

## PERMISOS DE ESTANCIA Y RESIDENCIA (\*)

MIGUEL ÁNGEL PRESNO LINERA

**SUMARIO:— I. LA NECESIDAD DE PERMISOS COMO RESULTADO DE LA INEXISTENCIA DE UN DERECHO SUBJETIVO DE LOS EXTRANJEROS NO COMUNITARIOS A ENTRAR Y PERMANECER EN ESPAÑA:** 1. La inexistencia de un derecho subjetivo de los extranjeros no comunitarios a entrar en España. 2. El mantenimiento de cláusulas administrativas exorbitantes en el procedimiento de tramitación de visados. 3. La progresiva «comunitarización» de la entrada de nacionales de países no comunitarios. — **II. LA SITUACIÓN DE ESTANCIA:** 1. El régimen general de estancia. 2. La situación especial de los estudiantes extranjeros. 3. La situación de los beneficiarios por el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. — **III. EL PERMISO DE RESIDENCIA TEMPORAL:** 1. Los beneficiarios ordinarios de un permiso de residencia temporal. 2. Los potenciales beneficiarios de la «regularización por arraigo»: una tortuosa vía para la legalización. 3. Los beneficiarios excepcionales del permiso de residencia. 4. La tramitación, resolución y extinción del permiso de residencia temporal. — **IV. EL PERMISO DE RESIDENCIA PERMANENTE.** — **V. LOS PERMISOS ESPECIALES DE RESIDENCIA:** 1. La residencia de apátridas, indocumentados y refugiados. 2. La residencia de menores.

### **I. LA NECESIDAD DE PERMISOS COMO RESULTADO DE LA INEXISTENCIA DE UN DERECHO SUBJETIVO DE LOS EXTRANJEROS NO COMUNITARIOS A ENTRAR Y PERMANECER EN ESPAÑA**

#### **1. La inexistencia de un derecho subjetivo de los extranjeros no comunitarios a entrar en España**

Aunque no siempre en las normas que regulan la entrada y permanencia de los no nacionales en el territorio de un Estado se habla de «permisos» o «autorizaciones» —la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos

(\*) En las fechas de revisión de las pruebas de este trabajo, el Congreso de los Diputados ha aprobado una reforma de la Ley Orgánica 4/2000 que afecta a varios de los preceptos aquí estudiados; en nota se indicará el nuevo contenido de la ley, a salvo de eventuales cambios a su paso por el Senado.

y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre (en lo sucesivo LOEx) sí alude al «permiso de residencia» en general y a la «autorización de estancia» en el caso de estudiantes—, lo cierto es que para entrar en el territorio de un Estado del que no sean nacionales se exigen a las personas que lo pretendan la obtención de una autorización o permiso, que han de recabar de las Autoridades correspondientes, las cuales suelen gozar, además, de una gran discrecionalidad a la hora de su concesión.

Buena prueba de lo que se acaba de afirmar la tenemos tanto en nuestra Norma Fundamental como en las disposiciones legislativas que la desarrollan e, incluso, en las previsiones contenidas en los Tratados internacionales sobre derechos humanos. En primer lugar, la Constitución dice que «los españoles... tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca...» (art. 19); este derecho viene completado con el de elegir libremente la residencia y el de circular por el territorio nacional, pero mientras que las libertades de elección de residencia y de circulación pueden sin demasiado esfuerzo extenderse a los extranjeros que hayan entrado de manera legal en nuestro país, no sucede lo mismo con el derecho a entrar libremente en España.

Respecto de las libertades de elección de residencia y de circulación, aun que la Constitución atribuya estos derechos a los españoles, una interpretación sistemática de la Norma Fundamental permite concluir que los extranjeros también pueden ser titulares de estos derechos (1), no en vano el artículo 13.1 dispone que «los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley» y, tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 13: «toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado»), como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 12: «toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia»), mencionan expresamente este derecho.

Como ha dicho de manera reiterada el Tribunal Constitucional,

el hecho de que el art. 19 CE no mencione expresamente a los extranjeros no significa que carezcan siempre y en todo caso del derecho a la libre circulación por el territorio español y, específicamente, que carezcan del derecho a salir del territorio español cuando han entrado en él de forma lícita. En la

(1) Véase el estudio, con amplias referencias al derecho comparado y a los debates doctrinales que ha suscitado la interpretación constitucionalmente adecuada de este precepto, de María del Camino VIDAL FUEYO, *Constitución y extranjería*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 186 ss.

STC 94/1993, de 22 de marzo (FJ 2), sostuvimos que «la inexistencia de declaración constitucional que proclame la libertad de circulación de las personas que no ostentan la nacionalidad española no es argumento bastante para considerar resuelto el problema... La dicción literal del art. 19 CE es insuficiente porque ese precepto no es el único que debe ser considerado; junto a él, es preciso tener en cuenta otros preceptos que determinan la posición jurídica de los extranjeros en España, entre los que destaca el art. 13 CE. Su apartado 1 dispone que los extranjeros gozan en España de las libertades públicas que garantiza el Título I de la Constitución, aun cuando sea en los términos que establezcan los tratados y la Ley... Y el apartado 2 de este art. 13 solamente reserva a los españoles la titularidad de los derechos reconocidos en el art. 23 CE... Por consiguiente, resulta claro que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su art. 19» (en sentido similar SSTC 116/1993, de 29 de marzo, FJ 2; 86/1996, de 21 de marzo, FJ 2; 24/2000 de 31 de enero, FJ 4). De suerte que los extranjeros son titulares de los derechos fundamentales establecidos en el art. 19 CE siempre que resulten reconocidos en los tratados o en la ley y en los términos de su reconocimiento en ellos. Desde esta perspectiva, la pretensión de amparo, para alcanzar la conclusión de que los arts. 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconocen el derecho a la libre circulación de las personas que se hallan legalmente en el territorio del Estado, como tiene declarado este Tribunal (SSTC 94/1993, de 22 de febrero, FJ 4; 116/1993, de 29 de marzo, FJ 2; 24/2000, de 31 de enero, FJ 4) requeriría, ..., analizar si el derecho a la libre circulación está reconocido con carácter general en alguna ley interna o en algún tratado internacional suscrito y ratificado por España» (STC 169/2001, FJ 4.).

Como recuerda el Tribunal, el disfrute de estos derechos se realizará en los términos que establezcan los tratados y las leyes, y siempre que se trate de personas que hayan entrado de manera legal, pero dados estos presupuestos la titularidad de los derechos deriva del propio texto constitucional, cosa que, como se ha dicho con acierto (2), no ocurre con el derecho a entrar en España. No hay, en efecto, ningún Tratado internacional —con la obvia excepción de los disposiciones de la Unión Europea respecto de los nacionales de los Estados miembros—, que reconozca el derecho de entrada en un Estado distinto del propio (3), por lo que habrá que estar a las previsiones

(2) Ignacio BORRAJO INIESTA, *La libertad de circulación de los extranjeros en España*, en el volumen coordinado por Paloma BIGLINO CAMPOS *Ciudadanía y extranjería: derecho nacional y derecho comparado*, Madrid, MacGraw-Hill, 1998, p. 63 ss.; en el mismo sentido, VIDAL FUEYO, *Constitución y extranjería*, cit., p. 194.

(3) La Resolución de las Naciones Unidas n° 40/1444, de 13 de diciembre de 1985, sobre derechos humanos de los extranjeros, dispone que su contenido no podrá interpretarse ni para legitimar la entrada o permanencia ilegales, ni para limitar la potestad normativa de los Estados en relación con la entrada, estancia o establecimiento de los extranjeros (art. 2.1.).

nes legales para saber en qué condiciones se puede efectuar dicha entrada y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 LOEx,

1. El extranjero que pretenda entrar en 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 y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios. 2. Salvo en los casos en que se establezca lo contrario en los convenios internacionales suscritos por España será preciso, además, un visado. No será exigible el visado cuando el extranjero sea titular de una autorización de residencia en España o documento análogo que le permita la entrada en territorio español. 3. Lo dispuesto en los párrafos anteriores no será de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por lo dispuesto en su normativa específica. 4. Se podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en los párrafos anteriores cuando existan 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 documentación que se establezca reglamentariamente (4).

De manera complementaria el artículo 26.2 prevé que

A los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada, les será denegada mediante resolución motivada, con información acerca de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deban formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio, y de intérprete, que comenzará en el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (5), que, además de a los nacionales de países de la Unión, para los que se suprime, salvo en ciertos casos, la exigencia de que cuenten con una tarjeta de residencia, afecta, en

(4) El Congreso de los Diputados ha aprobado el cambio del apartado 2 del art. 25: «Salvo en los casos en 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. No será exigible el visado cuando el extranjero se encuentre provisto de la tarjeta de identidad de extranjero o, excepcionalmente, de una autorización de regreso».

(5) BOE n° 46, de 22 de febrero.

los términos que iremos viendo a lo largo de estas páginas, a los familiares que no posean una nacionalidad comunitaria.

## 2. El mantenimiento de cláusulas administrativas exorbitantes en el procedimiento de tramitación de visados

Entre las exigencias contempladas en el citado artículo 25, reviste especial significación el requisito del visado, que, como prevé el artículo 27 LOEx, se solicitará y expedirá en las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de España, y habilitará al extranjero para presentarse en un puesto fronterizo español y solicitar su entrada. Excepcionalmente, los visados de estancia podrán ser solicitados y expedidos en el puesto habilitado para la entrada.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 mencionado:

2. Reglamentariamente se establecerá la normativa específica del procedimiento de concesión y expedición de visados, conforme a lo previsto en la disposición adicional undécima de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. En dicho procedimiento podrá requerirse la comparecencia personal del solicitante. 3. El ejercicio de la potestad de otorgamiento o denegación de visados se sujetará a los compromisos internacionales vigentes en la materia y se orientará al cumplimiento de los fines de la política exterior del Reino de España y de otras políticas públicas españolas o de la Unión Europea, como la política de inmigración, la política económica y la de seguridad ciudadana. 4. Para supuestos excepcionales podrán fijarse por vía reglamentaria otros criterios a los que haya de someterse el otorgamiento y denegación de visados. 5. La denegación de visado deberá ser motivada cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena. Si la denegación se debe a que el solicitante del visado está incluido en la lista de personas no admisibles prevista en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1990, se le comunicará así de conformidad con las normas establecidas por dicho Convenio. La resolución expresará los recursos que contra la misma procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos (6).

Si bien la vigente LOEx no concede las facultades que la Ley Orgánica 7/1985 atribuía a la Administración a la hora de resolver las peticiones cur-

(6) El Congreso ha modificado el apartado 1 del art. 27 y ha introducido un nuevo apartado 2. Los actuales apartados 2, 3, 4 y 5 pasan a ser 3, 4, 5 y 6. «1. El visado se solicitará y expedirá en las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares de España, salvo en los supuestos excepcionales que se contemplen reglamentariamente. 2. La concesión del visado: a) Habilitará al extranjero para presentarse en un puesto fronterizo español y solicitar su entrada. b) Habilitará al extranjero, una vez se ha efectuado la entrada en territorio español, a permanecer en España en la situación para la que hubiese sido expedido, sin perjuicio de la obligatoriedad de obtener, en su caso, la tarjeta de identidad de extranjero».

sadas en materia de visados (7), no deja de reconocerle una potestad que, en nuestra opinión, excede lo puramente discrecional y que resulta agravada por las previsiones contenidas en el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la LOEx (en lo sucesivo el REx).

Luego de la modificación llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2000 ha desaparecido la previsión legal que imponía a la Administración la obligación de resolver las solicitudes de visado en el plazo de tres meses; lo más sorprendente es que la omisión legal ha pretendido ser cubierta por el autor de la normativa reglamentaria, que en su Disposición Adicional Cuarta establece que:

«En el procedimiento en materia de visados, el plazo máximo, y no prorrogable, para notificar las resoluciones sobre las solicitudes es de 4 meses y 15 días contados a partir del día siguiente al de la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro de la Oficina o Sección Consular competente para su tramitación. El plazo máximo será de 3 meses en los visados para la reagrupación familiar y en los visados para los que se haya decretado su tramitación urgente o así figure en Convenio Internacional del que España sea parte. Estos plazos se suspenden hasta por 15 días cuando se requiera la subsanación o la aportación de documentos preceptivos o la aportación de elementos de juicio necesarios incluida la comparecencia personal; en el caso de tener que incorporar al procedimiento informes preceptivos, y determinantes del contenido de la resolución, de otros órganos administrativos situados en España, la suspensión del plazo de resolución y notificación se extiende hasta por 4 meses y 15 días o 3 meses en el caso del visado para reagrupación familiar y otros declarados de tramitación urgente.

Pero lo más grave es que ante la omisión del Legislador orgánico a propósito de los plazos para resolver, en el REx se alude a un plazo distinto y mayor que el contenido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (artículo 42.3: «Cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo, éste será de tres meses»). Por si fuera poco, ante un nuevo silencio en la actual redacción de la LOEx sobre los efectos que se derivarán del silencio administrativo, el Reglamento ha pretendido colmar esta laguna imponiendo el efecto contrario a las previsiones generales en la materia que, como es sabido, vienen también reguladas en la LRJAP y PAC; concretamente en el artículo 43.2: «Los interesados podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes en todos los

(7) Véanse las consideraciones críticas sobre la regulación de los visados efectuada por la Ley Orgánica de 1985 en VIDAL FUEYO, *Ob. cit.*, p. 207 ss.

casos, salvo que una norma con rango de Ley o norma de Derecho Comunitario Europeo establezca lo contrario. Quedan exceptuados de esta previsión los procedimientos de ejercicio del derecho de petición, a que se refiere el artículo 29 de la Constitución, aquellos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a terceros facultades relativas al dominio público o al servicio público, así como los procedimientos de impugnación de actos y disposiciones, en los que el silencio tendrá efecto desestimatorio».

Pues bien, en la Disposición Adicional Quinta del REx, y bajo la rúbrica «Silencio administrativo», se dice que «Transcurrido el plazo para resolver las solicitudes, de conformidad con lo establecido en la disposición anterior, éstas podrán entenderse desestimadas, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional primera de la propia Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000, y con las excepciones contenidas en dicha disposición adicional.

Especial consideración merece también lo relativo a la motivación, o no, de la denegación del visado. Si bien la vigente redacción de la LOEx ya no contiene la escueta y contundente previsión del artículo 12.3 de la Ley Orgánica 7/1985 («Para la concesión del visado se atenderá al interés del Estado español y de sus nacionales en los términos previstos reglamentariamente. La denegación no necesitará ser motivada...»), tampoco ha avanzado mucho, pues únicamente, según el artículo 27.5, «la denegación de visado deberá ser motivada cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena...». Y el contraste es desde luego llamativo con las previsiones, ahora derogadas, de la Ley Orgánica 4/2000, que, en su artículo 25.3, imponía que la denegación de visado sería, en todo caso, expresa y motivada.

La vigente normativa dispone (art. 20) que «los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, salvo lo dispuesto en el artículo 27 de esta Ley».

En la actualidad, por tanto, salvo en los casos enunciados, no es exigible a la autoridad administrativa que en la resolución denegatoria motive las razones del rechazo, lo que entra en abierta contradicción, cuando menos, con la LRJAP y PAC que en su artículo 54 dispone que «Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho: a) Los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos...; f) Los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales...». Considerando la concesión del visado como una potestad discrecional y no una limitación de derechos sub-

jetivos, la obligación de motivación sigue existiendo con arreglo a la normativa general.

La excepción que prevé la LOEx respecto de este régimen general parece poco respetuosa con las previsiones constitucionales que imponen la interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3), pues como ha dicho el Alto Tribunal, si bien en una sentencia (STC 108/2001, FJ 2) a propósito de la motivación de las resoluciones judiciales,

«Esta exigencia constitucional entronca de forma directa con el principio del Estado democrático de Derecho (art. 1 CE) y con una concepción de la legitimidad de la función jurisdiccional sustentada esencialmente en el carácter vinculante que para todo órgano jurisdiccional tienen la Ley y la Constitución (SSTC 55/1987, de 13 de mayo, FJ 1; 24/1990, de 15 de febrero, FJ 4; 22/1994, de 27 de enero, FJ 2; y 203/1997, de 25 de noviembre, FJ 3). Por otra parte, si bien la razón última que sustenta este deber de motivación, en tanto que obligación de exteriorizar el fundamento de la decisión, reside en la interdicción de la arbitrariedad y, por tanto, en la necesidad de evidenciar que el fallo de la resolución no es un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador, sino una decisión razonada en términos de Derecho (STC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 4), la exigencia de motivación cumple una doble finalidad inmediata: de un lado, exteriorizar las reflexiones que han conducido al fallo como factor de racionalidad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que paralelamente potencia el valor de la seguridad jurídica, de manera que sea posible lograr el convencimiento de las partes en el proceso respecto de la corrección y justicia de la decisión; de otro, garantizar la posibilidad de control de la resolución por los Tribunales superiores mediante los recursos que procedan, incluido este Tribunal a través del recurso de amparo (SSTC 23/1987, de 23 de febrero, FJ 3; 159/1989, de 6 de octubre, FJ 6; 63/1990, de 2 de abril, FJ 2; 101/1992, de 25 de junio, FJ 2; 55/1993, de 15 de febrero, FJ 5; 22/1994, de 27 de enero, FJ 2; 5/1995, de 10 de enero, FJ 3; 180/1998, de 17 de septiembre, FJ 3; 47/1998, de 2 de marzo, FJ 5; 215/1998, de 11 de noviembre, FJ 3; 206/1999, de 8 de noviembre, FJ 3; 131/2000, de 16 de mayo, FJ 2; 133/2000, de 16 de mayo, FJ 2; 139/2000, de 29 de mayo, FJ 4; y 187/2000, de 10 de julio, FJ 2)».

Por su parte el Tribunal Supremo (Sentencia de 22 de diciembre de 1995) ha afirmado que

«la discrecionalidad de la Administración debe aplicarse en todo caso con sujeción a la ley y al derecho (art. 103.1 de la Constitución), así como respetando la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 del texto constitucional) y, muy singularmente, sometiéndose al control por los Tribunales de la legalidad de la actuación administrativa (art. 106.1 de la Norma Fundamental), control que se extiende lo mismo al ejercicio de potestades regladas que discrecionales. Una de las técnicas de control de la actividad discrecional de la Administración por parte de los órganos jurisdiccionales es la que se verifica por razón de los hechos determinantes, comprobando si concu-

ren o no en el supuesto enjuiciado las circunstancias de hecho previstas en la norma atributiva de la potestad discrecional ejercitada por la Administración».

Y es que, como advirtió el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su Informe previo a la remisión del Proyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, «la motivación es la expresión de las razones de la decisión tomada y de sus fundamentos, facilita al destinatario su impugnación —por lo que contribuye a delimitar su actuación defensiva— y, lo más importante, facilita su control jurisdiccional. Una esfera de actuaciones carente de motivación, aun sucinta y breve, promueve la presencia de zonas de inmunidad de imposible o muy difícil control, contrariando lo establecido en el artículo 106.1 de la Constitución, dejando carente de contenido el control judicial de la Administración. Por otra parte, la motivación es otro mecanismo por el que se dificulta la arbitrariedad de los poderes públicos, contribuyendo a su interdicción, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9.3 de la Constitución».

Sobre la necesidad de motivar toda resolución denegatoria ya se había pronunciado el Defensor del Pueblo (8), y en una línea crítica con la redacción que acabaría imponiéndose en la vigente normativa se manifestó asimismo el Consejo de Estado en su Dictamen preceptivo (9).

En lo sucesivo ha de tenerse en cuenta que con el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, «cualquier resolución denegatoria de una solicitud de visado presentada por un extranjero de los incluidos en el ámbito de aplicación del ... Real Decreto deberá ser motivada...» (art. 4.3), con lo que los extranjeros no comunitarios que sean cónyuge de un comunitario, así como los descendientes de éste o de su cónyuge menores de veintiún años o mayores que vivan a sus expensas, o ascendientes suyos o de su cónyuge que vivan a sus expensas, se ven favorecidos por esta medida, «a no ser que ello sea contrario a la seguridad del Estado.» (art. 4.3 *in fine*).

### 3. La progresiva «comunitarización» de la entrada de nacionales de países no comunitarios

Por obra del Tratado de Ámsterdam estamos asistiendo a una creciente incidencia de las normas emanadas de la Unión Europea en lo que res-

(8) Recomendación dirigida al Ministerio del Interior, de 7 de septiembre de 1993.

(9) Véase, al respecto, el estudio de José María ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ: *La perspectiva constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en España*, en *Reflexiones sobre la nueva ley de extranjería*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 29.

pecta a la libre circulación de nacionales de terceros Estados, asumiendo competencias sobre el régimen de cruce de fronteras interiores y exteriores (política de visados de corta duración; art. 62 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea) (10); inmigración (visados de larga duración y permisos de residencia; art. 63.3 TCUE) (11); libre circulación de residentes legales a otros Estados miembros (art. 63.4 TCUE) (12); etc. Como consecuencia inevitable, a medio plazo se producirá un progresivo vaciamiento de las normativas internas y, en nuestro caso, de la LOEx (13).

Por lo que se refiere a los visados, y a título de ejemplo, cabe citar el Reglamento (CE) n° 1683/95 del Consejo, de 29 de mayo de 1995, por el que se establece un modelo uniforme de visado (14), reformado por el Reglamento (CE) n° 334/2002, del Consejo, de 18 de febrero de 2002 (15); y el

(10) El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 67, adoptará, en el plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, 1. Medidas encaminadas a garantizar, de conformidad con el artículo 14, la ausencia de controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores, tanto de los ciudadanos de la Unión como de los nacionales de terceros países; 2. Medidas sobre el cruce de las fronteras exteriores de los Estados miembros en las que se establezcan: a. Las normas y los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para la realización de controles sobre las personas en dichas fronteras; b. Las normas sobre visados aplicables a las estancias cuya duración no supere los tres meses, que incluirán: i. La lista de los terceros países cuyos nacionales tengan la obligación de ser titulares de visado para cruzar una frontera exterior, y de aquéllos cuyos nacionales estén exentos de esa obligación; ii. Los procedimientos y las condiciones para la expedición de visados por los Estados miembros; iii. un modelo uniforme de visado; iv. Normas para un visado uniforme; 3. Medidas que establezcan las condiciones en las que los nacionales de terceros países puedan viajar libremente en el territorio de los Estados miembros durante un período no superior a tres meses.

(11) El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 67, adoptará, en el plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del Tratado de Amsterdam: 3. Medidas sobre política de inmigración en los siguientes ámbitos: a. Condiciones de entrada y de residencia, y normas sobre procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar, b. La inmigración y la residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales.

(12) El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 67, adoptará, en el plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor del Tratado de Amsterdam: 4. Medidas que definan los derechos y las condiciones con arreglo a los cuales los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro puedan residir en otros Estados miembros. Las medidas adoptadas por el Consejo en virtud de los puntos 3 y 4 no impedirán a cualquier Estado miembro mantener o introducir en los ámbitos de que se trate disposiciones nacionales que sean compatibles con el presente Tratado y con los acuerdos internacionales. Las medidas que deban adoptarse con arreglo a la letra b) del punto 2, a la letra a) del punto 3 y al punto 4 no estarán sometidas al plazo de cinco años mencionado.

(13) Véase, sobre estas cuestiones, el completo estudio de Pilar JIMÉNEZ BLANCO, *Las libertades de circulación y residencia de los familiares de los nacionales comunitarios*, en el volumen colectivo dirigido por Miguel Ángel PRESNO LINERA *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003 (en prensa).

(14) DOCE núm. L 164, de 14 de junio de 1995.

(15) DOCE, núm. L 53, de 23 de febrero de 2002.

Reglamento (CE) n° 539/2001, del Consejo, de 15 de marzo de 2001, que establece la lista de terceros países a los que se requiere la obtención de visado (16).

Como resultado de las previsiones del artículo 63 se han aprobado la Directiva 2001/40/CE, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (17), y la Directiva 2001/51/CE, del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 (18). Además, ya está en vigor el Reglamento (CE) n° 1030/2002 del Consejo, de 13 de junio de 2002, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países (19), que trata de armonizar los modelos nacionales con medidas que eviten imitaciones y falsificaciones.

Aunque la fijación de las condiciones para la obtención de estos permisos sigue siendo competencia de los Estados miembros de la Unión Europea, la situación cambiará si prosperan las Propuestas de Directiva del Consejo relativas al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (20) y a las condiciones de entrada y residencia de los nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades por cuenta propia (21), que incide en los permisos de residencia y de trabajo (22). Se ha dicho al respecto que además de las categorías de ciudadanos comunitarios y extracomunitarios, hay que tener en cuenta a la integrada por los nacionales de países con una relación privilegiada con la Unión Europea, con lo que se podría incluso formar una gran categoría que incluyese a los primeros y a los terceros: la de los beneficiarios del derecho comunitario (23).

(16) DOCE núm. L 81, de 21 de marzo de 2001.

(17) DOCE núm. L 149, de 2 de junio de 2001.

(18) DOCE núm. L 187, de 10 de julio de 2001.

(19) DOCE, núm. L 157, de 15 de junio de 2002.

(20) Documento COM (2001) 0127 final — 2001/0074 (CNS), DOCE núm. C 240 E, de 28 de agosto de 2001.

(21) Documento COM (2001) 386 final — 2001/0154 (CNS), DOCE núm. C 332 E, de 27 de octubre de 2001.

(22) Véase, de manera más extensa, el trabajo citado de Pilar JIMÉNEZ BLANCO, *Las libertades de circulación...*

(23) I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Universidad de Córdoba-Junta de Andalucía, 2001, p. 141; en el mismo sentido, Vicenç AGUADO I CUDOLA, *La aplicación del marco jurídico de la inmigración en las administraciones locales: un primer balance (I)*, en «Cuadernos de Derecho Local», n° 0, 2002, p. 20.

## II. LA SITUACIÓN DE ESTANCIA

### 1. El régimen general de estancia

Según dispone el artículo 29 LOEx, «1. Los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia, residencia temporal y residencia permanente. 2. La residencia temporal y permanente, así como la prórroga de estancia, deberán ser autorizadas por el Ministerio del Interior. 3. Son extranjeros residentes los que hayan obtenido un permiso de residencia temporal o de residencia permanente» (24).

Por su parte, el artículo 30 define la situación de estancia: «es la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a noventa días. 2. Transcurrido dicho tiempo, para permanecer en España será preciso obtener o una prórroga de estancia o un permiso de residencia. 3. En los supuestos de entrada con visado, cuando la duración de éste sea inferior a tres meses, se podrá prorrogar la estancia, que en ningún caso podrá ser superior a tres meses, en un período de seis meses. 4. En los supuestos de entrada sin visado, cuando concurren circunstancias excepcionales que lo justifiquen, podrá autorizarse la estancia de un extranjero en el territorio español más allá de tres meses» (25).

Con carácter general, y sin perjuicio de las situaciones de estancia especial de las que se hablará más adelante, la situación de estancia tiene, pues, un término temporal preciso: no más de noventa días y en ella se encuentra el extranjero que, no siendo titular de un permiso de residencia, esté autorizado para permanecer en nuestro país durante dicho término en un período de seis meses.

Para autorizar la situación de estancia el extranjero deberá cumplir con las exigencias requeridas para la entrada en España: «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 y no estar sujeto a prohibiciones expresas. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener

(24) El artículo 29 queda redactado así: «Los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia o residencia. 2. Las diferentes situaciones de los extranjeros en España podrán acreditarse mediante el pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, visado o tarjeta de identidad de extranjero, según corresponda».

(25) El artículo 30.1 queda redactado así: «Estancia es la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a noventa días, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 33 para los estudiantes».

legalmente dichos medios. Salvo en los casos en que se establezca lo contrario en los convenios internacionales suscritos por España será preciso, además, un visado...» (art. 25 LOEx) (26) (27).

Una vez agotado el plazo de noventa días, si el extranjero quiere permanecer en España tiene que obtener la «prórroga de su estancia» o, en su caso, un permiso de residencia (28).

En todo caso parece que la prórroga o el permiso de residencia tendrán que solicitarse y, lo que parece más importante, obtenerse, con antelación a la fecha en la que se agote el permiso de estancia, pues de otra manera podría ocurrir que la persona pasará a encontrarse en una situación en la que carece de los permisos necesarios (29).

Como dispone el artículo 30 LOEx, si esa persona ha entrado en España con un visado y la duración de éste es inferior a tres meses, se podrá prorrogar la estancia, que en ningún caso podrá ser superior a tres meses, en un período de seis meses.

Esta posibilidad de prorrogar la estancia, que no derecho automático, parece decaer si el extranjero ha entrado en nuestro país con un «visado Schengen», ya que éste sólo permite permanecer a la persona en el Estado miembro de entrada o, en su caso, en otro Estado miembro, por un período

(26) De acuerdo con el artículo 27 del Reglamento que desarrolla la LOEx, «1. Se podrá autorizar la entrada al territorio nacional a los extranjeros, siempre que se encuentren provistos de la documentación necesaria y válida, de medios económicos suficientes, presenten el visado si estuviesen sometidos a dicha exigencia, los documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista, no estén sujetos a prohibiciones de entrada, ni supongan un peligro para el orden público, para la seguridad interior o exterior del Estado, o para la salud pública.

2. Se podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en el apartado anterior cuando existan 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 por cualquiera de estas causas, para una estancia máxima de 3 meses en un período de 6 conforme a lo establecido en este Reglamento».

(27) El artículo 25.2 queda redactado así: «Salvo en los casos en 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...»

(28) Como afirma el Tribunal Supremo (Sentencia de 23 de mayo de 2000 de la Sala Tercera), «el súbdito extranjero, en posesión de visado para entrar y permanecer en España hasta una estancia no superior a noventa días, que desee continuar la misma (...) deberá solicitar prórroga de estancia o permiso de residencia, siendo pues las mismas son las únicas modalidades previstas para la prolongación legal de la estancia de un extranjero en España, provisto de visado ordinario...».

(29) De la misma opinión, Marcos Francisco MASSÓ GARROTE: *El nuevo régimen de extranjería. Procedimientos, formularios, modelos y comentarios a la Ley Orgánica 4/2000, de extranjería, tras la reforma de la Ley Orgánica 8/2000*, Madrid, La Ley, 2001, p. 243.

máximo de tres meses en régimen de «estancia» (30); en otras palabras, cualquier prolongación de la permanencia requerirá un «permiso de residencia».

En concreto, según el artículo 19.2 del Acuerdo de Schengen, «hasta que se instaure el visado uniforme, los extranjeros titulares de un visado expedido por una de las Partes contratantes que hayan entrado regularmente en el territorio de una de ellas podrán circular libremente por el territorio de todas las Partes contratantes durante el período de validez del visado y, como máximo, durante tres meses a partir de la fecha de la primera entrada». De acuerdo con el artículo 20.1, «los extranjeros que no estén sujetos a la obligación de visado podrán circular libremente por los territorios de las Partes contratantes por una duración máxima de tres meses en un período de seis meses a partir de la fecha de su primera entrada».

No obstante, se ha sugerido otra interpretación conforme a la cual una vez finalizada la vigencia del «visado Schengen», el extranjero que obtenga la prórroga de estancia en nuestro país sólo podrá beneficiarse de ésta en España (31).

Si ha lugar a la prórroga de estancia, el período de validez de la estancia otorgada en el visado sumada al de la prórroga concedida no podrá exceder de 3 meses en un período de 6.

Las resoluciones denegatorias sobre la prórroga de estancia habrán de ser motivadas y deberán notificarse formalmente al interesado, expresando los recursos que contra las mismas procedan, órgano ante el que deberán presentarse y plazo para interponerlos, disponiendo la salida del mismo del territorio nacional, la cual deberá realizarse antes de que finalice el período de estancia inicial o, de haber transcurrido éste, en el plazo fijado en la resolución denegatoria.

La situación de prórroga de estancia se extingue bien por el transcurso del plazo para el que hubiera sido concedida o por incurrir el titular en alguna de las prohibiciones determinadas en el artículo 26 del REx (32).

(30) La Propuesta de Directiva de 23 de mayo de 2001, sobre libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión, amplía dicho plazo de tres a seis meses.

(31) En este sentido, Yolanda MARTÍNEZ CANO-CORTÉS: *Situación de estancia* en el libro coordinado por Pablo SANTOLAYA MACHETTI: *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2002 (2ª edición), p. 197.

(32) 1. Se considerará prohibida la entrada de los extranjeros, y se les impedirá el acceso al territorio español, aunque reúnan los requisitos exigidos en los artículos precedentes, cuando: Hayan sido previamente expulsados de España, dentro del plazo de prohibición de entrada que se hubiere determinado en la resolución de expulsión. Se hallen incurso en los supuestos de infracción sancionables con expulsión en la Ley Orgánica 4/2000, reformada

En los supuestos de entrada sin visado podrá autorizarse la estancia más allá de tres meses, en cuyo caso el período de estancia sumado al de la prórroga concedida no podrá exceder de 6 meses, y será necesaria, para la obtención de la prórroga de estancia, la concurrencia de razones de carácter excepcional que así lo justifiquen. Ahora bien, se contempla además un caso específico dentro de la excepcionalidad, como es el previsto en el artículo 38 del REx para los supuestos de entrada o documentación irregulares, en lo que el Ministerio del Interior podrá autorizar la estancia por un máximo de 3 meses en un período de 6 cuando se trate de extranjeros que hubieran entrado con documentación defectuosa o, incluso, sin ella o por lugares no habilitados al efecto, siempre que para ello existan motivos humanitarios, de interés nacional u obligaciones internacionales (33).

Una vez agotadas las situaciones de estancia o prórroga, los titulares de las mismas deberán abandonar el territorio español o, en el supuesto de que tengan el deseo de permanecer en él, tendrán que conseguir un permiso de residencia o alguna autorización que les permita continuar aquí, pues de otra manera pasarían a encontrarse en una situación de «estancia irregular»; así, de acuerdo con lo previsto en el artículo 53 LOEx, constituye una infracción grave: «a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueren exigibles, y siempre que el interesado no hubiere

por Ley Orgánica 8/2000. 2. Por conductos diplomáticos, a través de Interpol o por cualquier otra vía de cooperación internacional, judicial o policial, se tenga conocimiento de que se encuentran reclamados, en relación con causas criminales derivadas de delitos comunes graves, por las autoridades judiciales o policiales de otros países, siempre que los hechos por los que figuran reclamados constituyan delito en España. 3. Por sus actividades contrarias a los intereses españoles o a los derechos humanos o por sus notorias conexiones con organizaciones delictivas, nacionales o internacionales, hayan sido objeto de prohibición expresa, en virtud de resolución del Ministro del Interior. 4. Pueda prohibirse o tengan prohibida la entrada en virtud de Convenios internacionales en los que sea parte España, salvo que se considere necesario establecer una excepción por motivos humanitarios o de interés nacional.

(33) En este caso se pueden adoptar como medidas cautelares alguna de las enumeradas en el artículo 5 de la Ley: «podrán establecerse medidas limitativas específicas cuando se acuerden en la declaración de estado de excepción o sitio en los términos previstos en la Constitución, y excepcionalmente por razones de seguridad pública, de forma individualizada, motivada y en proporción a las circunstancias que concurren en cada caso, por resolución del Ministro del Interior, adoptada de acuerdo con las garantías jurídicas del procedimiento sancionador previsto en la Ley. Las medidas limitativas, cuya duración no excederá del tiempo imprescindible y proporcional a la persistencia de las circunstancias que justificaron la adopción de las mismas, podrán consistir en la presentación periódica ante las autoridades competentes y en el alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente».

solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente» (34) (35).

Se advierte que, de conformidad con la redacción de este precepto, la situación de estancia irregular puede tener carácter originario o sobrevenido. Pero lo más llamativo es que, si ponemos en conexión los preceptos ya mencionados con lo previsto en el artículo 12.1 de la Ley —«los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles—, nos encontramos con la existencia de una nueva posible situación jurídica del extranjero: la de la persona que sin permiso de estancia se encuentra empadronada en el municipio en el que reside habitualmente, que, como indica el precepto citado, tiene derecho a la asistencia médica en igualdad de condiciones que los españoles, lo que no sucede en el caso de los extranjeros sin permiso que no estén empadronados, que únicamente «tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica» (art. 12.2).

Como se ha dicho con acierto (36), el empadronamiento —que supone la adquisición de la vecindad administrativa— puede entenderse como una manifestación de la voluntad de arraigar en territorio español, que habrá de ser tenida en cuenta por la Administración, tanto si se abre un procedimiento de carácter sancionador, como si se inician los trámites para la obtención por parte del extranjero de un permiso de residencia temporal previa exención de visado o en los casos excepcionales previstos en el artículo 31 de la LOEx: 3. *La Administración podrá conceder el permiso de residencia temporal a los extranjeros que en su momento hubieran obtenido tal permiso y no*

(34) Art. 55.1 «Las infracciones tipificadas en los artículos anteriores serán sancionadas en los términos siguientes: b) Las infracciones graves con multa de 50.001 hasta 1.000.000 de pesetas. 2. Corresponderá al Subdelegado del Gobierno o al Delegado del Gobierno en las Comunidades uniprovinciales, la imposición de las sanciones por las infracciones administrativas establecidas en la presente Ley Orgánica... 3. Para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia. 4. Para la determinación de la cuantía de la sanción se tendrá especialmente en cuenta la capacidad económica del infractor...».

(35) La letra a del art. 53 queda redactada así: «Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente».

(36) *Curso de iniciación a la práctica del Derecho de Extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2002, p. 144.

lo hubieran podido renovar, así como a aquéllos que acrediten una permanencia en territorio español durante un período mínimo de cinco años. Reglamentariamente se determinarán los requisitos para acceder a la residencia temporal por esta vía, en especial por lo que se refiere a la justificación de medios económicos de subsistencia, y permanencia de forma continuada en el territorio español. 4. *Podrá otorgarse un permiso de residencia temporal cuando concurren razones humanitarias, circunstancias excepcionales o cuando se acredite una situación de arraigo*, en los supuestos previstos reglamentariamente (37).

## 2. La situación especial de los estudiantes extranjeros

No deja de resultar cuando menos curiosa la calificación de la situación en la que se encontrarán las personas extranjeras que vengan a España en la condición de estudiantes: mientras que con la redacción inicial de la Ley Orgánica 4/2000 su régimen legal venía incluido entre las situaciones especiales de trabajo, en la actualidad viene insertado dentro de los regímenes de residencia, pero de forma textual se califica su situación como «estancia»: el art. 33.2 LOEx habla de la *autorización de estancia* y el artículo 54 del Reglamento («Estudiantes extranjeros») alude de manera reiterada a la autorización de *estancia por estudios*.

Lo primero que hace la LOEx en el artículo 33 es delimitar a las personas susceptibles de ser incluidas en esta categoría: «1. Tendrá la consideración de estudiante el extranjero cuya venida a España tenga como fin único o principal el cursar o ampliar estudios o realizar trabajos de investigación o formación, no remunerados laboralmente, en cualesquiera centros docentes o científicos españoles, públicos o privados, oficialmente reconocidos».

Esta definición y el régimen jurídico que lleva aparejado son aplicables a los estudiantes que no sean nacionales de los países de la Unión Europea, que además disponen de programas específicos de estudio y estancia como, por ejemplo, el «Sócrates-Erasmus (38)», o de países pertenecientes al Espacio Económico Europeo (39).

(37) Los supuestos de los apartados 3 y 4 del artículo 31 quedarían refundidos en el nuevo apartado 3: «La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente. En estos supuestos no será exigible el visado».

(38) Programa que, en su segunda fase, fue adoptado por Decisión 253/2000/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de enero de 2000.

(39) Véase, más extensamente, el estudio de Aurelia ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: *Régimen jurídico de los nacionales de la Unión Europea y de los nacionales de los Estados parte del Acuerdo*

Si bien las personas que soliciten este permiso han de acreditar que «han sido reglamentariamente admitidos en cualesquiera centros docentes o científicos españoles, públicos o privados, oficialmente reconocidos, con el fin de cursar o ampliar estudios o realizar trabajos de investigación o formación, no remunerados laboralmente, con indicación de un horario que implique asistencia y con una duración prevista no inferior a 3 meses, incluyendo el plan de estudios, investigación o formación aprobado», el control efectivo de su entrada y la decisión sobre la misma corresponden al Ministerio del Interior, que, en su caso, concederá una autorización de duración igual a la del curso para el que el solicitante esté matriculado, aunque se prorrogará anualmente si el titular demuestra que sigue reuniendo las condiciones requeridas para la expedición de la autorización inicial y que cumple los requisitos exigidos por el centro de enseñanza al que asiste, habiéndose verificado la realización de los estudios (arts. 54 REx y 33.3 LOEx).

La autorización administrativa no es necesaria si la duración de los estudios es inferior a 6 meses y el extranjero ha obtenido el correspondiente visado de estudios. Dicho visado también es necesario para que se conceda aquella autorización, así como la acreditación de la tenencia de los medios económicos necesarios para sufragar el coste de los estudios, así como los gastos de estancia y regreso a su país, y, en su caso, los de sus familiares.

Si se trata de estudiantes menores de edad, cuando no vengán acompañados de sus padres o tutores, se requerirá, además, autorización de éstos para el desplazamiento a España para realizar los estudios, en la que conste el centro y el período de estancia previsto.

Puesto que se trata de una autorización para «estudios», estas personas no estarán autorizadas para ejercer una actividad retribuida por cuenta propia ni ajena. Sin embargo, en la medida en que ello no limite la prosecución de los estudios, podrán ejercer actividades remuneradas a tiempo parcial o de duración determinada (40). Además, podrán ser contratados como perso-

sobre el Espacio Económico Europeo y sus familiares, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2000, en el libro de AGUILO NAVARRO y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: *La Ley de Extranjería*, Zaragoza, Ilustre Colegio de Abogados, 2000, p. 161 ss.

(40) Según el artículo 79 del Reglamento, 1. Se autorizará a trabajar sin contemplar la situación nacional de empleo a los extranjeros que sean titulares de los documentos que se relacionan específicamente en el caso de los siguientes colectivos: a) Los extranjeros documentados con autorización de estancia por estudios. Estos extranjeros podrán ser excepcionalmente autorizados a realizar actividades lucrativas laborales, siempre que dichas actividades sean compatibles con la realización de los estudios y los ingresos obtenidos no tengan el carácter de recurso necesario para su sustento o estancia. Los contratos deberán formalizarse por escrito y se ajustarán a la modalidad de contrato de trabajo a tiempo parcial, o de ser a jornada completa, su duración no podrá superar los 3 meses ni coincidir con los períodos lectivos. La autorización que se conceda no tendrá limitaciones geográficas, salvo que la actividad lucrativa coincida con períodos lectivos, en

nal laboral al servicio de las Administraciones públicas en los términos del artículo 10.2 de la LOEx (41) (42).

En todo caso, para que el titular de la autorización pueda obtener su renovación tendrá que presentar un certificado del centro donde cursa sus estudios que acredite el cumplimiento de los requisitos pertinentes para la continuidad de los mismos o un informe favorable del desarrollo de la investigación.

A nuestro juicio, en el supuesto de estudios no cabría exigir para la renovación unos resultados especialmente brillantes, sino los que serían razonablemente esperables de un estudiante, teniendo en cuenta la dificultad intrínseca de los estudios y las circunstancias personales, formativas y académicas en las que se encuentra el estudiante extranjero.

En el REx (art. 55) se contempla también la posibilidad de que los estudiantes puedan traer a sus familiares; para ello tendrán que solicitar los correspondientes visados de estancia para que entren y permanezcan legalmente en España durante la duración de los estudios o investigación, no exigiéndose un período previo de estancia al estudiante extranjero, y pudiendo solicitarse dichos visados en cualquier momento desde la solicitud del visado de estudios por el estudiante o investigador. El término *familiar* se entenderá referido, a estos efectos, al cónyuge e hijos menores de 18 años o incapacitados, pudiendo extenderse, excepcionalmente, a otros familiares si concurren circunstancias de carácter humanitario que lo justifiquen. Los familiares, una vez en España, tendrán que solicitar una autorización para permanecer legalmente en territorio español durante el mismo período, con idéntico estatuto que el estudiante o investigador, y vinculada a dicho estatuto.

Por último, la LOEx (art. 33.5) se refiere a los *estudiantes «au pair»*, disponiendo que «la realización de trabajo en una familia para compensar la estancia y mantenimiento en la misma mientras se mejoran los conocimientos lingüísticos o profesionales se regularán de acuerdo con lo dispuesto en los acuerdos internacionales sobre colocación «au pair»». El régimen de estos estudiantes se encuentra regulado en el Acuerdo Europeo sobre colocación «au

cuyo caso se limitará al ámbito territorial de residencia de su titular. La vigencia de la autorización coincidirá con la duración del contrato de trabajo y no podrá ser superior a la de la duración de la tarjeta de estudiante, cuya pérdida de vigencia será causa de extinción de la autorización. Las autorizaciones para trabajar se renovarán si subsisten las circunstancias que motivaron la concesión anterior, previa acreditación de haberse obtenido la renovación de la tarjeta de estudiante.

(41) Los extranjeros residentes en España podrán acceder, en igualdad de condiciones que los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, como personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad. A tal efecto podrán presentarse a las ofertas de empleo público que convoquen las Administraciones públicas.

(42) Este último apartado quedaría suprimido en la nueva redacción de la LOEx.

pair», hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1969, ratificado por España el 24 de junio de 1988, entrando en vigor el 12 de septiembre de dicho año (43).

### 3. La situación de los beneficiarios por el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo

Para la estancia de los nacionales comunitarios o extracomunitarios que sean cónyuge de un comunitario, así como descendientes de éste o de su cónyuge menores de veintidós años o mayores que vivan a sus expensas, o ascendientes suyos o de su cónyuge que vivan a sus expensas, si la duración es inferior a tres meses, no es necesario más que el pasaporte o documento de identidad en vigor y el visado, salvo que estén eximidos, con lo que no les es exigible una autorización de estancia (art. 5.2 del Real Decreto).

## III. EL PERMISO DE RESIDENCIA TEMPORAL

Como ya hemos visto, el artículo 29 LOEx, al enumerar las situaciones en las que pueden encontrarse legalmente los extranjeros en España habla de estancia, residencia temporal y residencia permanente (44). Según dicho precepto, la residencia temporal y la permanente, así como la prórroga de estancia, deberán ser autorizadas por el Ministerio del Interior. Concluye afirmando que «son extranjeros residentes los que hayan obtenido un permiso de residencia temporal o de residencia permanente» (45) (46).

Según declara la LOEx en su artículo 31, el permiso de residencia temporal autoriza a la persona extranjera a permanecer en España por un período superior a noventa días e inferior a cinco años.

Estos permisos pueden tener una duración variable y si son inferiores a los cinco años podrán prorrogarse a petición del interesado si concurren cir-

(43) Véase el BOE de 6 de septiembre.

(44) El Congreso de los Diputados ha introducido un artículo 30 bis: «1. Son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir. 2. Los residentes podrán encontrarse en la situación de residencia temporal o residencia permanente».

(45) De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2001 (Sala Tercera), «sólo se considerarán extranjeros residentes las personas amparadas por un permiso de residencia».

(46) De aprobarse la reforma la dicción del art. 29 sería: «1. Los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia o residencia. 2. Las diferentes situaciones de los extranjeros en España podrán acreditarse mediante el pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, visado o tarjeta de identidad de extranjero, según corresponda».

cunstancias análogas a las que motivaron su concesión. Con carácter general la validez del permiso de residencia temporal obtenido por primera vez no podrá exceder de un año, exceptuándose los supuestos de reagrupamiento familiar y de los hijos nacidos en España, que tendrán la duración de los permisos del reagrupante o de los padres.

En el artículo 31.5, la LOEx exige «para autorizar la residencia temporal de un extranjero... que carezca de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. Se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar el permiso de residencia a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados, o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena».

### 1. Los beneficiarios ordinarios de un permiso de residencia temporal

No es, por decirlo de manera eufemística, especialmente afortunada la redacción que el legislador ha otorgado al artículo 31; en particular, cuando se refiere a las personas extranjeras que podrán solicitar este permiso, pues alude de manera confusa y desordenada a un conjunto de supuestos bastante heterogéneos: podríamos distinguir, en primer lugar, a *los que no vayan a desarrollar actividades lucrativas en España* de los que sí pretendan hacerlo. Los primeros tienen que acreditar que disponen de medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso, los de su familia, durante el período de tiempo por el que la soliciten (47); por su parte, *los que pretendan realizar una actividad económica, bien sea por cuenta propia o por cuenta ajena*, han de contar con la autorización administrativa para trabajar (permiso de trabajo).

(47) La disposición de medios de vida suficientes podrá acreditarse, en los casos de no realizar actividad lucrativa, mediante la presentación de documentación que permita verificar la tenencia de un patrimonio o la percepción de ingresos periódicos, suficientes y adecuados, incluyendo la aportación de títulos de propiedad, cheques certificados, cartas de pago, tarjetas de crédito o certificación bancaria. Podrá determinarse y, en caso necesario, revisarse anualmente, mediante Orden del Ministerio del Interior, la cuantía exigible de dichos recursos económicos o medios de vida, teniendo en cuenta el número de personas a cargo del solicitante y la evolución del índice de precios al consumo. Si los medios de vida proceden de acciones o participaciones en empresas españolas, mixtas o extranjeras, radicadas en España, acreditará, mediante certificación de las mismas, que no ejerce actividad laboral alguna en dichas empresas y presentará declaración de que no ejerce tal actividad en ninguna otra. Si el solicitante tiene familiares a su cargo, habrá de acreditar que dispone de medios de vida, garantías de asistencia sanitaria, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000, y vivienda para atender a sus necesidades y las de sus familiares [(art. 46. d) del REEx].

En otro grupo de potenciales titulares de este permiso habría que incluir a los *extranjeros que puedan ser beneficiarios del derecho a la reagrupación familiar*, que tendrán que ser familiares de extranjeros que residan de manera legal en España. Éstos tendrán derecho a reagrupar: a) a su cónyuge, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, o el matrimonio se haya celebrado en fraude de ley. En ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial (48); b) a los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o estén incapacitados, de conformidad con la Ley española o su Ley personal y no se encuentren casados (49); c) a los menores de dieciocho años o incapaces cuando el residente extranjero sea su representante legal; d) a los ascendientes del reagrupante o su cónyuge, cuando estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España (art. 17 LOEx).

Para que se conceda el permiso de residencia por reagrupamiento, los titulares de los visados para reagrupación familiar deberán solicitar, dentro del plazo de vigencia de dicho visado, el correspondiente permiso de residencia temporal. La duración del permiso de residencia que se conceda a estos familiares será la misma que la del permiso concedido al reagrupante y su vigencia dependerá del mantenimiento de las circunstancias que dieron lugar a su otorgamiento, si bien el cónyuge que hubiera adquirido la residencia en España por causa familiar y sus familiares con él agrupados, conservarán la residencia aunque se rompa el vínculo matrimonial que dio lugar a la adquisición, siempre que acredite la convivencia en España con el cónyuge reagrupante durante al menos 2 años.

Por su parte, el *cónyuge reagrupado* podrá obtener un permiso de *residencia independiente* cuando: a) obtenga una autorización para trabajar; b) acredite haber vivido en España con el cónyuge reagrupante durante 2 años (50).

(48) El extranjero residente que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas o posteriores nupcias sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge y sus familiares si acredita que la separación de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los menores dependientes.

(49) Cuando se trate de hijos de uno sólo de los cónyuges, se requerirá además que éste ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo. En el supuesto de hijos adoptivos deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España.

(50) «Mediante certificado de empadronamiento o de inscripción consular, o por cualquier medio de prueba admisible en Derecho que, de forma efectiva, evidencie la continuidad de dicha permanencia en España. Este plazo podrá ser reducido cuando concurren circunstancias de carácter familiar o humanitario que así lo justifiquen».

Los hijos del reagrupante obtendrán una autorización de residencia independiente cuando alcancen la mayoría de edad o cuando obtengan una autorización para trabajar.

A su vez, los reagrupados podrán ejercer el derecho de reagrupación de sus propios familiares, siempre que cuenten ya con un permiso de residencia obtenido independientemente del permiso del reagrupante y acrediten reunir los requisitos previstos para proceder a dicha reagrupación (art. 42 Reglamento) (51).

## 2. Los potenciales beneficiarios de la «regularización por arraigo»: una tortuosa vía para la legalización

De acuerdo con la vigente redacción del artículo 31.3 LOEx, «la Administración podrá conceder el permiso de residencia temporal a los extranjeros que en su momento hubieran obtenido tal permiso y no lo hubieran podido renovar, así como a aquéllos que acrediten una permanencia en territorio español durante un período mínimo de cinco años. Reglamentariamente se determinarán los requisitos para acceder a la residencia temporal por esta vía, en especial por lo que se refiere a la justificación de medios económicos de subsistencia, y permanencia de forma continuada en el territorio español» (52).

En la redacción inicial de la Ley 4/2000 se decía: «podrá acceder a la situación de residencia temporal el extranjero que acredite una estancia ininterrumpida de dos años en territorio español, figure empadronado en un municipio en el momento en que formule la petición y cuente con medios económicos para atender a su subsistencia».

Resulta evidente de la lectura de estos dos textos que en la primera redacción de la LOEx eran mayores las posibilidades con las que contaban los extranjeros para poder aspirar a la obtención de un permiso que legalizase su situación en España; en el caso de los que hubieran entrado en nuestro país sin la autorización preceptiva el plazo exigido era menos de la mitad del actual y parecía —no hubo apenas tiempo para constatarlo— que existía una discrecionalidad menor por parte de la Administración si concurrían los requisitos citados.

(51) Esta precisión reglamentaria ha sido incorporada por el Congreso al apartado 2 del artículo 17.

(52) El artículo 31.3 quedaría así: «La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente. En estos supuestos no será exigible el visado».

Con la redacción actual el tiempo mínimo de permanencia es mucho más elevado para las personas que no hubieran contado con permiso inicial alguno para residir en España, mientras que los que en su momento hubieran obtenido tal permiso y no lo hubieran podido renovar deberán esperar al menos dos años en situación de «ilegalidad» para aspirar a un nuevo permiso (art. 41.2.b del REx).

Parece que una de las formas más solventes de acreditar la presencia en España de la persona que solicita el permiso es a través de la inscripción en el correspondiente Padrón municipal, aunque eso no significa que no se puedan utilizar otros medios de prueba (contratos de arrendamiento de vivienda, apertura de cuentas bancarias, certificaciones médicas oficiales,...) (53). El propio REx admite (art. 45.b) que «la permanencia continuada en España podrá ser acreditada por cualquier medio de prueba admisible en Derecho que, de forma efectiva, evidencie la continuidad de dicha permanencia».

Respecto a la acreditación de medios económicos de subsistencia, se ha sugerido (54), a nuestro juicio con acierto, que bastaría con unos ingresos equivalentes al salario mínimo interprofesional, pues si se presume que un español puede sobrevivir con ese dinero no parece proporcionado exigir una cuantía superior a un extranjero, si bien en la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1989 se requería la cantidad de 5.000 pesetas diarias.

No hay que olvidar que el propio Reglamento que desarrolla la LOEx incorpora una nueva modalidad de arraigo, que es, precisamente, a la única a la que se refiere con esa denominación: según el artículo 41.2.d) también podrán optar al permiso de residencia temporal «aquéllos que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de 3 años y en los que concurra una situación excepcional y acreditada de arraigo, considerando como tal la incorporación real al mercado de trabajo y los vínculos familiares con extranjeros residentes o con españoles». Esta figura tendría su respaldo legal en la remisión que hace la LOEx en el apartado 4 del artículo 31: «podrá otorgarse un permiso de residencia temporal cuando concurran razones humanitarias, circunstancias excepcionales o cuando se acredite una situación de arraigo, en los supuestos previos reglamentariamente».

(53) MASSÓ GARROTE menciona también otros ejemplos: constancia en el pasaporte de la fecha de entrada, giros postales remitidos desde España o recibidos aquí, cartas recibidas desde el exterior, actividad administrativa (multas de tráfico, petición de licencias diversas, abono de tasas, ...); le parece más dudosa la prueba testifical, por la imposibilidad de certificar la fecha exacta; en *ob. cit.*, p. 250.

(54) *Curso de iniciación a la Práctica...*, p. 218.

Es decir, para el REx se acredita el arraigo si la persona en cuestión tiene vínculos familiares con extranjeros residentes —se entiende que de manera legal— o españoles o, y aquí viene lo sorprendente, si está incorporado «realmente» al mercado de trabajo; en otras palabras, si está trabajando sin permiso y, por tanto, de manera ilegal, pero resulta que, según la propia LOEx, es una infracción grave «encontrarse trabajando en España sin haber obtenido permiso de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida» (art. 53. b) y es una infracción muy grave, si el extranjero trabaja por cuenta ajena, «la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el correspondiente permiso de trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados» (art. 54.1.d), por lo que la vía de acreditación de la incorporación real al mercado de trabajo (la declaración del trabajador y el reconocimiento por parte del empleador) supondría al tiempo la autoinculpación en sendas infracciones a la legislación vigente.

Es importante destacar que en estos tres casos de «regularización» no es necesario el visado (art. 46.1.a) del REx) y en los dos primeros (permanencia de cinco años o de dos si ya se tuvo un permiso) tampoco se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo (art. 71.1. i) del REx), pero sí se tendrá en cuenta dicha situación para los que acrediten el arraigo de tres años, que pueden ser precisamente los que ya estén trabajando. Esta excepción a la excepción no parece ni coherente ni proporcionada.

### 3. Los beneficiarios excepcionales del permiso de residencia

El artículo 31.4 LOEx, además de referirse al arraigo, declara que podrá otorgarse un permiso de residencia temporal cuando concurran razones humanitarias o circunstancias excepcionales. Al respecto, el REx (art. 41.3) dispone que se concederá un permiso de residencia temporal, en atención a las circunstancias excepcionales que concurren en su caso: a) A las personas consideradas como desplazadas,... b) A aquellas personas a las que, habiéndoles sido denegada o inadmitida a trámite su solicitud de asilo, el Ministro del Interior haya autorizado su permanencia en España a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, por razones humanitarias que se vinculen a la aplicación de instrumentos internacionales que determinen la no devolución o que, sin constituir ninguno de los supuestos de aplicación de la Convención de Ginebra de 1951 sobre reconocimiento del Estatuto de Refugiado, exista cierta vinculación con los motivos en ella recogidos; c) A las personas en las que concurran razones humanitarias, en particular haber sido víctimas de conductas tipificadas como delitos racistas o xenófobos, las cuales justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España, y d) A

las personas que colaboren con las autoridades administrativas y judiciales españolas, o en las que concurren razones de interés nacional o seguridad nacional, las cuales justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.

Las personas que se encuentren en alguno de estos supuestos se pueden beneficiar de la exención de visado [art. 46.1.a) del REx], aunque no de la situación nacional de empleo a efectos de la concesión del permiso de trabajo.

#### 4. La tramitación, resolución y extinción del permiso de residencia temporal

El REx regula de manera pormenorizada dicha tramitación; por lo que respecta al plazo para la presentación de la solicitud correspondiente dispone que «con un mes de antelación, al menos, a la fecha de caducidad de los documentos que regularicen su residencia en España, los extranjeros, si tienen el propósito de seguir residiendo en España, habrán de solicitar los permisos que correspondan, a los efectos procedentes. No obstante, sin perjuicio de las sanciones que procedan, podrá renovarse el permiso de residencia siempre que se solicite la renovación durante los 3 meses posteriores a la fecha de su expiración y se cumplan el resto de los requisitos exigidos. Concedida la renovación, ésta surtirá efectos desde la fecha de caducidad del permiso anterior (art. 43.3).

Las solicitudes de permiso de residencia se dirigirán a las Oficinas de Extranjeros o, en su defecto, en la Comisaría de Policía de la localidad donde pretenda fijar su residencia el extranjero, excepto en caso de solicitarse un permiso de residencia temporal por circunstancias excepcionales de las contempladas en el artículo 41.3.d) del REx, en que se dirigirán a la Dirección General de la Policía (Comisaría General de Extranjería y Documentación) (art. 43.1). El REx especifica de manera exhaustiva la documentación que habrá de acompañarse en cada supuesto a la solicitud (art. 46); siempre será necesario el pasaporte o documento válido para la entrada en España o, en su caso, cédula de inscripción en vigor, y cualquier medio de prueba que acredite el tiempo previo de residencia legal y continuada en España, o de permanencia de hecho (art. 45).

También se contempla un catálogo minucioso de los supuestos en los que se puede conceder la exención de visado (art. 49.2) (55), lo que, según la

(55) Podrá concederse excepcionalmente exención de visado por las autoridades competentes, según el apartado 5 del artículo 51 del REx, siempre que no exista mala fe en el solicitante y concurre alguno de los siguientes supuestos: a. Extranjeros que no puedan aportar el visado por ser originarios o proceder de una zona en la que exista un conflicto o disturbio de carácter bélico,

LOEx, ocurrirá «excepcionalmente, por motivos humanitarios o de colaboración con la Justicia...» (art. 31.7) (56).

El análisis de los diferentes supuestos que pueden fundamentar la exención de visado requiere, por su prolijidad, un estudio específico que excede

co, político, étnico o de otra naturaleza, cuya magnitud impida la obtención del correspondiente visado, o en la que haya acontecido un desastre natural cuyos efectos perduren en el momento de la solicitud del mencionado visado; b. Extranjeros que no pueden conseguir el visado por implicar un peligro para su seguridad o la de su familia su traslado al país del que son originarios o proceden, o por carecer de vínculos personales con dicho país; c. Extranjeros menores de edad o incapacitados: Que sean hijos de españoles o de extranjeros residentes legales en España. Que estén sujetos legalmente a la tutela de un ciudadano o institución españoles o de un extranjero residente legal en España, de forma que reúna los elementos necesarios para producir efectos en territorio español; d. Extranjeros que sean cónyuges de español o de extranjero residente legal, nacional de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de derecho, se reúnan las circunstancias del artículo 17 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000 y se acredite la convivencia en España al menos durante un año; e. Extranjeros que sean cónyuges de extranjero residente legal, no nacional de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de hecho o derecho, se reúnan las circunstancias del artículo 17 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000, se acredite la convivencia *en España* al menos durante un año, y que el cónyuge tenga autorización para residir al menos otro año (la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003 ha declarado —fundamento jurídico Sexto— ilegal la exigencia de que la convivencia sea en España, añadiendo «que supone obligar a permanecer en territorio español durante un año en situación irregular»); f. Extranjeros que acrediten ser ascendientes directos o tutores de un menor o incapacitado, cuando dicho menor o incapacitado sea español, resida en España y viva a sus expensas; g. Españoles de origen que hubieran perdido la nacionalidad española; h. Extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad o impedimento que requiera asistencia sanitaria y les imposibilite el retorno a su país para obtener el visado; i. Extranjeros a los que se haya concedido la cédula de inscripción a la que se refiere el artículo 56 de este Reglamento; j. Extranjeros que hayan entrado en España con un visado de residencia válidamente expedido por las autoridades consulares españolas y no hayan podido obtener el correspondiente permiso de residencia por causas ajenas a su voluntad; k. Extranjeros ascendientes de ciudadano español o extranjero residente legal en España que viva a expensas de éste y reúna los requisitos necesarios para beneficiarse de la reagrupación familiar; l. Extranjeros cuya residencia en España sea considerada de interés público.

(56) En la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala III) de 7 de marzo de 2000 se dice (fj. 3º): «El carácter excepcional o no de las circunstancias en que se funda la solicitud de exención del visado debe ser considerado ponderando en cada caso las que concurren, con el fin de, examinándolas en conjunto, precisar si resulta de aplicación el concepto jurídico indeterminado (causa suficiente, razones excepcionales que justifiquen la dispensa)... Para ello es menester prestar atención no sólo a los principios sentados por la doctrina de esta Sala, sino también a las apreciaciones realizadas en relación con los supuestos de hecho concretamente contemplados en cada asunto.

La jurisprudencia de esta Sala viene considerando que ha de tenerse como circunstancia «excepcional» el arraigo en territorio español, demostrado, entre otras circunstancias, por el hecho de seguir estudios con suficiente asiduidad y aprovechamiento, la reagrupación y la integración familiar, el disfrute de permiso de trabajo o el haber sido previamente titular de permisos de residencia (sentencias de 13 de mayo de 1993, 10 de julio de 1993, 8 de noviembre de 1993, 7 de marzo de 1994, 21 de mayo de 1994, 20 de diciembre de 1994, 8 de abril de 1995, 19 de diciembre de 1995 y 20 de enero de 1996, entre otras).

de las pretensiones y espacio disponible para este trabajo (57); no obstante, no podemos dejar de mencionar al menos la referencia a los «extranjeros que sean cónyuges de español o de extranjero residente legal, nacional de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de derecho, se reúnan las circunstancias del artículo 17 de la Ley Orgánica 4/2000... y se acredite la convivencia en España al menos durante un año.» (art. 49.2.d). Al respecto, según la LOEx (art. 17) el extranjero residente tiene derecho a reagrupar con él en España [al] cónyuge..., siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho o que el matrimonio se haya celebrado en fraude de ley...

Pues bien, como se ha dicho con acierto (58), varias de estas exigencias suponían una clara contravención del Derecho comunitario; en particular la de convivencia de los cónyuges «en España» durante al menos de un año. Aunque pretendiera justificarse como instrumento frente a los matrimonios fraudulentos no resultaría aplicable en relación con los cónyuges de comunitarios; el propio requisito de la «convivencia» ha de considerarse una vulneración del derecho a la tarjeta de residente que el Derecho comunitario otorga a los cónyuges con la única condición de que no exista separación de derecho. Además, si la convivencia tuviera que realizarse «en España» llevaría al absurdo de que el nacional del tercer Estado tendría que permanecer en situación de irregularidad durante ese período de tiempo (59). La propia jurisprudencia había cuestionado, a partir del principio de protección de la familia, la constitucionalidad de este condicionante temporal de convivencia (60) y la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003 declaró «ilegal» esa exigencia de que la convivencia tuviera lugar en España (fundamento jurídico Sexto), añadiendo «que supone obligar a permanecer en territorio español durante un año en situación irregular».

No está de más recordar que la Comisión Europea abrió en el mes de junio de 2002 un procedimiento de infracción contra España por impedir la libre circulación a dos personas extracomunitarias casadas con ciudadanos de la Unión, sin que se alegase contra ellas que supusieran una amenaza grave y actual para el orden público (61).

(57) Puede verse un análisis exhaustivo y documentado jurisprudencialmente en el *Curso de iniciación a la Práctica...*, pp. 227 ss.

(58) Pilar JIMÉNEZ BLANCO: *ob. cit.*

(59) En el mismo sentido Aurelia ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: *Algunas irregularidades detectadas en el Real Decreto 864/2001*, en «Entre Culturas. Boletín del Programa de Inmigrantes de Cáritas Española», núm. 41, julio-septiembre, 2001 (en prensa) (puede verse ya en <http://www.rei-caz.es/extranjeria>).

(60) Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 21 mayo de 2001.

(61) Véase la noticia publicada en el diario *El País* de 28 de junio de 2002.

Además, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencia de 13 de febrero de 1985, asunto *Diatta v. Land Berlin*), la situación de matrimonio se mantiene hasta que se declare el divorcio por la autoridad judicial competente, aunque exista una situación fáctica o jurídica de separación. Debe tenerse en cuenta, también, el posible derecho de residencia de la pareja de hecho del nacional comunitario, ya que el Derecho comunitario lo permite en la medida en que los Derechos nacionales equiparen las parejas no casadas al vínculo matrimonial (62).

Por lo que respecta a la resolución de las solicitudes de permiso de residencia temporal (art. 51), «Los Subdelegados del Gobierno, y los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, serán competentes para resolver las solicitudes de los permisos de residencia temporales y permanentes. Los permisos de residencia temporal por circunstancias excepcionales serán concedidos por la Dirección General de la Policía si se aprecian razones de las contempladas en el párrafo d) del artículo 41.3 de este REx (personas que colaboren con las autoridades administrativas y judiciales españolas, o en las que concurren razones de interés nacional o seguridad nacional, que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España).

Para la concesión de los permisos será necesario que no recaiga sobre los interesados alguna de las prohibiciones previstas, que los solicitantes no se encuentren incurso en alguno de los supuestos de expulsión del territorio español, ni existan otras razones legales, de seguridad pública, sanitaria o de naturaleza análoga.

La resolución que ponga fin al procedimiento habrá de ser motivada y expresará los recursos que contra la misma procedan, órgano ante el que habrán de presentarse y plazo para interponerlos. Se notificará formalmente al interesado en el plazo general máximo de 3 meses, advirtiéndole en ella, si no se concede el permiso solicitado, de la obligación que tiene de abandonar el territorio español, salvo que cuente con un permiso o autorización que le habilite para permanecer en España.

La validez del permiso de residencia temporal obtenido por primera vez no podrá exceder de un año, salvo, como hemos visto, en los casos de reagrupamiento y en el de los hijos nacidos en España. Los permisos de residencia temporal, cualquiera que sea su duración, podrán renovarse a petición del interesado si concurren circunstancias análogas a las que motivaron su concesión, por sucesivos periodos con una duración de dos años cada uno.

(62) Véanse los trabajos de M. MOYA ESCUDERO, *El derecho a la reagrupación familiar en la Ley de extranjería*, «La Ley», n.º. 4982, de 1 de febrero de 2000, p. 20 y nota 46; *Derecho a la reagrupación familiar*, en el volumen coordinado por el mismo autor *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Granada, Comares, 2001, p. 673-707, p. 686.

La renovación ha de entenderse concedida si en el plazo de tres meses la Administración no ha dado respuesta expresa. En el caso de que las personas que han visto rechazada la petición de asilo, pero se les ha autorizado a permanecer en España, los permisos se renovarán anualmente, previo informe de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, que valorará la existencia de las circunstancias que motivaron su concesión.

Cuando los permisos de residencia se concedan para realizar una actividad lucrativa, tanto por cuenta propia como ajena, la duración del permiso de residencia, que será temporal, será idéntica a la del permiso de trabajo (63).

Una vez inscrito el permiso de residencia en el Registro de Extranjeros, se extenderá una tarjeta a su titular, que servirá para acreditar la condición de residente (64).

La vigencia de los permisos de residencia temporal se extinguirá sin necesidad de pronunciamiento administrativo alguno: a) por el transcurso del plazo para el que se hayan expedido; b) por renuncia expresa o tácita de su titular; c) por venir obligado el residente extranjero a la renovación extraordinaria del permiso, en virtud de lo dispuesto por las autoridades competentes, en estados de excepción o de sitio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio; d) por la permanencia fuera de España de forma continuada durante más de 6 meses en un período de un año; e) por la inclusión en alguno de los supuestos de prohibición de entrada previstos.

El permiso de residencia temporal se extinguirá por resolución motivada de la autoridad gubernativa competente para su concesión cuando se

(63) Según el artículo 69 del REx los permisos de trabajo pueden ser los siguientes: Por cuenta ajena, Tipo B (inicial): Este tipo de permiso podrá limitarse a un sector o actividad y ámbito geográfico concretos... Su validez será de un año; Tipo B (renovado): El permiso de tipo B (renovado) permite desarrollar cualquier actividad en todo el territorio nacional durante un período de 2 años. Pueden obtener este permiso los titulares de un permiso tipo B (inicial) al término de su vigencia; Tipo C: El permiso de tipo C permite desarrollar cualquier actividad en todo el territorio nacional. Tiene una validez de 2 años. Pueden obtener este permiso los titulares de un permiso tipo B (renovado) al término de su vigencia. Por cuenta propia: Tipo D (inicial): Este tipo de permiso podrá limitarse para el ejercicio de una actividad concreta y para un ámbito geográfico determinado... Su validez será de un año; Tipo D (renovado): El permiso de tipo D (renovado) autoriza el ejercicio de cualquier actividad en todo el territorio nacional durante un período de 2 años. Pueden obtener este permiso los titulares de un permiso tipo D (inicial) al término de su vigencia; Tipo E: El permiso de tipo E autoriza para desarrollar cualquier actividad en todo el territorio nacional. Tiene una validez de 2 años. Pueden obtener este tipo de permiso los titulares de un permiso tipo D (renovado), al término de su vigencia.

(64) Si se trata de personas afectadas por el Real Decreto 178/2003, éste contempla distintos períodos de vigencia de la tarjeta: si la residencia es inferior a un año durará lo que aquella; si es superior tendrá cinco años de vigencia; si se trata de familiares de comunitarios o asimilados, durará lo que la residencia de estos últimos; si son familiares de españoles, cinco años (art. 8 Real Decreto).

constate la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias: a) deje de disponer el residente extranjero de recursos económicos o medios de vida suficientes, asistencia sanitaria garantizada o vivienda adecuada, sin que pueda disponer de ellos en un plazo de 3 meses contados a partir de la notificación en relación con tal circunstancia, salvo que el permiso de residencia hubiera sido otorgado por circunstancias excepcionales; b) cambie o pierda su nacionalidad, sin perjuicio de que pueda adquirir otro permiso de residencia en atención a las nuevas circunstancias; c) desaparezcan las circunstancias que sirvieron de base para su concesión; d) se compruebe la inexactitud grave de las alegaciones formuladas por el titular para obtener dicho permiso de residencia; e) deje de poseer pasaporte, documento análogo o, en su caso, cédula de inscripción, válidos y en vigor, salvo que pueda justificar que ha realizado los trámites necesarios para la renovación o recuperación del pasaporte o documento análogo.

Por último, debe recordarse que los extranjeros con permiso de residencia temporal vendrán obligados a poner en conocimiento del Ministerio del Interior los cambios de nacionalidad y domicilio (art. 31.6 LOEx).

#### IV. EL PERMISO DE RESIDENCIA PERMANENTE

De acuerdo con el artículo 32 LOEx «1. La residencia permanente es la situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles. 2. Tendrán derecho a residencia permanente los que hayan tenido residencia temporal durante cinco años de forma continuada. Se considerará que la residencia ha sido continuada aunque por períodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente hayan abandonado el territorio nacional temporalmente. Con carácter reglamentario y excepcionalmente se establecerán los criterios para que no sea exigible el citado plazo en supuestos de especial vinculación con España».

De la lectura de este precepto se pueden extraer algunas consecuencias de singular importancia: con este permiso el extranjero puede residir en nuestro país sin sujeción a términos temporales y, además, tendrá la posibilidad de trabajar como si fuera español, lo que le exime de la obtención de cualquier permiso de trabajo, como recuerda el artículo 41.3 de la propia LOEx. No es menos importante la protección que le confiere al titular del permiso frente a la sanción de expulsión, pues según dispone el artículo 57.5: 5. «la sanción de expulsión no podrá ser impuesta salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a) del apartado 1 (65), o

(65) «a) Participar en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades con-

suponga una reincidencia en la comisión en el término de un año de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a ...b) Los que tengan reconocida la residencia permanente.

La reforma introducida en la Ley Orgánica 4/2000 por la Ley Orgánica 8/2000 afectó a los permisos de residencia permanente pues introdujo la exigencia, inexistente antes, de que la residencia de cinco años fuera «continuada», si bien la redacción actual del artículo 32 contempla una cláusula que permite relativizarla: se considerará que la residencia ha sido continuada aunque por períodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente los solicitantes hayan abandonado el territorio nacional de manera temporal.

El REX dispone al respecto (art. 42.1) que no afectan a la continuidad, siempre que las salidas correspondientes no se hayan realizado de forma irregular, las ausencias por períodos de vacaciones; las ausencias de hasta 6 meses, siempre que sumadas no superen un total de un año, y las ausencias, debidamente justificadas, realizadas por motivos familiares o de asistencia sanitaria.

Además, la LOEx hace innecesaria la residencia de cinco años «en supuestos de especial vinculación a España», en los que para el REX (art. 42.2) se encuentran varios grupos de personas, que a efectos expositivos pueden clasificarse del siguiente modo:

a) *Los beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación o de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez* (66); como se ha dicho con acierto (67), en realidad en estos supuestos no nos encontramos ante un acortamiento de los plazos, pues difícilmente se tendrá acceso a una pensión contributiva de las enumeradas si no se ha cotizado bastante más de los cinco años de residencia exigidos (68).

trarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana».

(66) «Residentes que sean beneficiarios de una pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, incluida dentro de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social; residentes que sean beneficiarios de una pensión de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez, en su modalidad contributiva, incluida dentro de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social o de prestaciones análogas a las anteriores obtenidas en España y consistentes en una renta vitalicia, no capitalizable, suficiente para su sostenimiento».

(67) *Curso de iniciación a la Práctica...*, p. 245.

(68) Según el artículo 161.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. «Tendrán derecho a la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, las personas incluidas en este Régimen General que, además de la general exigida en el apartado 1 del artículo 124, reúnan las siguientes condiciones: a. Haber cumplido sesenta y cinco años de edad; b. Tener cubierto un período mínimo de cotización de quince años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar

b) *Los 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 3 años consecutivos inmediatamente anteriores a la solicitud.* Este es un supuesto cuyos resultados pueden ser paradójicos en el caso de que estas personas quisieran optar por la nacionalidad española, pues les resultaría más sencillo adquirir nuestra nacionalidad que ser residentes con carácter permanente, ya que según el artículo 21 del Código Civil «La nacionalidad española también se adquiere por residencia en España, en las condiciones que señala el artículo siguiente y mediante la concesión otorgada por el Ministro de Justicia, que podrá denegarla por motivos razonados de orden público o interés nacional... la solicitud podrá formularla: El interesado emancipado o mayor de dieciocho años; El mayor de catorce años asistido por su representante legal; El representante legal del menor de catorce años»; de acuerdo con el artículo 22 «basta el tiempo de residencia de un año para: El que haya nacido en territorio español. En todos los casos, la residencia habrá de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición».

Es decir, que el que hubiera nacido en España podrá ser español con la residencia de un año, sin esperar a la mayoría de edad ni acreditar tres años de residencia legal y continuada. Este supuesto sí puede resultar de interés, como es obvio, para las personas que quieran residir de manera permanente en España sin adquirir nuestra nacionalidad.

c) *Los que hayan sido españoles de origen, habiendo perdido la nacionalidad española.*

También en este supuesto puede resultar de interés para el eventual solicitante optar por una recuperación de la nacionalidad española, pues según el artículo 26 del Código Civil, modificado por la Ley 36/2002, de 8 de octubre, «quien haya perdido la nacionalidad española podrá recuperarla cumpliendo los siguientes requisitos: a) Ser residente legal en España. Este requisito no será de aplicación a los emigrantes ni a los hijos de emigrantes.

el derecho. Por su parte, de acuerdo con el artículo 138 del mismo Texto Refundido, tendrán derecho a las prestaciones por incapacidad permanente las personas incluidas en el Régimen General que sean declaradas en tal situación y que, además de reunir la condición general exigida en el apartado 1 del artículo 124, hubieran cubierto el período mínimo de cotización que se determina en el apartado 2 de este artículo, salvo que aquella sea debida a accidente, sea o no laboral, o a enfermedad profesional, en cuyo caso no será exigido ningún período previo de cotización... 2. En el caso de pensiones por incapacidad permanente, el período mínimo de cotización exigible será: Si el sujeto causante tiene menos de veintiséis años de edad, la mitad del tiempo transcurrido entre la fecha en que cumplió los dieciséis años y la del hecho causante de la pensión. Si el causante tiene cumplidos veintiséis años de edad, un cuarto del tiempo transcurrido entre la fecha en que se haya cumplido los veinte años y el día en que se hubiese producido el hecho causante, con un mínimo, en todo caso, de cinco años. En este supuesto, al menos la quinta parte del período de cotización exigible deberá estar comprendida dentro de los diez años inmediatamente anteriores al hecho causante».

En los demás casos podrá ser dispensado por el Ministro de Justicia cuando concurran circunstancias excepcionales. b) Declarar ante el encargado del Registro Civil su voluntad de recuperar la nacionalidad española. c) Inscribir la recuperación en el Registro Civil».

*d) Los que al llegar a la mayoría de edad hayan estado bajo la tutela de una entidad pública española durante al menos los 3 años consecutivos inmediatamente anteriores.*

Una vez más nos encontramos ante personas a las que les podría resultar más sencillo adquirir la nacionalidad española que el permiso de residencia permanente, pues según el artículo 22. del Código Civil «basta el tiempo de residencia de un año para: c) el que haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuara en esta situación en el momento de la solicitud. Para adquirir la nacionalidad no necesitan, como para la obtención del permiso, esperar a la mayoría de edad ni tampoco tres años, pues uno de los dos años de tutela pueden servir para la residencia de un año. En el supuesto de que estas personas no optaran por la nacionalidad española, se podrían beneficiar también de una exención de visado (art. 49.2.c) del Reglamento).

*e) Apátridas o refugiados que se encuentren en territorio español y a quienes se les haya reconocido el respectivo estatuto en España.*

*f) Extranjeros que hayan contribuido de forma notoria al progreso económico, científico o cultural de España, o a la proyección de España en el exterior.*

También estas personas podrían optar por la solicitud del permiso de residencia permanente o bien por la de concesión de la nacionalidad española al amparo del artículo 21.1 del Código Civil, que de forma más genérica parece incluir circunstancias similares a las previstas en la LOEx («La nacionalidad española se adquiere por carta de naturaleza, otorgada discrecionalmente mediante Real Decreto, cuando en el interesado concurran circunstancias excepcionales»).

Por último, todos los beneficiarios de un permiso de residencia permanente habrán de tener en cuenta que deberán renovar la tarjeta que documenta el mismo cada 5 años (art. 42.3 del REEx).

## V. LOS PERMISOS ESPECIALES DE RESIDENCIA

### 1. La residencia de apátridas, indocumentados y refugiados

En primer lugar, la LOEx (art. 34.1) da un tratamiento específico a las *personas apátridas*, disponiendo que el Ministro del Interior reconocerá la condición de apátrida a los extranjeros que manifestando que carecen de

nacionalidad reúnen los requisitos previstos en la Convención sobre el Estatuto de Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954 (69), y les expedirá la documentación prevista en el artículo 27 de la citada Convención (70). Añade la LOEx que el estatuto de apátrida comportará el régimen específico que reglamentariamente se determine y la norma en cuestión es el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del Estatuto de Apátrida.

Según el artículo 1 de esta norma, se reconocerá el estatuto de apátrida a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación, y manifieste carecer de nacionalidad. En ningún caso se concederá dicho estatuto a quienes se encuentren comprendidos en alguno de los supuestos previstos en el artículo 1.2 de la citada Convención (71).

Continuando con las previsiones del Reglamento que regula el Estatuto de Apátrida, ha de tenerse en cuenta que en la solicitud se deberá hacer una exposición clara y detallada de los hechos, datos y alegaciones que se estimen pertinentes en apoyo de la misma, y en particular la mención del lugar de nacimiento, de la relación de parentesco con otras personas que en su caso tengan atribuida nacionalidad de algún Estado, y del lugar de residencia habitual en otro Estado y tiempo que se haya mantenido.

La solicitud habrá de presentarse en el plazo de un mes desde la entrada en el territorio nacional, salvo en los supuestos en que disfrute de un período de estancia legal superior al citado, en cuyo caso podrá presentarse antes de la expiración del mismo. Durante la tramitación del procedimiento se podrá autorizar la permanencia provisional del solicitante que se halle en territorio nacional y que no se encuentre incurso en un procedimiento de expulsión o devolución, para lo que se expedirá la correspondiente documentación. Cuando se trate de solicitantes menores de edad en situación de desamparo según la legislación civil, éstos serán encomendados a los servicios de protección de menores de la Comunidad Autónoma correspondiente, poniéndolo asimismo en conocimiento del Ministerio Fiscal. La entidad pública que ejer-

(69) A la que España se adhirió por Instrumento de 24 de abril de 1997 (*Boletín Oficial del Estado* de 4 de julio de 1997).

(70) Este precepto dispone que «los Estados parte expedirán documentos de identidad a los apátridas que se encuentren en su territorio y que no posean un documento válido de viaje».

(71) Se trata de las personas que reciban asistencia de ACNUR; de las que gocen en el Estado de residencia de los derechos y obligaciones inherentes a la nacionalidad; de quienes haya razones fundadas para considerar que: a) han cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad; b) han cometido un delito grave de carácter no político fuera del país de residencia y antes de su admisión; c) son culpables de actos contrarios a los fines y principios de las Naciones Unidas.

za su tutela los representará en el procedimiento de reconocimiento del estatuto de apátrida. En todo caso, se entenderá autorizada su permanencia en territorio nacional durante la tramitación del procedimiento.

El Ministro del Interior resolverá en un plazo no superior a tres meses, entendiéndose el silencio como negativo. La resolución favorable supondrá el reconocimiento de la condición de apátrida en los términos previstos en la Convención de 1954. La denegación de la solicitud determinará la aplicación del régimen general de extranjería.

Los reconocidos como apátridas tendrán el deber de acatar la Constitución española y el ordenamiento jurídico español. Respecto a sus derechos, podrán residir en España y desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles de conformidad con lo dispuesto en la normativa de extranjería. La autoridad competente expedirá, en su caso, la tarjeta acreditativa del reconocimiento de apátrida, que habilitará para residir en España y para desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles, así como el documento de viaje previsto en el artículo 28 de la Convención de 1954. La validez del documento de viaje será de dos años. Además, tendrán derecho al reagrupamiento familiar en los términos de la normativa de extranjería.

El estatuto de apátrida cesará de forma automática cuando el apátrida haya obtenido la nacionalidad española; haya sido considerado nacional por otro Estado o el Estado donde haya fijado su residencia le reconozca derechos y obligaciones análogos a la posesión de la nacionalidad de dicho Estado; le sea reconocida su estancia y permanencia en el territorio de otro Estado que le haya documentado como apátrida.

Respecto de los *indocumentados*, la LOEx (art. 34.2) dispone que el extranjero que se presente en dependencias del Ministerio del Interior manifestando que por cualquier causa insuperable, distinta de la apatridia, no puede ser documentado por las autoridades de ningún país y que desea ser documentado por España, después de practicada la pertinente información, podrá excepcionalmente obtener, en los términos que reglamentariamente se determinen un documento identificativo que acredite su inscripción en las referidas dependencias (72).

(72) El apartado 2 del artículo 34 quedaría así: «En cualquier caso, el extranjero que se presente en dependencias del Ministerio del Interior acreditando que no puede ser documentado por las autoridades de ningún país y que desea ser documentado por España, una vez verificada la pertinente información y siempre que concurren y se acrediten razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España, podrá obtener, en los términos que reglamentariamente se determinen, un documento identificativo que acredite su inscripción en las referidas dependencias. En todo caso, se denegará la documentación solicitada cuando el peticionario esté incurso en alguno de los supuestos del artículo 26, o se haya dictado contra él una orden de expulsión».

En otras palabras, a estas personas no se les concede inicialmente un permiso de residencia, sino un documento que acredite su identidad. Si lo que quieren es permanecer en España, entonces deberán instar la concesión de permiso de residencia válido durante la vigencia del citado documento. También podrán solicitar la concesión de permiso de trabajo por el tiempo señalado, en las mismas condiciones que los demás extranjeros. Los que deseen viajar al extranjero serán además provistos de un título de viaje.

Según dispone el Reglamento que desarrolla la LOEx, la petición de documentación deberá efectuarse tan pronto como se hubiera producido la indocumentación o la caducidad de la documentación anterior. Además, el solicitante tendrá que mostrar los documentos de cualquier clase, aunque estuvieran caducados, que pudieran constituir indicios o pruebas de identidad, procedencia, nacionalidad y circunstancias personales y acreditará que no puede ser documentado por la Misión Diplomática u Oficina Consular correspondiente, si concurre esta circunstancia, mediante acta notarial que permita dejar constancia del requerimiento efectuado y no atendido (73).

Una vez realizada la información inicial, siempre que el extranjero no esté incurso en ninguno de los supuestos de prohibición de entrada en España o de expulsión del territorio español, si desea permanecer en territorio español, se le otorgará por el Subdelegado del Gobierno, o Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, en la Comunidad Autónoma en que se encuentre un documento de identificación provisional, que le habilitará para permanecer en España durante 3 meses, período en el que las Jefaturas Superiores y Comisarias provinciales o locales de Policía han de completar la información sobre sus antecedentes.

Completada la información (74), en el caso de que desee permanecer en España, se dispondrá su inscripción en una Sección especial del Registro de Extranjeros y se le dotará de una Cédula de Inscripción en un documento impreso, que deberá renovarse anualmente. En este caso podrá solicitar el correspondiente permiso de residencia; si, por el contrario, se le deniega la solicitud, se procederá a su devolución al país de procedencia o a su expulsión del territorio español.

(73) En el caso de los solicitantes de permiso de residencia temporal por circunstancias excepcionales, se eximirá al solicitante de la presentación de acta notarial para acreditar que no puede ser documentado por la Misión Diplomática u Oficina Consular correspondiente, en los casos en que se alegasen razones graves que impidan su comparecencia en aquéllas, pudiendo recabarse, a estos efectos, informe de la Oficina de Asilo y Refugio.

(74) La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003 (fundamento jurídico Octavo) declaró ilegal la previsión reglamentaria de que no se concediese la cédula al extranjero que se encontrase incurso en alguno de los supuestos de prohibición de entrada o de expulsión.

Por lo que respecta a los *refugiados*, la resolución favorable sobre la petición de asilo supondrá el reconocimiento de la condición de refugiado del solicitante, que tendrá derecho a residir en España y a desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles de conformidad con lo dispuesto en la Ley 5/1984 reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. Dicha condición supondrá su no devolución ni expulsión en los términos del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (art. 34.3 LOEx).

## 2. La residencia de menores

La necesidad de que se contemple un tratamiento específico para estas personas resulta corroborada de manera cotidiana por la realidad de una afluencia creciente de menores extranjeros procedente sobre todo, aunque no de manera exclusiva, del norte de África. En muchos casos no resulta fácil determinar si la persona en cuestión es, o no, menor de edad, por lo que la propia LOEx comienza la redacción del artículo 35 aludiendo a estas situaciones: «en los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor (75), poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas, que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias».

Si a resultados de estas pruebas se concluye que se trata de un menor, «el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores» (art. 35.2).

Con posterioridad, la Administración, conforme al principio de reagrupación familiar del menor y previo informe de los servicios de protección de menores, resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o a aquél donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España (art. 35.3). El legislador ha configurado el retorno del menor a su país de origen o al país donde están sus familiares como la forma principal de reagrupamiento familiar y a este fin se dirigirán las actuaciones administrativas

(75) Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor. De acuerdo con el artículo 35.5 LOEx, «los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado adoptarán las medidas técnicas necesarias para la identificación de los menores extranjeros indocumentados, con el fin de conocer las posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna institución pública nacional o extranjera encargada de su protección. Estos datos no podrán ser usados para una finalidad distinta a la prevista en este apartado».

pertinentes (76). Sin embargo, no parece que esta línea de actuación sea muy respetuosa con los principios constitucionales de protección del menor, desarrollados por la Ley Orgánica 1/1996, conforme a los cuales el criterio de actuación tendría que invertirse, de manera que el retorno para la reagrupación familiar únicamente se produzca si así se favorece el interés del menor (77).

Únicamente después de que «haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se le otorgará un permiso de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores» (art. 35.4). El REX se ha permitido acotar temporalmente el plazo durante el que se ha de intentar el retorno: nueve meses (78).

Estos extranjeros pueden beneficiarse de la exención de visado [(art. 49.2.c) del REX] y pueden solicitar el permiso de residencia permanente si al llegar a la mayoría de edad se acredita que han estado bajo la tutela de una entidad pública española durante al menos los 3 años consecutivos inmediatamente anteriores (art. 42.2.d).

En cualquier caso, todos los menores extranjeros «tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho

(76) La Administración General del Estado es la competente para llevar a cabo los trámites relativos a la repatriación desde España de un menor extranjero en situación de desamparo, según la legislación civil, actuando a través de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, y éstas por medio de las Brigadas Provinciales de Extranjería y Documentación, que se pondrán en contacto con la Comisaría General de Extranjería y Documentación para que realice las gestiones necesarias ante las Embajadas y Consulados correspondientes, con el fin de localizar a los familiares de los menores o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país de origen que se hicieren responsables de ellos. Si no existiera representación diplomática en España, estas gestiones se canalizarán a través del Ministerio de Asuntos Exteriores. Una vez localizada la familia del menor o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país, se procederá a la repatriación tras la verificación de que no existe riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares. En el caso de que el menor se encontrase incurso en un proceso judicial, la repatriación quedará condicionada a la autorización judicial. En todo caso deberá constar en el expediente la comunicación al Ministerio Fiscal. La repatriación del menor será acordada por el Delegado del Gobierno o por el Subdelegado del Gobierno, cuando tuvieren la competencia delegada para ello, y ejecutada por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía. La repatriación se efectuará a costa de la familia del menor o de los servicios de protección de menores de su país. En caso contrario, se comunicará al representante diplomático o consular de su país a estos efectos. Subsidiariamente, la Administración General del Estado se hará cargo del coste de la repatriación (art. 62.4 del Reglamento).

(77) En el mismo sentido, Yolanda MARTÍNEZ CANO-CORTÉS: *Residencia de menores*, en el libro citado *Comentarios a la Ley de Extranjería*,... p. 227.

(78) «Transcurridos 9 meses desde que el menor ha sido puesto a disposición de los Servicios competentes de Protección de Menores a la que se refiere el apartado 2 de este artículo, y una vez intentada la repatriación con su familia o al país de origen, si ésta no hubiere sido posible, se procederá a otorgarle el permiso de residencia al que se refiere el artículo 35.4 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000» (art. 62.5).

que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas» (art. 9.1 LOEx) y «tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles» (art. 12.3). Además, tendrán derecho a ser reagrupados «los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o estén incapacitados, de conformidad con la Ley española o su Ley personal y no se encuentren casados» y «los menores de dieciocho años o incapaces cuando el residente extranjero sea su representante legal» (art. 17.1.b) y c).

Por último ha de recordarse que no «podrán ser expulsados los ... hijos menores o incapacitados a cargo del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente (79) y hayan residido legalmente en España durante más de dos años» (art. 57.6).

---

(79) «La sanción de expulsión no podrá ser impuesta salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión en el término de un año de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos: a) Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años. b) Los que tengan reconocida la residencia permanente. c) Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española. d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral» (art. 57.5).