

# EL ESTATUTO JURÍDICO DEL INMIGRANTE EXTRACOMUNITARIO

MARÍA LEÓN MARTÍNEZ-LOSA

## RESUMEN / ABSTRACT

La autora sugiere recoger en su obra el fenómeno de la inmigración, el cual ocupa las primeras páginas de la información diaria en nuestro país, consecuencia de un punto de inflexión en las tendencias migratorias. El Estatuto Jurídico del inmigrante extracomunitario impone analizar los requisitos exigidos para la entrada regular en España y las situaciones en las que se pueden encontrar una vez pasadas nuestras fronteras. Se pretende dar una visión general de cual es la regulación de extranjería a nivel europeo, nacional y también se incide muy especialmente en la regulación autonómica, concretamente en la de la comunidad autónoma de La Rioja.

In this contribution the author suggest to collect in her article the phenomenon of immigration, which is on the first news of the diary information in our country, consequence of an inflexion point in migratory tendencies. The non-Community immigrant regulation requires to analyse the requirements demanded to enter in Spain regularly and in the situations the immigrant could be crossing our borders. The article pretends to give a general situation of which is the immigrant regulation in Europe, in Spain and in the Autonomous Communities especially in La Rioja.

## PALABRAS CLAVE

Inmigración; Extracomunitario; Espacio de Schengen; Competencias Autonómicas; Derecho de Extranjería; Procedimiento de entrada; Situación regular; Situación Irregular.

## SUMARIO

### **INTRODUCCIÓN. – I. LA ENTRADA EN ESPAÑA DE MANO DE OBRA EXTRANJERA.**

– A. Los requisitos exigidos para la entrada de extranjeros en España desde un tercer Estado no perteneciente al espacio de Schengen. – 1. Entrada por los puestos habilitados. – 2. Documentación exigida para la entrada. – 3. El visado. – 4. Justificación del objeto y condiciones de la entrada. – 5. Acreditación de medios económicos. – 6. Requisitos sanitarios. – 7. No estar sujeto a prohibición de entrada. – B. El Procedimiento de entrada. – 1. La autorización de entrada. – 2 Las consecuencias del incumplimiento de los requisitos exigidos para la entrada: La denegación de entrada y el retorno. – **II. LAS SITUACIONES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA.** – A. Situaciones regulares. – 1. La situación de estancia. – 2. La situación de residencia. – 3. Diferencias entre las situaciones de estancia y residencia. – 4. Modificación de las situaciones de los extranjeros en España. – B. Situación irregular. – **III. CONCLUSIONES. – BIBLIOGRAFÍA.**

## INTRODUCCIÓN

Los movimientos migratorios han alcanzado en los últimos tiempos una magnitud considerable, convirtiéndose en la gran cuestión social de nuestros días.

Si analizamos la situación de nuestro país, la principal conclusión que puede extraerse es que España, que tradicionalmente ha sido un país de emigración, se ha convertido en los últimos años en un país de acogida de inmigrantes.<sup>1</sup> Esto se ha debido fundamentalmente a ciertas características del mercado de trabajo de España, entre las que destacaríamos las siguientes:

- Volumen de necesidades de mano de obra no cubiertas.
- Segmentación del mercado de trabajo.
- Baja movilidad geográfica de la población activa,
- Coexistencia de unas tasas de paro relativamente elevadas con una escasez de oferta de mano de obra en ocupaciones de baja cualificación y bajos salarios.
- Presencia de las llamadas «redes étnicas», capaces de acoger y orientar a sus conciudadanos en el inicio de su trayectoria en el país de destino.

Actualmente los inmigrantes extracomunitarios en la Unión Europea han experimentado un significativo incremento<sup>2</sup> ya que suponen el 0.34% de su población en 2007.

A nivel nacional, actualmente el número de inmigrantes en España se sitúa en 5.298.925, representando un 16,6% de la población, si se considera el número de extranjeros residentes en España según el padrón de habitantes a 1 de enero de 2008.<sup>3</sup>

---

1 Entre 1996 y 1975 emigraron 823.669 españoles, lo cual representa más del 70% de la población española que dejó nuestro país entre 1966 y 2001, Anuario de Migraciones 2002, pág. 26. Por lo que se refiere a la inmigración, en el 2003 el INE cifraba el porcentaje de extranjeros no comunitarios residentes en España respecto al total de la población en un 4.9%, mientras que en 1996 la población procedente de terceros países representaba en España un 0.7%. En consecuencia, cabe afirmar que en menos de diez años la presencia en España de personas procedentes de países extracomunitarios se ha septuplicado. *Vid. La inmigración y el mercado de trabajo en España*, CES, Madrid, 2004, pág. 23.

2 Datos recogidos en *Eurostat Yearbook 2008*, en el que se pone de manifiesto que dichos datos son superiores ya que la inmigración clandestina o irregular no es tenida en cuenta en la elaboración de esta estadística [www.epp.eurostat.ec.europa.eu](http://www.epp.eurostat.ec.europa.eu) (Pág. 65)

3 [www.ine.es](http://www.ine.es)

A nivel autonómico, La Rioja tiene una población extranjera de 43.524 personas, la población total riojana empadronada es de 317.020 habitantes, por tanto, la población extranjera empadronada supone el 13,73%.<sup>4</sup>

Así, la cuestión migratoria es una materia de gran riqueza y complejidad en la que necesariamente confluyen la competencia y la actividad normativa de diversas administraciones públicas.

En primer lugar, la UE que tras la incorporación al TCE de un Título IV sobre «Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas», ha asumido importantes competencias en materias tales como control de fronteras exteriores, visados, estancias de corta duración o el asilo. Así, no se puede prescindir del papel que le corresponde a la UE en relación a las estrategias de integración; en concreto, debe proporcionar el marco jurídico y legislativo general de la política de integración, lo que se encuentra estrechamente relacionado con entrada, cruce de fronteras, visados, libre circulación por Europa... competencia exclusiva toda ella de la UE. Así las cosas, se puede afirmar que a nivel europeo se ha concluido la «fase preparatoria», entendida como primer paso necesario en el que asentar el desarrollo de la futura política común de integración. En efecto, durante el periodo 2000-2005 se ha conseguido el marco legal adecuado, gracias a las Directivas antidiscriminación, se han establecido mecanismos de intercambio entre los Estados miembros y se ha logrado consensuar unos Principios Comunes Básicos, es decir se ha creado el marco europeo necesario para el desarrollo de las políticas sustantivas. Asistimos pues al inicio de la segunda fase, es decir, el desarrollo de tales estrategias públicas de manera coordinada.

En segundo lugar, los Estados nacionales que, hasta hace muy poco, eran los actores únicos y principales en materia migratoria. Dicha competencia de carácter exclusiva venía avalada por los respectivos textos constitucionales así como por unas leyes de extranjería que no cuestionaban la soberanía estatal.

Y por último, las Comunidades Autónomas, y en menor nivel también las ciudades y municipios, que emergen como los protagonistas principales e indiscutibles en cuanto a la integración socio-laboral del inmigrante. Si bien, con carácter previo a la reforma de los Estatutos de Autonomía, éstos no hacían alusión directa a la cuestión migratoria, a excepción del Estatuto de Autonomía de Canarias debido a su situación geográfica de archipiélago y a su condición de territorio

---

<sup>4</sup> Según los datos definitivos del II Plan Integral de Inmigración de La Rioja 2009/2012. Fuente oficial [www.larioja.org](http://www.larioja.org)

insular. La actuación de las CCAA en materia migratoria se ha asentado en la distribución competencial que realiza la Constitución Española a favor de éstas en ámbitos como Educación, Sanidad, Seguridad Social o Cultura, materias todas que inciden de manera directa sobre la situación de la población extranjera asentada en sus territorios. De este modo, aquellas CCAA que dispongan de dichas competencias sectoriales les corresponde la aprobación de las leyes de desarrollo, de los reglamentos ejecutivos así como la ejecución y gestión, mientras que el Estado central será el encargado de la aprobación de la legislación básica.

Es a partir del 2001 cuando las CCAA empiezan a elaborar planes específicos para la integración social de las personas inmigrantes. La redacción de estos planes así como su ejecución es, en la mayoría de las CCAA, responsabilidad de las Consejerías o Departamentos vinculados a los asuntos sociales o política social.

Se puede establecer una estructura bastante similar en todos los planes autonómicos, que es la siguiente:

- I. «Introducción y presentación del plan». Donde incluyen, por un lado, datos estadísticos sobre la población inmigrante asentada en los respectivos territorios y, por otro, el marco normativo donde se sistematizan las principales leyes europeas, estatales y autonómicas en la materia.
- II. «Principios generales u operativos» que inspiran el plan. Los principios generales se refieren al concepto de integración social y son básicamente cinco: normalización, igualdad, integralidad-transversalidad, globalidad e interculturalidad. Por su parte los principios operativos se refieren al desarrollo de la acción para la consecución de la integración social y son coordinación, participación, descentralización, normalización y socialización.
- III. «Objetivos generales» que preceden a las actuaciones específicas al considerarse que deben impregnar el conjunto de la estrategia política. Básicamente son: a) Favorecer la plena integración social, laboral y personal de la población inmigrantes; b) Asegurar el acceso de la población inmigrante a los servicios básicos comunes al conjunto de la población; c) Cualificar la oferta de bienes y servicios tanto a la población inmigrante como a la de acogida; d) Mejorar permanentemente el conocimiento de la realidad y de las estrategias más adecuadas para el cambio; e) Fomentar la sensibilidad social acerca de los valores positivos del hecho de la inmigración; f) Contribuir a mejorar las condiciones de vida y de las infraestructuras de los países de origen de la población inmigrante.

- IV. Se fijan medidas de actuación agrupadas en «áreas de intervención». Dichas áreas de intervención a las que se dirige su política son: empleo, formación, educación, vivienda, cultura, salud y servicios sociales. Esta sistemática se completa con unos objetivos específicos a través de medidas concretas, especificándose los recursos económicos, el calendario de ejecución y los organismos responsables de su implementación.
- V. «Otros elementos complementarios». El grado de concreción de estos varía según cada plan de inmigración. Se trata de los organismos responsables de los planes, el calendario de ejecución, los indicadores de evaluación, las prioridades...

Concretamente en el caso de La Rioja, el Gobierno autonómico acaba de aprobar el Plan Integral de Inmigración de La Rioja 2009-2012. Dicho plan contempla durante los próximos cuatro años inversiones con un presupuesto de 444.826.620 euros, que se destinarán a actuaciones en las áreas de Acción Exterior (12.283.621 euros), Educación (151.639.627 euros), Juventud (478.991 euros), Salud (266.476.734 euros), Empleo y Relaciones Laborales (8.260.661 euros) y Vivienda (3.994.951 euros).

En el **área de Servicios Sociales**, el documento recoge 35 medidas y 14 objetivos: mejora de la formación de los profesionales de servicios sociales para la intervención social con la población inmigrante; ayudas a las organizaciones y asociaciones de este colectivo; actuaciones de sensibilización a la población para comprender el fenómeno migratorio; apoyo a los municipios con mayor número de población inmigrante; asistencia social integral a mujeres inmigrante víctimas de violencia de género; protección de menores extranjeros, y prevención del maltrato infantil en este colectivo, entre otras.

En el **área de Salud**, el Plan contempla 16 medidas y 3 objetivos relacionados con la garantía de la atención sanitaria a este colectivo, captación de esta población en los servicios de educación sexual para prevenir embarazos no deseados y enfermedades de transmisión sexual, y en actuaciones preventivas y de promoción de la salud.

En **Educación**, recoge 16 actuaciones y 6 objetivos, como la formación y sensibilización de los docentes en este campo, el tratamiento intensivo de la lengua, la escolarización de la población inmigrante, y otras actuaciones para que este colectivo se integre en la sociedad y en nuestro sistema educativo.

En **Vivienda**, recoge medidas generales para facilitar la adquisición y el alquiler de viviendas y otras específicas: ayudas a la rehabilitación, subven-

ciones a los adquirentes, ayudas para acceder a viviendas usadas en las mismas condiciones y con las mismas obligaciones de la población autóctona.

En **Juventud**, actuaciones relacionadas con el fomento y la interculturalidad e integración entre los jóvenes, el apoyo a la inclusión socio-laboral y la convivencia intercultural.

En **Empleo y Relaciones Laborales**, recoge 28 actuaciones encaminadas a aumentar las relaciones de este colectivo en programas de formación de empleados y desempleados, analizar sus necesidades en cuanto a inserción laboral y reducción del índice de siniestralidad laboral.

Finalmente, en **Acción Exterior**, se pretende incrementar la cultura de solidaridad de la sociedad riojana con un mayor conocimiento de la realidad de los países en vías de desarrollo y su relación con el fenómeno migratorio; fomentar la participación de la nuestra población inmigrante en los proyectos de cooperación en sus países y contribuir a la erradicación a la pobreza en los países de origen de la población inmigrante.

No obstante, este panorama competencial y, por tanto, legislativo va a cambiar en un futuro muy próximo. En estos momentos se asiste en España a un proceso de reforma de los Estatutos de Autonomía y prácticamente todas las reformas han aludido a la cuestión migratoria.

La acogida del inmigrante es lo que se espera de una sociedad de valores y principios, pero, como con realismo ha establecido Sartori, «una inmigración incontrolada y que escapa a los controles de entrada es una mala inmigración, además la llegada incontrolada de inmigrantes que no quieren integrarse supone un riesgo para el pluralismo y la democracia». Así, unas tasas altas de inmigración, sobre todo cuando se produce al margen de los cauces legales establecidos para regular los flujos migratorios, pueden generar problemas de convivencia social. La capacidad de respuesta a las demandas sociales tales como, sanidad, trabajo, vivienda o educación, no es ilimitada, lo que puede ocasionar rechazo social. Por eso, un análisis racional conduce a considerar razonable la imposición por los Estados de controles a las entradas y estancias en su territorio de quienes proceden de otros países.

Un rasgo que caracteriza a la legislación migratoria de los países desarrollados es la imposición de controles en el acceso a su mercado de empleo. Estos controles se materializan a través de la exigencia de autorizaciones o permisos de trabajo a los extranjeros que pretendan trabajar.

La legislación española se sitúa claramente entre las que restringen la entrada de extranjeros con fines laborales, entendiendo por extranjeros, personas que no tienen la nacionalidad española ni de ningún otro país de la UE.

En un sentido amplio, el término «inmigrante» puede referirse a cualquier persona que se traslade de un Estado a otro, por causas políticas o económicas; pero en un sentido más estricto y técnico, es «inmigrante» todo extranjero que se traslada a otro país por motivos de trabajo, es decir, un trabajador.

En este artículo será usada el término inmigrante en su sentido estricto: está enfocado exclusivamente a los inmigrantes no comunitarios, entendiendo por tal toda persona física que careciendo de la nacionalidad española y no siendo nacional de los Estados miembros de la Unión Europea, ni de los Estados partes del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo, ejerza o trate de ejercer en España una actividad lucrativa, laboral o profesional por cuenta ajena o por cuenta propia. Hay que excluir de esta definición y del ámbito de este estudio a los trabajadores comunitarios a los que no se considera extranjeros desde el punto de vista laboral, aunque no tengan la nacionalidad española, por el principio de libertad de circulación sobre el que se asienta la Comunidad Europea que les garantiza el acceso al empleo en iguales condiciones que los trabajadores de nuestro país.

Así pues, son extranjeros, desde esta perspectiva laboral, los trabajadores extracomunitarios o no procedentes de países de la Unión Europea, que están sujetos a reglas de control y restricción, que se materializan en la exigencia de autorización administrativa para trabajar y que se rigen por la normativa que sobre extranjería está vigente en España.

Las fuentes legislativas en materia de extranjería se caracterizan por su origen básicamente estatal, un cuerpo legal cuya primera manifestación en España fue la Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España.

Ya en plena expansión del fenómeno migratorio, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, derogaba la Ley de 1985 y tres reformas posteriores operaron sucesivamente cambios en su redacción.<sup>5</sup>

---

5 La legislación de extranjería fue modificada en tres ocasiones. La primera vez por medio de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de febrero; la segunda por la Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica

Así pues, a pesar de la incipiente naturaleza de otros ordenamientos, es claro que en estos momentos la política de inmigración es fruto del ejercicio de una competencia exclusiva del Estado, en virtud de la cual legisla y ejecuta lo legislado. Sin embargo, no se puede obviar, en esta materia, la tensión entre Estado y Comunidades Autónomas a la hora de determinar el papel que han de jugar respecto del fenómeno migratorio, todo ello sin perjuicio de que algunas de las competencias con que cuentan las CCAA amparen la realización de funciones que constituyen un verdadero complemento a la intervención estatal en la materia. Lo mismo ocurre respecto de las Corporaciones Locales, pues la Administración Local tampoco cuenta con competencias expresas en materia de inmigración y extranjería y al ser la más cercana al ciudadano, puede cumplir una importante función, sobre todo de cara a la asistencia, asesoramiento inicial e integración social de los inmigrantes.

Esta legislación estatal esta condicionada por Convenios y Tratados Internacionales, sobre todo los de índole humanitario. En este ámbito, además de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que enmarca como uno de los derechos de todo ser humano el derecho a la emigración, destacan también otras Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas.<sup>6</sup> Además todos los Estados partes en el Pacto Internacional del Derechos Civiles y Políticos, en la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y en la Convención sobre los Derechos del Niño deben garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción, los derechos reconocidos en estos instrumentos jurídico, en virtud del principio de igualdad y no discriminación, lo que constituye un principio general del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Asimismo, todos los Estados parte en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

---

e integración social de los extranjeros, que modificó algunas cuestiones relacionadas con el régimen sancionador y la tercera por medio de la Ley Orgánica 14/03, de 20 de noviembre. Esta última reforma legislativa ha dado la ultima redacción a la ley de extranjería, siendo desarrollada reglamentariamente por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, que derogó el RD 864/2001, de 20 de julio.

6 Resolución 40/144, de 13 de diciembre que contiene la Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven. – Resolución 45/158, de 18 de diciembre 1990, que elabora la Convención de los Derechos de los trabajadores migrantes y sus familias. – Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 1999/44, de 27 de abril, sobre Derechos Humanos de los Migrantes. – Resolución 2004/53 de la Comisión de Derechos Humanos, de 20 de abril de 2004, sobre Derechos Humanos de los Migrantes. – Recomendación de las Naciones Unidas titulada «Discriminación contra los no ciudadanos», de agosto de 2004.



Culturales deben comprometerse a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna, en particular por su origen racial.

Por otro lado, nuestro régimen nacional se encuentra muy condicionado por los dictados provenientes de la Unión Europea con el objeto de conseguir fijar una política común en materia de inmigración. Los avances del proyecto de integración europea y el perfeccionamiento de la libre circulación de personas en un espacio sin fronteras interiores han conducido a que la UE se plantee la «comunitarización» de las políticas públicas sobre extranjería e inmigración. Los antecedentes de dicha «comunitarización» se remontan al Acta Única Europea, donde se introdujo el derecho a la libertad de circulación de las personas. Posteriormente, el Acuerdo Schengen de 1985 facilita la creación de un nuevo mercado interior sin fronteras, aprobándose más tarde el Convenio de aplicación de dicho Acuerdo de 19 de junio de 1990 que establece las condiciones de entrada exigidas a las personas procedentes de terceros países. También hay que acudir al Título VI del Tratado de Maastricht de 1992 que establece una cooperación intergubernamental al establecer políticas comunes para la concesión de visados. El Tratado de Ámsterdam, de 2 de octubre de 1997, en vigor desde el 1 de mayo de 1999, constituye el origen de la creación de una política comunitaria de inmigración al incluir entre sus objetivos la libertad de circulación de las personas, dedicando una especial atención a la previsión de una política de inmigración y un régimen común de extranjería para los nacionales no comunitarios. Posteriormente, el Consejo Europeo de Tampere, los días 16 y 17 de octubre de 1999, acordó las directrices a las que se someterá esa política comunitaria y que constituyen la base de trabajo de la UE.

Tras la cumbre de Tampere se han sucedido iniciativas y actos normativos en desarrollo de la política comunitaria en esta materia. El resultado es una combinación de políticas restrictivas, en cuanto a la entrada y permanencia de los extranjeros de terceros países, junto a una tendencia a la equiparación de derechos de los inmigrantes legalmente establecidos con los ciudadanos comunitarios, aunque se ha avanzado menos en este sentido.

Es ahí muy relevante en nuestro país el papel del Tribunal Constitucional, especialmente en el establecimiento de la doctrina sobre los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros en la Constitución en sentencias claves como las SSTC 107/1984 y 99/1985, así como la STC 115/1987, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra algunos de los artículos de la LO 7/1985, resulta necesario hacer un especial hincapié en la STC 236/2007 de 7 de noviembre tanto por su actualidad como

por su importancia temática, y es que, esta sentencia recoge, en lo fundamental, las líneas doctrinales precedentes del Tribunal Constitucional, desarrollándolas y estableciendo criterios que limitarán al legislador futuro en una materia especialmente delicada como es la de los derechos fundamentales de los inmigrantes en situación irregular, según analizaremos más adelante.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo también desempeña una importante labor, debiendo reseñarse la STS de 20 de marzo de 2003, que anuló 13 importantes apartados del Reglamento de Extranjería y la STS de 6 de abril de 2004 con la que anuló el punto 3.9 del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se aprobó el contingente de trabajadores extranjeros para 2002, que pretendía la derogación de facto del acceso de los trabajadores extranjeros al mercado de trabajo por medio de la solicitud individual de una autorización para residir y trabajar en España. Por último no puede obviarse a los Tribunales Superiores de Justicia, sobre todo en lo que respecta a la consideración de la situación nacional de empleo y a los efectos del contrato de trabajo con un extranjero sin autorización para trabajar.

## I. LA ENTRADA EN ESPAÑA DE MANO DE OBRA EXTRANJERA

La desigualdad de los extranjeros respecto de los nacionales españoles y de Estados miembros de la UE en el acceso al mercado laboral se manifiesta en primera instancia a través de los requisitos para la entrada en el país, la fiscalización del objeto de entrada y la clasificación de la estancia dentro de uno de los distintos tipos de situaciones reguladas en la normativa de extranjería. Es más, para poder trabajar es preciso, además de la necesaria autorización para trabajar y residir, acceder al mercado laboral por una de las formas previstas legalmente.

En consecuencia es ineludible hacer referencia a los requisitos de entrada de un extranjero en España y al procedimiento para efectuar dicha entrada, sin duda, uno de los aspectos más significativos en toda regulación de extranjería.<sup>7</sup> Estas cuestiones establecidas por la LOE y desarrolladas por el RD 2393/2004, de 30 de diciembre, son el presupuesto esencial para poder actuar en condiciones de regularidad y, con ello, acceder al trabajo o ejercer plenamente los derechos recogidos en esta normativa. Los primeros artículos del RegLOE, concretamente, el Título I, arts. 1 a 16, abordan el régimen de en-

---

7 Cfr. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M<sup>a</sup>.A.: «La entrada y salida de extranjeros en territorio español» en CARRILLO SALCEDO, J.A. (coord): *La Ley de Extranjería a la luz de las obligaciones de España en derechos humanos*, Universidad Internacional de Andalucía, AKAL, 2002, pág. 38.

trada de los extranjeros en territorio español desarrollando así las previsiones del Capítulo I del Título II de la LOE, concretamente los arts. 25 a 27.

Esta normativa debe leerse conjuntamente con la articulación que del régimen jurídico de los nacionales de terceros países se ha realizado en el ámbito comunitario pues la regulación española se ha de inspirar en aquella. En concreto, el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen supuso el primer esfuerzo para hacer realidad la libre circulación de personas en el espacio europeo, suprimiendo el control en las fronteras interiores, enumerando en su art. 5 los requisitos para la entrada en el territorio de las Partes contratantes, regulando los visados para estancias de corta duración y estableciendo las condiciones de circulación de los extranjeros.<sup>8</sup>

#### **A. Los requisitos exigidos para la entrada de extranjeros en España desde un tercer Estado no perteneciente al espacio de Schengen**

La nota que distingue de manera básica al trabajador extranjero del trabajador nacional es la necesidad que tiene el primero de obtener una autorización para entrar, residir y prestar servicios en nuestro país. Como regla general, los trabajadores extranjeros que pretendan realizar una actividad lucrativa en España están obligados a obtener este tipo de permiso para cualquier actividad profesional, salvo las que estén expresamente exceptuadas. La exigencia de autorización administrativa afecta tanto al trabajo que se realiza en el ámbito de una empresa (en condiciones de ajenidad y dependencia) como al trabajo que se lleva a cabo por cuenta propia o de forma independiente.

La entrada en nuestro territorio de un trabajador extracomunitario, es decir, aquel sujeto que viene a España a trabajar siendo nacional de un Tercer Estado no miembro de la Unión Europea, está subordinada a una serie de requisitos. La primera traba a superar es dicho control, ya que la entrada legal se configura como

---

8 Art. 5.1 y 2. CAAS «1. 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 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.

2. No suponer un peligro para el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de una de las Partes contratantes.

previa para la plena integración del extranjero en España. Los arts. 1 a 13 RegLOE se encargan de establecer estos requisitos, así como los supuestos en los que no son exigibles, y las consecuencias que se derivan de su incumplimiento.

Someter la entrada al cumplimiento de unos requisitos es una manifestación de la potestad del Estado de permitir o no el acceso a su territorio de nacionales de terceros países (STC 44/1993, de 22 de marzo y STC 116/1993, de 29 de marzo). Si bien, por la peculiaridad en la organización administrativa española, hay que distinguir dos ámbitos del fenómeno migratorio en cuanto a su distribución competencial. Por un lado, la situación jurídico-administrativa del extranjero de competencia exclusiva estatal. Por otro lado, a las CCAA les corresponde la integración social y, en concreto, la prestación a los inmigrantes de los servicios públicos de educación, sanidad, vivienda, asistencia social, cultura... No obstante, pese a la distribución competencial entre ambas administraciones públicas, ha de tenerse en cuenta que multitud de aspectos están implicados de forma inescindible. En efecto, al Estado le compete la concesión de la respectivas autorizaciones de entrada y de residencia, y por consiguiente, el reconocimiento de su particular situación administrativa; ahora bien, las CCAA serán las encargadas de prestar los servicios públicos en consonancia con el mencionado estatuto jurídico. Por otra parte, hay que señalar la creciente europeización que afecta a la situación jurídica del extranjero y que ya no se limita a fijar una serie de condiciones comunes en cuanto a la concesión del visado o al establecimiento de controles en las fronteras exteriores, sino que afecta a aspectos calificados como de competencia autonómica. De este modo, tanto la Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residente de larga duración, como un conjunto de Acuerdos exteriores firmados entre la CE y terceros países consagran un principio de igualdad de trato con el nacional que necesariamente se traduce en el reconocimiento de prerrogativas en cuanto a las condiciones de trabajo, remuneración o despido, así como en cuanto a prestaciones sociales o en el sector de la seguridad social. Además, los mencionados Acuerdos eestán firmados con países terceros que son fuerte foco de emigración hacia la UE, a saber Turquía, Marruecos, Argelia, Túnez o los países de la antigua URSS<sup>9</sup>;

---

9 Arts. 12-14 del Acuerdo de Asociación con Turquía, de 12 de septiembre de 1963 (*DO L* n.º 182, de 12.12.1963); Arts. 36-42 del Protocolo Adicional, de 23 de noviembre de 1970, del Acuerdo de Asociación con Turquía (*DO L*, n.º 293, de 29.12.1964); Arts. 64-73 de los Acuerdos Euromediterráneos con Túnez, de 17 de julio de 1995 (*DO L* n.º 97, de 30.3.1998), con el Reino de Marruecos, de 26 de febrero de 1996 (*DO L*, n.º 70, de 18.3.2000), con Argelia, de 26 de febrero de 1996 (*DO L* n.º 262, de 10.10.2005); Arts. 23-28 de los Acuerdos de Colaboración y Cooperación con Ucrania, de 14 de junio de 1994 (*DO L* n.º 49, de 19.2.1998), la Federación de Rusia, de 24 de junio de 1994 (*DO L* n.º 327, de 28.11.1997) y la República de Moldavia (*DO L* n.º 181, de 24.6.1998).

de tal modo que tienen capacidad de modular la situación jurídica de un amplio colectivo de nacionales de terceros países residente en el territorio de los Estados miembros. El alcance material de tales derechos, así como su ámbito «*ratione personae*» ha sido objeto de una prolija jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) que en determinados aspectos ha conseguido el reconocimiento para estos trabajadores nacionales de terceros países y sus familiares de una situación jurídica equiparable a la del ciudadano de la UE<sup>10</sup>.

La organización política mundial de Estados-nación impide pronunciar la frase «la tierra es de todo el que la pisa», al menos si con ella se pretende describir una realidad.<sup>11</sup> Es más, hay un derecho reconocido internacionalmente a salir de la propia tierra pero no a entrar en tierra extraña como lo evidencian los arts. 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.<sup>12</sup> El TC se ha pronunciado al respecto en numerosas ocasiones, entre ellas cabe destacar la STC 72/2005, de 4 de abril en la que ha afirmado que el art. 13.1 CE no incluye el derecho a entrar en España como derecho fundamental de los extranjeros, señalando que en modo alguno puede hablarse de un derecho a entrar en nuestro país por parte de un extranjero que no ha residido en él y que no cumple las condiciones del derecho de asilo o de reagrupación familiar. Este derecho de entrada lo tienen, con el carácter de derecho fundamental que garantiza el art. 19 CE, tan sólo los españoles, pero el legislador puede otorgarlo a los extranjeros que cumplan los requisitos establecidos en la ley.

<sup>10</sup> Vid. *inter alia* con respecto a los trabajadores turcos las sentencias del TJUE de 30 de septiembre de 1987, asunto 12/86, *Demirel*, Rec. 1987, p. 3203; 8 de mayo de 2003, asunto C-171/2001, *Wählergruppe Gemeinsam*, Rec. 2003, p. 4301; de 26 de noviembre de 1998, asunto 1/97, *Birden*, Rec. 1998, p. 7747; de 10 de febrero de 2000, asunto 340/97, *Nazli y otros*, Rec. 2000, p. 957. En relación a los trabajadores magrebíes, las sentencias del TJUE de 2 de marzo de 1999, asunto *El-Yassini*, Rec. 1999, p. 1209; de 15 de enero de 1998, asunto 113/97, *Babaheneni*, Rec. 1998; sentencia de 3 de octubre de 1996, asunto 126/95, *Hallouzi-Choho*, Rec. 1996, p. 19; sentencia de 20 de abril de 1994, asunto 58/93, *Yousfi*, Rec. 1994, p. 1353. Con respecto a los ciudadanos de la Europa Central y Oriental, sentencia de 29 de enero de 2002, *Beata Pokrzeptowicz-Meyer*, asunto 162/00, Rec. 2002, p. 1049. Y, en relación a los nacionales de la antigua URSS, sentencia del TJUE de 12 de abril de 2005, asunto C-265/03, *Igor Simutenkon*, Rec. 2005. Sobre las implicaciones y alcance de esta jurisprudencia, vid. P. A. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, *Derecho comunitario de la inmigración*, op. cit., pp. 306-310; I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *Los nacionales de terceros países en la UE*, Universidad de Córdoba, 2003, pp. 245-284; A. C. OLIVEIRA, «Immigrants from Third Countries under EC External Agreements: The need for Improvement», *European Foreign Affairs Review*, summer 1999, pp. 215-233.

<sup>11</sup> Una interesantísima reflexión sobre la relación entre los Estados-nación y los derechos de los extranjeros en GARCÍA AMADO, J.A. «¿Por qué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales?» *Revista de Derechos Migratorio y Extranjería*, n.º 3, 2003, sobre todo págs. 13 y siguientes.

<sup>12</sup> Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, y ratificado por España el 27 de abril de 1977 (BOE 30 de abril)

Por ello, cuando la entrada en España se efectúa desde un Estado no miembro del territorio Schengen es necesario cumplir una serie de requisitos, tanto si la entrada se realiza para un periodo inferior a tres meses, como si es por un tiempo superior. Dichos requisitos vienen establecidos por el art. 25 LOE<sup>13</sup> y por el art. 4 RegLOE.<sup>14</sup>

Así, conforme al art. 4 RegLOE, «La entrada de cualquier extranjero en territorio español estará condicionada al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Titularidad del pasaporte o documentos de viaje.
- b) Titularidad del correspondiente visado.
- c) Justificación del objeto y las condiciones de la estancia.
- d) Acreditación, en su caso, de los medios económicos suficientes para su sostenimiento durante el período de permanencia en España, o de estar en condiciones de obtenerlos, así como para el traslado a otro país o el retorno al de procedencia.

---

<sup>13</sup> El art. 25.1 LOE ha quedado intacto con la reforma por LO 14/2003, sin embargo, no corrió con la efectuada por LO 8/2000, de manera que el originario art. 23.1 LO4/2000 pasó a ser el actual art. 25.1, que coincidiendo con la rechazada enmienda presentada por el Partido Popular en el Senado durante la tramitación de aquella incorporó a los requisitos del anterior art. 25.1 dos más que en realidad no suponen novedad alguna, puesto que se limitan a reiterar, elevándolo a rango de Ley, lo que ya venían diciendo anteriormente los preceptos reglamentarios previamente vigentes como consecuencia de la incorporación a nuestro derecho interno de los compromisos internacionales suscritos por nuestro país en virtud del Acuerdo de Schengen y el Tratado de Ámsterdam. HEREDIA FERNÁNDEZ, S., op. cit., págs.37-38. El art. 25.2 sí ha sido reformado por LO 4/2000, que ha añadido el inciso «o en la normativa de la Unión Europea» y cambiado el ultimo apartado que queda redactado como sigue:»No será exigible el visado cuando el extranjero encuentre provisto de la tarjeta de identidad de extranjero o, excepcionalmente, de una autorización de regreso». Modificaciones que son un mero retoque para hacer el art. 25 acorde con la normativa europea.

<sup>14</sup> Este art. 4 es heredero del art. 1.1 RD 864/2001 según el cual «El extranjero que pretenda entrar en territorio español, sin perjuicio de lo dispuesto en los convenios internacionales suscritos por España, deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de convenios internacionales suscritos por España, estar en posesión de visado válido cuando éste sea exigible, y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos determinados en este Reglamento que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España o que está en condiciones de obtener dichos medios, de conformidad con lo dispuesto en este Reglamento.»

- e) Presentación, en su caso, de los certificados médicos.
- f) No estar sujeto a una prohibición de entrada.
- g) No suponer un peligro para la salud pública, el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de España o de otros Estados con los que España tenga un convenio en tal sentido.»

Sin embargo, existen supuestos en los que podrá autorizarse dicha entrada sin su observancia. Las causas son razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España. En estos casos se procederá a hacer entrega al extranjero de la resolución acreditativa de la autorización de entrada (arts. 25.4 LOE y 4.2 RegLOE).<sup>15</sup> En consonancia con esta previsión establece el art. 31 RegLOE que, en dicho caso, se podrá autorizar la estancia en territorio español por un máximo de tres meses en un periodo de seis.

A estos supuestos hay que añadir el del art. 25.3 LOE, que exceptúa del cumplimiento de los requisitos a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España.<sup>16</sup>

No obstante, la excepcionalidad del motivo invocado para autorizar la entrada ha de ser valorada en cada caso, al tratarse de un concepto jurídico indeterminado.<sup>17</sup>

### 1. Entrada por los puestos habilitados

Aunque el RegLOE no se refiera en su art. 4 a la entrada por puestos habilitados, éste no deja de ser un condicionante para que la entrada en España se realice de forma regular.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> *Vid.* en el mismo sentido el art. 5.3 del CAAS.

<sup>16</sup> La normativa específica que regula estos casos es 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 y el Reglamento de aplicación aprobado por RD 203/1995, de 10 de febrero, modificado por el RD 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apartida.

<sup>17</sup> Así lo han puesto de manifiesto entre otras, las SSTS de 22 de febrero de 1991 y de 30 de mayo de 1991.

<sup>18</sup> De hecho el RegLOE se refiere en su primer capítulo a los puestos de entrada y salida y en el segundo a los requisitos y prohibiciones de entrada. Sin embargo, en el artículo primero del capítulo sobre los puestos de entrada según el cual «Sin perjuicio de lo dispuesto por los convenios internacionales suscritos por España, el extranjero que pretenda entrar en

El extranjero que pretenda entrar en territorio español deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, sin perjuicio de los Convenios internacionales suscritos por España (art. 1.1. RegLOE), la norma se está refiriendo claramente al CAAS.<sup>19</sup> Suprimido el control en las fronteras interiores, el punto de entrada lo constituyen las fronteras exteriores<sup>20</sup> que sólo podrán cruzarse por los pasos fronterizos y durante las horas de apertura establecidas.<sup>21</sup>

Los puestos de entrada serán habilitados cuando se trate de una frontera terrestre, de conformidad con el interés nacional y lo dispuesto en los convenios internacionales en los que España sea parte, previo acuerdo con el país limítrofe correspondiente (art. 2.1 RegLOE). En el supuesto de habilitación de puestos en puertos y aeropuertos se exige, además, el previo informe favorable del departamento ministerial del que procedan el puerto o el aeropuerto (art. 2.2 RegLOE).

No obstante, los puestos habilitados podrán ser excepcionalmente cerrados, con carácter temporal o indefinido, con motivo de la declaración de los

---

territorio español deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje en vigor que acredite su identidad y que se considere válido para tal fin, estar en posesión de un visado válido cuando éste sea exigible, y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos determinados en este reglamento que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar la posesión de los medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España o, en su caso, estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.», alude a los requisitos de entrada incluyendo la necesidad de entrar por los puestos habilitados al efecto. Sobre la ilegalidad de la entrada no realizada por los puestos habilitados en los días y horas habilitados al efecto *vid.* la STSJ de País Vasco, de 4 de abril de 2003.

- <sup>19</sup> AGUELO NAVARRO, P y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A: *Normativa comentada sobre derecho de extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2001, pág. 484, indican que el legislador nacional olvida recoger de forma nítida que además de entrar por el lugar habilitado, debe hacerse bajo el control fronterizo requerido a tal fin, matización que si se encontraba en la legislación anterior, si bien, es cierto que las autoridades etiquetan la entrada como regular siempre que se realice bajo algún tipo de control y que tanto la Ley como el Reglamento aluden de forma expresa a los funcionarios responsables del control de entrada. El CAAS, sin embargo, si especifica en los arts. 4 a 7 los detalles de la forma en la que se ha de proceder al control, así como la asistencia y cooperación entra las Partes contratantes para efectuarlos de forma eficaz.
- <sup>20</sup> *Vid.* ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: *Derecho de extranjería: un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España: (jurisprudencia y formularios)* / coord. por María Ángeles Sánchez Jiménez, 2005, pags. 105-160, concretamente pág.113.
- <sup>21</sup> Art. 3.1 CAAS: «En principio, las fronteras exteriores 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.»



estados de alarma, excepción o sitio, o bien, en aplicación de leyes especiales, en casos en que lo requieran los intereses de la defensa nacional, la seguridad del Estado y la protección de la salud y seguridad de los ciudadanos, así como en supuestos de elevada presión migratoria irregular (art. 3.1 RegLOE), también cuando su ubicación resultara innecesaria o inconveniente, a través de los trámites previstos (art. 3.2 RegLOE).

## **2. Documentación exigida para la entrada**

La entrada del extranjero en territorio español está condicionada a la titularidad de una determinada documentación que acreditará su identidad (arts. 4.1.a) y 5 RegLOE y art. 5.1.a) CAAS).

En concreto, el art. 5.1 RegLOE afirma que el extranjero deberá hallarse provisto de uno de los siguientes documentos:

- Pasaporte individual, familiar o colectivo, válidamente expedido y en vigor. Los menores de 16 años podrán figurar incluidos en el pasaporte de su padre, madre o tutor cuando tengan la misma nacionalidad del titular del pasaporte y viajen con éste.
- El art. 5.4 RegLOE impone varias precisiones, de un lado, hay que tener en cuenta los Convenios firmados por nuestro país en orden a la supresión de la exigencia de pasaporte; de otra parte, la admisión de pasaportes colectivos se ajustará a los convenios internacionales que sobre ellos existan o se concierten por España. Los pasaportes deberán permitir el retorno al país que los haya expedido.
- Título de viaje, válidamente expedido y en vigor.
- Documento nacional de identidad, cédula de identificación o cualquier otro documento en vigor que acredite su identidad, considerados válidos para la entrada en territorio español, en virtud de compromisos internacionales asumidos por España.

Deberán ser 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. Excepcionalmente, las misiones diplomáticas u oficinas consulares españolas, previa autorización expresa de la Dirección General de Asuntos Exteriores y de Cooperación, podrán expedir documentos de viaje 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 existan acuerdos de cooperación a tal efecto(art. 5.3 RegLOE).

En el supuesto de que el extranjero hubiera entrado en España con documentación defectuosa o incluso sin ella se le podrá autorizar, excepcionalmente y siempre que existan motivos humanitarios, de interés público u obligaciones internacionales, la estancia por un máximo de tres meses en un periodo de seis (art. 25.4 LOE y art. 31 RegLOE) pero se trata de una posibilidad muy restrictiva.

La práctica jurisprudencial sobre el cumplimiento de este requisito es abundante. En la mayoría de los casos, la entrada ha sido denegada porque los documentos que se presentan para acreditar la identidad son falsos, entre otras, SSTSJ Madrid de 23 de octubre de 2002 y de 31 de octubre de 2002. Así por ejemplo, hay supuestos en los que se aprecia un cambio de fotografía del titular por la del portador en el pasaporte exhibido, como la STSJ Madrid, de 23 de julio de 2002; en cambio, el recurrente reconoce «haber comprado» el pasaporte por lo que no se corresponde con su identidad, no pudiendo considerarse como documento válido para efectuar la entrada, entre otras, STSJ Madrid de 6 de septiembre de 2002.

### 3. El visado

Como regla general, salvo que se establezca lo contrario en los convenios internacionales suscritos por España o en la normativa de la Unión Europea, será preciso, además, un visado (art. 25.2 LOE y art. 6.1 RegLOE).

Así, los extranjeros que se propongan entrar en territorio español deberán tener visado, válidamente expedido y en vigor, extendido en sus pasaportes o documentos de viaje o, en su caso, en un documento aparte.

El visado es «una certificación extendida en el pasaporte o título de viaje que acredite ante el funcionario del Estado donde el extranjero pretende entrar, la identidad de éste y que no existe inconveniente para que pueda pasar la frontera y entrar en ese Estado».<sup>22</sup> Certificación, que por su relevancia como instrumento de control de entrada, se erige como el más importante de los requisitos de los que debe estar provisto el extranjero.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> Como señala KEVIN PALOP, V.: *Régimen jurídico de la entrada y permanencia de extranjeros en España*, Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y debates, Madrid, 1991, págs 20-21, el visado no es un documento independiente, sino un mero formalismo accesorio. Se trata de un complemento habitual del pasaporte o de otros medios de documentación personal, que constituyen un requisito para entrar en España. STSJ de Andalucía/Málaga de 22 de octubre de 1997.

<sup>23</sup> Cfr. ADROHER BIOSCA, S. y CHARRO BAENA, P. (coord.): *La inmigración. Derecho Español o internacional*, Barcelona, Bosch, 1995, pág. 275. TARABAN-CASTELLANI AZNAR, M.M *Reforma y contra-reforma...*, op. cit., pág. 163.

La novedad más importante en esta materia, llevada a cabo por la reforma operada por la LO 14/2003 de 20 de noviembre, ha sido la de atribuir al visado una función adicional, ya que, una vez que el extranjero ha entrado en España, le habilita para permanecer en la situación para la que le ha sido expedido, es decir, el visado no sólo sirve para presentarse en un puesto fronterizo español y solicitar su entrada, sino que también habilitará al extranjero a permanecer y, en su caso a trabajar en nuestro país.<sup>24</sup> Ello sin perjuicio, de la obligatoriedad de obtener en su caso la tarjeta de identidad de extranjero.

Como afirma el art. 6.2 RegLOE, para estancias de hasta tres meses en un período de seis o para tránsitos de menos de cinco días, no necesitarán visado:

- a) Los nacionales de países con los que se haya acordado su supresión.<sup>25</sup>
- b) 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 1959, relativo a la exención de los visados para refugiados.
- c) Los miembros de las tripulaciones de barcos de pasaje y comerciales extranjeros (cuando se hallen documentados con un documento de identidad de la gente del mar en vigor y sólo durante la escala del barco o cuando se encuentre en tránsito para embarcar hacia otro país) y los miembros de las tripulaciones de aviones comerciales extranjeros (documentados como tales mediante la tarjeta de miembro de la tripulación

---

<sup>24</sup> De esta nueva función del visado se hace eco el art. 104 RegLOE cuando afirma que «el visado válidamente obtenido acredita la situación para la que hubiese sido otorgado. La validez de dicha acreditación se extenderá desde la efectiva entrada de su titular en España hasta la obtención de la correspondiente tarjeta de identidad del extranjero o hasta que se extinga la vigencia del visado.»

<sup>25</sup> Relevante es, en este sentido, el Reglamento (CE) núm. 539/2001 del Consejo de 15 de marzo de 2001 (DOCE núm. L 81, de 21 de marzo de 2001), modificado por el Reglamento (CE) núm. 2414/2001 del Consejo de 7 de diciembre, (DOCE núm. L 327, de 12 de diciembre de 2002); por el Reglamento (CE) núm. 453/2003, de 6 de marzo de 2003 (DOUE núm. L 69, de 13 de marzo de 2003) y por el Reglamento (CE) núm. 851/2005 del Consejo, de 2 de junio de 2005 que en su Anexo II establece la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores, siempre y cuando se trate de estancias inferiores a tres meses. A esta lista deberá adaptarse el conjunto de Convenios bilaterales firmados por nuestro país en los que no se exige visado a los nacionales de terceros países, siempre y cuando se trate de una visita turística para un periodo inferior a tres meses sin ánimo de realizar una actividad lucrativa o instalar residencia. En defecto del Convenio con un país que haya suprimido la obligatoriedad del visado es preceptivo viajar provisto del mismo (*ad. ex.*, STSJ Madrid de 11 de abril de 2003).

durante la escala de su aeronave o entre dos escalas de vuelos regulares consecutivos de la misma compañía aérea a que pertenezca la aeronave).

- d) Los extranjeros titulares de una autorización 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 habrán de tener una vigencia mínima igual al plazo de estancia, o de la duración del tránsito, previsto en el momento de solicitar la entrada.<sup>26</sup>

Por su parte el art. 6.3 RegLOE establece que no precisarán visado para entrar en territorio español: Los extranjeros titulares de una tarjeta de identidad de extranjero (art. 109 RegLOE), de una tarjeta de estudiante extranjero (art. 106 RegLOE), de una tarjeta de acreditación diplomática o de la autorización de regreso prevista en el artículo 18, ni los titulares de una tarjeta de trabajador transfronterizo respecto a la entrada en el territorio español que forma frontera con el país del trabajador, siempre que dichas autorizaciones hayan sido expedidas por las autoridades españolas y estén vigentes en el momento de solicitar la entrada.

Así pues, el visado es el instrumento de control de los flujos migratorios por excelencia, razón por la cual se agudiza la incidencia de la normativa comunitaria en esta materia. En consecuencia, el CAAS, en lo que respecta al cruce de fronteras exteriores, distingue entre visados para estancias de corta duración, esto es, no superiores a tres meses, y visados para estancias de larga duración, que superen ese plazo.<sup>27</sup>

Respecto a los visados para estancias de corta duración, las Partes contratantes se han comprometido a armonizar sus políticas, esto significa en pri-

---

<sup>26</sup> Esta previsión se adapta al art. 21 CAAS, aunque el extranjero está obligado, en dicho caso, a declarar su entrada.

<sup>27</sup> Para CHARRO BAENA, P: «La LO 2/2000 de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: una primera aproximación crítica», *Aranzadi Laboral*, Boletín Mensual, núm. 5, febrero, 2000, pág.3 «la regulación del visado juega un papel decisivo como instrumento en la política migratoria, pues sitúa el control del flujo migratorio en el país de origen y permite conocer a las autoridades la finalidad pretendida por el extranjero al solicitar la entrada».

Los momentos históricos más reseñables en este sentido son reconocidos por ORTEGA MARTÍN, E.: *Manual práctico de Derecho de Extranjería*, Madrid, Europa de Derecho, 2003, págs. 355-365.

mer lugar la creación de un visado uniforme válido para el territorio de todas las partes contratantes<sup>28</sup> y en segundo lugar una política común en cuanto a los terceros Estados sometidos a la obligación de obtener un visado y los que están exentos de dicha obligación. Los extranjeros que realicen estancias de corta duración no pueden desarrollar actividades lucrativas en España.

Por su parte, los visados para estancias de larga duración, son expedidos por cada Estado Parte contratante con arreglo a su propia legislación.<sup>29</sup> Así, su regulación corresponde a la legislación nacional de cada uno de los Estados Parte.

#### 4. Justificación del objeto y condiciones de la entrada

El art. 7 RegLOE establece que los extranjeros deberán, si así se les requiere, especificar el motivo por el cual desean entrar en España.<sup>30</sup> A tal efecto, los funcionarios responsables del control de la entrada podrán, en función

---

<sup>28</sup> Por lo que hace a la creación de un visado común, el Reglamento del Consejo 1683 (DOCE núm. L 164 de 14 de junio de 1995) estableció un modelo de visado, entendido como toda autorización concedida o toda decisión adoptada por un Estado miembro exigida para entrar en su territorio con vistas a una estancia no superior a tres meses o el tránsito a través de su territorio o zona de tránsito de un aeropuerto del mismo Estado miembro de otro, partiendo de la premisa de que la concesión de un visado de entrada por cualquiera de los Estados partes habilita para el cruce de fronteras interiores de los restantes. Existe, pues, un modelo común de visado a expedir por la Misión Diplomática u Oficina Consular, previa la emisión de los oportunos informes, en su caso. El visado contiene una serie de datos tales como letra del Estado que lo concede, ámbito territorial de validez, fechas de inicio y final de validez, número de entradas autorizadas, duración de la estancia, tipo y autoridad que lo expide.

<sup>29</sup> No obstante, la adopción del Reglamento 1091/2001 del Consejo de 28 de mayo de 2001 relativo a la libre circulación con visado para estancias de larga duración supone un primer paso para armonizar las condiciones de expedición de visados nacionales para estancias de larga duración. En consecuencia modifica el art. 18 CAAS así como la Instrucción Consular Común. Para complementar el reglamento anteriormente reseñado se publicó la Decisión del Consejo de 28 de mayo de 2001 por la que se adapta la Instrucción Consular Común y el Manual Común al nuevo Reglamento.

<sup>30</sup> Al tener carácter facultativo, se da margen a una posible discrecionalidad por parte de los funcionarios encargados del control, que obviamente resulta bastante criticable. En este sentido, el TS ha manifestado que sólo están obligados a justificar documentalmente el motivo de la entrada los extranjeros sobre los que existan dudas razonables acerca de la verosimilitud de su entrada en España (STSJ de 1 de abril de 2005). En concreto, los casos más típicos en los que suele existir esa duda razonable es el de los extranjeros que alegan como objeto de entrada en nuestro país los viajes de turismo, pues dada la mayor flexibilidad para conseguir el visado de estancia como turista, un gran número de extranjeros optan por acceder de este modo a España para después permanecer de forma irregular y subsistir trabajando en la economía informal. *Vid.* SSTSJ Madrid de 11 de abril de 2002 y de 20 de mayo de 2003.

del objeto del viaje y de su duración, exigirles documentos que avalen la verosimilitud del motivo de entrada invocado. El carácter facultativo de este requisito también aparece en el art. 5.1.c) CAAS.<sup>31</sup>

Si bien, aunque en teoría este requisito es de carácter facultativo, lo cierto es que la práctica jurisprudencial demuestra que se exige siempre y que, muchos casos de denegación de entrada, se derivan de la falsedad del motivo invocado para justificarla.<sup>32</sup> Ahora bien, esta línea jurisprudencial ha sido criticada por la STS de 1 de abril de 2005 que ha establecido que los ciudadanos extranjeros que pretendan entrar en España tienen sólo la obligación de justificar documentalmente el motivo de la visita cuando exista duda sobre la verosimilitud, rechazando que hayan de justificar «en todo caso» su viaje.

Para cumplir este requisito, los extranjeros podrán presentar cualquier documento que, a su juicio, justifique la causa por la que quieren entrar en nuestro país. El art. 7 RegLOE, sin ánimo de ser exhaustivo y a título ejemplificativo, nos ofrece algunos documentos que podrían presentarse a tal efecto. Tales documentos son:<sup>33</sup>

a) Para los viajes de carácter profesional:

- a invitación de una empresa o de una autoridad para participar en reuniones de carácter comercial, industrial o vinculadas al servicio.

---

<sup>31</sup> De acuerdo con art. 5.1.c) CAAS: «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:

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 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.

<sup>32</sup> Normalmente, se trata de falsedad en el pretendido viaje turístico. Así pueden destacarse, entre otras muchas, STSJ Madrid, de 11 de abril de 2002 «*queda debidamente acreditado que el recurrente desconoce qué lugares va a visitar en Madrid así como que la reserva de hotel no estaba pagada y que la tarjeta visa con la que se hizo la reserva tenía orden por parte de la entidad bancaria de retener dichas tarjeta y destruirla*»; STSJ Madrid de 23 de octubre de 2002 «*el recurrente no tenía proyecto turístico alguno*»; STSJ Madrid, de 20 de mayo de 2003 «*el verdadero turista normalmente sabe dónde va, qué le interesa en concreto sin perjuicio de que pueda hacer descubrimientos que le sorprendan, dónde va a alojarse e incluso lo que le cuesta*».

<sup>33</sup> Como afirma ORTEGA MARTÍN, E. «Todos estos elementos dan lugar a un juicio administrativo, ciertamente apresurado, de verosimilitud» manual práctico... pág. 394.

- Documentos de los que se desprenda que existen relaciones comerciales o vinculadas al servicio.
  - Tarjetas de acceso a ferias y congresos.
- b) Para los viajes de carácter turístico o privado:
- Documento del establecimiento de hospedaje o carta de invitación.
  - Confirmación de la reserva de un viaje organizado.
  - Billete de vuelta o de circuito turístico.
- c) Para los viajes por otros motivos:
- Invitaciones, reservas o programas.
  - Certificados de participación en eventos relacionados con el viaje o recibos.

Hay que resaltar que se ha suprimido la referencia del anterior Reglamento de Extranjería (RD 864/2001) a los viajes de estudios o con fines de formación o de investigación al gozar ahora de una regulación detallada y específica.

Este requisito no ha estado exento de críticas, pues se apunta, de un lado, que en los supuestos de obtención del visado, el extranjero debe acreditar ante las autoridades consulares o diplomáticas los fines de su viaje, por lo que podría entenderse que la exigencia del mismo sólo quedará para casos de entrada sin visado, y de otro lado, que este control puede aumentar la arbitrariedad para decidir quién puede entrar en territorio español.

## 5. Acreditación de medios económicos

El extranjero deberá acreditar, en el momento de la entrada, ante los funcionarios responsables,<sup>34</sup> que dispone de recursos económicos o medios de vida suficientes:

- a) para su sostenimiento, y el de las personas a su cargo que viajen con él, durante el periodo de permanencia en España, o que está en condiciones de obtenerlos legalmente.
- b) para cubrir el traslado a otro país o el retorno al país de procedencia.

---

<sup>34</sup> Destacar que mientras de la redacción del art. 4.1.d) RegLOE podría deducirse que este requisito es facultativo «acreditación, en su caso», el art. 8 RegLOE lo concibe en términos obligatorios «deberá».

La jurisprudencia, refleja que en la práctica los funcionarios del control de la entrada han valorado este requisito en función de la posesión de dinero en efectivo, tarjetas bancarias, talonarios, contrato de trabajo... entre muchas sentencias destacan, STSJ Madrid de 27 de marzo de 2003 y de 8 de julio de 2003.

## **6. Requisitos sanitarios**

Este requisito, que no aparece en la LOE, lo desarrolla el art. 9 RegLOE afirmando que sólo será exigible cuando así lo determine el Ministerio del Interior, de acuerdo con los Ministerios de Sanidad y Consumo y de Trabajo y Asuntos Sociales. En dicho caso, todas aquellas personas que pretendan entrar en territorio español deberán bien presentar en los puestos fronterizos un certificado sanitario expedido en el país de procedencia, bien someterse a un reconocimiento médico por parte de los servicios sanitarios españoles con la finalidad de acreditar que no padecen ninguna de las enfermedades susceptibles de cuarentena previstas en el Reglamento sanitario internacional, así como en los compromisos internacionales sobre la materia suscritos por España, sin perjuicio de lo que se disponga la normativa de la Unión Europea.

## **7. No estar sujeto a prohibición de entrada**

El art. 25 LOE dispone que los extranjeros no estén sujetos a ningún tipo de prohibición de entrada. Los supuestos de prohibición de entrada están recogidos en el art. 26 LOE, y son tres;

- uno concreto, para los extranjeros que hayan sido expulsados, mientras dure la prohibición de entrada. Este plazo de prohibición de entrada puede ir desde los tres años como mínimo hasta los diez como máximo (art. 58.1 LOE).
- dos, genéricos, que el extranjero tenga prohibida por otra causa legalmente establecida, o en virtud de Convenios Internacionales en los que sea parte España.

No obstante, el art. 10 RegLOE completa y añade la enumeración de causas de prohibición de entrada previstas en la LOE. Así, respecto a la prohibición en virtud de Convenios Internacionales en los que España sea parte, introduce una salvedad, «que se considere necesario establecer una excepción por motivos humanitarios o de interés nacional», e incorpora tres causas más:

- a) que el extranjero haya sido objeto de una medida de devolución y se encuentren dentro del plazo de prohibición de entrada que se hubiera determinado en el correspondiente acuerdo de devolución.



- b) que se tenga conocimiento, por conductos diplomáticos, a través de INTERPOL o por cualquier otra vía de cooperación internacional, judicial o policial, de que se encuentra reclamado, en relación con causas criminales derivadas de delitos comunes graves, por las autoridades judiciales o policiales de otros países, siempre que los hechos por los que figuran reclamados constituyan delito en España y sin perjuicio de su detención, en los casos en que ésta proceda.
- c) que el extranjero haya sido objeto de prohibición expresa de entrada, en virtud de resolución del Ministro del Interior, por sus actividades contrarias a los intereses españoles o a los derechos humanos o por sus notorias conexiones con organizaciones delictivas, nacionales o internacionales, sin perjuicio de su detención, en los casos en que ésta proceda.

Así pues, a pesar de que en el art. 26 LOE se especifica que las causas de prohibición deben estar previstas legalmente, el RegLOE añade otras causas de prohibición. Ello levantó sospechas de ilegalidad sobre el art. 10 RegLOE, si bien, el hecho de que este artículo se limite a concretar lo previsto en el art. 5 CAAS, podría colegir que se trata simplemente de una aclaración de las prohibiciones de entrada expresadas en el Convenio de Schengen<sup>35</sup> que resultan aplicables en virtud del art. 26 LOE, por lo que el art. 10 RegLOE no merece sanción de ilegalidad.

## B. El Procedimiento de entrada

### 1. La autorización de entrada

Una vez que los funcionarios responsables del control de entrada en España comprueban en el puesto habilitado para la entrada que se reúnen los

---

<sup>35</sup> En este sentido, SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M<sup>a</sup>. A.: «De la entrada y salida del territorio español» en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (coord) *Extranjeros en España- Régimen Jurídico*, Murcia, Laborum, 2001, pág. 205, aunque referido al derogado Reglamento de ejecución RD 864/2001, considera que la redacción del art. 26 RD 864/2001 es una clara alusión al CAAS, cuyo art. 5, además de recoger las condiciones de entrada para estancias inferiores a tres meses, establece, en sentido negativo, que el extranjero no puede estar incluido en la lista de no admisibles (art. 5.d), y que la entrada no suponga un peligro para el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de una de las Partes contratantes (art 5.2), 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 (art. 5.3). Además, el art. 6.2 señala que 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.

requisitos marcados por el art. 25 LOE y el art. 4 RegLOE, se autorizará la entrada. En consecuencia, si la documentación presentada fuera conforme y no existe ninguna prohibición para la entrada del titular, se estampará en el pasaporte o título de viaje el sello de control establecido, salvo que las leyes internas o los 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 (art. 11.2 RegLOE).<sup>36</sup>

## **2. Las consecuencias del incumplimiento de los requisitos exigidos para la entrada: La denegación de entrada y el retorno**

Si el extranjero no cumple con los requisitos exigidos, los funcionarios responsables del control le denegarán la entrada.<sup>37</sup>

La denegación de entrada se realiza mediante resolución motivada y notificada, con información de los recursos que puedan interponerse contra ella, el plazo y la autoridad ante la que deban formalizarse, así como de su derecho a la asistencia letrada, de oficio, en el caso de que el interesado carezca de recursos económicos suficientes y, en su caso, de intérprete, que comenzará en el momento de efectuarse el control en el puesto fronterizo. Son manifestaciones concretas del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a la asistencia jurídica gratuita que consagran los arts. 20 y 22 LOE, respectivamente.

Denegada la entrada se le estampará en el pasaporte un sello de entrada tachado con una cruz de tinta indeleble negra, debiendo permanecer el extranjero en las instalaciones del puesto fronterizo hasta que, con la mayor brevedad, sea retornado al lugar de procedencia o continúe el viaje hacia otro país donde sea admitido.

En consecuencia, el retorno procede cuando se haya denegado la entrada y siempre que dicha decisión denegatoria no haya sido revocada o suspendida (art. 60 LOE). Como afirma el art. 156.1 RegLOE «se acordará el retorno cuando el extranjero se presente en un puesto fronterizo habilitado y no se le permita la entrada en el territorio nacional por no reunir los requisitos previs-

---

<sup>36</sup> Si el acceso se efectúa con documento de identidad o de otra clase en los que no se pueda estampar el sello de entrada, el interesado deberá cumplimentar el impreso previsto para dejar constancia de la entrada, que deberá conservar en su poder y presentar junto a la documentación identificativa, si le fuese requerida (art. 11.3 regLOE). *Vid.* el Reglamento (CE) núm. 2133/2004 del Consejo, de 13 de diciembre de 2004 (DOUCE núm. L 369, de 16 de diciembre de 2004).

<sup>37</sup> Figura conocida también como «rechazo en frontera (art. 26.2 LOE y art. 13.1 RegLOE).

tos<sup>38</sup>» No obstante, hay que matizar esta afirmación, ya que hay que tener en cuenta, tanto los Convenios bilaterales firmados por España sobre readmisión de extranjeros en situación irregular, como aquellos firmados por las Unión Europea y por Schengen.

La resolución de retorno se dictará como consecuencia de la resolución de denegación de entrada, dictada por los funcionarios policiales responsables del control de entrada,<sup>39</sup> en donde ha de constar según dispone el art. 156.2 RegLOE:

- a) la información al interesado de su derecho a la asistencia jurídica, que será gratuita en el caso de que el interesado carezca de recursos económicos suficientes, así como a la asistencia de intérprete, si no comprende la lengua oficial, a partir del momento en que se dicte el acuerdo de iniciación del procedimiento.
- b) la información al interesado de que el efecto que puede conllevar la denegación de entrada es el retorno.
- c) la determinación expresa de la causa por la que se deniega la entrada.

El retorno se ejecutará de forma inmediata, en virtud del art. 156.3 RegLOE y, en todo caso, dentro del plazo de 72 horas desde que se hubiese acordado. Si no pudiera ejecutarse dentro de dicho plazo, la autoridad gubernativa o, por delegación de esta, el responsable del puesto fronterizo habilitado se dirigirá al juez de instrucción para que determine el lugar donde haya de ser internado el extranjero, que no podrá tener carácter penitenciario, hasta que llegue el momento del retorno.

La resolución de retorno no agota la vía administrativa y será recurrible. Si el extranjero no se hallase en España, podrá interponer los recursos que correspondan, tanto administrativos como jurisdiccionales, a través de

---

<sup>38</sup> Tanto la jurisprudencia del TS como la de los órganos inferiores coincide en afirmar que, denegada la entrada, procede el retorno del extranjero al lugar de procedencia. Así, entre otras muchas sentencias, destacan, STS de 16 de junio de 2004 y SSTSJ Madrid de 16 de enero de 2003 o de 21 de marzo de 2003.

<sup>39</sup> Como afirma HEREDIA FERNÁNDEZ, S.: «aunque realmente estemos ante dos decisiones distintas que distarán autoridades diferentes (la denegación de entrada por los funcionarios responsables del control, y la de retorno por la autoridad gubernativa) en la práctica se ha unificado la competencia en los jefes de servicios de los puestos fronterizos.

las representaciones diplomáticas correspondientes, las cuales las remitirán al organismo competente.

## II. LAS SITUACIONES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

Todo extranjero que se encuentre regularmente en España deberá hallarse en una de las dos situaciones que establece el art. 29 LOE, es decir, en situación de estancia de residencia,<sup>40</sup> si bien, también existen casos de irregularidad.

### A. Situaciones regulares

#### 1. La situación de estancia

Tras la última reforma, operada por la Ley 14/2003, de 20 de noviembre, la estancia se define en el art. 30.1 LOE como «la permanencia en territorio español por un periodo de tiempo no superior a noventa días, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 33 para los estudiantes». Por su parte, el CAAS, estableció que la situación de estancia no podía ser superior a tres meses, en un periodo de seis, para los nacionales de países que precisen visado.

Según el art. 25.1 RegLOE, se halla en situación de estancia el extranjero que no sea titular de una autorización de residencia y se encuentre autorizado para permanecer en España por un período ininterrumpido o suma de períodos sucesivos cuya duración total no exceda de noventa días por semestre a partir de la fecha de la primera entrada, sin perjuicio de lo dispuesto en el Título VII para los estudiantes o investigadores y sus familiares.

Como se constata, éste último precepto realiza algunas especificaciones en relación a la definición contenida en la LOE, con lo que, en conjunto la situación de estancia se define por una doble circunstancia:

- Negativa, el extranjero no sea titular de una autorización de residencia.
- Positiva, se encuentre en España legalmente.

---

<sup>40</sup> Antes de la reforma de 2003 el art. 29.1 LO 4/2000, reformada por LO 8/2000, establecía tres tipos de situaciones: estancia, residencia temporal y residencia permanente. Sin embargo, la LO 14/2003 simplifica la clasificación estableciendo dos tipos genéricos de situaciones y dos clases de situaciones de residencia. De manera, que el art. 29.1 LOE en vez de tres tipos de situaciones, dispone dos, y en un nuevo art. 30 bis LOE, dedicado a la situaciones de residencia, se aclara que la residencia podrá ser temporal o permanente.

## 2. La situación de residencia

La situación de residencia es, por propia naturaleza, la que mayor calado tiene en nuestra legislación de extranjería.<sup>41</sup>

Una interpretación lógica de la normativa vigente nos permite definir la residencia como la permanencia en territorio español por un periodo superior a noventa días al amparo de una autorización administrativa *ad hoc* llamada autorización para residir.<sup>42</sup>

El extranjero residente en España podrá, además de desempeñar las actividades ordinarias que conlleve la estancia en un país, ejercer actividades laborales siempre que estén autorizados para ello, actividades moduladas en función de los distintos supuestos de residencia, como dispone el art. 33.3 RegLOE.

Los trabajadores extracomunitarios que disfruten del derecho de residencia en España, podrán hacerlo en una situación de temporalidad o de permanencia, si la permanencia en cuestión superase los noventa días y no sobrepasase los cinco años, se trataría de una residencia temporal (art. 31.1 LOE); en cambio, si la permanencia resultase indefinida sería la residencia propiamente dicha (art. 32.1 LOE).

### 2.a. Residencia de carácter temporal

La residencia temporal constituye el supuesto de permanencia de un extranjero en nuestro territorio con una duración superior a noventa días e inferior a cinco años (art. 31.1 LOE y 34 RegLOE).<sup>43</sup>

Puede clasificarse en dos modalidades:

- A) Residencia temporal propiamente dicha (arts. 34 a 47, Capítulo I del Título IV del RegLOE). Dentro de esta pueden distinguirse tres clases:

<sup>41</sup> En definitiva, como ha puesto de relieve CANO BAZAGA, E., la situación de residencia implica un mayor grado de vinculación con España que la mera estancia en nuestro país. RODRÍGUEZ BENOT, A. y HORNERO MÉNDEZ, C., (Coords), *Las situaciones...* pág. 223.

<sup>42</sup> Argumento *ex arts.* 14 del CAAS, 30.1, 30.bis.1, 31.1 y 32.1 LOE, y preceptos concordantes del RegLOE.

<sup>43</sup> Aunque la situación de estancia en determinados supuestos puede durar más de noventa días al ser prorrogada, el extranjero aunque permanezca más de noventa días en esos casos no será considerado residente. De hecho, en el art. 30 bis.1 se aclara que son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir.

- Residencia temporal en sentido estricto (sección 1ª, Capítulo I, del Título IV del RegLOE, arts. 35 a 37).
  - Residencia temporal en virtud de reagrupación familiar (sección 2ª, del Capítulo I, del Título IV del RegLOE, arts. 38 a 44), definida en el art. 38 RegLOE, según el cual se halla en esta situación «el extranjero que haya sido autorizado a permanecer en España en virtud del derecho a la reagrupación familiar ejercido por un extranjero residente que haya residido legalmente en España durante un año y haya obtenido autorización para residir por, al menos, otro año».
  - Residencia temporal en supuestos excepcionales (sección 3ª, del Capítulo I, del Título IV del RegLOE, arts. 45 a 47).
- B) Residencia temporal y trabajo (arts. 48 a 70, Capítulo II del Título IV del RegLOE). El art. 48 RegLOE señala que se halla en esta situación «el extranjero mayor de 16 años autorizado a permanecer en España por un periodo superior a 90 días e inferior a cinco años, y a ejercer una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena». Este tipo de residencia temporal puede a su vez subdividirse en cuatro tipos:
- Residencia temporal y trabajo por cuenta ajena (sección 1ª, del Capítulo II, del Título IV del RegLOE, arts. 49 a 54).
  - Residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada (sección 2ª, del Capítulo II, del Título IV del RegLOE, arts. 55 a 57).
  - Residencia temporal y trabajo por cuenta propia (sección 3ª, del Capítulo II, del Título IV del RegLOE, arts. 58 a 62).
  - Residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicio (sección 4ª, del Capítulo II, del Título IV del RegLOE, arts. 63 a 70).

### **2.b. Residencia de carácter permanente**

La residencia permanente constituye el supuesto en virtud del cual un extranjero ha sido autorizado a residir en nuestro territorio de manera indefinida así como a trabajar en él en igualdad de condiciones que los españoles (art. 32.1 LOE y art. 71 RegLOE).<sup>44</sup> Se trata de una categoría promovida incluso en el ám-

---

<sup>44</sup> Afirmación que tiene que matizarse, dado que aunque el extranjero en situación de residencia permanente queda exento de la expulsión, excepcionalmente cuando la infracción sea la de participar en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros Estados, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre

bito comunitario por la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DOUE L 16, de 23-1-2004).

El derecho a solicitar la concesión de la autorización administrativa que respalde esta situación corresponde a dos grupos de personas (art. 32.2 LOE).<sup>45</sup>

- desde una perspectiva general, a los extranjeros que acrediten haber residido legalmente y de forma continuada en territorio español durante cinco años (art. 72.1 RegLOE).<sup>46</sup>
- desde una perspectiva específica, a los extranjeros que acrediten que se encuentran en cualquiera de los siguientes supuestos (art. 72.3 RegLOE):

---

Protección de la Seguridad Ciudadana, o bien suponga una reincidencia en el término de un año en infracciones graves, sancionables con expulsión, o muy graves, el extranjero, aun encontrándose en situación de residencia permanente podrá ser expulsado (art. 57.1 LOE), expulsión que comportaría la extinción de cualquier autorización de residencia para permanecer en España (art. 57.4 LOE), así como la prohibición de entrada en territorio español por un periodo mínimo de tres años y máximo de diez (art. 58.1 LOE). Además, conforme al art. 76 RegLOE la vigencia de la autorización de residencia permanente puede extinguirse:

a) Por venir obligado el residente extranjero a la renovación extraordinaria de las autorizaciones, en virtud de lo dispuesto por las autoridades competentes, en estados de excepción o de sitio, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 24 LO 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio.

b) Por resolución motivada del órgano competente para su concesión, conforme a los trámites previstos en la normativa vigente para los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, cuando se compruebe la inexactitud grave de las alegaciones formuladas por el titular para obtener dicha autorización de residencia.

c) Por resolución motivada del órgano competente, conforme a los trámites previstos en la normativa vigente para los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones, cuando se encuentre incluido en alguno de los supuestos de prohibición de entrada previstos en este reglamento, puesto este supuesto en relación con lo establecido en el art. 57.5 LO 4/2000, de 11 de enero.

d) Por la permanencia fuera de España durante más de 12 meses consecutivos o más de treinta meses en el cómputo global de los cinco años de residencia.

<sup>45</sup> Es de destacar, con ESTEBAN DE LA ROSA, G., que en este ámbito la normativa española utiliza el término «derecho» a diferencia de en otras situaciones de los extranjeros, lo cual resulta indicativo del reconocimiento al extranjero de un auténtico *derecho subjetivo* a residir en territorio español, que sólo podrá denegarse cuando no concurra en el caso los presupuestos fácticos de la norma. En MORENO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C. Comentario a la Ley... pág. 506.

<sup>46</sup> La continuidad referida no queda afectada por ausencias del territorio español de hasta seis meses, siempre que la suma de éstas no supere el total de un año de los cinco mencionados, salvo que las correspondientes salidas se hayan efectuado de manera irregular (arts. 32.1 LOE y art. 72.2 RegLOE).

- a) Extranjeros residentes beneficiarios de una pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, incluida dentro de la acción protectora del sistema español de la Seguridad Social.
- b) Extranjeros residentes beneficiarios de una pensión de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez, en su modalidad contributiva, incluida dentro de la acción protectora del sistema español 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.
- c) Extranjeros que hayan nacido en España y al llegar a la mayoría de edad acrediten haber residido en España de forma legal y continuada durante, al menos, los tres años consecutivos inmediatamente anteriores a la solicitud.
- d) Extranjeros que hayan sido españoles de origen y hayan perdido la nacionalidad española.
- e) Extranjeros que al llegar a la mayoría de edad hayan estado bajo la tutela de una entidad pública española durante los cinco años inmediatamente anteriores de forma consecutiva.
- f) Apátridas o refugiados que se encuentren en territorio español y a quienes se les haya reconocido el respectivo estatuto en España.
- g) Extranjeros que hayan contribuido de forma notoria al progreso económico, científico o cultural de España, o a la proyección de España en el exterior.

### **3. Diferencias entre las situaciones de estancia y residencia**

La diferencia de carácter formal es que la situación de estancia no implica por sí tipo alguno de autorización, permiso o de resolución, como sí ocurre con la autorización de residencia, sino que sólo exige, y no siempre, la obtención previa de un visado.

Entre las diferencias de carácter material, la residencia se caracteriza fundamentalmente por conllevar una vocación de continuidad en la permanencia del extranjero. Este elemento de permanencia falta en la estancia, pues ésta se concibe como una situación temporal, a cuyo término, con carácter general, el extranjero debe salir del territorio español. Además, se trata de dos situaciones independientes, pues la estancia no se configura, necesariamente, como



un paso previo a la residencia, aunque en ocasiones, pueda una situación de estancia anteceder a una de residencia.

Así, frente a la vocación de permanencia de la residencia, la estancia suele implicar una breve permanencia en nuestro país durante un corto periodo de tiempo, normalmente por motivos de negocios, visitas familiares, turismo, asistencia médica, actividades profesionales puntuales, estudios o trabajos de investigación o formación, hasta un máximo en todo caso de seis meses (art. 4.2 LOE).

#### 4. Modificación de las situaciones de los extranjeros en España

La situación para la que inicialmente se autorizó la residencia en España de un extranjero puede variar a petición del titular. El RegLOE prevé en su Título IX tres posibles casos de modificación de las situaciones de los extranjeros en España:

- a) De la situación de estancia por estudios a la situación de residencia y trabajo (art. 95 RegLOE).<sup>47</sup>
- b) De la situación de residencia a la situación de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena (art. 96 RegLOE), que a su vez contiene diferentes posibilidades:
  - De la situación de residencia a la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena. Los extranjeros que se encuentren en España durante, al menos, un año en situación de residencia legal, podrán acceder a la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena cuando el empleador, como sujeto legitimado, presente la solicitud de autorización para residir y trabajar y se cumplan los requisitos laborales exigidos en el art. 50 RegLOE, excepto la valoración de la situación nacional de empleo y la

---

<sup>47</sup> Como novedad se establece en el art. 95 RegLOE la posibilidad de que los extranjeros que se encuentren en España en esta especial situación de estancia por estudios, puedan acceder a la situación de residencia y trabajo directamente sin necesidad de solicitar visado, lo cual, es una posibilidad compleja en el régimen ordinario de estancia. Para ello el empleador debe presentar la solicitud correspondiente y, como circunstancia ventajosa, no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo. A tal fin, el estudiante deberá haber permanecido en España al menos durante tres años (salvo casos excepcionales de extranjeros cuya residencia en España se considere oportuna por los méritos profesionales y científicos acreditados), haber realizado los estudios o el trabajo de investigación con aprovechamiento y no haber sido becado o subvencionado por organismos públicos o privados dentro de un programa de cooperación o de desarrollo del país de origen.

necesidad de acreditar la carencia de antecedentes penales. Excepcionalmente podrá acceder a la situación de residencia y trabajo, sin necesidad de que haya transcurrido el plazo de un año, el extranjero que acredite una necesidad por circunstancias sobrevenidas de trabajar para garantizar su subsistencia<sup>48</sup> (art. 96.1 RegLOE).

- De la situación de residencia a la situación de residencia y trabajo por cuenta propia. Se requerirá el cumplimiento de los requisitos del art. 58 RegLOE, excepto la acreditación de carencia de antecedentes penales (art. 96.2 RegLOE).<sup>49</sup>
  - De la situación de residencia por reagrupación familiar a la residencia por trabajo por cuenta propia o ajena. Los extranjeros en situación de residencia por haber sido reagrupados, así como el cónyuge que accede a una autorización de residencia temporal independiente por la vía prevista en el art. 41.2 regLOE, podrán acceder a la autorización de residencia y trabajo sin necesidad de que se cumpla el plazo de residencia legal de un año (96.1 RegLOE), previsto para el cambio de la situación de residencia a la residencia y trabajo por cuenta ajena, con carácter general (96.3 RegLOE).
  - De la situación de residente comunitario a la situación de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena. Los extranjeros titulares de una autorización de residencia como ciudadano comunitario o familiar de comunitario, cuando hayan cesado en tal condición, podrán obtener, si cumplen los requisitos establecidos, a excepción del visado, una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena o propia, del tiempo que corresponda, en función de la duración de la autorización anterior de la que fuera titular (art. 96.5 RegLOE).
- c) De la situación de residencia por circunstancias excepcionales a la situación de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena (art. 98 RegLOE). Los extranjeros que se encuentren en España durante, al menos, un año en situación de residencia por circunstancias excepcionales, en los supuestos que determina el art. 47 RegLOE, podrán acceder a la situación de residencia o de residencia y trabajo sin necesidad de visa-

---

<sup>48</sup> Concepto indeterminado el de subsistencia, cuya valoración queda, al parecer, en manos de la administración.

<sup>49</sup> En ambos casos, tanto en la conversión en situación de residencia y trabajo por cuenta ajena como propia, la eficacia de la autorización de trabajo concedida estará condicionada a la posterior afiliación y/o alta del trabajador en la Seguridad Social en el plazo de un mes desde la notificación realizada al solicitante, de tal manera que, cumplida la condición, la autorización comenzará un periodo de vigencia (art. 96.4 RegLOE).

do (art. 98.1 RegLOE). La presentación de la solicitud se tramitará del siguiente modo:

- Cuando el extranjero autorizado a residir por circunstancias excepcionales estuviera habilitado para trabajar por cuenta ajena, presentará por sí mismo la solicitud de autorización de residencia y trabajo, que será concedida si cumple los requisitos del art. 54 RegLOE.
- En los demás casos, el empleador será el sujeto legitimado para presentar la solicitud y se exigirán los requisitos laborales previstos en el art. 50 RegLOE, excepto los relativos a la situación nacional de empleo y a la carencia de antecedentes penales. La eficacia de la autorización de trabajo concedida estará condicionada a la posterior afiliación y alta del trabajador en la Seguridad Social en el plazo de un mes desde la notificación realizada al solicitante. Cumplida la condición, la autorización comenzará su período de vigencia.
- En el caso de que se pretenda ejercer una actividad por cuenta propia, se requerirá el cumplimiento de los requisitos del art. 58 RegLOE, excepto el concerniente a la carencia de antecedentes penales.

En cualquier caso la duración de la autorización estará en función del tiempo que hayan residido previamente en España.

Junto a las modificaciones de las situaciones de los extranjeros, el Título IX del RegLOE establece en su art. 97 la compatibilidad de la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena y la situación de residencia y trabajo por cuenta propia, disponiendo que los extranjeros que deseen realizar simultáneamente actividades lucrativas por cuenta propia y ajena habrán de obtener las correspondientes autorizaciones para trabajar, de conformidad con los requisitos generales establecidos para cada una de ellas, previa acreditación de la compatibilidad del ejercicio de ambas actividades lucrativas, en relación con su objeto y características, duración y jornada laboral. La eventual compatibilidad se concederá a través de autorización administrativa mediante la que se admitirá compatibilidad del ejercicio de actividades laborales y profesionales, y tendrá una duración equivalente al período de vigencia de la autorización de trabajo de la que fuera titular el trabajador extranjero, excepto en el caso de que se conceda sobre la base de una oferta de empleo de duración inferior.

Además, el Título IX RegLOE prevé la modificación de la autorización de residencia y trabajo en su art. 99 disponiendo que en el caso de las autorizaciones iniciales, el órgano competente que concedió la autorización inicial podrá modificar su alcance en cuanto a la actividad laboral y ámbito territorial,

siempre a petición de su titular. En el caso de que se trate de una modificación de actividad laboral, se tendrá en cuenta lo previsto en el art 50 RegLOE en relación con la situación nacional de empleo.

Las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta propia y por cuenta ajena podrán mutarse, respectivamente, en autorizaciones de trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, a solicitud del interesado, siempre que se le haya renovado su autorización inicial o que presente la solicitud en el momento en el que corresponda solicitar la renovación de la autorización de la que es titular y reúna estas condiciones:

- En el caso de modificación de cuenta ajena a cuenta propia, se autorizarán si reúne los requisitos del artículo 58 y se tiene constancia de la realización habitual de actividad laboral durante el período de vigencia de la autorización por un período igual al que correspondería si pretendiera su renovación (art. 99.2.a RegLOE).
- En el caso de modificaciones de cuenta propia a cuenta ajena, se autorizarán si se ha suscrito un contrato de trabajo que justifique la nueva actividad laboral del trabajador, siempre que se tenga constancia del cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social de su anterior actividad profesional (art. 99.2.b RegLOE).

Por lo que se refiere a la vigencia de estas autorizaciones, la nueva autorización no ampliará la vigencia de la autorización modificada. Por otro lado, cuando se trate de modificaciones solicitadas en el momento de la renovación de la autorización de que es titular, su vigencia será la que correspondería a su renovación (art. 99.3 RegLOE).

## **B. Situación irregular**

Se encuentra en situación irregular el inmigrante extracomunitario que no cumple los requisitos de entrada, y a pesar de ello, ha conseguido irregularmente entrar en nuestras fronteras o bien el extranjero que en origen cumplió dichos requisitos, consiguiendo las preceptivas autorizaciones administrativas, pero cuyo plazo ha expirado. Así, en unos casos, entran en España sin visado por los deficientes controles fronterizos, pero en otros se trata de supuestos de trabajo irregular sobrevenido. Se les reclama para trabajos de temporada y cuando el permiso expira y no hay renovación, en vez de volver al país de origen, entran en el mercado laboral ilegal.

La irregularidad laboral esta constituida por trabajadores extranjeros unidos por una relación laboral a un empresario sin la preceptiva autorización administrativa para trabajar.

Estos trabajadores son reclamados por el propio mercado, abaratan los costes de producción al negárseles sus derechos laborales y aceptan durante años situaciones límite porque confían en obtener su regularización y, por tanto, su entrada en el mercado laboral legal. Todos los trabajadores en situación irregular pesan sobre este mercado ya que pueden ser presionados y explotados con más facilidad.<sup>50</sup>

Aunque la legislación de extranjería promueve la inmigración legal vinculada a un contrato de trabajo, la realidad es que, por motivos muy complejos, existe un gran número de inmigrantes ilegales que están trabajando sin autorización y sin alta en la Seguridad Social. Son estos trabajadores los más necesitados de protección por el Derecho del trabajo, pues si éste se ha dirigido a la defensa de la parte más débil de la relación laboral, en estos casos inmersos en la economía sumergida, están expuestos a abusos y explotación laboral que no se atreven a denunciar porque, de hacerlo, podrían ser expulsados de España.

Se trata de un problema central del Derecho del Trabajo aplicado a los extranjeros porque España es el tercer país europeo con más inmigración irregular, tras Francia e Italia,<sup>51</sup> y si se tiene en cuenta que, el porcentaje de los inmigrantes que viven en España es mucho menor que el de otros países de nuestro entorno, es fácil concluir que en España el porcentaje de trabajadores inmigrantes «irregulares» sobre el total de trabajadores debe ser altísimo.

En este punto, hay que analizar la STC 236/2007 de 7 de noviembre, porque da respuesta a las impugnaciones que se habían planteado contra la LO 8/2000 en relación con el régimen jurídico de los derechos de los extranjeros en situación irregular. Partiendo el TC de su doctrina anterior y, por tanto, de la conexión de los derechos de los extranjeros con la dignidad de la persona y con el contenido constitucional de los Derechos, el Tribunal afirma que «resulta decisivo el grado de conexión con la dignidad humana que mantiene un concreto derecho dado que el legislador goza de una limitada libertad de configuración al regular los derechos «imprescindibles para la garantía de la dignidad humana». Y ello porque al legislar sobre ellos no podrá modular o atemperar su contenido (STC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2) ni por supuesto negar su ejercicio a los extranjeros, cualquiera que sea su situación, ya que se trata de derechos «que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano».

<sup>50</sup> Según MOYA ESCUDERO se produce una competencia ilegal que puede ocasionar una rebaja en la cota de derechos laborales de todos los trabajadores y que promociona el clima de rechazo a los extranjeros.

<sup>51</sup> Según refleja TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M., en un excelente libro, *Reforma y Contrarreforma de la Ley de Extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág. 26.

Mencionando decisiones anteriores (la STC 91/2000, de 30 de marzo) el Tribunal recuerda que en cuanto valor espiritual y moral inherente a la persona la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, por lo que se configura como «un minimum invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar» y señala que «el Tribunal indicó algunas pautas para identificar cuáles son esos derechos y esos contenidos de derecho que la Constitución «proyecta universalmente», señalando que «hemos de partir, en cada caso, del tipo abstracto de derecho y de los intereses que básicamente protege (es decir, de su contenido esencial, tal y como lo definimos en las SSTC 11/1981, de 8 de abril, 101/1991, de 13 de mayo y ATC 334/1991, de 29 de octubre) para precisar si, y en qué medida, son inherentes a la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos» (FJ 7)» (FJ3).

Junto al contenido esencial, para la determinación de los derechos «revisten especial relevancia «la Declaración universal de derechos humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el art. 10.2 CE remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales.

Teniendo en cuenta estos criterios, el Tribunal establece un primer grupo de derechos que hay que entender atribuidos directamente a los extranjeros por la Constitución (como es el caso de los derechos de reunión y de asociación) por lo que la libertad del legislador para establecer condicionamientos adicionales a su ejercicio es menor (FJ4).

Ahora bien, incluso cuando la Constitución reconoce expresamente la libertad de configuración del legislador respecto de los derechos de los extranjeros, esa libertad está sometida a límites (FJ4): «el art. 13 CE autoriza al legislador a establecer «restricciones y limitaciones» a tales derechos, pero esta posibilidad no es incondicionada por cuanto no podrá afectar a aquellos derechos que «son imprescindibles para la garantía de la dignidad de la humana que, conforme al art. 10.1 CE, constituye fundamento del orden político español», ni «adicionalmente, al contenido delimitado para el derecho por la Constitución o los tratados internacionales suscritos por España» (STC 242/1994, de 20 de julio, FJ 4)». Por otro lado «A lo anterior debería aún añadirse que la libertad del legislador se ve asimismo restringida por cuanto las condiciones de ejercicio que establezca respecto de los derechos y libertades de los extranjeros en España sólo serán constitucionalmente válidas si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), se dirigen a preservar

otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida» (FJ4).

En especial, por lo que se refiere a los inmigrantes en situación de residencia irregular, el TC declara que «el incumplimiento de los requisitos de estancia o residencia en España por los extranjeros no permite al legislador privarles de derechos que les corresponden constitucionalmente en su condición de persona, con independencia de su situación administrativa. El incumplimiento de aquellos requisitos legales impide a los extranjeros el ejercicio de determinados derechos que por su propia naturaleza son incompatibles con la situación de irregularidad, pero no por ello están desposeídos de cualquier derecho mientras se hallan en dicha situación en España».

La limitación de derechos operada por la LO 8/2000, para parte de la doctrina incorporaba medidas aberrantes desde el punto de vista jurídico además de totalmente ineficaces si la pretensión era reducir los flujos migratorios, dicha limitación ha recaído sobre el sector más débil de la inmigración, el de los inmigrantes irregulares, que están sometidos a unas condiciones de semiesclavitud. Establecer un espacio prácticamente vacío de derechos para estas personas repugna a cualquier conciencia jurídica democrática y contribuye a consagrar la injusticia y la discriminación de personas que carecen de medios para luchar contra la opresión a la que se ven sometidas. La lucha contra la inmigración irregular no puede confundirse con el trato inhumano a las personas que están en esa situación. Los poderes públicos pueden hacer todo lo que resulte necesario para evitar la entrada de inmigrantes irregulares y para proceder a su expulsión de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Pero, mientras estén en nuestro territorio, deben ser tratados como personas a las que corresponden todos los derechos que son inherentes a esa condición.

### III. CONCLUSIONES

El fenómeno de la inmigración ha pasado a ocupar las primeras páginas de la información diaria en nuestro país en los últimos años como consecuencia de un punto de inflexión en las tendencias migratorias.

No cabe duda de que España tradicionalmente era un país de salida, de emigración, para convertirse en un país de llegada de inmigrantes económicos a partir de los años noventa.

Ante esta entrada de extranjeros, España elaboró una normativa específica por medio de la cual se concreta el estatuto jurídico de los extranjeros en

nuestro país, sin perjuicio de que determinados actos, como por ejemplo la ejecución de un contrato, puedan quedar sometidos a la normativa que resulte aplicable de acuerdo con las reglas del Derecho Internacional Privado.

La principal característica de esta normativa de extranjería ha sido la inestabilidad. La LO 7/1985, fue desarrollada en múltiples disposiciones reglamentarias, algunas contradictorias, siendo sustituida por la LO 4/2000, de los derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, modificada en profundidad en sucesivas ocasiones por la LO 8/2000 y por la LO 14/2003, entre otras.

Por lo que se refiere a los flujos migratorios de carácter laboral, la normativa laboral, menciona expresamente el supuesto de los trabajadores extranjeros remitiendo a la normativa de extranjería, lo que nos lleva necesariamente a las reglas por medio de las cuales se controla el acceso de los trabajadores extranjeros al mercado de trabajo español. Por tanto, el Derecho Laboral, hace una llamada a la normativa de extranjería cuando de acceso de los extranjeros se trata, en cambio, una vez que el trabajador extranjero ha accedido al mercado de trabajo nacional, de acuerdo con los requisitos de la legislación de extranjería, será el Derecho del Trabajo, quien se encargue de regular la relación de trabajo, la cual estará presidida por el principio de igualdad de trato, pues a esos efectos el dato clave es la condición de trabajador, con independencia de su nacionalidad.

Independientemente de la normativa de extranjería, las exigencias sociales y económicas reales imponen la necesidad de controlar los procesos migratorios y hacerlos gobernables, la necesidad de reaccionar con decisión frente a las masivas inmigraciones ilegales y de distinguir nítidamente los estatutos de los inmigrantes según se encuentren en situación de legalidad o de ilegalidad.

## BIBLIOGRAFÍA

AGUELO NAVARRO, P Y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

ALÁEZ DEL CORRAL, B., «Nacionalidad y ciudadanía desde la perspectiva de la soberanía democrática», en AA.VV., *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, PRESNO LINERA, M. (coord), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A.: *Derecho de extranjería: un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España: (jurisprudencia y formularios)* / coord. por María Ángeles Sánchez Jiménez, 2005, pags. 105-160.



- BALAGUER CALLEJÓN, F., «Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas», en AA.VV., *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería (LO 4/2000 y LO 8/2000)*, MOYA ESCUDERO, M (coord.), Comares, Granada, 2001.
- CANO BEZAGA, E., «El ámbito de aplicación personal de la LO 4/2000, de 11 de enero, modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre», en AA.VV., *Extranjeros en España. Régimen jurídico*, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C. (coord.), Laborum, Murcia, 2001.
- «Las situaciones de los extranjeros en España», en AA.VV., *El nuevo Derecho de extranjería*, Comares, Granada, 2001.
- DE LA VILLA, L. E.; y DESDENTADO BONETE, A.: *Delimitación de competencias Estado-Comunidades Autónomas*, en «Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución» Madrid, 1980, págs. 418
- GARRIDO BENGOETXEA, L., «La difícil articulación de los estatutos nacionales de extranjería», en AA.VV., *Ciudadanía y derechos fundamentales: extranjería*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.
- ÍÑIGUEZ HERNÁNDEZ, D., «Comentario al art. 14», en AA.VV., *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, SANTAOLALLA MACHETI, P. (coord.), Valladolid, Lex Nova, 2000.
- LÓPEZ LÓPEZ, J., «El art. 149.1.17 CE como título de legitimación competencial para las Comunidades Autónomas en materia de renta mínima», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 48, 1991.
- MANRIQUE LÓPEZ, F., «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en el Derecho Social», *Revista de Política Social*, núm. 144, 1984.
- MERCADER UGUINA, J. R. y MUÑOZ RUIZ, A. B., «El tratamiento de la política migratoria en la Unión Europea», *Revista del Ministerio de trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 32.
- MORENO VIDA, M. N., en AA.VV., *Comentario a la Ley y al Reglamento de extranjería e integración social*, MONEREO PÉREZ, J. L. Y MOLINA NAVARRETE, C. (dirs), Comares, Granada, 2001.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M<sup>a</sup>.A.: «La entrada y salida de extranjeros en territorio español» en CARRILLO SALCEDO, J.A. (coord): *La Ley de Extranjería a la luz de las obligaciones de España en derechos humanos*, Universidad Internacional de Andalucía, AKAL, 2002, pág. 38.
- VIDAL FUEYO: *Constitución y extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Madrid, 2002, pág. 100.