El recurso, los informes y las propuestas no tienen el carácter de documentos nuevos a los efectos de este artículo. Tampoco lo tendrán los que los interesados hayan aportado al expediente antes de recaer la resolución impugnada.

La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimarás las pretensiones formuladas en el mismo o declarará su inadmisión.

Cuando existiendo vicio de forma no se estime procedente resolver sobre el fondo se ordenará la retroacción del procedimiento al momento en el que el vicio fue cometido salvo lo dispuesto en el artículo 67¹¹⁶ de la Ley 30/1992.

¹¹⁶ El mismo señala que la Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan.

El acto de convalidación producirá efecto desde su fecha, salvo lo dispuesto anteriormente para la retroactividad de los actos administrativos.

Si el vicio consistiera en incompetencia no determinante de nulidad, la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado.

Si el vicio consistiese en la falta de alguna autorización, podrá ser convalidado el acto mediante el otorgamiento de la misma por el órgano competente.

El órgano que resuelva el recurso decidirá cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados. En este último caso se les oirá previamente. No obstante, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por el recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial.

El Recurso Ordinario.

Las resoluciones y actos a que se refiere el artículo 107.1¹¹⁷ de la Ley 30/1992 podrán ser recurridas ante el órgano superior jerárquico del que los dictó. A estos efectos, los Tribunales y órganos de selección del personal al servicio de las Administraciones Públicas se considerarán dependientes de la Autoridad que haya nombrado al Presidente de los mismos.

El plazo para la interposición del recurso ordinario será de un mes. Transcurrido dicho plazo sin haberse interpuesto el recurso, la resolución será firme a todos los efectos, sin perjuicio, en su caso, de la procedencia del recurso extraordinario de revisión.

El recurso ordinario podrá fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62¹¹⁸ y 63¹¹⁹ de la Ley 30/1992.

¹¹⁷ El mismo dispone que contra las resoluciones que no pongan fin a la vía administrativa y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión podrá interponerse por los interesados el recurso ordinario a que se refiere la sección 2.ª de este capítulo.

La oposición a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados, para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento, y para la impugnación de tales actos en el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra la misma.

¹¹⁸ Señala el mismo que los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

a) Los que lesionen el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

c) Los que tengan un contenido imposible.

d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.

Los vicios y defectos que hagan anulable el acto no podrán ser alegados por los causantes de los mismos.

El recurso podrá interponerse ante el órgano que dictó el acto que se impugna o ante el órgano competente para resolverlo.

Si el recurso se hubiera presentado ante el órgano que dictó el acto impugnado, éste deberá remitirlo al competente en el plazo de diez días, con su informe y con una copia completa y ordenada del expediente.

El titular del órgano que dictó el acto recurrido será responsable directo del cumplimiento de lo previsto en el párrafo anterior.

Transcurridos tres meses desde la interposición del recurso ordinario sin que recaiga resolución, se podrá entender

e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente de procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

g) Cualquiera otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.

También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

¹¹⁹ Manifiesta el mismo que son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.

La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.

desestimado, salvo en el supuesto previsto en el artículo 43.3, b)¹²⁰ de la Ley 30/1992, y quedará expedita la vía procedente.

El recurso de revisión.

Contra los actos que agoten la vía administrativa o contra los que no se haya interpuesto recurso administrativo en plazo, podrá interponerse el recurso extraordinario de revisión ante el órgano no administrativo que los dictó, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

1.^a Que al dictarlos se hubiera incurrido en error de hecho, que resulte de los propios documentos incorporados al expediente.

2.^a Que aparezcan o se aporten documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida.

3.^a Que en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme, anterior o posterior a aquella resolución.

4.^a Que la resolución se hubiese dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta u otra conducta punible y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial firme.

El recurso extraordinario de revisión se interpondrá cuando se trate de la causa primera, dentro del plazo de cuatro años siguientes a la fecha de la notificación de la resolución impugnada. En los demás casos, el plazo será de tres meses a contar desde el conocimiento de los documentos o desde que la sentencia judicial quedó firme.

¹²⁰ El mismo señala que cuando en los procedimientos iniciados en virtud de solicitudes formuladas por los interesados no haya recaído resolución en plazo, se podrá entender desestimada la solicitud en los siguientes supuestos:

b) Resolución de recursos administrativos. Ello no obstante, cuando el recurso se haya interpuesto contra la desestimación presunta de una solicitud por el transcurso del plazo, se entenderá estimado el recurso si llegado el plazo de resolución de éste el órgano administrativo competente no dictase resolución expresa sobre el mismo.

El órgano al que corresponde conocer del recurso extraordinario de revisión debe pronunciarse no sólo sobre la procedencia del recurso, sino también, en su caso, sobre el fondo de la cuestión resuelta por el acto recurrido.

Transcurrido el plazo de tres meses desde la interposición del recurso extraordinario de revisión sin que recaiga resolución, se entenderá desestimado, quedando expedita la vía jurisdiccional contencioso-administrativa.

9.2. - INFRACCIONES.

En este capítulo nos vamos a encargar de delimitar el ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de las obligaciones impuestas en la Ley Orgánica 7/1985.

El artículo 98 del Reglamento de Ejecución de esa Ley, nos enumera las distintas infracciones en las que puede incurrir un extranjero, contras las obligaciones antedichas. Así, ese artículo nos señala las siguientes:

1. Estar implicado en actividades gravemente contrarias al orden público o a la seguridad interior o exterior del Estado o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países (art.26.1.c L.O. 7/1985).

2. Encontrarse ilegalmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducados más de tres meses la prórroga de estancia, el permiso de residencia o documentos análogos, cuando fueran exigibles y siempre que el interesado no hubiera solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto (art.26.1.a L.O. 7/1985).

3. Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido permiso de trabajo o teniendo éste caducado más de tres meses, cuando su tenencia sea obligatoria, siempre que el interesado no hubiera solicitado la renovación del mismo en el plazo previsto y aunque cuente con permiso de residencia válido (art. 26.1.b L.O. 7/1985).

4. Haber sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa, que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año,

salvo que sus antecedentes penales hubieran sido cancelados (art. 26.1.d L.O. 7/1985).

5. Incurrir en ocultación dolosa o en falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento del Ministerio de Justicia e Interior las circunstancias relativas a su situación jurídica en nuestro país (26.1.f L.O. 7/1985).

6. Carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad o desarrollar actividades ilegales.

7. La entrada en España careciendo de la documentación o de los requisitos exigibles, por lugares que no sean los pasos habilitados o contraviniendo las prohibiciones de entrada legalmente impuestas.

8. El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica, de alejamiento de fronteras o núcleos de población determinados o de residencia obligatoria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley Orgánica 7/1985.

9. Las salidas del territorio español, por puestos no habilitados, sin exhibir la documentación prevista o contraviniendo las prohibiciones legalmente impuestas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley Orgánica 7/1985.

10. Promover, mediar o amparar la situación ilegal de extranjeros en nuestro país o facilitar el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones que a éstos se señalan en las disposiciones vigentes. Se consideran incluidos en este apartado los incumplimientos de los compromisos contraídos por quienes suscriban certificados de alojamiento o actas notariales de invitación en favor de extranjeros, cuando actúen con la finalidad de facilitar la estancia ilegal de éstos (art.25.3 L.O. 7/1985).

11. La omisión o el retraso en la comunicación a las dependencias policiales de los cambios de nacionalidad, de estado civil, o de domicilio, así como en los casos correspondientes, las alteraciones de su situación laboral y de otras circunstancias determinantes de su situación jurídica (art. 25.2 L.O. 7/1985).

12. El retraso, hasta tres meses, en la solicitud de renovación de los permisos, una vez hayan caducado los mismos.

- 233 -

9.3. - SANCIONES.

La comisión de las infracciones señaladas en el apartado anterior puede dar lugar a las siguientes sanciones:

- Expulsión del territorio español con prohibición de entrada en el mismo, por un período mínimo de tres años y un máximo de cinco.

- Multa de hasta 2.000.000 de pesetas.

La sanción de expulsión solo podrá imponerse por la comisión de las infracciones previstas en los apartados 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del antes citado artículo 98. Estos apartados se corresponden con los supuestos que recoge el apartado 1 del artículo 26 de la Ley de Extranjería.

Los hechos constitutivos de una infracción que den lugar a una sanción de expulsión, no podrán ser sancionados a su vez con imposición de multa.

En los casos en que proceda la imposición de la sanción de multa, se tendrá especialmente en cuenta para determinar su cuantía la capacidad económica y el grado de voluntariedad del infractor, así como si es o no reincidente, conforme se establece en el artículo 27.2 de la Ley Orgánica 7/1985. Asimismo, como señala el apartado 5 del artículo 99 del Reglamento, los supuestos previstos en el artículo 98 no podrán ser sancionados con multa superior a 50.000 pesetas, en los supuestos de los apartados 11 y 12, de 500.000 pesetas en los supuestos de los apartados 2 al 10, y de 2.000.000 pesetas en el caso previsto en el apartado 1.

Cuando se imponga una sanción por la comisión de la infracción prevista en el artículo 98.3 y el sujeto infractor sea un extranjero que realice una actividad lucrativa por cuenta propia, se comunicará de oficio por la autoridad gubernativa a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, para evitar que el mismo hecho pueda ser también sancionado en el orden social.

9.4.- ORGANOS COMPETENTE PARA SANCIONAR.

La Ley de Extranjería señala que las sanciones que no vengan atribuidas específicamente a un Departamento, corresponderá su sanción al Ministerio del Interior. El Reglamento nos señala que dentro de este Departamento, serán competente para imponer las sanciones los Gobernadores Civiles y los Delegados del Gobierno en Ceuta y Melilla.

9.5.- PRESCIPCION DE LAS INFRACCIONES Y SANCIONES.

La infracción prevista en el apartado 1 del artículo 98 prescribirá a los tres años, las previstas en los apartados 2 al 10 a los dos años y las establecidas en los apartados 11 y 12 a los seis meses.

Las sanciones impuestas por las infracciones señaladas en el párrafo anterior prescribirán respectivamente a los tres años, dos años y al año.

9.6.- PROCEDIMIENTO SANCIONADOR.

El procedimiento aplicable para la imposición de las sanciones previstas en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, así como en este Reglamento, se ajustará a lo dispuesto en los artículos 30 y siguientes de la Ley 7/1985, de 1 de julio, cuando la posible sanción a imponer sea la expulsión, y a lo establecido en el Título IX de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto

9.6.1.- Principios del procedimiento sancionador¹²¹.

¹²¹ Asimismo son importantes los principios de la potestad sancionadora, recogidos en los arts. 127 a 133 de la Ley 30/1992, y son los siguientes:

Principio de legalidad.

La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, reconocida por la Constitución, se ejercerá cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto por su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en este Título.

El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario, sin que pueda delegarse en órgano distinto.

Las disposiciones de este Título no son de aplicación al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual.

Principio de Irretroactividad.

Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa.

Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor.

Principio de tipicidad.

Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del Ordenamiento Jurídico previstas como tales infracciones por una Ley.

Las infracciones administrativas se clasificarán por la Ley en leves, graves y muy graves.

Unicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley.

Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes.

Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica.

Principio de Responsabilidad.

Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia.

- 236 -

Las responsabilidades administrativas que se deriven del procedimiento sancionador serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados que podrán ser determinados por el órgano competente, debiendo, en este caso, comunicarse al infractor para su satisfacción en el plazo que al efecto se determine, y quedando, de no hacerse así, expedita la vía judicial correspondiente.

Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderá de forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan y de las sanciones que se impongan.

Serán responsables subsidiarios o solidarios por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley que conlleven el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, las personas físicas y jurídicas sobre las que tal deber recaiga, cuando así lo determinen las Leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores.

Principio de proporcionalidad.

Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad.

El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

- a) La existencia de intencionalidad o reiteración.
- b) La naturaleza de los perjuicios causados.
- c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.

Principio de Prescripción.

Las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan. Si éstas no fijan plazos de prescripción, las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses; las sanciones impuestas por faltas muy graves prescribirán a los tres años, las impuestas por faltas graves a los dos años y las impuestas por faltas leves al año.

El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido.

Vienen recogidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, arts. 134 a 138, con el contenido que seguidamente se detalla. Estos principios son los siguientes:

Principio de Garantía de procedimiento.

El ejercicio de la potestad sancionadora requerirá procedimiento legal o reglamentariamente establecido.

Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deberán establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a órganos distintos.

En ningún caso se podrá imponer una sanción sin que se haya tramitado el necesario procedimiento.

Principio de Derechos del presunto responsable.

Los procedimientos sancionadores garantizarán al presunto responsable los siguientes derechos:

A ser notificado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se les pudieran imponer, así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal competencia.

Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado más de un mes por causa no imputable al presunto responsable.

El plazo de prescripción de las sanciones comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución por la que se impone la sanción.

Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución, volviendo a transcurrir el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor.

Concurrencia de sanciones.

No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.

A formular alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento Jurídico que resulten procedentes.

Los demás derechos reconocidos por el artículo 35 de esta Ley.

Principio de Medidas de carácter provisional.

Cuando así esté previsto en las normas que regulen los procedimientos sancionadores, se podrá proceder mediante acuerdo motivado a la adopción de medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer.

Principio de Presunción de inocencia.

Los procedimientos sancionadores respetarán la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario.

Los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien.

Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados.

Se practicarán de oficio o se admitirán a propuesta del presunto responsable cuantas pruebas sean adecuadas para la determinación de hechos y posibles responsabilidades.

Sólo podrán declararse improcedentes aquellas pruebas que por su relación con los hechos no puedan alterar la resolución final a favor del presunto responsable.

Principio de Resolución.

La resolución que ponga fin al procedimiento habrá de ser motivada y resolverá todas las cuestiones planteadas en el expediente.

En la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica.

La resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa.

En la resolución se adoptarán, en su caso, las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva.

9.6.2.- Iniciación procedimiento.

Serán competentes para ordenar la incoación del procedimiento sancionador los Gobernadores civiles, los Delegados del Gobierno en Ceuta y Melilla, el Comisario general de Extranjería y Documentación, el Jefe Superior de Policía y los Comisarios provinciales y locales.

9.6.3.- Instructor y Secretario.

En el acto por el que se incoe el procedimiento se nombrará Instructor, que deberá ser un funcionario de la Dirección General de la Policía, las Jefaturas Superiores, Comisaría provinciales o Comisaría locales de Policía.

Igualmente se nombrará Secretario que deberá tener la condición de funcionario y pertenecer a alguno de los órganos mencionados anteriormente.

9.7.- PROCEDIMIENTO DE EXPULSION.

En primer lugar, deberíamos señalar que la instrucción y resolución de los expedientes de expulsión tendrá carácter individual, no pudiendo en consecuencia acordarse la expulsión de extranjeros con carácter colectivo.

Debemos distinguir entre dos tipos de procedimientos, en virtud de que se puede acordar o no la detención preventiva del extranjero durante la substanciación del expediente.

A.- Los supuestos en los que se podrá proceder a la detención del extranjero con carácter preventivo o cautelar mientras se sustancia el expediente.

Son los apartados a), c) y f) del punto 1 del artículo 26 de la Ley de Extranjería, que se corresponden, respectivamente, con los apartados 2, 1 y 6 del artículo 98 de su Reglamento.

La autoridad gubernativa que acuerde tal detención se dirigirá al Juez de Instrucción del lugar en que hubiese sido detenido el extranjero, en el plazo de setenta y dos horas, interesando el internamiento a su disposición en centros de detención o en locales que no tengan carácter penitenciario.

De tal medida se dará cuenta al Consulado o Embajada respectivos y al Ministerio de Asuntos Exteriores. El internamiento no podrá prolongarse por más tiempo del imprescindible para la práctica de la expulsión, sin que pueda exceder de cuarenta días.

La tramitación de estos expedientes tendrá carácter preferente. Así, cuando de las investigaciones practicadas, se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión se dará traslado de la propuesta motivada y por escrito al interesado, para que alegue lo que considere adecuado, en el plazo de cuarenta y ocho horas.

En los supuestos en que se haya procedido a la detención preventiva del extranjero, éste tendrá derecho a asistencia letrada que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, si no comprende o habla el castellano, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos.

La ejecución de la orden de expulsión en estos supuestos se efectuará de forma inmediata.

B.- Los demás expedientes de expulsión.

Es decir, los substanciados como consecuencia de estar incurso en uno de los supuestos de los apartados b), d) y e) del punto 1 del apartado 26 de la L.O. 7/1985, que se corresponden, respectivamente con los puntos 3, 4 y 5 del Reglamento de Ejecución de la misma.

Estos expedientes sancionadores se seguirán con la realización de las investigaciones y la práctica de las pruebas que se juzguen necesarias, de oficio o a instancia de parte.

Concluido el período probatorio, se concederá audiencia al interesado, conforme a la Ley de Procedimiento Administrativo.

Producido el trámite de audiencia, se formulará propuesta de resolución.

C.- Reglas a tener en cuenta durante la substanciación de los expedientes de expulsión.

- El órgano competente para acordar la expulsión será, en virtud del artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985, el Director de la Seguridad del Estado. Si bien, éste ha ido delegando esta facultad en los Gobernadores Civiles de las distintas provincias. Esta circunstancia llevó consigo que el Real Decreto 155/1996, con carácter general, en su artículo 100, ha establecido esta competencia en los Gobernadores civiles y en los Delegados del Gobierno de Ceuta y Melilla.

- La incoación y la resolución de los expedientes de expulsión de extranjeros serán comunicadas oportunamente, en todo caso, al Ministerio de Asuntos Exteriores y al Consulado del respectivo país.

- Los extranjeros que fueren objeto de una orden de expulsión vendrán obligados a abandonar el territorio español en el plazo fijado en la citada orden, que no podrá ser inferior a setenta y dos horas. En caso de incumplimiento, se procederá a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que haya de hacerse efectiva la expulsión.

La notificación y ejecución de la orden de expulsión se efectuarán de forma inmediata, una vez cumplidos los trámites y formalidades precisas.

- Para llevar a cabo la expulsión de los extranjeros que hubiesen sido detenidos y quedado a disposición de la autoridad judicial, si no hubiesen sido puestos en libertad por dicha autoridad dentro del plazo de cuarenta días, deberá interesarse de la propia autoridad judicial el cese del internamiento a

efectos de poder llevar a cabo la conducción al puesto de salida.

- La ejecución de la orden de expulsión, tanto en el caso de procedimientos sumarios como ordinarios, se efectuará a costa del extranjero expulsado si tuviere medios económicos para ello. Caso contrario, se comunicará al representante diplomático o consular de su país, a los efectos oportunos.

- No suspenderán la tramitación de los expedientes de expulsión ni la ejecución de las resoluciones que en los mismos recaigan, las solicitudes de asilo, que no se hubieran presentado, reglamentariamente documentadas, con anterioridad a la incoación de dichos expedientes, salvo en el caso de que la entrada ilegal en territorio español haya sido realizada por persona que reúna los requisitos propios de la condición de refugiado, siempre que se presente sin demora a las autoridades; o, en el supuesto de que las solicitudes de asilo se fundamentasen en causas justificativas producidas con posterioridad a dicha incoación.

- Cuando se proceda a la ejecución de la expulsión, el órgano competente dará cuenta a la Dirección General de la Policía, que coordinará dicha expulsión con el Ministerio de Asuntos Exteriores, en la forma y modo que se establezca en las normas de desarrollo.

- Cuando no se pueda proceder a la ejecución de la expulsión por no poder devolver al extranjero a su país de origen o a ningún otro, se podrá autorizar su estancia o residencia en territorio español, conforme a sus trámites pertinentes.

- Cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de que un extranjero, contra el que se ha dictado una resolución de expulsión, aparezca en un procedimiento penal como víctima, perjudicado o testigo, y considere imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales, lo pondrá de manifiesto a la autoridad gubernativa a los efectos de que valore la inejecución de su expulsión durante el tiempo necesario. En caso de que ya hubiera sido expulsado, se procederá de igual forma a los efectos de que autorice su regreso a España durante el tiempo necesario para poder practicar las diligencias precisas, todo ello sin perjuicio de que se adopte alguna de las medidas previstas en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre.

D.- Situaciones privilegiadas en cuanto a la expulsión.

El artículo 99 del Reglamento nos señala los dos tipos posibles de sanciones que se puedan imponer como consecuencia de incurrir en unos de los supuestos tipificados como infracciones a la legislación de extranjería, por un lado, la sanción pecuniaria; y, por otro, la sanción de expulsión del territorio español.

En el apartado tercero de ese artículo se nos reduce la posibilidad de imponer la sanción a determinados grupos de extranjeros, debiendo de tener éste carácter excepcional. Así, ese grupo estará formado por los extranjeros que sean residentes legales y se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:

- Que hayan nacido en España y que hayan residido legalmente en nuestro país los últimos cinco años.

- Que sean titulares del estatuto de residentes permanentes.

- Que hayan sido españoles de origen y que hubieran perdido la nacionalidad española.

- Que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en nuestro país.

El alcance de ese privilegio consiste en que no podrán ser sancionados con la expulsión, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el apartado 1 del artículo 98 o suponga una reincidencia en la comisión en el término de un año de una infracción de la misma naturaleza sancionable con expulsión.

El apartado 4 del artículo 99 extiende este privilegio a los cónyuges de los extranjeros y a los hijos menores e incapacitados a su cargo que se encuentren en alguna de las situaciones señaladas, siempre que hayan residido legalmente en España durante más de dos años.

E.- Extranjeros incurso en procedimientos por delitos.

La Ley Orgánica 7/1985 recoge tres supuestos:

- Cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida de España, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si está incurso en alguno de los supuestos del artículo 26.1.

El apartado 1 del artículo 106 del Reglamento señala que una vez que el extranjero haya sido oído en declaración como imputado, el Ministerio Fiscal interesará con carácter general, ponderando todas las circunstancias concurrentes, y en especial, la satisfacción de los intereses generales, la autorización de expulsión del territorio español de dicho extranjero (art. 21.2. párrafo primero L.O. 7/1985).

- Si el extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el Juez o Tribunal podrán acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que le fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta.

El apartado 2 del artículo 106 del Reglamento señala que solicitará la expulsión, previa acreditación de la insolvencia del extranjero o de que se encuentren satisfechas las responsabilidades civiles, salvo que la excepcionalidad de las circunstancias concurrentes sugieran lo contrario (art. 21.2. párrafo segundo L.O. 7/1985).

- En los supuestos de extranjeros sometidos a expedientes de expulsión, en trámite de instrucción o de ejecución, a los cuales se hayan instruido diligencias por la comisión de delitos cometidos con posterioridad a la incoación de dichos expedientes, el Juez acordará lo que proceda sobre su situación personal, conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Si se acordara la libertad provisional del extranjero, el Juez o Tribunal podrá autorizar su expulsión, cuando se trate de delitos menos graves, atendiendo a las circunstancias del caso (ART. 26.3 L.O. 7/1985).

9.8.- CENTRO DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS.

9.8.1.- Cuestiones generales.

El Juez de Instrucción del lugar en que hubiese sido detenido el extranjero, a petición de la autoridad gubernativa que acuerde dicha detención, en el plazo de setenta y dos horas desde la misma, podrá autorizar su ingreso en centros de internamiento de extranjeros que no tengan carácter penitenciario, con la finalidad de asegurar la substanciación del expediente administrativo y la ejecución de la expulsión; y, por estar incurso en alguno de los supuestos de expulsión que se recogen en los párrafos a), c) y f) del artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985.

Este internamiento no podrá prolongarse por más tiempo del imprescindible para la práctica de la expulsión, y, en todo caso, no podrá exceder de cuarenta días, debiéndose solicitar de la autoridad judicial la puesta en libertad del extranjero cuando con anterioridad al transcurso de este plazo se tenga constancia de que la práctica de la expulsión no podrá llevarse a cabo.

El extranjero durante su internamiento se encuentra en todo momento a disposición de la autoridad judicial que lo autorizó, debiéndose comunicar a ésta por la autoridad gubernativa cualquier circunstancia con relación a la situación de los extranjeros internados.

Las personas ingresadas en centros de internamiento de carácter no penitenciario gozarán durante el mismo de los derechos recogidos en el capítulo preliminar de este Reglamento no afectados por la medida judicial de internamiento, en especial el derecho a asistencia letrada, que se proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, si no comprende o habla el castellano, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos.

Los menores extranjeros no podrán ser ingresados en dichos centros, debiendo ser puestos a disposición de los servicios competentes de protección de menores, salvo que, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, sus padres o tutores se encuentren ingresados en el mismo centro, manifiesten su deseo de permanecer juntos y existan módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar.

9.8.2.- Competencia.

La inspección, dirección, coordinación, gestión y control de los centros corresponde al Ministerio de Justicia e Interior, todo ello sin perjuicio de las facultades que le corresponden al Juez de Instrucción.

La custodia y vigilancia de los centros será competencia de la Dirección General de la Policía.

La prestación de asistencia sanitaria y servicios sociales que se facilite en estos centros podrá ser concertada por los Ministerios competentes con organizaciones no gubernamentales u otras entidades sin ánimo de lucro, con cargo a los programas de ayudas legalmente establecidos.

9.8.3.- Ingreso.

En el momento del ingreso del extranjero en el centro se exigirá el historial personal del mismo, en el que constarán los motivos de su detención, los antecedentes, las circunstancias personales, la autoridad judicial a cuya disposición se encuentre y el letrado que le asista.

Los internos recibirán en el momento del ingreso información escrita sobre el régimen del centro y las normas de convivencia. La información se facilitará en el idioma del extranjero o de forma que resulte comprensible para el mismo.

Los extranjeros, en el momento del ingreso, serán sometidos a un examen médico por el servicio sanitario del centro. Los internos que presenten enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas que no requieran traslado a un centro hospitalario permanecerán separados del resto de los internados.

Los centros dispondrán de módulos independientes, al objeto de permitir la separación de los internos por su sexo.

9.8.4.- Régimen interno de los centros.

Los internos están obligados a cumplir las normas de convivencia, régimen interior, sanidad e higiene, así como a conservar las instalaciones y mobiliario del centro.

En cada centro existirá una Junta compuesta, además del Director del mismo, por el facultativo y un trabajador social, que asesorará a aquél en la imposición de medidas a los internos que no respeten las normas de convivencia y de régimen interior.

La dirección del centro establecerá un horario para regular las distintas actividades a desarrollar por los internos.

Los internos podrán recibir y enviar correspondencia, así como mantener comunicaciones telefónicas con el exterior, que sólo podrán restringirse por resolución de la autoridad judicial.

Se adoptarán las medidas necesarias para impedir restricciones del ejercicio de la libertad religiosa por parte de los internos.

Los internos están autorizados a comunicar con sus abogados, y periódicamente con familiares, amigos y representantes diplomáticos de su país, debiendo realizarse tales comunicaciones dentro del horario establecido para la adecuada convivencia entre los internos, conforme a las normas de funcionamiento del centro.

9.8.5.- Asistencia sanitaria y social.

En cada centro existirá un servicio sanitario con disponibilidad de personal, instrumental y equipamiento necesario para la atención permanente y de urgencia de los internos.

Cuando un interno presente síntomas de enfermedad que implique su hospitalización, se procederá a su traslado a un centro hospitalario, debiéndose solicitar autorización a estos efectos de la autoridad judicial previo informe del facultativo del centro al médico forense, salvo que razones de urgencia que

no admitan demora aconsejen la inmediata hospitalización, en cuyo caso se comunicará posteriormente a la autoridad judicial, junto con un informe facultativo.

El Servicio sanitario de cada centro organizará e inspeccionará la higiene del centro, elevando las propuestas que considere oportunas a la dirección del mismo sobre alimentación, higiene y limpieza de los internos, y la higiene y limpieza del centro.

Entre el personal de los centros existirán trabajadores sociales, bajo la dependencia de la dirección del centro, que realizarán las funciones de carácter asistencial que los internos requieran.

9.9.- INFRACCIONES Y SANCIONES EN EL ORDEN SOCIAL.

Los empresarios que utilicen trabajadores extranjeros, sin haber obtenido con carácter previo el correspondiente permiso de trabajo, incurrirán en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros que hayan ocupado.

Las infracciones respecto al trabajo de los extranjeros en España, por incumplimiento de los preceptos aplicables de la normativa de extranjeros, serán tipificadas en la Ley 8/1980, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

La sanción se impondrá después de la instrucción del oportuno expediente sancionador, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y de conformidad con el procedimiento administrativo para la imposición de sanciones previsto en la citada ley.

9.10.- OTRAS INFRACCIONES Y SANCIONES.

El incumplimiento de las normas aplicables según la respectiva actividad, será sancionado por los Ministerios u Organismos competentes, de acuerdo con su legislación específica.

9.11.- COMUNICACION INTERORGANICA DE INFRACCIONES.

La autoridad laboral dará cuenta a la autoridad gubernativa de los supuestos de infracciones, relativas a la entrada y permanencia de extranjeros en España, de que tuviere conocimiento en el ejercicio de sus competencias.

Igualmente, las autoridades gubernativas y los servicios policiales comunicarán a la Dirección General de Migraciones, a la Inspección de Trabajo o a las Direcciones Provinciales de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales, los hechos que conozcan y que pudieran constituir infracciones laborales contra lo dispuesto en el presente Reglamento. Cuando la expulsión hubiera sido autorizada judicialmente, las autoridades gubernativas y los servicios policiales, comunicarán de modo inmediato la práctica de la expulsión o las razones que, en su caso, imposibilitan su realización, a la autoridad judicial que la hubiese autorizado y al Ministerio Fiscal.

Los órganos judiciales comunicarán a la autoridad gubernativa la finalización de los procesos judiciales en los que concurra la comisión de infracciones administrativas a las normas sobre extranjería, a los efectos de que por las autoridades administrativas pueda reanudarse, iniciarse o archivarse, si procede, según los casos, el procedimiento administrativo sancionador. Del mismo modo comunicarán aquellas condenas impuestas a extranjeros por delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año, a los efectos de la incoación del correspondiente expediente sancionador.

Cuando el Ministerio Fiscal conozca que un extranjero se encuentra imputado en un procedimiento por delito menos grave y pudiera estar incurso en alguna de las causas de expulsión previstas en el artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985, sin que hubiera sido incoado el correspondiente expediente administrativo sancionador, lo pondrá de manifiesto a la autoridad gubernativa a los efectos oportunos.

Los directores de los establecimientos penitenciarios notificarán a la autoridad gubernativa, con tres meses de anticipación, la excarcelación de extranjeros que hubieran sido condenados en procedimiento por delito, a los efectos de que, en su caso, se proceda a la expulsión, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 7/1985. A estos efectos, en los expedientes personales de los extranjeros condenados, se hará

constar si a los mismos les ha sido incoado expediente de expulsión, y su estado de la tramitación.

CAPÍTULO 10.- REGIMEN JURIDICO ESPECIAL PARA LOS NACIONALES DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNION EUROPEA Y DE OTROS ESTADOS PARTES EN EL ACUERDO SOBRE EL ESPACIO ECONOMICO EUROPEO.

10.1.- INTRODUCCION.

El artículo 96 de nuestra Constitución señala que los tratados internacionales validamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte de nuestro ordenamiento interno. En este mismo sentido, el artículo 3 de la Ley Orgánica 7/1985, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, dispone que las normas contenidas en la misma se entienden sin perjuicio de lo dispuesto en los Tratados Internacionales en los que España sea parte. Esto lleva a que los nacionales de los países firmantes del Tratado de la Unión Europea, así como de los que lo hicieron en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, tengan un régimen de entrada, permanencia y trabajo muy ventajoso en relación con los extranjeros que se rigen por la Ley Orgánica 7/1985.

España se adhirió al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (hecho en Roma el 25 de marzo de 1957) por tratado firmado en Madrid el 12 de junio de 1985. En sus artículos 8 y 8.A se habla de una ciudadanía de la Unión, manifestando que será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. De esta manera, todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y sujeciones establecidas por el Tratado señalado o por las disposiciones que lo desarrollen.

El 25 de junio de 1991 el Consejo de las Comunidades Europeas aprobó el Reglamento CEE número 2194/1991, relativo al periodo aplicable a la libre circulación de los trabajadores entre España y Portugal, por una parte, y los otros Estados miembros por otra, adelantando el final de este período al 31 de diciembre de 1991 y para el caso de Luxemburgo al 31 de

diciembre de 1992. El Consejo aprobó igualmente las Directivas 90/364/CEE, relativa al derecho de residencia; 90/365/CEE, relativo al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer una actividad profesional y 90/366/CEE, relativo al derecho de residencia de los estudiantes. Como consecuencia de lo dispuesto en estas disposiciones se dictó el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas.

El Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, fué firmado en Oporto el 2 de mayo de 1992 (ratificado por España el 26 de noviembre de 1993) entre la Comunidad Europea, los Estados miembros y Austria, Finlandia, Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suecia, entrando en vigor el 1 de enero de 1994, excepto para Liechtenstein que no entrará en vigor hasta el 1 de enero de 1998.

La finalidad de este Acuerdo, como señala su artículo 1, es promover un reforzamiento continuo y equilibrado de las relaciones comerciales y económicas entre las Partes contratantes, en igualdad de condiciones de competencia y en observancia de unas normas comunes, con miras a crear un Espacio Económico Europeo homogéneo. La búsqueda de estos objetivos implica, entre otras, la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales.

Respecto al régimen de los trabajadores de los nacionales de los Estados miembros de este Acuerdo, se establece, la libre circulación de trabajadores, que supondrá la abolición de toda discriminación por razón de nacionalidad del trabajador, respecto al empleo, retribución y demás condiciones de trabajo. Asimismo, la libre circulación de trabajadores conlleva una serie de derechos, como son el desplazarse libremente por el territorio del Acuerdo, residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales, así como permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo. Estos derechos podrán limitarse por razones de orden público, seguridad pública y salud pública.

Esto conlleva que para los nacionales de estos últimos países (refiero estos últimos porque los otros ya lo estarían por pertenecer a la Comunidad Europea), con excepción de Liechtenstein, que quieran entrar, residir y trabajar en

nuestro territorio, así como a sus familiares, también les sea de aplicación el régimen previsto para los nacionales comunitarios en el Real Decreto 766/1992.

El 7 de febrero de 1992, se firmó en Maastricht el Tratado de la Unión Europea por Bélgica, Dinamarca, República Federal de Alemania, República Helénica, España, República Francesa, Irlanda, República Italiana, Gran Ducado de Luxemburgo, Países Bajos, República Portuguesa, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Asimismo, desde el 1 de enero de 1995 Austria, Finlandia y Suecia han pasado a ser miembros de pleno derecho de la Unión Europea, que se incorporaron en virtud del Tratado de Corfú de 24 de junio de 1994.

Se señalan como objetivos, entre otros, promover un progreso económico y social equilibrado y sostenible, principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores; y, reforzar la protección de los derechos e intereses de los nacionales de sus Estados miembros, mediante la creación de una ciudadanía de la Unión.

Por todas estas razones se ha procedido a la modificación del Real Decreto 766/1992, para dar cabida a estas nuevas situaciones, modificación llevada a cabo por el Real Decreto 737/1995, de 5 de mayo.

10.2.- REGULACION INTERNA Y DETERMINACION DEL ELEMENTO PERSONAL

10.2.1.- Regulación interna.

Nuestro derecho interno regula la entrada y permanencia de este elenco de personas, que se encuentran en una situación de privilegio en relación con los nacionales de otros países, a través del Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia de nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas y otros Estados Partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, modificado por Real Decreto 737/1995, de 5 de mayo.

Asimismo, será completado, como señala su disposición adicional primera, por las disposiciones de carácter reglamentario que para la aplicación y desarrollo del presente Real Decreto dicten los Ministros de Asuntos Exteriores, de

Interior, de Trabajo y Seguridad Social, y de Asuntos Sociales, conjunta o separadamente.

La disposición transitoria segunda de ese Real Decreto, recoge la aplicación normativa a los nacionales de Liechtenstein, en los siguientes términos: Hasta el 1 de enero de 1998 a esos nacionales y sus familiares que quieran entrar, residir y trabajar en territorio español les será de aplicación el régimen previsto en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, y su Reglamento de Ejecución. A partir de esa fecha y siempre que, previa decisión del Consejo del Espacio Económico Europeo, se hayan cumplido los trámites necesarios para que el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo tenga plenos efectos para Liechtenstein, a sus nacionales y sus familiares les serán de aplicación las disposiciones contenidas en el mencionado Real Decreto.

10.2.2.- Ambito personal.

Se aplicará a los nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas y de los Estados Partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (en adelante Estados miembros de UE-EEE).

Asimismo, será de aplicación, cualquiera que sea su nacionalidad, a los familiares de los españoles y de los nacionales de otros Estados, que a continuación se relacionan:

- A su cónyuge siempre que no estén separados de derecho.
- A sus descendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, menores de veintiún años o mayores de dicha edad que vivan a sus expensas.
- A sus ascendientes y a los de su cónyuge, siempre que no estén separados de derecho, que vivan a sus expensas, con la excepción de los ascendientes de los estudiantes y de sus cónyuges, que no tendrán derecho de residencia.

Antes de la modificación efectuada por el Real Decreto 737/1995, servía como causa de exclusión, además de la separación de derecho, la separación de hecho. Esta modificación ha sido consecuencia de que el Tribunal de Justicia de las Comunidades ha dejado bien claro en su

jurisprudencia que sólo puede impedirse la residencia cuando exista una separación de derecho de los cónyuges. Este Tribunal ha señalado que el artículo 10 del Reglamento 1612/68/CEE, autoriza al cónyuge del trabajador nacional de un Estado miembro, empleado en el territorio de otro Estado miembro, distinto del que es nacional, a instalarse en él, aunque ambos estén separados de hecho.

10.3.- ENTRADA Y PERMANENCIA.

10.3.1.- Reglas generales.

Las personas que hemos mencionado anteriormente tienen derecho a entrar, salir, circular y permanecer libremente en territorio español, previo el cumplimiento de las formalidades previstas por éste y sin perjuicio de las medidas que se puedan aplicar por razones de orden público, seguridad pública y salud pública.

Asimismo, tienen derecho, con excepción de los ascendientes de los estudiantes y de sus cónyuges, a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, en las mismas condiciones que los nacionales españoles, sin perjuicio de las limitaciones para los empleos de la Administración Pública.

Los titulares de los derechos mencionados en los dos párrafos anteriores tendrán la obligación de solicitar una tarjeta de residencia.

10.3.2.- Documentación necesaria para efectuar la entrada.

Los nacionales de los Estados referenciados, efectuarán la entrada mediante la presentación del pasaporte o, en su caso, de la tarjeta de identidad en vigor y en el que conste la nacionalidad del titular.

En el caso de los familiares que no posean la nacionalidad de uno de estos Estados, además de la documentación antedicha, el correspondiente visado. Su expedición será gratuita.

10.3.3.- Documentación necesaria para la permanencia.

Para la permanencia en España, en razón de la finalidad o del tiempo de la misma, será la siguiente:

- La misma documentación que se requirió para la entrada; en el caso de que la duración sea inferior a tres meses, con independencia de la finalidad de la misma.

- Tarjeta temporal de residencia; de vigencia limitada a la duración de la permanencia, que no será inferior a tres meses, ni superior al año.

- Tarjeta de residencia de nacional de un Estado miembro, cuando la permanencia sea superior a un año. Tendrá cinco años de vigencia y será renovable automáticamente.

- Tarjeta de residencia de familiar de nacional de un Estado miembro; lógicamente este familiar no debe tener la nacionalidad de ninguno de los Estados miembros. Tendrá idéntica vigencia que la de la persona de la que dependa.

- Tarjeta de residencia de los familiares de los españoles; se les expedirá en todo caso, y la vigencia de la misma será de cinco años.

- Tarjeta de trabajador fronterizo. Se le extenderá a aquel nacional de un Estado miembro UE-EEE que trabajando en España, y manteniendo su residencia en el territorio de alguno de dichos Estados, regrese a éste, en principio, todos los días o al menos una vez por semana. Tendrá una validez de cinco años y será renovable automáticamente.

10.4.- VIGENCIA Y RENOVACION DE TARJETAS.

10.4.1.- Con carácter general.

Queda condicionada tanto la vigencia de la tarjeta como de su renovación al hecho de que su titular continúe encontrándose en alguno de los supuestos que dan derecho a su obtención.

10.4.2.- Posibilidad de limitar la vigencia de la primera tarjeta de residencia.

Se podrá limitar la vigencia de la primera tarjeta de residencia, sin que pueda ser inferior a dos años, cuando el solicitante no pretenda realizar actividades lucrativas ni estudios.

10.4.3.- Vigencia de la tarjeta de residencia por la realización de estudios.

La vigencia de la tarjeta de residencia, concedida para la realización de estudios, se podrá limitar a la duración de los estudios. En el caso de que ésta fuera superior a doce, se podrá limitar a un año, en cuyo caso será renovable anualmente.

10.4.4.- Vigencia y renovación de la tarjeta de residencia expedida para la realización de actividades por cuenta propia o ajena.

Esta tarjeta no podrá ser retirada por el solo hecho de que el titular no esté ejerciendo dichas actividades, en los siguientes casos:

- Que sea debido a enfermedad o accidente,
- Que esté en situación de desempleo involuntario, debidamente constatado por la oficina del Instituto Nacional de Empleo correspondiente. En este caso, cuando se trate de la primera renovación de la tarjeta de residencia y el titular de la misma haya permanecido en dicha situación de desempleo durante más de doce meses consecutivos, la vigencia de dicha tarjeta podrá ser limitada, sin que pueda ser inferior a doce meses.

10.4.5.- Requisitos para la expedición o renovación automática de la tarjeta de residencia para el desarrollo de una actividad económica por cuenta propia o por cuenta ajena.

Esta expedición o renovación es automática para los nacionales de los Estados miembros de la UE-EEE, cuando realicen en territorio español una actividad económica por cuenta propia o por cuenta ajena, y además:

- en el momento en que cese su actividad hayan llegado a la edad prevista por la legislación española para la jubilación con derecho a pensión, habiendo ejercido su actividad durante los doce meses precedentes y residido en España durante más de tres años.

- hayan cesado en el desempeño de su actividad como consecuencia de incapacidad permanente para el trabajo, habiendo residido en España durante más de dos años sin interrupción.

No será necesario acreditar tiempo alguno de residencia si la incapacidad resultare de accidente de trabajo o de enfermedad profesional que dé derecho a una pensión de la que sea responsable, total o parcialmente, un organismo del Estado español.

- después de tres años de actividad y de residencia continuadas en territorio español, desempeñen su actividad en otro Estado miembro de las Comunidades Europeas y mantengan su residencia en España, regresando a territorio español al menos una vez por semana.

Asimismo, se expedirá o renovará automáticamente a los familiares que convivan con ellos su tarjeta de residencia.

10.5.- SITUACION DE LOS FAMILIARES EN CASO DE FALLECIMIENTO DEL TITULAR DE LA TARJETA DE RESIDENCIA.

Si el titular del derecho a residir en territorio español hubiere fallecido antes de adquirir dicho derecho con carácter permanente, las autoridades competentes, expedirán o renovarán la tarjeta de residencia a los miembros de su familia cuando concurra alguna de las siguientes condiciones:

- Que el interesado hubiera residido en España en la fecha del fallecimiento durante al menos dos años.

- Que el fallecimiento se haya debido a accidente de trabajo o enfermedad profesional.

- Que el cónyuge supeerstite, siempre que no estuviere separado de derecho, fuera ciudadano español y hubiera perdido la nacionalidad española como consecuencia de su matrimonio con el fallecido.

No serán necesarios los requisitos mencionados, cuando el titular del derecho a residir en territorio español con carácter permanente hubiera fallecido después de adquirir este derecho.

10.6.- TRAMITACION DE LA TARJETA DE RESIDENCIA.

10.6.1.- Trámites principales y órganos competentes.

La solicitud de expedición de las tarjetas de residencia serán presentadas en el plazo de un mes a partir de la fecha de entrada en España.

Serán tramitadas por la Oficina de Extranjeros de la provincia donde pretenda permanecer o fijar su residencia el interesado o, en su defecto, por la correspondiente Comisaría de Policía.

Serán competentes para la resolución de dichas solicitudes, los Gobernadores civiles.

10.6.2.- Documentación que deben acompañar a la solicitud.

Con la solicitud de expedición de tarjetas de residencia deberá presentar el interesado el documento que acredite su identidad, a cuyo amparo se encuentre en territorio español, y además:

A.- Si se trata de un trabajador por cuenta ajena:

- copia del contrato de trabajo o certificado de trabajo.

B.- Si realiza actividades económicas por cuenta propia.

- Deberá presentar documentación justificativa de que ha solicitado las autorizaciones necesarias para el ejercicio de dichas actividades por españoles, de acuerdo con la legislación vigente en España.

- Además justificará el alta en el Impuesto de Actividades Económicas, y la disposición de las autorizaciones y altas en los Registros establecidos por la Dirección General de Transacciones Exteriores del Ministerio de Economía y Hacienda.

C.- Si se trata de prestación de servicios en España.

Será necesaria acreditación, mediante la presentación de certificados expedidos por las autoridades competentes del país de origen o procedencia, de que:

- se encuentra en posesión de los títulos, diplomas o certificados exigidos para la prestación de los servicios de que se trate;

- se encuentra legalmente establecido y ejerciendo habitualmente las actividades en cuestión en el país de origen o procedencia.

D.- Si se trata de trabajador fronterizo. Será necesario:

- certificado de residencia en otro Estado miembro de la UE-EEE,
- los documentos que correspondan a su actividad.

E.- Si pretende residir en España sin realizar actividades lucrativas y no disfruta del derecho de residencia en virtud de otras disposiciones. Habrá de acreditar:

- que dispone de recursos suficientes para el período de residencia que solicita, o que dichos recursos los va a recibir periódicamente,

- que tiene suscrito un seguro de enfermedad que cubre todos los riesgos.

F.- Si pretende residir en España tras haber dejado de ejercer en cualquiera de los Estados miembros de la UE-EEE una actividad como trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia y no disfruta ya del derecho de residencia. Deberá acreditar que:

- dispone de una pensión de invalidez, de jubilación o de prestaciones por accidente de trabajo o enfermedad profesional que le proporcionen los recursos suficientes para el período de residencia que solicita,

- tiene suscrito un seguro de enfermedad que cubre todos los riesgos.

G.- Si pretende residir en España para realizar estudios y no disfruta del derecho de residencia con arreglo a otras disposiciones. Deberá acreditar:

- que se encuentra matriculado como estudiante en centros o establecimientos oficiales o reconocidos, para recibir, con carácter principal, una formación que le habilite para el ejercicio de una profesión;

- que dispone de los recursos suficientes para sufragar los gastos de estancia para el período de residencia que solicita, o que dichos recursos los va a percibir periódicamente;

- que tiene suscrito un seguro de enfermedad que cubre todos los riesgos.

H.- Recursos suficientes.

A efectos de los apartados anteriores, los recursos de los solicitantes se considerarán suficientes cuando superen el nivel de pensión mínima de jubilación para mayores de sesenta y cinco años establecida por la Seguridad Social española.

I.- Necesidad de certificado médico.

Podrá exigirse la presentación de certificado médico acreditativo de su estado de salud, cuando así lo aconsejen razones de orden público.

J.- Familiares.

Cuando se trate de los familiares de las personas señaladas en los apartados anteriores, con excepción de los ascendientes de los estudiantes y de sus cónyuges, deberán presentar los documentos expedidos por las autoridades competentes que acrediten:

- el vínculo del parentesco,

- el hecho de vivir a expensas o estar a cargo del nacional con el que tengan dicho vínculo, en los casos en que sea exigible.

- en el caso de los familiares de los apartados 5, 6 y 7 anteriores, que los recursos y el seguro de enfermedad son suficientes para el titular y sus familiares.

- el visado de residencia en el pasaporte en el caso de que el familiar no posea la nacionalidad de ninguno de los Estados miembros. Podrán ser dispensado por razones excepcionales.

10.6.3.- Tramitación de la solicitud.

1.- Actuaciones necesarias.

Se procederá a valorar correctamente la concurrencia de los requisitos necesarios para el ejercicio de actividades lucrativas por cuenta propia. Para ello, el órgano instructor podrá interesar informe de los servicios de la Administración General del Estado, de la Administración Autonómica o de la Administración Local, así como de las Administraciones Institucionales y de los Colegios Profesionales, competentes por la materia.

2.- Actuaciones excepcionales.

Excepcionalmente, y a través de la Dirección General de la Policía, se podrá pedir información sobre los antecedentes judiciales de los interesados a las autoridades del Estado de origen o de otros Estados.

3.- Tramitación de primera tarjeta.

La resolución relativa a la primera tarjeta deberá ser adoptada dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la solicitud.

4.- Solicitudes con carácter preferente.

Las solicitudes de tarjetas temporales de residencia se tramitarán con carácter preferente, por el procedimiento de urgencia, reduciéndose los plazos a la mitad.

5.- Permanencia provisional.

La tramitación de la solicitud de expedición de las tarjetas de residencia no será obstáculo a la permanencia provisional de los interesados en España, ni al desarrollo de sus actividades.

10.6.4.- Expedición de la tarjeta.

Las tarjetas, cualquiera que sea su duración, así como sus renovaciones, se expedirán, cuando resulten acreditados los requisitos exigidos y previo abono de la tasa correspondiente.

10.7.- RENOVACION DE TARJETAS.

Las solicitudes de renovación de tarjeta tendrán los mismos trámites que hemos visto para la solicitud.

A dichas solicitudes se deberán acompañar los documentos que se exigen para el caso de la solicitud, a excepción, cuando fueren requeridos, de los siguientes: certificado acreditativo de su estado de salud, el visado y el certificado acreditativo del parentesco cuando se trate de ascendientes o descendientes.

10.8.- MEDIDAS APLICABLES POR RAZONES DE ORDEN PUBLICO, SEGURIDAD PUBLICA Y SALUD PUBLICA.

10.8.1.- Con carácter general.

Como señala el art. 14 del Real Decreto, solo por las razones expuestas cabe la posibilidad de adoptar medidas relativas a la entrada en España, expedición y renovación de tarjetas de residencia o sus denegaciones, sanciones y expulsión del territorio español de las personas incluidas en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto.

Las medidas que se pueden adoptar son:

- Impedir la entrada en España, aunque los interesados presenten la documentación exigida reglamentariamente.
- Denegar la expedición o la renovación de las tarjetas.
- Ordenar la expulsión o devolución del territorio español.

Estas medidas deberán atenerse a las siguientes reglas:

- Habrán de ser adoptadas con arreglo a la legislación reguladora del orden público y de la seguridad pública, a lo dispuesto en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, y a las disposiciones reglamentarias vigentes en la materia.

- Podrán ser revocadas, de oficio o a instancia de parte, cuando dejen de subsistir las razones que motivaron su adopción.

- No podrán ser adoptadas con fines económicos.

- Cuando se adopten por razones de orden público o de seguridad pública deberán estar fundadas exclusivamente en el comportamiento personal de quien sea objeto de las mismas.

- No podrá ser causa de expulsión la caducidad del documento de identidad o pasaporte que haya amparado la entrada en España, y la expedición, en su caso, de la tarjeta.

- Las únicas dolencias o enfermedades que pueden justificar la adopción de alguna de estas medidas son: a) Enfermedades cuarentenarias contempladas en el Reglamento Sanitario Internacional número 2, de 25 de mayo de 1951, de la Organización Mundial de la Salud; b) La drogadicción, las alteraciones psíquicas importantes, los estados manifiestos de enfermedad psicotrópica con agitación de "delirium", de alucinaciones o de psicosis de confusión, cuando ponga en peligro el orden público o la seguridad pública en los términos

- 265 -

previstos en la legislación vigente; c) Otras enfermedades infecciosas o parasitarias contagiosas en la medida que sean, en España, objeto de disposiciones de protección respecto a los nacionales españoles.

10.8.2.- Sanciones que consisten en la imposición de una multa.

Serán sancionables con multa las siguientes omisiones: omisión de la solicitud de la tarjeta, cuando exista derecho a su obtención, o de su renovación, así como la falta de comunicación relativa a la modificación de las circunstancias que motivaron su concesión.

Este tipo de omisiones no podrá dar lugar nunca a la expulsión del infractor del territorio español, si bien, como hemos indicado, puede ser sancionado con multa. La cuantía de ésta debe de ser proporcional a la gravedad de la infracción, para lo cual se utilizarán los siguientes parámetros: el grado de voluntariedad, la reincidencia, en su caso, y la capacidad económica del infractor. La cuantía de esta multa nunca podrá superar el límite que señala la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, limitación fijada en una cuantía máxima de 2.000.000 de pesetas, o bien, la cantidad que determine el gobierno, en virtud de lo dispuesto en la disposición adicional primera de la citada Ley, teniendo en cuenta las variaciones del índice de precios al consumo.

10.8.3.- Sanciones que consisten en salida obligatoria del territorio español.

Para proceder a la denegación de la renovación de la tarjeta u ordenar la expulsión de su titular, se tiene que tener en cuenta:

Debe de emitirse previamente dictamen de la Dirección General del Servicio Jurídico, o en su caso, del correspondiente Servicio Jurídico del Estado en la provincia. Antes de emitir dictamen deberá permitir al interesado solicitar las pruebas y formular las alegaciones que estime oportunas. En caso de urgencia se podrá prescindir de este informe.

La resolución que deniegue la expedición o la renovación de la tarjeta o que ordene la expulsión, deberá ser notificada en forma legal, y, fijará expresamente:

- el plazo en el que el interesado deberá abandonar el territorio español. Este plazo, salvo razones de urgencia, no será inferior a quince días, si el interesado no es titular de tarjeta, o a un mes, en caso contrario.

- las razones de orden público, seguridad pública o salud pública que la motiven.

Esta resolución podrá ser objeto de los recursos que legalmente procedan.

Además de poder entablar estos recursos, cabe la posibilidad en los casos de denegación de primera tarjeta o de expulsión de personas solicitantes de la misma, que la resolución dictada por la autoridad competente del Ministerio del Interior, después de haber emitido el oportuno informe por el Servicio Jurídico pertinente, que además de los recursos que quepan contra dicha resolución, se inicie una especie de segunda instancia administrativa, que siempre será a instancia de parte, consistente en que esta resolución será sometida a examen por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado o del Servicio Jurídico del Estado en la provincia. Este nuevo dictamen será sometido a la autoridad competente, para que confirme o revoque la anterior resolución.

CAPITULO 11.- DERECHO DE ASILO COMO PROTECCION QUE UN ESTADO PRESTA EN SU TERRITORIO.

Por Asilo, como señala Díez de Velasco¹²², generalmente llamado Derecho de Asilo, se entiende la protección que un Estado ofrece a personas que no son nacionales suyos y cuya vida o libertad están en peligro por actos, amenazas y persecuciones de las Autoridades de otro Estado o incluso por personas o multitudes que hayan escapado al control de dichas Autoridades.

Cabe distinguir dentro de esta institución dos grandes clases:

- El llamado Asilo territorial o interno. Que Este tipo de Asilo, es el que va a ser objeto de estudio en el presente capítulo.

- El Asilo Diplomático. Se trata de una institución controvertida cuyo origen consuetudinario se ubica en los países iberoamericanos. Consiste en la protección que otorga un Estado en favor de personas perseguidas por razones políticas y que buscan refugio en la sede de su Misión diplomática no acreditada ante otro Estado y en los lugares que gozan de inviolabilidad diplomática, tales como la residencia de los Jefes de Misión, los campamentos y aeronaves militares, y los buques de guerra.

Tradicionalmente, para concederse el Asilo Diplomático se ha requerido que el peticionario fuera un perseguido político y que al solicitarlo se dé una situación de urgencia. El artículo 6 de la Convención de La Habana de 1928 entiende por casos de urgencia aquellos en que el individuo sea perseguido por personas o multitudes que hayan escapado del control de las Autoridades, o por las Autoridades mismas, así como cuando se encuentre en peligro de ser privado de su vida o de su libertad por razones de persecución política o no pueda, sin riesgo, ponerse de otra manera en seguridad.

¹²²Op. cit., pág. 498.

Pese a estar estrechamente vinculado a la inviolabilidad de las misiones diplomáticas, el Convenio de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas, no recogió este tipo de asilo, al considerar la Comisión de Derecho Internacional que no hay en el Derecho Internacional General un derecho de asilo en las representaciones diplomáticas.

Díez de Velasco nos señala una tercera clase, el Asilo Neutral, entendiendo por tal la protección que concede un Estado neutral en tiempos de guerra a miembros de las fuerzas armadas de los Estados beligerantes que buscan refugio en su territorio.

11.1.- CONCEPTO Y RASGOS GENERALES.

Siguiendo al profesor Díez de Velasco¹²³, entendemos por esta clase de asilo, aquella protección que un Estado presta en su territorio al acoger en el mismo a determinadas personas por motivos políticos y que se encuentran en peligro su vida o libertad en el Estado de procedencia.

El Asilo territorial concedido a los perseguidos políticos ha sido una práctica constante por muchos Estados, que los han hecho figurar incluso en sus Constituciones.

Tiene su fundamento en la competencia que ejerce el Estado sobre su territorio, y en virtud de ella puede conceder no solo la entrada en el mismo, sino también otorgar protección mientras se habite dentro de su esfera territorial. Ello trae como consecuencia que, así como para el Estado la concesión de asilo es un derecho derivado de su soberanía territorial, para el particular asilado no aparece como un derecho, sino como una concesión graciosa del Estado asilante.

La regulación internacional relativa al derecho de asilo configura a éste como un derecho humano recogido expresamente en el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos de Hombre de 10 de diciembre de 1948, el cual establece que en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por

¹²³Op. cit., págs 498 a 501.

delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos o principios de las Naciones Unidas.

A falta de una codificación internacional, el texto internacional más relevante en materia de asilo, lo encontramos en la Resolución 2312 (XXII) de la Asamblea General de 14 de diciembre de 1967. Esta Declaración nos recoge los principios fundamentales que rigen esta institución; que el profesor Díez de Velasco sistematiza en la siguiente manera:

1. El Asilo es un derecho del Estado derivado de su soberanía.

2. Pueden beneficiarse de él las personas perseguidas y las que luchan en contra del colonialismo.

3. El asilo debe ser respetado por todos los demás Estados.

4. La situación de las personas que se beneficien del asilo interesa a toda la Comunidad Internacional.

5. Quedan excluidos del asilo los que hayan cometido delitos contra la paz, crímenes de guerra o delitos contra la Humanidad. Dichos delitos se consideran como crímenes internacionales.

6. La calificación de las causas del asilo corresponden al Estado territorial.

7. Las personas comprendidas entre las citadas en el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y las que luchan contra el colonialismo, tienen derecho a que no se les niegue la entrada en el territorio de los Estados y a no ser expulsadas o devueltas a cualquier otro Estado que puedan ser objeto de persecución.

8. Se admiten como excepciones a la admisión y a la permanencia en el territorio razones fundamentales de seguridad nacional o de salvaguarda de la población del Estado, dentro de estas últimas se incluye de manera específica la afluencia en masa de personas.

9. En caso de las excepciones de la regla de Asilo se procurará un Asilo provisional para permitir a la persona trasladarse a otro Estado.

10. El Estado asilante no permitirá que los asilados se dediquen a actividades contrarias a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

A nivel internacional debemos hacer mención al Convenio sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de junio de 1951, y su Protocolo de 31 de enero de 1967, a los que se adhirió España por Instrumento de 14 de agosto de 1978, y, que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 del Convenio y en el párrafo 2º del artículo 1 de su Protocolo, se establece la condición de refugiado a aquellos individuos que encontrándose fuera del país de su nacionalidad, tengan fundados motivos para creer que son perseguidos por razones de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, o por pertenecer a grupos sociales determinados, y no quieran o no puedan acogerse a la protección de su propio Estado. En el caso de que dichas personas tengan más de una nacionalidad se está haciendo referencia a cualquiera de ellas. Asimismo incluye a las personas que siendo apátridas y hallándose fuera del país en el que residen, en las mismas condiciones descritas anteriormente, no puedan o no quieran por ese mismo temor, solicitar protección a su Estado de residencia.

Como excepciones a la concesión de refugiado, tenemos que señalar:

- que el reconocimiento de los derechos y de las obligaciones inherentes a la nacionalidad por las autoridades en donde se ha fijado la residencia (artículo 1.E del Convenio).

- que el individuo haya cometido algún delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad; que asimismo se haya cometido un delito común grave, fuera del país de refugio, antes de ser admitido en el mismo como refugiado; que sea considerado como culpable de actos contrarios a los principios y fines de la Naciones Unidas (artículo 1.F del Convenio).

Como obligaciones generales del refugiado para con el Estado que le concede tal condición se encuentra, en virtud de su artículo 2, la de cumplir con las leyes, los reglamentos y el resto de medidas adoptadas para el mantenimiento del orden público. Por lo dispuesto en el artículo 32.1, el incumplimiento de estas obligaciones conlleva la posibilidad de ser expulsado por el Estado que le ha concedido refugio.

En lo que se refiere a nuestro derecho interno, el derecho de asilo aparece recogido como norma constitucional en el artículo 13.4, que señala que la ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.

El derecho de asilo y la condición de refugiado viene regulado por la Ley 5/1984 de 26 de marzo, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo. Vienen desarrollada dicha Ley por el Real Decreto 203/1995 de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, y por la Orden de 13 de enero de 1989, sobre centros de recogida de refugiados.

En la redacción original de la Ley 5/1984, se consideraba el asilo como una protección graciable concedida por el Estado a aquellos extranjeros que hayan sido condenados por delitos políticos, que estén perseguidos, sometidos a enjuiciamiento por razones de raza, etnia, religión o ideología, además de por causas justificadas por razones humanitarias; mientras que la condición de refugiado se podía conceder a aquellas personas que cumplen los requisitos previstos en las leyes y convenios internacionales suscritos por España, y, en especial, en la Convención sobre el Estatuto de Refugiados hecha en Ginebra en 1951.

La Ley 9/1994, de 19 de mayo, modificó esta dualidad de figuras a la vez que modificó varios artículos de la Ley 5/1984.

La finalidad de la reforma se nos da a conocer en la exposición de motivos de la Ley, cuando nos indica que la experiencia acumulada en la aplicación de la Ley muestra algunas deficiencias que resulta importante subsanar. Al propio tiempo la aprobación de Instrumentos internacionales en la materia de asignación de responsabilidad para el examen de las solicitudes de asilo y la progresiva armonización de las legislaciones nacionales en la materia, aconsejan la revisión de las normas vigentes sobre el reconocimiento de la condición de refugiado y la concesión del asilo.

Se da así cumplimiento al mandato parlamentario contenido en la Proposición no de Ley aprobada por el Congreso de los Diputados el 9 de abril de 1991, en la que se instaba al Gobierno a «adoptar las medidas necesarias para garantizar la necesaria celeridad en el examen individualizado de las solicitudes de asilo» y a «impedir la utilización fraudulenta

con fines de inmigración económica del sistema de protección a los refugiados».

La modificación de la Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado presenta cuatro aspectos fundamentales:

En primer lugar, se suprime la doble figura de asilo y refugio con estatutos diferenciados, dualidad que no se deriva en modo alguno de las exigencias de protección a los extranjeros víctimas de persecución y que se ha revelado como una fuente de confusión y abusos.

La reforma configura el asilo, reconocido en el artículo 13.4 de la Constitución, como la protección dispensada por España a aquel extranjero a quien se reconozca la condición de refugiado de acuerdo con la Convención de Ginebra de 1951, es decir, a quien 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, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él. Este concepto de refugiado, cuando se trata de perseguidos por opiniones políticas, ha de interpretarse en sentido amplio, como es práctica general de los Estados signatarios de la Convención, comprendiendo actos punibles cometidos por motivos políticos siempre que, a la luz de las circunstancias, pueda establecerse que la persona en cuestión tiene temores de ser perseguida.

En cuanto al actual asilo por razones humanitarias, que se podía conceder a determinados extranjeros que no sufrieron persecución, se reconduce a la vía de la legislación general de extranjería.

Por otra parte, la protección que la Ley española dispensa a los refugiados va más allá de lo previsto en la referida Convención de Ginebra, al comprender de forma inequívoca el derecho a residir y trabajar en territorio español.

En segundo lugar, se establece una fase previa en el examen de las solicitudes que permita la denegación de forma rápida de aquellas peticiones que sean manifiestamente abusivas o infundadas, así como aquellas otras cuyo examen no le

- 273 -

corresponda a España, o en que exista otro Estado en condiciones de prestar la protección. Tal denegación se haría mediante una resolución de inadmisión a trámite de las solicitudes, adoptada con las necesarias garantías, en particular la posibilidad de presentación de una petición de reexamen con efectos suspensivos y participación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en los casos en que la resolución de inadmisión a trámite se haya adoptado cuando el solicitante se encuentre en frontera. La entrada en territorio español de los extranjeros que pidan asilo en la frontera quedará, pues, condicionada a la admisión a trámite de su solicitud.

Esta medida responde, por una parte, a las consideraciones recogidas en la precitada Proposición no de Ley de 9 de abril de 1991, que constataba que «el sistema de protección a los refugiados políticos se ve desvirtuado en la práctica por un número creciente de solicitudes, en su mayoría de inmigrantes económicos, lo que dificulta la acogida adecuada y provoca el consiguiente retraso en la resolución de las peticiones, convirtiéndose en la práctica en la principal vía de inmigración irregular hacia nuestro país».

Por otra parte, la reforma en cuestión se acompasa con la conclusión número 30 del Comité Ejecutivo del programa del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, según la cual «sería útil que los procedimientos nacionales de determinación del estatuto de refugiado prevean disposiciones especiales para tratar con celeridad las solicitudes que se consideren tan manifiestamente infundadas que no merezcan un examen en profundidad, ya que tales solicitudes no constituyen más que una carga para los países afectados y perjudican los intereses de aquellos que tienen motivos para pedir que se les reconozca el estatuto de refugiados».

Por último, responde a lo establecido en Convenios internacionales en los que será parte España, que determinan el Estado miembro al que le corresponde el examen de cada solicitud de asilo.

En tercer lugar, se aborda la modificación de los efectos que la resolución denegatoria del asilo produce. La actual regulación de los efectos de la denegación de la condición de asilado ha tenido un importante efecto de atracción de inmigrantes económicos hacia el sistema de asilo, al situar al extranjero que ve denegada una solicitud de asilo, aun cuando esté desprovista de todo fundamento, en una posición de

- 274 -

privilegio con respecto a aquel que ha seguido los procedimientos migratorios normales establecidos por el ordenamiento español, mediante la solicitud del oportuno visado.

La reforma parte, pues, del principio general, aceptado por el conjunto de las partes contratantes de la Convención de Ginebra, de que el solicitante de asilo cuya petición es inadmitida a trámite o denegada debe abandonar el territorio español, salvo que reúna los requisitos para entrar o permanecer en el país, con arreglo al régimen general de extranjería, o que, por razones humanitarias o de interés público, se le autorice excepcionalmente para ello.

Finalmente, se adapta a la doctrina del Tribunal Constitucional la disposición contenida en el artículo 18.3 de esta Ley, relativa a la facultad que se otorgaba al Ministro del Interior de suspensión de asociaciones de extranjeros. De acuerdo con lo que el Tribunal Constitucional estableció en su sentencia 115/1987, de 7 de julio, se suprime dicha facultad.

11.2.- PRESENTACION DE LA SOLICITUD.

La entrada ilegal en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos propios de la condición de refugiado, siempre que se presente sin demora a las autoridades.

11.2.1.- Tiempo de presentación de la solicitud.

La solicitud de asilo en el interior del territorio español habrá de presentarse en un plazo de un mes a contar desde la entrada del mismo, salvo en los supuestos en que el extranjero disfrute de un período de estancia legal superior al citado, en cuyo caso podrá presentarse antes de la expiración del mismo. Cuando las circunstancias que justifiquen una solicitud de asilo se deban a una causa sobrevenida en el país de origen, se computará el plazo de un mes a partir del momento en que hayan acontecido los hechos que justifiquen su temor de persecución.

Cuando se trate de un solicitante que haya permanecido en situación de ilegalidad durante más de un mes, o haya presentado una solicitud de asilo teniendo incoada una orden de expulsión, la solicitud se examinará por el procedimiento ordinario de inadmisión a trámite.

11.2.2.- Forma de presentación de la solicitud.

Los extranjeros que pretendan solicitar asilo encontrándose ya en territorio español deberán presentar su solicitud mediante una comparecencia personal ante la dependencia que corresponda. En caso de imposibilidad física o legal del interesado, podrá presentar su solicitud a través de representante acreditado por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna.

La solicitud se formalizará mediante la cumplimentación y firma del correspondiente formulario por el solicitante, que deberá exponer de forma detallada los hechos, datos o alegaciones en que fundamente su pretensión. Dicho formulario se le facilitará en las dependencias donde presente la solicitud, que además de en castellano estará redactado en otras lenguas. Junto con su solicitud deberá aportar fotocopia de su pasaporte o título de viaje, del que hará entrega si su solicitud es admitida a trámite, así como cuantos documentos de identidad personal o de otra índole estime pertinentes en apoyo de la misma. Si el solicitante no aportase ningún tipo de documentación personal deberá justificar la causa de dicha omisión.

Si el solicitante quisiera que, a las personas que dependan de él o formen su núcleo familiar, se les concediera el asilo por extensión, éstas deberán comparecer personalmente junto con el solicitante, aportando su documentación personal si solicitan la extensión del asilo. Si no se solicita la extensión familiar del asilo, se anotarán los nombres y datos documentales de las personas que el solicitante declare como dependientes.

Los solicitantes de asilo que se encuentren en territorio nacional tendrán derecho a intérprete y asistencia letrada para la formalización de su solicitud y durante todo el procedimiento.

11.2.3.- Lugar de presentación de la solicitud.

El extranjero que desee obtener el asilo en España presentará su solicitud ante cualquiera de las siguientes dependencias:

- Oficina de Asilo y Refugio.
- Puestos fronterizos de entrada al territorio español.
- Oficinas de Extranjeros.
- Comisaría Provincial de Policía o Comisaría de distrito que se señalen mediante Orden del Ministro de Justicia e Interior.
- Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares españolas en el extranjero.

La remisión y comunicación de solicitudes de asilo e informes sobre las mismas a los órganos competentes y entre los organismos y entidades interesadas, se realizará utilizando las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos más avanzados de que se disponga.

Las solicitudes de asilo presentadas en el extranjero serán cursadas a la Oficina de Asilo y Refugio a través del Ministerio de Asuntos Exteriores, acompañadas del correspondiente informe de la Misión Diplomática u Oficina Consular.

En los demás casos, las solicitudes de asilo, acompañadas de la documentación correspondiente, se remitirán por las dependencias mencionadas a la Oficina de Asilo y Refugio de forma directa e inmediata.

La Oficina de Asilo y Refugio comunicará la presentación de toda solicitud de asilo al representante en España del ACNUR (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados). Esta comunicación se realizará dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, a partir de su recepción por parte de la Oficina de Asilo y Refugio.

11.2.4.- Información al solicitante de sus derechos y obligaciones.

La Administración, en colaboración con el ACNUR y las organizaciones no gubernamentales que tengan entre sus objetivos la ayuda a refugiados, elaborará un folleto con toda la información útil para los solicitantes de asilo en varios idiomas. Este documento estará disponible en las dependencias citadas en el artículo anterior y será entregado a los solicitantes en el momento de formular la solicitud con el fin de que entren en contacto con las organizaciones que estimen oportunas.

Los solicitantes de asilo que se encuentren en territorio nacional serán informados por la autoridad a la que se dirijan de la necesidad de aportar las pruebas o indicios en que base su solicitud, así como de los derechos que le corresponden de conformidad con la Ley 5/1984, en particular del derecho a intérprete y a la asistencia letrada. Asimismo, la autoridad ante quien se hubiese presentado la solicitud facilitará al solicitante atención médica cuando fuese preciso y le orientará acerca de los servicios sociales existentes para la cobertura de sus necesidades humanas inmediatas.

El solicitante de asilo deberá acreditar su identidad y proporcionar un relato verosímil de la persecución sufrida, mediante la prueba pertinente o indicios suficientes de las circunstancias que justificarían el otorgamiento de asilo. Con fundamento en el relato del solicitante, la Administración investigará las circunstancias objetivas alegadas y valorará su transcendencia a los efectos del asilo.

También deberá indicar un domicilio e informar a la autoridad competente, a la mayor brevedad, sobre cualquier cambio que en el mismo se produzca, así como el de quienes, en su caso, formen el núcleo familiar. El domicilio que conste en la solicitud será considerado domicilio oficial a efecto de notificaciones, salvo que el solicitante haga constar fehacientemente otro distinto durante la tramitación del expediente.

11.2.5.- Solicitud al Gobierno español por parte del representante en España del ACNUR para la admisión urgente de un refugiado o refugiados bajo su mandato, que se halle en alto riesgo en un tercer país.

En este caso, el Ministerio de Asuntos Exteriores, a través de la Misión Diplomática u Oficina Consular española o de otro país en régimen de cooperación, dispondrá lo necesario para la oportuna comprobación de la situación, entrevista del interesado e informar a la CIAR (Comisión Interministerial de Asilo y Refugio). Dicho Ministerio dispondrá la expedición, en su caso, de visados, títulos de viaje o salvoconductos y cuantas otras gestiones resulten procedentes, según instrucciones de la Dirección General de Asuntos Consulares del Ministerio de Asuntos Exteriores, para facilitar el traslado a España.

El solicitante de asilo cuyo traslado a España haya sido autorizado en razón de su situación de riesgo, será informado de los derechos que le asisten y que podrá ejercitar en el plazo máximo de un mes a partir de su entrada en territorio español.

11.3.- EFECTOS DE LA PRESENTACION DE LA SOLICITUD.

El hecho de la presentación de la solicitud de asilo por parte del interesado conlleva una serie de efectos favorables para el mismo.

Así, nos encontramos con los siguientes efectos:

- Para el caso de la solicitud presentada en territorio español o en la frontera, la permanencia provisional en España cualquiera que sea la situación jurídica del solicitante según la legislación de extranjería o la documentación de que disponga, sin perjuicio de adoptar alguna medida cautelar o de encontrarse en algún supuesto de inadmisión a trámite.

- Para el caso de solicitud presentada en territorio español dentro del plazo legalmente establecido, no podrá ser expulsado hasta tanto se haya analizado y resuelto su petición, sin perjuicio de las medidas cautelares que puedan adoptarse por la autoridad competente.

- Al solicitante de asilo se le proveerá de un comprobante de su solicitud debidamente sellado que se unirá a su pasaporte y le habilitará para permanecer en España por un período máximo de sesenta días. Deberá notificar a la dependencia que corresponda cualquier cambio de domicilio.

- Tendrán derecho a las siguientes prestaciones sociales:

a) Los solicitantes de asilo, una vez admitida a trámite su solicitud, y siempre que carezcan de medios económicos, podrán beneficiarse de servicios sociales, educativos y sanitarios prestados por las Administraciones públicas competentes, dentro de sus medios y disponibilidades presupuestarias.

b) El solicitante de asilo podrá ser autorizado a trabajar por la autoridad competente, de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente de extranjería, en función de las circunstancias del expediente y la situación del interesado.

c) Las solicitudes formuladas por familias monoparentales, ancianos, minusválidos y otros grupos vulnerables de población serán considerados conforme a las directrices contenidas en las recomendaciones internacionales que se ocupan de homologar el tratamiento a estos grupos de población desplazada o refugiada. Estos colectivos podrán ser asistidos desde el momento de la presentación de la solicitud en los términos previstos en la normativa estatal o autonómica.

d) Los solicitantes menores de dieciocho años en situación de desamparo serán remitidos a los servicios competentes en materia de protección de menores, poniéndolo en conocimiento, asimismo, del Ministerio Fiscal. El tutor que legalmente se asigne al menor, le representará durante la tramitación del expediente. Las solicitudes de asilo se tramitarán conforme a los criterios contenidos en los convenios y recomendaciones internacionales aplicables al menor solicitante de asilo.

- Cuando el interesado se encontrase en una situación de riesgo y hubiese presentado su solicitud desde un tercer país a través de una Misión Diplomática u Oficina Consular, o en el supuesto de solicitud de asilo por el representante en España del ACNUR por un motivo de urgencia, la Oficina de Asilo y Refugio podrá someter el caso a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, para autorizar su traslado a España durante la instrucción del expediente, previa obtención del correspondiente visado, salvoconducto o autorización de entrada, que se tramitarán con carácter urgente.

Dicho traslado se verificará de la siguiente manera:

La Oficina de Asilo y Refugio comunicará el acuerdo de la Comisión Interministerial al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la Dirección General de la Policía, que dará traslado de dicha comunicación al puesto fronterizo que corresponda.

El órgano competente del Ministerio de Asuntos Sociales adoptará las medidas oportunas para la recepción del solicitante por parte de la institución pública o privada que se le asigne.

Cabe la posibilidad, como antes hemos señalado, que se adopten una serie de medidas cautelares. Estas pueden consistir en:

- Caso de que el solicitante careciere de la documentación exigida para residir en España, el Ministerio de Interior podrá acordar la fijación de residencia obligatoria al interesado hasta la resolución definitiva del expediente, siéndole notificado dicho acuerdo por el Gobernador civil de la provincia en que se encuentre.

- Por razones de seguridad pública, el Ministro de Justicia e Interior podrá adoptar cualquiera de las medidas previstas en el artículo 6 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.

El citado artículo 6 señala que los extranjeros que se hallen legalmente en territorio español tendrán derecho a circular libremente por él y a elegir libremente su residencia, sin más limitaciones que las previstas en las leyes y las determinadas por razones de seguridad pública, que podrá disponer el Ministro del Interior, con carácter individual, y que solamente podrán consistir en medidas:

- a) De presentación periódica ante las autoridades competentes.
- b) De alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente.
- c) De residencia obligatoria en determinado lugar.

11.4.- EFECTOS DE LA INADMISION A TRAMITE DE LA SOLICITUD DE ASILO.

11.4.1.- Efectos de la inadmisión a trámite en frontera.

- determinará el rechazo del extranjero en frontera.

- Sin embargo, por razones humanitarias o de interés público podrá autorizarse, en el marco de la legislación general de extranjería, la permanencia en España del interesado cuya solicitud haya sido inadmitida a trámite o denegada, en particular cuando se trate de personas que, como consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, se hayan visto obligadas a abandonar su país y que no cumplan los requisitos a que se refiere el número 1 del artículo tercero de esta Ley.

- Notificada la inadmisión a trámite, y transcurrido el plazo de 4 días desde la presentación de la solicitud, o el plazo de 2 días desde la petición de reexamen, y cuando la carencia de documentación adecuada o demora en las posibilidades de transporte no fuera posible la devolución inmediata del extranjero, el Ministerio de Justicia e Interior autorizará su entrada en España conforme al artículo 12.4 de la Ley Orgánica 7/1985, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, decisión que, según las circunstancias, podrá ir acompañada de las medidas cautelares que se estimen oportunas conforme a la legislación de extranjería vigente, dando cuenta, en su caso, a la autoridad judicial.

En el supuesto de que la inadmisión a trámite se deba a que corresponda a otro Estado el examen de la solicitud, el Ministerio de Justicia e Interior autorizará la entrada del interesado en territorio español si, en el plazo máximo de setenta y dos horas desde la presentación de la solicitud, no se han resuelto las gestiones oportunas con los Estados correspondientes, quedando en suspenso el procedimiento hasta la obtención de respuesta por el Estado en cuestión. Si esta respuesta fuese negativa, quedará sin efecto la propuesta de inadmisión, continuándose la tramitación de la solicitud por el procedimiento ordinario.

11.4.2.- Efectos de la inadmisión a trámite en el procedimiento ordinario.

La notificación de la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo presentada en el territorio español irá acompañada de la orden de salida obligatoria del extranjero, en el plazo que se le indique, o de su expulsión del territorio nacional.

No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el solicitante de asilo inadmitido reuniera los requisitos necesarios para permanecer en España con arreglo a la legislación general de extranjería, o si se considerara que existen razones humanitarias o de interés público, el Ministro del Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, podrá autorizar la permanencia en España del solicitante por un período no inferior a seis meses.

11.5.- TRAMITACION DE LA SOLICITUD DE ASILO.

Señalábamos que al solicitante de asilo se le proveerá de un comprobante de su solicitud debidamente sellado que se unirá a su pasaporte y le habilitará para permanecer en España por un período máximo de sesenta días. Asimismo señalábamos, que deberá notificar a la dependencia que corresponda cualquier cambio de domicilio.

Una vez admitida a trámite, la autorización de permanencia se acreditará mediante la expedición al interesado de un documento de solicitante de asilo que le habilitará para permanecer en el territorio español durante la tramitación del expediente.

En el momento de la entrega del citado documento, el interesado depositará, de no haberlo hecho anteriormente, sus documentos personales y de viaje, los cuales se mantendrán en depósito en el supuesto de resolución favorable a la solicitud de asilo.

Durante la tramitación del expediente, el solicitante deberá notificar a la Oficina de Asilo y Refugio, de forma inmediata y a través de la dependencia que corresponda en función de su lugar de residencia, cualquier cambio de domicilio.

Toda solicitud dará lugar a la incoación, a cargo del Ministerio del Interior, del oportuno expediente, al que se incorporarán, en su caso, los informes de las Asociaciones

legalmente reconocidas que, entre sus objetivos, tengan el asesoramiento y ayuda al refugiado.

Durante la Instrucción del expediente se deberán tener en cuenta las siguientes reglas:

a) El interesado podrá presentar la documentación e información complementaria que considere conveniente, así como formular las alegaciones que estime necesarias en apoyo de su petición en cualquier momento, durante la tramitación del expediente por la Oficina de Asilo y Refugio. Dichas actuaciones habrán de verificarse antes del trámite de audiencia previo a la remisión del expediente a la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio.

b) La Oficina de Asilo y Refugio podrá recabar, tanto de los órganos de la Administración del Estado como de cualesquiera otras entidades públicas, cuantos informes estime convenientes.

c) Asimismo, se incorporarán al expediente, en su caso, los informes del ACNUR y de las asociaciones legalmente reconocidas que, entre sus objetivos, tengan el asesoramiento y ayuda del refugiado.

d) El plazo máximo de tramitación del expediente será de seis meses. Transcurrido dicho plazo sin que recaiga resolución expresa sobre la solicitud de asilo formulada, ésta podrá entenderse desestimada, sin perjuicio de la obligación de la Administración de resolver expresamente. En los supuestos de tramitación a través de Misiones Diplomáticas u Oficinas Consulares, el plazo de seis meses comenzará a contar desde la recepción de la solicitud en la Oficina de Asilo y Refugio.

e) Cuando se paralice el procedimiento por causa imputable al solicitante, la Oficina de Asilo y Refugio le advertirá que, transcurridos tres meses, se producirá la caducidad del mismo. Transcurrido este plazo sin que el particular requerido realice las actividades necesarias para reanudar la tramitación, se acordará el archivo de las actuaciones, notificándose al interesado en el último domicilio conocido.

f) Respeto al principio de audiencia. Una vez instruido el expediente e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrá de manifiesto a los interesados para que, en el plazo de diez días, puedan alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes. Se podrá

- 284 -

prescindir del trámite de audiencia cuando no figure en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.

11.6.- RESOLUCION DEL EXPEDIENTE.

11.6.1.- Propuesta de resolución.

Esta Comisión pertenece al Ministerio del Interior y estará compuesta por un representante de cada uno de los Ministerios de Asuntos Exteriores, Justicia, Interior y Asuntos Sociales.

Dicha Comisión lo examinará, pudiendo en el caso de considerarlo incompleto, recabar del órgano instructor la subsanación de los defectos observados o la incorporación al mismo de datos o documentos complementarios. En este caso se abrirá un nuevo trámite de audiencia para dar a conocer al interesado dichas actuaciones, pudiendo realizar las alegaciones que estime oportunas.

Cuando considere que el expediente está completo, la Comisión Interministerial elevará la correspondiente propuesta de resolución motivada e individualizada al Ministro de Justicia e Interior.

11.6.2.- Resolución del expediente.

La competencia para resolver el expediente corresponderá:

- al Ministro del Interior, en el caso de compartir el criterio de la propuesta de la Comisión.
- al Consejo de Ministros, si el Ministro del Interior discrepare de la propuesta de la Comisión.

La resolución del Ministro de Justicia e Interior deberá ser motivada e individualizada y contemplará, si así se hubiera solicitado, la extensión del estatuto de refugiado concedida a los familiares del mismo con derecho a la misma, sin perjuicio

de que tal extensión familiar pueda requerirse con posterioridad si no se hubiera solicitado en el momento de la petición inicial o hubieran sobrevenido circunstancias nuevas.

Si los familiares o dependientes del refugiado hubiesen elegido permanecer en España al amparo de la legislación general de extranjería, se notificará tal extremo a las autoridades competentes con el fin de que se conceda a estas personas el trato más favorable según dicha legislación.

11.6.3.- Notificación de la resolución.

La resolución del expediente de solicitud de asilo será notificada al interesado, en los términos previstos en el artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La notificación se remitirá al lugar señalado al efecto por el interesado, y en su defecto al último domicilio que conste oficialmente en su expediente. Asimismo, se comunicará la resolución a la dependencia competente y se informará a la organización no gubernamental que tutele al interesado cuando resulte procedente.

Cuando se trate de una solicitud formulada desde el extranjero, o que haya sido recurrida encontrándose el solicitante en otro país, la notificación se realizará a través de la Misión Diplomática u Oficina Consular que corresponda.

11.7.- DENEGACION DE LA SOLICITUD DE ASILO.

La denegación de dicha solicitud conlleva los siguientes efectos:

- La notificación de la denegación de la solicitud de asilo irá acompañada de la orden de salida obligatoria del extranjero, en el plazo que se indique, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa de extranjería vigente. Una vez finalizado este plazo, no se podrá beneficiar de las prestaciones sociales, y quedará sujeto a la incoación de un expediente de expulsión del territorio nacional.

- No obstante, el extranjero cuya solicitud de asilo hubiese sido denegada, podrá permanecer en España si reúne los requisitos necesarios con arreglo a la legislación general de extranjería. Si se hubiese suspendido la tramitación o ejecución de una orden de expulsión en virtud de la solicitud de asilo, la denegación supondrá la continuación de las actuaciones.

- Cuando por razones humanitarias o de interés público se justifique la autorización de permanencia en España del solicitante, la denegación de asilo irá acompañada de un acuerdo en este sentido. La resolución denegatoria de asilo deberá especificar el estatuto que se acuerde otorgar conforme a la normativa vigente de extranjería, que será propuesto por la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio al Ministro de Justicia e Interior. Asimismo, podrá recomendar su acogida al estatuto de desplazado.

11.8.- CONCESION DEL ASILO.

La concesión del asilo producirá los siguientes efectos:

- La resolución favorable sobre la petición de asilo en España supondrá el reconocimiento de la condición de refugiado, conforme a la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, del solicitante y sus dependientes o familiares.

- La autoridad competente expedirá un documento de identidad que habilitará al refugiado y a los dependientes o familiares a quienes se haya reconocido la extensión familiar para residir en España y desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles de conformidad con la legislación vigente en tanto persista su condición de refugiado en España.

- Se le expedirá el documento de viaje.

- Cuando el solicitante hubiese presentado su solicitud en una Misión Diplomática u Oficina Consular española, estas dependencias expedirán al interesado el visado o la autorización de entrada necesarios para viajar a España, así como documento de viaje si fuera necesario.

Además, si el refugiado careciese de trabajo o medios económicos para atender a sus necesidades y a las de su familia, podrá beneficiarse de las prestaciones sociales a las que hicimos en el caso de presentación de la solicitud de asilo y de los programas generales o especiales que se establezcan con la finalidad de facilitar su integración.

11.9.- REEXAMEN DEL EXPEDIENTE.

El extranjero a quien le haya sido denegado el asilo podrá en cualquier momento, si tuviera nuevos elementos probatorios de sus afirmaciones o considerase que las circunstancias que justificaban la denegación han desaparecido, instar del Ministerio del Interior la revisión de su expediente, presentando la solicitud en la Oficina de Asilo y Refugio.

La Oficina de Asilo y Refugio comunicará al ACNUR la solicitud de reexamen, y valorará si la información aportada lo justifica, en cuyo caso el expediente se tramitará de la misma forma que la solicitud inicial, con omisión de aquellos trámites ya realizados en la primera petición.

Si se estimase que no concurre ninguna de esas circunstancias, en el plazo de un mes, el Director general de Procesos Electorales, Extranjería y Asilo, a propuesta de la Oficina de Asilo y Refugio, archivará la petición de revisión, notificándolo al interesado.

11.10.- RECURSOS.

Las resoluciones previstas en la presente Ley pondrán fin a la vía administrativa y serán recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, salvo en el caso de que haya sido presentada la petición de reexamen, en que se entenderá que pone fin a la vía administrativa la resolución que decida dicha petición. Los recursos tendrán tramitación preferente.

La interposición por el solicitante del asilo de recurso contencioso-administrativo contra el acto que decida la petición de reexamen suspenderá el acto administrativo cuando el actor así lo haya solicitado y la representación en España

de Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados hubiera informado favorablemente la admisión a trámite de la solicitud de asilo.

La admisión de una solicitud de reexamen del expediente y la interposición de recurso contencioso-administrativo con suspensión judicial del acto administrativo implicarán la renovación o, en su caso, expedición de la documentación provisional de solicitante de asilo hasta tanto recaiga resolución firme sobre la concesión o denegación del estatuto del refugiado.

11.11.- ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS RECONOCIDOS.

11.11.1.- Derechos y deberes.

Todo refugiado tendrá el deber de acatar la Constitución y el ordenamiento jurídico español.

Cuando el matrimonio o convivencia estable se constituyan con posterioridad al reconocimiento de la condición de refugiado, el interesado no podrá solicitar la extensión del asilo para sus dependientes, sino el trato más favorable con arreglo a la normativa vigente de extranjería.

Lo dispuesto en el apartado anterior no obsta para que los familiares a los que el mismo se refiere soliciten asilo en otro procedimiento por entender que reúnen los requisitos exigidos para su obtención.

Todo refugiado reconocido tendrá derecho a residir en España y a desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles de conformidad con la legislación vigente.

Se adoptarán, en los términos previstos en el artículo 25 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, las medidas necesarias para facilitar a los refugiados aquellos documentos o certificados necesarios para el ejercicio de un derecho, en especial aquellos que puedan facilitar su integración en España y que impliquen intervención de las autoridades extranjeras a las que no pueda recurrir.

11.11.2.- Expulsión de los Refugiados.

Los extranjeros refugiados podrán ser expulsados del territorio español en los términos previstos en los artículos 32 y 33 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados.

El Ministerio del Interior comunicará la expulsión al interesado, haciéndole saber los recursos que proceden contra la expulsión, así como que si los ejercita en el plazo de diez días quedará en suspenso la misma, sin perjuicio de otras medidas de seguridad que puedan adoptarse en este caso.

En todo caso, se concederá al expulsado un plazo razonable para buscar su admisión legal en otro país.

11.11.3.- Revocación del Asilo.

El Gobierno podrá acordar la revocación del asilo o de alguno o todos los beneficios previstos en el artículo 2 de esta Ley en los siguientes casos:

a) Cuando el asilo se haya obtenido mediante datos, documentos o declaraciones que sean falsos y determinantes del reconocimiento obtenido.

b) Cuando se incurra en alguna de las causas previstas en los Convenios Internacionales ratificados por España para la privación de la condición de refugiado o la no aplicación de los mismos.

No obstante lo dispuesto en el número anterior, por razones humanitarias o de interés público podrá autorizarse la permanencia en España del interesado, en el marco de la legislación general de extranjería».

11.11.4.- Cesación del Estatuto de Refugiado.

Los beneficios de la Convención de Ginebra de 1951; de la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, y del Reglamento de ejecución de ésta, cesarán de forma automática en los siguientes casos:

- a) Cuando el refugiado haya obtenido la nacionalidad española.
- b) Cuando el refugiado se acoja, de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad.
- c) Cuando se haya establecido voluntariamente en otro país y se haya producido la transferencia de responsabilidad.

Cuando, en virtud de un cambio fundamental de circunstancias en un determinado país, se considere que han desaparecido las causas que justificaran el reconocimiento de la condición de refugiado de sus nacionales, o de un grupo determinado de los mismos, la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, oído el ACNUR, podrá acordar la cesación del estatuto de refugiado. Dicho acuerdo se comunicará a los interesados en el momento de renovar sus documentos, y se les dará un plazo para formular las alegaciones que estimen oportunas.

En el supuesto previsto en el apartado anterior, se permitirá la continuación de residencia al amparo de la legislación general de extranjería cuando el interesado alegue justificación razonable para permanecer en España.

11.12.- ESPECIAL REFERENCIA A LOS DESPLAZADOS.

El Gobierno, por razones humanitarias o a consecuencia de un acuerdo o compromiso internacional, a propuesta del Ministerio de Asuntos Exteriores y oída la Comisión Interministerial de Extranjería, podrá acoger en España grupos de personas desplazadas que, a consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, se hayan visto obligadas a abandonar su país de origen o no puedan permanecer en el mismo. Se les dispensará protección en los términos de la presente disposición adicional hasta tanto se resuelva el conflicto, o existan condiciones favorables al retorno, o voluntariamente decidan trasladarse a un tercer país.

La operación de acogida se coordinará por los Ministerios de Asuntos Exteriores, de Justicia e Interior y de Asuntos Sociales, pudiendo solicitarse la colaboración de cualquier otro Departamento, así como de organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales interesadas. Para la gestión en territorio nacional de las citadas operaciones se podrá

solicitar la participación del resto de las Administraciones públicas.

Estos desplazados podrán beneficiarse de los programas de acogida e integración previstos para los refugiados en los términos acordados por la CIAR. En todo caso, tendrán derecho a los beneficios sociales señalados para los refugiados.

Serán documentados por permisos de residencia, renovables anualmente, previo informe de la CIAR, que valorará periódicamente si existen condiciones favorables al retorno de los interesados en los términos previstos para los refugiados. Si transcurridos tres años desde la entrada en España no se hubiera modificado la situación que originó la huida del país de origen, podrá extenderse la validez de los permisos de residencia por períodos más amplios, según se determine en función de las previsiones de resolución del conflicto. La autoridad competente podrá autorizar a trabajar a los titulares de estos permisos de residencia según lo previsto en la normativa de extranjería.

Los desplazados tendrán derecho a la protección indicada en el artículo 33 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados durante el tiempo que mantengan esta situación. Asimismo, cualquier persona miembro de un grupo al que se haya autorizado a residir en España bajo un programa para desplazados podrá, en su calidad de extranjero solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado conforme a la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por Ley 9/1994, de 19 de mayo, que desarrolla el presente Reglamento.

Cuando el Ministro de Justicia e Interior, no obstante haber denegado o inadmitido a trámite una solicitud de asilo, podrá autorizar, por razones humanitarias, la permanencia en España del extranjero por proceder de una zona que se halle en situación de conflicto o disturbio grave de carácter político, étnico o religioso, se aplicará al interesado la regulación prevista en la presente disposición adicional.

CAPITULO 12.- LA EXTRADICCION.

12.1.- CONCEPTO, FUNDAMENTO Y CLASES.

La Extradicción consiste en la entrega de un delincuente por parte del Estado en cuyo territorio se encuentra a aquel Estado que es competente para juzgarlo o para ejecutar la pena o la medida de seguridad ya impuesta.

El Estado que solicita la entrega del sujeto se le denomina Estado requirente, mientras que el que solicita la entrega se le denomina Estado requerido.

La Extradicción se basa en la prohibición internacional de la expulsión arbitraria de un extranjero por parte de un Estado.

Nos encontramos con las siguientes clases de extradición: activa, pasiva, en tránsito y reextradición.

La Extradición Activa consiste en la solicitud efectuada por el Estado requirente de la entrega del sujeto.

La Extradición Pasiva consiste en la entrega del sujeto por parte del Estado requerido.

La Extradición en tránsito, es la autorización dada por un tercer Estado para que el delincuente o sujeto peligroso sea trasladado a través de su territorio o espacio aéreo.

La Reextradición se produce cuando el Estado que ha concedido la entrega de un sujeto lo entrega a un tercer Estado que también lo reclama.

12.2.- EXTRADICION ACTIVA.

12.2.1.- Fuentes.

El artículo 827 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal nos señala las fuentes de la extradición activa. Así, procederá la petición de extradición:

- En los casos que se determinen en los Tratados vigentes con la potencia en cuyo territorio se hallare el individuo reclamado.

- En defecto de Tratado, en los casos en que la extradición proceda según el derecho escrito o consuetudinario vigente en el territorio a cuya nación se pida la extradición.

- En defecto de los dos casos anteriores, cuando la extradición sea procedente según el principio de reciprocidad.

Son numerosos los tratados que España tiene firmados al respecto, si bien vamos a destacar el Convenio Europeo de Extradición, hecho en París el 13 de diciembre de 1957, que tiene aplicación en las relaciones de España con los siguientes países: Alemania, Austria, Chipre, Dinamarca, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Suecia, Suiza y Turquía. Fué ratificado por España por Instrumento de 21 de junio de 1982.

12.2.2.- Casos en que puede solicitarse la extradición.

El artículo 826 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, señala que solo podrá pedirse o proponerse la extradición:

- De los españoles que habiendo delinquido en España se hayan refugiado en país extranjero.

- De los españoles que habiendo atentado en el extranjero contra la seguridad exterior del Estado, se hubiesen refugiado en país distinto del en que delinquieron.

- De los extranjeros que debiendo ser juzgados en España se hubiesen refugiado en un país que no sea el suyo.

12.2.3.- Procedimiento.

Requisito previo.

Para que pueda pedirse o proponerse la extradición, será requisito necesario que se haya dictado auto motivado de prisión o recaído sentencia firme contra los acusados a que se refiera.

Juez competente.

El Juez o Tribunal que conozca la causa en que estuviese procesado el reo ausente en territorio extranjero, será el competente para pedir su extradición.

Acuerdo de la petición de extradición por el órgano judicial.

Los Fiscales de las Audiencias y el del Tribunal Supremo, cada uno en su caso y lugar, pedirán que el Juez o Tribunal proponga al Gobierno que solicite la extradición de los procesados o condenados por sentencia firme, cuando sea procedente con arreglo a Derecho.

El Juez o Tribunal que conociere de la causa acordará de oficio o a instancia de parte, en resolución fundada, pedir la extradición desde el momento en que, por el estado del proceso y por su resultado, sea procedente.

Contra el auto acordando o denegando pedir la extradición podrá interponerse el recurso de apelación, si lo hubiese dictado un Juez de Instrucción.

Elevación de la petición al órgano gubernativo.

Salvo en el caso de que por el Tratado vigente con la nación en cuyo territorio se hallare el procesado, pueda pedir directamente la extradición el Juez o Tribunal que conozca de la causa, la petición de extradición se hará en forma de suplicatorio dirigido al Ministerio de Justicia, que se remitirá por medio del Presidente de la Audiencia respectiva.

Junto al suplicatorio se remitirá testimonio en el que se inserte literalmente el auto de extradición y en relación la pretensión o dictamen fiscal en que se haya pedido, y todas las diligencias de la causa necesarias para justificar la procedencia de la extradición.

Si el Tribunal que conociera de la causa fuese el Supremo o su Sala Segunda, los documentos mencionados se remitirán por medio del Presidente de dicho Tribunal.

12.3.- EXTRADICION PASIVA.

12.3.1.- Introducción.

El régimen de la Extradición pasiva, especialmente en cuanto al procedimiento, viene regulado por la Ley 4/1985, de 21 de marzo, que derogó a la Ley de 26 de diciembre de 1958, debido a que, como señala el preámbulo de la misma, en el relativamente escaso tiempo de su vigencia, tal régimen ha evidenciado su inadecuación, tanto en su aspecto interno como internacional.

En el primero, la Constitución española extrema las garantías y formalidades a seguir para el respeto de derecho tan fundamental como la libertad de las personas, que por su propia esencia, en todo caso, queda bajo el control de la Autoridad judicial, y, lógicamente, también cuando el reclamado de extradición ha de ser privado de aquélla, como medida precautoria que garantice la entrega al país reclamante, si tal extradición fuera acordada.

Por otra parte, la ratificación por España de varios Convenios europeos sobre la materia -Represión del Terrorismo, en 9 de mayo de 1980, el de Asistencia Judicial en Materia Penal, en 14 de julio de 1982 y especialmente el de Extradición de 21 de abril de 1982 - hace indispensable una revisión a fondo de nuestra Ley interna para suprimir obsoletos criterios y recoger aquellos otros que la técnica internacional ha perfeccionado a través del tiempo hasta ser aceptados por la generalidad de los países.

La presente Ley mantiene el mismo sistema y principio cardinal de la anterior, en cuanto que la extradición, como acto de soberanía en relación con otros Estados, es función del Poder Ejecutivo, bajo el imperio de la Constitución y de la Ley, sin perjuicio de su aspecto técnico penal y procesal que han de resolver los Tribunales en cada caso con la intervención del Ministerio Fiscal.

Por lo demás, las novedades más sustanciales que la Ley contiene son las siguientes:

Primera.- En materia tan fundamental como la prisión preventiva se sigue íntegramente el criterio constitucional de dar intervención al Juez desde un principio, suprimiendo, en consecuencia, el régimen antiguo que permitía la detención sin intervención judicial, hasta la resolución del expediente en vía gubernativa. Su duración se acomoda al criterio de los nuevos Convenios europeos, no sólo por unificar criterios sobre la materia, sino porque, al propio tiempo, se suprimen plazos intermedios que podían inducir, y con frecuencia han inducido, a confusión.

El plazo de prisión preventiva para casos de urgencia se fija en cuarenta días, tiempo ya consagrado en reciente práctica judicial y que se estima suficiente para que el Estado reclamante curse la demanda de extradición, habida cuenta que ésta debe formularse sobre la base de la misma sentencia condenatoria o auto de prisión que justifica aquella medida provisional.

A este plazo sigue otro de cuarenta días, a partir de la presentación formal de la demanda, lo que supone un total máximo de ochenta días, que, unido al tiempo que exija la tramitación en fase puramente judicial, no debe sobrepasar, en ningún caso, por respeto al principio de presunción de inocencia y al derecho fundamental a la libertad que a toda persona alcanza los límites máximos señalados en nuestro derecho para la prisión provisional.

Tampoco contiene esta Ley previsiones que puedan limitar el arbitrio judicial o contradecir el régimen general instaurado por Ley orgánica 7/1983, de 23 de abril, sobre esta materia en desarrollo de preceptos constitucionales.

Segunda.- En cuanto a los hechos que puedan dar lugar a la extradición, se sigue el sistema de identidad normativa o doble incriminación junto al de apertura en los tipos. Basta, pues, que la infracción esté tipificada en la legislación de ambos países, sin que, en consecuencia, deba estar incluida en la lista cerrada; sistema éste olvidado en la actualidad, aunque continúe imperando en viejos Convenios bilaterales del pasado siglo.

Novedad importante en esta materia es la fijación de un límite mínimo a la gravedad del hecho, determinada por la pena aplicable -un año- o aplicada en sentencia condenatoria -cuatro meses-. Se sigue así la orientación marcada por el Convenio

- 297 -

europeo; ya que éste comprende, además de las penas, las medidas de seguridad privativas de libertad de la misma duración.

Tercera.- Como excepciones a la extradición, se mantiene la de los nacionales y los supuestos que sean de la competencia de nuestros Tribunales, uno y otros por razón de soberanía, lo que no implica impunidad, ya que, en ambos supuestos, se invitará al país reclamante a que remita las actuaciones seguidas para que los presuntos culpables puedan ser juzgados en España.

Por lo demás, se mantienen también otras excepciones, delitos militares, de prensa, privados con algunas limitaciones, etc. Pero se silencian otros casos como faltas o contravenciones administrativas, cuya cita era innecesaria.

En todo caso y por la misma razón de no existir Tratado vinculante, se declara siempre potestativa la concesión de la extradición, artículo segundo, con la que España, a la vista de las circunstancias concurrentes, podrá decidir con libertad cada demanda de extradición.

Cuarta.- Se establece la facultad del Gobierno de no proceder a la extradición, aun habiéndola considerado procedente el Tribunal sobre la base del principio de reciprocidad, soberanía, seguridad, orden público y demás intereses de España. Con ello se siguen los sistemas francés e italiano en los que la decisión favorable a la extradición no es obligatoria, si bien se precisan los criterios de esta última decisión del Gobierno tal y como establece la legislación suiza.

Ello es lógico, y en ningún caso implicará incumplimiento de resoluciones judiciales, habida cuenta del distinto campo y finalidad en que actúan y persiguen los Tribunales y el Gobierno; técnico y sobre todo tutelar del derecho a la libertad los primeros y políticos esencialmente el segundo. Otra cosa sería que, denegada la extradición por el Tribunal, pudiera el Gobierno decretar la entrega.

Quinta.- Se mantienen las dos fases del procedimiento extradicional, incluso los trámites para casos de urgencia, debidamente acomodados a las facultades judiciales para acordar la prisión preventiva. No obstante, y en atención a precedentes que así lo aconsejan, se admite el recurso de súplica contra los autos del propio Tribunal, que, con el de reforma ya admitido en la Ley hasta ahora vigente, permiten posibles

- 298 -

correcciones, antes vedadas en esta segunda parte del procedimiento judicial, que pudieran resultar aconsejables ante circunstancias concretas puestas de manifiesto por los propios interesados o el Ministerio Fiscal.

Sexta.- Otras adaptaciones afectan especialmente a la extradición en tránsito que, por circunstancias no muy comprensibles, ha sido objeto de reserva por parte de España al ratificar el Convenio Europeo de Extradición, y que, en consecuencia, sólo se concederá a los países que lo han ratificado, en las mismas condiciones que la extradición ordinaria, marginando así el procedimiento más racional, ágil y aconsejable que admite el propio Convenio. No parece que deban concederse a los demás países beneficios o ventajas que por esta reserva se niegan a los que han ratificado el Convenio europeo y, en régimen de reciprocidad, al propio Estado español. Únicamente se admite el supuesto excepcional.

Séptima.- Quizá también, como novedad digna de mención, debe citarse el procedimiento consignado para la ampliación de extradición como complemento indispensable del principio de especialidad, que permitirá otorgar autorización para proceder por hechos anteriores y distintos a los que motivaron la entrega. Se recoge así el criterio del Convenio europeo, el seguido con otros países y, en definitiva, el que resulta aconsejable para evitar situaciones anteriores de impunidad por delitos, incluso más graves y rechazables en el concierto social, que el que motivó la extradición concedida.

Octava.- Por lo demás, se ha suprimido la autorización que la anterior Ley concedía al Gobierno para «convenir reciprocidad en materia de extradición», por estimar que tal autorización podría vulnerar el artículo 94 de la Constitución, que, para los supuestos que contempla en su apartado c), requiere previa autorización de las Cortes Generales, autorización que debe entenderse para cada Convenio, cuyo contenido ha de someterse previamente al Parlamento. Lo que no excluye la aplicación del principio de reciprocidad en cada caso concreto, según el artículo 1.º, autorizado por el artículo 13,3, de la misma Constitución, incluso existiendo tantos Tratados como Leyes de Extradición.

Novena.- También se han suprimido las referencias al grado de participación (autores, cómplices y encubridores) o al de ejecución del delito (intentado, frustrado y consumado), por anticuadas e innecesarias. El Convenio europeo tampoco las recoge. Bastará, en consecuencia, que al reclamado le

- 299 -

corresponda una de las penas que pueden motivar la extradición para que, con o sin aquellas indicaciones, pueda acordarse su entrega.

Por último, se trata de una Ley que, si bien se inspira en el Convenio europeo, tal vez el más perfecto, no supone necesariamente una ejecución, cumplimiento o desarrollo del mismo ni de ningún otro. De no existir Convenio o no habiéndolo ratificado España, la Ley seguiría siendo necesaria. Así, pues, no se considera preceptiva la consulta al Consejo de Estado que prevé el artículo 21.2, de su Ley orgánica reguladora.

El artículo 1 de la Ley 4/1985 señala que las condiciones, los procedimientos y los efectos de la extradición pasiva se regirán por la presente Ley, excepto en lo expresamente previsto en los Tratados en los que España sea parte. De esta manera, las fuentes de la Extradición pasiva serán los Tratados y a falta de estos la presente Ley.

12.3.2.- Principios que rigen la extradición pasiva.

Hay una serie de principios que inspiran el régimen jurídico de la extradición, pudiendo estar estos referidos a los delitos, al delincuente y a la pena.

A.- Principios relativos a los delitos.

A.1.- Principio de legalidad. (Nulla traditio sine lege).

Por este principio la entrega de un sujeto sólo se puede llevar a cabo si lo autoriza una norma jurídica.

Viene recogido en el artículo 1 de la Ley 4/1985 al señalar que las condiciones, los procedimientos y los efectos de la extradición pasiva se regirán por la presente Ley, excepto en lo expresamente previsto en los Tratados en los que España sea parte.

A.2.- Principio de identidad o de doble incriminación.

Este principio exige que la conducta que motiva la extradición constituya delito para las legislaciones de ambos Estados, requirente y requerido.

Viene recogido en el párrafo primero del artículo 2 de la Ley 4/1985, al señalar que se podrá conceder la extradición por aquellos hechos para los que las Leyes españolas y las de la parte requirente señalen una pena o medida de seguridad cuya duración no sea inferior a un año de privación de libertad en su grado máximo o a una pena más grave; o cuando la reclamación tuviere por objeto el cumplimiento de condena a una pena o medida de seguridad no inferior a cuatro meses de privación de libertad por hechos también tipificados en la legislación española.

También se encuentran manifestaciones de este principio en el apartado 3 del artículo 3 al señalar que cuando el delito se hubiere cometido fuera del territorio del país que solicite la extradición, ésta podrá ser denegada si la legislación española no autorizare la persecución de un delito del mismo género cometido fuera de España; y en el apartado 4º del artículo 4 por el que no se concederá la extradición cuando se haya extinguido la responsabilidad criminal, conforme a la legislación española o la del Estado requirente.

A.3.- Principio de non bis in idem.

Se presenta con dos manifestaciones:

- No se concederá la extradición de españoles, ni de los extranjeros por delitos de que corresponda conocer a los Tribunales españoles, según el Ordenamiento nacional. La cualidad de nacional será apreciada por el Tribunal competente para conocer de la extradición en el momento de la decisión sobre la misma, con arreglo a los preceptos correspondientes del Ordenamiento jurídico español, y siempre que no fuera adquirida con el fraudulento propósito de hacer imposible la extradición (artículo 3.1).

- No se concederá la extradición cuando la persona reclamada haya sido juzgada o lo esté siendo en España por los mismos hechos que sirvan de base a la solicitud de extradición. Podrá, no obstante, accederse a ésta cuando se hubiere decidido no entablar persecución o poner fin al procedimiento pendiente por los referidos hechos y no haya tenido lugar por

sobreseimiento libre o cualquier otra resolución que deba producir el efecto de cosa juzgada (artículo 4.5º).

A.4.- Principio de exclusión de las infracciones de escasa gravedad.

Viene recogido en el artículo 2 de la Ley 4/1985, en cuya virtud, no se concederá la extradición para hechos que prevean penas o medidas de seguridad cuya duración sea inferior a un año de privación de libertad, o por cumplimiento de condena inferior a cuatro meses de privación de libertad.

Este principio puede estar motivado en razones de escasa necesidad de prevención general, así, como en razones de economía.

A.5.- Principio de la exclusión del delito político.

Nuestra Constitución señala en su artículo 13 que la extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, quedando excluidos de aquella, los delitos políticos (apartado 3º), y que la ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España (apartado 4º).

La regulación del derecho de Asilo y de la condición de Refugiado viene recogida en la Ley 5/1985, de 26 de marzo, que fué modificada parcialmente por la Ley 9/1994, de 19 de marzo. Esta Ley, en su artículo 1, nos señala que el territorio español constituirá un refugio inviolable para todas las personas a quienes se concede el asilo. Consecuencia del mismo es que el artículo 12 de la misma indique, como efecto de la concesión del derecho de asilo, la no devolución al país donde pueda tener motivos para temer fundadamente persecución o castigo, en los términos del artículo 2º, remitiéndonos éste a la Convención sobre el Estatuto del Refugiado, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951.

La Convención sobre los Refugiados manifiesta, en su artículo 33.1, que ningún Estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas.

Consecuencia de todo lo expuesto con anterioridad es que la Ley de Extradición Pasiva haya recogido, entre otros, el principio de exclusión del delito político. De esta manera, no se concederá la extradición en los casos siguientes:

- cuando se trate de delitos de carácter político (artículo 4 apartado 1º),

- cuando a la persona reclamada le hubiere sido reconocida la condición de asilado (artículo 4 apartado 8º),

- si se tuvieran razones fundadas para creer que la solicitud de extradición, motivada por un delito de naturaleza común, se ha presentado con el fin de perseguir o castigar a una persona por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, o que la situación de dicha persona corre el riesgo de verse agravada por tales consideraciones (artículo 5 apartado 1º).

No se considerarán delitos políticos:

- En virtud del artículo 13.3 de nuestra Constitución, los actos de terrorismo.

- Por el contenido del artículo 4.1º de la Ley de Extradición Pasiva: los actos de terrorismo, los crímenes contra la Humanidad previstos por el Convenio para la prevención y penalización del crimen de genocidio adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, ni el atentado contra la vida de un Jefe de Estado o de un miembro de su familia.

- Según el artículo 1 de la Convención Europea para la Represión del Terrorismo, de 27 de enero de 1977: los relativos a la captura ilícita de aeronaves, los delitos contra la seguridad de la aviación civil, los delitos graves contra la vida, integridad corporal o libertad de las personas que tengan derecho a una protección internacional, incluidos los agentes diplomáticos, así como los que impliquen rapto, toma de rehenes o secuestro arbitrario, y los que impliquen la utilización de bombas, granadas, cohetes, armas de fuego automáticas o cartas o paquetes con explosivos ocultos.

A.6,- Principio de la no entrega por delitos militares, cometidos a través de los medios de comunicación o perseguibles a instancia de parte.

No se concederá la extradición cuando se trate de delitos militares tipificados por la legislación española y sin perjuicio de lo establecido al respecto en los Convenios internacionales suscritos y ratificados por España; de los cometidos a través de los medios de comunicación social en el ejercicio de la libertad de expresión, y de los que sólo son perseguibles a instancia de parte, con excepción de los delitos de violación, estupro, rapto y abusos deshonestos (artículo 4.1º Ley 4/1985).

B.- Principios relativos a los delincuentes.

B.1.- Principio de la no entrega de nacionales.

Principio regulado en la siguiente forma:

- No se concederá la extradición de españoles, ni de los extranjeros por delitos de que corresponda conocer a los Tribunales españoles, según el Ordenamiento nacional. La cualidad de nacional será apreciada por el Tribunal competente para conocer de la extradición en el momento de la decisión sobre la misma, con arreglo a los preceptos correspondientes del Ordenamiento jurídico español, y siempre que no fuera adquirida con el fraudulento propósito de hacer imposible la extradición (artículo 3.1 Ley 4/1985).

- Cuando proceda denegar la extradición por el motivo previsto en el apartado anterior, si el Estado en que se hayan ejecutado los hechos así lo pidiere el Gobierno español dará cuenta del hecho que motivó la demanda al Ministerio Fiscal a fin de que se proceda judicialmente, en su caso, contra el reclamado. Si así se acordare, solicitará del Estado requirente que remita las actuaciones practicadas o copia de las mismas para continuar el procedimiento penal en España (artículo 3.2 Ley 4/1985).

- El Convenio Europeo de Extradición, además de reconocer la facultad de denegar la extradición de nacionales, establece la posibilidad de que a instancia de la parte requirente, se pueda someter el asunto a las autoridades competentes a fin de que pueda procederse contra el delincuente, y que este no quede impune.

B.2.- Principio de la no entrega de los menores de edad.

Consiste, en virtud del artículo 5.2 de la Ley 4/1985, en la no concesión de la extradición cuando la persona reclamada sea menor de dieciocho años en el momento de la demanda de extradición y teniendo residencia habitual en España, se considere que la extradición puede impedir su reinserción social, sin perjuicio de adoptar, de acuerdo con las autoridades del Estado requirente, las medidas más apropiadas.

C.- Principios relativos a la pena.

No se concederá la extradición cuando el Estado requirente no diera la garantía de que la persona reclamada de extradición no será ejecutada o que no será sometida a penas que atenten a su integridad corporal o a tratos inhumanos o degradantes.

12.3.3.- Procedimiento.

A.- Solicitud y documentación.

La solicitud de extradición se formulará por vía diplomática, o directamente por escrito del Ministro de Justicia de la parte requirente al Ministro de Justicia español, debiendo acompañarse:

- La sentencia condenatoria o el auto de procesamiento y prisión o resolución análoga según la legislación del país requirente con expresión sumaria de los hechos y lugar y fecha en que fueron realizados.

- Cuantos datos sean conocidos sobre la identidad, nacionalidad y residencia del sujeto reclamado y, a ser posible, su fotografía y huellas dactilares.

- Copia de los textos legales con expresión de la pena aplicable.

- Si el hecho estuviere castigado con penas que atenten contra la integridad corporal o conlleven tratos humanos o degradantes, el Estado requirente dará seguridades, suficientes a juicio del Gobierno español, de que tales penas no serán ejecutadas.

Los referidos documentos, originales o en copia auténtica, se acompañarán de una traducción oficial al español.

Cuando la solicitud se hubiera formulado por vía diplomática, el Ministerio de Asuntos Exteriores remitirá al de Justicia la solicitud de extradición con expresión de la fecha en que se hubiere recibido.

B.- Actuaciones gubernativas y control judicial de la situación personal del reclamado.

El Ministerio de Justicia, atendidas las circunstancias de la solicitud y cuando el reclamado no estuviera ya detenido preventivamente, podrá interesar del Ministerio del Interior que proceda a la detención de la persona reclamada y la ponga a disposición del Juzgado Central de Instrucción de guardia, y remitirá a este Juez información bastante acerca de la demanda de extradición.

Puesto a disposición judicial el reclamado y a la vista de la información recibida, el Juez podrá acordar la prisión provisional del detenido.

El Ministerio de Justicia elevará al Gobierno propuesta motivada sobre si ha lugar o no a continuar en vía judicial del procedimiento de extradición, debiendo adoptar éste su decisión dentro del plazo de quince días, contados desde la elevación de la propuesta por el Ministerio de Justicia.

Cuando el acuerdo fuere denegatorio se pondrá en conocimiento del Estado requirente. Si el reclamado estuviere en prisión, se notificará al Juez que la hubiere decretado para que acuerde su libertad.

Si el Gobierno acordare la continuación del procedimiento en vía judicial remitirá el expediente al Juzgado Central de Instrucción, y si el reclamado no estuviere en prisión, el Ministerio de Justicia oficiará también al Ministerio del Interior para que se practique la detención, se redacte el

oportuno atestado y en el plazo de veinticuatro horas siguientes se ponga al detenido, con los documentos, efectos o dinero que le hubieren sido ocupados, a disposición de la misma autoridad judicial.

C.- Caso de que se solicite la extradición con carácter de urgencia.

En caso de urgencia se podrá interesar, en el momento de solicitar la extradición, la detención del reclamado.

Para que se pueda adoptar esta medida preventiva es presupuesto necesario que ésta responda a una sentencia condenatoria o mandamiento de detención firmes, debiéndose hacer constar en la solicitud, la fecha y hechos que lo motiven, tiempo y lugar de la comisión de éstos y filiación de la persona cuya detención se interesa, con ofrecimiento de presentar seguidamente demanda de extradición. Si constaren todas estas circunstancias, se procederá a su detención, poniéndolo a disposición del Juzgado de Instrucción de Guardia en un plazo no superior a las veinticuatro horas.

La solicitud de detención preventiva se remitirá por vía postal, telegráfica o cualquier otro medio que deje constancia escrita, bien por vía diplomática, bien directamente al Ministerio de Justicia, bien por conducto de la Organización Internacional de Policía Criminal.

El Juez podrá decretar la prisión provisional o la libertad de detenido, pudiendo en este caso adoptar alguna o alguna de las medidas siguientes: vigilancia a domicilio, orden de no ausentarse de un lugar determinado sin la autorización del Juez, orden de presentarse periódicamente ante la autoridad designada por el Juez, retirada de pasaporte y prestación de una fianza. El incumplimiento de estas medidas dará lugar a la prisión provisional dentro del plazo establecido en el apartado anterior. En todo caso, si en el plazo de cuarenta días el país requirente no hubiere presentado en forma la solicitud de extradición, se dejará sin efecto la prisión provisional.

Si se hubiere presentado dentro de dicho plazo en forma la solicitud, se ampliará por otros cuarenta días más, a fin que por el Ministerio de Justicia y el Gobierno, se acuerde sobre si ha lugar o no a continuar en vía judicial el procedimiento de extradición.

D.- Fase judicial.

Acordada la continuación del procedimiento en vía judicial, el Juez, a cuya disposición estuviere el reclamado, ordenará la inmediata comparecencia de éste, quien deberá hacerlo asistido de Abogado y, en su caso, de intérprete. Se citará siempre al Ministerio Fiscal.

El Juez invitará al detenido a que manifieste, con expresión de sus razones, si consiente en la extradición o intenta oponerse a ella. Y:

- Si consiente y no se suscitaren obstáculos legales que a ello se opongan, el Juez podrá acceder, desde luego, a la demanda de extradición.

- Si se opone, adoptará la resolución que proceda, bien ordenando la libertad del detenido o bien elevando su detención a prisión, si antes no hubiera decretado ésta, a resultas del procedimiento subsiguiente.

El Juez, de oficio, a instancia del Fiscal o del reclamado, podrá acordar que se complete la información aportada con los datos necesarios referentes a la identidad del reclamado y a los supuestos de hecho y de derecho justificativos de la solicitud de extradición, pudiendo señalar un plazo que en ningún caso excederá de treinta días.

Terminada la instrucción del expediente el Juez ordenará elevar lo actuado a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Recibido el expediente, el Tribunal lo pondrá de manifiesto en Secretaría al Fiscal y al Abogado defensor por plazo sucesivo de tres días, y podrá reclamar, a petición de cualquiera de ambos o de oficio, los antecedentes que juzgue convenientes.

Si el reclamado de extradición no tuviera defensor se le nombrará de oficio antes de ponerle de manifiesto el expediente.

Dentro de los quince días siguientes al período de instrucción, se señalará la vista que tendrá lugar con intervención del Fiscal, del reclamado de extradición asistido, si fuera necesario, de intérprete, y del Abogado defensor. En la vista podrá intervenir, y a tal efecto será citado el representante del Estado requirente cuando así lo hubiere solicitado y el Tribunal lo acuerde atendido el principio de reciprocidad, a cuyo fin reclamará, en su caso, la garantía necesaria a través del Ministerio de Justicia.

El reclamado prestará declaración durante la vista, pero solamente se admitirá y practicará la prueba que verse sobre extremos relacionados con las condiciones exigidas por el Tratado aplicable o por esta Ley.

El Tribunal resolverá, por auto motivado, en el plazo improrrogable de los tres días siguientes a la vista, sobre la procedencia de la extradición y, al propio tiempo, sobre si ha lugar a la entrega al Estado requirente de los valores, objetos o dinero que hubiesen sido ocupados al reclamado.

Cuando sea firma la resolución denegatoria de la extradición, el Tribunal, sin dilación, librará testimonio de la misma al Ministerio de Justicia, que a su vez lo comunicará al de Asuntos Exteriores para su notificación a la representación diplomática del país que formuló la demanda de extradición. Asimismo, el Tribunal ordenará la inmediata puesta en libertad de la persona requerida de extradición.

Si el Tribunal dictare auto declarando procedente la extradición, librará sin dilación testimonio del mismo al Ministerio de Justicia. Asimismo, el Tribunal notificará las indicaciones que, de oficio o a instancia del representante diplomático, estime pertinente formular para la entrega de la persona reclamada, así como del tiempo en que ésta fue privada de libertad a fines de extradición, que quedará condicionada a que se compute como período de cumplimiento de condena.

E.- Decisión definitiva por parte de la Autoridad gubernativa.

Recibido testimonio del auto declarando procedente la extradición, el Gobierno decidirá la entrega de la persona reclamada o denegará la extradición.

Acordada la entrega de la persona requerida de extradición, el Ministerio de Justicia lo comunicará al de Asuntos Exteriores para su notificación a la representación diplomática del país que formuló la demanda de extradición. Dicho acuerdo será comunicado asimismo a la persona requerida de extradición.

Si el Gobierno denegare la extradición, el Ministerio de Justicia lo comunicará al Tribunal para que acuerde la puesta en libertad de la persona reclamada, sin perjuicio de su posible expulsión de España, de conformidad con la legislación de extranjeros. Igualmente, lo comunicará al de Asuntos Exteriores para su notificación a la representación diplomática que formuló la demanda de extradición.

La entrega de la persona cuya extradición haya sido acordada se realizará por agente de la autoridad española, previa notificación del lugar y fecha fijados, observándose la legislación nacional vigente en este orden. Con aquélla, se entregarán a las autoridades o agentes del Estado requirente acreditados a tal fin los documentos, efectos y dinero que deban ser igualmente puestos a su disposición. Si la entrega del individuo reclamado no puede efectuarse, se procederá a la de dichos documentos, efectos y dinero, quedando a salvo, en todo caso, los derechos que pudieran corresponder sobre los mismos a otros interesados. El lugar y fecha fijados para la entrega serán comunicados asimismo al Tribunal que entendió de la solicitud.

Si la persona reclamada se encontrara sometida a procedimiento o condena por los Tribunales españoles o sancionada por cualquier otra clase de organismos o autoridades nacionales, la entrega podrá aplazarse hasta que deje extinguidas sus responsabilidades en España o efectuarse temporal o definitivamente en las condiciones que se fijen de acuerdo con el Estado requirente.

Si la persona reclamada no hubiera sido recibida en la fecha y lugar fijados podrá ser puesta en libertad transcurridos quince días a contar de dicha fecha y necesariamente a los treinta, y se podrá denegar su extradición por el mismo hecho si de nuevo se solicitara.

F.- Régimen de recursos.

La resolución del Juez Central de Instrucción aceptando o no la demanda de extradición, así como la resolución acordando que se complete la información aportada, sólo podrán ser objeto de recurso de reforma.

El auto del Tribunal resolviendo sobre la procedencia de la extradición, o sobre si ha lugar a la entrega al Estado requirente de los valores, objeto o dinero que hubiesen sido ocupados al reclamado, podrá ser objeto de recurso de súplica, que deberá ser resuelto por el Pleno de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional y sin que pueda ser designado ponente ninguno de los Magistrados que dictaren el auto suplicado.

12.4.- EXTRADICION EN TRANSITO.

La Extradición en tránsito, como ya señalamos, es la autorización dada por un tercer Estado para que el delincuente o sujeto peligroso sea trasladado a través de su territorio o espacio aéreo.

La extradición en tránsito se otorgará previo el cumplimiento de los requisitos y con las mismas condiciones que para la extradición exige la Ley 5/1984.

Excepcionalmente, por razones de urgencia, y cuando se utilizare la vía aérea y no estuviera previsto aterrizaje en territorio español, el Gobierno podrá autorizar el tránsito previa recepción de una solicitud, en la que deberá hacerse constar expresamente que responde a una sentencia condenatoria o mandamiento de detención firmes con expresión de la fecha y hechos que lo motiven, tiempo y lugar de la comisión de éstos y filiación de la persona cuya detención se interesa, con ofrecimiento de presentar seguidamente demanda de extradición.

12.5.- REEXTRADICION.

La Reextradición se produce cuando el Estado que ha concedido la entrega de un sujeto lo entrega a un tercer Estado que también lo reclama.

Para que la persona que haya sido entregada pueda ser juzgada, sentenciada o sometida a cualquier restricción de su libertad personal, por hechos anteriores y distintos a los que hubieran motivado su extradición, será preciso autorización ampliatoria de la extradición concedida, a cuyo fin se presentará otra solicitud acompañada de la documentación necesaria, como si se tratara de la primera petición de extradición, y testimonio judicial de la declaración de la persona entregada, que se tramitará como nueva demanda de extradición. Igualmente será necesario cumplir para conceder la reextradición de la persona entregada a un tercer Estado.

No será necesaria esta autorización cuando la persona entregada, habiendo tenido la posibilidad de abandonar el territorio del Estado al que se entregó, permanezca en él más de cuarenta y cinco días o regrese al mismo después de abandonarlo.