

LIBERTADES DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA: EL VISADO COMO CONTROL DE ENTRADA DE EXTRANJEROS (*)

VICENÇ AGUADO I CUDOLÀ

SUMARIO: — I. EL CONTROL DE ENTRADA DE EXTRANJEROS: MARCO NORMATIVO Y CONTEXTO EUROPEO: 1. Las libertades de circulación y de residencia: su posible extensión a los extranjeros. 2. La evolución de la legislación de extranjería: control de flujos e integración social de los inmigrantes. 3. Unión europea y control de la inmigración: La progresiva comunitarización de los requisitos de entrada. — **II. EL CONTROL DE ENTRADA DE LOS EXTRANJEROS A TRAVÉS DE LAS MISIONES DIPLOMÁTICAS Y OFICINAS CONSULARES: EL VISADO COMO INSTRUMENTO DE CONTROL DE FLUJOS MIGRATORIOS:** 1. La regla general de la exigencia de visado para entrar en territorio español. 2. Los supuestos excepcionales de no exigencia de visado a los extranjeros que se encuentran en territorio español: de la exención de visado a la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales. 3. La naturaleza y funciones del visado en el control de flujos migratorios. 4. El margen de decisión de la Administración en la concesión del visado según las diversas situaciones jurídicas en que se encuentra el solicitante. 5. La motivación de la denegación de visado como elemento de control de la discrecionalidad administrativa. 6. El procedimiento administrativo para la concesión del visado. — **III. CONCLUSIONES Y VALORACIÓN GENERAL: HACIA UNA NECESARIA DELIMITACIÓN DEL MARGEN DE DISCRECIONALIDAD EN EL CONTROL ADMINISTRATIVO DE ENTRADA.**

(*) La versión que ahora se presenta constituye una parte de un estudio más amplio titulado «Libertades de circulación y residencia: El control administrativo de entrada y permanencia de los extranjeros». Las principales abreviaturas utilizadas en este trabajo son: LO: Ley Orgánica; LOEx: Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE 10, de 12 de enero de 2000), en su redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (BOE 307, de 23 de diciembre de 2000); RD: Real Decreto; RELOEx: Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (BOE 174, de 21 de julio. Corrección de errores en BOE 240 de 6 de octubre de 2001); LRJPAC: Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, modificada, entre otras, por la Ley 4/1999, de 13 de enero (BOE de 27 de noviembre de 1992). Durante el proceso de publicación de este trabajo, se está tramitando en las Cortes el Proyecto de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril,

1. EL CONTROL DE ENTRADA DE EXTRANJEROS: MARCO NORMATIVO Y CONTEXTO EUROPEO

1. Las libertades de circulación y de residencia: su posible extensión a los extranjeros

El objeto de este trabajo se refiere al estudio del control administrativo de la entrada de extranjeros en territorio español, en concreto del sistema de visados en la nueva legislación española. Se trata, por tanto, de un tema que tradicionalmente se ha ubicado dentro de la policía administrativa o actividad de limitación, pero en la que debe tenerse muy en consideración el reconocimiento a los ciudadanos extranjeros de una serie de derechos y libertades que permitan su integración real y efectiva en la sociedad española, por lo que también debe contemplarse desde el tema de las situaciones jurídicas. Desde esta perspectiva he considerado oportuno poner el acento de mi exposición en las libertades de circulación y residencia para determinar en qué medida pueden ser los extranjeros titulares de las mismas y qué alcance tienen respecto a tales medidas de control. Ahora bien, no pretendo realizarse en este trabajo un examen pormenorizado de todas las implicaciones que comporta el régimen de estas libertades, sino solamente unas breves consideraciones en torno a su posible extensión a los ciudadanos extranjeros y su repercusión respecto a su entrada y permanencia en territorio español.

Entre las situaciones jurídicas cabe destacar las libertades de circulación y de residencia por cuanto suponen el presupuesto inexcusable para el ejercicio de los demás derechos. La importancia de estos derechos fundamentales para los extranjeros ha sido puesta de relieve por los autores al señalar que son «la llave de todas las demás libertades y derechos» (1). En efecto, el examen de la legislación en materia de extranjería pone de relieve cómo muchos de los derechos son reconocidos a los extranjeros en la medida que su estancia o residencia en territorio español se adecue a la legalidad y por tanto en aquellos casos en los que pueden ejercer su libertad de circulación y de residencia.

Reguladora de las Bases del Régimen Local, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal. La aprobación como Ley de este Proyecto comportará unos cambios importantes en las funciones y el régimen jurídico del visado, por ello se han incorporado unas observaciones sobre estos cambios durante la corrección de pruebas.

(1) Vid. I. BORRAJO INIESTA: «La libertad de circulación de los extranjeros en España», en P. BIGLINO CAMPOS (Ed.): *Ciudadanía y extranjería: Derecho nacional y Derecho comparado*, Ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1998, p. 57.

Por lo que hace referencia a la titularidad de tales libertades, la CE realiza en su art. 19 una alusión exclusiva «a los españoles» por lo que ya desde un primer momento se plantearon dudas sobre si el art. 19 de la CE incluía también a los extranjeros. Ahora bien, una cosa es que en orden al establecimiento de estas limitaciones se reconozcan estas libertades en unos términos distintos para españoles y para extranjeros, pero ello no quiere decir que éstos últimos queden excluidos de su titularidad, tal y como ha señalado I. BORRAJO INIESTA (2). Ahora bien, como contrapartida el legislador goza de un amplio margen de libertad para su configuración. Ello diferencia la posición entre españoles y extranjeros cuyo fundamento se encuentra a juicio del TC en que tales libertades no son imprescindibles para la dignidad humana y por ello pueden reconocerse en términos distintos para unos y otros.

Estos derechos han sido recogidos en diversas normas de carácter internacional. La importancia de las mismas para nuestro ordenamiento jurídico es puesta de relieve por el art. 10.2 de la CE según el cual las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias.

Según el art. 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (3), toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. Los términos en que está formulada son bastante amplios, sin que se aluda a ningún tipo de límites o limitaciones. Por su parte, el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (4), establece que 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, así como tiene derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio. Tales derechos, según establece el propio artículo del Pacto, no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto. Según los Comentarios generales aprobados por el Comité de derechos humanos con arreglo al párrafo 4 del artículo 40 del pacto internacional de derechos civiles y políticos en relación con la libertad de circulación del art.

(2) Vid. I. BORRAJO INIESTA: «La libertad de circulación de los extranjeros...», *op. cit.*

(3) Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

(4) Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

12, ésta «es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona». También se señala que la cuestión de si un extranjero se encuentra «legalmente» dentro del territorio de un Estado es una cuestión regida por el derecho interno, que puede someter a restricciones la entrada de un extranjero al territorio de un Estado, siempre que se adecuen a las obligaciones internacionales de ese Estado.

Entre los demás textos internacionales ratificados por el Estado español debe hacerse mención especial al Convenio europeo para la salvaguardia de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Cabe advertir, sin embargo, que todavía no se ha ratificado el Protocolo núm. 4 a dicho Convenio donde establece que toda persona que se encuentra en situación regular sobre el territorio de un Estado tiene derecho a circular libremente en él y a escoger libremente su residencia (art. 4). La razón de que esté pendiente la ratificación española seguramente puede encontrarse en que el Gobierno quiera evitar una judicialización de numerosos asuntos de extranjería ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo. De otra forma no se entiende que siga pendiente por cuanto el texto del Protocolo anejo es bastante similar al que realizan otros textos internacionales que han sido ratificados sobre las libertades de circulación y residencia. Es más, el Protocolo insiste en la cautela o prevención de que el extranjero esté en situación regular al reconocer dichas libertades. Con todo, en diciembre de 2000 el Grupo parlamentario socialista presentó una Moción instando al Gobierno la ratificación de este Protocolo anejo al Convenio europeo.

Asimismo, debe mencionarse el Tratado Constitutivo de la Comunidad europea que establece la libre circulación de personas (arts. 39 y siguientes). Esta libertad de circulación se establece respecto a los nacionales de los Estados miembros, por lo que se crean dos grandes categorías: los ciudadanos comunitarios que serán los destinatarios principales de esta libertad y los ciudadanos extranjeros extracomunitarios que serán titulares en la medida que se encuentren de forma regular en el territorio de la Unión europea.

Por último, debe mencionarse la esperada Carta de los derechos fundamentales de la Unión europea, firmada en Niza el 7 de diciembre de 2000, si bien con carácter no vinculante. Esta Carta proclama en su art. 45, la libertad de circulación y de residencia en los siguientes términos: Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Si bien, señala a continuación que de conformidad con lo dispuesto en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se podrá conceder libertad de circulación y de residencia a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro.

En definitiva, del examen de la normativa anteriormente mencionada se concluye que la libertad de circulación se reserva a los extranjeros que

residan legalmente. Ello comporta que los extranjeros no tengan un derecho incondicionado de entrada, sino que dispondrán de éste en los términos que establezcan un tratado o la Ley. De esta forma, el art. 5 de la LOEx dispone que los extranjeros que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de esta Ley tendrán derecho a circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia sin más limitaciones que las establecidas con carácter general por los tratados y las leyes, o las acordadas por la autoridad judicial, con carácter cautelar o en un proceso penal o de extradición en los que el extranjero tenga la condición de imputado, víctima o testigo, o como consecuencia de sentencia firme.

Ahora bien, una vez el legislador ha establecido su contenido éste tendrá dimensión constitucional. De forma que la vulneración de este régimen legal podrá ser garantizado mediante la vía del recurso de amparo y del procedimiento preferente y sumario. Asimismo, la inexistencia de un derecho incondicionado implica que el legislador pueda reservar a la Administración un cierto margen de discrecionalidad y condicionar la entrada al cumplimiento de determinados requisitos como puede ser la obtención de visado.

Las libertades de circulación y de residencia se manifestarían, según señala P.J. GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ en las siguientes facultades: a) la facultad de circular por todo el territorio nacional, principalmente a pie o por vehículos de motor; b) la facultad de fijar la propia residencia en cualquier parte del territorio estatal; y c) la facultad de salir definitiva (emigración) o temporalmente del territorio, así como de entrar en el mismo (5). La libertad de circulación manifiesta, por tanto, dos diversas facetas: la circulación exterior o el cruce de fronteras tanto para entrar como para salir ya sea de forma temporal o definitiva, así como la circulación interior es decir la de hacerlo por todo el territorio. Por su parte, la libertad de residencia supone, ante todo, la libertad de habitar en un determinado lugar.

2. La evolución de la legislación de extranjería: control de flujos e integración social de los inmigrantes

El fenómeno de la inmigración ha sido considerado, tradicionalmente, como un ámbito propio de la soberanía del Estado, cuyo eje central descansa en el ejercicio de la policía administrativa a través del control de flujos migratorios. A esta concepción tradicional se opone otra que viene poniendo mayor énfasis en la progresiva equiparación de derechos entre ciudadanos nacionales y extranjeros que permitan la efectiva integración social de estos últimos.

(5) Vid. P.J. GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ: *Libertades de circulación residencia, entrada y salida en España*, Ed. Civitas, Madrid, 1991, p. 19.

La tensión entre ambas concepciones puede verse en la evolución normativa de la legislación sobre extranjería e inmigración. La LO 7/1985 constituyó pese a su denominación «de derechos y libertades de los extranjeros en España» una norma de contenido esencialmente policial que se explica por el inminente ingreso del Estado español en la CEE. Tal concepción fue atemperada por el Reglamento de 1996 que empezó a hacer más énfasis en los derechos de los extranjeros inmigrantes. El carácter reglamentario de esta última norma exigía un nuevo marco legal que llevó a la aprobación de la LO 4/2000. No obstante, su aprobación vino marcada por la ruptura del consenso existente entre el Gobierno central y el resto de las fuerzas políticas. Por tal motivo, como es sabido, fue objeto de modificación por la LO 8/2000 cuyo eje fundamental vuelve a ser la dicotomía entre ilegalidad *versus* legalidad, recuperando gran parte de la filosofía precedente de la LO 7/1985.

De acuerdo con la habilitación de la LOEx se aprobó el Reglamento ejecución de la Ley, por RD 864/2001, de 20 de julio (RELOEx): Se trata de una norma reglamentaria que, de acuerdo con su preámbulo, tiene por finalidad la regulación de los controles fronterizos de entrada, dar una mejor coordinación a las autoridades implicadas en la concesión de visados, establecer un procedimiento específico en este ámbito en base a criterios de simplificación administrativa y de racionalización, así como conseguir una mayor coordinación entre los diversos órganos competentes de la Administración del Estado.

No obstante, el juicio que merece este reglamento es que parte de una estructura en que el eje o hilo conductor no son los derechos de los extranjeros, como sucedía en el Reglamento derogado de 1996, sino la clase de autorizaciones y permisos que deben obtenerse para la entrada y permanencia en España, así como cuestiones eminentemente procedimentales. Este reglamento trata de cubrir los vacíos normativos que dejó la LO 8/2000 con sus frecuentes remisiones en ocasiones en blanco. Desaprovecha la oportunidad de fijar con claridad los criterios de decisión de la autoridad administrativa en temas como el visado, renunciando al papel que corresponde al Reglamento, al mismo tiempo que deja amplios márgenes de discrecionalidad en una materia tan sensible como es la de derechos y libertades. No regula propiamente un procedimiento formalizado, sino un conjunto de trámites en los que se concede amplios poderes al instructor para solicitar toda aquella documentación que considere oportuna, al mismo tiempo que se establecen una serie de cautelas para evitar que el incumplimiento de la obligación de resolver pueda comprometer a la Administración pública (silencio negativo, efectos suspensivos de los plazos). Los objetivos de simplificación administrativa previstos se reducen en muchos casos al establecimiento de plazos máximos para resolver y notificar sin que supongan una reducción efectiva de trámites que no suponga una disminución o limitación de las garantías tal y como prevé la DA primera de la Ley 4/1999 de modifi-

cación de la LRJPAC. Se trata, en definitiva, de un reglamento que es bastante mejorable en relación a las metas que persigue en su Preámbulo.

Después que el Tribunal Supremo anulara durante el mes de marzo de 2003 diversos artículos del RELOEx, por falta de habilitación legal suficiente, el Gobierno central anunció su intención de modificar, una vez más, esta Ley. La intención de esta modificación partía, pues, de la voluntad política de dar cobertura legal a los preceptos anulados, considerando la insuficiencia de las habilitaciones previstas en la legislación vigente. También se quería aprovechar la reforma para introducir otros aspectos, que se justifican en alcanzar los siguientes objetivos: a) mejorar la gestión de la tramitación administrativa; b) reforzar los instrumentos sancionadores; y c) incorporar la normativa europea recientemente aprobada. La modificación de la ley fue anunciada durante la campaña electoral de las elecciones municipales de mayo de 2003 con la previsión de tramitarse y aprobarse durante la fase final de la VII legislatura.

Esta vez la tramitación parlamentaria ha contado con el consenso de tres formaciones políticas: Partido Popular, Partido Socialista y Coalición Canaria. Este consenso ha permitido mejorar notablemente determinados aspectos técnicos de la redacción inicial del Proyecto de Ley, si bien se ha mantenido la filosofía inicial que es la de restringir aún más el estatuto del inmigrante irregular respecto a la regulación anterior sin darle vías de solución, al tiempo que continúa sin prever medidas que permitan a las Administraciones públicas mejorar o facilitar sus políticas de integración social. El consenso alcanzado, según señala alguna de las formaciones, no responde a un Pacto de Estado, sino a la necesidad de incorporar una serie de enmiendas que introduzcan mejoras en el texto inicial, en especial los visados para la búsqueda de trabajo. Por su parte, las críticas de los grupos de la oposición que se han opuesto a la modificación legislativa se han centrado fundamentalmente en tres puntos: a) la falta de previsión de mecanismos de regularización por la existencia de 600.000 extranjeros en situación irregular; b) el acceso de la policía a los datos confidenciales del padrón que provocará un efecto disuasorio a los inmigrantes que quieran inscribirse y, por tanto, quedarán sin poder ejercer determinados derechos como por ejemplo en materia sanitaria o educativa; y c) la no previsión de competencias para las comunidades autónomas.

En relación a los mecanismos de entrada, a diferencia de la legislación vigente, la nueva reforma prevé, como novedad, que el visado habilita directamente una vez se ha producido la entrada a permanecer en territorio español en la situación para la que se hubo expedido. Con este nuevo régimen se elimina la exención de visado que se substituye por una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales. También debe mencionarse otra novedad importante que es la posibilidad de obtener un visado para buscar trabajo. Cabe decir, empero, que este visado queda sujeto al

régimen del contingente. Por tanto, solamente se concederán un número limitado de estos visados y para determinados sectores de actividades u ocupaciones. El visado para buscar trabajo matiza el principio de contratación en origen posibilitando que el empresario pueda contratar en España al trabajador extranjero. Habrá que ver, empero, en qué sectores o ocupaciones el Gobierno al aprobar el contingente permite la obtención de visados para buscar trabajo. La limitación a casos muy concretos y determinados puede frustrar esta novedosa posibilidad. En cualquier caso, tanto el contingente como el visado para buscar trabajo no resuelven la situación del inmigrante irregular que ya se encuentra en territorio español y que no puede ser efectivamente expulsado.

3. Unión europea y control de la inmigración: La progresiva comunitarización de los requisitos de entrada

El marco legislativo que hemos expuesto anteriormente debe enmarcarse a su vez en el paulatino proceso de construcción europea que, por lo que nos interesa, se traduce en la noción de ciudadanía europea y en el espacio de libertad, seguridad y justicia (6). La creación de este espacio ha llevado a la paulatina desaparición de las fronteras interiores, así como el reforzamiento de los controles en el cruce de las fronteras exteriores de la Unión (art. 14.2 del TCE). Ello se ha llevado a cabo a través de los Convenios de Schengen que han sido incorporados al Derecho comunitario a través del Tratado de Ámsterdam, así como se han formulado unas líneas de evolución en las conclusiones del Consejo europeo de Tampere.

Las libertades de circulación y residencia en el ámbito de la Unión europea, que los Tratados reconocen a los ciudadanos comunitarios (art. 18.1 del TCE) (7), han propiciado la consecución de una política común en materia de asilo e inmigración, en la cual juega un papel fundamental el visado tal y como ponen de relieve los Tratados de Maastricht y de Ámsterdam.

(6) AA.VV.: *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia*, Ed. Ministerio del Interior, Madrid, 2000; F. J. CARRERA HERNÁNDEZ; H. LABAYLE: «Un espace de liberté, de sécurité et de justice», en *Revue Trimestrielle du Droit Européen*, n° 33 (4), oct.-déc. 1997, págs. 105-173. n Una recopilación de las principales normas que conforman este espacio puede encontrarse en N. NAVARRO BATISTA: *El espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea*. Textos fundamentales, Ed. Tecnos, Madrid, 1999.

(7) *Vid.* Por todos los trabajos de P. JIMÉNEZ DE PARGA MASEDA: *El Derecho a la libre circulación de las personas físicas en la Europa comunitaria: desde el Acta Única Europea al Tratado de la Unión Europea*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994; H. LABAYLE: «La libre circulation des personnes dans l'Union européenne, de Schengen à Amsterdam» en *AJDA. L'Actualité Juridique*. Droit administrative 20 de diciembre 1997, pp. 923-935.; M. I. LIROLA DELGADO: *Libre circulación de personas y Unión europea*, Ed. Civitas y Fundación Universidad Empresa, Col. «Cuadernos de Estudios Europeos», Madrid.

Con éste último se ha procedido a la incorporación del acervo Schengen a la Unión europea. Este acervo está formado por el Acuerdo, el Convenio y las declaraciones y decisiones del Comité Ejecutivo del Espacio de Schengen (8). Por consiguiente, este espacio se incorpora al marco jurídico e institucional de la UE y se beneficia de un mayor control parlamentario y jurisdiccional, en cuanto se atribuyen los litigios respecto a dicho acervo se someten al Tribunal de Justicia de la CEE y en cuanto a su aplicación a los tribunales de cada país miembro.

El Tratado de Ámsterdam supuso también la creación de un nuevo Título IV del propio Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea sobre visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas. Las consecuencias primordiales de la comunitarización serán: a) la posibilidad de dictar normas de Derecho derivado en desarrollo del título IV; y b) la jurisdicción del Tribunal de Justicia para la interpretación de dicho título y de los actos adoptados por las instituciones comunitarias en desarrollo del mismo. En efecto, tales normas especifican la capacidad del Consejo para tomar medidas, en el plazo de cinco años desde la entrada en vigor del Tratado, sobre la política de inmigración como son: a) condiciones de entrada y residencia, así como normas sobre procedimiento de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los de reagrupación familiar; y b) inmigración y residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales.

Del Derecho derivado de la Unión europea debemos destacar una serie de reglamentos y propuestas destinadas armonizar totalmente el régimen de visados aplicables a nacionales de terceros países, excluyendo que un Estado miembro pueda decidir unilateralmente el régimen de visados aplicable. Los criterios para determinar los terceros países son fundamentalmente: la inmigración ilegal, el orden público y las relaciones internacionales. En esta línea se han aprobado durante el año 2001 diversos reglamentos comunitarios que tratan directamente del régimen de visados: el Reglamento 539/2001, por el que se establece la lista de terceros países sometidos a visado y los que están exentos; el Reglamento 1091/2001, relativo a la libre circulación con visado para estancias de larga duración. También es de interés el Acervo Schengen, en especial la Instrucción Consular Común dirigida a las misiones diplomáticas y oficinas consulares de carrera (DOCE C 313 de 16/12/2002).

En las Conclusiones del Consejo Europeo de Sevilla de 21 y 22 de junio de 2002, se anunciaba la firme intención de activar la ejecución, en todos sus

(8) *Vid.* el DOCE L 239, de 22 de septiembre de 2000: «Acervo Schengen tal como figura en el apartado 2 del artículo 1 de la Decisión 1999/435/CE del Consejo, de 20 de mayo de 1999».

aspectos, del programa aprobado en Tampere encaminado a crear en la Unión Europea un espacio de libertad, seguridad y justicia. En este sentido, el Consejo Europeo recuerda la necesidad de instrumentar una política común de la Unión Europea sobre asilo e inmigración, cuestiones diferenciadas pero estrechamente ligadas.

II. EL CONTROL DE ENTRADA DE LOS EXTRANJEROS A TRAVÉS DE LAS MISIONES DIPLOMÁTICAS Y OFICINAS CONSULARES: EL VISADO COMO INSTRUMENTO DE CONTROL DE FLUJOS MIGRATORIOS

1. La regla general de la exigencia de visado para entrar en territorio español

La implantación del visado como regla general supone, como ha advertido C. APRELL LASAGABASTER, «una ruptura con el criterio tolerante, que al menos en lo que se refiere a la entrada de extranjeros mostraba la normativa aplicable anterior contenida en el Decreto 522/1974» (9). Según hemos visto anteriormente el proceso de entrada del Estado español en la Unión europea implica un endurecimiento de las condiciones de entrada de los extranjeros, entre las cuales cabe destacar el visado como regla general. A ello, debe añadirse el cambio de tendencia de los fenómenos migratorios en territorio español, donde se observa un peso cada vez mayor de la inmigración. En gran medida, se ha pasado de ser un país de emigrantes a un país que recibe inmigrantes. La creciente importancia del visado se refleja en el número cada vez más importante de solicitudes que se presentan ante las misiones diplomáticas u oficinas consulares (10).

La regla general de exigencia de visado se contiene en el art. 25.2 de la LOEx. Este artículo es objeto de una nueva redacción con el Proyecto de Ley de la nueva reforma. Así, esta nueva redacción dispone que: «Salvo en los casos en que se establezca lo contrario en los convenios internacionales

(9) Vid. C. APRELL LASAGABASTER: *Régimen administrativo de los extranjeros en España*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 93.

(10) Según se destaca en la entrevista que mantuvo una delegación de la Subcomisión parlamentaria sobre política migratoria: «A continuación, la Subcomisión se entrevistó con el Cónsul General de España en Nador, D. Fernando Sánchez Rau. De esta entrevista cabe destacar la exposición que hizo el Sr. Sánchez Rau en relación con el gran incremento de trabajo que ha experimentado el Consulado durante los últimos años. Así, mientras en 1992 se expidieron 3.400 visados, en el presente año de 1997 y hasta el 19 de noviembre, el número de visados expedidos era de 11.917. Este aumento de trabajo se ha producido sin el correspondiente aumento de personal, lo que provoca que el servicio que presta la legación española no sea todo lo eficaz y rápido que debiera». Vid. *BOCG-Congreso de los Diputados*, VI Legislatura, serie D, 15 de julio de 1998, núm. 308, p. 8.

suscritos por España o en la normativa de la Unión Europea, será preciso 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». La regla general será, por tanto, la exigencia de visado y su excepción será el no precisarlo, tal y como han puesto de relieve algunas sentencias [STSJ de Madrid de 26 de mayo de 1998 (RJCA 1998/1590)].

Se mantiene el supuesto que mediante los convenios internacionales se excepcione la exigencia de visado, si bien se añade también la referencia a la normativa comunitaria. Tales convenios prevén normalmente que los nacionales de los Estados que son parte en el convenio no necesitarán visado para estancias de menos de tres meses en un período de seis o para tránsitos de menos de cinco días. No obstante, según hemos visto anteriormente, estas excepciones están siendo objeto de una progresiva comunitarización y armonización en tanto que se han establecido unas fronteras comunes de los Estados de la Unión europea derivadas de los Acuerdos de Schengen y del Tratado de Amsterdam. Además de excepcionarse a los nacionales de determinados Estados también se excepciona mediante convenios internacionales a determinados colectivos como son los miembros de tripulaciones de barcos y de aviones extranjeros durante las escalas que realicen sus embarcaciones o aeronaves.

Sin embargo, se eliminan algunos supuestos que hasta ahora venía previendo la LOEx como excepciones al visado: «cuando el extranjero sea titular de una autorización de residencia en España o documento análogo que le permita la entrada en territorio español; cuando el extranjero solicite acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España; cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos en España».

Por lo que se refiere al supuesto de la «autorización de residencia en España o documento análogo que le permita la entrada en territorio español» cabe señalar que la nueva reforma como señala el Preámbulo del Proyecto de Ley «introduce la obligación de proveerse de una tarjeta de identidad de extranjero, como documento acreditativo de la autorización administrativa para residir, adaptando así nuestra normativa al Reglamento 1030/2002, del Consejo, de 13 de junio». Para reforzar esta obligación, la nueva reforma entiende que ya no basta con la autorización para residir sino que requiere la tarjeta de identidad de extranjero.

Más problemática es la eliminación de los supuestos restantes, tal y como veremos. Los supuestos de asilo tienen, como es sabido, una normativa específica atendiendo a las particularidades que presenta este derecho, de acuerdo con el art. 13.4 de la CE. Esta normativa está formada

fundamentalmente por la Ley 5/1984, de 26 de marzo, de regulación del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo; así como su Reglamento, aprobado por RD 203/1995, de 10 de febrero. Este régimen jurídico *ad hoc* viene dado por la especial protección que la normativa tanto española como internacional dispensan a los extranjeros perseguidos en su país por motivos ideológicos o políticos. Con todo, la propia regulación de asilo establece mecanismos (11) para rechazar las «peticiones o solicitudes manifiestamente infundadas» con las que algunos inmigrantes pretenden eludir la exigencia de visado (12).

El otro supuesto que se suprime con la nueva reforma es que se den razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España. Los tribunales han venido entendiendo que las razones excepcionales no tienen el carácter de simple conveniencia, utilidad o importancia, sino que tienen que basarse en una real excepcionalidad de los motivos. Ahora bien tal excepcionalidad no ha de suponer circunstancias que se consideren infrecuentes sino que tengan una entidad y trascendencia suficientes para que sean proporcionadas con la dispensa legal que se pretende obtener.

La justificación de estas supresiones viene dada, tal y como veremos, en el nuevo papel que la nueva reforma da en la nueva redacción del art. 31.3 de la LOEx a la 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. Se advierte expresamente que en estos supuestos no será exigible el visado. De esta forma, parece que los supuestos que se suprimen en el art. 25.2 pasarían a encuadrarse en la nueva autorización de residencia temporal. Cabe señalar que la determinación de estos importantes supuestos, que no son plenamente coincidentes con la regulación anterior, se hace dejación en el reglamento, aumentando considerablemente el margen de discrecionalidad de la Administración. Aparte de ello, la nueva reforma quiere insistir en el carácter claramente excepcional de estos supuestos procediendo a restringirlos aún más que en la regulación anterior.

(11) Sobre las garantías de los solicitantes de asilo *vid.* D. V. BLANQUER CRIADO: *Asilo político en España: garantías del extranjero y garantías del interés general*, Ed. Civitas, Madrid, 1997.

(12) Este fenómeno ha sido puesto de relieve por el Director General del Ministerio del Interior, G. DE ARÍSTIGUE Y SAN ROMÁN. *Vid.* de este autor «De Amsterdam a Tampere» en AA.VV.: *El espacio de libertad, seguridad y justicia*, Ed. Ministerio del Interior, Madrid, 2000, p. 12.

2. Los supuestos excepcionales de no exigencia de visado a los extranjeros que se encuentran en territorio español: de la exención de visado a la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales

Para los extranjeros que ya se hallen en territorio español, la legislación vigente en el momento de elaborar este trabajo prevé un mecanismo denominado exención de visado que permite, en determinados casos, acceder a una situación de regularidad pese a no disponer de visado o éste haber caducado. La importancia que tiene el visado como instrumento de control de flujos migratorios en el sistema de extranjería actualmente vigente en España implica, asimismo, que adquiera mayor trascendencia la exención de visado. En qué medida se justifica un viaje de vuelta al país de origen para obtener el formalismo del papel cuando ya hay una serie de circunstancias que acreditan la estrecha vinculación de esta persona con el país de acogida (13). Cabe, por tanto, distinguir entre dos situaciones distintas, que a su vez están sometidas a regímenes jurídicos diversos: una es la del extranjero que solicita el visado antes de entrar en territorio español y la otra es aquél extranjero que ya ha entrado en dicho territorio, bien de forma regular a través de un visado de estancia y quiere obtener el permiso de residencia o bien de forma irregular y quiere también acceder a la misma situación (14).

La LOEx contempla la exención del visado al regular la situación de residencia temporal (art. 29), señalando que «excepcionalmente, podrá eximirse, por motivos humanitarios, por el Ministerio del Interior, de la obligación de obtener el visado de residencia a los extranjeros que se encuentren en territorio español y cumplan con los requisitos para obtener un permiso de residencia. Cuando la exención se solicite como cónyuge de residente, se deberán reunir las circunstancias del artículo 17 y acreditar la convivencia en España al menos durante un año y que el cónyuge tenga autorización para residir al menos otro año». Por su parte, el RELOEx viene a concretar un listado de doce supuestos en los que cabría la exención de visado (art. 49).

El carácter excepcional que exige la redacción legal para que la Administración pueda conceder o denegar un visado se inscribe, según señala la jurisprudencia, dentro de la técnica de los conceptos jurídicos indeter-

(13) *Vid.* E. AJA FERNÁNDEZ (Ed.): *La nueva regulación de la inmigración en España*, Ed. Tirant lo Blanch, València, 2000, p. 31.

(14) Según la STSJ de Madrid de 26 de mayo de 1998 (RJCA 1998\1590): «La Jurisprudencia, parece distinguir los supuestos de concesión de visado de los supuestos de exención, es decir, cuando la concesión es previa a la entrada de aquellos otros en que ya se ha accedido al territorio nacional y por no estar en posesión del mismo se pide su dispensa, así las SSTs 12 noviembre 1992 (RJ\1992\9040) y 24 abril 1993 (RJ\1993\2766)».

minados (15). Se excluye, por tanto, que nos encontremos ante una potestad discrecional de la Administración pública, sino ante el deber de otorgar la dispensa de visado por concurrir tales razones excepcionales que implica que aquélla debe encontrar la única solución justa en cada caso (16). Como es sabido, esta técnica se caracteriza porque dichos conceptos están formados por un núcleo fijo (*Begriffkern*) o zona de certeza tanto positivo como negativo y una zona intermedia o de incertidumbre o «halo del concepto» (*Begriffhof*) (17). En cualquier caso, lo que sí corresponderá al interesado será la carga de alegar y probar las causas que podrían justificar la exención [STSJ de Extremadura 1725/2002, de 21 de octubre (JUR 2002\284804)].

Dentro del núcleo fijo o zona de certeza positiva, la jurisprudencia en el marco legislativo anterior había incluido los supuestos en que el extranjero se sitúa en una posición de «arraigo» respecto a nuestro país que venían a ser, entre otras circunstancias, 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 (18). Debe advertirse que el RELOEx prescinde de la noción de «arraigo», centrándose más bien en supuestos relativos a cuestiones de índole humanitaria y de integración o reagrupación familiar.

El derecho de reagrupación familiar constituye un supuesto especial a considerar en los supuestos de exención de visado. La reagrupación familiar, de acuerdo con la constante jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, se encuadra dentro del derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 del Convenio europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales). Jurisprudencia que, en virtud del art. 10.2 de la CE, tiene una trascendencia fundamental en la interpretación de nuestros derechos fundamentales.

Para la exención de visado en los supuestos de reagrupación familiar los tribunales exigen una finalidad de convivencia estable fundada en la mutua ayuda inherente en relaciones conyugales o de parentesco no sólo de carácter económico, sino también de carácter moral y afectivo (19). No será suficiente, por tanto, la mera constancia de la voluntad de una parte de auxiliar económicamente a la otra, haciéndose cargo de los gastos para su manteni-

(15) Vid. la STS de 8 de mayo de 1999 (RJ 1999\4913).

(16) Vid. la STS de 26 de marzo de 1999 (RJ 1999\3239).

(17) Al respecto *vid.*, por todos, el estudio clásico de F. SAINZ MORENO: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1976.

(18) Un resumen del ámbito que los tribunales incluyen dentro del núcleo de certeza positiva puede encontrarse la STS de 8 de mayo de 1999 (RJ 1999\4913).

(19) Vid. la STS de 20 de abril de 1999 (RJ 1999\4527).

miento (20). En cambio, la ausencia de un estricto móvil económico para el reagrupamiento carece asimismo de trascendencia si concurren las razones afectivas y de mutua ayuda (21). Es más, en algunas sentencias se ha considerado procedente la exención de visado por reagrupación familiar en aquellos casos en que el cónyuge reagrupante está internado en una prisión española (22). La jurisprudencia acoge, por tanto, un concepto amplio de convivencia que comprende no sólo los supuestos en que los cónyuges viven juntos sino también cuando estos se respetan, socorren mutuamente y actúan en interés de la familia.

En cambio, dentro del núcleo o zona de certeza negativo pueden destacarse el mero hecho que el extranjero quiera acogerse a uno de los convenios de doble nacionalidad suscritos entre el Estado español y otros Estados iberoamericanos (23). También pueden incluirse en este núcleo o zona de certeza negativo el mero hecho de tener una oferta de trabajo (24), ni un precontrato como empleada de hogar de la recurrente (25), pues la excepcionalidad requiere que se haya sido titular anteriormente de un permiso de trabajo. En cualquier caso, una resolución de expulsión o una prohibición de entrada en territorio español será causa de denegación de la exención de visado, de acuerdo con el art. 49.6 del RELOEx.

Los efectos de la denegación de exención de visado comportan la advertencia de salida obligatoria, de acuerdo con el art. 28.3.c) de la LOEx. Tal efecto es consecuencia de la falta de uno de los requisitos necesarios para la entrada en España como es el visado. Si bien el interesado puede interponer el recurso procedente contra la denegación. Esta resolución denegatoria agota la vía administrativa (disposición adicional sexta del RELOEx) y, por tanto, es recurrible directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa o bien potestativamente a través del recurso administrativo de reposición. Cabe advertir, en este punto, que los Tribunales no admiten que la denegación de visado y la orden de salida obligatoria puedan vulnerar la libertad de circulación y residencia por dos tipos de razones: la primera que si bien imponen un deber jurídico de abandonar el territorio español éste todavía no se ha producido o materializado y la segunda que la denegación no impide que una vez obtenido el visado en el país de origen puede vol-

(20) Vid. la STS de 9 de febrero de 1999 (RJ 1999\1615).

(21) En este sentido *vid.* la STS de 23 de marzo de 1999 (RJ 1999\3173).

(22) Vid. la STS de 23 de enero de 1999 (RJ 1999\1330).

(23) Vid. la STS de 17 de mayo de 1999 (RJ 1999\5038).

(24) Vid. la STS de 23 de marzo de 1999 (RJ 1999\3174).

(25) Vid. la STS de 9 de marzo de 1999 (RJ 1999\2433).

verse a entrar en territorio español (26). Esta interpretación restrictiva es discutible por cuanto la imposición del deber jurídico de abandonar el territorio español supone un acto de gravamen que limita situaciones jurídicas del destinatario.

La nueva reforma que introduce el Proyecto de Ley realiza un giro muy importante en esta materia al suprimir la exención de visado. Tal supresión se justifica de la siguiente manera en el Preámbulo del Proyecto: «[...] si el visado no sólo sirve para entrar en España, sino que también habilita a permanecer y, en su caso, a trabajar, carece de sentido mantener la exención del mismo, ya que su concesión no sólo serviría para eximir de un requisito de entrada en nuestro país, sino también para eximir de la necesaria concesión de autorización para residir y trabajar. Ello no significa que los supuestos de hecho que anteriormente se amparaban bajo la figura de la exención de visado vayan a quedar sin reflejo legal, ya que los mismos se incluyen ahora en el ámbito de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, cuyos perfiles se modifican mediante la inclusión en la Ley, en unos supuestos de manera concreta y en otros de manera genérica «de supuestos excepcionales», habilitando al Reglamento para una regulación más precisa de qué situaciones tendrán cabida dentro de este enunciado genérico». Tal argumentación que, de entrada parece poco objetable, se revela mucho más discutible si nos detenemos en el examen de esta nueva regulación y de las consecuencias que traerá en los supuestos que habitualmente se acogían a la exención de visado.

En efecto, según hemos visto anteriormente, uno de los supuestos más importantes en los que actuaba la exención de visado era el derecho a la reagrupación familiar que preveía expresamente el art. 29 de la LOEx. Esta previsión legal se realizaba de forma diferenciada de los supuestos excepcionales por motivos humanitarios o de colaboración con la Justicia. Cabe advertir, sin embargo, que en el Proyecto de Ley desaparece cualquier mención expresa a la reagrupación familiar. Sin duda, ello está en consonancia con la regulación restrictiva que el propio Proyecto realiza del derecho a la reagrupación familiar en cuanto viene exigiendo a sus titulares que dispongan de autorización de residencia independiente con la finalidad de «evitar fraudes en las "reagrupaciones en cadena"». Es cierto que el proyecto se remite también a «otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente» lo que quizás dejaría abierto su introdujera como un supuesto de autorización de residencia temporal por motivos excepcionales en el futuro reglamento de ejecución de la ley. Con todo, parece que la intención del Proyecto es evitar que la mera concurrencia de las circunstancias

(26) Vid. la STS de 4 de junio de 1998 (RJ 1998/5135).

que permiten la reagrupación familiar junto a otros requisitos (el art. 29 de la LOEx añadía el requisito de convivencia en España durante al menos un año y que el cónyuge tenga autorización para residir al menos otro año) permitan acceder a la autorización de residencia temporal sin haber obtenido previamente el visado en origen. En cualquier caso, la inclusión de la reagrupación familiar dentro del derecho a la vida privada y familiar, según constante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuestiona seriamente tanto el régimen de excepcionalidad como el hecho que se deje en manos del reglamento si puede acogerse o no a la autorización de residencia temporal por motivos excepcionales.

También, cabe advertir que la solicitud de una autorización de residencia temporal por motivos excepcionales queda exceptuada expresamente del nuevo régimen de inadmisión a trámite de solicitudes que establece la Disposición adicional cuarta del Proyecto que prevé, entre otros supuestos, para los extranjeros que se encontrasen en España en situación irregular. De otra forma, no habría posibilidad de acogerse a este régimen de autorización de residencia temporal por motivos excepcionales ya que el solicitante al no disponer de visado se encuentra en situación irregular. Con todo, hay que señalar que la inadmisión a trámite de solicitudes por el mero hecho de estar en situación irregular deviene difícilmente compatible con el derecho al procedimiento y a una obtener una decisión sobre el fondo del asunto provocando una clara situación de indefensión proscrita por el art. 24 de la Constitución.

3. La naturaleza y funciones del visado en el control de flujos migratorios

La implantación de un régimen de visado para los extranjeros pertenecientes a determinados países constituye un filtro inicial que permite a los Estados, a través de sus Misiones diplomáticas y Oficinas consulares, controlar los flujos migratorios permitiendo o denegando la entrada en su territorio nacional. Su ausencia impide que el extranjero pueda entrar de forma legal aún cuando cumpla con el resto de los requisitos exigidos. Por este motivo, se convierte en una pieza esencial del sistema. El control de flujos migratorios se entiende «en el sentido de evitar, mediante instrumentos de orientación como el visado, prácticas individuales irregulares de entrada y permanencia y también aquellas de carácter fraudulento protagonizadas por redes organizadas dedicadas al tráfico de personas y a su posterior explotación en territorio europeo» (27). Lo cierto es que el régimen del visado no evita la inmigración irregular, sino a lo sumo la atenúa. Tal afirmación se

(27) Vid. Informe de la Subcomisión sobre política migratoria española en BOCG-Congreso de los Diputados, serie D, 15 de julio de 1998, núm. 308, p. 18.

constata fácilmente con las cifras que nos ofrecen las solicitudes de exención de visados o los procesos de regularización de extranjeros.

Por lo que se refiere a la naturaleza del visado y su función con relación al control de fronteras cabe señalar su consideración tradicional como una habilitación para presentarse en un puesto fronterizo y solicitar la entrada en territorio español, tal y como ya recogió expresamente el art. 12.3 de la LO 7/1985. En este sentido las decisiones de los tribunales de justicia entendían que se trataba de un mero «acto presupuesto» que no podía encuadrarse dentro de la técnica de la autorización administrativa (28). Con la LO 4/2000, el carácter del visado como «acto presupuesto» parecía que debía matizarse, en cuanto como señalaban algunos autores la autorización fronteriza de entrada se convertía en un acto eminentemente reglado (29). Es decir, una vez obtenido el visado, si el extranjero cumple con todos los demás requisitos de entrada, no podrá evitarse que cruce la frontera española. En cambio, la LO 8/2000 se sitúa en la misma línea de la LO 7/1985 al establecer expresamente en su art. 25.1 que el visado «habilitará al extranjero para presentarse en un puesto fronterizo y solicitar su entrada». Cabe advertir que en la normativa comunitaria se recoge esta concepción, señalando que no comporta un derecho irrevocable de entrada y subordinándose a la concurrencia de los demás requisitos.

De acuerdo con la nueva reforma que introduce el Proyecto de Ley se añaden unas importantes funciones al visado. Según la Exposición de Motivos, «los cambios en materia de visados persiguen simplificar la tramitación administrativa, en aras a favorecer la inmigración legal de los extranjeros que desean residir en España, suprimiendo trámites innecesarios. Así, el visado, una vez que el extranjero ha entrado en España, le habilita para permanecer en la situación para la que le ha sido expedido». En esta línea, se introduce un nuevo segundo apartado al art. 27 de la LOEx, según el cual: «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 del extranjero».

Algunos autores han venido definiendo el visado como «una certificación extendida en el pasaporte, título de viaje o en documento aparte si no

(28) Según la SAN de 21 de septiembre de 1990: «la naturaleza jurídica del mismo (del visado) no responde a la técnica de las autorizaciones administrativas sino que se reduce a una mera constatación —y constatación soberana— por parte de un Estado de que no hay inconveniente para que el extranjero interesado entre en España».

(29) Vid. E. AJA FERNÁNDEZ (Ed.): *La nueva regulación de la inmigración...*, op. cit. p. 81.

puede ser insertada en la documentación identificativa, del extranjero que desea entrar en un Estado, otorgada discrecionalmente por parte de las autoridades de éste, por el que se hace constar que la identidad de su titular ha sido comprobada y que acredita ante el funcionario encargado del control que no hay en principio inconveniente para que su titular pase la frontera y pueda entrar en el Estado que lo expida» (30).

Sin embargo, la consideración del visado como una certificación no parece la más adecuada en un sentido jurídico preciso. En efecto, la certificación constituye una declaración de conocimiento por la que la Administración acredita la exactitud de determinados hechos, en base a los datos y documentos que constan en sus archivos (31). En la certificación no hay margen de discrecionalidad administrativa, pues ésta queda excluida por los hechos que se constatan: o existen o no existen. La certificación opera, en realidad, como un medio de prueba, el documental, de acuerdo con lo establecido en el art. 46.4 de la LRJPAC. En cambio, el visado supone una declaración de voluntad por el que la Administración exterior se pronuncia sobre la idoneidad de una persona para entrar en el territorio de un Estado. Pronunciamiento que está sujeto a un margen de valoración o apreciación, pues se trata del ejercicio de una potestad con elementos de discrecionalidad. Cuestión distinta es que sea un requisito necesario pero no suficiente para permitir dicha entrada, limitándose a habilitar al extranjero para la presentación en el puesto fronterizo.

Una vez hemos determinado que no constituye una certificación en sentido técnico, se plantea en que medida puede incluirse al visado dentro del género de la autorización administrativa. Al estudiar la técnica autorizatoria, la doctrina ha puesto de relieve la variedad terminológica de las normas positivas de una serie de figuras que con diversos matices expresan unas ideas muy próximas entre sí: autorizaciones, permisos, licencias, visados, habilitaciones, colegiaciones, dispensas, inscripciones, etc. En todos estos casos una actividad privada es consentida por la Administración previa valoración de la misma a la luz del interés público tutelado por la normativa.

En el sentido original del término, el visado designaba una antefirma o sello que acompañaba una firma que se fija sobre un acto para darle regula-

(30) Vid. C. APRELL LASAGABASTER: *Régimen administrativo...*, op. cit. p. 92.

(31) En general sobre la potestad certificante de la Administración vid. M. MONTORO PUERTO: «Actos de certificación», en *REVL* 162, abril-mayo-junio 1969; J. L. GONZÁLEZ-BERENGUER URRUTIA: «Sobre la actividad certificante de la Administración», en *RAP* 38, pp. 225-229; J. E. MARTÍNEZ JIMÉNEZ: *La función certificante del Estado*, Ed. IEAL, Madrid, 1977; T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: «La potestad certificante en la jurisprudencia», en *REDA* 8, enero-marzo 1976, pp. 146-153; B. COLOM PASTOR: «El certificado como acto y documento público», en *REDA* 40-41, enero-marzo 1984, pp. 233-238.

ridad y validez (32). Sin embargo, en la actualidad con la expresión visado la legislación se refiere a una técnica con un contenido más amplio que se utiliza en diversos ámbitos. Así, por ejemplo, encontramos los visados que los colegios profesionales realizan sobre los proyectos técnicos que presentan sus colegiados. Así, la obtención del visado constituye un requisito necesario para la obtención de la licencia urbanística (33). Este visado colegial realiza dos tipos de control: uno en materia estrictamente colegial sobre la actividad profesional del técnico y otro sobre la normativa urbanística (34). Ahora bien, la obtención del visado no supone que necesariamente deba obtenerse la licencia, si bien constituye un elemento de juicio de evaluación obligada por el Ayuntamiento en el momento de decidir sobre su concesión.

Por lo que se refiere al visado como control de flujos migratorios, hemos visto anteriormente como, según algunas sentencias, la naturaleza jurídica del visado no se corresponde con la de la autorización administrativa. En ese sentido, algunos autores han señalado que el visado «no es, pues, una autorización de entrada, sino que, ante el funcionario encargado de control, se acredita que no hay reparo de principio para pasar la frontera, cosa que, en caso contrario, no sería factible» (35). De tal forma que, pese a que se hubiera concedido a un extranjero el visado, podría denegarse finalmente la entrada en el correspondiente control fronterizo.

Si bien es rigurosamente cierto que el visado por sí sólo no basta para poder entrar en el territorio del correspondiente Estado, ello tampoco es un argumento definitivo para excluir que el visado pueda encuadrarse dentro

(32) Vid. P. LIVET: *L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques*, Ed. LGDJ, París, 1974, p. 57, donde cita una definición del Dictionnaire Robert.

(33) Por todos vid. el clásico estudio de E. GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE; L. PAREJO ALFONSO: *Lecciones de Derecho urbanístico*, Ed. Civitas, Madrid, 1981, pp. 700-714, así como la bibliografía que se relaciona en la p. 739. Vid. también, entre otros, A. CANO MATA: «El visado urbanístico», en *RAP* 111, 1986, pp. 187-213; A. DOMÍNGUEZ VILA: «El proyecto técnico y el visado colegial como intervención de los arquitectos en el ordenamiento urbanístico», en *RDU* 16 (79) 1982, pp. 73-120.

(34) Como señala la STS de 19 de febrero de 1998 (RJ 1998\1400): «El visado, en el presente supuesto de autos, representa, pues, a tenor de lo prescrito en la Ley 2/1974 y en el Real Decreto 1417/1977, una revisión o aprobación colegial del trabajo profesional o, con otras palabras, un control de la actividad de los colegiados, en pro de los intereses gremiales y generales; y, conforma, en consecuencia, una función pública, de modo que los actos producto de esa potestad de visado son actos colegiales sujetos al derecho administrativo que resuelven, definitivamente, un procedimiento corporativo, susceptible, en definitiva, de recurso contencioso-administrativo. El llamado visado urbanístico supone, sólo, por tanto, que, junto a la función de comprobación estatutaria y tradicional, concurre la de control de la observancia de la normativa urbanística en cuanto a las infracciones previstas en el antes citado artículo 226.3 de la Ley del Suelo; pero no transforma sustancialmente el régimen jurídico de la finalidad clásica corporativa del visado».

(35) Vid. V. ESTRADA CARRILLO: *Código de extranjería*, 3ª ed., Ed. Trivium, Madrid, 1997, p. 145.

del género autorizatorio o cuando menos con una técnica afín de control sobre una actividad privada. En efecto, el visado permite un control reforzado sobre la identidad y los motivos de los extranjeros que desean entrar en el país de destino. Ahora bien, la actividad que se autoriza o habilita no es la entrada en un determinado territorio, sino la presentación en el control fronterizo. Se trata de una actuación administrativa que por sí sola no basta para conseguir la entrada, sino que ha de situarse en el contexto de otras técnicas de control, y singularmente con la autorización de entrada que se da en los puestos fronterizos (36).

Ahora bien, una vez el extranjero entra en territorio español, la nueva regulación del Proyecto de Ley se le dota, tal y como señala el Preámbulo, «de una nueva función adicional, cual es la servir de acreditación documental de una previa autorización administrativa para residir y, en su caso, trabajar en España. De esta manera se anuda al visado un efecto novedoso: habilitar al extranjero a permanecer en nuestro país en la situación para la que se le hubiere expedido. En la actualidad el visado carece de efecto alguno, una vez el extranjero ha entrado en España, debiendo él mismo acudir inmediatamente a las oficinas competentes para solicitar la correspondiente autorización de residencia y/o trabajo. Con el nuevo modelo, además de lo anterior, el visado habilitará para permanecer en territorio nacional en la situación para cuyo fin haya sido concedido».

Con esta nueva reforma, el visado se configura como un acto administrativo de contenido complejo que despliega diversos efectos atendiendo al hecho de que el extranjero haya pasado o no el correspondiente control fronterizo de entrada. Hasta la entrada el visado continúa manteniendo la función que hasta ahora venía desempeñando, siendo un requisito más para entrar en España. En cambio, una vez se ha obtenido la correspondiente autorización de entrada, el visado tiene el mismo valor que una autorización para estar en la situación administrativa por la que ha sido expedido (tránsito, estancia, residencia, trabajo y residencia o estudios).

En la normativa comunitaria se utiliza alternativamente las nociones de «autorización» y «decisión», para incluir dentro de esta definición las diferentes medidas utilizadas por los Estados miembros. Así encontramos los Reglamentos del Consejo por el que se determinan los terceros países cuyos nacionales deben estar previstos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros (2317/95, 574/99) donde se realiza una defi-

(36) De esta forma, la STSJ de Madrid 1413/2001, de 12 de septiembre (RJCA 2001\1458), ha señalado que: «El visado, por otra parte, carece de independencia funcional, siendo complementario de las diversas técnicas de control o limitación de las libertades públicas».

nición de lo que debe entenderse por «visado» (37). En sentido parecido se pronuncian otras disposiciones que forman el denominado «Acervo Schengen» que como sabemos ha sido incorporado al Derecho comunitario a través del Tratado de Ámsterdam. Entre tales disposiciones cabe destacar la Instrucción consular común dirigida a las misiones diplomáticas y oficinas consulares de carrera (2002/C 313/01) (38). En ella además de utilizar expresamente la noción de «autorización» como en el caso anterior establece su alcance y límites: habilita a la presentación en un puesto fronterizo exterior del denominado espacio Schengen y solicitar la entrada, si bien se subordina a la concurrencia de los demás requisitos y se deja en cualquier caso bien claro que no comporta un derecho irrevocable de entrada (39). Cabe señalar que la razón del uso indistinto de las expresiones «autorización» y «decisión» por la normativa comunitaria está en que dichas categorías pueden tener diversa significación según el Derecho interno de cada Estado miembro. Para evitar que su calificación induzca a confusión sobre la aplicación de la normativa comunitaria se realiza esta definición amplia que pueda ser omni-compreensiva de estas actuaciones con independencia de su denominación en la normativa propia de cada Estado miembro. Por tanto, la utilización de dichas categorías por el Derecho comunitario no es concluyente para definir su naturaleza sino que será necesario acudir a su régimen jurídico.

En cuanto a los diversos tipos de visados puede hablarse fundamentalmente de dos grandes categorías: de corta duración que se rige por las disposiciones del Derecho comunitario y de larga duración que todavía queda

(37) La definición que se ha venido realizando en estos Reglamentos es la siguiente: «A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por «visado» una autorización expedida por un Estado miembro o una decisión adoptada por un Estado miembro, exigida para entrar en su territorio con miras:

— A una estancia prevista en ese Estado miembro o en varios Estados miembros, de una duración total no superior a tres meses.

— Al tránsito a través del territorio de ese Estado miembro o de varios Estados miembros, con exclusión del tránsito por la zona internacional de los aeropuertos y de los traslados entre aeropuertos de un Estado miembro».

(38) La Instrucción consular común, adoptada por el Comité ejecutivo creado por el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, ha sido modificada en varias ocasiones en virtud de las disposiciones del Reglamento (CE) n° 789/2001 del Consejo, de 24 de abril de 2001. Una versión actualizada de la Instrucción puede consultarse en el DOCE C 313 de 16 de diciembre de 2002.

(39) En la Instrucción se definen el concepto y clases de visados. Así, se señala que el visado uniforme es: «una autorización o decisión de un Estado miembro extendida sobre un pasaporte, título de viaje u otro documento admitido como válido a los efectos de la circulación transfronteriza. Habilita al extranjero, sujeto a dicha formalidad, para presentarse en un puesto fronterizo exterior de dicho Estado emisor u otro Estado miembro y solicitar, según el tipo de visado, su tránsito o estancia siempre que se reúnan los demás requisitos para el tránsito o la entrada. La posesión de un visado no confiere, por sí misma, un derecho irrevocable de entrada».

en manos de los Estados miembros. No obstante, respecto a éste último se empieza a entrever algunos pasos en la armonización de las condiciones de expedición. Así debe mencionarse el Reglamento 1091/2001 del Consejo, de 28 de mayo, relativo a la libre circulación con visado para estancias de larga duración. De acuerdo con esta normativa los visados de larga duración tienen valor concomitante de visado uniforme para estancia de corta duración si en su concesión se han respetado los criterios derivados del Convenio de aplicación de Schengen.

Con la nueva reforma de la LOEx se establece la siguiente tipología de visados en función de las diversas situaciones jurídicas en que puede encontrarse el extranjero, remitiéndose al reglamento para su desarrollo:

a) Visado de tránsito, que habilita a transitar por la zona de tránsito internacional de un aeropuerto español o a atravesar el territorio español.

b) Visado de estancia, que habilita para una estancia ininterrumpida o estancias sucesivas por un período o suma de períodos cuya duración total no exceda de tres meses por semestre a partir de la fecha de la primera entrada.

c) Visado de residencia, que habilita para residir sin ejercer actividad laboral o profesional.

d) Visado de trabajo y residencia, que habilita para ejercer una actividad laboral o profesional, por cuenta ajena o propia y para residir.

e) Visado de estudios, que habilita a permanecer en España para la realización de cursos, estudios, trabajos de investigación o formación».

Debe considerarse positivo, el hecho que la tipología de recursos se establezca en una norma con rango de ley, a diferencia de las regulaciones anteriores donde quedaba en manos del reglamento el establecer las diversas categorías.

De los elementos precedentes, el visado puede definirse, a mi entender, como aquel acto administrativo de control, que se inserta en el pasaporte, título de viaje o bien se expide en documento aparte, por el que la Administración exterior del Estado (a través de la Misión diplomática o Oficina consular) comprueba la idoneidad de una persona para entrar en territorio español y que habilita a ésta para presentarse ante un puesto fronterizo y solicitar la entrada en el territorio de un Estado. A esta definición cabe añadir que con la nueva reforma y una vez el extranjero ha pasado el correspondiente control fronterizo de entrada, el visado también habilita a permanecer en territorio español en la situación jurídica para la que ha sido concedido (tránsito, estancia, residencia, trabajo y residencia, estudios). El visado en este momento deja de ser un mero requisito de entrada para pasar a ser en este momento una autorización administrativa. Se trata, por tanto,

de un acto administrativo de contenido complejo y con diversos efectos. Las notas que se desprenden de esta definición son las siguientes:

— *Es un acto administrativo de control sobre la idoneidad de la persona de nacionalidad extranjera para entrar en el territorio de un Estado*

La configuración del visado como una técnica de control se centra en verificar la identidad del solicitante y en determinar si es la persona adecuada para entrar en el territorio del Estado al que pretende ir. Para ello se tendrán en cuenta diversas preocupaciones fundamentales: la seguridad, la lucha contra la inmigración ilegal y las relaciones internacionales. En efecto, a través del visado, la Administración puede verificar si alguna persona puede poner en peligro la seguridad del Estado bien por su actividad delictiva o por cuanto su presencia puede suponer una alteración del orden público. Por lo que se refiere a la inmigración ilegal, el control que se realiza a través del visado tendrá como objetivo el detectar a aquellas personas que tienen la intención de inmigrar y establecerse en el país al amparo de un visado de turismo, estudios, negocios o visita familiar. En lo relativo a las relaciones internacionales, estas pueden derivar tanto de los compromisos frente a un tercer Estado, en virtud de las exigencias del Acervo Schengen y del Tratado de Ámsterdam (inclusión en la lista de no admisibles del SIS); como de los acuerdos suscritos con otros Estados o bien en general de la política exterior que determinane España y la Unión europea.

— *Es un acto administrativo que es el resultado del ejercicio de una potestad con elementos de discrecionalidad*

El ordenamiento jurídico ha venido reconociendo a la Administración general del Estado en el exterior un amplio margen de valoración para la concesión o denegación del visado. Ahora bien, su consideración como acto administrativo impide concluir la existencia de una libertad absoluta de la Administración para decidir que sea absolutamente infiscalizable, sino que se trata del ejercicio de una potestad discrecional que podrá ser objeto de control a través de las técnicas habituales elaboradas por la doctrina y la jurisprudencia. Si bien en algunos aspectos la Administración se limitará a constatar la existencia del supuesto de hecho (acreditación de la identidad a través de pasaporte o documento análogo, constatación de disponer medios económicos suficientes, etc.) en otros casos se tratará de un juicio de apreciación en ejercicio de facultades auténticamente discrecionales (objeto y condiciones de estancia).

— *Es un acto administrativo que habilita al particular al ejercicio de situaciones jurídicas activas*

Si bien la normativa deja bien claro que el visado no confiere un derecho irrevocable a la entrada, ello no supone que no exista una situación jurí-

dica activa. Esta situación bien puede ser la existencia de un derecho subjetivo típico (el supuesto claro de la reagrupación familiar) como un mero interés legítimo (como por ejemplo una oferta de trabajo). Esta diversidad de situaciones implica que no puedan ser objeto del mismo tratamiento por parte de la Administración al decidir la concesión o la denegación del visado. En efecto, según veremos más adelante, el margen de discrecionalidad es más o menos amplio según la situación jurídica en que se encuentre el solicitante. Así, no es lo mismo la situación de un extranjero que solicita la reagrupación familiar que otro que solicita la entrada a los meros efectos de efectuar turismo. Con la nueva reforma se añaden al visado unas funciones adicionales respecto a las situaciones jurídicas por las que fue concedido, según la tipología que hemos visto anteriormente. Una vez se ha cruzado el puesto fronterizo habilita a permanecer en territorio español en estas situaciones, incorporando el carácter de una plena autorización administrativa.

— *Es un acto administrativo que incide sobre la situación jurídica, eliminando aquellos aspectos que sean contrarios al interés público*

A través del visado, la Administración General del Estado en el exterior incide en la situación jurídica pues al otorgarlo o denegarlo estará ampliando o restringiendo la esfera jurídica del solicitante. La denegación del visado supondrá que la exclusión de determinados extranjeros cuya entrada puede afectar a concretos intereses públicos (de seguridad, orden público, etc.) Ahora bien, también cabe la posibilidad de establecer ciertas condiciones a la estancia o residencia del extranjero a través del visado. Por ejemplo, en la medida que no acredite recursos suficientes para el período que pretende, pero sí para una temporada más corta, la Administración queda facultada a concederlo para este período más limitado.

— *Es un acto administrativo que tiene un carácter instrumental o complementario a la autorización de entrada al mismo tiempo que delimita el margen de decisión en el control fronterizo*

Tal y como hemos visto anteriormente, la exigencia de visado constituye la regla general, si bien se excepciona para determinados extranjeros ya sea por razón de su nacionalidad ya sea por otro tipo de criterios. En cualquier caso, constituye un requisito necesario pero no suficiente para poder entrar en territorio español. El visado tiene un carácter meramente instrumental o complementario, no basta por sí solo, sino que depende de la autorización de entrada que se da en fronteras. Existe, por tanto, una estrecha interrelación entre la obtención previa del visado y el control en el puesto fronterizo. Esta interrelación va en una doble dirección: el visado no basta por sí solo para entrar en territorio español, pero el control fronterizo de entrada debe tener en cuenta la decisión previa acordada en el visado de forma que queda delimitado o acotado su margen de actuación, es decir, se reduce el alcance de la

discrecionalidad administrativa. De otra forma, se produciría una duplicación de controles administrativos de difícil justificación.

4. El margen de decisión de la Administración en la concesión del visado según las diversas situaciones jurídicas en que se encuentra el solicitante

El otorgamiento y denegación de los visados venía a considerarse como uno de los ámbitos de la «graciabilidad» y por tanto dejaba a la Administración unas facultades «omnímodas» e «infiscalizables» (40). En esta línea A. GUAITA MARTORELL ha señalado que la Administración exterior, en la cual se incluyen las Misiones diplomáticas y los consulados, se caracteriza por la acusada discrecionalidad, comparativamente a la que se aprecia en otras ramas administrativas, y su marcado carácter político (41).

Como es sabido la LJCA de 1956 excluía en su art. 2.b) del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueran precedentes a los actos políticos del Gobierno, entre los que se incluían a los que «afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar». Esta categoría de los actos políticos o de gobierno fue discutida por una parte importante de la doctrina que insistía en la necesidad de la fiscalización de toda la actuación administrativa.

Con la CE de 1978 se reafirma el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24), así como el control por los tribunales de la legalidad administrativa (art. 106.1). Si bien, también se dispone en que corresponde al Gobierno la dirección de la política interior y exterior (art. 97). En base a tales preceptos constitucionales, la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo ha ido delimitando la noción de los actos políticos o de gobierno.

(40) Según L. DE LA MORENA Y DE LA MORENA: «La conclusión a la que se llega, a la vista de todo lo expuesto, es la de que en materia de visados nos movemos en el terreno de la pura graciabilidad —tanto más después de la drástica reducción en su exigencia a una minoría de Estados con los que nuestras relaciones internacionales no son normales o frecuentes— por lo que la posición jurídica del extranjero ante una eventual denegación del visado de entrada es la misma de aquel que se le deniega una gracia a cuya concesión carece de derecho. Esto es esperar a que las circunstancias se modifiquen para reinstalar de nuevo su petición. Otra cosa hubiera sido de continuar vigente el artículo 31 de la Constitución de 1931, en la que se reconocía el doble derecho de los españoles a emigrar y el de los extranjeros a inmigrar, sin otras limitaciones que las que en las leyes se establecieran y del que hubiera podido arrancar una regulación material y procedimental que hoy echamos de menos. El no restablecimiento de este precepto devuelve a la Administración, al menos en sus relaciones con los extranjeros, unas facultades omnímodas y, por supuesto infiscalizables.»

(41) Vid. A. GUAITA MARTORELL: *Derecho administrativo especial*, vol. I, p. 55.

Por su parte, la LJCA de 1998 alude, en su Exposición de Motivos, a la incompatibilidad de la cláusula del Estado de Derecho «con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad —llámese actos políticos, de Gobierno o de dirección política— excluida “per se” del control jurisdiccional». Esta misma ley establece que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación, entre otras, con la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, el control de los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueren procedentes todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos.

La alusión a las «relaciones internacionales» y a la «seguridad interior» podía suscitar la duda de si en la misma debía o no incluirse a aspectos relativos a la legislación de extranjería y, por tanto, si pueden llegar a incluirse dentro del discutido concepto de acto político o de gobierno. Sin embargo, con independencia de su inclusión o no dentro de tales categorías, lo cierto es que los actos en materia de extranjería tales como visados, permisos de residencia y de trabajo, expulsiones y devoluciones, no cumplen los requisitos para ser considerados como actos políticos o de gobierno (42). En efecto, ni entran dentro del elemento subjetivo (43), que provengan del Gobierno central o de órganos de Gobierno autonómicos, ni tampoco pueden considerarse incluidos dentro del elemento objetivo, que sean actos de dirección política, es decir aquella actividad de orientación e impulso básicamente relacional respecto a otros órganos en la que activa o pasivamente el Gobierno ostenta una indudable posición de prevalencia. Las actuaciones en materia de extranjería tales como visados, permisos de residencia y de trabajo, expulsiones y devoluciones, son actos administrativos que se dictan en el ejercicio de potestades públicas y por tanto están sujetos al control de los tribunales del orden contencioso-administrativo.

(42) Tal y como advierte N. GARRIDO CUENCA: «Indiscutiblemente no merecen tampoco el calificativo de actos de gobierno todas aquellas resoluciones (por más que sean encasillables dentro del amplio concepto de relaciones internacionales que emplea el art. 2.b) LJCA) relativas a la condición de refugiado, asilado y las medidas relativas a la expulsión de extranjeros, estancia y residencia y permisos de trabajo, que se producen dentro de complejos procedimientos de carácter plenamente administrativo, ampliamente discrecionales en más de un caso, y recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa, según las leyes internas y convenios internacionales de los que España forma parte y ha ratificado». Vid. de esta autora *El acto de gobierno*, Ed. Cedecs, Barcelona, 1998, pp. 610-611.

(43) En esta línea cabe citar la STS de 21 de abril de 1987 (RJ 1987\2986), según la cual: «no es posible jurídicamente calificar como acto político del Gobierno que afecte a la seguridad interior del Estado o a las relaciones internacionales, el acuerdo aislado de expulsión de un extranjero, por hechos totalmente ignorados, y tomado por un Director General, que no es, precisamente, el Gobierno».

El otorgamiento o no del visado debe inscribirse en el tema tan relevante para el Derecho administrativo como es el ejercicio de potestades administrativas discrecionales, cuyo control judicial ha venido preocupado insistentemente a la doctrina. Para el control de la discrecionalidad, la LO 8/2000 establece directamente unos criterios materiales, si bien lo hace en términos muy genéricos: «se sujetará a los compromisos internacionales vigentes en la materia y se orientará al cumplimiento de los fines de 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». Los fines que conforman el ejercicio de esta potestad administrativa suponen, por tanto, un importante elemento de control de la discrecionalidad administrativa, a través de la conocida técnica de la desviación de poder. Además de establecer estos criterios, la Ley se remite al reglamento para poder fijar otros criterios en supuestos excepcionales. Se trata, por tanto, de una cláusula residual dirigida a ampliar en determinados casos los criterios previstos por la propia Ley, si bien sería conveniente que el reglamento no sólo fijara otros supuestos excepcionales, sino que también concretara los criterios fijados por la Ley.

El RELOEx establece, en su art. 19, que no se concederá visado al extranjero cuya venida a España suponga peligro para el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las relaciones internacionales de España. Tales criterios si bien no se recogen explícitamente en la LO 4/2000 y su modificación encuentran una cobertura explícita en la normativa comunitaria. En esta línea, el art. 46 del TCE (antiguo art. 56) establece que las disposiciones del capítulo II del título III, relativo al derecho de establecimiento, y las medidas adoptadas en virtud de las mismas no prejuzgarán la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas. Por su parte el art. 64 del Tratado de la CEE dentro del Título IV relativo a los visados establece que el mismo se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados en materia de mantenimiento del orden público y salvaguardia de la seguridad interior. En esta línea el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen en su art. 5.1.e) señala que para una estancia que no exceda de tres meses se podrá autorizar la entrada en el territorio de las Partes contratantes a los extranjeros que cumplan, entre otras condiciones, el requisito de no suponer un peligro para el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de una las Partes contratantes.

Con base en el art. 46 del TCE se aprobó la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, jus-

tificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública. Inicialmente, la Directiva se aplicaba a los nacionales de un Estado miembro que residía en otro Estado miembro de la Comunidad o se desplazaban al mismo, así como al cónyuge y a los miembros de la familia. Posteriormente, ha ido ampliando progresivamente su ámbito de aplicación ya sea a través de Directivas comunitarias (44) ya sea a través de la interpretación que ha venido realizando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la CEE (45). Si bien esta normativa no es aplicable en general a los extranjeros no comunitarios si que puede ser una referencia o un criterio importante en vistas a determinar que debe entenderse por orden público, seguridad y salud públicas.

Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas los Estados miembros no tienen la posibilidad de alegar en general y sin justificación concreta excepciones de orden público, seguridad pública o salud pública con el fin de limitar el ejercicio del derecho de libre circulación y estancia.

Las políticas de seguridad ciudadana están fuertemente relacionadas con la noción de orden público. En este punto cabe traer a colación la jurisprudencia comunitaria según la cual esta noción: 1) debe interpretarse de forma restrictiva por cuanto supone una derogación a los principios fundamentales de igualdad de trato y de libre circulación de personas; 2) no pueden invocarse con fines económicos; 3) debe fundamentarse en el comportamiento personal del individuo que ha de estar prohibido a los propios nacionales del Estado miembro o el Estado ha de combatir este comportamiento que se considera socialmente peligroso; 4) la simple existencia de una condena penal no puede justificar la adopción automática de tales medidas; 5) la amenaza que pueda suponer el individuo debe ser actual y grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. Se trata de un supuesto que debiere ser determinado caso por caso, no pudiendo argumentarse justificaciones que no tengan nada que ver con el caso individual o que se refie-

(44) Así el ámbito de aplicación de la Directiva incluye también a las personas que se benefician del derecho a permanecer en el territorio de un Estado miembro en el que han dejado de ejercer un empleo (Directiva 72/194/CEE) y a las personas no activas (Directivas 90/364, 90/365 y 93/96).

(45) En esta línea se ha considerado aplicable a los ciudadanos turcos, polacos, checos, en virtud de los acuerdos de Asociación que tienen estos países con la Unión Europea. Así cabe destacar en relación a ciudadanos turcos la STJCEE de 10 de febrero de 2000 (*Nazli Stadt Nürnberg*) y las Conclusiones del Abogado General Sr. Philippe Léger presentadas el 25 de abril de 2002 Asunto C-188/00 *Bülen Kurz, nacido Yüce, contra Land Baden-Württemberg*. Por lo que se refiere a los ciudadanos polacos y checos vid. la STJCEE de 20 de noviembre de 2001 (*Aldona Malgorzata Jany y otras/Staatssecretaris van Justitie*); STJCEE de 27 de septiembre de 2001 (*The Queen y Secretary of State for the Home Department, ex parte: Wiesław Głoszczuk y Elżbieta Głoszczuk*).

ran a razones de prevención general. En definitiva el orden público tiene como finalidad el mantenimiento y preservación de una situación preexistente que es la creada por las normas mediante las cuales se rige una determinada actividad. Y, en el ámbito de la seguridad ciudadana, debe entenderse como la garantía para el ejercicio de derechos y libertades públicas, así como la preservación de delitos.

Por lo que se refiere a la salud pública debería realizarse un listado de enfermedades o incapacidades que pueden justificar la denegación tal y como se realiza en la Directiva 64/221/CEE que hemos citado con relación a los ciudadanos de los Estados miembros. Serán las enfermedades de cuarentena contempladas en el Reglamento sanitario internacional nº 2, de 25 de mayo de 1951, de la Organización Mundial de la Salud, así como otras enfermedades infecciosas o parásitas contagiosas siempre que sean, en el país de acogida, objeto de disposiciones de protección para los nacionales. En caso de no realizarse debería aplicarse supletoriamente el listado de dicha Directiva que son básicamente las de cuarentena, mencionadas en el Reglamento Sanitario Internacional de la OMS.

A parte de la existencia de estos elementos que pueden servir para delimitar el margen de decisión de la Administración, debe atenderse también a las diversas situaciones que concurre el solicitante del visado. Así, la propia legislación de extranjería distingue tres grandes categorías de visados (arts. 6, 7 y 8 del RELOEx) como son de tránsito, de estancia y de residencia. Dentro de estos grandes grupos se distingue a su vez en diversas categorías. Así los visados de tránsito pueden ser según este sea aeroportuario o territorial. Por su parte, los visados de estancia pueden ser para viaje o corta duración, de circulación múltiple, de estancia especial. Y, finalmente, los visados de residencia pueden ser para reagrupación familiar, para trabajo, para ejercer una actividad exceptuada de la obligación de obtener un permiso de trabajo, para asilo y para residencia no lucrativa.

Esta diversidad de situaciones jurídicas de los solicitantes del visado comporta que la decisión administrativa tenga un mayor o menor margen de apreciación. Resulta evidente, por ejemplo, que en el momento de tomar una decisión no puede situarse en un mismo plano un visado de estancia que tenga como finalidad venir a hacer turismo que, en cambio, un visado en el que se pretende llevar a cabo una reagrupación familiar. Ello ya es intuitivo por el legislador cuando al establecer la obligación de motivar los visados, cuestión a la que me referiré en el próximo apartado, menciona explícitamente unos supuestos como es, precisamente, la reagrupación familiar así como el trabajo por cuenta ajena (art. 27.5 de la LOEx).

Al hablar de situaciones jurídicas activas, los autores hablan normalmente de derechos subjetivos e intereses legítimos. En este sentido, la legislación de extranjería reconoce al extranjero residente el derecho a reagrupar con él a una serie de familiares (art. 17 de la LOEx). Es más, la consideración del derecho a la reagrupación familiar como un derecho fundamental, al incluirlo la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo dentro de la intimidad familiar, comporta que el margen de discrecionalidad quede prácticamente reducido a nada una vez se ha acreditado una serie de requisitos como son: el parentesco que da lugar a la reagrupación, el estar a cargo del reagrupante o de su cónyuge, el disponer de un alojamiento adecuado y de los medios de subsistencia suficientes y las razones que justifican la necesidad de autorizar su residencia en España. Cabe advertir que la denegación debería limitarse a los casos en que no se cumplieran dichos requisitos o bien en supuestos tasados de protección del orden público y la prevención de infracciones penales. Si bien, en este último caso, la Administración debería encontrar un equilibrio entre el respeto a la vida familiar y la necesidad de preservar aquellos bienes jurídicos.

También existen algunos casos que si bien no pueden encuadrarse estrictamente en el caso anterior, se trata de ciertas situaciones jurídicas activas que también deberían comportar una reducción de la discrecionalidad administrativa. Se trata del supuesto de familiares no reagrupables de ciudadanos de Estados miembros de la Unión europea es, tal y como se apunta en el *Rapport* «Por una política de la inmigración justa y eficaz» del Profesor Patrick WEIL al Primer Ministro francés, una consecuencia del art. 6 de la Directiva CEE/64/221, de 25 de febrero que dispone que las razones de orden público, de seguridad pública o de sanidad pública que son la base de una decisión que le conciernen, son llevadas al conocimiento del interesado los motivos que interesan a la seguridad del Estado su oposición.

Pueden encontrarse también otros supuestos que si bien no suponen un derecho subjetivo si que se tratan de situaciones que evidencian una cierta vinculación con el país en el que se pretende entrar. Esta vinculación singularizaría a este extranjero del resto que si bien pretenden entrar en territorio español no guarda ningún tipo de relación previa con el mismo. Cabría, por tanto, distinguir entre diversas situaciones jurídicas: aquellos casos en que existe una situación que singulariza al extranjero en concreto del resto en la que se produce la existencia de un perjuicio o beneficio concreto y no meramente hipotético como consecuencia de la actuación administrativa y aquellos otros supuestos en que existe una situación general para todos los extranjeros y en los que la actuación administrativa provoca una limitación de meras expectativas generales.

Los poseedores de una oferta de trabajo pueden solicitar, un visado de residencia con objeto de ejercer una actividad lucrativa por cuenta ajena. Esta situación jurídica si bien no comporta un derecho subjetivo supone la existencia de un interés legítimo a entrar en territorio español, por cuanto la denegación de visado puede llegar a comportar un claro, evidente y patente perjuicio en la esfera patrimonial y profesional del solicitante.

5. La motivación de la denegación de visado como elemento de control de la discrecionalidad administrativa

En el control de la discrecionalidad de la Administración cobra una importancia fundamental la motivación de los actos administrativos. La LO 7/1985 establecía expresamente en su art. 12.3 *in fine* que «la denegación (de visado) no necesitará ser motivada». La regla de la no motivación respondía a la concepción originaria del visado como un acto de soberanía del Estado (al amparo de la función de dirección de la política exterior que prevé el art. 97 de la CE) y no propiamente como un acto administrativo, por lo quería evitarse cualquier judicialización de las razones que habían llevado a la Administración exterior del Estado (Misiones diplomáticas y Oficinas consulares) a denegar su concesión en un supuesto concreto.

El régimen de la no motivación de visados que establecía la LO 7/1985 fue valorado de forma diversa por los autores. Para algunos (P. BIGLINO CAMPOS, J.J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA) la obligación de motivar no constituye tanto un derecho del extranjero, sino más bien un requerimiento de la cláusula del Estado de Derecho que impone una obligación a los poderes públicos como garantía de la regularidad de la actividad administrativa y la proscripción de cualquier arbitrariedad. En cambio otros autores (I. BORRAJO INIESTA), consideraban que *de lege data* no era necesario motivar tales denegaciones, pues las normas de procedimiento administrativo devienen en este caso tan sólo subsidiarias. Si bien, concluían la necesidad de reformar la Ley en este punto (46).

El Reglamento de ejecución de la LO 155/1996, de 2 de febrero, estableció al regular el régimen de visados que: «La resolución se notificará al solicitante de forma que garantice la información sobre el contenido de la resolución y sobre el recurso que quepa interponer contra la misma. La notificación de la resolución de denegación de visado se hará de forma que no pueda afectar al interés del Estado o de sus nacionales ni los compromisos

(46) Vid. la discusión del Encuentro científico «Ciudadanía y extranjería», organizado por el Área de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid y celebrado en su residencia de Sedano los días 20 y 21 de octubre de 1995, publicados en P. BIGLINO CAMPOS: *Ciudadanía y extranjería: Derecho nacional y Derecho comparado*, Ed. McGraw Hill, Madrid, 1998, pp. 102-103.

internacionales asumidos por España» (art. 32.4). Para algunos autores dicha regla «establece la obligación de motivar la denegación de visados en consonancia con lo previsto en el art. 54.1.f) de la Ley 30/1992, que obliga a motivar los actos administrativos que se adopten en el ejercicio de potestades discrecionales» (47). Ahora bien, si ello es así, ¿cómo podía un Reglamento de ejecución contradecir lo dispuesto con tanta rotundidad la regla de no motivación establecida por la LO 7/1985? La razón de ello debe buscarse en que la LRJPAC estableció en 1992 un nuevo régimen de motivación de los actos administrativos (art. 54). La voluntad de la LRJPAC fue la de establecer una nueva regulación de la motivación en la que se incluían las resoluciones que fueran el resultado del ejercicio de una potestad discrecional. Debe advertirse claramente que, a diferencia de otros ámbitos materiales distintos (tributario, disciplinario, inspección laboral) en los que se excluía o declaraba la subsidiariedad de la LRJPAC, no se estableció previsión alguna respecto al ámbito de la extranjería. Por tanto, una interpretación razonable que salvaría la legalidad del art. 32.4 del Reglamento sería que la regla de la no motivación que estableció la LO 7/1985 había quedado derogada por la LRJPAC. En este sentido, es bastante ilustrativa la invocación que se realiza en el Preámbulo del RD 155/1996 en donde se señala como una de las razones que justifican la reforma del Reglamento: «la necesaria adecuación del Reglamento de ejecución a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre».

Debe señalarse, sin embargo, que el art. 32.4 no estableció con claridad la regla de la motivación de las denegaciones de visados. Se limitó a señalar que la notificación se realizará «de forma que garantice la información sobre el contenido de la resolución». Ahora bien, tal fórmula bien pudiera interpretarse en sentido parecido a cómo la jurisprudencia lo hecho con el texto íntegro del acto en el que además de la simple y pura decisión se ha incluido la motivación de la misma. Además se señala que la notificación se hará de forma que no perjudique al interés del Estado o de sus nacionales ni a los compromisos internacionales asumidos por España.

En cualquier caso, la regla de la no motivación se rompe, con toda claridad, a través de la LO 4/2000 que dispone en su art. 25.3 que «la denegación (de visado) deberá ser expresa y motivada». La obligación de motivar las resoluciones denegatorias de visados ha sido valorada positivamente por algunos autores, si bien se apunta que ello comportará la necesidad de reforzar la Administración consular.

(47) Vid. C. APRELL LASAGABASTER: «El nuevo Reglamento de la Ley orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero)», en *RAP* 140, mayo-agosto 1996, p. 320.

Sin embargo, en el art. 26.5 de la LO 8/2000 se establece que: «La denegación de visado deberá ser motivada cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena». A contrario, se entiende que en los demás supuestos de denegación de visado, la resolución administrativa no requerirá que sea motivada. Cabe advertir, en cualquier caso, que la fórmula utilizada no es tan rotunda como la utilizada por el art. 12.3 *in fine* de la LO 7/1985. Ello, en primer lugar, porque deja algunos supuestos en los que subsiste la obligación de motivar las denegaciones de visados y, en segundo lugar, porque no excluye que otras normas, incluso de rango reglamentario, establezcan otros supuestos. En efecto, no utiliza la fórmula «solamente» para referirse a «la reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena», por lo que puede concluirse que no se trata de una lista con carácter tasado que impida cualquier nuevo supuesto. Recordemos, además, que el art. 54.f.) de la LRJPAC contempla entre los supuestos de motivación: «los (actos) que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa».

En el Informe del Consejo General del Poder Judicial de 26 de junio de 2000, este Alto órgano entiende que «la denegación de visado debe ser expresamente motivada e indicar los recursos procedentes, en consonancia con lo establecido en los artículos 54 y 58 de la Ley 30/1992 [...]. Debe recordarse la Recomendación primera dirigida al Ministro del Interior por el Defensor del Pueblo el 7 de septiembre de 1993: «Que a los extranjeros que por cualquier razón se inadmitan, se les informe con toda precisión y claridad, y por escrito, de los motivos de rechazo y de los recursos que puedan, en su caso, interponer, autoridad ante quien hacerlo y plazo para ello»».

Para valorar la exigencia de motivación de las denegaciones de visados quizás sea conveniente acudir a la evolución que ha experimentado en esta materia el Derecho francés de extranjería. En este ordenamiento jurídico, la Ley 98-349 de 11 de mayo de 1998 relativa a la entrada y permanencia de los extranjeros en Francia y el derecho de asilo, modifica la Ordenanza 45-2658 de 2 de noviembre de 1945 en relación al régimen de las decisiones de rechazo de visado de entrada en Francia por autoridades diplomáticas o consulares. Según esta modificación las decisiones de rechazo de visado no son motivadas, salvo que el extranjero pertenezca a una de las siguientes categorías y bajo la reserva de consideraciones relativas a la seguridad del Estado. Las categorías en que es necesario motivar son las siguientes:

- Miembros de familias de nacionales de Estados miembros de la Comunidad Europea y de otros Estados parte del acuerdo sobre el Espacio económico europeo que no son nacionales de uno de estos Estados, pertenecientes a las categorías establecidas por Decreto en Consejo de Estado.

- Cónyuges, menores de veinte años o que están a cargo, y ascendientes de nacionales franceses.
- Menores que sean objeto, en el extranjero, de una decisión de adopción plena en favor de personas titulares de una autorización para adoptar otorgada por las autoridades francesas.
- Beneficiarios de una autorización de reagrupación familiar.
- Trabajadores autorizados a ejercer una actividad profesional asalariada en Francia.
- Personas que son objeto de una anotación a los fines de no admisión al Sistema de Información Schengen.
- Estudiantes venidos a Francia para seguir estudios superiores, en un establecimiento público o privado reconocido por el Estado, dentro de las condiciones definidas por Decreto en Consejo de Estado.

La limitación a unos supuestos tasados de los casos en que la Administración exterior francesa está obligada a motivar las resoluciones denegatorias de visados se justifica en el *Rapport* del Profesor Patrick WEIL al Primer Ministro francés «Por una política de inmigración justa y eficaz». Según este Informe la motivación de la totalidad de las denegaciones de visado (alrededor de unas 400.000 por año) requieren un incremento de los servicios de visado, los cuales no disponen de los medios necesarios para responder a tal demanda. Por tal motivo, se recomienda que los supuestos de obligación de motivar la denegación de visado se cifieran a unos determinados casos.

Esta breve panorámica de la evolución normativa española y francesa implica entre la regla de la no motivación y la obligación de motivar todas las resoluciones denegatorias de visados, quizás deba hallarse un punto intermedio. La regla de la no motivación para todo supuesto de denegación de visado parece incompatible con la cláusula del Estado de Derecho y la interdicción constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos. En cambio, la obligación de motivar cada una de las resoluciones obligará a un fortalecimiento considerable de la Administración exterior del Estado para atender el paulatino incremento de solicitudes de visados que con toda probabilidad se producirá en los próximos años, así como un previsible aumento de los procesos contencioso-administrativos en la materia.

Cabe señalar que las funciones adicionales que la nueva reforma confiere al visado deberían no se han visto correspondidas con un nuevo régimen de motivación. De esta forma, si el visado pasa a habilitar al ejercicio de situaciones jurídicas activas una vez se ha traspasado el correspondiente control fronterizo parecería conveniente extender la obligación de motivar.

6. El procedimiento administrativo para la concesión del visado

El procedimiento del visado plantea el problema de la determinación de la normativa aplicable. Históricamente la especialidad del procedimiento en el ámbito de la extranjería se basaba en reducir las diligencias de tramitación debido a las dificultades de comunicación entre España y las Legaciones o Consulados. La LPA de 1958 mantuvo la especialidad de los procedimientos de extranjería. Con la LRJPAC en su versión inicial se produce, en cambio una tendencia a reforzar la aplicación de las garantías del procedimiento administrativo común, tal y como se refleja posteriormente en el Reglamento de 1996. No obstante, la modificación realizada por la Ley 4/1999 vuelve a resaltar la especialidad de los procedimientos administrativos instados ante misiones diplomáticas y oficinas consulares.

La nueva redacción de la DA 11ª de la LRJPAC dispone que los procedimientos administrativos instados ante las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares por ciudadanos extranjeros no comunitarios se regirán por su normativa específica y, en materia de visados, a los Convenios de Schengen y disposiciones que la desarrollen aplicándose supletoriamente la Ley. En la singularidad del procedimiento está latente el evitar la aplicación de las normas de procedimiento administrativo común. Con todo, la oscura redacción de la DA 11ª de la LRJPAC plantea si cuando habla de visado se está refiriendo únicamente al procedimiento administrativo en materia de visados o si también a las normas de régimen jurídico de la Administración. Por tanto, cabe plantearse si cuando la DA se refiere a los visados lo hace únicamente por lo que respecta a su procedimiento, pero no respecto a las normas substantivas, pues la motivación no es un mero elemento formal sino que afecta a la causa del acto administrativo. No obstante, la intención del legislador parece que fue la de crear un régimen de especialidad, especialmente en materia de visados.

Este régimen de especialidad se viene a potenciar con la nueva reforma de la LOEx. En efecto, tal y como se prevé en el art. 4 del Proyecto se quiere introducir una nueva disposición adicional decimonovena en la LRJPAC, que queda redactada de la siguiente forma:

«Disposición adicional decimonovena. Procedimientos administrativos regulados en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

Los procedimientos regulados en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, se regirán por su normativa específica, aplicándose supletoriamente la presente Ley».

La especialidad viene a justificarse, de acuerdo con el Preámbulo del Proyecto de Ley de reforma, en la necesidad que se apliquen a estos procedimientos «las peculiaridades procedimentales que en la misma se introducen con carácter novedoso». Estas peculiaridades procedimentales se justifican a la vez en razones de simplificación administrativas. Cabe señalar, sin embargo, que difícilmente pueden justificarse esta especialidad en meras razones de simplificación de procedimientos cuando, en realidad, lo que se procede es a evitar la aplicación de las garantías que con carácter general regula la legislación de procedimiento administrativo común.

En efecto, tal y como señaló uno de los grandes maestros del Derecho administrativo, el Prof. S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER la simplificación tiene dos sentidos distintos que están claramente vinculados: por una parte, el hacer más fácil o menos complicada una cosa y por otra, el reducir a una expresión a su forma más breve y sencilla (48). Según este autor, la simplificación supone tanto hacerla menos complicada como reducir la actividad administrativa. Esta reducción no debe suponer necesariamente la mera reducción de las propias funciones administrativas, sino la eliminación de aquellas actuaciones innecesarias que ralentizan el funcionar cotidiano de las Administraciones públicas. Así, se ha señalado que «la simplificación desemboca inevitablemente en la reducción o la supresión de la reglamentación gubernamental, cuando dicha reglamentación deja de ser necesaria o sus objetivos pueden alcanzarse con mayor efectividad por medio de mecanismos alternativos (49)». Se trata, en definitiva de racionalizar la actuación administrativa para prestar el adecuado servicio a los intereses generales y al mismo tiempo garantizar la posición jurídica de los ciudadanos que resultan afectados. En esta línea se ha advertido que «el objetivo de la simplificación administrativa no debe menoscabar las libertades, poner el peligro la existencia de organismos consultivos creados para contribuir a la democracia dentro de la vida económica o conducir a una disminución de la seguridad jurídica de los administrados» (50). En este sentido, la Disposición Adicional Primera de la Ley 4/1999, de modificación de la LRJPAC, señala al regular la simplificación de procedimientos dispone que: «En ningún caso, las especialidades de los distintos procedimientos podrán suponer una disminución o limitación de las garantías consagradas

(48) Vid. S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: «De la simplificación de la Administración pública» en *RAP* 147, septiembre-diciembre 1998, p. 7.

(49) Vid. el *Informe del Grupo de expertos independientes sobre la simplificación legislativa y administrativa. Resumen y propuestas* en *DOCE* COM895) 288 final, pp. 2-3.

(50) Vid. la Recomendación del Consejo de 28 de mayo de 1990, relativa a la aplicación de un *apolítica de simplificación administrativa* en los Estados miembros (*DOCE* serie L 141, 1990, de 2 de junio de 1990).

en esta Ley». En este contexto, P. AGUELO NAVARRO (51) ha advertido claramente que:

«En realidad, no parece que los trámites administrativos vayan a agilizarse como sería deseable. Por el contrario mucho nos tememos que la obsesiva preocupación que sobresale en todo el texto del Anteproyecto por el que se denomina «inmigración ilegal» provoque unas prácticas administrativas poco acordes con la deseada finalidad. El control policial, la regulación de la extranjería como régimen expreso de sujeción especial administrativa no anuncia una pacífica y aligerada gestión administrativa».

La competencia para la iniciación, tramitación y resolución de los visados corresponde a la Administración General del Estado en el exterior, concretamente a las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares. Ello lo es sin perjuicio de la intervención de otros órganos durante la instrucción del procedimiento a través de la evacuación de los correspondientes informes. Tales informes son expedidos normalmente por la «autoridad gubernativa», se está refiriendo al Subdelegado del Gobierno, o por la autoridad laboral. Quizás hubiera sido conveniente articular a través del informe la participación de las CC.AA. que tienen atribuidas competencias en materia laboral.

Por lo que se refiere a la iniciación del procedimiento, éste se insta a través de solicitud del interesado. Se plantea si el art. 15 del RELOEx prevé la posibilidad del denominado depósito en el «buzón consular» (dejar en un buzón la solicitud de visado sin poder acreditar su entrada en un registro administrativo). Tal actuación consistía en depositar la solicitud en un buzón sin que el extranjero tuviera ningún tipo de acreditación conforme había presentado dicho documento. Esta práctica carece de los requisitos mínimos para entender garantizados los derechos inherentes a la formulación de la solicitud. En definitiva dicha práctica viene a contradecir el derecho previsto en el art. 35 c) de la LRJPAC de obtener copia sellada de los documentos que presenten, aportándola junto con los originales, así como la devolución de éstos, salvo cuando los originales deban obrar en el procedimiento. La redacción definitiva del art. 15 del RELOEx ha omitido un inciso que se encontraba en los borradores iniciales que era el siguiente: «cuando por razones de seguridad o de organización administrativa tenga introducido el sistema de solicitud por correo o por depósito en el buzón de la Oficina

(51) Vid. de este autor: «Comentarios de urgencia acerca del anteproyecto modificación Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre» publicado en la página web del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, en la siguiente dirección electrónica: <http://www.extranjeria.info/publico/tcmas/Reforma-anual-loex/opinion/comentarios-web-pdf>.

Consular». Por tal razón debemos considerar que esta práctica además de ser ilegal no puede encontrar cobertura en el RELOEx.

Con la nueva reforma se establece la exigencia legal que la presentación de solicitudes de visado y su recogida se realizarán personalmente ante la Misión diplomática u Oficina Consular en cuya demarcación aquél resida. Como excepción se establece la posibilidad de presentación a través de representante cuando el interesado no resida en la población en que tiene su sede y se acrediten razones que obstaculicen el desplazamiento. La no presentación personal es una de las causas legales que se prevén en la nueva reforma para proceder a la inadmisión de las solicitudes. Esto es, las solicitudes no llegan ni tan sólo a tramitarse. Esta ampliación de los supuestos de inadmisión que introduce la nueva reforma en la Disposición Adicional Cuarta viene a reforzar el papel del visado como elemento de control de la inmigración en origen.

En el caso que el extranjero no aporte la documentación necesaria resulta obligado dar un plazo de subsanación de los documentos, previo requerimiento previo. Deben extremarse las cautelas en la substitución de la notificación por la publicación, por lo que no parece admisible que ello se permita «cualquiera que fuera la causa» (art. 15.2 RELOEx). Parecería aconsejable establecer plazos más amplios, más allá de los quince días previstos en el reglamento, para atender el requerimiento, dadas las dificultades que comporta la aportación de ciertos documentos, no siempre imputables al interesado sino a las autoridades administrativas del Estado al que pertenecen.

Del procedimiento del visado, en la LOEx solo se menciona el trámite de comparecencia previa, por lo que los demás aspectos se regularán por vía reglamentaria. Este trámite se encuentra en el art. 11.3 del Reglamento de ejecución donde se detalla los fines, los efectos de la citación (suspensión del plazo máximo para resolver y notificar) y los efectos de la incomparecencia del solicitante (se le tendrá por desistido en el procedimiento). La realización de este trámite parece dejarse a la discrecionalidad del instructor del procedimiento. No obstante debería introducirse como límite a esta discrecionalidad que el instructor justifique que existan dudas fundadas sobre el motivo del viaje del solicitante o sobre las intenciones reales de retorno al país de procedencia, tal y como señala la Instrucción consular común.

Debe destacarse, sin embargo, la importancia que tienen los informes emitidos en el procedimiento. Son aquellos casos emitidos por la autoridad gubernativa cuando se trate de reagrupación familiar o por la autoridad laboral cuando se trate de trabajo por cuenta ajena. Los informes podrían ser un cauce de reducción de la discrecionalidad. El RELOEx distingue entre informes preceptivos y vinculantes. Ejemplos de estos últimos serían

los informes en los visados de reagrupación familiar (art. 8.2 del RELOEx), así como ciertos informes desfavorables como es en el caso de los visados de residencia no lucrativa (art. 8.6 RELOEx). Se prevé también en el reglamento los efectos de la no emisión del informe, señalándose que éste se considerará favorable (art. 7.4 RELOEx). En realidad se trata de un mero efecto procesal, de entender cumplido el trámite a los efectos de no paralizar *sine die* el procedimiento, lo que no exime al órgano competente de realizar las comprobaciones oportunas y de fundamentar adecuadamente su decisión.

En definitiva, de lo que hemos expuesto hasta ahora se concluye que es necesario otorgar un cierto margen de discrecionalidad a la Administración para la concesión de visado, en cuanto constituye el mecanismo fundamental para el control de entrada. Ahora bien, esta discrecionalidad debe enmarcarse en la exigencia de unos criterios substantivos, así como un procedimiento con las debidas garantías que asegure un correcto ejercicio de la función administrativa de control.

El procedimiento finaliza ordinariamente con la resolución. En la misma deberán valorarse la documentación e informes (art. 19.2 RELOEx) en base a los criterios anteriormente expuestos que según el punto V de la Instrucción consultar común son fundamentalmente: la seguridad, el evitar riesgo de la inmigración ilegal y las relaciones internacionales.

El cambio de la regulación del papel del visado que introduce la reforma comportará, con toda probabilidad, la introducción de modificaciones en el procedimiento para su concesión, mediante la aprobación del nuevo Reglamento de ejecución. Ahora bien, tales cambios deberían ser acompañados de la dotación de más medios y personal a las Misiones Diplomáticas y Oficinas Consulares. De otra forma, en vez de conseguir una mayor agilización de los procedimientos es posible que se produzca una ralentización de los mismos o una inadmisión sistemática de las solicitudes de los interesados. Tal situación quizás produzca unos efectos contrarios a los deseados, esto es que los inmigrantes opten por entrar de forma irregular.

III. CONCLUSIONES Y VALORACIÓN GENERAL: HACIA UNA NECESARIA DELIMITACIÓN DEL MARGEN DE DISCRECIONALIDAD EN EL CONTROL ADMINISTRATIVO DE ENTRADA

Los ciudadanos extranjeros son titulares de las libertades de circulación y residencia (art. 19 Constitución), si bien en diferentes términos y con diferente intensidad que los ciudadanos españoles. Ello permite que el legislador establezca la exigencia de determinados requisitos y diversas situaciones jurídicas. La posición constitucional del extranjero y las libertades de circu-

lación y residencia comportan la existencia de un conjunto de técnicas que permite modular la amplia discrecionalidad administrativa que tradicionalmente ha regido en este ámbito.

El marco jurídico actual configura al visado como el instrumento principal de control de flujos migratorios. No obstante, constituye un presupuesto necesario pero no suficiente para entrar en España pues se continúa reservando un amplio grado de discrecionalidad al funcionario de policía que se encarga del control fronterizo. El visado puede definirse, a mi entender, como aquel acto administrativo de control, que se inserta en el pasaporte, título de viaje o bien se expide en documento aparte, por el que la Administración exterior del Estado (a través de la Misión diplomática o Oficina consular) comprueba la idoneidad de una persona para entrar en territorio español y que habilita a ésta para presentarse ante un puesto fronterizo y solicitar la entrada en el territorio de un Estado. Función que se ha visto ampliada por la nueva reforma al habilitar también, una vez se ha entrado en territorio español, a permanecer en la situación jurídica para la que fue concedido.

En el control de la discrecionalidad en el otorgamiento del visado cobra singular importancia la adecuada delimitación de los conceptos jurídicos indeterminados como peligro para el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las relaciones internacionales de España. También debe tenerse muy en cuenta la diversidad de situaciones jurídicas de los solicitantes del visado. Ello comporta que la decisión administrativa tenga un mayor o menor margen de apreciación. Resulta evidente, por ejemplo, que en el momento de tomar una decisión no puede situarse en un mismo plano un visado de estancia que tenga como finalidad venir a hacer turismo que, en cambio, un visado en el que se pretende llevar a cabo una reagrupación familiar. Ello ya es intuitivo por el legislador cuando al establecer la obligación de motivar los visados.

La estrecha interrelación que se da entre el visado y el control fronterizo de entrada comporta la necesidad de evitar la duplicidad de controles y la utilización de criterios puramente subjetivos y dispares en la admisión de los extranjeros por parte de los funcionarios de policía. Sería por ello quizás sería conveniente, configurar la autorización de entrada como un acto eminentemente reglado, reservando el ejercicio de la discrecionalidad para la concesión previa del visado. Cuando el extranjero tiene un visado y se presenta en un puesto fronterizo, si bien no se elimina totalmente el ámbito de apreciación o de discrecionalidad en la autorización de entrada, este ámbito queda limitado por la concesión de aquel documento.

La decisión del funcionario no podrá entrar a valorar si el motivo de la entrada en territorio español se adecua a los fines que establece el art. 27.3

de la LOEx. Su decisión deberá limitarse a comprobar la verosimilitud del motivo de entrada invocado, tal y como establece el art. 23.1 del RELOEx. Será decisión discrecional suya el solicitar o no la presentación de documentos que permitan dicha comprobación y que se relacionan en el art. 23.2 del RELOEx. En cualquier caso la denegación de entrada no podrá basarse en meras sospechas, conjeturas o juicios de valor, sino en razones justificadas que hayan quedado debidamente probadas en el expediente administrativo. La vinculación que para el funcionario implica la concesión de visado no excluye que pueda procederse a su anulación o revocación en determinados casos reglados. De acuerdo con la Decisión del Comité Ejecutivo de 14 de diciembre de 1993 (Acervo Schengen) la anulación del visado se realiza en la frontera por parte de los agentes de control fronterizo cuando el visado ha sido expedido por error ya que el extranjero estaba descrito como no admisible. La revocación, según esta normativa, se llevará a cabo cuando, al efectuar un control, el extranjero no cumple o ha dejado de cumplir una o varias de las condiciones fijadas en el art. 5 del Convenio de Schengen. El tema de la discrecionalidad en el otorgamiento de visado deberá repensarse, en cualquier caso, al establecerse otras funciones adicionales del mismo que introduce la nueva reforma establece. En este sentido sería conveniente que el Reglamento de ejecución estableciera pautas y criterios claros de decisión para los funcionarios de las Misiones Diplomáticas u Oficinas Consulares, dependiendo de cada situación del solicitante. La tendencia que se vislumbra parece, sin embargo, ser la contraria.