

Capítulo V.

Tránsito, estancia y residencia en España

BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ

I. Tránsito

El nuevo Reglamento¹ dedica su Título II –artículos 21 a 24– a regular el tránsito por nuestro país. Se diferencia con ello del Reglamento anterior, que no daba a esta cuestión un tratamiento específico y diferenciado, sino que se limitaba a regularla a través de los

1 La Ley de Extranjería, o más precisamente, Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (BOE nº 10, de 12.1.2000, corr. de errores BOE nº 20, de 24.1.2000), ha recibido sucesivas modificaciones: - Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (BOE nº 307, de 23.12.2000, corr. de errores BOE nº 47, de 23.2.2001); - Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros (BOE nº 234, de 30.9.2003); - Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, 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, Reguladora de las Bases de 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 (BOE nº 279, de 21.11.2003). Para adaptar la normativa reglamentaria a los últimos cambios que se han producido, se ha aprobado un nuevo Reglamento de extranjería, mediante Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (BOE nº 6, de 7.1.2005), que viene a sustituir al Reglamento aprobado mediante Real Decreto 864/2001, de 20 de julio (BOE nº 174, de 21.7.2001).

diversos preceptos dedicados a los visados. Las soluciones de fondo, en cualquier caso, son prácticamente idénticas.

A. Definición

Se encuentran en tránsito aquellos extranjeros habilitados para atravesar el Espacio Schengen² en viaje desde un Estado tercero hacia otro Estado que admita a dicho extranjero o para permanecer en la zona de tránsito internacional de un aeropuerto español, sin acceder al territorio nacional, durante las escalas o enlaces de vuelos (artículo 21).

Como cabe observar, el tránsito puede tener dos objetivos, que se precisan con mayor nitidez en el artículo 22, dedicado a regular la exigencia y clases de visados de tránsito:

- Tránsito territorial, que habilita al extranjero para atravesar el territorio español en viaje, de duración no superior a cinco días, desde un Estado tercero a otro que admita a dicho extranjero.
- Tránsito aeroportuario, que habilita al extranjero específicamente sometido a esta exigencia a permanecer en la zona de tránsito internacional de un aeropuerto español, sin acceder al territorio nacional, durante escalas o enlaces del vuelo.

B. Visado

Para la realización del tránsito territorial o aeroportuario, el extranjero deberá obtener el correspondiente visado, salvo en los casos en que éste no se exigiera. El artículo 22 del Reglamento distingue, en función del objeto del tránsito, entre visados de tránsito territorial y visados de tránsito aeroportuario, añadiendo que con ellos se puede transitar una, dos o, excepcionalmente, varias veces³. Además, está previsto en rela-

2 El Espacio Schengen se delimita en la Disposición Adicional Séptima de la Ley de Extranjería: "a los efectos de lo dispuesto en esta Ley, se entenderá por Espacio Schengen el conjunto de los territorios de los Estados a los que se apliquen plenamente las disposiciones relativas a la supresión de controles en las fronteras interiores y circulación de personas, previstas en el Título II del Convenio para la aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990".

3 Esta disposición está en consonancia con el artículo 11 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

ción, particularmente, con los visados de tránsito territorial, que puedan ser concedidos como visados de carácter colectivo a favor de un grupo de extranjeros, no inferior a 5 ni superior a 50, participantes en un viaje organizado, siempre que la entrada y salida la realicen dentro del grupo.

En la aplicación de este requisito debe tenerse en cuenta que, en virtud de lo que dispone el artículo 6 del Reglamento, hay una serie de extranjeros a los que no se les exige visado (nacionales de países con los que se haya acordado su supresión; extranjeros que tengan la condición de refugiados y estén documentados como tales; miembros de las tripulaciones de barcos de pasaje y comerciales extranjeros, cuando se hallen documentados con un documento de identidad de la gente del mar; miembros de las tripulaciones de aviones comerciales extranjeros que estén documentados como tales...). Por otra parte, debe tenerse en cuenta también que en el ámbito de la Unión Europea se estableció, mediante el Reglamento (CE) núm. 539/2001 del Consejo, de 15.12.2001, una lista de los terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores, y una lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de dicha obligación⁴. Este Reglamento se aplica en relación con los visados para estancias de corta duración, quedando comprendido el de tránsito.

C. Procedimiento y requisitos para la obtención del visado

El procedimiento a seguir para la obtención del visado se concreta en el artículo 23. Señalaremos, muy resumidamente, cómo se organiza y los documentos que se requieren para ello⁵:

- La solicitud debe presentarse en modelo oficial, personalmente o

4 DOCE núm. L 81, de 21.3.2001. Con posterioridad ha sufrido algunas modificaciones: Reglamento (CE) nº 2414/2001 del Consejo, de 7.12. 2001 (DOCE núm. L 327, de 12.12.2002); Reglamento (CE) núm. 453/2003 del Consejo, de 6.3.2003 (DOUE núm. L 69, de 13.3.2003).

5 Para un análisis de las cuestiones procedimentales y de las garantías que gozan los extranjeros durante este procedimiento, vid. Capítulo II, epígrafes II y III, y capítulo XII, epígrafes II y III.

a través del representante debidamente acreditado, en la misión diplomática u oficina consular española en cuya demarcación reside el extranjero⁶. Excepcionalmente, si media causa que lo justifique, y previa consulta al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, se podrá presentar en una misión diplomática u oficina consular diferente. Hay que tener en cuenta, por otra parte, que de conformidad con la normativa de la Unión Europea, las misiones diplomáticas u oficinas consulares de otros Estados miembros pueden expedir visados de tránsito en representación de España⁷. La solicitud de visado deberá acompañarse de los documentos que acrediten las circunstancias a las que se refiere el artículo 23, en su aptdo. 2º: a) Las condiciones del tránsito; b) La disposición de medios de subsistencia en el período que se solicita; c) Las garantías de admisión en el país de destino, una vez efectuado el tránsito por España o por el territorio del Estado para el que se solicita el visado; d) El período de vigencia del pasaporte durante el tiempo para el que se solicita; e) El seguro médico; f) La autorización para viajar de quien ejerza la patria potestad o tutela, si el solicitante es menor de edad. En el aptdo. 3º se añade que también podrá requerirse del solicitante la documentación que acredite: a) La residencia en el lugar de la solicitud, así como los vínculos o arraigo en el país de residencia; b) La situación profesional y socioeconómica del solicitante.

- 6 En la Disposición Adicional cuarta del Reglamento se regula la legitimación y representación. En su aptdo. 2º se establece que cuando el sujeto legitimado esté en el extranjero la representación tendrá carácter excepcional, concretándose a continuación los supuestos en que ésta podrá producirse. Pero en el aptdo. 3º se señala que, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, en los supuestos de presentación de solicitudes y recogida de visado de estancia, tránsito y de residencia por reagrupación familiar de menores, ambos trámites podrán realizarse mediante un representante debidamente acreditado. Parece deducirse de ello que en estos casos la representación no tiene por qué ser excepcional.
- 7 Lógicamente, España también podrá expedir estos visados en representación de otros Estados miembros. Resulta útil, a efectos de concretar cuando esto podrá producirse, la consulta de la Instrucción consular común dirigida a las misiones diplomáticas y oficinas consulares de carrera (DOCE nº C 313, de 16.12.2002), y el Manual común (DOCE núm. C 313, de 16.12.2002).

Está previsto que durante la tramitación del procedimiento, la misión diplomática u oficina consular pueda requerir la comparencia del solicitante y, cuando lo estime necesario, mantener una entrevista personal a efectos de concretar los datos que se derivan de la documentación anterior. Si el solicitante no comparece en un plazo máximo de 15 días se le entenderá desistido de su solicitud y se producirá el archivo del procedimiento (artículo 23.4).

Una vez instruido el procedimiento, corresponde a la misión diplomática u oficina consular resolver la solicitud y expedir, en su caso, el visado (artículo 23.5)⁸. En el supuesto de resolución denegatoria por incumplimiento de alguno de los requisitos de entrada, incluido el figurar como persona no admisible en la lista prevista en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen –artículo 96– se notificará mediante la fórmula de aplicación común adoptada por la normativa de desarrollo de estos acuerdos internacionales de supresión de controles de fronteras en los que España es parte, y se expresará el recurso que contra ella proceda, el órgano ante el que hubiese de plantearse y el plazo para la interposición (artículo 23.6). En el supuesto de concesión del visado, el extranjero deberá recogerlo en el plazo de un mes desde su notificación, personalmente o mediante representante debidamente acreditado (artículo 23.7).

- El artículo 24 del Reglamento prevé que en supuestos excepcionales debidamente acreditados o por encomienda del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, los responsables de los servicios policiales a cargo del control de entrada puedan expedir en frontera autorizaciones de tránsito o visados. Se trata de los “visados en frontera”⁹.

- 8 Debe tenerse en cuenta que en el Reglamento (CE) nº 1683/95, de 29.5.1995 (DOCE núm. L 164, de 4.7.1995), modificado posteriormente por el Reglamento (CE) núm. 334/2002, de 18.2.2002 (DOCE núm. L 53, de 23.2.2002) se establece un modelo uniforme de visado. Al respecto vid. I. Blázquez Rodríguez; *Los nacionales de Terceros Países en la Unión Europea*. 2ª ed. Secretariado de Publicaciones, Universidad de Córdoba. 2003; pp. 98 y ss.
- 9 Como se ha señalado, será necesario, además de los requisitos generales para el cruce de las fronteras exteriores, que el solicitante alegue un motivo imprevisible

II. La estancia

A. Definición

El artículo 29 de la Ley de Extranjería dispone que los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia o residencia. La estancia, según se precisa a continuación en el artículo 30, es la situación que habilita al extranjero a permanecer en territorio español por un período de tiempo no superior a noventa días, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 33 para los estudiantes.

Esta definición es fruto de la reforma que se produjo en la Ley de Extranjería, mediante la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre. Con anterioridad no se hacía una alusión expresa en este precepto a que los estudiantes se encontraban en nuestro país en situación de estancia. Suponemos que se ha querido despejar cualquier posible duda al respecto¹⁰.

La situación de estancia comprende por tanto dos modalidades: la general, que habilita a permanecer en España por un período de

e imperioso de entrada que pueda comprobarse, si fuera posible, mediante un documento justificativo (por ejemplo, incidentes graves e imprevistos ocurridos a miembros de su familia, tratamientos médicos urgentes, cambio de rumbo de los aviones por razones técnicas, motivos profesionales urgentes...), tener garantizado el regreso a su país de origen o el tránsito hasta un tercer Estado y justificar que no ha tenido posibilidad de tramitar la solicitud de visado necesario, en la Oficina Consular de ningún Estado del Acuerdo Schengen. Cfr. S. Heredia Fernández; "La Entrada en España" en: M. Moya Escudero (Coord.); *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*. Comares. Granada. 2001; p. 48. Vid. Reglamento (CE) núm. 415/2003 del Consejo, de 27.2.2003, sobre expedición de visados en frontera, incluidos los de marinos en tránsito (DOCE nº L 64, de 7.3.2003).

¹⁰ A raíz de la aprobación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se suscitaron ciertas dudas sobre esta cuestión (Vid. R. Rueda Valdivia; "Régimen de los Estudiantes Extranjeros en España" en: M. Moya Escudero (Coord.); *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería*. Comares. Granada. 2001; pp. 94 y ss.). Hemos de señalar, no obstante, que en una Directiva recientemente aprobada -Directiva del Consejo 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado (DOUE núm. L 375, de 23.12.2004)-, se dice que se les concederá un permiso de residencia.

tiempo no superior a noventa días, y que comprende a su vez, como veremos a propósito de los visados, dos posibles variantes; y la especial de los estudiantes, que habilita a permanecer en España durante el curso para el que se esté matriculado (artículo 33.2 Ley 4/2000).

El nuevo Reglamento se ocupa de la estancia en su Título III (artículos 25 a 32) y del régimen de los estudiantes en su Título VII (artículos 85 a 91). En ambos casos, el Reglamento introduce la novedad de regular todos los aspectos referidos a esta situación en el Título correspondiente. El Reglamento anterior regulaba separadamente la cuestión relativa a los visados.

En las líneas que siguen vamos a referirnos únicamente al Título III (artículos 25 a 32), ya que el régimen de los estudiantes va a ser objeto de tratamiento específico en otro Capítulo de esta obra¹¹.

B. Visado

El Título III del Reglamento se inicia con una definición de la situación de estancia, que introduce algunas puntualizaciones con respecto a la que se recoge en la Ley: se halla en situación de estancia el extranjero que no sea titular de una autorización de residencia y se encuentre autorizado para permanecer en España por un período ininterrumpido o suma de períodos sucesivos, cuya duración total no exceda de noventa días por semestre a partir de la fecha de la primera entrada, sin perjuicio de lo dispuesto en el Título VII para los estudiantes o investigadores y sus familias (artículo 25.1).

Como cabe observar, la situación de estancia puede desarrollarse durante un período ininterrumpido o prácticamente ininterrumpido o mediante una suma de períodos sucesivos, que no excedan del plazo previsto. Ello tiene su reflejo en los visados¹².

La situación de estancia se autoriza mediante el correspondiente visado (artículo 25.2), salvo en los casos en que éste no resulte exigible

¹¹ Vid. Capítulo X.

¹² Esta normativa está en consonancia con el artículo 11 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

de acuerdo con lo previsto en el art. 6 del Reglamento, a cuyo contenido ya tuvimos oportunidad de referirnos anteriormente a propósito de los visados de tránsito. En este caso, debe tenerse en cuenta igualmente el Reglamento (CE) núm. 539/2001 del Consejo, de 15.12.2001, por el que se establece una lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores, y una lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de dicha obligación¹³. Este Reglamento se aplica en relación con los visados para estancias de corta duración, quedando comprendida la estancia.

Los visados de estancia pueden ser para estancias de corta duración o para estancia múltiple –artículo 26-¹⁴:

Los visados para estancia de corta duración habilitan a permanecer en nuestro país durante un máximo de tres meses con una, dos o varias entradas. De ahí que hablemos de estancia ininterrumpida o prácticamente ininterrumpida. Excepcionalmente, para estancias no superiores a 30 días podrán ser concedidos con carácter colectivo en favor de un grupo de extranjeros participantes en un viaje, si se cumplen los requisitos que se enumeran en el artículo 26.2.a) del Reglamento. Esta posibilidad se ha endurecido con respecto al Reglamento anterior que no la contemplaba con carácter excepcional, ni requería tampoco que el responsable fuera provisto de pasaporte individual y, en su caso, visado.

Los visados de estancia múltiple habilitan a múltiples estancias en nuestro país, cuya suma no podrá exceder de 90 días por semes-

13 DOCE nº L 81, de 21.3.2001. Con posterioridad ha sufrido algunas modificaciones: Reglamento (CE) nº 2414/2001 del Consejo, de 7.12. 2001 (DOCE nº L 327, de 12.12.2002); Reglamento (CE) nº 453/2003 del Consejo, de 6.3.2003 (DOUE nº L 69, de 13.3.2003).

14 Junto a estos visados, deben tenerse en cuenta también los siguientes: en el artículo 32 se regulan los denominados visados de cortesía, que pueden ser expedidos por el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación; en el Título V, relativo al contingente, se contemplan los visados para la búsqueda de empleo (al respecto, vid. Capítulo III); y en el artículo 93 se regulan los visados para los programas de desplazamiento temporal de menores para estancias temporales con fines de escolarización, tratamiento médico o disfrute de vacaciones (al respecto, vid. Capítulo VII).

tre. Se contempla que excepcionalmente pueda ser concedido para un período de varios años. Como se precisaba en el Reglamento anterior, este tipo de visados está pensado para el extranjero que por razones profesionales deba desplazarse frecuentemente a España.

C. Procedimiento y requisitos para la obtención del visado

El procedimiento a seguir para la obtención del visado se concreta en los artículos 27 y 28. Se trata de una regulación muy similar a la prevista para los visados de tránsito, de hecho, en el Reglamento anterior eran objeto de un tratamiento conjunto.

Señalaremos, muy resumidamente, cómo se organiza y los documentos que se requieren para ello¹⁵:

- La solicitud debe presentarse en modelo oficial, personalmente o a través del representante debidamente acreditado, en la misión diplomática u oficina consular española en cuya demarcación resida el extranjero. Excepcionalmente, si media causa que lo justifique, y previa consulta al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, se podrá presentar en una misión diplomática u oficina consular diferente. Hay que tener en cuenta, al igual que dijimos a propósito de los visados de tránsito, que de conformidad con la normativa de la Unión Europea, las misiones diplomáticas u oficinas consulares de otros Estados miembros podrían expedir visados en representación de España.

La solicitud de visado deberá acompañarse de los documentos que acrediten las circunstancias enumeradas en el artículo 28.1:

- a) La vigencia del pasaporte o documento de viaje del solicitante durante la totalidad del período para el que se solicita la estancia;
- b) El objeto del viaje y las condiciones de la estancia prevista;
- c) La disposición de medios de subsistencia suficientes en el período que se solicita;
- d) Un seguro médico que cubra, durante

15 Para un análisis de las cuestiones procedimentales y de las garantías que gozan los extranjeros durante este procedimiento, vid. Capítulo II.

todo el tiempo de su estancia y en la totalidad de los Estados que aplican los acuerdos internacionales de supresión de controles fronterizos en los que España es parte, los gastos médicos y la repatriación asociados a un accidente o a una enfermedad repentina; e) La disposición de alojamiento en España durante la estancia, que según lo que dispone el artículo 28 del Reglamento en su aptdo. 3º, podrá garantizarse mediante una carta de invitación de un ciudadano español o extranjero residente legal¹⁶; f) las garantías de retorno al país de procedencia, entre las que deberá aportarse un billete de ida y vuelta con una fecha de retorno cerrada que no sobrepase el período de estancia máxima autorizado; g) La autorización para viajar de quien ejerza la patria potestad o tutela, si el solicitante es menor de edad. Además, en el aptdo. 2º de este mismo precepto se añade que también podrá requerirse del solicitante los documentos que acrediten:

- a) La residencia en el lugar de la solicitud, así como los vínculos o arraigo en el país de residencia; b) La situación profesional y socioeconómica del solicitante; c) El cumplimiento de los plazos de retorno en el caso de visados concedidos con anterioridad.
- Está previsto, al igual que a propósito de los visados de tránsito, que durante la tramitación del procedimiento la misión diplomática u oficina consular pueda requerir la comparecencia del solicitante y, cuando se estime necesario, mantener una entrevista personal para concretar los datos que se derivan de la documentación anterior. Si el solicitante no comparece en el plazo fijado, que no podrá exceder de 15 días, se le entenderá

¹⁶ En el Reglamento anterior esta carta tenía una trascendencia mayor. El ciudadano español que realizaba la invitación debía garantizar y responsabilizarse de: a) El objeto del viaje y las condiciones del tránsito o la estancia previstos; b) La disposición de medios de vida suficientes para el período que se solicita; c) La disposición de alojamiento en España; y d) Las garantías de retorno al país de procedencia. Por otra parte, la posibilidad de expedir esta carta de invitación se limitaba a los ciudadanos españoles, el nuevo Reglamento es más permisivo pues habla de españoles o extranjeros residentes legales.

desistido de su solicitud y se producirá el archivo del procedimiento (artículo 28.4).

- Una vez instruido el procedimiento, corresponde a la misión diplomática u oficina consular resolver la solicitud y expedir, en su caso, el visado (artículo 28.5). En el supuesto de resolución denegatoria por incumplimiento de alguno de los requisitos de entrada, incluido el figurar como persona no admisible en la lista prevista en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen –artículo 96–, se notificará mediante la fórmula de aplicación común adoptada por la normativa de desarrollo de estos acuerdos internacionales de supresión de controles de fronteras en los que España es parte, y se expresará el recurso que contra ella proceda, el órgano ante el que hubiese de plantearse y el plazo para la interposición (artículo 28.6). En el supuesto de concesión del visado, el extranjero deberá recogerlo en el plazo de un mes desde su notificación, personalmente o mediante representante debidamente acreditado (artículo 28.7).
- El artículo 27.3 del Reglamento prevé que en supuestos excepcionales debidamente acreditados o por encomienda del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, los responsables de los servicios policiales a cargo del control de entrada puedan expedir en frontera autorizaciones de tránsito o visados. Se trata de los visados en frontera, a los que ya tuvimos oportunidad de referirnos anteriormente.

D. Prórroga de estancia

El artículo 30 de la Ley 4/2000 prevé la posibilidad de prorrogar la situación de estancia, estableciendo para ello una diferencia en función de que la entrada se haya producido con o sin visado:

- En los supuestos de entrada con visado, cuando la duración de éste sea inferior a tres meses, se podrá prorrogar la estancia que figura en el mismo, que en ningún caso podrá ser superior a tres meses, en un período de seis.

- En los supuestos de entrada sin visado, cuando concurren circunstancias excepcionales que lo justifiquen, podrá autorizarse la estancia de un extranjero en el territorio español más allá de tres meses¹⁷.

En el Reglamento anterior se concretaba en que podían consistir estas circunstancias excepcionales, pudiendo tomarse de modelo a efectos de aplicar la normativa vigente: circunstancias de carácter humanitario, familiar, de atención sanitaria, de interés público o, residualmente y con carácter general, cualquier otra circunstancia excepcional¹⁸.

El procedimiento a seguir es similar al previsto para la concesión inicial del visado –artículo 29–:

- La solicitud de prórroga ha de plantearse durante el período de estancia. Cuestión distinta será la concesión de la misma, que según se deduce de lo dispuesto en el aptdo. 6º de este precepto, podrá producirse durante el período de estancia inicial o una vez transcurrido éste¹⁹.
- El interesado deberá presentar una solicitud en modelo oficial, acompañada de los documentos que se enumeran en el artículo 29.2: a) Pasaporte ordinario o documento de viaje, con vigencia superior a la de la prórroga de estancia que se solicite; b) Acreditaciones de las razones alegadas para la solicitud, que, como ya sabemos, deberán ser excepcionales en el supuesto de nacionales de Estados a los que no se exija visado para su entrada en España. c) Prueba suficiente de que dispone de medios de vida adecuados para el tiempo de prórroga que se solicita; d) Un seguro de viaje con la misma cobertura que el necesario para la solicitud del visado de estancia; e) Las garantías de retorno

17 Esta disposición está en consonancia con el artículo 20 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

18 Artículo 35.3 del anterior Reglamento de Extranjería.

19 Sobre las dudas interpretativas que esto había venido planteando, vid. C. Esplugues Mota; y M. De Lorenzo Segrelles; *El Nuevo Régimen Jurídico de la Inmigración en España*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2001; p. 237.

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. Podrá servir, como medio para acreditar esta circunstancia, la aportación de un billete adquirido a nombre del solicitante con fecha de retorno cerrada anterior a la finalización del período de prórroga de la estancia solicitada²⁰.

- El solicitante deberá identificarse personalmente al hacer la presentación de la solicitud o en el momento en que fuera requerido durante la tramitación del expediente (artículo 29.3).

La prórroga de estancia podrá ser concedida por las autoridades a las que se refiere el artículo 29.4, si concurren las circunstancias siguientes: a) Que la documentación se adapte a lo dispuesto en este precepto; b) Que el solicitante no esté incurso en ninguna de las causas de prohibición de entrada previstas en el Título I, de expulsión o devolución. Si se le hubiera concedido la prórroga de estancia e incurre con posterioridad en alguna de las causas de prohibición de entrada previstas en el Título I, se extinguirá la vigencia de la prórroga (artículo 30).

E. Supuestos excepcionales de estancia

Según el artículo 31 del Reglamento, excepcionalmente, y siempre que existan motivos humanitarios, de interés público u obligaciones internacionales, el Ministerio del Interior o el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales podrán autorizar la estancia en territorio español, por un máximo de tres meses en un período de seis, a los extranjeros que hubieran entrado en él con documentación defectuosa o incluso sin ella o por lugares no habilitados al efecto²¹.

Este precepto se refiere, con carácter general, a los extranjeros

20 Este último requisito supone una novedad frente al Reglamento anterior, haciendo que resulte más restrictiva la prórroga de estancia.

21 Este precepto está en consonancia con el artículo 5 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

que hubieran entrado en España de forma defectuosa, ya se trate de extranjeros sometidos a la exigencia de visado o no sometidos a tal exigencia. Los motivos en que puede fundamentarse la estancia excepcional resultan un tanto inciertos –motivos humanitarios, de interés público u obligaciones internacionales²². En cualquier caso, sí resulta claro que esta posibilidad se aplicará con carácter restrictivo.

Según el artículo 32 del Reglamento, se encontrarán en situación de estancia las personas a quienes el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación expida un visado de cortesía. El visado de cortesía, prosigue diciendo este mismo precepto, puede ser expedido a las personas señaladas en el art. 2 de la Ley 4/2000, o a los titulares de pasaporte oficial diplomático o de servicio.

El mencionado artículo 2 de la Ley 4/2000 dispone que quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley: a) Los agentes diplomáticos y los funcionarios consulares acreditados en España, así como los demás miembros de las misiones diplomáticas permanentes o especiales y de las oficinas consulares y sus familiares que, en virtud de las normas de derecho internacional, estén exentos de las obligaciones relativas a su inscripción como extranjeros y a la obtención del permiso de residencia; b) Los representantes y delegados, así como los demás miembros y sus familiares, de las Misiones permanentes o de las delegaciones ante los organismos intergubernamentales con sede en España o en Conferencias internacionales que se celebren en España; c) Los funcionarios destinados en Organizaciones internacionales o intergubernamentales con sede en España, así como sus familiares, a quienes los tratados en que sea parte España eximan de las obligaciones mencionadas en el párrafo a) de este artículo.

Estas personas, que tienen cierta vinculación con nuestro país al desarrollar en el mismo la peculiar actividad profesional a que se refiere el artículo 2, están excluidas de la Ley de Extranjería y, por tanto,

22 E. Ortega Martín; *Manual Práctico de Derecho de Extranjería*. 2ª ed. Europea de Derecho. Madrid. 2003; pp. 344 y ss.

de su desarrollo reglamentario. Así que lo dispuesto en esta normativa ni les afecta ni les es aplicable. Por otra parte, en el artículo 6.2.e) del Reglamento se establece que están eximidos de la exigencia de visado para estancias de hasta tres meses en un período de seis, los extranjeros titulares de una tarjeta de acreditación diplomática, expedida por las autoridades de otro Estado con el que España haya suscrito un acuerdo internacional que contemple esta posibilidad.

La posibilidad de expedir visados de cortesía debe quedar limitada, en consecuencia, a los extranjeros contemplados en el artículo 2 de la Ley 4/2000, que no desarrollen su actividad en España, y que no sean titulares de una tarjeta de acreditación diplomática, conforme a lo previsto en el artículo 6.2.e) del Reglamento²³.

III. La residencia

A. Definición y supuestos

Como sabemos, según el artículo 29 de la Ley 4/2000, los extranjeros pueden encontrarse en nuestro país en las situaciones de estancia o residencia²⁴. La residencia es la situación que autoriza a residir en España, con carácter temporal o permanente. Ello está en función de la distinción que se hace a su vez, dentro de esta situación, entre residencia temporal y residencia permanente (artículo 30 bis de la Ley y 33 del Reglamento).

Estos preceptos son fruto de las modificaciones que se introdujeron en la Ley 4/2000, mediante la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre. Con anterioridad se establecía una distinción entre la situación de residencia temporal y de residencia permanente. La

23 Al respecto, vid. E. Ortega Martín; *Manual Práctico de Derecho de Extranjería*. 2ª ed. Europea de Derecho. Madrid. 2003; p. 370.

24 Estas situaciones difieren en cuanto al tiempo que permiten estar en nuestro país y en cuanto a los derechos que confieren. La Ley 4/2000, al regular los derechos de los extranjeros, limita el disfrute de algunos de ellos a los extranjeros residentes.

normativa vigente contempla, como únicas situaciones posibles, la estancia y la residencia, estableciendo después en el marco de esta situación las diferencias anteriormente señaladas.

Ello tiene su reflejo en la estructura del Reglamento. En su Título IV se refiere con carácter general a la “Residencia”, diferenciando a continuación, a lo largo de sus distintos Capítulos, entre la residencia temporal y las circunstancias en que ésta puede producirse y la residencia permanente.

B. La residencia temporal

Según el artículo 31 de la Ley 4/2000, la residencia temporal es la situación que autoriza a permanecer en España por un período superior a noventa días e inferior a cinco años. El Reglamento reitera esta misma definición en su artículo 34, añadiendo que sin perjuicio de lo establecido en el Título VII. La verdad es que no se entiende bien la remisión a este Título, relativo a la autorización para investigación o estudios, ya que, como se ha dicho, los estudiantes o investigadores quedan comprendidos dentro de la situación de estancia.

La residencia temporal comprende diversas variantes o puede producirse en función de diferentes circunstancias. El Reglamento se refiere en el Capítulo I de su Título IV a la posibilidad de residir temporalmente en España sin realizar actividades laborales (Sección 1ª, artículos 35 a 37); a la posibilidad de acceder a la situación de residencia temporal en virtud de reagrupación familiar (Sección 2ª, artículos 38 a 44); y a la posibilidad de acceder a la situación de residencia temporal en supuestos excepcionales (Sección 3ª, artículos 45 a 47). En el Capítulo 2 de este Título IV se regula la residencia temporal y trabajo, que se refiere, como su propio nombre indica, a la situación de residencia temporal con autorización para trabajar. Dentro de este Capítulo se distingue, a su vez, la residencia temporal y trabajo por cuenta ajena (Sección 1ª, artículos 49 a 54), la residencia temporal y trabajo por cuenta ajena de duración determinada (Sección 2ª, artículos 55 a 57), la residencia temporal y trabajo

por cuenta propia (Sección 3ª, artículos 58 a 62), y la residencia temporal y trabajo en el marco de prestaciones transnacionales de servicios (Sección 4ª, artículos 63 a 70).

Cada una de las secciones mencionadas recoge una regulación completa de la situación de residencia temporal a la que la misma se refiere (requisitos, documentos a aportar, procedimiento a seguir para la obtención del visado...). Pero en el artículo 31 de la Ley 4/2000 se concretan unos requisitos que son comunes a todas ellas:

Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido –Schengen-. Se valorará, en función de las circunstancias de cada supuesto, la posibilidad de renovar la autorización de residencia a los extranjeros que hubiesen sido condenados por la comisión de un delito y hayan cumplido la condena, los que han sido indultados, o que se encuentren en la situación de remisión condicional de la pena (artículo 31.4)²⁵.

Los extranjeros con autorización de residencia temporal vendrán obligados a poner en conocimiento del Ministerio del Interior los cambios de nacionalidad, estado civil y domicilio²⁶.

En las líneas que siguen vamos a referirnos únicamente a la posibilidad de residir temporalmente en España sin ejercer actividades laborales y a la residencia temporal por circunstancias excepcionales. Las demás posibilidades mencionadas serán objeto de tratamiento específico en otros Capítulos de esta obra.

25 Este requisito está en consonancia con las obligaciones que derivan de lo dispuesto en el artículo 25 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen. En relación con la renovación de los permisos de residencia se ha denunciado la discrecionalidad que se otorga a la Administración, que puede llevar a que en estos casos se denieguen sistemáticamente, C. Esplugues Mota; y M. De Lorenzo Segrelles; *El Nuevo Régimen Jurídico de la Inmigración en España*. Op. cit.; p. 254.

26 En caso de no hacerlo, incurrirán en infracción de tipo leve –artículo 52.a) de la Ley 4/2000-; y en caso de ocultación dolosa o falsedad grave, en infracción de tipo grave -artículo 53.c) de la Ley 4/2000.

1. La residencia temporal sin ejercer actividades laborales

a) Visado

El extranjero que desee residir temporalmente en España sin realizar actividades laborales, deberá solicitar el correspondiente visado. En este caso, el visado se convierte en un requisito imprescindible, ya que los supuestos en que no se precisa, conforme a lo dispuesto en el art. 6 del Reglamento, están limitados al tránsito y la estancia²⁷.

b) Procedimiento y requisitos para la obtención del visado

El procedimiento a seguir para la obtención de este visado se concreta en el art. 35. Señalaremos, muy resumidamente, cómo se organiza y los documentos que se requieren para ello²⁸:

- La solicitud debe presentarse según el modelo oficial, personalmente en la misión diplomática u oficina consular española en cuya demarcación resida el extranjero. El Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, si media causa que lo justifique, podrá determinar la misión diplomática u oficina consular en la que corresponda presentar la solicitud de visado. Entendemos que esta posibilidad debe entenderse, de acuerdo con lo que se establece con carácter similar para los visados de tránsito o estancia, en el sentido de que podría presentarse en una misión diplomática u oficina consular distinta a la del lugar de residencia.
- Excepcionalmente, en aplicación de lo dispuesto en el primer párrafo del aptdo. 2º de la Disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, la misión diplomática u oficina consular aceptará la presentación de la solicitud mediante representante legalmente acreditado cuando existan

²⁷ Debe tenerse en cuenta, no obstante, que en los supuestos de residencia temporal por circunstancias excepcionales no se precisa visado (artículo 31.3).

²⁸ Para un análisis de las cuestiones procedimentales y de las garantías que gozan los extranjeros durante este procedimiento, vid. Capítulo II, epígrafes II y III.

motivos fundados que obstaculicen el desplazamiento del solicitante, como la lejanía de la misión u oficina, dificultades de transporte que hagan el viaje especialmente gravoso o razones acreditadas de enfermedad o condición física que dificulten sensiblemente su movilidad²⁹. Como cabe observar, a diferencia del tránsito y la estancia, la posibilidad de presentar la solicitud a través de representante debidamente autorizado adquiere en este caso carácter excepcional. Con ello entendemos que quiere evitarse que esta posibilidad se use en beneficio de una persona que se encuentra en España³⁰.

- La solicitud de visado deberá acompañarse de los documentos que se enumeran en el artículo 35.2: a) Pasaporte en vigor o título de viaje, reconocido como válido en España, con una vigencia mínima de un año. Hay que tener en cuenta que la autorización inicial de residencia temporal tiene una duración inicial de un año –artículo 36.2 del Reglamento–, de ahí la vigencia mínima requerida al pasaporte; b) Certificado de antecedentes penales, o documento equivalente, en el caso de solicitante mayor de edad penal, que debe ser expedido por las autoridades del país de origen o del país o países en que haya residido durante los últimos cinco años y en el que no deben constar condenas por delitos existentes en el ordenamiento español; c) Certificado médico, para acreditar que no padece ninguna de las enfermedades susceptibles de cuarentena previstas en el Reglamento sanitario internacional; d) Los documentos que acrediten 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 se desee residir en España, sin necesidad de desarrollar ninguna actividad laboral.

²⁹ Esta disposición debe ponerse en relación con la Disposición Adicional cuarta del Reglamento.

³⁰ Así se evidencia particularmente en el caso de la reagrupación familiar –artículo 43.1 del Reglamento–, y en el caso de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena –artículo 51.6 del Reglamento–.

- Está previsto, al igual que en los casos anteriores, que durante la tramitación del procedimiento la misión diplomática u oficina consular pueda requerir la comparecencia del solicitante y, cuando se estime necesario, mantener una entrevista personal para concretar los datos que se derivan de la documentación anterior³¹. Si el solicitante no comparece en el plazo fijado, que no podrá exceder de 15 días, se entenderá que desiste del procedimiento. No obstante, en este caso se introduce curiosamente como salvedad, a diferencia de los anteriores, la fuerza mayor (artículo 35.3).

La entrevista personal se rodea además, quizás por la mayor trascendencia de estos visados, de una serie de cautelas adicionales. En la entrevista deberán estar presentes, al menos, dos representantes de la Administración española, además del intérprete, en caso necesario. Se deberá dejar constancia del contenido de la misma en un acta firmada por los presentes, de la que se entregará copia al interesado.

Si los representantes de la Administración llegaran al convencimiento de que existen indicios suficientes para dudar de la identidad de las personas, de la validez de los documentos, o de la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado, se denegará la concesión. En este caso, a diferencia de lo previsto para los visados por reagrupación familiar o para trabajo por cuenta ajena, no se exige que la resolución sea motivada³².

El procedimiento y trámites a seguir con carácter previo a la expedición del visado de residencia no corresponden en exclusiva a la misión diplomática u oficina consular competente. El artículo 35 del Reglamento prevé en su aptdo. 4º que, siempre que la misión di-

31 Si, posteriormente, una vez que esté el interesado en España, se comprueba la inexactitud grave de las alegaciones formuladas por el titular para obtener la autorización de residencia, será causa de extinción de la misma (artículo 75.2.d).

32 Vid. artículo 27.6 de la Ley 4/2000 y Disposición Adicional sexta, aptdo. 6º del Reglamento.

plomática u oficina consular no hubiera resuelto la inadmisión o denegación del visado o el archivo del procedimiento, dará traslado de la solicitud, por medios telemáticos y de manera simultánea cuando sea posible, al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y a la Delegación o Subdelegación de Gobierno en cuya demarcación solicite la residencia el extranjero, para que resuelva lo que proceda sobre la autorización de residencia.

La Delegación o Subdelegación del Gobierno, en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud, deberá resolver la concesión o denegación de la autorización de residencia de forma motivada, previo informe de los servicios policiales relativo a la existencia de razones que pudieran impedirla (artículo 35.5). Y esta resolución se comunicará, por medios telemáticos y de forma simultánea cuando sea posible, al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y a la misión diplomática u oficina consular competente. El plazo máximo de que dispone para ello es de un mes, ya que transcurrido este plazo se entiende que la resolución es desfavorable y la misión diplomática u oficina consular procederá a denegar el visado (artículo 35.6).

Si la resolución de la Delegación o Subdelegación del Gobierno es favorable, la misión diplomática u oficina consular, una vez verificado el cumplimiento de los demás requisitos exigidos, resolverá y expedirá, en su caso, el visado (artículo 35.7). Se notificará al interesado, que deberá recogerlo personalmente en el plazo máximo de un mes, entendiéndose, de no hacerlo, que renuncia al visado (artículo 35.8).

Una vez recogido el visado, el solicitante deberá entrar en el territorio español en su plazo de vigencia, que en ningún caso será superior a tres meses (artículo 35.9). La fecha de entrada se toma de referencia a efectos de que comience el cómputo de la autorización inicial de residencia, que tendrá la duración de un año (artículo 36.2). Teniendo en cuenta esta duración³³, el extranjero está obligado a solicitar la tarjeta de iden-

33 El artículo 4.2 de la Ley 4/2000 dispone que todos los extranjeros a los que se haya expedido un visado o una autorización para permanecer en España por un período superior a seis meses, obtendrán la tarjeta de identidad de extranjero,

tividad de extranjero, obligación que deberá cumplir personalmente en el plazo de un mes desde la fecha de entrada –artículo 35.9–³⁴.

c) La renovación de la autorización de residencia temporal

Como se ha visto, la autorización inicial de residencia temporal tendrá la duración de un año (artículo 36.2). Dado que la residencia temporal es la situación que autoriza a permanecer en España por un período superior a noventa días e inferior a 5 años, la Ley y el Reglamento contemplan la posibilidad de solicitar la renovación de esta autorización inicial.

La Ley de Extranjería dispone en su artículo 31 que las autorizaciones de duración inferior a cinco años podrán renovarse, a petición del interesado, atendiendo a las circunstancias que motivaron su concesión. Y remite a continuación al Reglamento, para que regule la concesión de las renovaciones y su duración.

El Reglamento se ocupa de esta cuestión en su artículo 37. Señalaremos, muy resumidamente, cómo se organiza la renovación y qué requisitos se exigen:

- El extranjero que desee renovar su autorización de residencia temporal deberá solicitarla personalmente ante el órgano competente para su tramitación³⁵, durante los 60 días naturales

que deberán solicitar personalmente en el plazo de un mes desde su entrada en España o desde que se conceda la autorización, respectivamente.

34 En el artículo 53.h) de la Ley 4/2000 se considera infracción grave el incumplimiento de esta obligación. Debe tenerse en cuenta además, en relación con la obligación de solicitar la tarjeta de identidad de extranjero, que se entiende que se produce renuncia tácita a la autorización de residencia cuando el interesado, tras haber sido requerido para comparecer en la oficina de extranjeros o en la comisaría de policía que hubiese seguido el expediente con el fin de tramitar o hacerse entrega de la mencionada tarjeta de identidad de extranjero, no se persone en ella en el plazo de tres meses desde que se practicó aquel requerimiento, salvo que el interesado acredite que la incomparecencia fue debida a una causa justificada (artículo 75.1.b).

35 Según la Disposición Adicional primera del Reglamento, cuando las competencias en materia de informes, resoluciones y sanciones no estén expresamente atribuidas a un determinado órgano en este Reglamento, serán ejercidas por los Delegados del Gobierno en las comunidades autónomas uniprovinciales y por los Subdelegados de Gobierno en las provincias.

previos a la fecha de expiración de la vigencia de su autorización (artículo 37.1). La presentación de la solicitud tiene como efecto prorrogar la validez de la autorización anterior (artículo 37.5), ante la eventualidad de que la resolución del procedimiento de renovación sea posterior a su expiración.

El Reglamento contempla también la posibilidad de que la renovación se solicite una vez expirada la autorización inicial. En este caso, si la solicitud se presenta dentro de los tres meses posteriores a la fecha de expiración, también tendrá como efecto la prórroga de la autorización inicial hasta la resolución del procedimiento, sin perjuicio de la incoación del correspondiente expediente sancionador por la infracción en que se hubiese incurrido (artículo 37.5)³⁶.

La solicitud de renovación deberá presentarse en el modelo oficial correspondiente, acompañada de los siguientes documentos (artículo 37.2): a) Pasaporte en vigor o título de viaje, reconocido como válido en España, así como la tarjeta de identidad de extranjero en vigor; b) Los documentos que acrediten los recursos económicos o los medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención, así como el seguro médico, durante el período de tiempo por el que se pretende renovar la residencia en España sin necesidad de desarrollar ninguna actividad laboral³⁷.

- La oficina competente para la tramitación del procedimiento recabará el certificado de antecedentes penales y resolverá lo que proceda. Recuérdese lo que dispone el art. 31.4 de la Ley 4/2000.
- La autorización de residencia temporal renovada tendrá una vigencia de dos años, salvo que corresponda obtener una autorización de residencia permanente (artículo 37.4). Dado que

36 El artículo 52.b) de la Ley 4/2000 considera que en este caso estamos ante una infracción de carácter leve. La infracción se convierte en grave cuando el extranjero se encuentre irregularmente en territorio español por tener caducada en más de tres meses la autorización de residencia temporal (artículo 53.a).

37 La falta de medios de subsistencia son, por otra parte, causa de extinción de la autorización vigente de residencia (artículo 75.2.a).

la autorización inicial de residencia tiene vigencia de un año y la renovación de dos, para alcanzar los cinco años de residencia que se precisan para la situación de residencia permanente será necesario volver a repetir el procedimiento de renovación. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que en el artículo 72 del Reglamento se contemplan una serie de supuestos en los que no se requieren cinco años de residencia para alcanzar la residencia permanente.

- La resolución favorable se notificará al interesado (artículo 37.6). En el supuesto de que la administración no resuelve expresamente en el plazo de tres meses desde la presentación de la solicitud, se entenderá que la resolución es favorable³⁸. El interesado puede pedir, en cualquier caso, que esta circunstancia se le acredite, y en el plazo de un mes desde su notificación deberá solicitar la renovación de la tarjeta de identidad de extranjero (artículo 37.7).

d) La modificación de la situación de residencia temporal en la situación de residencia temporal y trabajo por cuenta propia o ajena

La llegada a nuestro país con una autorización de residencia, que no permite el ejercicio de actividades laborales, no significa que el extranjero vaya a quedar indefinidamente vinculado a esta situación. El artículo 96 del Reglamento contempla la posibilidad de pasar a la situación de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena.

En el caso de que se quiera acceder a la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena, se requiere lo siguiente:

El extranjero debe haberse encontrado en España durante al menos un año en situación de residencia legal³⁹. Excepcionalmente podrá acceder a la situación de residencia y trabajo sin que haya

³⁸ Esto debe ponerse en relación con el aptdo. 2º de la Disposición Adicional primera de la Ley de Extranjería.

³⁹ Según dispone el artículo 49.3 del Reglamento, en este caso no se exigirá el visado específicamente previsto para la situación de residencia temporal y trabajo.

transcurrido este plazo, cuando acredite que tiene necesidad de trabajar para garantizar su subsistencia debido a circunstancias sobrevenidas⁴⁰.

El empleador debe haber presentado la solicitud de autorización de residencia y trabajo, cumpliendo los requisitos laborales exigidos en el artículo 50, excepto los previstos en los aptdos. a) y f): el aptdo. a) se refiere a la situación nacional de empleo, que no se tendrá en cuenta en estos casos, lo que supone una indudable ventaja para el extranjero; y el aptdo. f) se refiere a que los extranjeros carezcan de antecedentes penales, que es un dato que ya se tuvo en cuenta para conceder la autorización de residencia.

En el caso de que se pretenda acceder a una actividad por cuenta propia, sólo se requerirá el cumplimiento de los requisitos del artículo 58, excepto su aptdo. f). Este apartado se refiere, al igual que en el caso anterior, a la necesidad de carecer de antecedentes penales.

2. La residencia temporal en supuestos excepcionales

a) Supuestos

Según el artículo 31.3 de la Ley 4/2000, la Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente⁴¹. Pues bien, este precepto se desarrolla y concreta en los artículos 45 a 47 del Reglamento⁴².

⁴⁰ Este requisito también se exceptiona en el aptdo. 3º, cuando se trate de extranjeros en situación de residencia por haber sido reagrupados, o cuando se trate de un cónyuge que accede a una autorización de residencia temporal independiente por la vía prevista en el artículo 41.2.

⁴¹ Sobre los antecedentes de este precepto, que ha sufrido sucesivas modificaciones, vid. E. Cano Bazaga; y M^a.A. Rodríguez Vázquez; "El Estatuto Jurídico Administrativo del Extranjero en la Nueva Ley de Extranjería (Régimen General de Entrada, Permanencia y Salida)". Revista Andaluza de Administración Pública nº 44/2001; págs. 326 y ss.

⁴² Debe tenerse en cuenta, por otra parte, lo que establece la Disposición Adicional primera, aptdo. 4º del Reglamento.

La residencia excepcional se contempla, en primer lugar, por razones de arraigo, que son las que se establecen en el artículo 45.2 del Reglamento: a) Por arraigo laboral, los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un mínimo de dos años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, y que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a un año; b) A los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, cuenten con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud cuya duración no sea inferior a un año y bien acrediten vínculos familiares con otros extranjeros residentes –conyuges, ascendientes o descendientes en línea directa–, bien presenten un informe que acredite su inserción social emitido por el ayuntamiento en el que tenga su residencia habitual; c) Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles⁴³.

La residencia temporal por circunstancias excepcionales se contempla también, como hemos visto, por razones humanitarias, de colaboración con la justicia u otras circunstancias excepcionales⁴⁴. El Reglamento concreta esta previsión refiriéndose, en primer lugar, a las personas que el Ministro 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 art. 31.3 de su

43 En el artículo 40.i) de la Ley 4/2000 se establece además, en relación con estas personas, que no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo a efectos de que puedan obtener una autorización de residencia y trabajo.

44 En el ámbito de la Unión Europea se ha aprobado la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29.4.2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes, DOUE núm. L 261, de 6.8.2004.

Reglamento de aplicación⁴⁵, 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 Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre. 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 marzo⁴⁶.

El Reglamento se refiere a continuación: a) A los extranjeros que hayan sido víctima de los delitos que enumera en su artículo 45.3.a)⁴⁷; b) A los extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad sobrevenida de carácter grave que precise su tratamiento en España; c) A los extranjeros que acrediten que su traslado al país del que son originarios o proceden, a efectos de solicitar el visado que

45 La Disposición Final tercera del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el nuevo Reglamento de Extranjería, introduce algunas modificaciones en el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. Y uno de los preceptos modificados es, precisamente, el mencionado art. 31.3. Dice el nuevo precepto que 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 art. 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. Esta autorización revestirá inicialmente forma de estancia, y en el plazo de un mes desde la notificación el interesado deberá solicitar la autorización de residencia temporal conforme a lo previsto en el Reglamento. Al respecto vid. Capítulo IV, epígrafe IV.

46 El artículo 31.4 se refiere, con carácter genérico, a razones humanitarias distintas de las previstas en el art. 31.3. El artículo 34.1 establece que cuando el matrimonio o convivencia estable se constituyan con posterioridad al reconocimiento de la condición de refugiado, el interesado no podrá solicitar la extensión del asilo para sus dependientes, sino el trato más favorable con arreglo a la normativa vigente de extranjería. Este trato más favorable se concreta en la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

47 “A los extranjeros víctimas de los delitos tipificados en los artículos 311 a 314 del Código Penal, de 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 del Código Penal, o de delitos por conductas violentas ejercidas en el entorno familia, 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”.

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.

También se podrán conceder estas autorizaciones a las personas que colaboren con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales, cuando concurren razones de interés público o seguridad nacional que lo justifiquen.

b) Requisitos y procedimiento

La autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales no precisa visado – artículo 31.3 de la Ley 4/2000 y 46.1 del Reglamento-.

El Reglamento se ocupa del procedimiento a seguir para la concesión de la autorización en el artículo 46. Señalaremos, muy resumidamente, cómo se organiza el procedimiento y qué documentos se requieren para ello:

La solicitud debe presentarse personalmente ante el órgano competente para su tramitación⁴⁸, acompañada de los documentos que se enumeran en el aptdo.1º del artículo 46.

Especialmente importante resulta en este caso la documentación acreditativa de que se está ante uno de los supuestos contemplados en el artículo 45. El Reglamento precisa en su artículo 46, aptdos. 2º y 3º, la documentación que deberá aportarse en relación con algunos de esos supuestos. Si el órgano competente para tramitar esta autorización requiere del solicitante que aporte los documentos necesarios y no lo hace en el plazo señalado, que no podrá ser superior a un mes, se entenderá que desiste de la solicitud.

El órgano competente podrá requerir la comparecencia del solicitante y mantener una entrevista, que se rodeará de las mismas cautelas que hemos visto a propósito de la residencia temporal sin ejercer actividades laborales. Si los representantes de la Administración llegan al convencimiento de que existen indicios suficien-

48 Vid. Disposición Adicional primera del Reglamento y aptdo. 6º del artículo 47.

tes para dudar de la identidad de las personas, de la validez de los documentos, o de la veracidad de los motivos alegados para solicitar el visado, se recomendará la denegación de la autorización al organismo competente⁴⁹. Dada las circunstancias tan particulares de estas autorizaciones, este órgano, en caso de duda, deberá elevar la consulta correspondiente a la Dirección General de Inmigración.

El Reglamento dispone, en su artículo 45.6, que dado el carácter excepcional de estas autorizaciones, su concesión y también sus renovaciones tendrán una vigencia de un año, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 47 y en la normativa de asilo.

La renovación de las autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales se regula en el artículo 47 del Reglamento, atendiendo a los distintos supuestos que motivaron su concesión. Una de las posibilidades que se contempla, en relación con algunos de los supuestos previstos, es que se solicite su transformación en una autorización de residencia o de residencia y trabajo, conforme a lo previsto en el artículo 98 del Reglamento.

C. La residencia permanente

1. Definición

Según el artículo 32.1 de la Ley 4/2000 y 71 del Reglamento, la residencia permanente es la situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles.

2. Supuestos

Como regla general, tienen derecho a la residencia permanente los que hayan residido temporalmente en España durante cinco años de forma continuada, independientemente del carácter que haya tenido esta residencia.

49 Vid. artículo 46.6 y Disposición Adicional primera del Reglamento.

Se considera que la residencia ha sido continuada aún en el caso de que por períodos de vacaciones u otras razones que se establezcan reglamentariamente se haya abandonado el territorio nacional temporalmente (artículo 32.2) Pues bien, el Reglamento dispone a este respecto que la continuidad de la residencia no quedará afectada por ausencias del territorio español de hasta seis meses⁵⁰, siempre que la suma de éstas no supere el total de un año dentro de los cinco años exigidos, salvo que las correspondientes salidas se hubieran efectuado de forma irregular. Debe suponerse que en este caso sí se interrumpe la continuidad.

El artículo 32 de la Ley 4/2000 también dispone que con carácter reglamentario y excepcionalmente se establecerán los criterios para que no sea exigible el citado plazo en supuestos de especial vinculación con España.

Estos supuestos se concretan en el artículo 72.3 del Reglamento, y son los siguientes: a) Residentes que sean beneficiarios de una pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, incluida dentro de la acción protectora del sistema español de Seguridad Social; b) 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. c) Que hayan nacido en España y al llegar a la mayoría de edad acrediten haber residido en España de forma continuada durante, al menos, los tres años consecutivos inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud; d) Que hayan sido españoles de origen y hayan perdido la nacionalidad española; e) Que al llegar a la mayoría de edad hayan estado bajo la tutela de una entidad pública durante los cinco años inmediatamente anteriores de forma consecutiva⁵¹; f) Apá-

50 Superados los seis meses se interrumpe la continuidad y además se incurre en causa de extinción de la autorización de residencia temporal –artículo 75.2.f)-.

51 Según el artículo 35.4 de la Ley 4/2000 se considerará regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una administración pú-

tridas o refugiados que se encuentren en territorio español y a quienes se les haya reconocido el respectivo estatuto en España; g) Extranjeros que hayan contribuido de forma notoria al progreso económico, científico o cultural de España, o a la proyección de España en el exterior.

3. Procedimiento y requisitos

El procedimiento a seguir para que un extranjero acceda a la situación de residencia permanente se concreta en el artículo 73 del Reglamento. Señalaremos, muy resumidamente, cómo se organiza:

Los extranjeros que se encuentren en territorio español y se hallen en alguno de los supuestos recogidos en el artículo anterior deberán solicitar, en modelo oficial, la autorización de residencia permanente. Si no se encuentran en España, deberán solicitarla en la oficina diplomática o consular española en cuya demarcación residan, que se tramitará en los mismos términos que la residencia temporal sin ejercicio de actividades laborales (artículo 73.1).

La solicitud deberá acompañarse de los documentos que acrediten que se encuentra en alguno de los supuestos anteriormente mencionados (artículo 73.2).

Una vez recibida la solicitud, el órgano competente recabará el certificado de antecedentes penales de este extranjero, así como los informes que se consideren oportunos. En el supuesto de que la administración no resuelve expresamente en el plazo de tres meses desde la presentación de la solicitud⁵², se entenderá que la resolución es favorable⁵³.

blica, y a instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se le otorgará un permiso de residencia, cuyos efectos se retrotraeran al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores. Si el menor lleva cinco años bajo la tutela del organismo público, con un permiso de residencia cuyos efectos se retrotraen al momento en que fue puesto a disposición de este organismo ¿Qué aporta este supuesto especial?

52 El órgano competente para resolver será el Delegado o Subdelegado de Gobierno correspondiente, con la salvedad de lo dispuesto en el artículo 72.3.g).

53 Con la salvedad prevista en el artículo 73.5.

El extranjero deberá solicitar la tarjeta de identificación de extranjero, en el plazo de un mes desde que le fue notificada la concesión (artículo 73.6). Además, la tarjeta deberá renovarse cada 5 años (artículo 74).