

**ALGUNAS PARADOJAS DEL RÉGIMEN LEGAL  
DE LA EXTRANJERÍA EN ESPAÑA**

**Emilia M. Santana Ramos**

*Área de Filosofía del Derecho*

*Facultad de Ciencias Jurídicas de la ULPGC*

<b>SUMARIO:</b>	I. PLANTEAMIENTO. II. EL REGIMEN LEGAL DEL NO NACIONAL CUALIFICADO. III. EL REGIMEN LEGAL DEL EXTRANJERO EN SENTIDO ESTRICTO. IV. LA INVERSIÓN DEL SENTIDO DEL REGIMEN LEGAL DEL EXTRANJERO EN ESPAÑA. V. BIBLIOGRAFÍA.
-----------------	---

## I. PLANTEAMIENTO

El trasiego de población entre los distintos países constituye una constante en nuestros días. A ello ha contribuido poderosamente el fuerte desarrollo de los medios de comunicación y de las tecnologías de la información que facilita el traslado entre puntos geográficos muy lejanos, a la vez que permite estar al día en el conocimiento del nivel de vida alcanzado y de las posibilidades que ofrece cada país a quienes, con mayor o menor intención de permanencia, deciden acercarse a él. También, desde luego, el desigual reparto de la riqueza que permite a algunos privilegiados disfrutar de la contemplación de parajes ajenos a su lugar de residencia, en ocasiones desconocidos hasta entonces, mientras que incita a otros, los más necesitados económicamente, a cambiar su lugar de residencia en busca de un futuro que les proporciona mayores expectativas vitales.

Las dimensiones que ha venido adquiriendo este fenómeno han provocado que los Estados tomen medidas en ocasiones muy restrictivas para su regulación. Son medidas que en general asumen en mayor medida el punto de vista del país receptor, que no quiere verse perjudicado por el atractivo que el mismo suscita para el visitante, que el de las ventajas que para éste puede representar su traslado, transitorio o permanente, a la nueva sociedad. El sentimiento nacional y el afán de mantener, o en su caso incrementar, el nivel económico alcanzado explica el preponderante peso de semejante perspectiva.

No se trata ya sólo de valorar la afectación del principio de universalidad de los derechos humanos que pudiera implicar la adopción de este punto de vista cuando es la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 13, la que reconoce que toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado, añadiendo en un segundo punto que, igualmente, toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país<sup>1</sup>. La adopción de la propia perspectiva de la sociedad de acogida obliga a una consideración igualmente crítica del régimen legal de la extranjería en España.

---

1 L. Miraut Martín, "Los objetivos de las políticas de inmigración", en Laura Miraut Martín (editora) *Justicia, migración y derecho*, Dykinson, Madrid 2004, pág. 349, señala en este sentido que la consideración del libre desarrollo de la personalidad del inmigrante juega en primer lugar en el momento mismo de la entrada del inmigrante en la sociedad receptora.

Nuestro propósito es en este sentido mostrar las paradojas, las hipotéticas contradicciones, que desde la misma lógica del punto de vista adoptado conlleva la regulación vigente. Asumimos en todo caso que no se trata de paradojas necesariamente específicas de nuestro país, toda vez que la regulación legal establecida responde en general a una defensa nítida del nacional frente a aquellos a quienes no se reconoce el derecho de disfrute de las inequívocas ventajas que acarrea la condición de la nacionalidad. Pero ello no justifica cerrar los ojos ante determinadas actitudes del legislador que ponen de manifiesto las ideas nucleares que presiden la propia regulación de la situación del extranjero.

En el marco de la propia Unión Europea este año 2007 es el año europeo de la igualdad de oportunidades para todos. La Decisión nº 771/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, intenta llegar a una sociedad justa que rechace las conductas discriminatorias, y debería conseguir un importante apoyo de la población hacia las legislaciones en materia de no discriminación y de igualdad. Dentro de su contenido, y debido a la materia que estamos abordando, debemos resaltar la coherencia y complementariedad que se pide en las actuaciones de la Comunidad, singularmente en la política de inmigración y asilo, entre otras. Además en este año se cumplen diez años de la celebración del Año Europeo contra el Racismo, que permitió, en este sentido, considerables progresos hacia la eliminación de la discriminación racial.

En este contexto europeo es donde hacemos la primera diferenciación legal entre los distintos regímenes legales que hay en España para regular el tema de la extranjería<sup>2</sup>. No toda persona que tiene una nacionalidad distinta a la española es considerada como persona extranjera en sentido material, persona ajena a lo que reconocemos como nuestro universo inmediato, con la que no estamos dispuestos a compartir las notas y condiciones que enmarcan nuestro desarrollo como integrantes del grupo social. La caracterización por oposición del extranjero que establece nuestra legislación al considerar extranjero a quien carece de nacionalidad española tiene en este sentido un carácter primordialmente formal<sup>3</sup>.

Los ciudadanos de países pertenecientes a la Unión Europea desde el Tratado de Maastrich ostentan la ciudadanía de la Unión Europea, con los derechos que lógicamente ésta lleva aparejados. Tampoco son considerados extranjeros en sentido material los ciudadanos de países que no pertenecen a la Unión Europea, pero que, o bien tienen suscritos acuerdos concretos con ella, o bien están integrados junto a

---

2 Como dice S. Álvarez, *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant lo blanch, Valencia 2007, pág. 37, "no existe un estatuto de extranjería homogéneo".

3 M. López Muñoz Goñi, *La nueva ley de extranjería*, Codex, Madrid 2006, pág. 39, llama la atención acerca de la discordancia de esta caracterización con el sentido común de la expresión que alude a la pertenencia de a un determinado soberano, resaltando que "la ley llega más allá del concepto estricto de extranjero, puesto que los apátridas son también objeto de ésta norma legal.

sus miembros en alguna organización internacional para la defensa de intereses, así podríamos destacar a Suiza, Noruega, Islandia o Liechtenstein. Por último, habría que hacer referencia a los ciudadanos de cualquier país del mundo, que aun no siendo nacionales de un determinado Estado, guardan determinados vínculos de parentesco con ciudadanos de los dos grupos anteriores. A los tres anteriores grupos, los llamados comunitarios, se les aplica el derecho comunitario<sup>4</sup>.

En sentido estricto, los extranjeros serán los que no puedan estar incluidos en alguno de los anteriores grupos y las consecuencias de esta diferenciación se ponen de manifiesto en la normativa del derecho de extranjería aplicable. A los extranjeros en sentido estricto les serían aplicables las normas del régimen general de extranjería.

## II. EL REGIMEN LEGAL DEL NO NACIONAL CUALIFICADO

Las personas a las que se aplica el régimen comunitario tienen derecho a circular libremente por territorio español (entrar, residir y salir), según el artículo 3 del Real Decreto 240/2007 sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y, salvo alguna excepción, tienen derecho a acceder a cualquier actividad por cuenta propia, por cuenta ajena o a la prestación de servicios y realización de estudios, en las mismas condiciones que los españoles, sin perjuicio de la imposibilidad de acceso a ciertos puestos de la función pública. La vieja distinción entre los derechos del hombre (derechos universales) y los derechos del ciudadano (derechos del hombre como integrante de una concreta comunidad) recobra aquí su papel tradicional.

Debemos hacer una puntualización para los ciudadanos de Bulgaria y Rumania, países ingresados en la Unión Europea, a los que España ha fijado un periodo transitorio de dos años en lo que concierne, únicamente, a la efectividad plena de la libre circulación de trabajadores por cuenta ajena.

Este último punto, permite entender la polémica suscitada en estos últimos meses en la Comunidad de Castilla La Mancha, donde al parecer, y según noticia publicada por el diario *El País* el día 16 de septiembre de 2007 en su edición digital, "Los agricultores de la región se disponen a emplear a miles de inmigrantes sin permiso de trabajo para recolectar 2.750 millones de kilos de uvas durante 25 días. La mayoría son rumanos y búlgaros con derecho a residir en España, pero sujetos a una moratoria que les impide trabajar por cuenta ajena sin permiso expreso de la Administración".

---

4 La representación de la idea de la doble ciudadanía, nacional y comunitaria, cobra pleno sentido a este respecto. La ciudadanía como garantía de pertenencia a dos entidades distintas (el país de origen y la unión de distintos países) que redunda en última instancia en la mayor intensidad de la situación de ajenidad del extranjero en sentido estricto.

La entrada de estos ciudadanos comunitarios se efectúa en territorio español con el pasaporte o, en su caso, el documento de identidad en el que conste su nacionalidad, válido y en vigor. Si vinieran acompañados de familiares que no posean la nacionalidad de uno de los Estados miembros de la Unión Europea, de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o Suiza, su entrada se permitirá cuando exhiban un pasaporte, válido y en vigor y necesitarán además, por regla general, el correspondiente visado.

Si ese familiar tuviera en su poder una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, válida y en vigor, expedida por un Estado que aplique plenamente el Acuerdo Schengen, no tiene obligación de obtener el visado de entrada y, a la presentación de dicha tarjeta, no se estampará en el pasaporte el sello de entrada o de salida.

Es novedad que si un beneficiario del régimen de derecho comunitario no dispone de los documentos de viaje necesarios para la entrada en territorio español, o de visado si éste es exigible, los responsables del control fronterizo le darán las máximas facilidades para que pueda obtener o recibir en un plazo razonable los documentos necesarios, o para que se pueda confirmar o probar por otros medios que efectivamente es beneficiario de este régimen.

Así pues, la entrada de los ciudadanos comunitarios es sumamente sencilla y carente de complicados requisitos<sup>5</sup>, y además si la permanencia en España va a ser de una duración inferior a tres meses, será suficiente la posesión de ese pasaporte o documento de identidad en vigor con el que efectuó la entrada. A este periodo de tiempo se le denomina *estancia*. Si quisieran por el contrario permanecer en España más de tres meses hablaríamos de *residencia*, y se está entonces obligado el sujeto a solicitar personalmente, en el plazo de tres meses contados desde la fecha de entrada en España, ante la Oficina de Extranjeros de la provincia donde pretendan fijar su residencia o, en su defecto, ante la Comisaría de Policía correspondiente, su inscripción en el Registro Central de Extranjeros. Realizada la petición, se expedirá al ciudadano comunitario un certificado de registro.

En el caso de que el beneficiario del régimen de derecho comunitario fuera un familiar de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o Suiza, únicamente tienen la obligación de solicitar personalmente y obtener una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión para ejercer su derecho a la residencia.

Se podría pensar, y así es, que viendo lo anteriormente reseñado, parece que a los ciudadanos comunitarios y a algunos de sus familiares (ascendientes directos, y los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo; descendientes directos,

---

5 A. F. Franco Pérez, "Inmigración y extranjería. Las alternativas de regulación de los extranjeros en España", en M.A. Presno Linera, Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos, (coordinador), Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pág. 209, habla en este sentido de la "extrema flexibilidad" de las normas del régimen comunitario.

y a los de su cónyuge o pareja registrada menores de veintiún años, mayores de dicha edad que vivan a su cargo, o incapaces; a su cónyuge o a la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos) se les aplica una regulación más favorable y facilitadora en el campo del ejercicio de sus derechos en España.

También es cierto que a los mismos, cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, se les pueden imponer ciertas medidas como es el impedir la entrada en España, denegarles la inscripción en el Registro Central de Extranjeros, o la expedición o renovación de las tarjetas de residencia u ordenar la expulsión o devolución del territorio español.

Obviamente de las medidas descritas parece que la expulsión del territorio es la más contundente. Sin embargo, para aplicarla deben existir diversos condicionantes como que si se tratara de un beneficiario del régimen de derecho comunitario que ostente el derecho a residir con carácter permanente, solamente podrá ser expulsado si existen motivos graves de orden o seguridad pública, teniéndose en cuenta a la hora de adoptar dicha decisión la duración de la residencia, su grado de integración social y cultural, edad, estado de salud, situación familiar y económica, así como los vínculos con su país de origen. Además si ese sujeto fuera nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, de un Estado parte del Espacio Económico Europea o de Suiza, salvo motivos imperiosos de seguridad pública, no podrá ser expulsado si lleva residiendo en España los diez años anteriores o se trate de un menor de edad.

Sin perjuicio de estas exigencias, existen otras garantías como la del informe previo de la Abogacía del Estado en la provincia. Esa resolución de expulsión de un titular de tarjeta de residencia o certificado de registro requerirá, con anterioridad a que se dicte, el reseñado informe, salvo en aquellos casos en que concurran razones de urgencia debidamente motivadas.

Como segunda garantía para el ciudadano beneficiario del derecho comunitario podemos decir que, dictada la expulsión, y aparte de los recursos legalmente procedentes, la resolución de la autoridad competente que ordene la expulsión de personas solicitantes de tarjeta de residencia o certificado de registro será sometida, previa petición del interesado, a examen de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado o de la Abogacía del Estado en la provincia.

El interesado podrá presentar personalmente sus medios de defensa ante el órgano consultivo, a no ser que se opondan a ello motivos de seguridad del Estado. El dictamen de la Abogacía del Estado será sometido a la autoridad competente para que confirme o revoque la anterior resolución.

Nos encontramos en cualquier caso ante una situación de extranjería privilegiada, en la que puede decirse que los afectados no son extranjeros en sentido estricto, pudiendo disfrutar de derechos comunes a los que corresponden a los nacionales del país implicado. Todo ello supone además un considerable impulso de cohesión social y de garantía para el asentamiento de un sentimiento de pertenencia a la comunidad, de no discriminación frente a los semejantes que redundan en el

mayor grado de bienestar del individuo. Es, en definitiva, una situación que contrasta abiertamente con la del extranjero en sentido estricto, que, no siendo originario del país de acogida, no puede disfrutar de determinados derechos que el propio Estado hace sin embargo, extensibles a los ciudadanos comunitarios. Los intentos de justificación de ésta situación en base al substrato cultural común no pueden en cualquier caso ocultar el carácter privilegiado de las misma<sup>6</sup>.

### III. EL RÉGIMEN LEGAL DEL EXTRANJERO EN SENTIDO ESTRICTO

Según cifras oficiales del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a 30 de junio de 2007 había en España 3.536.347 extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor, lo que implica un incremento del 17,03% respecto a 31 de diciembre de 2006. El 34,91 % serían beneficiarios del régimen de derecho comunitario, es decir, personas las cuales se ven reguladas en sus relaciones por el régimen comunitario que hemos venido exponiendo, de ellos el mayor porcentaje serían de nacionalidad rumana. Es el momento pues de enfrentarnos a la regulación a la que se ven sometidos los otros 2.272.226 extranjeros residentes.

Ya habíamos dejado constancia que a los extranjeros en sentido estricto les serían aplicables las normas del Régimen General de Extranjería. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social regula tan sólo dos situaciones para ellos: la estancia y la residencia. Artículo 29 de la Ley Orgánica 4/2000.

La estancia es la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a noventa días, mientras que la residencia es una autorización de permanencia por un período superior a esos noventa días, distinguiéndose la residencia temporal (que autoriza a permanecer en España por un período superior a noventa días e inferior a cinco años), de la residencia permanente (que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles).

El extranjero sometido al régimen general de extranjería se encuentra en una situación de estancia cuando está autorizado para permanecer en España por un período ininterrumpido, o suma de períodos sucesivos, cuya duración total no exceda de noventa días por semestre a partir de la fecha de la primera entrada. Transcurridos esos días tendrá que abandonar España u obtener una prórroga de estancia o una autorización de residencia.

---

6 F. Fernández-Crehuet, "Ius commune e identidad europea: el ocaso de un mito" en *Evolución y tendencias del derecho europeo*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, n. 9, 2006, págs. 185 -2008, ha puesto de relieve el carácter artificial de las teorías de la identidad que intentan explicar Europa sobre la base de la existencia de caracteres culturales comunes.

Es la propia disposición normativa la que contempla los requisitos para la entrada en el territorio español, quedando resumidos en:

- Primero. Hacerlo por los puestos habilitados al efecto.
- Segundo. Hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad.
- Tercero. No estar sujeto a prohibiciones expresas.
- Cuarto. Justificar el objeto y condiciones de estancia, para lo que deberá presentar los documentos que se determinaron reglamentariamente.
- Quinto. Acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.

En otro orden de cosas, los pasaportes y títulos de viaje, deberán ir provistos del correspondiente visado, salvo lo dispuesto en los convenios internacionales en que España sea parte. Debe de matizarse que no será exigible el visado cuando el extranjero sea titular de una autorización de residencia en España o documento análogo que le permita la entrada en territorio español.

Estos requisitos no serán de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España.

La normativa contempla que cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España, se podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos procediéndose a hacer entrega al extranjero de la documentación que se establezca reglamentariamente.

Por su parte, el desarrollo reglamentario de la Ley añade que, cuando así lo determine el Ministerio de Interior, de acuerdo con el de Sanidad y Consumo, podrá exigirse a los extranjeros la presentación de un certificado sanitario, o someterse a reconocimiento médico a su llegada, en la frontera, con el fin de acreditar que no padecen ninguna de las enfermedades cuarentenales contempladas en el Reglamento Sanitario Internacional, sin perjuicio de lo que se disponga, al efecto, por la normativa de la Unión Europea.

Como vemos, la exigencia de los extranjeros sometidos al régimen general es mayor que el único requisito documental exigido a los ciudadanos que son beneficiarios del régimen de derecho comunitario.

Existen dos supuestos en los que el extranjero, aun excediéndose de los noventa días por semestre de permanencia en España, sigue encontrándose en situación de estancia. Dichos supuestos son la prórroga de estancia y la estancia de los estudiantes, que quedará siempre condicionada en el caso del menor a que el estudiante en cuestión, no se encuentre en España bajo la custodia de sus padres o tutores y tenga efectivamente garantizados los medios económicos necesarios.

La regulación de la prórroga de estancia se contempla en el artículo 30 de la Ley Orgánica 4/2000, y en su desarrollo de los artículos 29 y 30 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, de desarrollo de la citada Ley.

La prórroga de estancia, permite al extranjero que haya entrado en España para fines que no sean de trabajo o residencia, y que se encuentre en el período de estancia, continuar legalmente en España, durante un tiempo máximo que dependerá de una serie de requisitos.

Es necesario para que se de esta figura, no lo llamaremos situación, que el período inicial de estancia no se haya terminado para que se pueda solicitar la prórroga.

En cuanto a la duración de la prórroga de estancia si la entrada en España la realizó el extranjero con visado, por ser éste exigible, el artículo 30.3 de la Ley Orgánica 4/2000 dispone que, cuando la duración del visado sea inferior a tres meses, se podrá prorrogar la estancia, que en ningún caso podrá ser superior a tres meses, en un período de seis meses. Si el visado permite una estancia inferior a noventa días de estancia se podría conceder una prórroga de estancia hasta llegar a completar esos noventa días, siempre y cuando el período de validez del visado lo permita, es decir, siempre y cuando no haya caducado. Sin embargo si el visado permite una estancia de noventa días, en este caso no cabría la posibilidad de prorrogar la estancia.

Si la entrada en España la realizó el extranjero sin visado, por resultar éste exigible, el artículo 30.4 Ley Orgánica 4/2000 regula que, cuando concurren circunstancias excepcionales que lo justifiquen, podrá autorizarse la estancia de un extranjero en el territorio español más allá del periodo de tres meses.

Se deriva de ello que, en estos casos, la prórroga puede tener una duración de otros tres meses, que, como máximo, se sumarían a los tres que inicialmente tenía el extranjero que se encontraba en situación de estancia. Es decir, el interesado contaba con noventa días y puede ver prorrogada su estancia otros tres meses más, de modo que permanezca todo un semestre desde la primera entrada.

Por lo que se refiere al procedimiento a seguir en la prórroga de estancia, la solicitud se formalizará en un modelo oficial, debiéndose identificar el solicitante personalmente ante la Oficina de Extranjeros, Jefatura Superior o Comisaría de Policía de la localidad donde se encuentre.

Junto con la solicitud, el interesado ha de acompañar determinada documentación:

- Pasaporte ordinario o documento de viaje, con vigencia superior a la de la prórroga de estancia que se solicite, que se anotará en el expediente y se devolverá al interesado.
- Acreditación de las razones alegadas para la solicitud, que deberán ser excepcionales en el supuesto de nacionales de Estados a los que no se exige visado para su entrada en España.
- Prueba suficiente de que dispone de medios de vida adecuados para el tiempo de prórroga que solicita.

- Un seguro de viaje con la misma cobertura que el necesario para la solicitud del visado de estancia, y con una vigencia igual o superior a la prórroga solicitada.

Las garantías de retorno al país de procedencia o, en su caso, de admisión en el Estado tercero de destino, con anterioridad a la fecha de finalización de la prórroga que se solicita podrán ser justificadas aportando un billete adquirido a nombre del solicitante con fecha de retorno cerrada anterior a la finalización del período de prórroga de estancia solicitada.

En cuanto a los órganos competentes para conceder o denegar la prórroga de estancia, son los Subdelegados del Gobierno, los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales y el Comisario General de Extranjería y Documentación.

Para la concesión o denegación de la prórroga será necesario que el extranjero cumpla lo relativo a la documentación anteriormente referida y, por otro lado, que no esté incurso ni en causas de prohibición de entrada, ni de expulsión o devolución.

La concesión de la prórroga se hará constar en el pasaporte o título de viaje, previo abono de las tasas fiscales legalmente establecidas, y amparará a su titular y a los familiares que, en su caso, figuren en dichos documentos y se encuentren en España.

Si se dicta resolución denegatoria, ésta habrá de ser motivada y deberá notificarse formalmente al interesado, con las garantías de recurso previstas legalmente. En la misma se fijará la salida obligatoria del territorio nacional, salida que deberá realizarse antes de que finalice el período de estancia inicial o, de haber transcurrido éste, en el plazo fijado en la resolución denegatoria, que no podrá ser superior a setenta y dos horas. El plazo de salida se hará constar en el pasaporte o título de viaje o en el impreso correspondiente previsto para dejar constancia de la salida del territorio nacional.

Por lo que se refiere a la situación de residencia temporal, aquella en la que el extranjero se encuentre autorizado a permanecer en España por un período superior a noventa días e inferior a cinco años, se concederá al extranjero que acredite disponer de medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso, los de su familia, durante el período de tiempo por el que la solicite sin necesidad de realizar actividad lucrativa, se proponga realizar una actividad económica por cuenta propia o ajena y haya obtenido la autorización administrativa para trabajar, o sea beneficiario del derecho a la reagrupación familiar. artículo 31.1 L.O. y 34 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, de desarrollo de la Ley Orgánica 4/2000.

Tres son pues los supuestos generales para conceder esta situación de legalidad en España.

- Residencia temporal no lucrativa. Haría referencia al extranjero que acredite disponer de medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso, los de su familia, durante el período de tiempo por el que la solicite sin necesidad de realizar actividad lucrativa.

- Residencia temporal y trabajo. Sería el extranjero que se proponga realizar una actividad económica por cuenta propia o ajena y haya obtenido la autorización administrativa para trabajar.
- Residencia temporal por ser beneficiario del derecho a la reagrupación familiar. Sería el extranjero que, manteniendo determinado vínculo de parentesco con otro que ya es residente legal en España, puede trasladarse a vivir con él en nuestro país. El derecho lo ejerce el que ya reside en España, para determinado familiar suyo. Dicho familiar, concedida la reagrupación, residirá legalmente con residencia temporal.

Se complementan los tres anteriores supuestos con otros cuatro que podríamos llamar supuestos excepcionales: residencia temporal por razones de arraigo, residencia temporal por razones de protección internacional, residencia temporal por razones humanitarias, y residencia temporal por colaboración con la Administración o existencia de razones de orden público o seguridad nacional.

Nos vamos a detener en el supuesto excepcional de residencia temporal por razones humanitarias. No es un supuesto en abstracto de libre interpretación, o una norma que abarque lo que cualquier profano en derecho de extranjería interpreta que es una razón humanitaria. El supuesto se refiere a tres casos: artículo 45.4 del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre.

Extranjeros víctimas de determinados delitos: delitos tipificados en los artículos 311 a 314 del Código Penal; delitos en los que haya concurrido la circunstancia agravante de comisión por motivos racistas, antisemitas o de otra clase de discriminación, tipificada en el artículo 22.4.<sup>a</sup>, del Código Penal; o delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familiar, en los términos previstos por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, siempre que haya recaído sentencia por tales delitos.

Extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada, de imposible acceso en su país de origen, y que el hecho de ser interrumpida o de no recibirla suponga un grave riesgo para la salud o la vida. Será preciso un informe clínico expedido por la autoridad sanitaria correspondiente, a los efectos de acreditar la existencia efectiva de la situación de necesidad.

Extranjeros que acrediten que su traslado al país del que son originarios o proceden, a efectos de solicitar el visado que corresponda, implica un peligro para su seguridad o la de su familia, y que reúnen los demás requisitos para obtener una autorización temporal de residencia o de residencia y trabajo.

Existen dos requisitos generales para ser beneficiario de una autorización de residencia temporal: carecer de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido.

Por último debemos exponer la situación de la residencia permanente diciendo que vendría a representar el “particular vellocino de oro<sup>7</sup>” de quienes, sin encontrarse en principio amparados por la legislación nacional acuden a nuestro país en busca de un futuro mejor es la situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles.

Tienen derecho a obtener una autorización de residencia permanente los extranjeros que acrediten haber residido legalmente y de forma continuada en el territorio español durante cinco años, siendo este camino la forma general de llegar a la residencia permanente, si bien también se articulan otros supuestos excepcionales que vamos a ver a continuación.

Son supuestos en los que, a pesar de no haber residido temporalmente durante cinco años, el extranjero pueda ser beneficiario de una autorización de residencia permanente: Residentes que sean beneficiarios de una pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, incluida dentro de la acción protectora del sistema español de la Seguridad Social; residentes que sean beneficiarios de una pensión de incapacidad permanente absoluta o de gran invalidez, en su modalidad contributiva, incluida dentro de la acción protectora del sistema español de la Seguridad Social o de prestaciones análogas a las anteriores obtenidas en España y consistentes en una renta vitalicia, no capitalizable, suficiente para su sostenimiento; que hayan nacido en España y al llegar a la mayoría de edad acrediten haber residido en España de forma legal y continuada durante tres años consecutivos inmediatamente anteriores a la solicitud; que hayan sido españoles de origen y hayan perdido la nacionalidad española; que al llegar a la mayoría de edad hayan estado bajo la tutela de una entidad pública española durante los cinco años inmediatamente anteriores de forma consecutiva; apátridas o refugiados que se encuentren en territorio español y a quienes se les haya reconocido el respectivo estatuto en España, o extranjeros que hayan contribuido de forma notoria al progreso económico, científico o cultural de España, o a la proyección de España en el exterior.

Resumiendo en cifras los distintos conceptos de los cuales hemos tratado nos encontramos con los siguientes resultados a fecha 30 de junio de 2007. De un total de 3.536.347 extranjeros en régimen de residencia, 2.272.226 están sometidos al régimen general de extranjería mientras que 1.264.121 se encuentran sometidos al régimen comunitario<sup>8</sup>. La cifra de extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor ha aumentado en el último semestre en 514.539 personas. En contra de la opinión de la calle, el mayor aumento de extranjeros en España proviene de aquellos pertenecientes al régimen comunitario, los cuales han experimentado una espectacular variación de un 35,97%.

---

7 Tomamos la expresión de A.F.Franco Pérez, “Inmigración y extranjería. Las alternativas de regulación de los extranjeros en España”, cit, pág. 231.

8 Fuente: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, Observatorio permanente de la Inmigración.

Este dato no es de extrañar si recordamos que desde el 1 de mayo de 2004 hasta el 1 de enero de 2007 se han adherido doce nuevos Estados a la Unión Europea, y por lo tanto, doce nuevas nacionalidades han pasado a ser beneficiarias del régimen de derecho comunitario: Bulgaria, Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, República Checa y Rumania.

#### IV. LA INVERSIÓN DEL SENTIDO DEL REGIMEN LEGAL DEL EXTRANJERO EN ESPAÑA

La regulación legal de la extranjería en España deja al descubierto una decidida actitud de defensa del nacional frente al extranjero, una reserva frente a quienes consideramos ajenos al modo de ser y a los intereses que supuestamente refleja nuestra nacionalidad. La preservación del *statu quo* constituye la razón de ser de nuestra legislación, adscribiendo al extranjero una función prioritariamente instrumental con respecto a nuestro propio bienestar. Se admite al extranjero que nos conviene para llevar a cabo trabajos no deseados por los nacionales que, sin embargo, son necesarios para asegurar la producción económica y el nivel de bienestar alcanzado. Se elude, sin embargo, la consideración del bienestar del extranjero, la atención a lo que le conviene para su mejor desarrollo personal<sup>9</sup>. Este planteamiento resulta criticable por lo que supone de discriminación entre individuos que, cualquiera que sea su origen, poseen una naturaleza común<sup>10</sup>. La apertura a la satisfacción de las necesidades del extranjero supondría en este sentido la actitud mínima de solidaridad que quisiéramos obtener en el caso de ocupar nosotros mismos la posición de inferioridad que ocupan quienes obligados a luchar sacrificando sus propias relaciones personales y sus raíces más profundas por un futuro mejor.

Lo más curioso es, en todo caso, que ese principio criticable parece ceder en determinados casos ante la expresión de razones que ponen en cuestión el referido principio. Esta actitud se adopta unas veces haciendo ver la coherencia de estos aspectos concretos con el sentido general de la regulación general de la extranjería, y en otras ocasiones forzando el significado de la razón esgrimida hasta hacerla en buena medida irreconocible. Mencionamos a continuación algunas de estas aparentes paradojas.

---

9 J. de Lucas, "Algunas propuestas para comenzar a hablar en serio de política de inmigración", en J. de Lucas y F. Torres (eds.), *Inmigrantes: ¿Cómo los tenemos? Algunos desafíos (y malas) respuestas*. Talasa, Madrid, 2002, pág. 28, denuncia en este sentido que en el modelo vigente del trabajador invitado, pensar en el inmigrante como posible ciudadano resulta directamente "inconcebible".

10 J. Asensi Sabater, *Políticas de sospecha. Migraciones internacionales y prácticas constitucionales*. Tirant lo blanch, Valencia 2004, pág. 162, destaca el sinsentido constitucional de la exclusión del extranjero del ejercicio de sus derechos, al señalar que "atribuir la titularidad de un derecho e impedir al tiempo su ejercicio a toda una categoría de personas consideradas por la ley extranjeros irregulares o ilegales significa una negación del derecho mismo, pues en estas condiciones el derecho no existe".

No se acierta a entender en primer lugar la coherencia con el principio esgrimido que tiene el hecho de que se promueva por el imperativo legal que suponen los compromisos internacionales adquiridos un incremento del número de extranjeros sometidos al régimen comunitario en detrimento del número de extranjeros sometidos al régimen general porque la entrada de los primeros sitúa al nacional en un posición mucho más pareja que la entrada del extranjero sometido al régimen general. La amenaza para el bienestar propio es mucho mayor cuantos más sean los derechos que se reconozcan al recién llegado, porque éste se hallará en mejores condiciones para competir con el nacional y participar en el reparto de los beneficios sociales. La postura más coherente con el principio general que rige de hecho la regulación legal de la extranjería sería promover en mayor medida la llegada de extranjeros sometidos al régimen general que la de quienes pueden por su misma condición legal reducir efectivamente nuestro nivel de bienestar. El cumplimiento de los compromisos internacionales constituye una razón legal inexcusable, pero no es en sí mismo una justificación de la situación producida. Son esos mismos compromisos internacionales los que requerirían una justificación coherente con el sentido general de la regulación. No se trata, desde luego, de intentar preservar a toda costa ese sentido general de la regulación del extranjero en España, porque ya hemos visto que resulta muy discutible. Se trata simplemente de reflejar la inversión del sentido general que provoca determinadas decisiones políticas del propio Estado que promueve la ya indicada regulación.

Por otro lado, llama también la atención que entre los supuestos de residencia temporal por razones humanitarias se incluya la consideración de ciertos motivos de discriminación, absolutamente injustificables desde luego, pero se excluya el supuesto de discriminación económica incluso en aquellos casos en que la discriminación puede llegar a poner en peligro la subsistencia del propio individuo o de su descendencia. No parece que haya mayor motivo humanitario que el que permite la misma supervivencia del hombre, que puede verse amenazada en mayor medida por la falta de medios indispensables para sobrevivir que por el riesgo de persecución ideológica o política, o por la pertenencia a un grupo injustificadamente segregado en el país de origen. La desigual distribución de la riqueza en el mundo ha provocado una situación de flagrante injusticia que debiera ser atendida con la activación de los mecanismos legales adecuados. Este es el principal motivo humanitario que debiera atenderse. No es que los otros motivos no deban ser atendidos. Es que sencillamente no les es mas atribuible el calificativo de humanitario que al motivo que refleja la necesidad económica. El refugiado económico no debe ser discriminado en este sentido con respecto al refugiado político.

En otro orden de cosas, resulta igualmente paradójico que se legitime la residencia temporal por razones de estudios cuando estos estudios han alcanzado un determinado nivel y se excluya la posibilidad de acogerse a la residencia por motivos de estudios a quienes en mayor medida necesitan realizarlos, esto es, a quienes pretenden realizar estudios en los niveles más primarios de la enseñanza. De hecho, la exigencia de que el menor estudiante no se encuentre en España bajo la custodia de sus padres o tutores es una forma indirecta de impedir que puedan acceder a la formación

educativa en España los alumnos que por razones de edad se encuentran en los estadios más primarios de la misma, cuando no privado directamente de cualquier formación. Pues bien, no se puede decir que se esté pensando precisamente en el beneficiario de los estudios cuando se privilegia el apoyo a la formación personal de unos cuantos manifestando una evidente dejadez con respecto a la situación de quienes se encuentran absolutamente desprovistos de cualquier formación o la tienen en un nivel muy elemental. Las consecuencias que en orden a la apertura de fronteras conllevaría la decidida puesta en práctica del apoyo al grupo más necesitado no justifican la indiferencia ante el cambio de sentido que impone la regulación legal de la situación del extranjero en este punto.

### BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, S.: *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant lo blanch, Valencia 2007.
- ASENSI SABATER, J.: *Políticas de sospecha. Migraciones internacionales y prácticas constitucionales*. Tirant lo blanch, Valencia 2004.
- FERNÁNDEZ- CREHUET, F.: "Ius commune e identidad europea: el ocaso de un mito" en *Evolución y tendencias del derecho europeo. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n. 9, 2006.
- FRANCO PÉREZ, F.: "Inmigración y extranjería. Las alternativas de regulación de los extranjeros en España", en M.A. Presno Linera, *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, (coordinador), Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
- LÓPEZ MUÑIZ GOÑI, M.: *La nueva ley de extranjería*, Codex, Madrid 2006.
- LUCAS, J. DE: "Algunas propuestas para comenzar a hablar en serio de política de inmigración", en J de Lucas y F. Torres (eds.), *Inmigrantes: ¿cómo los tenemos? Algunos desafíos (y malas) respuestas*. Talasa, Madrid, 2002.
- MIRAUT MARTÍN, L.: "Los objetivos de las políticas de inmigración" en L. Miraut Martín (editora) *Justicia, Migración y Derecho*, Dykinson, Madrid. 2004.