

## Capítulo IV.

# Situaciones especiales de extranjería privilegiadas, agraciadas y desfavorecidas en el nuevo Reglamento ejecutivo de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

DANIEL I. GARCÍA SAN JOSÉ<sup>1</sup>

### I. Introducción

El artículo único del Real Decreto de 30 de diciembre de 2004 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 (en adelante "el Reglamento"), se refiere a su aprobación y ámbito de aplicación.

En relación con esta segunda cuestión, establece un régimen general de aplicación a los extranjeros en España y dos regímenes especiales: por un lado, para los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea así como para los nacionales de los Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

<sup>1</sup> El presente trabajo se inscribe en el Proyecto de investigación SEJ2004-03750/JURI que cuenta con financiación en el marco del Plan Nacional de Investigación Científica del Ministerio de Educación y Ciencia.

Por otro lado, se prevé, igualmente, un régimen especial para aquellas personas a quienes sea de aplicación la Ley 5/1984, reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo. Se aprecia en la redacción de este artículo único una distinción entre ambos regímenes especiales que merece un primer comentario por nuestra parte. Mientras que el Reglamento se aplicará *en todo caso* con carácter supletorio a las disposiciones que regulan el Derecho de Asilo y la condición de refugiado en España, por el contrario, tratándose de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea o de los Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, la aplicación del Reglamento *puede ser* supletoria “a los efectos que pudieran ser más favorables”. (La cursiva es añadida).

Junto a este primer aspecto que marca una clara distinción entre unas situaciones privilegiadas de supuestos especiales de extranjería respecto de otras, debe destacarse de la nueva regulación de las situaciones especiales de extranjería la fuerte influencia del Derecho comunitario en este campo conforme a la aspiración –consagrada en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa– de establecer un verdadero Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia en el que ocupa un papel relevante la política común en materia de visados, asilo e inmigración. Del condicionamiento de la regulación española de extranjería por parte del Derecho de la Unión Europea es fiel testigo el párrafo tercero de la Exposición de Motivos del Real Decreto de 30 de diciembre de 2004 al explicitar, por si quedaba alguna duda, que se pretende adaptar el contenido de éste a lo dispuesto en la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, que establece las normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros de la Unión Europea y cuyo plazo de transposición a los ordenamientos internos es el 6 de febrero de 2005<sup>2</sup>.

De esta forma, es posible reconocer en el régimen de extranjería es-

2 Como establece su artículo 26. DOUE 31L, de 6.2.2003, pp. 18- 25.

pañol junto a una continuación de las situaciones privilegiadas anteriores<sup>3</sup>, la distinción entre situaciones especiales de extranjería –agraciadas por un régimen de protección internacional cuya expresión es el reconocimiento del estatuto de refugiado– junto a otras situaciones especiales de extranjería desfavorecidas respecto de los solicitantes de asilo que no tengan reconocido el estatus de refugiado y cuya precariedad se acentúa en el nuevo Reglamento de extranjería aprobado por el Real Decreto de 30 de diciembre de 2004 que, en su Disposición Final tercera, modifica *in peius* el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero.

## II. Situaciones especiales de extranjería claramente privilegiadas: los nacionales de estados miembros de la Unión Europea así como los nacionales de Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo

Los nacionales de los Estados Miembros de la Unión Europea no sólo pueden entrar y residir en el territorio de los demás Estados miembros sino, además, hacerlo como es sabido, en su condición de trabajador asalariado o autónomo, como estudiante o jubilado y ello sin que se le exija requisito legal alguno más que el de su ciudadanía europea. Como ha escrito MARÍN LÓPEZ, “este concepto de ciudadanía no se corresponde con el de nacionalidad, en cuanto no atribuye derechos y deberes al súbdito comunitario, sino la posibilidad de ser considerado a muchos efectos súbdito de la Unión (...) El súbdito comunitario es, por tanto, un extranjero privilegiado”<sup>4</sup>.

3 Empleando los mismos términos que otros autores. Por todos ellos, véase A. Marín López; “Los Extranjeros Favorecidos a su Entrada en España” en: *El Derecho Internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al Profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*. F. M. Mariño Menéndez (Ed.), Trotta. Madrid. 2002; pp. 435 y ss.

4 A. MARÍN LÓPEZ; “Las ExtranjerDs Favorecidos a su Entrada en España”. Op. cit.; p. 437.

Ya se ha indicado en la introducción a este trabajo que las normas del nuevo Reglamento de extranjería se aplicarán con carácter supletorio o a los efectos que pudieran ser más favorables, a los nacionales de los Estados Miembros de la Unión Europea y a las demás personas incluidas en el ámbito del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de los Estados Miembros de la Unión Europea y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo<sup>5</sup>. Otra situación de extranjería prevista con carácter especial es la referida a los nacionales de Estados que integran el Espacio Económico Europeo<sup>6</sup>. Respecto de ellos, el nuevo Reglamento es, igualmente, de aplicación supletoria o a los efectos que pudiera beneficiarles<sup>7</sup>.

### III. Situaciones especiales de extranjería por razones de protección internacional agraciadas por un régimen común europeo de asilo: los apátridas y refugiados

El artículo 45 del nuevo Reglamento de Extranjería, al referirse a la autorización de residencia temporal por circunstancias excep-

- 5 Que modifica disposiciones anteriores como el Real Decreto 737/1995, de 5 de mayo y el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio. Sobre la cuestión puede verse: A. Mangas Martín; y O.J. Liñán Nogueras; *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. 4ª edición. Tecnos. Madrid, 2004. Capítulos 20 y 21; pp. 555 y ss.
- 6 Concluido en Oporto el 2 de mayo de 1992 entre la Comunidad Económica Europea y los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA/AELC) para crear una amplia zona de libre comercio entre Estados Europeos Occidentales. Tras la ampliación de la Unión Europea en 1995 con la incorporación de Austria, Finlandia y Suecia, sólo quedan tres Estados parte este Acuerdo que no son Estados miembros de la Unión Europea: Noruega, Islandia y Lichtenstein. Sobre el mismo véase: N. Stoffel Vallotton; "El Espacio Económico Europeo: Un ejemplo de integración diferenciada en las Relaciones Exteriores de la Unión Europea. La aplicación del acervo comunitario a terceros Estados". *Revista de Derecho Comunitario Europeo* nº 15/2003; pp. 573 y ss.
- 7 Sobre su régimen en España a la luz de la normativa en materia de extranjería véase: C. Sánchez-Rodas Navarro (Coord.); *Extranjeros en España. Régimen Jurídico*. Laborum. Murcia, 2001, en especial, pp. 29 y ss, así como las páginas 251 y ss.

cionales, contempla cuatro supuestos conexos aunque diferentes de solicitantes de asilo: en primer lugar, el modelo europeo de asilado que, en la práctica coincide con el extranjero que tiene reconocido el estatuto de refugiado por parte de alguno de los Estados miembros y en el caso español, además, con el supuesto de apátridas<sup>8</sup>. A ellos se refiere el epígrafe 3 del artículo 45 del reglamento<sup>9</sup>.

En segundo lugar, se encuentran los desplazados que se corresponden con una figura afín a la anterior aunque no coincida con una regulación internacional como la de los refugiados sino con un tratamiento que se desarrolla a nivel nacional y europeo. El mismo epígrafe 3 del artículo 45 del Reglamento se refiere, igualmente, a ellos<sup>10</sup>.

En tercer lugar, se hallarían los solicitantes de asilo que no tienen reconocido el estatuto de refugiado a pesar de haberlo solicitado, por ejemplo, por no poder acreditar alguno de los requisitos que figuran en el artículo 1 del Convenio de Ginebra de 28 de julio de 1951<sup>11</sup>, por ejemplo los fundados temores a ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Aparecen evocados en el epígrafe 3 in fine del artículo 45 del Reglamento<sup>12</sup>.

- 8 A ellos se refiere el artículo 34.1 de la Ley 4/2000, de 11 de enero, modificada por la Ley 8/2000, como los extranjeros que manifestando carecer de nacionalidad, reúnen los requisitos previstos en el Convenio de Nueva York de 28 de septiembre de 1954, al que se adhirió España el 24 de abril de 1997 (BOE nº 159, de 4.7.1997).
- 9 "Se podrá conceder una autorización (de residencia temporal) por razones de protección internacional a las personas a las que el Ministerio del Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, haya autorizado la permanencia en España conforme a lo previsto en el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, en los términos previstos en el artículo 31.3 de su reglamento de aplicación..."
- 10 "...Así como a los extranjeros desplazados en el sentido regulado por el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas, aprobado por el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre."
- 11 España se adhirió al mismo el 22.7.1978 (BOE nº 252 de 21.10.1978).
- 12 "Asimismo, se podrá conceder una autorización de residencia temporal en los casos a los que se refieren los artículos 31.4 y 34.1 del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado."

En cuarto lugar, finalmente, es posible reconocer el grupo de extranjeros que, con independencia de que hayan o no solicitado asilo, son autorizados a permanecer en régimen de estancia en España, por razones humanitarias, cuando cumplen el requisito contemplado en el epígrafe 4 c) del artículo 45 del Reglamento<sup>13</sup>.

En ocasiones resulta difícil la distinción entre estos cuatro posibles supuestos de extranjeros a los que sea autorizada la residencia o estancia en España por razones de protección internacional o humanitarias. Así, por ejemplo, para entender qué supuestos son los previstos en la tercera de las situaciones contempladas y en qué se diferencian con aquellos a los que se está refiriendo el cuarto supuesto, es preciso leer atentamente los artículos 31.3 y 4 y 34.1 del Real Decreto 203/1995, que contiene el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, tal como han quedado modificados por el Real Decreto de 30 de diciembre de 2004 que contiene el nuevo Reglamento de extranjería. Es decir, este Reglamento se remite a un Real Decreto de 1995 que ha sido modificado por la disposición final tercera (epígrafes 8 y 9) del Real Decreto de 2004 que recoge dicho Reglamento de extranjería. A resolver este aparente galimatías puede ayudar la comparación de los apartados 3 y 4 del artículo 31 del Real Decreto 203/1995 en su nueva redacción. Dispone el apartado 3 de este artículo lo siguiente:

“El Ministro del Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, podrá autorizar la permanencia en España, conforme a lo previsto en el artículo 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, *siempre que se aprecien motivos serios y fundados para determinar que el retorno al país de origen supondría un riesgo real para la vida o la integridad física del interesado*”. (La cursiva es añadida)

13 “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.”

Por su parte el apartado 4 del artículo 31 del Real Decreto 203/1995, en su nueva redacción, establece que:

“*Por razones humanitarias distintas de las señaladas en el apartado anterior*, el Ministro del Interior, a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, podrá autorizar la permanencia del interesado en España.” (La cursiva es añadida).

En mi opinión, en ambos casos se está ante supuestos de extranjeros que no pueden acogerse al estatuto de refugiado, por ejemplo, tratándose de una persona que ha cometido graves violaciones de los derechos humanos como torturas, asesinatos, desapariciones, etc. Ahora bien, mientras que en el primero de ambos supuestos se trata de una situación en la que el extranjero o su familia corre peligro su vida o integridad física, tal circunstancia no concurriría en el segundo. Parece, en este sentido que la situación que se prevé es la de los llamados refugiados económicos respecto de los que se va seguir configurando en el nuevo Reglamento de extranjería una zona gris de protección. Por utilizar una metáfora, la situación de estos extranjeros supondría viajar en un vagón de segunda pero con un billete que no da derecho a reserva de asiento.

El régimen favorable previsto para los solicitantes de asilo que cumplan los requisitos para acogerse al Estatuto de refugiado está en consonancia con la Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003<sup>14</sup>, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados Miembros. Esta directiva, adoptada en el marco del progresivo establecimiento de un Espacio Europeo de Libertad y Justicia, pretende establecer un sistema europeo común de asilo “abierto a quienes, impulsados por las circunstancias, busquen legítimamente protección en la Comunidad”<sup>15</sup>.

El artículo 2.b) de la Directiva 2003/9/CE confirma un proceso

14 DOUE 31L de 6.2.2003, pp. 18-25. El plazo previsto para que los Estados adopten las disposiciones legales, reglamentaria y administrativas necesarias para cumplir la presente Directiva, de conformidad con su artículo 26, es el 6.2.2005.

15 Considerando primero.

iniciado en España desde la promulgación de la Ley 4/2000, de 11 de enero: la escisión de la concepción de asilado en dos figuras: un concepto estricto de asilado que en su mayor parte pasa a ser identificado con el refugiado y otro concepto de asilado, más flexible que el anterior y por ello, aún dentro del margen de discrecionalidad de los Estados. Mientras el primero se va a aplicar con carácter preferente a los extranjeros solicitantes de asilo en uno de los Estados Miembros de la Unión, el segundo sólo se va a aplicar subsidiaria y residualmente "por razones de humanidad".

Además, mientras el primero se va a dotar de un régimen privilegiado de protección y de garantías, por el contrario, el extranjero incluido en la segunda concepción de asilados va a sufrir unas condiciones claramente inferiores a las que se les concede a aquel. En el Derecho internacional ambas figuras son distintas, como se recoge en la expresión incluida en numerosos manuales de la asignatura: la condición de asilado se concede por un Estado discrecionalmente mientras que la situación de asilado se reconoce conforme a la normativa internacional<sup>16</sup>. Es precisamente el deseo de poner freno a esa discrecionalidad que han utilizado, en ocasiones de modo abusivo, los Estados, lo que se pretende con esta normativa europea y no sólo por motivos humanitarios, como se indica en el considerando séptimo de la Directiva 2003/9/CE<sup>17</sup>, sino también, y especialmente, para "contribuir a limitar los movimientos secundarios de los solicitantes de asilo debido a la diversidad de las condiciones de acogida (entre los Estados Miembros)"<sup>18</sup>.

En efecto, define el artículo 2.b) de esta Directiva a la solicitud de asilo como una solicitud de protección internacional de un Estado Miembro de conformidad con la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, celebrada en Ginebra el 28 de julio de 1951 y modificada

16 Entre otros, véase: A. J. Rodríguez Carrión; *Lecciones de Derecho Internacional Público*. 5ª edición. Tecnos. Madrid. 2002: pp.396 y 397.

17 "Deben establecerse unas normas mínimas sobre la acogida de los solicitantes de asilo que sean suficientes para garantizar un nivel de vida digno y unas condiciones de vida comparables en todos los Estados Miembros."

18 Considerando octavo de la Directiva 2003/9/CE de 27.1.2003.

por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967. Presentada esta solicitud por un nacional de un tercer país o por un apátrida, si cumple los requisitos de la letra A del artículo 1 de la Convención de Ginebra pasa a integrar el primer grupo de los solicitantes de asilo denominándose "refugiado"<sup>19</sup> [artículo 2.e) de la Directiva 2003/9/CE].

Mientras se resuelve su solicitud se es solicitante asilo, beneficiándose de unas "condiciones de acogida" [artículo 2.i) de la Directiva 2003/9/CE]. Resuelta su solicitud, este extranjero pasa a tener el estatuto de refugiado [artículo 2.f) de la Directiva 2003/9/CE]. Sólo se resolverán favorablemente, en principio, las solicitudes de asilo que se correspondan a personas refugiadas, aunque no exclusivamente, a la luz del considerando 16º de esta Directiva<sup>20</sup>.

Además, como se recoge expresamente en el considerando anterior de dicha Directiva: "los Estados miembros tienen competencia para introducir disposiciones más favorables a para las personas de terceros países o apátridas que pidan protección internacional a un Estado miembro".

En resumen, aun cuando España está obligada como Estado miembro de la Unión Europea a considerar un modelo "europeo" de asilo, puede mejorar las condiciones mínimas previstas a nivel comunitario para la acogida de los solicitantes de asilo y extenderlas, en el marco de

19 "Toda persona...que debido a fundados temores a ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de la nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él." En todo caso, prevé el apartado f) del mismo artículo primero que no podrá concederse el estatuto de refugiado a la persona: "a) que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos; b) que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida a él como refugiada; c) que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas."

20 "Con el mismo espíritu, se invita asimismo a los Estados miembros a aplicar las disposiciones de la presente Directiva a los procedimientos para decidir sobre las solicitudes de otro tipo de protección, distinta de la derivada de la Convención de Ginebra, respecto de nacionales de terceros países o apátridas."

sus competencias soberanas, a los procedimientos para decidir sobre las solicitudes de otro tipo de protección distinta a la conferida a los refugiados. Si en cuanto al primer punto puede defenderse que el nuevo Reglamento de extranjería introduce algunas mejoras respecto del régimen europeo común de asilo, resulta fuera de toda duda que el tratamiento previsto para los solicitantes de otras figuras de protección por razones humanitarias es muy inferior a esas condiciones mínimas.

#### IV. Situaciones especiales de extranjería desfavorecidas en el ordenamiento jurídico español: los extranjeros con permiso de estancia por razones humanitarias

Varios ejemplos permiten sostener la afirmación antes avanzada y que da título a este epígrafe. Así, por ejemplo, en primer lugar, mientras que el extranjero que solicite asilo en España y lo obtenga por reunir los requisitos previstos para ser considerado refugiado a los efectos de la Convención de Ginebra de 1957, tendrá derecho a la residencia, los supuestos de solicitantes de asilo que no tengan reconocido el estatuto de refugiado o las personas a las que por razones humanitarias se refiere el artículo 45.4.c) del nuevo Reglamento, sólo van a tener un permiso de estancia.

En segundo lugar, los extranjeros asilados por tener el estatuto de refugiado pueden recibir prestaciones sociales y económicas, conforme al artículo 30 del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, modificado por el Real Decreto de 30 de diciembre de 2004, pero no así los demás extranjeros que no tengan reconocido dicho estatuto de refugiado.

En tercer lugar, es de destacar, igualmente, que tampoco tienen derecho al trabajo los extranjeros que no tienen reconocido el estatuto de refugiado ya que la autorización de estancia que para ellos prevé en el artículo 45.7 del nuevo Reglamento, *a sensu contrario* en el primer párrafo y claramente en el segundo, no lo contempla:

“La concesión de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales concedida por los supuestos de arraigo, con excepción de la que se conceda a los menores de edad, llevará aparejada una autorización de trabajo en España durante la vigencia de aquella. En la misma situación se hallarán las personas previstas en el artículo 31.3 del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. En los demás supuestos, el extranjero podrá solicitar, personalmente, la correspondiente autorización para trabajar en los registros de los órganos competentes para su tramitación...”

Nótese que el artículo 31.3 ha sido modificado por el Real Decreto de 30 de diciembre, de manera que expresamente se dice en su disposición final tercera, apartado ocho que “...Dicha autorización revestirá la forma de autorización de estancia”. Sólo les queda la posibilidad residual, prevista en la Disposición adicional decimoséptima del nuevo Reglamento, de que presentada su solicitud de asilo y habiendo sido admitida a trámite, hayan transcurrido seis meses sin que ésta se halla resuelto por causas ajenas al propio solicitante<sup>21</sup>.

En cuarto lugar, el artículo 47. 2 del nuevo Reglamento de extranjería señala que

“Los supuestos de autorizaciones por circunstancias excepcionales concedidas por los motivos recogidos en el apartado 3 del artículo 45 de este reglamento, se regirán para su renovación por la normativa de asilo y protección temporal aplicable”.

A la luz de esa normativa, los extranjeros que se benefician del estatuto de refugiado no requiere renovación, siendo aplicable los artículos 29, 30 y 37 del Real Decreto 203/1995. Por el contrario, para los demás supuestos excepcionales de extranjería, en virtud del artículo 31, apartados 3 y 4 del Real Decreto 203/1995 en su

21 Prevé esta Disposición Adicional decimoséptima que dicha autorización para trabajar sea acreditada mediante la inscripción “autoriza a trabajar” en el documento de solicitante de asilo y, cuando proceda, en sus sucesivas renovaciones, estando condicionada a la validez de dicho documento.

nueva redacción, serían aplicables los artículos 38, 39 y 40 del Real Decreto 203/1995 (que no han quedado modificados).

La desfavorable situación de los extranjeros autorizados a permanecer en régimen de estancia en España por razones humanitarias se pone de manifiesto, además, a la luz del procedimiento previsto en el nuevo Reglamento de extranjería para regularizar su situación: primero en lo que a la solicitud de residencia temporal se refiere y, segundo, en cuanto a la solicitud de residencia permanente.

### A. La solicitud de residencia temporal y los riesgos de expulsión

Para solicitar la residencia temporal, los extranjeros contemplados en los apartados 3 y 4 del artículo 31 del Real Decreto 203/1995 tal como ha sido modificado por el Real Decreto de 30 de diciembre de 2004, que contiene el nuevo Reglamento de extranjería seguirán el procedimiento previsto en el artículo 107 del nuevo Reglamento.

Como ya se ha señalado, ambos apartados del artículo 31 se refieren a los extranjeros a los que no por razón de protección internacional sino por coosideraciones humanitarias se les concede un permiso de estancia.

En primer lugar, además de la obligación de aportar los documentos, declaraciones o cualquier otro medio de prueba oportuno que sirvan para acreditar la concurrencia de razones excepcionales de índole humanitaria que justifiquen su documentación, por parte de las autoridades españolas (apartado 4 del artículo 107) deberá acreditar que no puede ser documentado por la Misión diplomática u oficina consular correspondiente mediante acta notarial que permita dejar constancia del requerimiento efectuado y no atendido salvo que alegue razones graves que le impidan su comparecencia en la misión diplomática u oficina consular, a cuyos efectos las autoridades españolas podrán recabar informe de la oficina de asilo y refugio (apartados 3 y 5 del artículo 107).

Una vez realizada esta información inicial, siempre que el extran-

jero no esté incurrido en ninguno de los supuestos de prohibición de entrada en España o se haya dictado contra él una orden de expulsión del territorio español, si desea permanecer en territorio español, el Subdelegado del Gobierno o Delegado del Gobierno en las Comunidades autónomas uniprovinciales, en la provincia o comunidad autónoma en que se encuentre, le entregará un documento de identificación provisional con el que podrá permanecer en España durante tres meses a efectos de completar la información sobre sus antecedentes (apartado 7 del Artículo 107).

Completada esa información y en las mismas condiciones que las que regulan la concesión del documento de identificación provisional, previo abono de las tasas legales correspondientes, se procederá a su inscripción en una sección especial del Registro de Extranjeros al tiempo que se le dota de una cédula de inscripción en un documento impreso cuya renovación obligatoria se prevé con carácter anual (apartado 9 del Artículo 107). El extranjero al que le haya sido concedida la cédula de inscripción podrá solicitar la correspondiente autorización de residencia por circunstancias excepcionales si reúne los requisitos para ello (apartado 10).

En caso de denegación de la solicitud, prevé el apartado siguiente (número 11) que "una vez notificada ésta formalmente, se procederá a su devolución al país de procedencia o a su expulsión del territorio español, en la forma prevista en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y en este reglamento." De este modo, el nuevo Reglamento parece contribuir a la clandestinidad de los extranjeros que pueden pensárselo dos veces antes de tramitar una solicitud de residencia temporal y un permiso de trabajo como pasos previos en su camino hacia la obtención de un permiso de residencia permanente en España.

La devolución de estos extranjeros al país de procedencia o a su expulsión del territorio español en el supuesto previsto en el apartado 11 del artículo 107 del nuevo Reglamento de extranjería podría acarrear para España la responsabilidad internacional por incumplimiento de obligaciones internacionales asumidas.

Esto sería así, en mi opinión, no tanto por violación de las disposiciones contenidas en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, celebrada en Ginebra el 28 de julio de 1951 y modificada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, que consagran el principio de *non refoulement* (no devolución del extranjero) en la medida en que el Ejecutivo no prevé aplicar el apartado 11 del artículo 107 a tales situaciones, tal como parece deducirse del apartado 6 del artículo 157 del nuevo Reglamento (Devoluciones)<sup>22</sup> y del apartado 4 del artículo 158 (Salidas obligatorias)<sup>23</sup>. Más bien, la responsabilidad internacional de España se generaría por incumplimiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>24</sup> cuyo artículo primero establece que: "Las Altas partes contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio." (La cursiva es añadida).

Gracias a la interpretación teleológica y finalista que del mismo ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>25</sup>, un Estado parte es responsable de las violaciones de los derechos reconocidos

22 Artículo 157.6: "Aun cuando se haya adoptado orden de devolución, ésta no podrá llevarse a cabo y quedará en suspenso su ejecución cuando: ...b) Se formalice una solicitud de asilo, hasta que se haya decidido la inadmisión a trámite de la petición, o bien su admisión a trámite, que llevará aparejada la autorización de la entrada y permanencia provisional del solicitante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo."

23 Artículo 158.4: "Se exceptúan del régimen de salidas obligatorias los casos de los solicitantes de asilo que hayan vista inadmitida a trámite o denegada su solicitud en aplicación de lo dispuesto en el párrafo e) del artículo 5.6 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, por no poder corresponder a España su examen. Una vez notificada la resolución de inadmisión a trámite o de denegación, se podrá proceder a su traslado, escoltada por funcionarios, al territorio del Estado responsable del examen de su solicitud de asilo, sin necesidad de incoar expediente de expulsión, siempre y cuando dicho traslado se produzca dentro de los plazos en los que el Estado responsable tiene la obligación de proceder al examen de dicha solicitud."

24 El Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales fue adoptado en Roma el 4.11.1950. España lo ratificó el 4.10.1979 (BOE nº 243, de 10.10.1979).

25 Para lo cual me remito a mi trabajo: *Los Derechos y Libertades Fundamentales en la Sociedad Europea del Siglo XXI*. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla. 2001; en especial, a las pp.121 y ss.

en el Convenio que puedan sufrir las personas -que siendo nacionales o extranjeros y, en este caso, ya se encuentren en situación regular o irregular-, en cualquier otro Estado del mundo al que sean extraditados, expulsados, enviados, transferidos, etc. desde ese Estado parte en el Convenio. No es preciso que el Estado autor directo de tales violaciones sea un Estado parte en el Convenio. Basta con que un Estado parte haya consentido en poner bajo la jurisdicción de otro Estado a esos particulares para que le sean imputables indirectamente tales conductas contrarias al Convenio<sup>26</sup>.

Esta jurisprudencia del Tribunal Europeo vincula directamente a España en los casos en los que participe como Estado demandante o demandado y, de un modo indirecto, en virtud del principio de cosa interpretada, como ha destacado en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional al referirse a los efectos del artículo 10.2 de la Constitución española<sup>27</sup>. En este sentido, ha insistido el Alto Tribu-

26 Como se ha destacado en la doctrina. Al respecto: J.A. Carrillo Salcedo; *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Tecnos. Madrid. 2003; p. 52.

27 *Vid. inter alia*: STC 30/1981, de 24 de julio, FJ 3º; STC 101/1984, de 8 de noviembre, FJ 2º; STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 3º; STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5º; STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 5º; STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 4º; STC 140/1995, de 28 de septiembre, FJ 6º; STC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 2º. Más recientemente y en relación con el Convenio europeo de derechos humanos, véase la STC 91/2000, de 30 de marzo de 2000, FJº 7, publicada en el BOE de 4.5.2000, nº 107, suplemento. "Para precisar, en concreto, cuáles son esos derechos y esos contenidos de derecho que la Constitución española proclama de modo absoluto y, en consecuencia, proyecta universalmente [...] Especial relevancia revisten, en ese proceso de determinación, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el art. 10.2 CE remite como criterio interpretativa de los derechos fundamentales. Esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad con Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugne la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado. Por eso, desde sus primeras sentencias, este Tribunal ha reconocido la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (sentencias del Tribunal Constitucional 38/1981, de 23 de Noviembre; 78/1982, de 20 de Diciembre y 38/1985, de 8 de Marzo) y muy singularmente, el Convenio Eu-



nal en señalar que en el terreno de los derechos fundamentales, la interpretación sistemática de la Constitución obliga a tener presente *los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos* y, muy particularmente, las decisiones emanadas de los órganos de garantía de carácter jurisdiccional en éstos previstos<sup>28</sup>.

Estas reflexiones resultan particularmente relevantes pues los extranjeros a los que se pretende, en principio, aplicar el apartado 11 del artículo 107 del nuevo Reglamento son los contemplados en los apartados 3 y 4 del artículo 31 del Real decreto 203/1995, tras la modificación del Real Decreto de 30 de diciembre de 2004 que contiene el nuevo Reglamento de extranjería. Recuérdese que en páginas anteriores habíamos señalado que aunque similares, ambos apartados se referían a situaciones distintas de manera que en la primera el extranjero temía por su vida e integridad física. Si este extranjero fuera expulsado a otro Estado o devuelto a su Estado de origen y, tanto en uno como en otro supuesto, sus temores se vieran confirmados, sin duda España habría incurrido en un supuesto de responsabilidad internacional por incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas como Estado parte en el

*ropeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, firmado en Roma en 1950, dado que su cumplimiento está sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien corresponde concretar el contenido de las derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, las Estados signatarios del mismo* (sentencias del Tribunal Constitucional 36/1984, de 14 de Marzo; 114/1984, de 29 de Noviembre; 245/1991, de 16 de Diciembre; 85/1994, de 14 de Marzo y 49/1999, de 5 de Abril). (La cursiva es añadida).

28 A. Saiz Arnaiz; *Lo apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*. (Premio Rafael Martínez Emperador 1998). Consejo General del Poder Judicial, Madrid. 1999; pp.210-211. Como señala este autor, "el segundo apartado del artículo 10 de la Constitución no impone la presencia material -escrita- en la argumentación del Tribunal de referencias o remisiones que avalen el uso de textos internacionales en el proceso racional que conduce a la sentecia (...) A lo que el artículo 10.2 de la Constitución obliga es a que el contenido predicible de los derechos, fruto de la actividad interpretativa desplegada por el Tribunal en cuestión sea conforme con el que resulta de aquellos textos internacionales." Op. cit., p. 206. La cursiva es añadida.

Convenio Europeo de Derechos Humanos<sup>29</sup> y dicho extranjero o sus causahabientes podrían deducir una demanda directamente ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo tras haber agotado los recursos internos en España. A los efectos del artículo 35 del Convenio, en el caso español, el requisito de agotamiento de recursos internos se cumple tras haber acudido en amparo ante el Tribunal Constitucional.

## B. La solicitud de residencia permanente

El nuevo Reglamento de extranjería prevé dos itinerarios distintos para la obtención de la residencia permanente en supuestos especiales de extranjería, según se tenga reconocido el estatuto de refugiado y se disponga de un permiso de residencia temporal por razones de protección internacional, o no se tenga reconocido dicho estatuto, en cuyo caso se contará sólo con una autorización de estancia por razones humanitarias.

En este sentido, el artículo 71 del nuevo Reglamento define la residencia permanente como la situación del extranjero que ha sido autorizado a residir en España indefinidamente y a trabajar en igualdad de condiciones que los Españoles.

Por su parte, el artículo 72.1 del mismo Reglamento contempla, con carácter general, el derecho a obtener una autorización de residencia permanente a los extranjeros que acrediten haber residido legalmente y de forma continuada en el territorio español durante cinco años. Con carácter especial, sin embargo, el apartado 3 de este artículo 72 prevé que la autorización de residencia permanente también se concederá a los extranjeros que acrediten que se en-

29 Incluso, aun cuando invocara que se limitaba a aplicar las disposiciones comunitarias en materia de asilo, como recordó el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 18 de febrero de 1999, en el *caso Matthews contra Reino Unido*. En el párrafo 32 de dicha sentencia afirmó resueltamente que: "El Convenio no prohíbe la transferencia de competencias a Organizaciones Internacionales siempre y cuando los derechos reconocidos en el Convenio continúen estando asegurados. Así pues, la responsabilidad de los Estados parte en el mismo continúa vigente incluso después de dicha transferencia."

cuentran en cualquiera de los siguientes supuestos: "...f) Apátridas o refugiados que se encuentren en territorio español y a quienes se les haya reconocido el respectivo estatuto en España." La cursiva es añadida para resaltar que se trata de dos vías distintas, para uno u otro tipo de solicitante de asilo. En este mismo sentido, debe verse el artículo 73 del nuevo Reglamento de extranjería que, al regular el procedimiento de solicitud del permiso de residencia permanente establece en su apartado segundo: "A la solicitud de autorización de residencia permanente deberá acompañarse la documentación que acredite la residencia legal previa en España durante cinco años o, *en su caso*, que el extranjero se encuentra en alguno de los supuestos recogidos en el artículo 72.3." (La cursiva es, igualmente, añadida).

Como se advierte, en el artículo 72.3 del nuevo Reglamento no se hace mención a los solicitantes de asilo a los que se refiere el artículo 31.3 del Real Decreto 203/95 modificado por el Real Decreto de 30 de diciembre de 2004; esto es, a aquellos a los que no se ha reconocido el estatuto de refugiado. Tampoco se alude a los extranjeros que cuentan con autorización de estancia por razones humanitarias como prevé el artículo 45.4.c) del nuevo Reglamento de extranjería. En ambos supuestos y pese a su precariedad, los extranjeros que se hallen en esta situación, no importa el número de años que lleven en España, habrán de esperar a obtener la residencia temporal -arriesgándose con ello a su expulsión del territorio español- y, una vez conseguida ésta, dejar pasar cinco años de "situación legal" hasta que puedan optar a la residencia permanente.

## V. Conclusiones

Al finalizar estas páginas varias son las conclusiones alcanzadas:

En el Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su inte-

gración social se han consagrado diversos supuestos especiales de extranjería que, como se indica en el título de este trabajo, suponen situaciones privilegiadas, agraciadas y desfavorecidas.

En su Disposición Final tercera, el Real Decreto 2393/2004 ha modificado *in peius* el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero. De este modo, la nueva regulación de extranjería se basa en la distinción entre situaciones especiales de extranjería -agraciadas por un régimen de protección internacional cuya expresión es el reconocimiento del estatuto de refugiado- junto a otras situaciones especiales de extranjería por razones humanitarias, que resultan desfavorecidas por relación a las anteriores, aplicable a los solicitantes de asilo que no tengan reconocido el estatus de refugiado o a los extranjeros a los que se autorice la estancia en España por razones humanitarias.

La precariedad de estos extranjeros solicitantes de asilo que no tienen reconocido el estatuto de refugiado se acentúa en el nuevo Reglamento de extranjería en cuanto al procedimiento establecido para su regularización que prevé, en el apartado 11 del artículo 107, su expulsión del territorio español en caso de que su solicitud de paso de estancia a residencia temporal no sea estimada. Este hecho puede tener en la práctica efectos disuasorios para muchos de estos extranjeros y servirles de estímulo para mantenerse en la clandestinidad, en una situación de penumbra que les impide reiniciar una nueva vida en España a través de su regularización.

Al margen de consideraciones de justicia social y humana, esta precariedad de los extranjeros contemplados en los apartados 3 y 4 del artículo 31 del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, tal como ha sido modificado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, y en el artículo 45.4.c) del propio Reglamento de extranjería, puede conllevar, eventualmente, la responsabilidad internacional de España por incumplimiento de las obligaciones asumidas

como Estado parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos si el extranjero expulsado a otro Estado o reenviado a su Estado de origen, conforme a lo previsto en el artículo 107 del nuevo Reglamento de extranjería sufriera en dicho Estado un menoscabo en su integridad física o una privación arbitraria de su derecho a la vida, derechos consagrados en los artículos 3 y 2 del Convenio Europeo, respectivamente.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo exigiendo la responsabilidad indirecta de Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos por las violaciones cometidas por terceros Estados, partes o no en el Convenio, a los que han entregado personas que se encontraban bajo su jurisdicción, no augura sino un cielo de nubes grises que no han de tardar en descargar sobre nuestras cabezas.