
Dret d'estrangeria (I): fonts i règims

PID_00248426

Milagros Orozco Hermoso

Temps mínim de dedicació recomanat: 12 hores



Índex

Introducció	5
Objectius	7
1. Règims d'estrangeria: supòsits, marc normatiu i delimitació	9
1.1. Introducció: nacionals i estrangers	9
1.2. Marc normatiu i fonts en matèria d'estrangeria	10
1.2.1. El dret internacional públic i el dret d'estrangeria	11
1.2.2. El dret d'estrangeria provinent de la Unió Europea	14
1.2.3. El dret intern espanyol	29
1.3. Delimitació dels diferents règims d'estrangeria	34
2. Règim especial dels ciutadans de la Unió Europea	39
2.1. Beneficiaris	40
2.2. Drets que integren el règim europeu d'estrangeria	45
2.3. Entrada, sortida i lliure circulació en territori espanyol	48
2.4. Estada inferior a tres mesos	50
2.5. Residència	51
2.5.1. Residència superior a tres mesos	51
2.5.2. Residència permanent	57
2.5.3. La vigència i el manteniment del dret de residència	58
2.6. Limitacions dels drets per raons d'ordre públic, seguretat pública i salut pública	60
3. El règim general d'estrangeria	66
3.1. Drets i llibertats, deures i garanties jurídiques dels estrangers a Espanya	67
3.1.1. Introducció. La situació dels estrangers davant els drets i llibertats fonamentals	67
3.1.2. Drets personals: documentació, llibertat de circulació i elecció de residència, dret a la vida en família i reagrupament familiar, i dret a l'educació	70
3.1.3. Drets polítics: reunió, manifestació, associació, dret de participació en la vida pública	73
3.1.4. Drets dels estrangers en l'àmbit laboral i de protecció social	75
3.1.5. Els drets i deures dels estrangers en l'àmbit econòmic	81

3.1.6.	Garanties jurídiques: tutela judicial efectiva, assistència jurídica gratuïta i recurs contra els actes administratius	82
3.2.	Entrada dels estrangers en territori espanyol. Estadades de curta durada	86
3.2.1.	L'entrada dels estrangers en territori espanyol. Delimitació de les situacions i la seva regulació	86
3.2.2.	L'entrada al territori espanyol i la verificació de les condicions d'entrada	90
3.2.3.	Condicions per a l'entrada en el territori espanyol	92
3.2.4.	Altres supòsits d'autorització d'entrada	103
3.2.5.	L'entrada en territori espanyol i la denegació de l'entrada	109
3.2.6.	L'estada de curta durada i la seva pròrroga	114
3.3.	Sortida de l'estranger del territori espanyol	116
3.3.1.	Sortida voluntària	117
3.3.2.	La sortida obligatòria en sentit estricte	118
3.3.3.	La devolució	120
3.3.4.	L'expulsió	126
3.3.5.	El retorn	129
3.4.	Reagrupament familiar	131
3.4.1.	Principis i regulació	131
3.4.2.	Familiars reagrupables	133
3.4.3.	Requisits per al reagrupament	139
3.4.4.	Procediment per obtenir el reagrupament	143
3.4.5.	Efectes del reagrupament sobre la situació dels familiars reagrupats	146
	Resum	151
	Exercicis d'autoavaluació	155
	Solucionari	159

Introducció

La distinció entre les persones que són nacionals d'un estat i les que no ho són, juntament amb la constatació que el dret internacional no prohibeix l'establiment d'un règim restrictiu per part dels estats en relació amb l'entrada i permanència dels estrangers en el seu territori, dona origen a un sector de l'ordenament jurídic que està constituït per les normes d'estrangeria. Aquestes normes de caràcter administratiu –i en ocasions sancionador– estableixen un seguit de condicions perquè els no nacionals puguin creuar les fronteres estatals i puguin romandre en el seu territori. Les condicions esmentades són en tot cas d'obligatori compliment, malgrat que en ocasions es preveu la seva eventual modulació en base a règims particulars i obligacions internacionals aplicables (com és el cas dels refugiats), o bé per raons humanitàries, de protecció dels menors o d'interès públic.

L'estudi de les fonts jurídiques en matèria d'estrangeria té una complexitat particular, a la qual es dedica la primera unitat, ja que concorren normes de diversos orígens que en moltes ocasions poden arribar a ser aplicables de forma simultània en una mateixa situació. Altres vegades, caldrà fer una qualificació i una interpretació dels fets curosa per determinar quin és el règim d'estrangeria aplicable al subjecte. Així doncs, al costat de convenis internacionals, serà necessari tenir en compte la normativa provinent de la Unió Europea i la normativa d'origen estatal. Cal atendre especialment a l'importantíssim i creixent paper de la Unió Europea com a subjecte regulador de les diferents qüestions pròpies del dret d'estrangeria. L'evolució del procés d'integració europea ha comportat també una progressiva assumpció de competències pròpies en aquest àmbit, abastant entre altres el control de fronteres, la immigració i el dret d'asil, de manera que actualment gran part de les previsions contingudes en les legislacions internes dels estats membres han d'ajustar-se a les directrius fixades per les reglamentacions europees existents en diferents sectors.

Precisament, el dret a la lliure circulació que es reconeix als ciutadans de la Unió Europea configura un règim d'estrangeria específic i privilegiat, més ample i flexible que el règim general, i que és objecte d'estudi en la segona unitat. Aquest règim s'estén també a determinats membres de la família del ciutadà europeu, i és aplicable igualment als nacionals d'altres països que, malgrat no formar part de la Unió Europea, hi mantenen acords particulars d'associació.

En la tercera unitat s'inicia l'anàlisi de l'anomenat «règim general» d'estrangeria, que és l'aplicable als estrangers que no estiguin inclosos dins de l'àmbit d'aplicació personal de cap règim específic. El text legislatiu primordial en aquest cas és la Llei orgànica 4/2000, que ha estat objecte de nombroses reformes des de la seva aprovació, fruit dels canvis en la política migratòria governamental i de l'acció reguladora de la Unió Europea. En el marc d'aquest

règim es delimiten també els drets, les llibertats i les garanties dels quals gaudeixen els estrangers que es trobin en territori espanyol. En aquest punt, resulta transcendental la jurisprudència del Tribunal Constitucional, que ha anat perfilant i modulant l'abast dels diferents drets fonamentals, corregint en ocasions la regulació excessivament restrictiva adoptada pel legislador.

El primer moment en el qual l'estranger es troba sotmès a les restriccions del dret d'estrangeria és aquell en el qual pretén accedir al territori estatal, travessant-ne les fronteres. En aquest punt, la pertinença de l'Estat espanyol a l'espai Schengen incideix profundament en la configuració de les condicions de l'entrada, la sortida i l'estada de curta durada, ja que en aquests àmbits la regulació a tenir en compte és en gran part d'origen europeu.

La legislació d'estrangeria, com una manifestació del dret a la vida en família, preveu la possibilitat que els estrangers residents a Espanya puguin reagrupar determinats membres de la seva família. En la legislació es regula de forma detallada quins són els requisits necessaris per a l'exercici d'aquest dret al reagrupament familiar.

En tots els àmbits assenyalats, al costat de la necessària consulta de la normativa aplicable, resulta molt recomanable tenir en compte els pronunciaments dels diferents òrgans judicials que s'hi refereixen, per tal d'assolir un coneixement més complet i real de la matèria. En aquest sentit, s'ha optat per no transcriure el text de les disposicions legals objecte d'estudi en cada cas, ja que resulta més útil i profitosa la consulta directa de les normes per part de l'estudiant, fet que en permet un millor coneixement i familiarització.

Objectius

Els objectius que cal assolir amb l'estudi d'aquest mòdul són els següents:

- 1.** Conèixer el marc normatiu i les diverses fonts que regulen l'àmbit del dret d'estrangeria, i comprendre les relacions entre aquestes fonts.
- 2.** Identificar i distingir els diferents règims d'estrangeria vigents a l'ordenament espanyol, així com els criteris que determinen l'aplicació de cadascun d'ells.
- 3.** Conèixer els beneficiaris del règim d'estrangeria aplicable als ciutadans de la Unió Europea i els seus familiars, el contingut d'aquest règim i les seves previsions en matèria d'entrada, sortida i permanència dels beneficiaris del règim.
- 4.** Identificar l'àmbit d'aplicació de les diferents normatives que integren el règim general d'estrangeria.
- 5.** Conèixer els drets i les llibertats, els deures i les garanties dels estrangers a l'Estat espanyol.
- 6.** Comprendre les diferents situacions dels estrangers a Espanya i saber distingir-les, estudiant en particular la situació d'estada de curta durada.
- 7.** Conèixer les condicions per a l'entrada dels estrangers en territori espanyol, així com per a la seva sortida.
- 8.** Identificar els beneficiaris del dret de reagrupament familiar, així com les condicions d'exercici d'aquest dret.

1. Règims d'estrangeria: supòsits, marc normatiu i delimitació

1.1. Introducció: nacionals i estrangers

Com tothom sap, els estats distingeixen entre nacionals i estrangers a l'hora de regular l'estatut jurídic i polític dels uns i dels altres en el seu territori, fet que el mateix dret internacional permet i empara. El vincle que suposa ostentar la nacionalitat d'un determinat estat implica, a tenor del dret internacional, formar part de la seva població. Aquest vincle no es té en el cas de les persones estrangeres, circumstància que comporta, en principi, que dins del territori de l'estat aquestes darreres estiguin sotmeses a un règim jurídic més restrictiu que el dels nacionals. Les diferències afecten, en general, a l'entrada i permanència de l'estranger en el territori estatal, als drets i llibertats que li són reconeguts en el mateix, a les condicions d'accés al mercat de treball i als serveis públics, etc. Així, mentre que els nacionals de l'estat en qüestió veuen reconegut, en principi, el seu dret d'entrar, circular i residir lliurement dins del territori de l'estat del qual són nacionals, els estrangers, en canvi, es veuran sotmesos a determinades limitacions, autoritzacions i controls en aquest sentit. De l'estudi de quines són les esmentades limitacions, autoritzacions i controls s'ocupa, precisament, l'anomenat dret d'estrangeria.

El dret d'estrangeria, doncs, té per objecte la regulació del tracte diferencial que reben els estrangers respecte dels nacionals en el territori d'un determinat estat.

La presència de persones no nacionals (estrangeres) dins del territori estatal – o la voluntat d'aquestes persones d'accedir-hi – és el supòsit de base del dret d'estrangeria, sense el qual no tindria objecte ni raó de ser. En relació amb això i en principi, el règim jurídic de l'estranger sempre es defineix **per referència a un estat determinat**, ja que cada estat pot establir les seves pròpies condicions d'entrada i permanència, diferents de les que puguin establir la resta d'estats. Podríem dir, doncs, que en general hi ha tants «drets d'estrangeria» com estats, ja que cadascun d'ells regula la situació dels estrangers en el seu respectiu territori. Aquest principi de base, però, té en el nostre entorn una important excepció en relació amb la **Unió Europea (UE)**. Aquesta organització supranacional, de la qual forma part l'Estat espanyol, té atribuïdes competències en matèria de control en les fronteres, asil i immigració, i ha adoptat algunes normes en aquests àmbits que contenen una regulació comuna per als estats membres de la Unió.

Situació particular de determinats estats membres de la UE

Cal tenir en compte, però, que determinats estats membres de la Unió Europea no participen en aquest àmbit de la integració, en haver-se'n autoexclòs arran de les seves reticències a cedir a la Unió competències en aquestes matèries. Es tracta de Dinamarca, Irlanda i el Regne Unit (la condició d'estat membre d'aquest darrer es mantindrà, òbviament, mentre no es materialitzi la seva sortida de la Unió, coneguda com a *Brexit*). En conseqüència, la normativa europea sobre control de fronteres, immigració i asil no és d'aplicació als països esmentats, llevat que ho acceptin expressament (Irlanda i Regne Unit) o s'hi adhereixin en virtut d'un acord internacional específic (Dinamarca).

D'altra banda, el concepte d'*estranger* es defineix usualment en **termes negatius**, per contraposició al de *nacional*: des de la perspectiva d'un estat determinat, serà considerada estrangera aquella persona que no ostenti la nacionalitat de l'estat en qüestió. Així es deriva també, per exemple, de l'article 1.1 de la Llei orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social (en endavant, LOEx). La regulació d'aquesta Llei, doncs, s'adreça en principi a aquelles persones –després precisarem quines– que no són nacionals espanyoles, i serà respecte de les mateixes que s'estableixen determinades restriccions que no han de regir per als ciutadans espanyols.

Definició d'estranger

L'article 1.1 LOEx, en establir que «Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española», defineix la base del seu àmbit d'aplicació personal en termes negatius. Per aquesta raó, el dret d'estrangeria sovint ha estat presentat com el revers o l'antítesi del dret de la nacionalitat, objecte del primer mòdul d'aquesta assignatura.

Amb aquest punt de partida, dues són les observacions que cal posar de relleu: en primer lloc, la mateixa **relativitat** del concepte d'*estranger*, que sempre es defineix per referència a un estat determinat (una persona serà nacional d'un estat –o més– però estrangera en relació amb els altres). En segon lloc, el dret d'estrangeria únicament s'adreça a les **persones físiques** estrangeres. Així, encara que ocasionalment per analogia i en sentit figurat pugui aplicar-se el concepte de *nacional* o *estranger* a una persona jurídica (o, fins i tot, a un vaixell o aeronau o a un dret de propietat intel·lectual o industrial, per exemple), nosaltres limitarem l'abast del terme únicament a les persones físiques que no ostenten la nacionalitat espanyola, que és el seu sentit jurídic estricte.

1.2. Marc normatiu i fonts en matèria d'estrangeria

En aquest apartat estudiarem quines són les normes que regulen la situació dels estrangers en l'ordenament espanyol. L'estudi del marc normatiu del dret d'estrangeria esdevé complex a causa no només de la pluralitat i diversitat

de fonts, sinó també per l'existència de relacions creuades entre les mateixes que no sempre fan fàcil la tasca de delimitar quina és la norma aplicable a un supòsit concret.

Així, al costat de les normes d'origen intern (aprovades per l'Estat espanyol), trobem les d'origen internacional (fonamentalment de caràcter convencional) i les elaborades en el si de la Unió Europea (normes tant de dret originari com de dret derivat). Com veurem després, el criteri d'aplicació de totes aquestes normes no és en absolut simple o lineal, en el sentit, per exemple, que als nacionals de la UE se'ls apliquin les normes de la UE, i als nacionals de tercers estats se'ls apliquin, en defecte de tractat internacional, les normes d'origen intern. Aquest enteniment simplista de la qüestió seria del tot erroni. De fet, les normes de la UE poden regir la situació jurídica d'un nacional d'un estat membre de la UE o la d'un nacional d'un tercer estat, i al seu torn les normes aprovades pel legislador espanyol poden ser aplicables a nacionals de tercers països, però també a ciutadans de la UE. I tant als uns com als altres els pot ser d'aplicació un tractat internacional. Per tant, cal tenir present que una cosa és quin sigui l'origen d'una determinada regulació en matèria d'estrangeria (és a dir, quina és la font), i una altra de ben diferent és quin sigui l'àmbit d'aplicació d'aquesta normativa (és a dir, quin és el règim d'estrangeria en el qual s'emmarca i que pretén regular). Per a un enteniment i una aplicació correctes del dret d'estrangeria, és requisit indispensable tant saber diferenciar clarament aquests dos aspectes com comprendre les estretes relacions que s'estableixen entre ells. Tot i la impossibilitat d'escindir de forma absoluta ambdues qüestions, en el present apartat centrarem l'enfocament preferentment en la font de regulació, i en el següent apartat situarem la perspectiva en la delimitació dels diferents règims d'estrangeria.

1.2.1. El dret internacional públic i el dret d'estrangeria

1) El dret internacional general

El dret internacional públic general, com a ordenament que regeix les relacions entre els subjectes de la Comunitat Internacional (fonamentalment, estats i organitzacions internacionals), posa ben pocs límits als estats en matèria d'estrangeria, qüestió que queda sota el domini de la sobirania estatal. Per exemple, no hi ha cap norma de dret internacional general que obligui els estats a admetre estrangers en el seu territori. Sí que existeixen, com tot seguit veurem, determinades obligacions internacionals que recauen sobre els estats, en particular en matèria d'asil i refugi, o derivades dels convenis sobre drets humans, o també en el context de la integració europea, però aquests límits no provenen del dret internacional general, sinó de tractats internacionals específicament subscrits pels estats. Per tant, des de l'òptica del dret internacional públic general, els estats són pràcticament lliures de restringir, i fins i tot teòricament d'impedir, l'entrada de persones estrangeres en el seu territori.

D'altra banda, tot i existir una antiga doctrina jurisprudencial i arbitral internacional que sí que imposaria certes limitacions als estats pel que fa als estrangers ja admesos en el seu territori, el cert és que es tracta de principis molt imprecisos i de difícil aplicació pràctica. En qualsevol cas, aquests principis haurien estat absorbits i superats per les disposicions contingudes en convenis internacionals (drets humans, asil i refugi, essencialment), a través dels quals es canalitzaria la seva obligatorietat envers els estats que els hagin signat.

2) Els tractats internacionals

Els límits més importants que el dret internacional públic imposa als estats a l'hora de regular els drets dels estrangers en el seu territori són establerts en tractats internacionals. El tractat internacional és un acord celebrat per escrit entre subjectes del dret internacional (usualment estats, però també hi poden participar organitzacions internacionals com la UE), en virtut del qual les parts signants resulten obligades per les seves disposicions, en els termes que estableixi el mateix tractat.

Els tractats internacionals

Són la principal font del dret internacional públic. Poden rebre denominacions diverses com ara *tractat*, *conveni*, *convenció*, *pacte*, etc. Només afecten les parts que els signen i ratifiquen, i només poden ser modificats, derogats o suspesos conforme a les seves disposicions o a les normes de dret internacional, requerint en principi un nou tractat a aquests efectes. En el dret espanyol, un cop celebrats i publicats vàlidament al BOE, els tractats passen a formar part de l'ordenament intern (art. 96 CE) i són directament obligatoris i vinculants en els termes que estableixin, situant-se jeràrquicament per damunt de la llei.

Com a principals instruments convencionals amb incidència sobre els drets dels estrangers cal destacar els següents:

a) Els convenis internacionals en matèria de drets humans. Aquests convenis varen ser impulsats, sobretot, en la segona meitat del segle XX. La seva virtualitat en l'àmbit d'estrangeria resideix en el fet que la majoria dels drets i llibertats que s'hi emparen són reconeguts a totes les persones al marge de la seva nacionalitat. En primer terme, cal assenyalar la Declaració Universal dels Drets Humans, de 10 de desembre de 1948, elaborada en el si de l'Organització de les Nacions Unides i elevada a paràmetre interpretatiu de referència en l'article 10.2 de la Constitució espanyola. A l'òrbita de Nacions Unides també pertanyen el Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics, de 16 de desembre de 1966, el Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals, de la mateixa data, i la Convenció sobre els Drets del Nen, de 20 de novembre de 1989. És igualment rellevant el Conveni Europeu per a la salvaguarda dels drets humans i les llibertats fonamentals, fet a Roma el 4 de novembre de 1950 en el marc del Consell d'Europa. Aquest darrer conveni destaca pel fet que estableix un mecanisme internacional propi de tutela dels drets i llibertats reconeguts pel conveni, el Tribunal Europeu de Drets Humans (TEDH), amb seu a Stras-

burg, al qual poden accedir tant els estats com els particulars. Tots els instruments internacionals esmentats han estat signats i ratificats per Espanya. Finalment, com a instrument que recull i reafirma els drets que emanen de les tradicions constitucionals i les obligacions internacionals comunes als estats membres de la UE, i en l'àmbit d'actuació de la Unió Europea, cal esmentar la Carta dels Drets Fonamentals de la UE, de 7 de desembre de 2000.

b) Els convenis internacionals en matèria de dret d'asil i altres formes de protecció internacional. El marc jurídic internacional fonamental en aquest àmbit està format per la Convenció de Ginebra sobre l'Estatut dels Refugiats, de 28 de juliol de 1951, i el seu Protocol sobre l'Estatut dels Refugiats, de 31 de gener de 1967, convenis celebrats en el marc de Nacions Unides i impulsats per l'Alt Comissionat de les Nacions Unides per als Refugiats (ACNUR). Ambdós han estat ratificats per Espanya. Com després veurem, però, per a la configuració de la situació jurídica dels refugiats i altres sol·licitants de protecció internacional caldrà tenir en compte, juntament amb els textos convencionals esmentats, altres normes d'origen diferent, tant europeu com intern.

c) Els tractats de la Unió Europea. No es pot oblidar que les normes d'origen europeu amb incidència en la regulació de la situació dels estrangers (nacionals d'un estat membre o no), tenen el seu origen en els tractats que fonamenten la UE, que són també, en darrer terme, textos convencionals. Així, la lliure circulació vinculada a la ciutadania de la Unió, dret que configura per ell mateix un règim d'estrangeria particular i privilegiat aplicable als nacionals dels estats membres de la UE i als seus familiars, té la seva base jurídica en el Tractat de la Unió Europea (TUE) (art. 3.2) i en el Tractat de Funcionament de la Unió Europea (TFUE) (art. 20). El mateix podem dir del principi de no discriminació per raó de la nacionalitat (art. 18 TFUE) i de les llibertats de circulació pròpies del Mercat Interior susceptibles de referir-se a persones físiques estrangeres (lliure circulació de treballadors, lliure establiment i lliure prestació de serveis, articles 45 i següents TFUE). D'altra banda, el mateix TFUE en el capítol 2 del seu títol V (articles 77 a 80) constitueix també la base jurídica de l'actual normativa de dret derivat de la UE en matèria de control de fronteres, asil i immigració. Al seu torn, i anteriorment a la «comunitarització» d'aquestes matèries en virtut del Tractat d'Amsterdam, de 2 d'octubre de 1997, un grup d'estats de la (llavors) Comunitat Econòmica Europea havien acordat entre ells a través d'un conveni internacional la supressió dels controls en les seves fronteres interiors i l'establiment d'uns controls comuns a les fronteres exteriors: es tractava de l'Acord de Schengen, de 14 de juny de 1985, completat més tard pel Conveni d'aplicació de l'Acord de Schengen, de 19 de juny de 1990. Per tant, els fonaments últims de les normes d'estrangeria de la UE es troben continguts en tractats internacionals, els quals constitueixen l'anomenat «dret originari» del sistema jurídic de la UE. Veurem en detall aquestes fonts de dret europeu en l'apartat següent.

Tractats de la Unió Europea: evolució

Des de la seva fundació als anys 50 del segle xx, les Comunitats Europees (CEE, CECA i CEEA) han anat evolucionant a nivell institucional, jurídic i competencial. A continuació s'enumeren, per ordre cronològic, els principals tractats que integren el «dret originari» o primari de la UE, i que contenen les successives versions dels tractats constitutius, donant forma a l'evolució esmentada:

- Tractats constitutius originaris: Tractat constitutiu de la Comunitat Europea del Carbó i de l'Acer (CECA), fet a París el 18 d'abril de 1951 (Tractat de París), i Tractats constitutius de la Comunitat Econòmica Europea (CEE) i la Comunitat Europea de l'Energia Atòmica (CEEA o EURATOM), fets a Roma el 25 de març de 1957 (Tractats de Roma).
- Acta Única Europea, feta a Luxemburg el 17 de febrer de 1986.
- Tractat de Maastricht, de 7 de febrer de 1992.
- Tractat d'Amsterdam, de 2 d'octubre de 1997.
- Tractat de Niça, de 26 de febrer de 2001.
- Tractat de Lisboa, de 13 de desembre de 2007.

d) Convenis bilaterals en matèria d'estrangeria. L'Estat espanyol té subscrits amb diferents països un seguit de convenis internacionals de caràcter bilateral que tenen per objecte la regulació de diverses qüestions d'interès comú que afecten al dret d'estrangeria. Així, per exemple, trobem convenis sobre fluxos migratoris laborals (amb Colòmbia, Equador, Marroc, República Dominicana, Mauritània i Ucraïna), convenis marc de cooperació en matèria d'immigració (amb Gàmbia, Guinea Conakry, Cap Verd, Mali, Níger i Guinea Bissau), convenis de readmissió de persones en situació irregular (amb Marroc, Portugal, Romania, Bulgària, Eslovàquia, Letònia, Lituània, Estònia, Itàlia, Guinea Bissau, Mauritània, França, Algèria, Polònia, Suïssa i la República exiugoslava de Macedònia), i convenis de mobilitat de joves (amb Canadà, Nova Zelanda, Austràlia i Japó).

1.2.2. El dret d'estrangeria provinent de la Unió Europea

Actualment, l'abast de la regulació europea amb incidència en el dret d'estrangeria és molt ample i divers. Com s'ha apuntat, la base jurídica primària d'aquesta regulació es troba en els tractats que fonamenten la UE o dret originari (avui TUE i TFUE), com no podia ser d'altra manera en una organització internacional que actua a partir de l'atribució de competències per part dels seus estats membres. Ara bé, mentre que algunes d'aquestes competències pròpies de la UE ja varen ser atribuïdes a la inicial Comunitat Econòmica Europea en el moment de la fundació, l'any 1957, d'altres són fruit de l'evolució del procés integrador i es configuren com una ampliació progressiva de l'àmbit material d'aquesta integració. Dit d'altra forma, la UE ostenta avui competències que inicialment no tenia, algunes de les quals incideixen directament en

el dret d'estrangeria. Per exercir-les, s'han adoptat normes de dret derivat de diversa naturalesa i abast que coexisteixen i s'interrelacionen de diferent manera amb les corresponents regulacions d'origen intern dels estats membres.

Competències de la UE en estrangeria

Conforme a l'article 4.2 TFUE, la UE disposa de competència compartida amb els estats membres en els següents àmbits que afecten al dret d'estrangeria: mercat interior i espai de llibertat, seguretat i justícia (que inclou la competència en matèria de control de fronteres, asil i immigració). També hi tenen incidència directa el principi de no discriminació i la lliure circulació de persones derivada de la ciutadania de la Unió (articles 18 a 25 TFUE).

Nota

En l'ordenament espanyol, la cessió de competències a la UE és emparada per l'article 93 de la Constitució.

Les normes de dret europeu derivat que contenen regulació en matèria d'estrangeria són fonamentalment reglaments i directives. La seva naturalesa i funció és diferent, i l'elecció d'un o altre tipus de font per part de les institucions europees respon en essència a l'objectiu perseguit i/o a la configuració (exclusiva o compartida) de la competència que s'exerceix i que fonamenta la base jurídica de la norma. Així, s'han adoptat reglaments en matèries de competència exclusiva de la UE o quan es buscava una regulació exhaustiva, detallada i plenament uniforme que obligués directament als estats membres, sense donar-los cap marge d'actuació. En canvi, s'han adoptat directives quan s'ha pretès establir un marc jurídic obligatori comú en matèries en les que la competència usualment és compartida entre la UE i els estats membres, però s'ha jutjat convenient que aquests darrers puguin escollir la forma d'implementar-lo tenint en compte les peculiaritats del seu sistema jurídic. Puntualment, i normalment com a mesura concreta d'execució, també s'han adoptat decisions.

Reglaments i directives

Són les principals fonts del dret derivat de la UE. El **reglament** és una norma d'abast general, d'aplicació directa i uniforme per part dels estats membres, que no poden incidir sobre el seu contingut. La funció de la **directiva** és l'aproximació de les legislacions, i els seus destinataris, en canvi, són només els estats membres, als quals se'ls fixa determinades regles mínimes o resultats d'obligatori compliment, però se'ls deixa llibertat per escollir la forma per incorporar-los en el seu ordenament jurídic, dins d'un termini establert a la mateixa directiva. La directiva, doncs, a diferència del reglament, és una norma mediata que requereix una actuació per part dels estats membres (la **transposició**) per tal de desplegar efectes; en aquest sentit, existeix tota una jurisprudència del TJUE sobre en quines condicions poden tenir efecte directe les directives.

Exemples

S'ha emprat la primera de les tècniques esmentades, per exemple, amb el Reglament (CE) 810/2009 del Parlament Europeu i del Consell, de 13 de juliol de 2009, pel qual s'estableix un codi comunitari sobre visats (Codi de visats); amb el Reglament (UE) 492/2011 sobre el dret dels treballadors de la UE a desplaçar-se en la UE; o amb el Reglament (UE) 2016/399 del Parlament Europeu i del Consell, de 9 de març de 2016, pel qual s'estableix un codi de normes de la Unió per al creuament de persones per les fronteres (Codi de fronteres Schengen). La segona forma de regulació es reflecteix, per exemple, en la Di-

rectiva 2004/38/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 29 de abril de 2004, relativa al dret dels ciutadans de la Unió i dels membres de les seves famílies a circular i residir lliurement en el territori dels Estats membres (l'anomenada «Directiva de residència»), la transposició de la qual es va portar a terme a Espanya per mitjà del Reial decret 240/2007, de 16 de febrer, sobre entrada, lliure circulació i residència a Espanya de ciutadans dels estats membres de la Unió Europea i d'altres estats que formen part de l'Acord sobre l'Espai Econòmic Europeu. També n'és una mostra la Directiva 2003/86/CE del Consell, de 22 de setembre de 2003, sobre el dret al reagrupament familiar, norma d'estrangeria no comunitària que va ser transposada mitjançant la introducció de les seves normes en la legislació interna espanyola reguladora del règim comú d'estrangeria (la LOEx i el seu Reglament aprovat pel RD 557/2011).

Tot seguit examinarem quins són els àmbits en els quals la Unió Europea ha adoptat la regulació que incideix sobre el dret d'estrangeria.

1) La lliure circulació de persones i la seva evolució

La configuració de la lliure circulació de persones ha estat objecte d'una profunda evolució al llarg de les diferents fases del procés d'integració europea.

Malgrat que el Tractat de Roma del 25 de març de 1957, constitutiu de la Comunitat Econòmica Europea (CEE), ja establia en el seu article 3 que l'acció de la CEE havia d'anar encaminada, entre d'altres, a la supressió dels obstacles en la lliure circulació de persones entre els estats membres, el cert és que aquesta «llibertat de circulació» no estava pensada per tenir un abast global, sinó que es predicava únicament de les persones (nacionals d'un estat membre) com a factors de producció. En aquest sentit, es preveia la lliure circulació de treballadors (adreçada als treballadors per compte d'altri), així com el dret d'establiment i la lliure prestació de serveis (que, pel que fa a les persones físiques, cobria els treballadors per compte propi).

Contingut de les llibertats de circulació pròpies del mercat interior

Pel que fa a **treballadors per compte d'altri** nacionals d'un estat membre, la lliure circulació de treballadors suposa la possibilitat de desplaçar-se a un altre estat membre per respondre a ofertes de treball, de residir-hi amb la finalitat de treballar i de romandre-hi després d'haver-hi portat a terme la seva ocupació, eliminant-se qualsevol discriminació en relació amb els treballadors nacionals pel que fa a l'ocupació, la retribució i les altres condicions de treball, i sense més limitacions que aquelles justificades per raons d'ordre públic, seguretat i salut públiques (art. 45 TFUE). En relació als **treballadors per compte propi**, la llibertat d'establiment implica que un nacional d'un estat membre pugui desplaçar-se al territori d'un estat membre diferent per exercir-hi, en igualtat de condicions que els nacionals d'aquest segon estat, una activitat no assalariada i/o constituir i gestionar empreses i societats; abasta també la possibilitat, per a un nacional comunitari establert en un estat membre, d'obrir agències, sucursals o filials en un altre estat membre (art. 49 TFUE). Pel que fa a la lliure prestació de serveis, empara la possibilitat per als nacionals d'un estat membre de desplaçar-se a un altre estat membre i exercir-hi temporalment la seva activitat amb la finalitat de prestar un servei, en les mateixes condicions que els nacionals d'aquest estat membre (articles 56 i 57 TFUE); fins i tot s'ha reconegut també aquest dret de desplaçament als destinataris del servei.

El dret d'establiment

La llibertat d'establiment prevista en les normes europees i a la qual ens referim en aquesta assignatura va referida lògicament a persones físiques, que són les destinatàries de les normes d'estrangeria. Cal tenir en compte, però, que la llibertat d'establiment té una altra vessant diferent, referida a les persones jurídiques, de la qual s'ocupa essencialment el dret de societats (vegeu art. 54 TFUE).

Inicialment, doncs, la lliure circulació de persones tenia un fonament i una cobertura purament econòmics: es subordinava a l'objectiu de crear un mercat comú on havien de regir les anomenades «quatre llibertats comunitàries» (lliure circulació de mercaderies, persones, serveis i capitals). La llibertat de circular i residir en un altre estat membre es reconeixia en el Tractat originari als nacionals dels estats membres, però no a tots, sinó només als que desenvolupessin una activitat productiva. Aviat es va fer palès que aquesta llibertat de circulació s'havia de reconèixer també a determinats membres de la família del nacional comunitari, ja que si no es privava de virtualitat pràctica al dret en desincentivar el seu exercici si s'obligava el beneficiari a separar-se dels seus familiars. Com veurem més endavant, aquests membres de la família no han de ser necessàriament nacionals d'un estat membre per beneficiar-se de la lliure circulació. Enteses sota aquesta perspectiva, la lliure circulació de treballadors, la lliure prestació de serveis i el dret d'establiment no varen tenir, però, una implementació immediata, sinó que es varen anar construint de forma progressiva durant les dècades següents, amb diferents reglaments adoptats a mesura que se superaven els períodes transitoris inicials, i amb l'ajut també de l'impuls integrador de la jurisprudència del Tribunal de Justícia de Luxemburg.

Un principi clau que constitueix la base implícita i que ha orientat el desenvolupament del dret a la lliure circulació en totes les seves vessants, és el **principi de no discriminació per raó de la nacionalitat** dins l'àmbit d'aplicació dels tractats (actual ar. 18 TFUE).

Nota

La STJCE de 12 de desembre de 1974, C-36/74, Walrave és il·lustrativa dels primers temps d'aplicació de la lliure circulació de treballadors.

El canvi qualitatiu va arribar de la mà de l'Acta Única Europea, de 17 de febrer de 1986. D'una banda, aquest nou tractat va modificar el tractat constitutiu de la CEE introduint un termini concret per consumir la materialització d'un mercat interior, com a espai sense fronteres interiors amb aplicació plena de les llibertats de circulació abans esmentades (termini que expirava el 31 de desembre de 1992). D'una altra banda, va establir les bases (articles 8A i 235 TCEE) per possibilitar l'extensió de la lliure circulació també a les persones que no fessin cap activitat econòmica.

Aquesta obertura de l'enfocament de la lliure circulació de persones va cristal·litzar en el nou concepte de **ciutadania de la Unió** introduït pel Tractat signat a Maastricht, de 7 de febrer de 1992, pel qual es va crear la Unió Europea i es va canviar la denominació de l'antiga Comunitat Econòmica Europea, que va passar a anomenar-se «Comunitat Europea». Aquest nou vincle, que ostenten les persones nacionals d'un estat membre pel fet de ser-ho, es configura com a complementari i no substitutiu de la seva nacionalitat. A més d'atribuir directament determinats drets de contingut polític (sufragi actiu i passiu en les eleccions municipals i al Parlament Europeu de l'estat membre de residència), un altre propi de dret internacional (possibilitat d'acollir-se a la protecció diplomàtica i consular de les delegacions dels altres estats membres en el territori de tercers estats) o altres de participació pública i accés a

Ciutadania de la Unió

Vegeu la formulació i el contingut de la ciutadania de la Unió en els articles 20 a 24 TFUE.

les institucions (dret de petició davant del Parlament Europeu, dret d'adreçar-se al Defensor del Poble Europeu), la ciutadania de la Unió confereix el dret a circular i residir lliurement en el territori dels estats membres.

Per tant, la ciutadania de la Unió neix com una condició nova que es reconeix als nacionals dels estats membres, que dimana directament del dret de la UE i que està dotada amb un contingut propi.

En relació amb el dret de lliure circulació i residència en el territori dels estats membres cal posar de relleu diverses qüestions. En primer lloc, que aquest dret s'atribueix formalment als ciutadans de la Unió, i no als «nacionals dels estats membres». Tot i que la conseqüència al final és la mateixa (ja que la ciutadania de la Unió deriva del fet d'ostentar la nacionalitat d'un estat membre), porta implícit un canvi qualitatiu, ja que suposa que la Unió Europea assumeix com a pròpia la garantia del dret (actual art. 3.2 TUE i articles 20 i 21 TFUE).

Font directa del dret de residència

De fet, el TJUE ha fonamentat en diverses ocasions un dret de residència en l'aplicació directa de les disposicions del Tractat que regulen la ciutadania de la Unió, com més endavant veurem. Així, STJUE de 17 de setembre de 2002, C-413/99, Baumbast, o STJUE de 8 de març de 2011, C-34/09, Ruiz Zambrano, entre d'altres.

Cal tenir en compte, però, que aquest dret a la lliure circulació i residència s'ha estès també als nacionals de determinats països que no són estats membres de la UE però que hi tenen acords d'associació, formant amb la UE l'anomenat Espai Econòmic Europeu (EEE). Es tracta dels nacionals de Noruega, Islàndia i Liechtenstein, als quals cal afegir Suïssa en virtut d'acords signats entre aquest país i la UE.

En segon lloc, es reconeix el dret de circular i residir en el territori dels estats membres a tots els ciutadans de la Unió, per tant, independentment de si realitzen una activitat productiva o no. Aquest reconeixement implica deixar enrere –al menys formalment– la dimensió purament economicista inicial del procés d'integració europea.

Extensió del dret de residència

Així, durant la darrera dècada del segle XX, les institucions varen aprovar reglamentacions que ampliaven el dret de residència a nacionals d'un estat membre que no exercien cap activitat productiva, com els «inactius» econòmicament (o rentistes, Directiva 90/364/CEE), els pensionistes (Directiva 90/365/CEE) o els estudiants (Directiva 93/96/CEE). Anteriorment ja s'havia regulat el dret a romandre en un altre estat membre dels treballadors per compte d'altri o per compte propi que hi haguessin deixat d'exercir la seva activitat (Reglament CEE 1251/70 i Directiva 75/34/CEE).

En tercer lloc, com a contrapunt de l'anterior i centrant-nos en la seva configuració material, cal tenir en compte que aquest dret de circulació i residència ara per ara no és ni absolut ni tampoc incondicional. Ja des d'un inici es remarcava en el mateix Tractat de la CE que els drets inherents a la ciutadania de la Unió s'exercirien «con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación» (art. 8A del TCE de 1992). Més de vint-i-cinc anys després, l'actual article 20 TFUE continua declarant de forma anàloga que els esmentats drets «se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por los Tratados y por las medidas adoptadas en aplicación de estos». La referència dels tractats, en la mateixa formulació dels drets dels ciutadans de la Unió, a «límits» i a «condicions», així com a les «mesures d'aplicació», ens dona la clau per entendre la configuració efectiva del dret a la lliure circulació i residència.

D'una banda, el fet que els mateixos tractats esmentin «límits» i «condicions» ja ens dona una indicació que no es tracta –al menys pel que fa al dret a circular i a residir en el territori dels estats membres– d'un dret absolut o mancat de restriccions (com podria pensar-se d'una lectura naïf de l'expressió «lliurement»). Malgrat que el reconeixement del dret ja no està subordinat al fet de desenvolupar una activitat econòmica, sí que es condiona a un requisit que, en el fons, continua tenint un fonament o rerefons econòmic: no esdevenir una càrrega per a l'assistència social de l'estat membre d'acollida. En aquest sentit, per residir en un altre estat membre s'exigeix al ciutadà de la Unió (o nacional d'un estat de l'EEE o de Suïssa) com a requisit fonamental la possessió de recursos suficients per al seu sosteniment i el de la seva família (o estar en condicions d'aconseguir-los). Per tant, la «llibertat» de circulació i residència –fonamentalment aquesta darrera– no és total sinó que queda en certa manera relativitzada per l'exigència de determinades condicions, bàsicament de caire econòmic.

D'una altra banda, i en estreta relació amb el que acabem de dir, es fa palès que la formulació del dret de lliure circulació i residència en els tractats és certament cabdal, però del tot insuficient per prendre coneixement de la seva configuració i funcionament. En aquest sentit, per saber quines són aquelles condicions i aquells límits en el marc dels quals es pot desenvolupar el dret, cal consultar les abans esmentades «mesures d'aplicació». Aquestes mesures es varen concretar en diferents reglaments i directives adreçats a regular el dret de residència de les diverses categories de persones (assalariats, treballadors per compte propi, estudiants, inactius, etc.) que varen ser adoptats des de la dècada dels anys seixanta fins a la dels noranta del segle xx. Finalment, tot aquest seguit d'instruments varen ser refosos i codificats en la Directiva 2004/38/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 29 d'abril de 2004, relativa al dret dels ciutadans de la Unió i dels membres de les seves famílies a circular i residir lliurement en el territori dels estats membres (Directiva de residència). Aquesta directiva va ser transposada a l'Estat espanyol mitjançant el Reial decret 240/2007, que configura el règim privilegiat d'estrangeria dels nacionals

dels estats membres de la UE i d'altres estats part en l'acord sobre l'EEE i de les seves famílies, i que serà objecte d'estudi en l'apartat «Règim especial dels ciutadans de la Unió Europea».

Condicions del dret de residència

En la Directiva 2004/38/CE es distingeix, com veurem, en funció de si es roman en el territori d'un altre estat membre per un període de fins a tres mesos o superior a tres mesos. Mentre que en el primer cas, conforme anuncia el cons. número 9, és suficient en principi amb la possessió d'un document d'identitat o un passaport vàlid, per residir en un altre estat membre més enllà dels tres mesos, el cons. número 10 declara que «Conviene, sin embargo, evitar que los beneficiarios del derecho de residencia se conviertan en una carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante un primer período de estancia. Por ello, debe supeditarse a determinadas condiciones el derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y los miembros de su familia por períodos superiores a tres meses». Aquestes condicions es concreten en l'article 7 de la Directiva.

2) El control de les fronteres exteriors: l'espai Schengen

Del que s'ha exposat fins ara es podria inferir a primera vista –i ja avancem que erròniament– que la regulació adoptada per la UE amb incidència en el dret d'estrangeria tindria el seu àmbit d'aplicació personal circumscrit únicament als nacionals dels estats membres de la UE o d'altres països de l'EEE o de Suïssa, així com a determinats familiars seus com a beneficiaris indirectes (i respecte a aquests darrers independentment de la seva nacionalitat). Així, es podria pensar –reiterem que de forma equivocada– que el dret de la UE tant sols es limita a establir un règim d'estrangeria privilegiat per a les esmentades persones, i que la resta quedaria en mans de les regulacions estatals. Com hem dit, aquesta apreciació seria del tot incorrecta. Actualment la UE ostenta altres àmbits de competència que, de forma compartida amb els estats membres, fonamenta tot un seguit de normes que regulen la situació dels estrangers. Algunes d'elles afecten tant als nacionals dels estats membres i d'altres països de l'EEE i Suïssa com als de tercers estats: es tracta de la normativa sobre control de fronteres, que examinarem en el present apartat. Altres estan adreçades específicament als nacionals de tercers estats: són les normes que corresponen a les competències en matèria d'immigració i que seran objecte d'estudi en l'apartat següent.

Per tant, la UE també pot regular, dins el marc de les seves competències i de forma compartida amb els estats membres, l'entrada i la situació dels estrangers nacionals de tercers països.

La competència en matèria de control de fronteres exteriors va ser atribuïda per primera vegada a la Comunitat Europea en virtut del Tractat d'Amsterdam, de 2 d'octubre de 1997. Fins llavors, aquesta qüestió pertanyia a l'àmbit de les competències dels estats membres.

Les bases i antecedent d'aquesta competència les hem de situar, però, en un acord o tractat internacional celebrat a la localitat luxemburguesa de Schengen el 14 de juny de 1985 entre alguns estats membres de la llavors CEE (França, Bèlgica, Alemanya, Luxemburg i els Països Baixos). En virtut de l'**Acord de Schengen**, aquests països varen decidir d'anar més enllà d'allò establert en els tractats comunitaris i suprimir els controls a les fronteres interiors entre ells, establint paral·lelament unes regles comuns per al control de l'accés de persones per les seves fronteres exteriors. Ambdues mesures són lògicament complementàries, ja que, en eliminar els controls a les fronteres interiors entre els països signants de l'acord, les fronteres exteriors de cadascun d'ells passaven a ser-ho també indirectament dels altres, ja que eren fronteres del mateix espai compartit, que va rebre el nom d'«espai Schengen». Per aquesta raó, calia unificar els criteris i les mesures de control sobre les persones que volguessin accedir a aquest espai Schengen des de la frontera de qualsevol dels estats participants.

Aquesta iniciativa es va desenvolupar mitjançant el **Conveni d'Aplicació de l'Acord de Schengen**, de 19 de juny de 1990 (en vigor des del 28 de març de 1995). Aquest conveni va suposar la posada en pràctica efectiva de l'Acord de Schengen, mitjançant l'abolició dels controls a les fronteres interiors, l'establiment de regles uniformes sobre expedició de visats, així com la creació d'estructures de cooperació entre les autoritats responsables d'immigració i d'una base de dades comuna per a tots els membres de Schengen (Sistema d'Informació Schengen, SIS). Posteriorment, altres països es van anar afegint a l'espai Schengen, alguns dels quals eren estats membres de la Comunitat Europea (Itàlia, Espanya, Portugal, Grècia, Àustria, Dinamarca, Suècia, Finlàndia), però altres no (Islàndia, Noruega). Finalment, allò que era una iniciativa externa al procés d'integració europea –ja que va néixer i es va començar a aplicar com un acord intergovernamental al marge de la CEE–, va passar a formar-ne part, en incloure's pel Tractat d'Amsterdam (1997) dins de les polítiques de la Comunitat Europea sobre «visats, asil, immigració i altres polítiques relacionades amb la lliure circulació de persones». Així doncs, tot el «patrimoni normatiu» de Schengen es va «comunitaritzar», i les institucions europees van assolir la competència per aprovar noves regulacions en la matèria a través del dret derivat (tot i que el conveni d'aplicació de l'acord de Schengen continua essent aplicable per a estats no membres de la UE com Noruega i Islàndia). Posteriorment, en desaparèixer la Comunitat Europea, aquesta competència ha estat assumida per la Unió Europea.

El control de fronteres

La política de control de fronteres s'emmarca dins l'**espai de llibertat, seguretat i justícia** que s'erigeix en un dels objectius de la UE. Conforme a l'article 77.1 TFUE, la Unió desenvoluparà una política que tindrà per objectiu:

- Garantir l'absència total de controls de les persones, sigui quina sigui la seva nacionalitat, quan creuin les fronteres interiors.
- Garantir els controls de les persones i la vigilància eficaç en el creuament de les fronteres exteriors.
- Instaurar progressivament un sistema integrat de gestió de les fronteres exteriors.

Al seu torn, a l'article 77.2 TFUE es preveu que el Parlament Europeu i el Consell adoptaran diferents mesures per portar a terme els anteriors objectius, entre els quals, per exemple, es troba l'establiment d'una política comuna de visats i altres permisos de residència de curta durada, la determinació dels controls als quals se sotmetran les persones quan creuin les fronteres exteriors, així com l'absència total de controls a les fronteres interiors independentment de la nacionalitat o la fixació de les condicions en les quals els nacionals de tercers països podran circular lliurement per la Unió durant un curt període de temps (que es circumscriu a un màxim de tres mesos).

Nota

En relació amb l'establiment i regulació de l'espai de llibertat, seguretat i justícia en el marc de la UE, vegeu l'article 3.2 TUE i el títol V del TFUE (articles 67 i següents).

Actualment formen part de l'espai Schengen un total de 26 estats, dels quals tots són estats membres de la UE excepte quatre, que no en són membres però hi tenen acords d'associació: Islàndia, Noruega, Suïssa i Liechtenstein. En canvi, hi ha estats membres de la UE que no pertanyen a l'espai Schengen, sigui perquè han refusat participar-hi des del principi (Regne Unit i Irlanda), sigui perquè no compleixen els requisits de seguretat (Xipre, Croàcia) o perquè es troben en període d'acreditació del seu compliment i hi accediran previsiblement en un futur pròxim (Bulgària i Romania). Dinamarca, estat membre de la UE, forma part de l'espai Schengen, però hi té una situació particular, ja que malgrat que va signar en el seu dia els tractats de Schengen, posteriorment va refusar quedar vinculada pel títol V del TFUE introduït pel Tractat d'Amsterdam (vegeu Protocol núm. 22), tot i que pot optar per participar en les mesures que s'adoptin al respecte i incorporar-les al seu dret nacional; de fet, la normativa de l'espai Schengen s'aplica a Dinamarca en virtut no del dret de la UE, sinó d'acords internacionals entre la mateixa UE i aquest país.

Entre els estats que integren l'espai Schengen –anomenat en el TUE «espai de llibertat, seguretat i justícia»–, doncs, s'han eliminat tots els controls sobre les persones en el creuament de les seves fronteres interiors. Aquesta liberalització afecta tant als nacionals dels mateixos estats que formen part de Schengen com als que no ho són; per tant, els nacionals de tercers països (que no són ni de la UE ni de l'àrea Schengen) poden circular lliurement dins d'aquest espai integrat. Aquest és el sentit de l'expressió «lliure circulació de persones» emprada en l'article 3.2 TUE, que es refereix a aquesta absència de controls en les fronteres interiors dins l'espai de llibertat, seguretat i justícia. Es tracta, certament, d'una reformulació o ampliació del concepte inicial de *lliure circulació de persones*, examinat en l'apartat anterior. En aquest sentit, cal aclarir que la lliure circulació de persones de l'article 3.2 TUE es refereix únicament al trànsit físic de les persones a través de les fronteres interiors. Així, cal distingir-la del dret a la lliure circulació i residència dels ciutadans de la Unió previst

en els articles 20.2. a) i 21 TFUE. Aquest darrer dret, al qual ens hem referit en l'apartat anterior, té un àmbit més estricte i un contingut jurídic concret: deriva de la ciutadania de la Unió i està configurat com un dret a circular i residir en el territori dels estats membres de la Unió del qual gaudeixen només els nacionals dels estats membres de la UE i l'EEE i de Suïssa, i determinats familiars seus. És molt important remarcar aquesta distinció per evitar la confusió de conceptes: la regulació adoptada en el marc de l'espai Schengen es ceneix a la qüestió del control en frontera i als requisits d'accés al territori dels estats que integren aquest espai (per exemple, visats) per estades de fins a noranta dies. En cap cas aquesta normativa regula ni afecta al dret substantiu que pugui tenir (o no) la persona a circular, residir o treballar en el territori dels estats implicats; aquesta darrera qüestió s'haurà de determinar conforme al règim d'estrangeria que sigui aplicable a la persona en qüestió (europeu o estatal, essencialment).

Precisió

L'expressió «lliure circulació de persones» pot emprar-se en el seu sentit originari o primari, fet que pot portar a confusió. Així, per exemple, el títol IV TFUE porta la rúbrica de «Libre circulación de personas, servicios y capitales», però els drets de lliure circulació que hi regula són els que configuren el Mercat Interior (lliure circulació de treballadors, lliure prestació de serveis i dret d'establiment), que s'atribueixen únicament als estrangers que siguin nacionals d'un estat membre de la UE. Cal vincular-los amb el dret de residència en un altre estat membre, la regulació del qual està inclosa a la Directiva 2004/38/CE.

Cal diferenciar, doncs, el fet de la supressió dels controls en les fronteres interiors dins l'espai Schengen del dret substantiu que pugui ostentar o no la persona a circular i residir dins aquest espai, qüestió que vindrà determinada per la normativa d'estrangeria corresponent.

Una altra dada important que cal puntualitzar és que, pel que fa als estrangers no beneficiaris del dret europeu a la lliure circulació, el sistema normatiu adoptat en el marc de l'espai Schengen afecta a la seva entrada i permanència al territori dels estats que integren aquest espai quan es tracta d'**estades de curta durada** (fins a un màxim de noranta dies en un període de sis mesos) i sense finalitat de residència o treball. Quan l'estranger vulgui romandre en un estat del l'àrea Schengen per un període més llarg o per treballar-hi, llavors tant la seva entrada al territori estatal com la seva permanència en el mateix necessitaran la corresponent autorització, que es regirà i tramitarà en principi pel dret intern del país que es tracti.

Distinció entre *estada* i *residència*

És habitual en els diferents ordenaments distingir entre *estada*, que es concep com una permanència de curta durada, i períodes més llargs de permanència, que usualment es qualifiquen llavors de *residència*. El termini de noranta dies és el més corrent a l'hora de delimitar entre la primera i la segona situació. D'altra banda, des d'una perspectiva jurídica es va considerar que el més lògic i convenient era que, si la Unió Europea havia d'establir els requisits per a l'entrada en el territori Schengen en els supòsits d'estades de curta durada, assumís també la regulació de les condicions a les que s'ha de sotmetre aquesta estada, per tractar-se d'una qüestió difícilment separable de l'entrada i que podria donar lloc a possibles descoordinacions i inconsistències si es sotmetés a la legislació estatal.

Per tant, com a regla general, per a estades de fins a noranta dies en un període de sis mesos (en règim també anomenat «de turista»), els requisits d'entrada i permanència vindran fixats per les normes de la UE. Per a estades més enllà de noranta dies o amb un propòsit diferent (per exemple, per treballar per compte propi o per compte d'altri), s'aplicarà el corresponent dret estatal. Cal tenir en compte, però, que les autoritats que apliquen una o altra legislació d'estrangeria són les mateixes (consolats, policia de frontera, oficines d'estrangers, etc.), i per tant seran elles les que hauran de tenir en compte una o altra norma a l'hora de valorar i exigir els requisits per a l'entrada i la permanència.

Com a principals exponentes de les mesures adoptades per portar a terme els objectius de l'article 77 TFUE abans esmentats, en relació amb el control de persones en el creuament de les fronteres exteriors de l'espai Schengen, trobem les normes següents:

a) Reglament (CE) 539/2001 del Consell, de 15 de març de 2001, pel qual s'estableix la llista de tercers països els nacionals dels quals estan sotmesos a l'obligació de visat per creuar les fronteres exteriors, i la llista de tercers països els nacionals dels quals estan exemptes d'aquesta obligació.

Nota

Es tracta d'un llistat comú, que s'actualitza periòdicament, que determina els països respecte als quals s'exigirà visat als seus nacionals per a estades curtes en un estat del territori Schengen, i d'altres que n'estan exempts. Com s'ha dit abans, aquesta norma afecta només a les estades de fins a noranta dies i no és aplicable quan allò que es pretengui sol·licitar sigui, per exemple, un visat de residència espanyol, supòsit en el qual caldrà aplicar la LOEx i el seu Reglament.

Aquest reglament també es pren com a referència en relació amb les persones nacionals de tercers estats que siguin familiars de ciutadans de la UE (i per tant beneficiaris indirectes del dret a la lliure circulació) a l'hora de valorar conforme al dret de la UE l'exigència o no de visat, en aquest cas tant per a l'estada com per a la residència.

b) Reglament (CE) 810/2009 del Parlament Europeu i del Consell, de 13 de juliol de 2009, pel qual s'estableix un codi comunitari sobre visats (**Codi de visats**).

Nota

Aquest text conté normes comunes relatives als procediments i les condicions per a l'expedició, per part de les autoritats dels estats membres, de visats de trànsit aeroportuari i visats de curta durada (per a estades de fins a noranta dies en un període de cent vuitanta). Pel que fa als visats de curta durada (també coneguts com a «visats de turista»), es preveu un model de visat uniforme (l'anomenat «visat Schengen»), vàlid en tot el territori Schengen, i també visats de validesa territorial limitada (per a un o més estats de l'espai Schengen).

c) Reglament (UE) 2016/399 del Parlament Europeu i del Consell, de 9 de març de 2016, pel qual s'estableix un codi de normes de la Unió per al creuament de persones per les fronteres (**Codi de fronteres Schengen**).

Nota

Aquest reglament modifica i substitueix l'anterior Codi de fronteres aprovat pel Reglament 562/2006. Incorpora el nucli de la gestió del control de les fronteres. Determina com s'ha de portar a terme el creuament de persones per les fronteres exteriors de l'espai Schengen i detalla els controls a realitzar per les autoritats estatals a aquests efectes. Disposa també l'absència de controls a les fronteres interiors dels països de l'àrea Schengen. Preveu, amb tot, el possible restabliment temporal dels controls en les fronteres interiors en circumstàncies excepcionals (com ha succeït en diversos països europeus els darrers anys arran de la crisi dels refugiats).

Aquest reglament fou modificat pel Reglament 2017/458, de 15 de març de 2017, pel qual s'estableix l'obligació dels estats membres de realitzar inspeccions sistemàtiques en les fronteres exteriors a totes les persones, incloses també les beneficiàries del dret europeu a la lliure circulació (que fins llavors estaven sotmeses només a inspeccions mínimes). Aquestes inspeccions suposen la verificació sistemàtica dels documents de viatge i la consulta de les bases de dades (SIS, Interpol, bases de dades nacionals) a l'entrada i a la sortida, per tal de garantir que la persona no ocultia la seva veritable identitat i no constitueix una amenaça per a la seguretat interior o per l'ordre públic dels estats membres. Aquest reforçament dels controls en les fronteres exteriors té el seu origen en l'amenaça terrorista i es planteja com una mesura necessària per poder seguir mantenint la supressió dels controls en les fronteres interiors.

d) Cal també esmentar les importants estructures de cooperació creades per a la gestió del control de fronteres, com les diferents bases de dades d'intercanvi d'informació en xarxa entre els estats de l'espai Schengen, destacant el **Sistema d'Informació Schengen de Segona Generació (SIS II)**, amb dades personals que s'introdueixen per les autoritats estatals a efectes de seguretat en el control d'entrada en frontera i també per a la cooperació policial i judicial, el **Sistema d'Informació de Visats (VIS)**, que conté dades personals a efectes de l'expedició de visats, i l'**Eurodac**, la base de dades d'impressions dactilars. També, les mesures de cooperació operativa, com la creació de l'**Agència Europea de la Guarda de Fronteres i Costes (FRONTEX)**.

D'altra banda, cal destacar que la lliure circulació de persones que es garanteix dins l'espai de llibertat, seguretat i justícia no es configura en termes incondicionals. El mateix TFUE diu en el seu article 72 que allò previst en el títol V TFUE s'ha d'entendre sense perjudici de l'exercici de les responsabilitats que incumbeixen als estats membres pel que fa al **manteniment de l'ordre públic** i a la **salvaguarda de la seguretat interior**. Es tracta, sens dubte, de conceptes jurídics indeterminats que atorguen un marge de maniobra als es-

Nota

Sobre l'article 72 TFUE i la lliure circulació de persones, vegeu les STJUE de 19 de juliol de 2012, C-278/12 PPU, Adil, i de 21 de juny de 2017, C-9/16, A.

tats membres. Ara bé, el TJUE ha declarat que cal interpretar restrictivament aquelles excepcions que puguin suposar a la pràctica un efecte equivalent a les inspeccions frontereres.

3) La regulació de la immigració provinent de tercers països

Malgrat que inicialment la CEE no tenia atribuïda cap competència per regular l'estrangeria «no comunitària», els acords de Schengen –que, recordem, eren aliens a la CEE–, varen ser la llavor que va generar una base propícia perquè hi hagués una cooperació entre els estats membres en aquest àmbit. Progressivament, les qüestions d'estrangeria referides als nacionals dels tercers països (condicions per al seu accés i la seva permanència en el territori dels estats membres, per al seu accés a l'ocupació, el reagrupament familiar, l'asil, etc.) es van anar incloent com a matèries que podien ser objecte d'un tractament comú, primer a un nivell intergovernamental amb el TUE de 1992, i després ja assumit com a política pròpia de la Comunitat Europea primer (Tractat d'Amsterdam de 1997) i de la Unió Europea després (Tractat de Lisboa de 2007).

Així, l'article 79 TFUE estableix que la Unió desenvoluparà una política comuna d'immigració destinada a garantir, en tot moment, una gestió eficaç dels fluxes migratoris, un tracte equitatiu dels nacionals de tercers països que resideixin legalment en els estats membres, així com una prevenció de la immigració il·legal i del tràfic d'éssers humans i una lluita reforçada contra ambdós.

A aquests efectes, conforme l'article 79.2 el Parlament Europeu i el Consell podran adoptar mesures en un seguit d'àmbits que, com es pot observar, són els propis del dret d'estrangeria:

- Condicions d'entrada.
- Condicions de residència.
- Normes relatives a l'expedició de visats i permisos de llarga durada, inclòs el de reagrupament familiar.
- Definició dels drets dels nacionals de tercers països que resideixin legalment en un estat membre.
- Immigració i residència il·legals, inclosa l'expulsió i la repatriació.
- Lluita contra el tràfic d'éssers humans.

Per tant, les possibles mesures a adoptar abasten tant la immigració regular com la irregular.

Nota

En relació amb la política comuna d'immigració, vegeu l'article 79 TFUE.

Normes de dret derivat sobre immigració

En aplicació de la política comuna d'immigració s'han adoptat nombroses normes de dret derivat relatives als nacionals de tercers països. És probable també que l'àmbit regulat des de la UE es vagi eixamplant en el futur, reduint en conseqüència la capacitat normativa dels estats membres en les corresponents matèries afectades.

Destaquem, de les normes aprovades fins ara, les que regulen els següents àmbits:

- Reconeixement mutu de decisions d'expulsió (Directiva 2001/40/CE).
- Establiment d'un model uniforme de permís de residència (Reglament (CE) núm. 1030/2002).
- Reagrupament familiar (Directiva 2003/86/CE).
- Residents de llarga durada (Directiva 2003/109/CE).
- Expedició d'un permís de residència a víctimes del tràfic d'éssers humans o d'una acció d'ajuda a la immigració il·legal, que cooperin amb les autoritats (Directiva 2004/81/CE).
- Retorn dels nacionals de tercers països en situació irregular (Directiva 2008/115/CE).
- Treballadors altament qualificats (Directiva 2009/50/CE).
- Sancions i mesures aplicables als qui contractin estrangers en situació irregular (Directiva 2009/52/CE).
- Sol·licitud d'un permís únic de residència i treball i drets dels treballadors legalment residents (Directiva 2011/98/UE).
- Treballadors de temporada (Directiva 2014/36/UE).
- Admissió a efectes d'investigació, estudis, pràctiques, voluntariat, programes d'intercanvi d'alumne o projectes educatius i col·locació *au pair* (Directiva (UE) 2016/801).

La majoria dels actes legislatius adoptats en aplicació d'aquesta política han estat directives, per la qual cosa permet una flexibilitat més gran, així com una major adaptació als diferents ordenaments jurídics dels estats membres en una matèria que és objecte de competència compartida amb la UE. En conseqüència, els estats membres tenen l'obligació d'efectuar-ne la transposició en el seu dret intern, dins del termini establert a la mateixa directiva. A l'Estat espanyol la transposició de les directives s'ha efectuat per norma general mitjançant la corresponent modificació de la normativa interna d'estrangeria, és a dir, de la LO 4/2000 i del seu Reglament. Això ens porta, per tant, a concloure que una part significativa de la normativa interna espanyola també és d'origen europeu, en la mesura en què deriva de la transposició de directives adoptades per les institucions de la UE.

Aquest fet, aparentment paradoxal, però que respon al particular règim d'atribució de competències entre la UE i els seus estats membres, ens porta a la qüestió, no sempre fàcil, de la delimitació de les relacions entre el dret de la UE i els drets nacionals. En relació amb això, també deixa oberta la porta, en el cas d'una hipotètica transposició incorrecta (o fins i tot de manca de trans-

posició en el termini establert), a l'aplicació de la jurisprudència del Tribunal de Justícia sobre l'efecte directe de les directives i la responsabilitat de l'estat derivada de l'incompliment del dret de la UE.

Relacions entre el dret de la UE i els drets nacionals dels estats membres

Per entendre l'articulació de les relacions entre ambdós marcs legals, cal partir del principi de **primacia** i d'**efecte directe** del dret de la UE, objecte d'una antiga i consolidada jurisprudència del TJUE. L'efecte directe de les directives, però, opera de forma limitada i condicionada. Cal tenir en compte, també, el principi d'**interpretació conforme al dret de la UE** i el de **responsabilitat de l'Estat** pels danys causats per la vulneració del dret de la UE. Així mateix, en l'actuació i l'exercici de les competències actuen els principis de **cooperació lleial** (art. 4 TFUE), i els de **subsidiarietat** i **proporcionalitat** (art. 4 TFUE). I, pel que fa a l'àmbit específic d'estrangeria, s'estableix el principi de **solidaritat** i de **repartiment equitatiu de la responsabilitat** entre els estats membres, també en l'aspecte financer (art. 80 TFUE).

Sobre les relacions entre el dret de la UE i els drets nacionals, vegeu les STJCE següents:

- 15 juliol de 1964, as.6/64, COSTA-ENEL.
- 9 de març de 1978, as.106/77, Simmenthal.
- 9 novembre de 1991, as.6 i 9/90, Francovich i Bonifaci.

Més recentment i referides concretament a l'àmbit de l'estrangeria, vegeu les STJUE:

- 22 juny de 2010, as.188 i 189/2010, Melki i Abdeli.
- 28 abril de 2011, as.C-61/11 PPU, El Dridi.
- 10 abril de 2012, as.C-83/12 PPU, Minh Khoa Vo.
- 14 juny de 2012, as.C-606/10, ANAFE.

En l'àmbit espanyol, una bona mostra la constitueix la STS (Sala del Contenciós-Administratiu, Secció Especial), de 10 de febrer de 2015 (ROJ STS 807/2015), en particular el Fonament de Dret Tercer.

En general, i en relació amb qualsevol àmbit regulat pel Dret de la Unió Europea (ciutadania europea, drets de lliure circulació i residència, control de fronteres, política d'immigració comuna, etc.), cal tenir molt en compte la **jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea**. Malgrat que l'aplicació de les normes europees correspon de forma ordinària als òrgans jurisdiccionals dels estats membres, el TJUE té atribuïda (entre d'altres) la potestat de pronunciar-se amb caràcter prejudicial sobre la interpretació dels tractats i sobre la validesa i interpretació dels actes adoptats per les institucions o altres òrgans de la Unió Europea. Aquest mecanisme, juntament amb el recurs per incompliment adreçat contra un o més estats membres, constitueix una via cabdal per al desenvolupament del Dret de la Unió, també en l'àmbit de l'estrangeria. A través de les seves sentències, d'obligatori compliment, el TJUE s'ha pronunciat sobre la compatibilitat amb el Dret de la Unió de determinades disposicions normatives o actes de les autoritats dels estats membres. Per això, és imprescindible la consulta de la seva jurisprudència per assolir un coneixement complet del dret de la UE en aquesta matèria.

Nota

Cal tenir en compte que en aquest àmbit juga també la clàusula de salvaguarda de l'article 72 TFUE, en relació amb l'ordre públic i la seguretat interior, abans esmentada.

1.2.3. El dret intern espanyol

Malgrat el paper cabdal que desenvolupa la UE en l'àmbit de les normes d'estrangeria, com hem vist, l'estat segueix essent el principal regulador en la matèria. Les fonts d'origen estatal són encara les més importants des d'un punt de vista tant quantitatiu com qualitatiu, ja que les competències que conserven els estats membres són molt extenses. D'altra banda, i com abans hem esmentat, són les autoritats administratives estatals les que apliquen les normes d'estrangeria, sigui quin sigui el seu origen. Per això, en aquest àmbit, al costat dels textos legals cobra una singular rellevància la pràctica administrativa, que sovint es concreta en diferents regulacions de diversa naturalesa (ordres ministerials, instruccions, circulars, etc.) que s'han de tenir necessàriament en compte per assolir un coneixement complet de la realitat d'aquest sector de l'ordenament jurídic.

Les normes d'origen intern que regulen la situació jurídica dels estrangers a Espanya estan constituïdes per fonts de diferent naturalesa jurídica i rang normatiu. Podem destacar-ne les següents:

1) La Constitució espanyola de 1978

És la norma situada jeràrquicament al capdamunt del sistema jurídic espanyol. Les previsions constitucionals que afecten al dret d'estrangeria són de dues classes.

a) En primer lloc, la de caràcter competencial. L'article 149.1.2 de la Constitució (CE) estableix la competència exclusiva de l'Estat en matèria de «nacionalitat, immigració, emigració, estrangeria i dret d'asil». Conforme a aquesta disposició, semblaria, per tant, que només l'Estat pot dictar normes que afectin la situació i els drets dels estrangers, i que s'exclou doncs la capacitat normativa de les comunitats autònomes (CA) en aquest àmbit. Com veurem tot seguit, però, també existeix regulació autonòmica sobre determinats aspectes directament relacionats amb l'estrangeria.

b) En segon lloc, la relativa als drets fonamentals. El títol I de la Constitució («De los derechos y deberes fundamentales») conté el catàleg de drets i llibertats que es reconeixen a les persones, que, conforme a l'article 10.2 CE, han de ser interpretats de conformitat amb la Declaració Universal dels Drets Humans i els altres acords internacionals subscrits en aquesta matèria per l'Estat espanyol. Pel que fa als estrangers, però, l'article 13.1 estableix que «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley». Basant-nos en aquesta previsió, ja podem avançar que no tots els drets i llibertats continguts a la Constitució es reconeixen per igual als espanyols i als estrangers. El reconeixement de determinats drets pot estar sotmès a condicions quan es refereix a ciutadans estrangers. La determinació de quines siguin aquestes condicions correspon a la llei (essencialment, es contenen a la Llei orgànica 4/2000).

Nota

Sobre la distribució de competències entre l'Estat i les CA, vegeu els articles 148 a 150 CE.

Amb tot, en aquest punt s'ha de destacar el paper importantíssim del Tribunal Constitucional, que amb la seva jurisprudència ha perfilat i modulat l'abast de les condicions que poden ser imposades pel legislador, construint una doctrina que esdevé un límit per a aquest darrer i un paràmetre imprescindible per interpretar i valorar les previsions legals.

2) Els Estatuts d'Autonomia

Com ja s'ha avançat, malgrat l'atribució de competència exclusiva a favor de l'Estat efectuada per l'article 149.1.2 CE, posteriorment algunes comunitats autònomes varen assumir determinades competències en els seus estatuts d'autonomia, emparant-se en la previsió de l'article 148.1.20, que permet a les CA assumir competències en matèria d'assistència social, així com en l'article 149.1.7, que preveu la competència exclusiva de l'Estat en matèria de legislació laboral, «sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas».

En base a l'anterior, per exemple, la Generalitat de Catalunya ostenta conforme a l'article 138 de l'Estatut d'Autonomia (reformat per la LO 6/2006, de 19 de juliol) diverses competències en matèria d'immigració. Amb posterioritat a Catalunya, altres comunitats autònomes han reformat els seus estatuts d'autonomia assumint competències anàlogues, com és el cas d'Andalusia, Aragó, Castella i Lleó, Extremadura i les Illes Balears.

Competències en matèria d'immigració de la Generalitat de Catalunya

Conforme a l'article 138 EAC, es tracta essencialment de:

a) Polítiques d'acolliment i integració: competència exclusiva sobre el primer acolliment (que inclou les actuacions sociosanitàries i d'orientació), la política d'integració de les persones immigrades (social, econòmica, mesures de participació social), promoció i integració de les persones retornades.

En exercici d'aquestes competències, el Parlament de Catalunya va aprovar la Llei 10/2010, del 7 de maig, d'acollida de les persones immigrades i de les retornades a Catalunya (DOGC núm. 5629 de 14/05/2010).

b) Competència executiva en matèria d'autorització de treball als estrangers la relació laboral dels quals s'acompleixi a Catalunya, exercida aquesta en coordinació amb l'Estat en matèria d'entrada i residència d'estrangers. Aquesta competència inclou la tramitació i la resolució de les autoritzacions inicials de treball per compte propi o aliè i la tramitació i la resolució dels recursos presentats en aquests expedients, i l'aplicació del règim d'inspecció i sanció.

c) Participació en les decisions de l'Estat sobre immigració que tinguin una transcendència especial per a Catalunya, en particular, la participació preceptiva prèvia en la determinació del contingent de treballadors estrangers.

Nota

Sobre les competències de la Generalitat de Catalunya en matèria d'immigració, vegeu l'article 138 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya.

3) El règim general d'estrangeria: la Llei orgànica 4/2000 i el seu Reglament

L'any 2000 es va aprovar la Llei orgànica 4/2000 sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social (LOEx, sovint anomenada «lleï d'estrangeria»), en substitució de l'anterior legislació vigent des de l'any 1985. La LOEx ha estat objecte de nombroses modificacions des de llavors. De fet, la primera, molt important, es va produir ja el mateix any en què es va aprovar, en virtut de la LO 8/2000; també són destacables les reformes que han tingut lloc arran de la LO 14/2003 i de la LO 2/2009; a banda d'aquestes, ha sofert també altres modificacions menors al llarg de la seva vigència. Això ha estat fruit del canvi de les circumstàncies polítiques i de la seva incidència sobre un àmbit tan sensible com el de l'estrangeria, però també a la necessitat d'incorporar a la legislació espanyola el contingut de diverses directives aprovades per la UE. Alguns dels preceptes de la LOEx també han estat objecte de recurs d'inconstitucionalitat, i el TC s'ha pronunciat en diverses ocasions declarant-ne la inconstitucionalitat o rectificand-ne la redacció i/o la interpretació (STC 17/2013, SSTC 259 a 265/2007, i STC 236/2007); en algun altre cas, ha estat la jurisdicció ordinària qui ha decretat la inaplicació d'algun dels seus preceptes, per incompatibilitat amb el dret de la UE (així, la STS 3a., secció especial, de 10 de febrer de 2015, ROJ STS 807/2015, en relació amb la transposició incorrecta de la Directiva de retorn i l'art. 62bis.1.i LOEx).

L'atzarosa trajectòria de la LOEx també es reproduïx en relació amb el seu reglament de desenvolupament. La LO 4/2000 ha tingut tres reglaments des de la seva entrada en vigor: els dos primers, aprovats respectivament pels RD 864/2001 i RD 2393/2004, i l'actual, aprovat pel RD 557/2011. Aquest darrer també ha estat objecte d'algunes modificacions, i alguns dels seus preceptes també han estat impugnats davant la jurisdicció ordinària, que en ocasions els ha anul·lat (vegeu STS 3a., secció 3a., d'11 de juny de 2013, ROJ STS 3366/2013, i STS 3a. secció 3a., de 12 març de 2013, ROJ STS 988/2013).

La LOEx i el seu reglament constitueixen el nucli de la regulació espanyola en matèria d'estrangeria. Són les normes que contenen el règim general d'estrangeria i que, com veurem, són les aplicables en relació amb els estrangers que no siguin beneficiaris del règim privilegiat de dret de la UE ni de cap altre règim específic.

4) El règim dels ciutadans europeus: el Reial decret 240/2007

El Reial decret 240/2007, de 16 de febrer, sobre entrada, lliure circulació i residència a Espanya de ciutadans dels estats membres de la Unió Europea i d'altres estats part en l'Acord sobre l'Espai Econòmic Europeu, conté les normes d'estrangeria aplicables als beneficiaris del dret de lliure circulació i residència previst en el Dret de la Unió Europea. Els beneficiaris directes d'aquest règim, com hem vist, són els ciutadans de la Unió Europea (nacionals d'un estat membre de la UE), els nacionals d'altres estats signataris de l'Acord sobre

l'Espai Econòmic Europeu (Noruega, Islàndia i Liechtenstein) i els nacionals de Suïssa (en virtut d'acords internacionals signats entre aquest país i la UE). Els beneficiaris indirectes són determinats familiars de les persones abans esmentades. En l'apartat «Règim especial dels ciutadans de la Unió Europea» estudiarem en detall aquest règim d'estrangeria, que constitueix l'excepció més important al règim general previst a la LOEx (tot i que aquesta es podrà aplicar en allò que resulti més favorable).

Cal tenir en compte, d'altra banda, que el RD 240/2007, malgrat ser formalment una norma d'origen intern espanyol, té el seu fonament directe en el Dret de la Unió Europea, ja que és la via per la qual es va realitzar la transposició a l'ordenament espanyol de la Directiva 2004/38/CE relativa al dret dels ciutadans de la Unió i dels membres de les seves famílies a circular i residir lliurement en el territori dels estats membres, abans esmentada. Però com que és una mesura estatal d'aplicació del dret de la UE, el RD 240/2007 resta subjecte al principi de primàcia d'aquell, de manera que no seria admissible que establís disposicions incompatibles amb la Directiva transposada.

Exemple

Precisament, una clara mostra de les particulars –i sovint complexes– relacions entre el dret de la UE i els drets nacionals dels estats membres es va posar de relleu en relació amb aquest RD 240/2007: la Sala tercera del Tribunal Suprem, en la seva sentència d'1 de juny de 2010 (ROJ STS 4259/2010), va declarar la nul·litat de determinats incisos dels articles 2, 3, 4, 9 i 18 i de la Disposició final 3a. del RD 240/2007 en la seva redacció original, en ser una transposició limitativa de drets que constituïa una interpretació restrictiva de la Directiva 38/2004/CEE, i, per tant, incompatible amb la mateixa. La nul·litat dels preceptes del RD 240/2007 es va declarar pel TS en virtut dels principis de primàcia i efecte directe del dret comunitari.

5) El règim d'emprenedors: la Llei 14/2013

Amb la voluntat d'afavorir i promoure l'activitat emprenedora, la investigació, el desenvolupament tecnològic, la inversió i la internacionalització empresarial, es va aprovar la Llei 14/2013, de 27 de setembre, de recolzament als emprenedors i a la seva internacionalització. El títol V d'aquesta Llei (rubricat «Internacionalització de l'economia espanyola»), en la seva secció 2a. («Mobilitat internacional») conté en si mateix tot un règim específic d'estrangeria, adreçat a inversors, emprenedors, professionals altament qualificats, investigadors i treballadors que efectuïn moviments intraempresarials dins de la mateixa empresa o grup d'empreses. També s'aplica a determinats familiars de les anteriors persones. En virtut d'aquest règim –com es declara en el Preàmbul de la Llei–, es facilita i agilitza la concessió de visats i autoritzacions de residència amb la finalitat d'atraure inversió i talent a Espanya. En aquest sentit, s'instaura un procediment de sol·licitud diferenciat davant d'una única autoritat molt més àgil i ràpid que el previst en la LOEx. Quan es tracti d'un supòsit que entri dins les previsions de la Llei 14/2013, no s'aplicaran les disposicions corresponents de la LOEx. El règim d'emprenedors no s'aplica als ciutadans

Vegeu també

En relació amb el règim d'estrangeria aplicable als ciutadans de la UE i els seus familiars, vegeu l'apartat «Règim especial dels ciutadans de la Unió Europea» d'aquest mòdul.

Vegeu també

Vegeu l'apartat «Emprenedors i inversors» del mòdul «Dret d'estrangeria (II): autoritzacions i sancions».

de la Unió Europea ni als estrangers (per exemple, nacionals de tercers països que siguin familiars dels anteriors) que siguin beneficiaris dels drets de lliure circulació i residència.

Immigració d'interès econòmic

El règim d'estrangeria previst en la Llei 14/2013 és també un règim certament privilegiat, que es justifica en l'interès econòmic que té per a l'Estat espanyol la particular immigració que pretén atraure. Es tractaria de la regulació d'una immigració qualificada que no centra el seu enfocament –com la prevista en la LOEx– en la situació del mercat laboral, sinó en el creixement econòmic, la competitivitat i la inversió. Per exemple, els articles 63 a 67 preveuen el de vegades anomenat *golden visa*, un visat de residència per als estrangers no residents que es proposin entrar en territori espanyol per realitzar una inversió significativa de capital. Al seu torn, l'article 70.1 de la Llei defineix l'activitat emprenedora com «aquella que sea de caràcter innovador con especial interés económico para España y a tal efecto cuenta con un informe favorable emitido por la Oficina Económica y Comercial del ámbito de demarcación geográfica o por la Dirección General de Comercio Internacional e Inversiones». La Llei 14/2013 pretén instaurar, per tant, un marc normatiu que funcioni com un element de competitivitat per a l'Estat espanyol, en paral·lel amb altres iniciatives similars dels països del seu entorn.

6) Règim dels sol·licitants d'asil i altres formes de protecció internacional

Com hem vist, el fonament del dret d'asil i d'altres formes de protecció internacional de l'individu es troba en el dret internacional públic, en què ha estat positivitzat en un seguit de tractats internacionals (sobre drets humans o bé específics sobre asil i refugi). En el nostre cas també s'ha de tenir present la regulació que la UE ha dictat en exercici de les seves competències, previstes com sabem en el títol V del TFUE (vegeu l'article 78 TFUE). Juntament amb tot això, però, també s'ha de fer referència a les normes d'origen intern espanyol en matèria d'asil i protecció internacional. Fonamentalment es tracta de la Llei 12/2009, de 30 d'octubre, reguladora del dret d'asil i de la protecció subsidiària, que desenvolupa el dret d'asil contemplat a l'article 33.4 CE i que transposa diverses directives europees sobre la matèria. Aquesta llei es complementa per dos reglaments que, tot i referir-se a la legislació anterior (Llei 5/1984), serien aplicables en la mesura en què no resultin incompatibles amb la Llei 12/2009: el relatiu al dret d'asil, aprovat pel Reial decret 203/1995, de 10 de febrer, i el referent al règim de protecció temporal en cas d'afluència massiva de persones desplaçades, aprovat pel Reial decret 1325/2003, de 24 d'octubre. Relacionat també –tot i que no necessàriament ni en tots els supòsits– amb la figura del dret d'asil, cal esmentar el Reial decret 865/2001, de 20 de juliol, pel qual s'aprova el Reglament de reconeixement de l'estatut d'apàtrida.

Nota

La legislació relativa al dret d'asil constitueix en si mateixa un règim particular d'estrangeria amb característiques pròpies.

7) Fonts complementàries

Finalment, a banda dels textos legals positius vigents en l'ordenament espanyol, i com a paràmetres complementaris que il·lustren l'aplicació i interpretació de les normes, resulta essencial el coneixement de la pràctica adminis-

trativa espanyola –cabdal en l'àmbit del dret d'estrangeria–, així com la jurisprudència emanada dels òrgans jurisdiccionals espanyols, que opera en molts casos com a necessari contrapès de l'anterior.

1.3. Delimitació dels diferents règims d'estrangeria

La LOEx, com es desprèn del seu títol i també del seu article 1, s'aplica als «estrangers», és a dir, a aquelles persones que no ostenten la nacionalitat espanyola. Ara bé, no tots els estrangers són contemplats de la mateixa forma per l'ordenament espanyol, sinó que s'estableixen distincions entre ells en base a diferents criteris (la nacionalitat, el motiu de la presència a Espanya, etc.), i, en conseqüència, no tots estan sotmesos a les mateixes normes.

Així, en l'ordenament espanyol coexisteixen diversos règims d'estrangeria: el general, previst a la LO 4/2000 i al seu reglament, i d'altres total o parcialment diferenciats que troben el seu fonament i la seva font reguladora en normes d'origen divers. En relació amb un supòsit de fet concret, per determinar quin és el règim d'estrangeria aplicable, cal haver delimitat prèviament l'àmbit d'aplicació personal i material de l'esmentat règim.

Per portar a terme aquesta operació cal tenir en compte diversos paràmetres que, fonamentalment, es podrien reduir a tres: nacionalitat del subjecte estranger, relacions de parentiu del subjecte amb altres estrangers que es troben a Espanya i propòsit pel qual l'estranger pretén accedir o romandre en territori espanyol.

Hi ha tres paràmetres bàsics per determinar el règim d'estrangeria aplicable a un subjecte:

- la seva nacionalitat,
- les seves relacions de parentiu amb altres estrangers que es trobin o vulguin accedir a territori espanyol, i
- els motius pels quals pretén entrar o romandre a Espanya.

En el present apartat delimitarem breument els diferents règims d'estrangeria existents en l'ordenament espanyol, sense perjudici d'aprofundir en alguns d'ells més endavant en aquest o en un altre mòdul de l'assignatura. En aquest sentit, podem prendre com a punt de partida els articles 1 i 2 de la LOEx, que tenen per objecte delimitar l'àmbit d'aplicació de la Llei, així com d'altres que també contenen referències a aquesta qüestió. A aquests efectes, es transcriu el text dels articles esmentats:

«Artículo 1. Delimitación del ámbito.

1. Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española.
2. Lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte.
3. Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables.

Artículo 2. Exclusión del ámbito de la ley.

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 del Derecho internacional, estén exentos de las obligaciones relativas a su inscripción como extranjeros y a la obtención del permiso de residencia.
- b) Los representantes, delegados y demás miembros 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, así como sus familiares.
- c) Los funcionarios destinados en Organizaciones internacionales o intergubernamentales con sede en España, así como sus familiares, a quienes los Tratados en los que sea parte España eximan de las obligaciones mencionadas en el párrafo a) de este artículo.»

Als anteriors articles, hi podríem afegir l'apartat tercer de l'article 25 de la LO-Ex, disposició que regula els requisits per a l'entrada en territori espanyol:

«Artículo 25. Requisitos para la entrada en territorio español.

[...] 3. Lo dispuesto en los párrafos anteriores no será de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por lo dispuesto en su normativa específica.»

Així com també, en el mateix sentit, l'apartat tercer de l'article 34 LOEx:

«Artículo 34. Residencia de apátridas, indocumentados y refugiados.

[...] 3. La resolución favorable sobre la petición de asilo en España supondrá el reconocimiento de la condición de refugiado del solicitante, el cual tendrá derecho a residir en España y a desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles de conformidad con lo dispuesto en la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, y su normativa de desarrollo. Dicha condición supondrá su no devolución ni expulsión en los términos del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951.»

En darrer lloc, cal tenir en compte també l'article 61 de la Llei 14/2013, de 27 de setembre, de recolzament als emprenedors i la seva internacionalització:

«**Artículo 61. Entrada y permanencia en España por razones de interés económico.**

1. Los extranjeros que se propongan entrar o residir, o que ya residan, en España verán facilitada su entrada y permanencia en territorio español por razones de interés económico de acuerdo con lo establecido en esta Sección, en aquellos supuestos en los que acrediten ser:

- a) Inversores.
- b) Emprendedores.
- c) Profesionales altamente cualificados.
- d) Investigadores.
- e) Trabajadores que efectúen movimientos intraempresariales dentro de la misma empresa o grupo de empresas.

2. Lo dispuesto en esta sección no será de aplicación a los ciudadanos de la Unión Europea y a aquellos extranjeros a los que les sea de aplicación el derecho de la Unión Europea por ser beneficiarios de los derechos de libre circulación y residencia.»

De la lectura de les anteriors normes, ja podem deduir que, al costat del règim general contingut a la mateixa LOEx, coexisteixen d'altres possibles situacions en les quals caldrà aplicar una normativa diferent, sense perjudici que en alguns casos la regulació general pugui operar amb caràcter supletori. Algunes d'aquestes situacions objecte de règim específic es formulen com a exclusions de l'àmbit d'aplicació de la LOEx, sigui personal (art. 1.3) o material (art. 2). Existeixen altres exclusions implícites o excepcions a l'àmbit d'aplicació de la LOEx, que caldrà deduir a partir d'altres disposicions o de la mateixa naturalesa i funció de les disposicions de la mateixa LOEx.

Així doncs, com a règims o situacions d'estrangeria específics sotmesos de forma total o parcial a una regulació diferenciada del règim general, podem assenyalar els següents:

- **Règim dels ciutadans de la Unió Europea, d'altres estats que formen part de l'Acord de l'Espai Econòmic Europeu i de Suïssa.** Es tracta d'un règim privilegiat, que deriva del dret de lliure circulació i residència previst a l'article 20 TFUE. S'aplica per raó d'un criteri personal, com és el fet d'ostentar la nacionalitat d'un estat membre de la Unió Europea, d'un altre estat part de l'Acord de l'Espai Econòmic Europeu (Islàndia, Noruega i Liechtenstein) o de Suïssa. S'aplica també, com veurem, a determinats familiars dels anteriors. La LOEx, en el seu article 1.3, exclou aquests estrangers del seu àmbit d'aplicació en remetre'ls a la legislació específica del «règim comunitari», tot i que es declara aplicable en aquells aspectes que els puguin ser més favorables. Les principals normes de referència són la Directiva 2004/38/CE i el RD 240/2007.
- **Règim dels sol·licitants d'asil.** Serà d'aplicació quan un nacional d'un tercer estat (no membre de la UE o de l'EEE o Suïssa) pretengui entrar i/o romandre en territori espanyol invocant el dret d'asil o una altra forma de

Vegeu també

Per a l'estudi en detall del règim d'estrangeria dels ciutadans europeus, vegeu l'apartat «Règim especial dels ciutadans de la Unió Europea» d'aquest mòdul.

protecció internacional. Aquest règim regulador està integrat, com ja s'ha dit, per un seguit de normes d'origen convencional, europeu i intern.

- **Règim d'emprenedors i inversors.** Mentre que –implícitament– la LOEx i el seu reglament estan orientats majoritàriament a la regulació de la immigració ordinària, entesa com aquella que pretén fonamentalment accedir al mercat de treball espanyol (estrangers treballadors), el règim facilitador previst a la Llei 14/2013 serà d'aplicació quan es tracti d'una immigració qualificada, en el sentit de ser d'interès econòmic per a l'Estat, i referida a estrangers (no nacionals d'un estat membre de la UE o de l'EEE o Suïssa) que siguin inversors, emprenedors, professionals altament qualificats, investigadors o treballadors en mobilitat intraempresarial.
- **Personal de les missions diplomàtiques i consulars estrangeres i d'organismes internacionals acreditats a Espanya.** En aquest cas no es tracta tant d'un règim específic d'estrangeria sinó d'una exclusió expressa de l'àmbit d'aplicació de la LOEx. Tot i que aquesta exclusió està prevista a l'article 2 de la LOEx, deriva del propi dret internacional públic. Es tracta de supòsits en els quals la persona estrangera ostenta una funció representativa respecte d'un estat estranger (per exemple, els membres de les missions diplomàtiques o consulars) o bé respecte d'un organisme o institució de caràcter internacional (membres o funcionaris d'organismes internacionals o intergovernamentals amb seu a Espanya, participants en conferències internacionals que se celebren a Espanya, així com els seus familiars), i el motiu de la seva entrada i permanència a Espanya està vinculat a tal funció. Aquestes persones gaudeixen per raó del seu càrrec d'un règim específic i privilegiat, amb determinades immunitats i exempcions referides a les obligacions en matèria d'estrangeria. Aquest règim ve ordenat fonamentalment per normes d'origen convencional, entre les quals cal destacar la Convenció de Viena sobre relacions diplomàtiques, de 18 d'abril de 1961, i la Convenció de Viena sobre relacions consulars, de 24 d'abril de 1963.

En conseqüència, per identificar el règim d'estrangeria aplicable a una persona estrangera, cal determinar si aquesta està inclosa dins de l'àmbit d'aplicació d'algun règim específic, o si pertany a algun dels col·lectius exclosos de la LOEx en virtut del seu article 2.

Per tant, quan no es tracti d'una persona de nacionalitat estrangera que s'incardini dins d'algun dels règims específics o exclusions legalment previstos, serà d'aplicació el règim general de la LOEx.

Amb tot, convé remarcar que la LO 4/2000 i el seu Reglament, a més de constituir el nucli de l'anomenat règim general d'estrangeria i ser com a tal la normativa de referència en relació amb el mateix (que regirà com hem dit en la

Vegeu també

L'estudi detallat del règim dels emprenedors el trobareu en el mòdul «Dret d'estrangeria (II): autoritzacions i sancions».

mesura en què no sigui d'aplicació cap règim específic), compleixen també en molts casos la funció de normes d'aplicació subsidiària o residual en relació amb aquells aspectes no regulats per la normativa de cada règim específic, o són aplicables quan aquesta hi remeti expressament.

Exemples

La legislació del règim general d'estrangeria pot ser d'aplicació als ciutadans de la UE en la mesura en què les seves disposicions els puguin resultar més favorables (art. 1.3 LOEx i art. únic, apartat segon, del RD 557/2011). La Disposició addicional 2a. del RD 240/2007 remet també a la LOEx i al seu reglament, així com a la legislació administrativa general, en allò no previst en matèria de procediments, amb caràcter supletori i en la mesura en què no s'oposi a les normes europees. I l'apartat segon de l'article únic del RD 577/2011, abans esmentat, també declara les normes del RLOEx d'aplicació supletòria en relació amb els supòsits coberts per la Llei 12/2009 reguladora del dret d'asil i de la protecció subsidiària.

A continuació examinarem el règim d'estrangeria previst per als ciutadans de la Unió Europea i altres països assimilats.

2. Règim especial dels ciutadans de la Unió Europea

Es tracta del règim d'estrangeria privilegiat que deriva dels drets de lliure circulació i residència associats a la ciutadania europea (articles 20 i 21 TFUE). A la pràctica encara s'utilitza la terminologia anterior (present a la mateixa LOEx) i sovint se'l segueix anomenant «règim comunitari», en referència a la ja extingida Comunitat Europea (i, per oposició, també s'anomena «extracomunitaris» als estrangers que no en són beneficiaris).

Com és sabut, el Dret de la Unió Europea gaudeix de primacia davant dels drets nacionals dels estats membres, i per aquesta raó la seva aplicació és preferent en els supòsits inclosos dins del seu àmbit. És per això que l'article 1.3 de la LOEx remet els nacionals dels estats membres de la Unió Europea i altres estrangers al règim comunitari i a les normes que el regulen.

En aquest sentit, en l'ordenament espanyol el text legislatiu de referència és el Reial decret 240/2007, de 16 de febrer, sobre entrada, lliure circulació i residència a Espanya de ciutadans dels estats membres de la Unió Europea i d'altres estats part en l'Acord sobre l'Espai Econòmic Europeu. Estudiarem el règim d'estrangeria europeu a través de l'anàlisi dels seus preceptes.

El RD 240/2007 i la Directiva de residència

En virtut del RD 240/2007, es va efectuar la transposició a l'ordenament espanyol de la Directiva 2004/38/CE sobre el dret de residència (Directiva 2004/38/CE del Parlament Europeu y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE). Aquesta Directiva va suposar la codificació i actualització d'un seguit d'actes legislatius de dret derivat adoptats per les institucions europees des de la dècada dels anys seixanta del segle XX, i actualment constitueix juntament amb els tractats el nucli de la regulació europea de la lliure circulació de persones.

Ara bé, amb el text originari del RD 240/2007 no es va efectuar una transposició completa (i correcta) de les previsions de la Directiva. Amb posterioritat a la seva aprovació, el RD 240/2007 ha estat reformat en diverses ocasions amb l'objecte de resoldre aquestes mancances. Les esmentades reformes han estat introduïdes pels Reials Decrets 1161/2009, de 10 de juliol; 1710/2011, de 18 de novembre; 1192/2012, de 3 d'agost, i 987/2015, de 30 d'octubre, així com pel Reial decret-llei 16/2012, de 20 d'abril.

En aquest sentit, cal tenir en compte que, en virtut del principi de primacia, qualsevol incompatibilitat entre les disposicions del RD 240/2007 i les de la Directiva 2004/38/CE ha de ser resolta en favor d'aquesta darrera. En aquest sentit, la STS 3a. d'1 de juny de 2010 (ROJ STS 4259/2010) constitueix un clar exemple d'aquesta relació de prevalença.

2.1. Beneficiaris

En relació amb aquest règim, podem distingir entre beneficiaris directes i beneficiaris indirectes del mateix. Aquests darrers gaudeixen dels drets previstos en el règim europeu d'estrangeria de forma derivada, en atenció a la seva vinculació amb el beneficiari directe, titular del dret.

Els **beneficiaris directes** són aquelles persones que ostenten la titularitat del dret de lliure circulació: els ciutadans de la Unió Europea, és a dir, els **nacionals d'un estat membre de la UE**. El dret a la lliure circulació i residència s'estén igualment als nacionals dels països que integren l'Espai Econòmic Europeu que no pertanyen a la UE (**Noruega, Islàndia i Liechtenstein**), de conformitat amb les disposicions de l'Acord sobre l'EEE. També s'aplica als nacionals de **Suïssa** en virtut d'un acord internacional celebrat amb aquest país el 21 de juny de 1999 (vegeu en aquest sentit la Disposició addicional 3a. del RD 240/2007).

Doble nacionalitat

Les persones esmentades gaudiran del dret a la lliure circulació i, per tant, se'ls aplicarà aquest règim, independentment que ostentin també una altra nacionalitat que no sigui la d'un estat membre de la UE, d'un altre estat part de l'EEE o de Suïssa. Les autoritats d'un estat membre no poden posar restriccions o límits al reconeixement de la nacionalitat d'un altre estat membre que ostenti un ciutadà d'un tercer estat (vegeu STJUE de 7 de juliol de 1992, C-369/90, Micheletti).

Els **beneficiaris indirectes** d'aquest règim són determinats **familiars** dels beneficiaris directes, independentment de la seva nacionalitat. Com s'ha esmentat més amunt, per garantir l'efectivitat del dret a la lliure circulació, aviat es va veure que calia fer extensius els seus beneficis també als familiars propers del titular, ja que en cas contrari s'estaria desincentivant l'exercici del dret, en no permetre que aquests familiars acompanyessin al nacional d'un estat membre en el seu trasllat a un altre estat membre per residir-hi o treballar. Per aquesta mateixa raó, aquests familiars només podran invocar el dret de lliure circulació i residència derivat d'un ciutadà de la Unió **quan l'acompanyin o pretenguin reunir-se amb ell**, i no de forma desvinculada, ja que no ostenten un dret a títol individual.

Exemples

En principi i essencialment hi ha dues situacions possibles. En primer lloc, el familiar pot acompanyar el ciutadà de la UE en el seu desplaçament a un altre estat membre, és a dir, pot ser que viatgi amb ell per fixar la seva residència comuna en un altre estat membre. O pot succeir que el ciutadà de la UE ja es trobi residint en un altre estat membre diferent del de la seva procedència i el seu familiar pretengui reunir-s'hi, situació en la qual és el familiar qui viatja per trobar-se amb el ciutadà de la UE. Aquest segon cas es correspondria conceptualment amb el reagrupament familiar regulat en el règim general, tot i que en el marc del règim europeu no se sol utilitzar aquesta terminologia.

Nota

Articles 1, 2 i 2 bis del RD 240/2007.

Acord sobre l'Espai Econòmic Europeu

Fou signat entre els estats membres de la llavors CE i els països de l'AELC (Associació Europea de Lliure Comerç) el 2 de maig de 1992. Suïssa, però, finalment no el va ratificar.

Nota

Sobre el caràcter derivat del dret dels familiars nacionals de tercers estats, vegeu les SSTJUE de 15 de novembre de 2011, C-256/11, Dereci, i de 8 de novembre de 2012, C-40/11, lida.

Perquè el familiar del ciutadà de la UE pugui gaudir de la qualitat de beneficiari de les normes europees, és indiferent la seva nacionalitat. En conseqüència, el familiar del ciutadà de la UE, l'EEE o Suïssa pot ostentar la nacionalitat d'un tercer estat i tenir la qualitat de beneficiari indirecte del dret a la lliure circulació, sempre que s'acrediti la realitat del vincle familiar que s'invoca.

Per tant, ciutadans de tercers països aliens a la UE poden ser beneficiaris del règim d'estrangeria europeu en la mesura en què siguin membres de la família d'un ciutadà de la UE.

Si el familiar, en canvi, ostenta la nacionalitat d'un altre estat membre de la UE o d'un altre estat que forma part de l'EEE o de Suïssa, lògicament també és titular del dret a la lliure circulació per si mateix. Ara bé, pot succeir per exemple que no compleixi les condicions per exercir el dret de residència superior a tres mesos previstos en l'article 7.1 lletres *a*, *b* o *c* del RD 240/2007, però que acompanyi o es vulgui reunir amb un ciutadà europeu que sí que les compleix. En aquest cas, doncs, i malgrat que el aquest familiar sigui nacional d'un estat membre de la UE (o l'EEE o Suïssa) gaudirà del dret de residència com a beneficiari indirecte, en virtut de la seva vinculació amb el beneficiari directe del dret.

Qüestió específica: els familiars dels espanyols

Cal tenir en compte que, en principi, les normes europees que garanteixen el dret de lliure circulació i residència en el territori d'un altre estat membre d'un ciutadà de la UE i dels seus familiars, només són d'aplicació quan el ciutadà de la UE ha exercit aquest dret. És a dir, la Directiva 2004/38/CE només imposa la seva aplicació –art. 3.1– quan el nacional d'un estat membre, fent ús del dret que li reconeixen les normes europees, es traslladi o resideixi al territori d'un altre estat membre, de forma efectiva (i no artificiosa o fraudulenta; vegeu la STJUE de 23 de setembre de 2003, C-109/01, Akrich). En cas contrari, si el ciutadà de la UE sempre ha residit en l'estat membre del qual és nacional, es tractarà llavors d'una situació purament interna, no coberta per la Directiva 2004/38/CE, i als seus familiars (nacionals d'un tercer estat) se'ls aplicaran les normes d'estrangeria pròpies de l'estat membre en qüestió (STJUE de 5 de maig de 2011, C-434/09, McCarthy). Això, evidentment, pot provocar, en relació amb els familiars nacionals de tercers estats, situacions paradoxals de discriminació a la inversa, en les quals es doni un tracte més favorable a l'estranger –ciutadà de la UE– que resideix en un altre estat membre, que als propis nacionals d'aquest estat que mai no s'hagin desplaçat: mentre que als familiars del primer se'ls aplicaria el règim d'estrangeria europeu, els familiars dels segons es regirien pel règim general. Els estats membres no estan obligats a aplicar el dret de la UE a aquests familiars originaris de tercers estats (STJUE de 27 d'octubre de 1982, C-35-36/82, Morson & Jhanjan, i STJUE de 8 de maig de 2013, C-87/12, Ymeraga). Per evitar aquestes situacions, el legislador espanyol, en els textos legislatius anteriors al RD 240/2007 havia estès voluntàriament el règim europeu d'estrangeria als familiars dels espanyols independentment de la seva nacionalitat (així, per exemple, el RD 1099/1986 de 26 de maig, el RD 766/1992 de 26 de juny, o el RD 178/2003 de 14 de febrer).

En canvi, el text originari del RD 240/2007 establí en el seu article 2, que «El presente real decreto se aplica también, cualquiera que sea su nacionalidad, y en los términos previstos por este, a los familiares de ciudadano de otro Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuando le acompañen o se reúnan con él [...]». Per tant, amb l'incís «otro Estado miembro» quedaven formalment exclosos del règim europeu els familiars dels espanyols que fossin nacionals de tercers estats, tot i que a alguns d'ells sí que se'ls

Nota

Llegiu la il·lustrativa STS 1.295/2017 de 18 de juliol (ROJ STS 2966/2017), que descriu el recorregut de la legislació espanyola d'estrangeria en relació amb els familiars no comunitaris d'espanyols que no han exercit el dret a la lliure circulació.

aplicava el RD 240/2007 en virtut de la Disposició addicional 20a. que es va introduir en l'anterior RLOEx (RD 2393/2004). En qualsevol cas, la Sentència del TS d'1 de juny de 2010 (ROJ STS 4259/2010) va anul·lar l'incís esmentat perquè deixava fora del RD 240/2007 els familiars (nacionals de tercers estats) dels espanyols que sí que s'haguessin desplaçat a un altre estat membre, retornant després a Espanya, essent en aquest punt incompatible amb la Directiva 2004/38/CE. De retruc, l'anul·lació de l'incís «otro Estado miembro» ha propiciat que, *de facto*, tornin a quedar inclosos en l'àmbit d'aplicació del règim europeu d'estrangeria els familiars dels espanyols, independentment de la seva nacionalitat i al marge que el ciutadà espanyol hagi exercit o no el dret a la lliure circulació.

Els familiars del ciutadà de la UE o d'un altre estat que forma part de l'Acord sobre l'EEE o de Suïssa que poden ser beneficiaris indirectes del dret europeu de lliure circulació i residència, són els següents:

1) El seu **cònjuge**, sempre que no hagi recaigut l'acord o declaració de nul·litat del vincle matrimonial o el divorci.

La Sentència del TS (sala 3a.) d'1 de juny de 2010 va declarar, entre altres, la nul·litat de diversos incisos de l'article 2 del RD 240/2007 en què s'inclouia també –contràriament a la Directiva 2004/38/CE–, la condició que no es donés la «separació legal» referida al cònjuge.

Caldrà, doncs, l'acreditació de la realitat i vigència del vincle. Els estats membres no poden exigir condicions addicionals, com ara que el cònjuge nacional d'un estat tercer hagi gaudit d'una residència legal prèvia en un altre estat membre abans de la seva entrada en l'estat membre d'acollida, ni tampoc altres requisits referits al lloc i moment de la celebració del matrimoni, o a les circumstàncies en què es va produir l'entrada del nacional del tercer estat en l'estat membre d'acollida (STJUE de 25 de juliol de 2008, C-127/08, Metock).

2) La seva **parella** amb la qual mantingui una unió anàloga a la conjugal, inscrita en un registre públic establert a aquests efectes en un estat membre de la UE o que formi part de l'EEE o Suïssa, i sempre que s'acrediti que no s'ha cancel·lat aquesta inscripció. Es consideren incompatibles entre elles les situacions de matrimoni i parella registrada.

La STS d'1 de juny de 2010 abans esmentada també va anul·lar la condició addicional afegida per l'article 2 del RD 240/2007 en relació amb la impossibilitat de dos registres de parella estable simultanis en un mateix estat membre de la UE o l'EEE o Suïssa.

Els requisits fonamentals són, doncs, que s'hagi celebrat una unió registrada de conformitat amb la legislació d'un estat membre (o que forma part de l'EEE o Suïssa), sense que s'hagi cancel·lat aquesta inscripció, i que aquesta unió sigui considerada «anàloga a la conjugal» en l'estat membre d'acollida (vegeu article 2.2.b de la Directiva 2004/38/CE).

Jurisprudència

Vegeu la STS 3a. de 23 de febrer de 2017 (ROJ STSJ M 1350/2017), en la qual es valoren detalladament les circumstàncies fàctiques i jurídiques per concloure que s'ha de considerar acreditada l'existència de parella de fet.

3) Els seus **descendents** directes, i els del seu cònjuge o parella registrada –sempre que no s'hagi declarat la nul·litat del matrimoni o el divorci, o cancel·lat la inscripció registral de parella–, que siguin menors de vint-i-un anys, majors d'aquesta edat que visquin al seu càrrec o incapaços. Poden ser descendents tant biològics com adoptius, essent necessària la corresponent acreditació en ambdós casos.

D'altra banda, pel que fa als descendents majors de vint-i-un anys, el requisit que a la pràctica resulta més complicat d'acreditar és que estiguin a càrrec del ciutadà de la UE, sovint entès de forma restrictiva per les autoritats dels estats membres. En essència, el concepte de *viure a càrrec* implica una dependència econòmica del familiar ciutadà de la UE, sense els recursos del qual l'interessat no pot fer front a les necessitats bàsiques en el seu país d'origen. No es tracta d'un recolzament econòmic «complementari», sinó essencial, ja que l'interessat no ha de disposar d'altres ingressos que li permetin cobrir les necessitats bàsiques; ha de ser, a més, un recolzament no esporàdic sinó perllongat en el temps. Així, la prova de la dependència econòmica consistirà habitualment en la demostració de l'enviament de diners per part del ciutadà de la UE al seu familiar.

Jurisprudència

Vegeu la STS 3a. de 26 d'octubre de 2016 (ROJ STS 4679/2016) en relació amb el reagrupament de fills menors d'edat.

En relació amb el requisit d'*estar a càrrec*, la STS 3a. de 20 d'octubre de 2011 (ROJ STS 7339/2011) distingeix la valoració del concepte *estar a càrrec* en l'àmbit del règim UE del concepte anàleg que s'utilitza en la legislació general d'estrangeria, havent de ser el primer més ample i flexible. Vegeu, amb tot, la STS 3a. de 10 d'octubre de 2016 (ROJ STS 4468/2016), en la qual es confirma la denegació del visat de reagrupament familiar en règim comunitari de filla major d'edat per no acreditar la dependència econòmica de la mare sol·licitant.

Consulteu la jurisprudència del TJUE sobre el concepte de *persona a càrrec*: SSTJUE de 18 de juny de 1987, C-316/85, Lebon; de 9 de gener de 2007, C-1/05, Jia, i de 16 de gener de 2014, C-423/12, Reyes.

4) Els seus **ascendents** directes, i els del seu cònjuge o parella registrada –sempre que no s'hagi declarat la nul·litat del matrimoni o el divorci, o cancel·lat la inscripció registral de parella–, que visquin al seu càrrec.

D'altra banda, cal tenir en compte que en relació amb els ciutadans europeus que s'hagin desplaçat a Espanya per cursar estudis (supòsit de la lletra c de l'art. 7.1 del RD 240/2007), el RD 240/2007 és més restrictiu, ja que en l'article 7.4 limita el dret de residència al seu cònjuge, parella registrada o fills a càrrec, excloent per tant als seus ascendents. En relació amb aquests ascendents, regiria el compromís de facilitar la seva residència conforme a l'article 2 bis.

Es reproduïxen aquí les consideracions sobre la necessitat d'acreditar que l'ascendent està a càrrec del ciutadà de la UE.

Jurisprudència

El requisit d'estar a càrrec és habitualment el punt més complex, com es pot veure, per exemple, en la STS 3a. de 8 de maig de 2017 (ROJ STS 1685/2017) o en la STS 3a. de 11 d'octubre de 2016 (ROJ STS 4505/2016).

5) En relació amb **altres familiars** no inclosos en l'enumeració anterior (família extensa) que acompanyin o es reunixin amb el ciutadà d'un estat membre de la UE o altre estat que forma part de l'EEE, i independentment de quina sigui la seva nacionalitat, es preveu la possibilitat de sol·licitar en favor seu l'aplicació del règim europeu. La condició per poder efectuar aquesta sol·licitud és que s'acrediti fefaentment que el familiar en qüestió està a càrrec del ciutadà europeu o que viu amb ell en el país de procedència, o que per motius greus de salut o discapacitat és estrictament necessari que el ciutadà europeu es faci càrrec de la seva cura personal. Possibilitat anàloga de sol·licitar l'aplicació del règim europeu es preveu respecte de la parella de fet amb la qual es mantingui una relació estable degudament provada d'acord amb els criteris establerts a la llei.

Pel que fa a la parella de fet contemplada en aquesta disposició, donaria cabuda a unions que no complissin els requisits previstos a l'article 2.b (per exemple, no registrades en un altre estat membre).

Precisions

L'article 3.2 de la Directiva de residència disposa que l'Estat membre d'acollida facilitarà l'entrada i residència d'aquests familiars, conforme a la seva legislació nacional. En el RD 240/2007, la possibilitat de sol·licitar l'aplicació del règim europeu en aquests supòsits no es correspon formalment amb cap obligació per part de les autoritats espanyoles d'acceptar tal sol·licitud. Ara bé, s'estableix que es valoraran individualment les circumstàncies personals del sol·licitant i que es resoldrà de forma motivada tenint en compte determinats criteris legalment previstos [art. 2bis RD 240/2007, apartats *a* i *b* art. 4]. Així, per exemple, en relació amb la família extensa, es valorarà el grau de dependència financera o física, el grau de parentiu, la gravetat de la malaltia o discapacitat o el temps de convivència previ (en tot cas s'entén acreditada la convivència si s'acredita per un període continuat de 24 mesos al país de procedència). En relació amb la parella de fet, es considerarà estable –és a dir, amb un vincle durador– si s'acredita un temps mínim de convivència marital d'un any continuat, llevat que existeixin fills comuns, cas en el qual només cal acreditar degudament la convivència estable (sense establir un període mínim).

Nota

En relació amb els familiars no inclosos en l'article 2, vegeu la STJUE de 5 de setembre de 2012, C-83/11, Rahman.

La delimitació dels beneficiaris perfila l'àmbit d'aplicació personal del règim europeu d'estrangeria. Cal, però, distingir aquest aspecte d'una altra qüestió diferent com són els drets que integren aquest règim i que se'ls reconeixen a les anteriors persones, les condicions per al seu exercici, així com els límits o restriccions que se li poden imposar, qüestions que seran examinades tot seguit.

2.2. Drets que integren el règim europeu d'estrangeria

Conforme als articles 1 i 3 del RD 240/2007, als nacionals dels estats membres de la UE, d'altres països que formen part de l'EEE i de Suïssa, juntament amb els familiars abans enumerats, se'ls reconeixen els drets següents:

Nota

Articles 1 i 3 del RD 240/2007.

- Entrar, sortir i circular lliurement pel territori espanyol.
- Romandre en territori espanyol lliurement per un període de fins a tres mesos (estada).
- Residir en el territori espanyol, de forma temporal o permanent, previ el compliment dels requisits legalment establerts, i gaudir d'igualtat de tracte respecte dels ciutadans espanyols.
- Accedir a qualsevol activitat, tant per compte d'altri com per compte propi, prestació de serveis o estudis, en les mateixes condicions que els espanyols. Aquest lliure accés s'ha d'entendre sense perjudici de la limitació establerta a l'article 39.4 TCE (actual 45.4 TFUE), que exclou de la lliure circulació de treballadors les ocupacions en l'administració pública.

Precisió

La STS d'1 de juny de 2010 abans citada va anul·lar també determinats incisos de l'article 3 del RD 240/2007 referits als descendents majors de vint-i-un anys i als ascendents, que resultaven en una restricció els drets previstos a la Directiva 2004/38/CE.

Ocupacions en l'Administració pública: interpretació

L'exclusió de les ocupacions en l'administració pública de l'àmbit de la lliure circulació de treballadors no s'ha d'entendre de forma total i absoluta. Atès que es tracta d'una excepció al principi de no discriminació per raó de nacionalitat, el TJUE ha declarat que cal interpretar-la de manera uniforme i restrictiva, referida només a aquelles ocupacions que impliquin una participació, directa o indirecta, en l'exercici del poder públic i en les funcions que tenen per objecte la salvaguarda dels interessos generals de l'Estat i de les altres entitats públiques, i que suposen, per part dels seus titulars, l'existència d'una relació particular de solidaritat amb l'Estat, així com la reciprocitat de drets i deures que són el fonament del vincle de nacionalitat (vegeu, entre d'altres, les SSTJUE de 17 de desembre de 1980, C-149/79, Comissió c. Bèlgica; de 27 de novembre de 1991, C-4/91, Bleis, i de 30 de setembre de 2003, C-405/01, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española). Així, no reuneixen aquests requisits tant estrictes ocupacions en institucions o centres públics d'ensenyament o sanitat, capità o oficial en la marina mercant, president d'una autoritat portuària, la majoria de llocs de treball en les empreses públiques subministradores d'aigua, gas i electricitat, etc. En canvi, sí que s'admet la reserva de nacionalitat per accedir a la carrera diplomàtica, advocacia de l'Estat, inspecció de Treball o d'Hisenda, carrera judicial, carrera fiscal, cossos de seguretat, forces armades (llevat d'algunes excepcions en relació amb determinats països hispanoamericans), etc. És indiferent a aquests efectes el caràcter o naturalesa jurídica de la relació entre el treballador i l'estat (laboral o funcional, regida per dret públic o per dret privat). L'excepció esmentada es recull en l'article 57 del Reial decret legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, així com en els articles 4 i 5 i en l'Annex del Reial decret 543/2001, de 18 de maig, sobre accés a l'ocupació pública de l'Administració General de l'Estat i els seus Organismes públics de nacionals d'altres estats als quals és d'aplicació la lliure circulació de treballadors.

Els drets esmentats es podran portar a terme pels ciutadans de la UE i pels seus familiars en les condicions establertes en el RD 240/2007 i sense altres limitacions que les derivades de l'ordre públic, la seguretat pública i la salut pública fixades pels articles 15 i següents del mateix text legislatiu.

Cal tenir present que el RD 240/2007 es fonamenta en la Directiva 2004/38/CE i que els estats membres resten obligats pels termes d'aquesta norma, no podent restringir els drets que s'hi reconeixen ni imposar condicions suplementàries o més restrictives per al seu exercici.

Així, el TJUE ha declarat de forma reiterada que la Directiva 2004/38/CE regula de forma exhaustiva els requisits d'entrada i de residència en un estat membre d'un ciutadà de la Unió, nacional d'un altre estat membre, i dels seus familiars, de manera que els estats membres no estan autoritzats a imposar requisits addicionals (vegeu, per exemple, la STJUE de 25 de juliol de 2008, C-127/08, Metock).

Amb tot, cal tenir en compte que la font originària del dret de residència dels nacionals dels estats membres és la seva condició de ciutadans de la Unió Europea. Els articles 20 i 21 TFUE garanteixen als ciutadans de la Unió el dret a circular i a residir en el territori de la Unió. EL TJUE ha realitzat una interpretació extensiva de l'àmbit d'aplicació del Dret de la Unió davant de mesures nacionals que suposen una restricció efectiva dels esmentats drets. Així, la ciutadania de la Unió ha esdevingut una pedra de toc que en ocasions arriba allà on no poden arribar les normes de dret derivat com la Directiva 2004/38 (per exemple, perquè es tracta de supòsits no coberts per les seves normes en no haver-hi hagut exercici del dret de circulació).

L'efecte expansiu de la ciutadania de la Unió sobre el dret de residència

La jurisprudència del TJUE s'ha fonamentat en ocasions en l'estatut de ciutadà de la Unió per anar més enllà de les previsions dels drets d'estrangeria dels estats membres o fins i tot del mateix dret derivat europeu (Directiva 2004/38/CE sobre el dret de residència). En situacions específiques en les que el dret nacional d'estrangeria denegava l'autorització de residència o imposava una expulsió, o fins i tot en supòsits en els que la Directiva 2004/38 no era aplicable per no haver-se donat un desplaçament del ciutadà europeu, el TJUE ha fonamentat directament el dret de residència en els articles 20 i 21 TFUE. Així, el TJUE ha reconegut un dret de residència derivat a favor del progenitor d'un ciutadà europeu menor d'edat, quan aquest darrer depèn totalment del seu progenitor pel que fa a la seva guarda i manutenció, i quan el no reconeixement del dret de residència o bé l'expulsió del progenitor suposarien que el ciutadà europeu hagués d'abandonar el territori de la Unió, restringint de fet el seu dret de lliure circulació i residència i, per tant, privant-lo de la possibilitat de gaudir efectivament de l'essència dels drets conferits pel seu estatut de ciutadà de la Unió (vegeu STJUE de 8 de març de 2011, C-34/09, Ruiz Zambrano; STJUE de 10 d'octubre de 2013, C-86/12, Alokpa i Moudoulou; STJUE de 13 de setembre de 2016, C-304/14, CS; STJUE de 13 de setembre de 2016, C-165/14, Rendón Marín, i STJUE 10 maig 2017, C-133/15, Chávez-Vilchez). La finalitat i justificació d'aquest dret de residència derivat es basa en el fet que el seu no reconeixement podria suposar un perjudici de la llibertat de circulació del ciutadà de la Unió. El TJUE considera que no són acceptables mesures nacionals que priven al dret de residència del seu efecte útil (vegeu també en aquest sentit, la STJUE de 19 d'octubre de 2004, C-200/02, Zhu i Chen).

D'aquesta manera, per acció de la jurisprudència del TJUE, la ciutadania europea ha assolit una força expansiva que interfereix en situacions que *a priori* estarien regides per les normes internes dels estats membres, fent-les recaure dins l'àmbit del Dret de la Unió. Així, atès que un ciutadà europeu té dret a circular i residir lliurement en el territori de la Unió, qualsevol limitació d'aquest dret està compresa dins l'àmbit d'aplicació del Dret de la Unió. Per tant, el fet que un ciutadà europeu, nacional d'un estat membre, no hagi residit mai fora del territori d'aquest estat membre, no converteix per si sol aquesta situació en merament interna, segons el TJUE, ja que si es priva a aquest ciutadà europeu de la possibilitat de fer-ho, s'està afectant al contingut de l'estatut de la ciutadania europea, esdevenint en una qüestió que afecta al Dret de la Unió i, per tant, quedant inclosa dins del seu àmbit.

A continuació examinarem cadascun dels drets que integren el contingut del règim d'estrangeria europeu tal com es configuren en el RD 240/2007.

2.3. Entrada, sortida i lliure circulació en territori espanyol

Les condicions per a l'entrada en territori espanyol dels beneficiaris del règim europeu venen establertes en l'article 4 del RD 240/2007.

Nota

Articles 4 i 5 del RD 240/2007.

Els ciutadans de la UE, d'altres països de l'EEE o de Suïssa poden entrar en territori espanyol mitjançant el passaport o el document d'identitat vàlid en el qual consti la nacionalitat del titular. Aquest és l'únic requisit documental per a aquestes persones, es tracti de beneficiaris directes o indirectes del dret a la lliure circulació. A aquests ciutadans en cap cas se'ls pot exigir visat d'entrada ni obligació equivalent.

Quan es tracti d'un familiar que no sigui nacional d'un estat membre de la UE, d'un altre estat que formi part de l'EEE o de Suïssa, efectuarà l'entrada amb un passaport vàlid i en vigor, essent a més necessària l'obtenció de visat d'entrada quan així ho disposi el Reglament (CE) 539/2001, de 15 de març, pel qual s'estableix la llista de tercers països els nacionals dels quals estan sotmesos a l'obligació de visat per creuar les fronteres exteriors i la llista de tercers països els nacionals dels quals estan exemptes d'aquesta obligació. L'expedició d'aquest visat serà gratuïta i la seva tramitació tindrà caràcter preferent.

Visat dels familiars de ciutadans de la UE, l'EEE o Suïssa

A aquests familiars se'ls expedirà un visat d'estada o «visat Schengen», dels regulats en el Codi de visats europeu (Reglament 810/2009). Només el necessiten per entrar en territori espanyol; per tant, se'ls ha d'expedir un visat d'estada i en cap cas se'ls pot exigir un visat de residència. Ara bé, l'oficina consular espanyola competent no valorarà els motius del viatge ni verificarà si concorren les condicions per a una eventual residència a Espanya, circumstàncies que correspondrà valorar, si escau i en un moment posterior, a l'oficina d'estrangers competent en territori espanyol. Aquest visat només es podrà denegar per manca d'acreditació dels requisits necessaris per a gaudir del règim d'estrangeria europeu: no disposar de document de viatge vàlid, no viatjar amb el ciutadà de la UE o per reunir-se amb ell, no provar el vincle de parentiu que correspongui o el fet d'estar al seu càrrec si escau, o per motius d'ordre públic, seguretat pública o salut pública. En aquest sentit, la tramitació d'aquest visat és ben diferent de la prevista per als supòsits sotmesos al règim general, ja que tampoc no es pot exigir acreditació de mitjans econòmics, ni allotjament o cartes d'invitació, ni bitllets de retorn.

Ara bé, aquests familiars queden eximits de l'obligació d'obtenir visat d'entrada si són titulars d'una targeta de residència de familiar de ciutadà de la Unió, vàlida i en vigor, expedida per un altre estat que formi part de l'Acord sobre l'EEE. Aquesta norma és una conseqüència lògica del principi de confiança mútua entre estats membres, ja que l'expedició del visat ja haurà estat tramitada per les autoritats d'un altre estat membre, les quals hauran verificat el compliment dels requisits pertinents.

Precisió

Inicialment, el text de l'article 4.2 només eximia de visat si la targeta de residència de familiar de ciutadà de la Unió havia estat expedida per un «estat que aplica plenament l'Acord de Schengen». Això s'apartava de les disposicions de la Directiva i implicava que a les persones nacionals de tercers estats que fossin familiars d'un nacional d'un estat de l'EEE però no participant en l'Acord de Schengen (per exemple, Regne Unit o Irlanda) se'ls obligués a obtenir visat d'entrada. La STS d'1 de juny de 2010 va declarar la nul·litat d'aquesta previsió, que ja va ser modificada arran del Reial decret 1161/2009, de 10 de juliol.

Tota denegació d'entrada, o d'una sol·licitud de visat, en relació amb qualsevol de les persones incloses dins l'àmbit del RD 240/2007, haurà de ser motivada, indicant les raons en les quals es basi tal denegació. Aquestes raons hauran de ser comunicades a l'interessat, excepte que això sigui contrari a la seguretat de l'Estat (clàusula certament indeterminada que pot donar lloc a supòsits jurídicament conflictius).

Jurisprudència

Sobre denegació d'entrada a familiars nacionals de tercers estats, vegeu la STJUE de 25 de juliol de 2002, C-459/99, MRAX.

En la jurisprudència espanyola, la STS 3a. de 6 juliol de 2012 (ROJ STS 4857/2012) denega el visat per entendre que hi havia indicis suficients per dubtar raonablement de la identitat dels sol·licitants i, conseqüentment, de la relació paterno-filial dels mateixos amb l'interessat, en particular tenint en compte la manca de rigor dels registres públics del país emissor dels documents, que justifica una especial precaució per evitar frau de llei davant de peticions similars. Vegeu també la STSJ Madrid 841/2016 de 16 de novembre (ROJ STSJ M 12119/2016) o la STSJ Madrid 903/2016 de 28 de novembre (ROJ STSJ M 13953/2016).

En cas d'absència de documents de viatge, o fins i tot de visat, si aquest és l'únic motiu que impedeix l'entrada en territori espanyol d'un ciutadà de l'EEE o d'un familiar seu, es preveu que les autoritats responsables del control fronterer, abans de procedir a ordenar el seu retorn, donaran als interessats les màximes facilitats perquè intentin aconseguir o rebre aquests documents en un termini de temps raonable, o fins i tot de confirmar o acreditar per altres mitjans que són beneficiaris dels drets previstos en el RD 240/2007.

En relació amb aquests requisits d'entrada, cal dir que malgrat que són d'obligatori compliment, aquest compliment no sempre serà verificat. Cal tenir en compte que l'Estat espanyol forma part de l'espai Schengen, en el qual s'han eliminat els controls a les fronteres interiors. Per això, quan l'entrada en territori espanyol tingui lloc per una frontera interior –és a dir, quan s'accedeixi a Espanya a través d'un altre país de l'espai Schengen–, no es passarà per cap control fronterer. La verificació del compliment dels requisits documentals es produirà, doncs, quan el nacional d'un altre país de l'EEE o de Suïssa o els seus familiars pretenguin entrar en territori espanyol per un lloc

fronterer habilitat, des de fora de l'espai Schengen. Això no obsta la possibilitat que les autoritats policials de l'estat membre de destí puguin sol·licitar en exercici de les seves competències, si s'escau i de conformitat amb les normes europees, la verificació del compliment dels requisits documentals (vegeu, en aquest sentit, l'article 26 de la Directiva).

Controls fronterers

Quan el ciutadà de la UE i/o els seus familiars pretenguin entrar en territori espanyol des d'un país que no pertany a l'espai Schengen, ho hauran de fer per un dels llocs fronterers habilitats a l'efecte, i de conformitat amb les previsions de la Directiva 2004/38/CE i del Reglament (UE) 2016/399, pel qual s'estableix un codi de normes de la Unió per al creuament de persones per les fronteres (Codi de fronteres Schengen).

El RD 240/2007 també reconeix als seus beneficiaris el dret de circular lliurement pel territori espanyol, així com el de sortir del mateix per traslladar-se a un altre estat membre. Aquest dret s'ha d'entendre sense perjudici de l'obligació de presentar el passaport o document d'identitat als funcionaris del control fronterer, si s'escau, per tal que puguin comprovar la documentació.

El dret de lliure circulació i de sortida d'Espanya també es pot veure limitat de forma excepcional en els supòsits legalment establerts per raons de salut pública (per exemple, malalties greus amb potencial epidèmic), o de prohibició de sortida per raons de seguretat nacional o en aquells casos previstos en el Codi penal.

2.4. Estada inferior a tres mesos

Els beneficiaris del règim d'estrangeria europeu (directes i indirectes), una vegada complerts els requisits d'entrada que acabem d'examinar, poden romandre en territori espanyol sense necessitat de cap altra condició per un període de fins a tres mesos. Així doncs, serà suficient amb el passaport o el document d'identitat en vigor amb el qual han efectuat la seva entrada a Espanya.

Nota

Article 6 del RD 240/2007.

El dret d'entrar en territori espanyol porta associat un dret de romandre-hi per un període inferior a tres mesos, sense cap altre requisit documental diferent al de l'entrada.

S'estableix doncs un dret d'estada sense condicions i independent del motiu o la finalitat de la permanència. Únicament es fixa un límit temporal per aquesta incondicionalitat (període inferior a tres mesos) i s'estableix que el temps de permanència no computarà als efectes derivats de la situació de residència (per exemple, a efectes d'adquirir la residència permanent o la nacionalitat espanyola per residència).

2.5. Residència

És habitual en matèria d'estrangeria la distinció entre l'estada, que suposa una permanència merament temporal de l'estranger en l'estat d'acollida, sense voluntat d'instal·lar-s'hi, i la residència, que implica una permanència perllongada en aquest estat. Aquesta distinció també és present en el RD 240/2007.

Com ja hem avançat més amunt, el dret a residir en un altre estat membre que ostenten els ciutadans de la UE, tal com està configurat per les normes europees, no és absolutament incondicional.

Malgrat que el dret de residència dels ciutadans de la UE i dels seus familiars no està sotmès a cap autorització prèvia, és necessari el compliment d'unes determinades condicions per part dels seu titulars.

Així, ni als ciutadans de la UE (o d'altres països de l'EEE o de Suïssa) ni als seus familiars beneficiaris indirectes se'ls requereix cap «autorització de residència» per residir a Espanya (a excepció del règim transitori amb els nacionals de Croàcia, fins el 30 de novembre de 2020), a diferència del règim general d'estrangeria. Ara bé, per gaudir del dret de residència cal acreditar que es compleixen un seguit de condicions, algunes formals i altres materials (aquestes darreres tenen en essència, com veurem, un rerefons essencialment econòmic).

Precisió

Cal dir que no sempre ha estat així. Amb anterioritat al Reial decret- llei 16/2012, de 20 d'abril, els ciutadans de la UE, d'un altre país de l'EEE o de Suïssa, gaudien d'un dret de residència incondicional, de manera que l'ordenament espanyol resultava més generós o ample que la Directiva 2004/38/CE en aquest punt. Fonamentalment per raons econòmiques (impossibilitat de garantir el retorn de les despeses ocasionades per la prestació de serveis sanitaris i socials a ciutadans europeus), el Reial decret- llei esmentat va modificar la redacció de l'article 7 RD 240/2007, efectuant una transposició quasi literal de les previsions de la Directiva de residència.

D'altra banda, el RD 240/2007 distingeix entre la **residència** (referida a la residència de caràcter temporal, per un període superior a tres mesos) i la **residència permanent**.

2.5.1. Residència superior a tres mesos

Conforme a allò establert en l'article 7 del RD 240/2007 (desenvolupat per l'Ordre PRE/1490/2012, de 9 de juliol, BOE núm. 164 de 10 de juliol de 2012), tot ciutadà d'un estat membre de la UE, d'un altre país de l'EEE o de Suïssa té dret a residir en el territori d'un altre estat membre si es troba, alternativament, en algun dels casos següents:

Nota

Articles 7 a 14 del RD 240/2007.

Nota

Articles 7 a 9 i 12 a 14 del RD 240/2007.

1) És un treballador per compte d'altri o un treballador per compte propi a Espanya.

És a dir, el dret de residència es garanteix quan el nacional d'un estat membre de la UE (o d'un altre estat de l'EEE o de Suïssa) es desplaça des de l'estat membre de provenença a Espanya, en exercici d'alguna de les llibertats de circulació reconegudes pel dret europeu a les persones: la lliure circulació de treballadors (treball per compte d'altri: treballadors assalariats) o el dret d'establiment (treball per compte propi, no assalariat: empresaris individuals, professionals liberals, etc.). L'exercici de les esmentades activitats econòmiques es portarà a terme en l'estat membre d'acollida conforme al principi d'igualtat de tracte, en aplicació del TFUE i de les normes de dret derivat que el desenvolupen, prohibint tota discriminació per raó de nacionalitat en relació amb els treballadors nacionals.

Nota

La lliure circulació de treballadors està regulada en els articles 45 a 48 TFUE, i el dret d'establiment en els articles 49 a 55 TFUE.

Entre les normes de dret derivat que desenvolupen aquestes llibertats, podem destacar el Reglament 492/2011 i la Directiva 2014/54 en matèria de LCT, el Reglament 1408/71 sobre Seguretat Social, així com les nombroses directives sobre reconeixement mutu de títols, diplomes i qualificacions professionals.

Documentació acreditativa

Per provar que compleix aquesta condició, a més del passaport o del document d'identitat del sol·licitant, aquest haurà d'aportar la documentació exigida en particular per l'article 3.2 de l'Ordre PRE/1490/2012: la prevista en l'apartat *a* per als treballadors assalariats i en l'apartat *b* en el cas dels treballadors per compte propi.

En determinats casos, la condició de treballador per compte d'altre o per compte propi es manté encara que ja no es desenvolupi l'activitat en qüestió. Es tracta de situacions relacionades amb la incapacitat, l'atur involuntari o la formació professional, i estan previstes a l'article 7.3 del RD 240/2007.

Jurisprudència

El TJUE ha assenyalat algun altre supòsit en el qual es manté la condició de treballador malgrat no es tracti d'un dels supòsits regulats en l'article 7.3 de la Directiva (per exemple, la dona que deixi de treballar o de buscar feina a causa de les limitacions físiques relacionades amb la darrera fase de l'embaràs i el període subseqüent al part, sempre que es reincorpori al lloc de treball o torni a trobar feina dins d'un període de temps raonable després del naixement del fill [STJUE de 19 de juny de 2014, C-507/12, Saint Prix]).

2) Disposa per a si mateix i per als membres de la seva família, de **recursos econòmics suficients** per no convertir-se en una càrrega per a l'assistència social a Espanya durant el seu període de residència, així com d'una **assegurança de malaltia** que cobreixi tots els riscos a Espanya.

En aquest supòsit es preveu el dret de residència d'un ciutadà de la UE (o d'un altre país de l'EEE o de Suïssa) que no exerceixi a Espanya cap activitat econòmica ni per compte d'altri ni per compte propi, però que tingui a la seva disposició recursos suficients, independentment d'on proveninguin.

Exemple

Pot tractar-se de persones que perceben una pensió de jubilació o d'invalidesa, o que posseeixen un patrimoni propi o que obtenen una altra mena d'ingressos o rendes.

D'altra banda i segons el TJUE, aquests recursos poden provenir d'una tercera persona, per exemple un dels progenitors del ciutadà de la UE o del seu cònjuge, encara que sigui nacional d'un tercer estat (STJUE de 16 juliol 2015, C 218/14, Singh).

Conforme a l'apartat 7 de l'article 7, pel que fa a la suficiència dels mitjans econòmics, no es podrà establir cap import fix, sinó que s'haurà de tenir en compte la situació personal i valorar-la de manera individualitzada. En qualsevol cas, aquest import no superarà el nivell de recursos per sota del qual es concedeix assistència social als espanyols o l'import de la pensió mínima de la Seguretat Social. En particular, es considera suficient la tinença de recursos que siguin superiors a l'import que cada any fixi la Llei de pressupostos generals de l'Estat per generar el dret a rebre una prestació no contributiva, tot tenint en compte la situació personal i familiar del sol·licitant.

En aquest cas, s'exigeix també que es disposi d'una assegurança de malaltia, pública o privada, contractada a Espanya o a un altre país, que proporcioni una cobertura a Espanya durant el seu període de residència equivalent a la proporcionada pel Sistema Nacional de Salut espanyol. S'entendrà en tot cas que els pensionistes compleixen aquesta condició si acrediten de forma fefaent (certificació) que tenen dret a l'assistència sanitària amb càrrec a l'estat pel qual perceben la seva pensió.

Documentació acreditativa

Per demostrar que es troba en aquesta situació, a més del passaport o del document d'identitat del sol·licitant, aquest haurà d'aportar la documentació exigida en particular per l'article 3.2...c de l'Ordre PRE/1490/2012, que fixa les previsions específiques en relació amb els mitjans econòmics i l'assegurança de malaltia esmentades.

3) És **estudiant**. Concretament, està matriculat en un centre públic o privat amb la finalitat principal de cursar estudis. Ha de tractar-se d'un centre reconegut o finançat per l'administració educativa competent. També s'inclouen els estudis de formació professional. A més, es requereix que disposi d'una as-

segurança de malaltia que cobreixi tots els riscos a Espanya, així com que garanteixi a l'autoritat nacional competent (mitjançant declaració o altre mitjà equivalent) que posseeix recursos suficients per a si mateix i pels membres de la seva família per no convertir-se en una càrrega per l'assistència social de l'Estat espanyol durant el seu període de residència. Pel que fa a la suficiència dels recursos econòmics, són aplicables els mateixos principis que els examinats en el supòsit anterior.

Documentació acreditativa

Caldrà tenir en compte en aquest cas l'article 3.2. d) de l'Ordre PRE/1490/2012. Pel que fa a la condició de l'assegurança sanitària, es donarà per complerta si l'estudiant té una targeta sanitària europea amb un període de validesa que cobreixi tot el període de residència i que l'habiliti per rebre exclusivament les prestacions sanitàries que siguin necessàries des d'un punt de vista mèdic.

Tenint en compte que l'activitat s'emmarca dins l'àmbit educatiu, s'estableix en particular que la participació en programes de la Unió Europea que afavoreixen intercanvis educatius per a estudiants i professors (per exemple, Erasmus+) es considerarà acreditació suficient del compliment dels requisits establerts.

Els estudiants en el règim europeu i en el règim general

Val la pena remarcar que en el règim europeu d'estrangeria, l'estudiant que compleixi les condicions expressades gaudeix d'un dret de residència. En canvi, els estudiants en el règim general d'estrangeria es considera que es troben en situació d'estada (i no de residència), al marge del temps de permanència a Espanya. Això pot ser rellevant a determinats efectes, com ara pot ser la possibilitat o no de computar el període de permanència a Espanya en el marc d'una eventual sol·licitud d'adquisició de la nacionalitat espanyola per residència: mentre que en el règim europeu es computaria, en el règim general no ho faria, tal com acostuma a sostenir la jurisprudència.

Vegeu també

Vegeu el règim dels estudiants en la regulació de la LOEx en el mòdul «Estrangeria: les autoritzacions d'estada, residència, treball i el règim sancionador».

4) Finalment, el ciutadà de la UE, d'un altre país de l'EEE o de Suïssa també ostenta un dret de residència si és un **membre de la família** que acompanya o es reuneix amb un ciutadà de la UE, d'un altre estat de l'EEE o de Suïssa que compleix les condicions contemplades en els tres punts anteriors. Aquest dret s'amplia també als membres de la família que no siguin nacionals d'un estat membre de la UE, l'EEE o Suïssa (nacionals, per tant, de tercers estats).

La condició essencial, doncs, és que el ciutadà europeu beneficiari directe del dret de residència compleixi les condicions abans examinades, és a dir, sigui treballador per compte d'altri o per compte propi, o tingui recursos econòmics o sigui estudiant, en els termes i amb els requisits assenyalats. Si es donen aquestes condicions, el dret de residència s'estén als membres de la seva família inclosos dins d'alguna de les categories de l'article 2 del RD 240/2007 (o bé havent-se de facilitar la seva residència si es tracta d'un dels familiars previstos en l'art. 2 bis).

Precisió

Com abans s'ha assenyalat, cal tenir en compte que en el cas dels estudiants només s'estén el dret de residència al cònjuge o parella registrada i als fills a càrrec, excloent els ascendents de l'estudiant o del seu cònjuge o parella registrada. Vegeu l'article 7.4 del RD 240/2007.

El dret de residència del familiar, doncs, és derivat del dret de residència del titular o beneficiari directe, que és qui ha de complir les condicions materials fixades en la llei.

Com es pot observar, i al marge de la finalitat o els motius pels quals el ciutadà de la UE es desplaça a un altre estat membre per instal·lar-s'hi (per treballar, per estudiar, per retirar-se, etc.), el denominador comú de les condicions que s'estableixen en tots els casos és la tinença o percepció de recursos econòmics suficients, inclosa l'assistència sanitària, tant per si mateix com pels seus familiars, per no convertir-se en una càrrega per a l'assistència social per a l'estat membre d'acollida. D'aquesta manera, l'autonomia econòmica esdevé en el fons un requisit essencial per gaudir del dret de residència conforme a les normes europees.

Precisió

Certament, aquest requisit té zones grises, ja que té com a contrapès determinades limitacions, per exemple, relatives a la possibilitat d'expulsió d'un beneficiari del dret de residència que no disposi de recursos econòmics. Així, malgrat que no es preveu un dret genèric de residència en favor dels nacionals d'un estat membre que pretenguin buscar feina en un altre estat membre, l'article 14.4.b de la Directiva (i 9 bis.3.b del RD 240/2007) estableix que en cap cas se'ls podrà expulsar mentre demostrin que segueixen buscant feina i que tenen possibilitats reals de ser contractats (tot i que aquest darrer requisit pot ser difícil d'acreditar).

A banda de les condicions materials que acabem d'examinar, s'estableixen també uns **requisits formals obligatoris**. Malgrat que en el règim europeu d'estrangeria en cap cas es requereix una autorització de residència als seus beneficiaris (doncs aquesta «autorització» ja deriva i es confereix directament en les normes europees), sí que és necessari que tant el ciutadà de la UE com els seus familiars atenguin determinades formalitats davant les autoritats de l'estat membre d'acollida. Aquestes formalitats són d'obligatori compliment, però no constitueixen una condició o requisit previ per gaudir del dret de residència, que s'ostenta pel fet de complir els requisits materials abans examinats. En relació amb aquestes formalitats, es distingeix en funció de la nacionalitat de l'interessat:

a) Els ciutadans de la UE, d'un altre país de l'EEE o de Suïssa, ja siguin titulars directes del dret de residència o bé siguin familiars, han de sol·licitar la seva inscripció en el Registre Central d'Estrangers. Aquesta sol·licitud l'han de fer personalment, a l'oficina d'estrangers de la província on pretenguin fixar la seva residència o, en el seu defecte, a la comissaria de policia corresponent. El termini per fer-la és de tres mesos des de la seva entrada a Espanya, i cal aportar la documentació corresponent al seu cas (art. 7.6 RD 240/2007), i pagar la taxa establerta (art. 14.1). Una vegada efectuada la sol·licitud i verificat la condició de beneficiari del dret de residència, al ciutadà de la UE se li expedirà de forma immediata un certificat de **registre de ciutadà de la Unió**, en el qual constarà el nom, la nacionalitat i el domicili de la persona registrada, la data de registre i el número d'identitat d'estranger (NIE).

b) Els membres de la família del ciutadà de la Unió, d'un altre país de l'EEE o de Suïssa que no tinguin la nacionalitat d'un d'aquests estats i que vulguin residir a Espanya, acompanyant al seu familiar o reunint-se amb ell, han de sol·licitar i obtenir una **targeta de residència de familiar de ciutadà de la Unió**. La sol·licitud s'ha de presentar personalment a l'oficina d'estrangers de la província on pretenguin fixar la seva residència o, en el seu defecte, a la comissaria de policia corresponent, en el termini de tres mesos des de la seva entrada a Espanya. A l'estranger se li lliurarà immediatament un resguard acreditatiu de la presentació de la sol·licitud, amb el qual podrà acreditar la seva situació d'estada legal fins que li sigui lliurada la targeta. Cal tenir en compte que aquest resguard no pot ser exigít com a condició prèvia per a l'exercici d'altres drets o per a la realització de tràmits administratius, sempre que es pugui acreditar la condició de beneficiari dels drets per qualsevol altre mitjà de prova. Per sol·licitar la targeta de residència de familiar de ciutadà de la Unió cal presentar el model de sol·licitud oficial i la documentació enumerada a l'article 8.3 del RD 240/2007, així com pagar la taxa establerta (art. 14.4). La targeta, en la qual constaran també les dades personals de l'estranger i el seu NIE, haurà de ser expedida (teòricament) en el període de tres mesos i tindrà per norma general una validesa de cinc anys. La seva resolució favorable tindrà efectes retroactius, de manera que s'entendrà que la situació de residència estava vigent des de la data acreditada d'entrada a Espanya essent familiar de ciutadà de la Unió.

Nota

El **Registre Central d'Estrangers** és un registre públic que depèn del Ministeri de l'Interior i és a càrrec de la Direcció General de la Policia i de la Guàrdia Civil, en el qual s'inscriuen determinats fets relatius als estrangers que es troben a Espanya o que tenen assignat NIE. Vegeu els articles 213 i següents de l'RLOEx.

Precisions

Els procediments de registre i expedició de les targetes previstos en el RD 240/2007 tindran una tramitació preferent. Com que es tracta de requisits declaratius i no constitutius (veure art. 14.4), estan regits pel principi de control mínim. Això es reflecteix per exemple en l'article 12.2 del RD 240/2007, en què s'estableix que no seran obstacle per a la permanència provisional a Espanya dels sol·licitants o per al desenvolupament de les seves activitats. Igualment, la verificació dels antecedents penals o l'exigència d'acreditació d'aspectes de salut no s'exigiran per norma general, sinó de forma excepcional o per raons de salut pública (art.12 apartats 3 i 4).

D'altra banda, l'article 15.8 disposa que l'incompliment de l'obligació de sol·licitar la targeta de residència o del certificat de registre comportarà l'aplicació de les sancions pecuniàries que, en els mateixos termes i per supòsits similars, s'estableixin pels ciutadans espanyols en relació amb el Document Nacional d'Identitat.

2.5.2. Residència permanent

El ciutadà d'un estat membre de la UE, d'un altre estat de l'EEE o de Suïssa que hagi residit legalment a Espanya durant un període continuat de cinc anys adquireix un dret a residir a Espanya de forma permanent. Aquest mateix dret l'adquiriran els membres de la seva família que hagin residit legalment amb ell durant el mateix període de cinc anys. El caràcter «legal» de la residència, lògicament, implica que s'hagi desenvolupat amb compliment dels requisits previstos en el mateix RD 240/2007 per gaudir d'aquest dret. La continuïtat de la residència també es valorarà conforme a les disposicions del RD 240/2007.

Nota

Articles 10 i 11 del RD 240/2017.

Nota

Vegeu la STJUE de 21 de desembre de 2011, C-424-425/10, Ziolkowski, i la STJUE de 16 de gener de 2014, C-378/12, Onuekwere.

Excepcions

En determinats supòsits específics, contemplats en els apartats 2 i 3 de l'article 10, el ciutadà de la UE treballador per compte d'altri o per compte propi, així com els seus familiars, podran obtenir el dret de residència permanent amb un període de residència inferior al de cinc anys, si compleixen determinats requisits en funció dels casos (jubilació, incapacitat, etc.).

D'altra banda, en cas de mort del beneficiari directe abans d'assolir la residència permanent, els seus familiars poden arribar a adquirir-la si es donen les circumstàncies previstes en l'apartat 5 de l'article 10.

El dret de residència permanent no està sotmès a les condicions vistes fins ara. Per tant, el dret es desvincula del fet que s'ostenti o no la condició de treballador per compte d'altri, treballador per compte propi, estudiant, etc. És a dir, que una vegada adquirit el dret a residir permanentment a Espanya, aquest dret només es perd per absència continuada del territori espanyol per un període superior a dos anys (articles 10.7 i 11.3 del RD 240/2007). Evidentment, sense perjudici de les eventuais restriccions per motius d'ordre públic, seguretat pública i salut pública, que veurem més endavant.

L'Oficina d'Estrangers de la província de residència o, en el seu defecte, la comissaria de policia corresponent, expediran, a sol·licitud de l'interessat nacional d'un estat membre de la UE, de l'EEE o de Suïssa, i prèvia verificació que es compleixen les condicions de residència, un certificat del dret a residir amb caràcter permanent, o una targeta de residència permanent per als familiars que no ostentin la nacionalitat d'un d'aquests països.

Targeta de residència permanent

L'autoritat competent expedirà una targeta de residència permanent als membres de la família del ciutadà de la UE que no tinguin la nacionalitat d'un estat membre de la UE, de l'EEE o de Suïssa, previ el compliment dels requisits documentals establerts en l'article 11. El RD 240/2007 estableix que aquesta sol·licitud s'ha de presentar en el mes anterior a la caducitat de la targeta de residència; també es pot presentar dins dels tres mesos posteriors a la data de caducitat, sense perjudici de la sanció administrativa que correspongui.

La targeta serà renovable automàticament cada deu anys.

2.5.3. La vigència i el manteniment del dret de residència

Estretament lligada al dret de residència dels ciutadans europeus i els seus familiars, es presenta la qüestió de la vigència i el manteniment d'aquest dret, i la seva eventual pèrdua per una modificació de les circumstàncies que varen donar lloc a la seva obtenció.

L'article 9 bis del RD 240/2007 és clar quan estableix que el dret de residència garantit en els articles 7, 8 i 9 es manté mentre es compleixin les condicions previstes en aquestes disposicions.

Com ja hem vist, en el cas dels ciutadans de la UE que siguin treballadors per compte d'altri o per compte propi, s'estableix un seguit de supòsits en els quals es manté la condició de treballador a efectes del dret de residència malgrat que ja no es desenvolupi l'activitat (art. 7.3 RD 240/2007).

D'altra banda, l'article 9 preveu específicament el manteniment a títol personal –per tant, ja no derivat– del dret de residència dels familiars del ciutadà de la UE, en el supòsits de mort, sortida d'Espanya, nul·litat, divorci, separació legal (*sic.*) o cancel·lació de la inscripció com a parella registrada en relació amb el titular del dret de residència. Mentre que aquells familiars que també siguin nacionals d'un estat membre de la UE, de l'EEE o de Suïssa no veuran afectat el seu dret de residència davant d'una d'aquestes eventualitats (art. 9.1); quan es tracti de familiars nacionals de tercers estats s'estableixen determinades condicions per al manteniment del dret de residència en funció de quines siguin les circumstàncies. Aquestes condicions venen recollides en els apartats 2, 3 i 4 de l'article 9 del RD 240/2007 i tenen en compte les diferents circumstàn-

Nota

Articles 7.3, 9 i 9 bis del RD 240/2007.

Nota

Veure les STJUE de 16 de juliol de 2015, C-218/14, Singh, i STJUE de 30 de juny de 2016, C-115/15, Secretary of State for the Home Department i NA, en relació amb el manteniment del dret de residència de nacionals de tercers estats en cas de divorci. La STJUE de 10 juliol de 2014, C-244/13, Ogieriakhi, analitza un supòsit similar en relació amb la residència permanent.

cies del cas en funció de la situació que es tracti (mort, sortida d'Espanya o ruptura o nul·litat del vincle conjugal o cancel·lació de la inscripció de parella registrada), tant anteriors com posteriors a la modificació de la situació.

Per a la resta de casos, doncs, en principi s'ha d'entendre que serà necessari seguir complint els requisits que varen donar lloc a l'obtenció del dret per seguir-lo mantenint, tot i que en el RD 240/2007 no es diu això de forma explícita, ni s'aborda directament la qüestió de quines seran les conseqüències del seu incompliment (sobrevingut o fins i tot originari). Amb tot, la Directiva en el seu article 14.1 declara en particular que els ciutadans de la UE i els membres de les seves famílies gaudiran del dret de residència «mentre no es converteixin en una càrrega excessiva per a l'assistència social de l'estat membre d'acollida».

En aquest sentit, la norma sí que preveu que no es faran en cap cas controls sistemàtics per verificar, en relació amb una persona, que es compleixen les condicions del dret de residència. Aquesta possibilitat de comprovació per part de les autoritats tindrà lloc en casos específics en els quals existeixin dubtes raonables pel que fa al compliment dels requisits (art. 9.5 i 9 bis, primer apartat).

D'altra banda, en l'apartat 3 de l'article 9 bis també es preveuen dues normes que limiten la possibilitat d'expulsió dels ciutadans de la UE o dels seus familiars:

- En primer lloc, s'estableix que el recurs a l'assistència social a Espanya d'un ciutadà de la UE, d'un altre país de l'EEE o de Suïssa, o d'un dels seus familiars, no tindrà per conseqüència automàtica una mesura d'expulsió. El fet que s'utilitzi el qualificatiu d'*automàtica* implica que no s'exclou de forma absoluta la mesura, però que en tot cas es sotmet, com a mínim, a una valoració i ponderació prèvies per garantir que no esdevé desproporcionada.
- I en segon lloc, en cap cas es podrà adoptar una mesura d'expulsió contra ciutadans europeus o membres de la seva família si són treballadors per compte d'altri o per compte propi, o han entrat en territori espanyol per buscar feina. En aquest darrer cas, no podran ser expulsats mentre puguin demostrar que continuen buscant feina i que tenen possibilitats reals de ser contractats.

A la pràctica, la manca de compliment dels requisits necessaris per gaudir del dret de residència pot tenir freqüentment com una de les seves conseqüències principals la denegació per part de l'estat membre d'acollida de determinades prestacions socials. La mateixa Directiva 2004/38 estableix en el seu article 24.2 que els estats membres no estan obligats a concedir prestacions d'assistència social durant els tres primers mesos de residència o en cas de demandants d'ocupació, ni tampoc altres ajudes socials com beques o préstecs d'estudis a persones que no siguin treballadors o familiars seus, abans que adquireixin el dret de residència permanent. La jurisprudència del TJUE, en general, ha emparat la compatibilitat d'aquesta mena de disposicions nacionals amb el dret de la UE.

Si es deixen de complir les condicions per gaudir del dret de residència, d'altra banda, també afectarà a la vigència dels certificats de registre i de les targetes de residència de familiar de ciutadà de la Unió. Aquesta vigència, així com el reemplaçament d'aquests documents per un certificat o targeta permanents, respectivament, restarà condicionada al fet que el seu titular continuï trobant-se en algun dels supòsits que donen dret a l'obtenció del document. En aquest sentit, s'estableix una obligació per part dels interessats de comunicar a l'Oficina d'Estrangers o comissaria de policia corresponent els eventuais canvis de circumstàncies referits a la seva nacionalitat, estat civil o domicili (art. 14.2 del RD 240/2007).

Absències del territori espanyol de familiars nacionals de tercers estats

La vigència de la targeta de residència de familiar de ciutadà de la Unió caducarà per absències superiors a sis mesos en un any. Ara bé, s'estableix un seguit d'excepcions en funció del motiu causant de l'absència (art. 14.3 del RD 240/2007).

Pel que fa a la targeta de residència permanent, les interrupcions de residència no superiors a dos anys consecutius no afectaran a la seva vigència (art. 11.3 del RD 240/2007).

2.6. Limitacions dels drets per raons d'ordre públic, seguretat pública i salut pública

Els tractats europeus han reconegut tradicionalment la possibilitat que els estats membres estableixin determinades restriccions als drets derivats de la lliure circulació que estiguin justificades per motius d'interès general.

Nota

En relació amb les conseqüències de la manca de compliment de les condicions per gaudir del dret de residència, vegeu la STJUE de 19 de setembre de 2013, C-140/12, Brey, i la STJUE de 15 de setembre de 2015, C-67/14, Ali-manovic. Per la seva banda, la STJUE de 25 de febrer de 2016, C-299/14, García Nieto, empara l'exclusió de la percepció de determinades prestacions socials durant els tres primers mesos de permanència en l'estat membre d'acollida.

Nota

Articles 15 a 18 del RD 240/2007.

Així, l'article 45 TFUE preveu aquesta possibilitat en relació amb la lliure circulació de treballadors, fonamentada en raons d'ordre públic, seguretat pública o salut pública. L'article 52 TFUE fa anàloga la previsió respecte al dret d'establiment, i l'article 72 TFUE inclou també una salvaguarda similar en el marc de l'espai de llibertat, seguretat i justícia.

En relació amb el dret d'entrada i residència dels ciutadans de la UE, de l'EEE o de Suïssa i dels seus familiars, la possibilitat d'establir restriccions en el sentit assenyalat es troba prevista en el capítol VI de la Directiva 2004/38, en els articles 27 i següents. Aquestes disposicions s'han traduït a Espanya en els articles 15 a 18 del RD 240/2007.

L'article 15 del RD 240/2007 disposa que, per raons d'ordre públic, seguretat pública i salut pública, es podrà adoptar en relació amb un ciutadà de la UE, de l'EEE o de Suïssa, o un dels seus familiars, una de les següents **mesures**:

- **Denegació d'entrada:** es podrà impedir l'entrada en territori espanyol, malgrat que l'interessat presenti la documentació legalment establerta. L'apartat 2 de l'article 15 preveu la via i condicions per poder sol·licitar l'aixecament de la prohibició d'entrada i els criteris per valorar i resoldre aquesta petició. Mentre no es resolgui (favorablement) sobre la sol·licitud, l'interessat no podrà entrar a Espanya.
- **Denegació d'inscripció o d'expedició de documents:** es podrà denegar la inscripció del ciutadà de la UE en el Registre Central d'Estrangers, o l'expedició o renovació de la targeta de residència a un membre de la seva família. Evidentment, aquesta denegació es refereix als supòsits en què l'interessat compliria els requisits objectius perquè es practiqui la inscripció o se li expedeixi la targeta, però se li denega per raons d'ordre públic o seguretat pública. El precepte no cobriria, doncs, les denegacions justificades per manca de compliment dels requisits objectius que fixa la llei per gaudir del dret de residència.
- **Expulsió o devolució:** es podrà ordenar l'expulsió o devolució de l'estranger del territori espanyol. Es tracta de supòsits de sortida obligatòria: la devolució es produeix en relació amb l'estranger que infringeix una prohibició d'entrada o que pretén entrar irregularment en territori espanyol i és interceptat en frontera. L'expulsió és una ordre de sortida forçosa amb caràcter sancionador, sigui administrativa o per ordre judicial. L'execució (vàlida) de l'ordre d'expulsió interromp la continuïtat de la residència regulada en el RD 240/2007.

L'ordre d'expulsió d'un ciutadà de la UE, d'un altre país de l'EEE o de Suïssa, o d'un membre de la seva família, és la mesura més extrema que es pot adoptar, i és per això que la Directiva i el mateix RD 240/2007 estableixen determinades **limitacions, cauteles i garanties** en relació amb la mateixa:

1) En primer lloc, cal remarcar que els motius per ordenar l'expulsió han d'estar fonamentats en l'**ordre públic**, la **seguretat pública** o la **salut pública**. No és possible dictar una ordre d'expulsió contra un ciutadà de la UE, de l'EEE o de Suïssa, o un dels seus familiars, que no estigui justificada en una d'aquestes raons, que es basen en l'interès general.

Concepte d'ordre públic i de seguretat pública

En relació amb aquests conceptes jurídics indeterminats com a justificació d'una excepció al dret de residència, el TJUE ha declarat que han de ser objecte d'una interpretació estricta, de manera que el seu abast no pot ser determinat de forma unilateral pels estats membres sense el control de les institucions de la Unió (STJUE de 29 de abril de 2004, C-482/01, i C-493/01, Orfanopoulos i Oliveri).

Així, el concepte d'*ordre públic* requereix en tot cas, a banda de la pertorbació de l'ordre social que constitueix qualsevol infracció de la llei, que existeixi una amenaça real, actual i suficientment greu que afecti a un interès fonamental de la societat.

Pel que fa al concepte de *seguretat pública*, comprèn tant la seguretat interior d'un estat membre com la seguretat exterior i, per tant, el fet de posar en perill el funcionament de les institucions i dels serveis públics essencials, així com la supervivència de la població, a més del risc d'una pertorbació greu de les relacions exteriors o de la coexistència pacífica dels pobles, o fins i tot l'amenaça a interessos militars, poden afectar a la seguretat pública. El TJUE ha considerat, per exemple, que la lluita contra la criminalitat organitzada associada al tràfic d'estupefaents o el terrorisme estan compreses en el concepte de *seguretat pública* (STJUE de 23 de novembre de 2006, C-145/09, Tsakouridis, i STJUE de 26 de novembre de 2002, C-100/01, Oteiza Olazábal), així com els delictes sexuals (STJUE de 22 maig de 2012, C-348/09, P.I., i STJUE de 13 juliol de 2017, C-193/16, E.), raó per la qual poden fonamentar una decisió d'expulsió.

En aquest sentit, s'estableix expressament que la caducitat del document d'identitat o del passaport amb el qual l'interessat va efectuar la seva entrada a Espanya, o en el seu cas, de la targeta de residència, no podrà ser causa d'expulsió. De la mateixa manera, l'incompliment de l'obligació de sol·licitar la targeta de residència o el certificat de registre comportarà si escau sancions pecuniàries, però en cap cas podran ser causa d'expulsió.

Recordem també que en l'article 9 bis apartats 2 i 3 també s'estableixen límits a l'expulsió en relació amb determinades situacions: el recurs a l'assistència social a Espanya no pot tenir com a conseqüència automàtica una mesura d'expulsió, i en cap cas es podrà expulsar els beneficiaris que siguin treballadors per compte d'altri o per compte propi, o si han entrat en territori espanyol per buscar feina i acrediten que ho continuen fent i que tenen possibilitats reals de ser contractats.

Jurisprudència

La STSJ Madrid (Cont-Adm) 362/2017 d'1 de juny (ROJ STSJ M 6295/2017) contempla l'expulsió d'un ciutadà de la UE amb múltiples antecedents policials per ser la seva conducta contrària a la seguretat pública.

2) En segon lloc, i excepte «motius imperiosos de seguretat pública», no es podrà adoptar una decisió d'expulsió o repatriació contra un ciutadà de la Unió (o d'un altre país de l'EEE o de Suïssa) si aquest ciutadà ha residit a Espanya durant els darrers deu anys anteriors, o bé si és menor d'edat (excepte si la repatriació és conforme a l'interès superior del menor, repatriació que en cap cas pot tenir caràcter sancionador). Cal observar que aquesta restricció en la possibilitat d'expulsió no s'estableix expressament en relació amb nacionals de tercers estats que siguin familiars d'un ciutadà de la UE.

Jurisprudència

S'ha plantejat la qüestió del còmput del període de deu anys en els supòsits en què l'interessat ha estat a la presó (vegeu, per exemple, la STJUE de 16 gener de 2014, C-400/12, G.).

3) Quan es tracti de ciutadans d'un estat membre de la UE, de l'EEE o de Suïssa, o membres de la seva família independentment de la seva nacionalitat, que hagin adquirit el dret de residència permanent a Espanya, només es podrà adoptar una decisió d'expulsió si existeixen motius greus d'ordre públic o seguretat pública. A més, abans d'adoptar-se aquesta decisió, es tindran en compte la durada de la residència, la integració cultural i social de l'interessat a Espanya, l'edat, l'estat de salut, la situació familiar i econòmica, i la importància dels vincles amb el seu país d'origen.

4) Quan una resolució d'expulsió s'hagi d'executar més de dos anys després que s'hagi dictat, es comprovaran i valoraran els possibles canvis de circumstàncies que s'hagin pogut produir en aquest temps, així com la realitat de l'amenaça que representa l'interessat per a l'ordre públic o la seguretat pública.

5) En quant als requisits i garanties processals, es fixa l'obligatorietat de l'informe previ de l'advocacia de l'Estat de la província abans de dictar la resolució (excepte que es donin raons d'urgència degudament motivades), es taxen els supòsits en els quals es pot practicar l'expulsió quan s'hagi demanat la suspensió cautelar d'aquesta mesura, i s'estableix l'obligació de motivar les resolucions d'expulsió i d'informar sobre els recursos que es poden interposar. La resolució d'expulsió també ha d'assenyalar el termini concedit per abandonar el territori espanyol, que en principi no podrà ser inferior a un mes (ex-

cepte en casos urgents degudament justificats), i que només podrà ser excepcionalment en virtut d'una sol·licitud de suspensió cautelar de l'expulsió formulada simultàniament a un recurs contra la mateixa.

Jurisprudència

El TJUE ha establert, en garantia de la tutela judicial efectiva, que el jutge nacional competent ha de vetllar perquè es limiti a allò estrictament necessari la facultat de l'autoritat nacional competent de no comunicar a l'interessat les raons en les quals es fonamenta una resolució per la qual se li prohibeix l'entrada en el territori de l'estat membre per raons de seguretat pública, garantint en tot cas que es comuniqui a l'interessat el contingut essencial d'aquestes raons de forma que es tingui degudament en compte la necessària confidencialitat de les proves (STJUE de 4 de juny de 2013, C-300/11, ZZ).

Pel que fa a la **salut pública**, només podrà justificar-se l'adopció d'una de les mesures abans examinades (prohibició d'entrada, denegació d'inscripció o d'expedició de targeta, devolució o expulsió) en base a les malalties amb potencial epidèmic conforme els criteris de l'OMS o altres malalties infeccioses o parasitàries contagioses, d'acord amb la legislació espanyola vigent. Ara bé, ha de tractar-se d'una malaltia sobrevinguda durant els tres primers mesos següents a l'arribada de l'estranger al territori espanyol. Es contempla amb caràcter excepcional i no sistemàtic la possibilitat de sotmetre a l'estranger, en els tres mesos següents a la seva arribada a Espanya, a un reconeixement mèdic gratuït per certificar que no pateix cap de les malalties esmentades.

En qualsevol cas, el RD 240/2007 fixa uns **criteris** que s'hauran de tenir en compte a l'hora d'adoptar una de les mesures previstes en l'article 15, apartats 1 a 4:

- L'adopció de la mesura es farà de conformitat amb la legislació reguladora de l'ordre públic i la seguretat pública, i les disposicions reglamentàries vigents en la matèria.
- Podrà ser revocada d'ofici o a instància de part quan deixin de subsistir les raons que en varen motivar l'adopció.
- No es podrà adoptar amb finalitats econòmiques.
- Quan s'adopti per raons d'ordre públic o de seguretat pública, la mesura s'haurà de fonamentar exclusivament en la conducta personal de l'interessat, que en tot cas haurà de constituir una amenaça real, actual i suficientment greu que afecti a un interès fonamental de la societat, i es valorarà per l'autoritat competent en base als informes policials, fiscals o judicials que constin a l'expedient. En particular, l'existència de condemnes penals anteriors no constituirà, per si sola, una raó per adoptar aquesta mesura.

Desenvolupament jurisprudencial pel TJUE

El TJUE ha assenyalat reiteradament que l'aplicació de limitacions als drets garantits per les normes europees s'ha de portar a terme respectant els límits imposats pel Dret de la Unió i de conformitat amb els principis generals d'aquest, en particular, el principi de proporcionalitat (o sigui, amb mesures apropiades i necessàries per aconseguir la finalitat perseguida).

Per apreciar si una mesura d'expulsió és proporcionada a l'objectiu legítim, han de tenir-se en compte els criteris de l'article 28.1 de la Directiva 2004/38: la durada de la residència de l'interessat en l'estat membre d'acollida, l'edat, l'estat de salut, la situació familiar i econòmica, la integració social i cultural en l'estat membre d'acollida i la importància dels vincles amb el seu país d'origen, així com la gravetat de la infracció.

En general, per imposar una restricció a la llibertat de circulació s'ha de valorar la conducta personal de l'interessat, tenint en compte les circumstàncies del cas i fugint d'automatismes (STJUE de 18 de maig de 1982, C-115-116/81, Adou i Cornaille, sobre denegació de permís de residència a Bèlgica per ser cambreses d'un local de prostitució; STJUE de 10 de juliol de 2008, C-33/07, Jipa, en relació amb una prohibició de sortida a un ciutadà de Romania). En particular, el TJUE ha considerat incompatible amb el Dret de la Unió una limitació del dret de residència basada en motius de prevenció general i decretada amb la finalitat de dissuadir altres estrangers, en particular quan aquesta mesura s'hagi dictat automàticament arran d'una condemna penal, sense tenir en compte el comportament personal de l'autor de la infracció ni el perill que suposa per a l'ordre públic (STJUE de 13 de setembre de 2016, C-165/14, Rendón Marín).

Tampoc no és admissible la denegació d'un visat a nacionals d'un tercer estat i cònjuges de nacionals d'un estat membre, per la sola raó d'estar inclosos en la llista de no admissibles del Sistema d'Informació Schengen, sense haver comprovat prèviament si la presència d'aquestes persones constituïa una amenaça real, actual i suficientment greu per a un interès fonamental de la societat (STJUE de 31 de gener de 2006, C-503/03, Comissió contra Espanya).

Sí que pot ser admissible, si compleix la resta de condicions esmentades, una normativa nacional que permet restringir el dret d'un nacional d'un estat membre a traslladar-se al territori d'un altre estat membre, en particular per haver estat condemnat penalment en una altre estat per tràfic d'estupefaents (STJUE de 17 de novembre de 2011, C-430/10, Gaydarov).

3. El règim general d'estrangeria

La Llei orgànica 4/2000, d'11 de gener, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social (LOEx), i el seu Reglament, aprovat pel Reial decret 557/2011, de 20 d'abril (RLOEx), constitueixen, com ja sabem, les normes vertebradores del règim general d'estrangeria en l'ordenament espanyol.

Com hem vist en l'apartat anterior, la LOEx i el seu Reglament seran aplicables a aquells estrangers que no estiguin dins l'àmbit d'aplicació d'un altre règim específic o sota normes particulars (fonamentalment, el règim dels ciutadans europeus i els seus familiars). També tenen la funció de ser normes d'aplicació residual o subsidiària en allò no regulat en les normes especials (mentre sigui compatible amb elles, o més favorable en el cas del règim europeu), o quan aquelles hi remetin expressament.

La LOEx, en el Títol Preliminar, delimita el seu àmbit d'aplicació (ens remetem en aquest punt a l'apartat anterior), estableix els principis generals en matèria de política immigratòria (article 2 bis) i proclama l'objectiu de promoure la integració dels immigrants (article 2 ter, apartat 1: «Los poderes públicos promoverán la plena integración de los extranjeros en la sociedad española, en un marco de convivencia de identidades y culturas diversas sin más límite que el respeto a la Constitución y la ley.»).

Nota

Segons les dades publicades pel Ministeri d'Ocupació i Seguretat Social, a 30 de juny de 2017 el 59,4% dels estrangers és resident en règim de lliure circulació de la UE i el 40,6% és resident en règim general, ambdós grups amb una tendència creixent. Podeu consultar el lloc web per actualitzar la informació: <http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Estadisticas/index.html> per informació actualitzada.

La política immigratòria i la integració dels immigrants

Els articles 2 bis i 2 ter es varen introduir per la LO 2/2009, d'11 de desembre, reflectint les directrius del Pacte Europeu sobre Immigració i Asil aprovat al Consell Europeu de Brussel·les el 16 d'octubre de 2008. En el primer d'aquests preceptes s'eleva a principi orientador de l'actuació de les administracions públiques, entre d'altres, «la integració social de los inmigrantes mediante políticas transversales dirigidas a toda la ciudadanía». Aquest principi, que ja havia fonamentat amb anterioritat mesures adoptades per les diferents administracions, es formula de manera expressa i amb caràcter fonamental i es desenvolupa després en l'article 2 ter, i ha donat lloc a diferents iniciatives i plans d'integració, en gran part autonòmics. A Catalunya, per exemple, s'ha tingut en compte en l'aprovació de la Llei 10/2010, de 7 de maig, d'acollida de les persones immigrades i de les retornades a Catalunya.

L'apartat 4 de l'article 2 ter, però (creació de programes d'acció biennals per reforçar la integració social dels immigrants), s'ha deixat sense efecte per les lleis de pressupostos generals de l'Estat des de l'any 2012.

En relació amb l'article 2 bis LOEx, algunes veus en la doctrina han criticat el seu caràcter insuficient respecte a la integració de la població immigrant en situació irregular. Per exemple, a la lletra e) del segon apartat, el principi de no discriminació es limita a «todos aquellos que vivan o trabajen legalmente en España», amb la qual cosa s'exclou formalment als irregulars de la prohibició de discriminació.

En la present unitat seguirem l'estructura de la LOEx per determinar, en primer lloc, quins drets, llibertats i garanties es reconeixen als estrangers a Espanya i com es configuren. Després examinarem en particular la regulació del reagrupament familiar, com a expressió i desenvolupament del dret a la vida en família i la intimitat familiar. Per últim, analitzarem l'entrada i sortida dels estrangers en el territori espanyol i la situació d'estada de curta durada.

3.1. Drets i llibertats, deures i garanties jurídiques dels estrangers a Espanya

3.1.1. Introducció. La situació dels estrangers davant els drets i llibertats fonamentals

La qüestió del reconeixement dels drets i llibertats fonamentals als estrangers que es troben a Espanya és un dels àmbits en què es posa de manifest de forma més evident la tensió entre la dimensió universal de molts d'aquests drets i la vocació diferenciadora de la LOEx. Per definició, la LOEx té per objectiu la regulació de la diferència (diferent règim per als estrangers en relació amb els nacionals, i diferent règim al seu torn per als estrangers en situació irregular respecte d'aquells que sí que gaudeixen d'autorització per residir o treballar).

La LOEx dedica tot el seu títol I a la regulació dels «Drets i llibertats dels estrangers». De fet, bona part dels preceptes de la LOEx que gaudeixen de caràcter orgànic estan inclosos en aquest títol I (vegeu la Disposició final 4a.). Ara bé, cal tenir en compte que la LOEx no conté disposicions relatives a tots els drets i llibertats que es contempen en la Constitució, sinó només sobre aquells – i no tots– en relació amb els quals s'estableix alguna diferència respecte dels nacionals espanyols, o bé entre els propis estrangers (segons si es troben en situació administrativa regular o no). En algunes ocasions, però, la regulació d'un determinat dret efectuada per la LOEx no té per raó establir una diferència respecte dels nacionals, sinó la concreció del dret davant de circumstàncies específiques que es donen, per naturalesa, només (o particularment) en relació amb estrangers (per exemple, la intervenció d'intèrpret en relació amb la tutela judicial efectiva o l'assistència jurídica gratuïta, les garanties processals –tant judicials com administratives– en relació amb la denegació d'entrada o l'expulsió, la realització de tràmits processals per l'estranger que es troba fora del territori espanyol, etc.).

L'article 3.1 LOEx estableix que:

«Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos.»

Nota

Articles 10 i 13 CE i article 3 LOEx.

El principi d'igualtat

A continuació de la frase transcrita, es declara que «Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles». El valor d'aquesta proclama no deixa de ser més aviat declaratiu, ja que els preceptes que segueixen a continuació recullen precisament condicions per a l'exercici de determinats drets que no són idèntiques a les que s'apliquen als espanyols.

D'altra banda, la LO 8/2000, que va suposar la primera reforma important de la LOEx a menys d'un any de la seva vigència, va modificar l'article 3.1. eliminant la referència al gaudiment per part dels estrangers dels drets i llibertats reconeguts a la Constitució «en igualtat de condicions que els espanyols».

Per tant, s'admet l'establiment de diferències de tracte entre els nacionals i els estrangers, sempre que estiguin justificades. En aquest sentit, vulnerarien el principi d'igualtat els **actes de caràcter discriminatori**, entesos com aquells que estableixen una distinció no fonamentada en raons objectives. L'article 23 LOEx conté una definició i una exemplificació no exhaustiva d'actes que es consideren discriminatoris, i l'article 24 LOEx preveu la tutela judicial sumària enfront dels mateixos pel procediment previst a l'article 53.2 CE.

Per això, el punt de partida ha de ser necessàriament la Constitució espanyola, i en particular el seu títol I, ja que conté el catàleg de drets fonamentals i llibertats públiques de referència en el nostre ordenament, així com els criteris per a la seva interpretació. En aquest sentit, i indissolublement unida a aquest catàleg de drets, s'ha de tenir present la jurisprudència del Tribunal Constitucional dictada en relació amb els mateixos.

D'altra banda, cal tenir en compte també la normativa específica de desenvolupament de determinats drets reconeguts a la Constitució, normativa que caldrà consultar per conèixer l'abast del reconeixement i/o les condicions d'exercici del dret en qüestió per part dels estrangers. Això succeeix, per exemple, amb el dret a la documentació, el dret a l'assistència sanitària, el dret de sufragi, el dret de reunió, etc.

En primer lloc, hem de destacar l'article 10 CE, que encapçala el títol I. En el seu primer apartat, l'article 10 es refereix a la «dignitat de la persona» i als «drets inviolables que li són inherents». Això ens permet enllaçar amb el principi, enunciat i desenvolupat pel Tribunal Constitucional en la seva jurisprudència, que determinats drets estan intrínsecament vinculats a la dignitat de la persona i, per tant, han de ser reconeguts a tota persona pel simple fet de ser-ho, independentment de la nacionalitat i de la situació administrativa que tingui.

En segon lloc, l'apartat 2 de l'article 2 estableix que:

«Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.»

Per tant, s'eleva al rang de paràmetre interpretatiu la Declaració Universal de Drets Humans de 1948, però també altres convenis en matèria de drets humans subscrits per l'Estat espanyol com ara el Pacte Internacional de Drets Civils i Polítics i el Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals de 1966, la Convenció sobre els Drets del Nen de 1989, el Conveni Europeu per a la salvaguarda dels drets humans i les llibertats fonamentals de 1950, etc. Això no suposa una «incorporació» indirecta dels drets i llibertats continguts en aquests convenis i no previstos en la Constitució, sinó que implica que els drets fonamentals recollits en la Constitució s'hauran d'interpretar en sintonia i de conformitat amb allò que disposin els esmentats convenis. Això té especial transcendència en relació amb les sentències dictades pel Tribunal Europeu de Drets Humans d'Estrasburg en aplicació del Conveni Europeu de 1950, jurisprudència que necessàriament s'haurà de tenir en compte pel TC en la seva tasca d'interpretació constitucional.

A banda de l'article 10, resulta fonamental en el nostre àmbit l'article 13 CE, en particular en el seu primer apartat, que disposa:

«Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.»

L'article 13.1 CE ens indica que la Constitució no regula pròpiament els drets i llibertats dels estrangers, sinó que es limita a enunciar de forma genèrica la seva titularitat i remet la regulació concreta, als tractats i a la llei.

Així doncs, i com dèiem al principi, les especialitats que puguin donar-se en relació amb les condicions de reconeixement i exercici dels drets i llibertats fonamentals per part dels estrangers vindran determinades per les disposicions de la LOEx i, en el seu cas i de forma preferent, per les disposicions dels tractats internacionals subscrits per Espanya que puguin ser aplicables en cada supòsit.

Per tant, ha estat el legislador ordinari –sota la garantia procedimental reforçada de la llei orgànica– l'encarregat de portar a terme aquesta regulació, que es concreta en el títol I de la LOEx.

Ara bé, òbviament el legislador no gaudeix de llibertat absoluta de regulació en aquest àmbit, sinó que està limitat pels paràmetres que deriven dels tractats i de la jurisprudència constitucional a l'hora de posar condicions a la titularitat i/o l'exercici dels drets fonamentals per part dels estrangers. En aquest sentit, han estat diverses les intervencions del TC que han perfilat i matisat –i, en ocasions, declarat inconstitucionals– les disposicions de la LOEx en aquesta matèria.

Nota

Vegeu, com a pronunciaments destacats del TC en relació amb els drets fonamentals dels estrangers, les SSTC 107/1984 de 23 de novembre, 115/1987 de 7 de juliol, 95/2000 de 10 d'abril, 236/2007 de 7 de novembre i 259/2007 de 19 de desembre.

Així, el TC ha establert que no tots els drets tenen la mateixa naturalesa, i en conseqüència cal examinar quina és aquesta per determinar l'admissibilitat d'imposar límits al dret en qüestió. D'entrada, ha declarat que determinats drets reconeguts al títol I de la Constitució pertanyen a la persona com a tal i no a la seva condició de ciutadana o nacional de l'Estat espanyol. Aquests drets estan intrínsecament vinculats a la dignitat de la persona i per això han de ser reconeguts per igual i sense cap distinció als espanyols i als estrangers. Aquest seria el cas del dret a la vida i la integritat física i moral, la llibertat ideològica i religiosa, la llibertat i la seguretat, el dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge, el dret a no ser discriminat per raó de naixement, raça, sexe, religió, opinió o qualsevol altra condició o circumstància personal o social, així com el dret a la tutela judicial efectiva. Tots els esmentats drets es reconeixen plenament als estrangers, al marge de si es troben en una situació administrativa regular o irregular.

Respecte a la resta de drets, no vinculats amb la dignitat de la persona, el legislador pot imposar condicions per al seu gaudiment i/o exercici per part dels estrangers. Ara bé, el TC ha declarat que en tot cas el legislador ha de respectar les previsions constitucionals en la mesura que existeixin i, en darrer terme, ha de respectar el contingut essencial del dret (en el sentit de l'art. 53 CE), essent admissibles només aquelles limitacions dirigides a preservar altres drets, béns o interessos constitucionalment protegits i que siguin proporcionals a la finalitat perseguida.

En els següents epígrafs examinarem les específiques condicions de titularitat i exercici que preveu la regulació de la LOEx en relació amb els drets dels estrangers i les seves garanties jurídiques. A efectes didàctics, s'agrupen en cinc apartats diferents segons la seva naturalesa i l'esfera en la qual s'emmarquen.

3.1.2. Drets personals: documentació, llibertat de circulació i elecció de residència, dret a la vida en família i reagrupament familiar, i dret a l'educació

Els drets de l'esfera personal són aquells que incideixen directament sobre la persona com, per exemple, el dret a la vida i a la integritat física, el dret a la llibertat ideològica i religiosa, el dret a l'honor, a la intimitat i a la pròpia imatge, el dret a la inviolabilitat del domicili, el dret a la llibertat de circulació, etc.

La LOEx tracta de manera específica alguns drets personals, concretament el dret a la documentació, el dret a la lliure circulació i a l'elecció de residència, el dret a la vida familiar i el dret a l'educació.

Nota

Art. 10, 15 i 16 CE, art. del 6 al 9 LOEx i art. 190 RLOEx.

El **dret a la documentació** és una manifestació del dret personalíssim a la pròpia identitat i al respecte a la personalitat jurídica de la persona. Aquest dret es troba reconegut tant en l'article 4.1 de la LOEx com en diversos convenis internacionals sobre drets humans dels quals Espanya forma part.

Per poder gaudir del dret a la documentació, a diferència del que succeeix amb altres drets, no és necessària la permanència de l'estranger en territori espanyol. Aquest estranger només podrà ser privat del dret a la documentació en els supòsits contemplats en l'article 4.3 LOEx, article 205.3 RLOEx i article 13 de la LO 4/2015, de 30 de març, sobre protecció de la seguretat ciutadana.

El **dret a l'entrada i a la lliure circulació en el territori espanyol** només es reconeix als espanyols. La CE no fa extensiu el reconeixement d'aquest dret als estrangers. És, per tant, un dret de configuració legal.

En canvi, els textos internacionals, com per exemple el Pacte de Drets Civils i Polítics, reconeixen el dret a la lliure circulació i a l'elecció de residència tant als nacionals com als estrangers que es trobin legalment en el territori d'un estat.

El legislador espanyol, seguint la normativa internacional, reconeix el dret a la lliure circulació als estrangers si i només si estan regularitzats a Espanya (art. 5.1 LOEx). És a dir, que el dret a la lliure circulació està vinculat, com a regla general, a la situació de regularitat de l'estranger. Els estrangers que es troben a Espanya de manera irregular poden ser expulsats (art. 53.a LOEx) i, com a mesura cautelar, poden ser internats en un centre d'internament d'estrangers (CIE).

Aquest dret no és absolut, sinó que es pot veure limitat pels motius enumerats en els articles 5.1 i 5.2 LOEx. Aquests limitacions tenen una durada limitada, ja que en cap cas no excediran el temps imprescindible o proporcional a la persistència de les circumstàncies que les justifiquen.

Segons l'article 5.1 LOEx, aquest dret es pot veure afectat per les limitacions establertes, amb caràcter general, pels tractats internacionals i per les lleis, les adoptades per les autoritats judicials amb caràcter cautelar o en un procediment penal o d'extradició en què l'estranger sigui l'imputat, la víctima o el testimoni, o com a conseqüència d'una sentència ferma. A més, també hi ha algunes limitacions específiques, que són les previstes en l'article 5.2 LOEx: quan es declari l'estat d'excepció o de setge i per motius de seguretat pública.

El **dret a escollir la residència**, estretament vinculat al dret a la lliure circulació, exigeix el compliment dels requisits fixats per la LOEx i per l'RLOEx, els quals s'examinaran més endavant. Aquest és un dret limitat ja que l'estranger,

Nota

Art. 4.1 LOEx, art. 6 de la Declaració Universal de Drets Humans i art. 16 del Pacte de Drets Civils i Polítics.

Nota

Art. 19 CE.

Nota

Art. 12 PDCP.

Nota

L'article 12.3 PDCP també contempla possibles restriccions d'aquest dret amb la finalitat de protegir la seguretat nacional, l'ordre públic, la salut o la moral, entre d'altres aspectes.

Vegeu també

Vegeu l'apartat «La sanció d'expulsió» del mòdul «Dret d'estrangeria (II): autoritzacions i sancions».

malgrat trobar-se a Espanya en situació regular, en determinades circumstàncies pot ser expulsat del territori espanyol. Per exemple, pel fet d'haver estat condemnat penalment (art. 57.2 LOEx).

El **dret a la vida en família i a la intimitat familiar** es troba recollit en l'article 16 LOEx. Aquesta disposició reconeix als estrangers que resideixen a Espanya el dret a la vida en família i a la intimitat familiar en la forma prevista per la pròpia Llei i pels tractats internacionals subscrits per Espanya com, per exemple, el Conveni Europeu per a la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals de 4 de novembre de 1950 (art. 8.1 del Conveni Europeu de Drets Humans).

La principal manifestació del dret a la vida en família i a la intimitat familiar és el **reagrupament familiar**, que també serà objecte d'estudi més endavant. Mitjançant el reagrupament familiar, l'estranger que resideix legalment a Espanya, sempre i quan compleixi les condicions establertes en la LOEX i en l'RLOEx, podrà gaudir del dret a la vida en família i a la intimitat familiar, ja que els seus familiars residents a l'estranger podran traslladar-se a viure amb ell a Espanya, sempre i quan es compleixin els requisits que venen fixats per la LOEx i per l'RLOEx.

L'article 18 CE fa referència al dret a la intimitat familiar, no a la vida en família a què fa referència l'article 16 LOEx, però ambdós són drets que estan estretament relacionats entre ells.

El **dret a l'educació** és un dret reconegut de manera expressa a totes les persones, tant nacionals com estrangers, per la CE (art. 27), per la LOEX (art. 9) i per instruments internacionals com ara el Conveni Europeu de Drets Humans de 1950 (art. 2), la Declaració Universal de Drets Humans (art. 26) i el Pacte de Drets Civils i polítics (art. 13).

L'article 9 LOEx va ser objecte d'un recurs d'inconstitucionalitat, motiu pel qual aquest dret disposa d'una regulació diferent des de la LO 2/2009. Segons l'article 9 LOEx, tots els menors de setze anys, ja siguin nacionals o estrangers, tenen reconegut el dret i el deure a l'educació. I això inclou, d'acord amb l'article 27.4 CE, l'accés a l'ensenyament bàsic, gratuït i obligatori.

Els estrangers que resideixin a Espanya i que tinguin al seu càrrec menors en edat d'escolarització obligatòria, quan tramitin la renovació de la seva autorització de residència o la sol·licitud d'autorització de residència de llarga durada, hauran d'acreditar l'escolarització dels menors que tinguin al seu càrrec, tal com disposa l'article 94 LOEx.

Nota

Art. 16 a 19 LOEx i art. 52 i següents RLOEx.

Vegeu també

Vegeu l'apartat «Reagrupament familiar».

Nota

La LO 8/2000 fixava l'edat en els divuit anys en lloc dels setze.

Nota

Art. 27 CE, art. 9 LOEx, art. 2 CEDH, art. 26 DUDH i art. 13 PDCCP.

L'article 9.1 LOEx també reconeix el dret a l'educació postobligatòria als menors de divuit anys, els quals conservaran aquest dret quan en el transcurs del curs escolar compleixin els divuit anys d'edat. Aquest dret inclou l'obtenció de les titulacions corresponents i l'accés al sistema de beques i ajuts en les mateixes condicions que els nacionals espanyols.

Amb relació als estrangers majors de divuit anys, l'article 9.2 LOEx reconeix el dret a l'educació –no obligatòria– als estrangers majors de divuit anys que «es trobin» a Espanya. Cal destacar que el TC va declarar inconstitucional el fet que la redacció de la norma anterior a la reforma introduïda per la LO 2/2009 condicionés el reconeixement d'aquest dret perquè els estrangers es trobessin residint en el territori espanyol. Als estrangers majors de divuit anys que resideixen en territori espanyol se'ls reconeix el dret a accedir a altres etapes educatives postobligatòries i a l'obtenció de les titulacions corresponents, a més de l'accés al sistema de beques en les mateixes condicions que els espanyols.

Nota

Vegeu la STC 236/2007 de 7 de novembre.

3.1.3. Drets polítics: reunió, manifestació, associació, dret de participació en la vida pública

Respecte als **drets polítics**, cal destacar que un dels principals motius que van justificar la reforma de la LOEx 4/2000 introduïda per la LO 2/2009, d'11 de desembre, va ser la necessitat d'incorporar a la LOEx la jurisprudència del TC relativa a l'exercici per part dels estrangers dels drets fonamentals de reunió, associació, sindicació i de vaga. El TC havia declarat inconstitucionals les normes de la LOEx reguladores dels esmentats drets fonamentals, ja que per al seu exercici exigien que els estrangers tinguessin la seva residència legal a Espanya. El TC va considerar que aquesta restricció era injustificada i contrària a la Constitució espanyola de 1978 i les va declarar inconstitucionals, raó per la qual el legislador va haver d'incorporar una nova redacció de les disposicions de la LOEx reguladores d'aquests drets.

Nota

Vegeu la STC 236/2007 de 7 de novembre i la STC 259/2007 de 19 de desembre.

L'article 21 CE reconeix de manera genèrica el **dret de reunió**, mentre que l'article 7.1 LOEx reconeix el dret de reunió als estrangers «en les mateixes condicions que als espanyols».

El dret de reunió també es troba reconegut per l'article 11 del Conveni Europeu de Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals de 1950, el qual disposa que aquest dret només podrà ser objecte de les restriccions previstes per la llei sempre i quan aquestes siguin mesures necessàries per a preservar la seguretat pública, la seguretat nacional, l'ordre públic, etc. (art. 11.2 CEDH).

Nota

Art. 21 CE, art. 7.1 LOEx i art. 11 CEDH.

L'article 7.2 LOEx especifica les condicions que s'han de complir per a l'exercici del **dret de reunió o manifestació** en llocs de trànsit públic, que seran les mateixes tant si els promotors d'aquestes són nacionals com si són estrangers. En ambdós casos, els promotors ho hauran de comunicar prèviament a l'autoritat competent i amb l'antelació prevista per la LO 9/1983, reguladora del dret de reunió. L'autoritat competent no podrà prohibir la reunió o manifestació ni

Nota

Art. 7.2 LOEx.

proposar la seva modificació a no ser que invoqui alguna de les causes esmentades en la Llei reguladora del dret de reunió. Per exemple, per ser considerades il·lícites conforme a les lleis penals, per alterar l'ordre públic i posar en perill a les persones o béns, etc.

El **dret d'associació** es troba reconegut de manera genèrica per l'article 22.1 CE i és desenvolupat per la LO 1/2002, de 22 de març, reguladora del dret d'associació.

Amb anterioritat a la reforma introduïda per la LO 2/2009, el dret d'associació, de la mateixa manera que el dret de reunió, es reconeixia a tots els estrangers «conforme a les lleis que el regulin pels espanyols», però l'exercici d'aquest dret quedava condicionat al fet que els estrangers tinguessin residència legal en el territori espanyol.

Aquesta regulació va ser declarada inconstitucional pel TC, motiu pel qual, en adoptar-se la LO 2/2009, el legislador espanyol va incorporar a la Llei d'estrangeria la jurisprudència del TC.

Actualment, des de la reforma del 2009, l'article 8 de la LOEx disposa que tots els estrangers tenen el dret d'associació en les mateixes condicions que els espanyols.

Nota

Art. 22.1 CE i art. 8 LOEx.

Els estrangers també tenen **dret a participar en la vida pública**. Una de les principals manifestacions d'aquest dret és el **dret de sufragi**, tant actiu com passiu, per a l'exercici del qual, però, és necessari que l'estranger resideixi regularment a Espanya.

L'article 6.1 LOEx reconeix als estrangers que resideixen regularment a Espanya el dret de sufragi –tant actiu com passiu– a les eleccions municipals en els termes establerts en la Constitució espanyola, en els tractats internacionals i en la Llei.

Els estrangers que es troben a Espanya en situació irregular tenen molt més limitat l'exercici del dret de participació pública atès que no poden exercir el dret de sufragi. No obstant això, els estrangers que es troben irregularment en el territori espanyol tenen dret al fet que les autoritats públiques els facilitin l'exercici del dret de sufragi en els processos electorals democràtics del país d'origen (art. 6.4 LOEx), i al fet que els Ajuntaments, amb independència de la seva situació irregular, els incorporin al padró municipal del lloc on tinguin el seu domicili. Els ajuntaments hauran de mantenir actualitzada la informació del padró relativa a aquests estrangers (art. 6.3 LOEx).

Nota

Art. 13.2 CE, art. 176 i 177 Llei Orgànica 5/1985 de 19 de juny, del Règim Electoral General, i art. 6 LOEx.

3.1.4. Drets dels estrangers en l'àmbit laboral i de protecció social

De conformitat amb l'article 10 LOEx, es preveu el dret al treball dels estrangers, tant per compte d'altri com per compte propi. Malgrat que l'article 35.1 de la Constitució es refereix només als espanyols a l'hora d'establir el seu deure i el seu dret de treballar, això no obsta perquè també es puguin estendre aquests drets als estrangers, en virtut, per exemple, de normes d'origen internacional. Ara bé, no es tracta en aquest cas d'un dret de caràcter incondicional, ja que no es preveu en el règim general d'estrangeria un lliure accés a l'ocupació a favor dels estrangers, sinó que se sotmet al compliment d'uns requisits previs. Així, l'article 10.1 LOEx es refereix d'entrada als estrangers residents. Per tant, per poder treballar s'exigeix en primer lloc que l'estranger es trobi autoritzat per a romandre a Espanya i en una situació de residència, excloent-se així la possibilitat de treballar als estrangers que es trobin en situació d'estada o bé en una situació administrativa irregular.

Precisió

Cal tenir en compte, però, que en determinades situacions que es configuren com a estada (per exemple, la dels estudiants), la legislació d'estrangeria permet la realització d'algunes activitats remunerades amb caràcter complementari i limitat (vegeu el mòdul «Dret d'estrangeria (II): autoritzacions i sancions»).

En segon lloc i addicionalment a la regularitat administrativa, el mateix precepte subordina l'exercici del dret al compliment dels requisits previstos en la legislació d'estrangeria, assenyaladament: l'estranger haurà d'obtenir una autorització administrativa prèvia per a residir i treballar (art. 36.1 LOEx), llevat de determinats supòsits en els quals aquesta autorització no sigui necessària (per exemple, articles 19.1 o 34.3 LOEx). L'accés al mercat de treball dels estrangers es pot veure sotmès a determinades restriccions addicionals com, per exemple, la consideració prèvia de la situació nacional d'ocupació (art. 38.1 LOEx). El desenvolupament d'activitats per compte propi requerirà, addicionalment i per suposat, reunir tots els requisits de capacitació acadèmica o professional que corresponguin, a més de l'obtenció de les llicències administratives necessàries, si és el cas. Com a requisit previ de caràcter general, d'altra banda, caldrà evidentment que l'estranger tingui la capacitat d'obrar necessària per a celebrar contracte de treball o portar a terme la seva activitat professional (veure, per exemple, els articles 6 i 7 del Reial decret legislatiu 2/2015, de 23 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut dels Treballadors).

Exemples

Hassan, nacional algerià titular d'un visat Schengen vigent, que viu a casa d'uns familiars a Barcelona, es troba en situació regular a Espanya però no se'l pot considerar resident perquè la seva situació és de mera estada.

Nota

Art. 10 LOEx.

Nota

Recordem que els nacionals dels altres estats membres de la UE, l'EEE i de Suïssa, i determinats familiars seus, gaudeixen del dret a treballar en les mateixes condicions que els espanyols, en virtut de la lliure circulació de persones establerta en les normes de la UE.

Lucila, nacional dominicana que no va abandonar el territori espanyol una vegada finalitzada la vigència del seu visat, i que porta disset mesos vivint amb uns compatriotes a Màlaga, malgrat que es pugui afirmar que «resideix» de forma efectiva en aquesta localitat –podent-hi estar fins i tot empadronada–, no és «resident legal» en el sentit de l'article 10 LOEx i, per tant, no pot ser autoritzada a treballar.

Theresa, australiana i titular d'una autorització de residència per reagrupament familiar obtinguda per la seva filla Maya, malgrat que es troba en situació de residència legal no pot exercir per compte propi la seva professió de quiropràctica si abans no obté una autorització de treball d'aquesta modalitat. En canvi, John, cònjuge de Maya i també reagrupat per aquesta, pot treballar sense necessitat de cap altre tràmit administratiu.

També és possible per als estrangers accedir a l'ocupació en el **sector públic**. És a dir, treballar a l'Administració estatal, autonòmica o local, i també en altres organismes i entitats de caràcter públic, en els termes legalment previstos (art. 10.2 LOEx). Actualment la regulació d'aquesta possibilitat es recull en l'article 57 del Reial decret legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut Bàsic del Treballador Públic. L'apartat quart d'aquest article preveu la possibilitat dels estrangers residents d'accedir a les administracions públiques, com a personal laboral, en les mateixes condicions que els espanyols. S'exclou com a norma general, doncs, l'accés dels estrangers a la carrera funcionarial.

Excepció

Ara bé, l'apartat cinquè del mateix precepte possibilita que per llei (estatal o autonòmica) i per raons d'interès general es pugui eximir als estrangers del requisit de la nacionalitat per accedir a la condició de personal funcionari; aquesta eventualitat es produeix de fet en determinats àmbits (com el sanitari, l'ensenyament o el militar), en els quals els llocs de treball poden no quedar coberts amb els nacionals espanyols i els d'altres estats als quals s'aplica el règim de lliure circulació de dret europeu.

En qualsevol cas, s'exclourien aquells càrrecs que impliquin participació directa o indirecta en l'exercici de potestats públiques o salvaguarda dels interessos generals.

En relació amb l'exposat anteriorment, s'ha afirmat que el dret al treball és un dret de configuració legal, ja que és la llei la que fixa les condicions del seu exercici. Aquest desenvolupament legal, però, ha de respectar el contingut essencial del dret emparat per la Constitució (STC 236/2007 de 7 de novembre). I, d'altra banda, malgrat que l'accés a l'ocupació està certament sotmés a restriccions pel que fa als estrangers, el desenvolupament de les condicions de treball s'ha de portar a terme en condicions d'igualtat amb els espanyols, de manera que queda prohibida qualsevol discriminació (per exemple, a nivell de salari, vacances, jornada de treball, etc.).

Estretament relacionats amb aquest darrer aspecte, hi ha dos drets fonamentals que no poden ser sotmesos a cap restricció addicional quan es prediquin de persones estrangeres: es tracta de la **llibertat de sindicació** i de la **llibertat de vaga**, previstes respectivament en el primer i segon apartat de l'article 11 LOEx. La redacció actual d'aquest precepte és fruit de la STC 236/2007 de 7 de novembre i de la STC 259/2007 de 19 de desembre, que van declarar incons-

Nota

Art. 11 LOEx.

titucional l'exigència –introduïda per la LO 8/2000– del requisit de residència legal com a condició perquè els estrangers poguessin gaudir de les esmentades llibertats. En aquestes sentències, el Tribunal Constitucional va considerar que els drets de sindicació i vaga (a més dels de reunió i associació) integren el nucli de la dignitat humana i, per tant, la submissió dels estrangers a la condició de ser residents legals a Espanya comporta una restricció injustificada. D'altra banda, l'article 28 de la Constitució no discrimina quan declara que «tots» tenen dret a sindicarse lliurement i quan reconeix el dret de vaga dels «treballadors» (siguin de la nacionalitat que siguin). En conseqüència, tots els estrangers, gaudeixin de la condició de residents legals o no, poden exercir el seu dret de vaga i afiliar-se lliurement a una organització sindical o professional en les mateixes condicions que els espanyols.

Irregularitat administrativa i contracte de treball

Aquesta plena vigència de les llibertats de sindicació i vaga declarades pel TC amb independència de la situació administrativa del treballador estranger, s'han de posar també en relació amb l'article 36.5 LOEx, que estableix que la manca d'autorització de residència i de treball no invalida el contracte de treball respecte dels drets del treballador estranger (sense perjudici de les responsabilitats de l'empresari que es puguin generar). Fins i tot no és obstacle per a l'obtenció de determinades prestacions de protecció de la Seguretat Social a les quals pugui tenir dret el treballador (exceptuant la prestació per atur, que només podran percebre els treballadors que tinguin autorització de residència i treball). D'altra banda, la STSJ Canàries (Santa Cruz de Tenerife, Sala Social, Secció 1a.) núm. 358/2017 de 26 d'abril (ROJ STSJ ICAN 1014/2017), declara que els estrangers contractats sense autorització de treball poden percebre la prestació del Fons de Garantia Salarial en cas d'insolvència de l'empresari.

En darrer terme, cal fer referència al dret dels estrangers a la **protecció social** en les seves diferents vessants: accés a les prestacions de la Seguretat Social (contributives i no contributives), a l'assistència sanitària i als serveis socials. Aquesta qüestió està contemplada –de forma deficient i confusa segons la doctrina– en diversos preceptes de la LOEx, concretament en els articles 10, 12, 13 i 14.

L'article 10.1 LOEx declara, com a punt de partida genèric, el dret dels estrangers a accedir al sistema de la Seguretat Social «de conformitat amb la legislació vigent». Per tant, s'efectua una remissió a la legislació específica, que és la que acabarà de configurar els perfils de cadascun d'aquests drets. Tenint en compte que aquesta previsió s'inclou en el mateix article que reconeix el dret dels estrangers a treballar, cal interpretar que es refereix a les **prestacions contributives de la Seguretat Social**. Evidentment, per tenir dret a rebre aquestes prestacions, l'estranger ha de complir –de la mateixa manera que els espanyols– les obligacions legalment establertes (alta, cotització, etc.).

Pel que fa a les **prestacions no contributives de la Seguretat Social** i als **serveis socials**, aquests particulars estarien contemplats en els apartats 1 i 2 de l'article 14 LOEx. Aquestes prestacions i serveis es reconeixen en les mateixes condicions que als espanyols només als estrangers residents, en el sentit

Nota

Art. 10, 12, 13 i 14 LOEx.

Nota

Vegeu els art. 41, 43, 49 i 50 de la Constitució espanyola sobre els diferents aspectes que integren la protecció social.

d'estrangers amb autorització administrativa per a romandre a Espanya. El reconeixement es refereix tant a les prestacions generals i bàsiques com també a les específiques. Addicionalment, caldrà que la persona estrangera compleixi les condicions (referides, per exemple, als anys de residència) legalment establertes.

Legislació sobre Seguretat Social

L'article 7 del text refós de la Llei general de la Seguretat Social, aprovat pel Reial decret legislatiu 8/2015, de 30 d'octubre, requereix l'abast personal d'aquesta cobertura. Pel que fa a les prestacions contributives, estan compresos dins del sistema de la Seguretat Social els estrangers que resideixin o es trobin legalment a Espanya, sempre que en tots dos supòsits exerceixin la seva activitat en territori nacional i estiguin inclosos en algun dels apartats que s'hi relacionen (treballadors per compte d'altri, treballadors per compte propi, socis treballadors de cooperatives de treball associat, estudiants i funcionaris). I, a efecte de les prestacions no contributives, estaran inclosos en el règim de la Seguretat Social els estrangers que resideixin legalment en territori espanyol en els termes previstos en la LO 4/2000 i, si s'escau, en els tractats, convenis o acords internacionals en matèria de seguretat social signats per Espanya.

Nota

Per a una relació de l'abast de l'acció protectora del sistema de la Seguretat Social, vegeu l'article 42 del text refós de la Llei general de la Seguretat Social.

L'article 14 LOEx, amb tot, estableix dues excepcions al requisit de la residència. En primer lloc, tots els estrangers tenen dret a gaudir dels **serveis i les prestacions socials bàsiques**, amb independència de la seva situació administrativa (article 14.3).

Serveis i prestacions socials bàsiques

L'abast de la norma requereix la precisió d'allò que es consideren serveis i prestacions socials «bàsiques», que no venen definits a la legislació general sobre Seguretat Social però que, en principi, s'haurien d'entendre referits a la cobertura de les necessitats vitals mínimes de tota persona. Es tracta de prestacions i serveis que estan adreçats a persones, famílies i col·lectius que poden tenir una naturalesa diversa (d'informació, atenció, prevenció, ajuda econòmica o personal, etc.) i que cauen en la seva major part dins l'àmbit competencial de les Comunitats Autònomes i els municipis, raó per la qual caldrà consultar la normativa corresponent. Cal dir, però, que en aquest punt no hi ha hagut una actuació coordinada per part de les Comunitats Autònomes i, a la pràctica, es donen importants diferències tant pel que fa a la delimitació de les prestacions i serveis com als requisits d'accés als mateixos, fet que és causa de distorsions i d'inseguretat jurídica.

I, en segon lloc, tampoc no es tindrà en compte la situació administrativa quan es tracti d'**estrangers amb discapacitat menors de divuit anys** que tinguin el seu domicili habitual a Espanya (en el sentit de residència efectiva, al marge de la seva regularitat, i que es traduirà en principi en empadronament). Aquests darrers tindran dret a rebre el tractament, els serveis i les cures especials que requereixi el seu estat físic o psíquic.

Com a aspecte estretament relacionat amb la protecció social i connectat amb el dret dels espanyols a gaudir d'un habitatge digne i adequat previst a l'article 47 CE, l'article 13 LOEx contempla el **dret dels estrangers a accedir als sistemes públics d'ajudes en matèria d'habitatge**. Ara bé, en aquest cas la configuració del dret dista de ser igualitària perquè l'accés al dret en les mateixes

condicions que els espanyols es reserva al estrangers que siguin residents de llarga durada. Per a la resta d'estrangers residents (en cap cas es reconeix el dret als quals es trobin en situació irregular), l'accés a les ajudes públiques en matèria d'habitatge se sotmet als termes que estableixin les lleis i les administracions competents.

Jurisprudència

Les obligacions i prestacions de la Seguretat Social relatives a estrangers no sotmesos al règim europeu han donat lloc a alguna jurisprudència. Així, per exemple, en relació amb la prestació contributiva per atur, la STS 4a. núm. 76/2017 de 31 de gener (ROJ STS 656/2017) ha declarat que no són computables a efectes del càlcul d'aquesta prestació els períodes treballats per a la mateixa empresa però sense autorització administrativa, malgrat que després s'hagi regularitzat la situació del treballador; i la STS 4a. núm. 255/2017 de 24 de març (ROJ STS 1441/2017) ha emparat el dret dels residents MIR no comunitaris a la cotització i cobrament de la prestació per atur, malgrat que a tenor del seu règim jurídic específic (autorització d'estada per estudis) no disposin d'autorització de treball. Pel que fa a estrangers treballadors en situació irregular, la STSJ de Catalunya (Sala Social, Secció 1a.) núm. 3692/2006 de 15 de maig (ROJ STSJ CAT 5316/2006) declara el dret de l'estranger a percebre una prestació d'incapacitat temporal derivada d'accident de treball ocorregut a Espanya; la STSJ de Castella i Lleó (Burgos, Sala Social, Secció 1a.) núm. 565/2004 de 30 de juliol (ROJ STSJ CL 4290/2004) dona una solució anàloga en relació amb una prestació d'invalidesa permanent / gran invalidesa; en altres casos, el dret a la prestació de la Seguretat Social s'ha fonamentat en l'existència d'un conveni internacional signat entre Espanya i el país en qüestió (per exemple, la STS 4a. de 9 de juny de 2003, ROJ STS 3940/2003, en relació amb Equador), o bé en el fet que el treballador estranger sigui originari d'un país que ha ratificat un determinat Conveni de la OIT (per exemple, STS 4a. de 7 d'octubre de 2003, ROJ STS 6101/2003, en relació amb Colòmbia i el Conveni núm. 19 de la OIT sobre igualtat de tracte entre els treballadors estrangers i nacionals en matèria d'indemnització per accidents de treball).

Per últim, l'article 12 LOEx preveu el **dret a l'assistència sanitària** dels estrangers, però ho fa simplement per remetre's a la legislació vigent sobre la matèria. En aquest punt cal destacar la important reforma –de caràcter regressiu– que va tenir lloc arran del Reial decret- llei 16/2012, de 20 d'abril, de mesures urgents per a garantir la sostenibilitat del Sistema Nacional de Salut i millorar la qualitat i seguretat de les seves prestacions, que al seu torn va modificar la normativa de referència en matèria d'assistència sanitària, la Llei 16/2003, de 28 de maig, de cohesió i qualitat del Sistema Nacional de Salut, i el mateix article 12 LOEx. L'article 3.1 de la Llei 16/2003 estableix que l'assistència sanitària a Espanya, amb càrrec a fons públics, per mitjà del Sistema Nacional de Salut, es garantirà a aquelles persones que ostentin la condició d'assegurat, a més dels seus beneficiaris. Per ostentar la condició d'assegurat cal trobar-se en alguna de les situacions previstes en l'apartat 2 de l'article 3, de la lectura de les quals es dedueix clarament que queden exclosos els estrangers en situació irregular. Tot i no donar-se cap de les situacions de l'apartat 2, l'apartat 3 del mateix article permet gaudir també de la condició d'assegurat quan s'acrediti que no es supera un límit d'ingressos (que ha d'estar determinat per llei i no per reglament, de conformitat amb la STC 139/2016 de 21 de juliol); ara bé, quan es tracti d'estrangers sotmesos al règim general d'estrangeria, es requereix que aquests siguin titulars d'autorització per a residir en territori espanyol. Per tant, el fet és que els estrangers que es trobin en situació irregular a Espanya

no gaudeixen d'un dret general a l'assistència sanitària, excepte si subscriuen un conveni especial i paguen la corresponent contraprestació o quota (art. 3.5 de la Llei 16/2003).

Normes de desenvolupament

Els requisits de la condició d'assegurat i del conveni especial de prestació d'assistència sanitària es desenvolupen, respectivament, al Reial decret 1192/2012, de 3 d'agost, i al Reial decret 576/2013, de 26 de juliol.

El Reial decret-ley 16/2012 va introduir l'article 3er. a la Llei 16/2003 que, rubricat com a «Assistència sanitària en situacions especials», estableix els supòsits i modalitats en els quals els estrangers no registrats ni autoritzats com a residents a Espanya podran rebre assistència sanitària gratuïta. Es tractarà únicament d'assistència sanitària d'urgència per malaltia greu o accident, qualsevol que sigui la seva causa, fins a la situació d'alta mèdica. S'exclouen, per tant, les urgències per malalties que no siguin greus, però també el tractament i el mateix diagnòstic de la pròpia malaltia fora del tràmit d'urgència. També es preveu per a les dones en situació administrativa irregular l'assistència a l'embaràs, part i postpart. Els estrangers menors de divuit anys, però, rebran assistència sanitària en les mateixes condicions que els espanyols.

L'assistència sanitària als estrangers en situació irregular

El caràcter restrictiu del reconeixement del dret a l'assistència sanitària als estrangers ha estat molt criticat, no només des del punt de vista ètic i social, sinó des de la mateixa perspectiva de la política sanitària i de salut pública. El Tribunal Constitucional, però, va avalar la reforma en la seva STC 139/2016 de 21 de juliol, entenent que està dins del marge de configuració legal que té el legislador, que garanteix un equilibri entre el dret a la salut i el manteniment del sistema sanitari públic en uns moments de crisi econòmica, i que resulta proporcionada a aquests efectes la distinció entre estrangers en situació de regularitat i d'irregularitat administrativa (la sentència va acompanyada, amb tot, de dos vots particulars dissidents).

D'altra banda, diverses Comunitats Autònomes (Euskadi, Comunitat Valenciana, Extremadura, Navarra, Aragó, Balears, Catalunya i Cantàbria) varen ampliar als estrangers en situació irregular amb residència efectiva en el seu territori l'àmbit d'aplicació de l'assistència sanitària amb càrrec a fons públics dispensada pels seus sistemes de salut. Això ha plantejat problemes jurídics respecte a la compatibilitat eventual d'aquestes normatives autonòmiques amb la distribució de competències establerta en la Constitució. Finalment, el Tribunal Constitucional ha declarat inconstitucionals i nul·les les regulacions basca i valenciana que donaven cobertura sanitària als estrangers sense autorització administrativa, per considerar que l'ampliació autonòmica del concepte d'assegurat excedeix dels límits fixats per la normativa bàsica estatal, que són d'obligatori respecte per a les CA en integrar la competència exclusiva de l'Estat en aquesta matèria (vegeu les STC 134/2017 de 16 de novembre i 145/2017 de 14 de desembre, ambdues amb cinc vots particulars dissidents).

3.1.5. Els drets i deures dels estrangers en l'àmbit econòmic

L'article 15 LOEx inclou dues previsions que afecten l'àmbit econòmic: els deures tributaris dels estrangers (primer apartat) i els seus drets en matèria de moviments de capitals (segon apartat).

Nota

Art. 15 LOEx.

En primer lloc, i en contraposició als drets i llibertats anteriorment analitzats, la LOEx contempla un únic deure a càrrec dels estrangers: la seva **obligació de tributar**.

Precisió

De manera anàloga a allò que succeeix amb els drets i llibertats, no es tracta d'una previsió en absolut exhaustiva, ja que és evident que els estrangers que es troben a Espanya estan subjectes a moltes altres obligacions a banda de la tributària (essencialment de naturalesa administrativa, com veurem al llarg d'aquest mòdul i el següent, però també les provinents de les normes penals, laborals, civils, etc.). Els drets i llibertats, i el deure que ara comentem, estan contemplats a la LOEx en la mesura en què poden tenir una particular incidència, interpretació o modulació pel fet que la persona titular dels mateixos és de nacionalitat estrangera.

L'article 15.1 LOEx estableix que els estrangers estaran subjectes, amb caràcter general, als mateixos impostos que els espanyols, sense perjudici dels acords aplicables sobre doble imposició internacional (per exemple, els convenis de doble imposició que pugui haver celebrat Espanya amb l'estat d'origen de l'estranger).

Nota

Cal tenir en compte que l'article 15 es refereix només als impostos. Hi ha, però, altres figures del sistema tributari espanyol que sí són específicament aplicables als supòsits d'estrangeria, com són les taxes a què fan referència diversos preceptes legals (en particular, els articles 44 i següents LOEx i l'Ordre PRE 1803/2011, de 30 de juny).

Cal tenir en compte que l'àmbit d'aplicació objectiu, personal i territorial de cada impost es determinarà conforme a la seva llei reguladora. Per norma general, les normes impositives del sistema espanyol parteixen del criteri territorial i no del personal. És a dir, no estableixen la seva aplicació per raó de la nacionalitat del subjecte passiu (sense perjudici de les regles específiques per al personal diplomàtic i consular, i de les cauteles en relació amb els paradisos fiscals), sinó de la seva residència a Espanya. En particular, el concepte de residència fiscal té una definició autònoma en les normes tributàries que no es correspon i és independent de la noció de residència que utilitzen les normes del dret d'estrangeria. Caldrà consultar, per tant, la normativa de cada impost per saber quines obligacions fiscals (i, eventualment, exempcions o no subjectacions) deriven del mateix, amb independència que el subjecte passiu tingui nacionalitat estrangera i sense perjudici que es pugui aplicar un conveni de doble imposició amb el seu país d'origen, si s'escau.

Exemple

Hamid, nacional del Marroc, resideix legalment a Espanya des de fa un any i mig i treballa com a assalariat en una empresa de la construcció de Vic. L'article 8.1.a de la Llei 35/2006 reguladora de l'impost sobre la renda de les persones físiques (IRPF) estableix que seran contribuents de l'impost les persones físiques que tinguin la seva residència habitual en territori espanyol. D'acord amb el primer dels criteris de l'article 9, s'entendrà que el contribuent té la seva residència habitual en territori espanyol quan romangui en ell

més de 183 dies durant l'any natural. Per tant, Hamid és resident habitual en territori espanyol i té la condició de contribuïent d'acord amb la Llei de l'IRPF. Així doncs, haurà de realitzar la declaració de l'IRPF corresponent al primer exercici en el qual es compleixi la seva condició de contribuïent i tributar per totes les rendes i guanys subjectes a l'impost, sense perjudici de l'aplicació del conveni de doble imposició entre Espanya i Marroc de 10/07/1978. I en les adquisicions de béns i serveis que realitzi amb caràcter onerosos en territori espanyol, haurà de pagar el corresponent IVA o, si s'escau, l'ITPAJD (Impost de Transmissions Patrimonials i Actes Jurídics Documentats), ja que aquests impostos tenen un criteri d'aplicació absolutament territorial.

La segona previsió que efectua l'article 15 es refereix al reconeixement genèric del **dret dels estrangers a transferir els seus ingressos i estalvis** obtinguts a Espanya a un altre país (el de la seva nacionalitat o un altre), de conformitat amb els procediments establerts en la llei espanyola i amb els acords internacionals aplicables. No s'estableix, doncs, una restricció específica per als estrangers pel que fa al moviment de capitals (en el sentit de transferències de capital a tercers països des d'Espanya), més enllà de les aplicables conforme a la llei espanyola i als acords internacionals. El Govern adoptarà les mesures necessàries per a facilitar aquestes transferències.

Cal tenir en compte que aquest aspecte està sotmès a la lliure circulació de capitals establerta en dret de la Unió Europea, que afecta tant a les transferències i els pagaments entre estats membres com a les transferències i pagaments entre estats membres i tercers països. Per tant, la normativa de referència seran els articles 63 i següents TFUE, així com les normes de dret derivat europees que els desenvolupen (per exemple, les directives europees en matèria de prevenció del blanqueig de capitals i el finançament del terrorisme i la respectiva legislació espanyola de transposició).

3.1.6. Garanties jurídiques: tutela judicial efectiva, assistència jurídica gratuïta i recurs contra els actes administratius

En l'enteniment que un dret no és tal si no es pot garantir la seva eficàcia, la LOEx estableix en els seus articles 20 a 22 una sèrie de garanties jurídiques amb l'objecte de reforçar l'efectivitat dels drets que es reconeixen als estrangers. Partint de la premissa que, en darrera instància, els drets anteriorment esmentats s'han de fer valdre davant dels òrgans administratius i judicials, es garanteix als estrangers la tutela judicial efectiva, el dret a recurs contra els actes administratius i l'assistència jurídica gratuïta.

El **dret a la tutela judicial efectiva** és un dret fonamental de naturalesa processal que conforme a l'article 20 LOEx es garanteix als estrangers, sigui quina sigui la seva situació administrativa (regular o irregular). I és que aquest dret es configura com a inherent a la persona en sí mateixa, i és per això que l'article 24 de la CE estableix taxativament que «totes les persones» tenen dret a obtenir la tutela judicial efectiva dels jutges i tribunals en l'exercici dels seus drets i interessos legítims, sense que en cap cas es pugui produir indefensió. Per tant, tots els estrangers, independentment de quina sigui la seva nacionalitat i situació administrativa, gaudeixen d'aquest dret en les mateixes condicions que els nacionals espanyols. El reconeixement del dret opera en tots els ordres

Nota

Articles 20 a 22 LOEx.

jurisdiccionals i en totes les seves diferents dimensions, formals i materials, tal com han estat posades de relleu per la jurisprudència: per exemple, dret d'accés als tribunals, a un jutge imparcial i predeterminat per la llei, a un procés públic amb garanties i sense dilacions indegudes, a ser escoltat i a defensar-se, a ser assistit d'advocat, a utilitzar els mitjans de prova pertinents per a la pròpia defensa, a no declarar contra un mateix i a no confessar-se culpable, a obtenir un resolució motivada, a la presumpció d'innocència, etc. Fins i tot el reconeixement del dret no està limitat en l'article 20 LOEx als estrangers que es trobin en territori espanyol.

Jurisprudència constitucional

Des de la seva sentència núm. 99/1985 de 30 de setembre, el Tribunal Constitucional ha reconegut reiteradament als estrangers la titularitat del dret a la tutela judicial efectiva amb independència de la seva situació jurídica, i l'ha interpretat de forma extensiva (vegeu, per exemple, les seves sentències posteriors núm. 115/1987 de 7 de juliol, 95/2003 de 22 de maig o 11/2005 de 31 de gener).

D'altra banda i en el marc de recursos d'empara, el TC s'ha pronunciat moltes vegades sobre l'existència o inexistència de vulneració de l'esmentat dret fonamental. Així ho ha fet, per exemple, en la STC 169/2008 de 15 de desembre en relació amb l'internament de l'estranger en espera d'expulsió, o en les SSTC 140/2009 de 15 de juny, 212/2009 de 26 de novembre, 201/2016 de 28 de novembre o 14/2017 de 30 de gener, en relació amb els requisits de la sanció d'expulsió, la seva proporcionalitat i la necessària valoració de les circumstàncies personals.

El dret a la tutela judicial efectiva també s'estén als procediments administratius en l'àmbit d'estrangeria. Això és cabdal en un àmbit on les relacions amb l'Administració pública esdevenen tant importants. En els procediments administratius es respectaran en tot cas les garanties legalment previstes, en especial les de publicitat de les normes, contradicció, audiència de l'interessat i motivació de les resolucions, exceptuant-se d'aquest darrer requisit els supòsits previstos en l'article 27 LOEx en matèria de visats (art. 20.2 LOEx).

Motivació de la denegació de visats

Recordem que la denegació de visats no sempre haurà d'estar motivada. Així, l'article 27.6 LOEx estableix la necessitat de motivar-la només en relació amb els visats de residència per reagrupament familiar o per al treball per compte d'altri, així com en els visats d'estada o de trànsit.

D'altra banda, es reconeix a les organitzacions constituïdes legalment a Espanya per a la defensa dels immigrants legitimació activa per a intervenir com a interessades en els procediments administratius, sempre que hagin estat expressament designades per aquests. I en els procediments contenciós-administratius en matèria d'estrangeria, també es reconeix legitimació activa per a intervenir a les entitats (corporacions, associacions, sindicats i altres grups de defensa de drets i interessos col·lectius) que resultin afectades en els termes de l'article 19.1.b de la Llei 29/1998, reguladora de la jurisdicció contenciós-ad-

ministrativa. La legitimació activa de les entitats de defensa dels immigrants comporta una garantia suplementària, tenint en compte que els immigrants sovint es troben en una situació de vulnerabilitat jurídica que els pot dificultar l'exercici dels seus propis drets. D'altra banda, els confereix també una important funció de garant des del punt de vista col·lectiu, ja que la possibilitat de gaudir de legitimació activa ha propiciat fins i tot algun canvi legislatiu arran de la impugnació per part d'aquestes associacions de determinats preceptes legals que ha derivat en la declaració de nul·litat dels mateixos.

Exemples

Aquest és el cas de la sentència del TS 3a., d'1 de juny de 2010, que declara nuls determinades disposicions del Reial decret 240/2007 sobre l'entrada, la lliure circulació i la residència a Espanya de ciutadans dels estats membres de la UE i d'altres estats part en l'Acord sobre l'EEE, o de la sentència del TS 3a. de 10 de febrer de 2015, que va declarar nuls determinats articles del Reial decret 162/2014, de 14 de març, pel qual s'aprova el Reglament de funcionament i règim interior dels centres d'internament d'estrangers. En ambdós casos el procediment fou impulsat per associacions de defensa dels immigrants i dels drets humans. Igualment, les STS 3a. de 12 de març i de 11 de juny de 2013, que varen anul·lar determinats preceptes del RD 557/2011, també varen ser dictades arran d'accions exercitades per associacions relacionades amb els drets dels estrangers.

Encara en l'àmbit administratiu, també es preveu expressament en l'article 21 LOEx el **dret a interposar recurs contra els actes administratius** en els termes que estableixi la llei, en totes les seves modalitats (recursos administratius i contenciós-administratius). Per tant, no s'estableix cap restricció específica quan el recurrent sigui un estranger, en coherència amb la garantia del dret a la tutela judicial efectiva. Fins i tot es preveu, quan l'estranger recurrent es trobi fora del territori espanyol, la possibilitat de cursar els recursos (ja siguin administratius o jurisdiccionals) mitjançant l'oficina diplomàtica o consular corresponent, qui els remetrà a l'òrgan competent (art. 65.2 LOEx). Pel que fa a l'executivitat dels actes administratius en matèria d'estrangeria, també es fa una remissió al règim legal general, que implica en principi la presumpció de vàlida i l'eficàcia immediata dels actes administratius dictats en matèria d'estrangeria, a menys que se suspengui la seva execució per part de l'Administració o per part dels tribunals; ara bé, s'exclou d'aquest règim general d'executivitat els actes dictats en els expedients d'expulsió amb caràcter preferent de l'article 63 LOEx (excepció declarada constitucional per la STC 259/2007 de 19 de desembre).

Estretament relacionat amb la tutela judicial efectiva, es reconeix als estrangers també el **dret a l'assistència jurídica gratuïta**. D'acord amb la jurisprudència del TC, aquest dret és instrumental respecte del de tutela judicial efectiva i n'integra el contingut essencial, ja que actua com a garantia de l'efectivitat del mateix en cas d'insuficiència de recursos per litigar. La previsió del benefici de la justícia gratuïta a favor dels estrangers ve contemplada en termes paral·lels tant en la LOEx com en la Llei 1/1996, de 10 de gener, d'assistència jurídica gratuïta. L'article 22.1 LOEx reconeix a tots els estrangers que es trobin a Espanya, i en les mateixes condicions que els espanyols, el dret a l'assistència jurídica gratuïta en els processos en què formin part, sigui quina sigui la jurisdicció en què se segueixin (civil, penal, contenciós-administrativa o social).

Nota

En relació amb els requisits i llinars econòmics, vegeu els articles 3 a 5 de la Llei 1/1996, de 10 de gener, d'assistència jurídica gratuïta.

Per tant, no es demana cap requisit de residència legal, en consonància amb l'article 2.a de la Llei 1/1996. Sí que es requereix l'acreditació de la insuficiència de recursos per a litigar, llevat que es tracti d'algun dels supòsits en què el dret es preveu al marge d'aquesta condició (per exemple, lletres *d*, *g* i *h* de l'article 2 de la Llei 1/1996).

Redaccions anteriors

Malgrat tot, ni la LOEx ni la Llei d'assistència jurídica gratuïta efectuaven un reconeixement totalment igualitari d'aquest dret en les seves redaccions anteriors. La STC 236/2007 de 7 de novembre va declarar inconstitucional l'incís «residents» que figurava al segon apartat de l'article 22 com a requisit per al reconeixement del dret a l'assistència jurídica gratuïta en els processos no previstos en l'apartat primer, per ser contrari a l'article 119 CE en relació amb l'article 24.1 CE. Per la seva banda, la STC 95/2003 de 22 de maig també havia declarat la inconstitucionalitat del requisit anàleg que figurava en la redacció original de l'article 2.a de la Llei 1/1996 d'assistència jurídica gratuïta.

Paral·lelament, l'article 22.2 LOEx inclou dues previsions específiques amb la voluntat de configurar el dret de manera més completa i adient amb la tutela judicial efectiva en relació amb els estrangers. D'una banda, es reconeix als estrangers que es trobin a Espanya el **dret de gaudir d'assistència lletrada** en els procediments administratius que puguin portar a la seva denegació d'entrada, devolució o expulsió del territori espanyol i en tots els procediments en matèria de protecció internacional (per tant, no en tots els procediments administratius, sinó de forma específica en els esmentats). Igualment, es reconeix als estrangers que es trobin a Espanya el **dret a l'assistència d'intèrpret** si no comprenen o no parlen la llengua oficial que s'utilitzi en el procediment. Aquesta dret adquireix una importància cabdal en aquest àmbit. Lògicament, perquè la tutela judicial pugui ser veritablement efectiva, l'estranger no ha de tenir barreres lingüístiques que li impedeixin comprendre el procediment i plantejar una defensa adequada. Aquestes assistències (lletrada i d'intèrpret) seran gratuïtes quan l'estranger no disposi de recursos econòmics suficients, de conformitat amb la legislació sobre assistència jurídica gratuïta.

Exemple

Abdoulaye, nacional de Mali, és sorprès intentant arribar a les costes espanyoles, fet pel qual és detingut i internat en un CIE a Algeciras mentre es tramita l'expedient relatiu a la seva devolució. No té recursos econòmics i no entén el castellà. Abdoulaye té dret a l'assistència gratuïta d'un intèrpret en el marc de tots els procediments en els quals hagi d'intervenir personalment. També té dret a l'assistència gratuïta d'un advocat en el procediment administratiu relatiu a la seva devolució. I si posteriorment interposa recurs contenciós-administratiu contra la resolució que resulti, tindrà dret a advocat i procurador d'ofici perquè el defensin i representin, respectivament, en aquest procediment.

D'altra banda, quan es tracti de procediments contenciós-administratius contra les resolucions que posin fi a la via administrativa en matèria de denegació d'entrada, devolució o expulsió, s'estableix com a condició necessària per al reconeixement del dret que aquest se sol·liciti expressament en els termes previstos en la legislació reguladora de l'assistència jurídica gratuïta, fent cons-

tar la voluntat d'interposar el recurs o d'exercitar l'acció de què es tracti. Si l'estranger es troba fora del territori espanyol, aquests tràmits es podran realitzar per mitjà de la missió diplomàtica o oficina consular corresponent (art. 22.3 LOEx).

Normativa d'origen europeu o internacional

Cal tenir en compte que si resulta aplicable un reglament de la UE o un conveni internacional que contingui previsions específiques sobre el dret a l'assistència jurídica gratuïta, aquestes normes seran en principi d'aplicació preferent per davant de les disposicions d'origen intern. Ara bé, donada l'amplitud amb què es reconeix el benefici en aquestes darreres, difícilment podran ser millorades per les previsions d'un conveni o reglament; en qualsevol cas, caldria entendre que les normes internes mantindrien la seva aplicació si establissin un règim més favorable a l'estranger.

3.2. Entrada dels estrangers en territori espanyol. Estadets de curta durada

3.2.1. L'entrada dels estrangers en territori espanyol. Delimitació de les situacions i la seva regulació

L'article 19 de la Constitució preveu en favor dels espanyols el dret a entrar i sortir lliurement d'Espanya, en els termes que la llei estableixi. Aquest dret, doncs, no empara els estrangers sinó només els espanyols, i així ho ha declarat també el Tribunal Constitucional. El dret internacional, com hem vist abans, tampoc no estableix cap obligació per als estats de permetre l'entrada dels estrangers en el seu territori. Així doncs, els estats poden establir condicions per admetre l'entrada de nacionals d'altres països a través de les seves fronteres.

En el cas de l'Estat espanyol, ja sabem que, quan es tracti de nacionals d'un altre estat membre de la UE, d'un altre país de l'EEE o de Suïssa, o de determinats membres de la seva família, les condicions per a la seva entrada a Espanya –i al territori Schengen del qual forma part– venen establertes pel dret de la UE, essencialment en la Directiva de residència (Directiva 2004/38/CE), transposada a Espanya a través del RD 240/2007. Com ja hem vist, els nacionals dels estats membres de la UE, de l'EEE o de Suïssa només necessiten el seu passaport o document d'identitat en vigor per a entrar en el territori d'un altre estat membre, i als seus familiars que no ostentin la nacionalitat d'un d'aquells països se'ls exigirà visat si són nacionals d'un país dels relacionats al Reglament 539/2001. En relació amb aquesta categoria d'estrangers ens remetem a allò estudiat en l'apartat «Règim especial dels ciutadans de la Unió Europea» d'aquest mòdul.

Ara ens centrarem, doncs, en els requisits per al creuament de les fronteres exteriors de l'espai Schengen (del qual Espanya forma part), així com a les condicions que s'estableixen per a l'entrada a aquest espai en relació amb els estrangers no sotmesos al règim europeu de lliure circulació per a les estadets de

Nota

Vegeu la STC 72/2005 de 4 d'abril.

curta durada. Per a aquests estrangers, de fet, i com ja s'ha analitzat en l'apartat «Règims d'estrangeria: supòsits, marc normatiu i delimitació» d'aquest mòdul, la regulació de les condicions d'entrada està compartida entre la UE i els seus estats membres, ja que la UE té competències en matèria de control de fronteres, asil i immigració. De manera que les autoritats frontereres espanyoles hauran de tenir en compte una o altra normativa (europea o espanyola) en funció de la situació i de les seves circumstàncies.

Pel que fa a la permanència de l'estranger a Espanya, com a norma general es distingeix entre dos tipus de situacions: l'estada i la residència.

L'**estada** (o estada de curta durada) es concep com la permanència de l'estranger en el territori per un màxim de noranta dies dins d'un període de cent vuitanta, sense finalitat de residir ni de treballar; és a dir, la finalitat del desplaçament no és instal·lar-se definitivament a Espanya sinó romandre-hi només de forma transitòria o temporal i després abandonar el territori espanyol. Quan la permanència supera el període de noranta dies, llavors es tractarà habitualment de **residència**, sense perjudici de determinades excepcions com, per exemple, el cas dels estudiants (art. 33 LOEx).

Així, quan l'estranger pretengui entrar en territori espanyol per romandre-hi com a màxim noranta dies en un període de cent vuitanta, es troba en règim d'estada i la seva situació es regeix pel dret de la UE. Ja hem vist que la regulació per part de la UE de l'accés al territori Schengen (del control de les fronteres exteriors) es va assumir des d'un inici que implicava també la regulació de les estades curtes en aquest territori, per tractar-se de dues qüestions estretament vinculades i per evitar eventuais situacions paradoxals en el cas de deixar aquesta segona qüestió en mans dels drets interns.

Correspon al Dret de la UE la regulació del creuament de les fronteres exteriors de l'espai Schengen per part del qualsevol persona, i així mateix ha assumit directament la regulació de les condicions d'entrada per als nacionals de tercers països que pretenguin entrar per a estades de curta durada.

Per tant, les autoritats espanyoles encarregades del control de fronteres hauran de dur a terme el control d'accés i les inspeccions frontereres en els termes establerts en el Reglament 2016/399 (Codi de fronteres Schengen), i permetre o no l'entrada a l'estranger en funció de si compleix els requisits establerts en el Reglament 2016/399 (Codi de fronteres Schengen), en relació amb el Reglament 810/2009 (Codi de visats) i amb el Reglament 539/2001 (llista de països als nacionals dels quals se'ls exigeix visat per entrar en l'espai Schengen).

Vegeu també

Per a l'estudi de les condicions i requisits per a la permanència a Espanya per més de noranta dies dels nacionals de tercers països, vegeu el mòdul «Dret d'estrangeria (II): autoritzacions i sancions» d'aquesta assignatura.

Alguns dels requisits necessaris per entrar en territori espanyol es formulen en forma positiva (compliment de les condicions que s'expressen), mentre que d'altres es formulen en forma negativa (no recaure en determinades prohibicions). Tant els uns com els altres es regulen en el **Codi de fronteres Schengen (Reglament UE 2016/399 de 9 de març)**, ja que, com hem explicat, és la UE la que ostenta competències en matèria de control de fronteres. Igualment, trobem aquests requisits detallats en els articles 25 a 27 LOEx, desenvolupats pels articles 1 a 18 i altres concordants del Reglament.

En aquest punt, precisament, cal delimitar l'àmbit d'aplicació de cadascuna de les regulacions citades. El fet que l'entrada en territori espanyol, les condicions d'entrada i els visats estiguin regulats tant en la legislació interna espanyola (LOEx i RLOEx) com en la d'origen europeu (Reglament 2016/399, Reglament 810/2009 i Reglament 539/2001), pot portar a la confusió sobre quina d'elles resulta aplicable. És per això que cal delimitar els diferents aspectes implicats.

Pel que fa al fet de l'**entrada** en territori espanyol des de fora del territori Schengen, i com abans s'ha assenyalat, la regulació del creuament de les fronteres exteriors de l'espai Schengen és competència de la Unió Europea. Per tant, en aquest aspecte (forma de procedir a l'entrada, inspeccions frontereres, etc.) la normativa aplicable és el Reglament 2016/399, Codi de fronteres Schengen, i no la legislació interna espanyola.

Àmbit d'aplicació personal

L'article 3 del Codi de fronteres Schengen estableix que:

«El presente Reglamento se aplicará a toda persona que cruce las fronteras interiores o exteriores de los Estados miembros.»

Per tant, no es distingeix ni en funció de la nacionalitat ni de la situació migratòria. Tot seguit afegeix, però, que no afecta ni als drets dels beneficiaris de la lliure circulació conforme el dret de la UE (fet evident ja que no regula la titularitat ni el contingut d'aquests drets), ni als drets dels refugiats i sol·licitants de protecció internacional.

En segon terme, i pel que fa a les condicions d'entrada, cal determinar quina és la situació de la persona que pretén accedir a l'espai Schengen per una de les seves fronteres exteriors. En essència, i al marge dels supòsits dels sol·licitants d'asil, tres situacions teòriques serien possibles: o bé es tracta d'una persona beneficiària del règim europeu de lliure circulació, o bé no ho és i, en aquest segon supòsit, al seu torn, pot tractar-se d'un nacional d'un tercer estat que ja disposa d'un permís o visat de residència concedit per algun dels estats membres de Schengen, o pot no ser aquest el cas.

En la primera hipòtesi, i una vegada passat el control fronterer i verificada la identitat de la persona i la seva condició de beneficiària del règim europeu de lliure circulació (sigui ciutadà de la UE o no), podrà accedir a l'espai Schengen i

les condicions per a l'estada o residència en el territori dels estats membres són les que ja s'han examinat en l'apartat «Règim especial dels ciutadans de la Unió Europea» (fonamentalment, la Directiva 2004/38 sobre el dret de residència).

En el supòsit que sigui un nacional d'un tercer estat (no beneficiari del règim europeu) que disposi d'un permís o d'un visat de residència atorgat per un estat membre, podrà en principi accedir al territori Schengen prèvia la seva identificació i la realització de la inspecció fronterera. En aquest cas, el permís o autorització de residència i/o el visat s'hauran concedit conforme a la legislació nacional de l'estat membre corresponent (visat nacional).

Si es tracta, en canvi, d'un nacional d'un tercer estat que no disposa de cap permís o visat de residència, i deixant de banda els sol·licitants d'asil, llavors només podrà entrar en territori Schengen en règim de trànsit o estada de curta durada (inferior a noranta dies). En aquest cas, les condicions d'entrada les regula directament el Codi de fronteres Schengen en el seu article 6, i el règim de l'eventual visat serà també l'establert en la normativa europea (Reglament 810/2009 i Reglament 539/2001).

Tant en un cas com en altre, però, l'eventual denegació d'entrada a un nacional d'un tercer estat s'acordarà conforme a les disposicions del Codi de fronteres Schengen (en particular, al seu article 14).

Delimitació

Aquesta distinció no és aparent en el text de la LOEx i el RLOEx, que regula l'entrada, l'estada i la residència sense delimitar de forma clara l'àmbit d'aplicació en relació amb cada aspecte (vegeu, per exemple, els articles 25, 25 bis o 30 LOEx). Per això és fàcil la confusió sobre el règim normatiu aplicable a l'entrada i a les estades de curta durada. De fet, no és infreqüent trobar a la jurisprudència o a la doctrina la cita o fonamentació en les normes de la LOEx o el RLOEx en relació a l'entrada en territori espanyol o a les estades de curta durada i els visats que s'hi refereixen. També cal dir que, a la pràctica, hi ha escasses conseqüències pel que fa al fons de la qüestió, ja que la regulació material és molt similar en la legislació espanyola i en l'europea, i les autoritats que apliquen la normativa són en tot cas les mateixes. Dit d'una altra manera, malgrat que la regulació de l'entrada i la situació d'estada de curta durada pugui ser, aparentment, «doble» (europea i interna), la competència en aquest àmbit recau sobre la UE i, per tant, el creuament de les fronteres exteriors i els requisits d'entrada i règim dels visats per a estades de curta durada, se sotmet a les normes europees, no aplicant-se les regles paral·leles contingudes en la normativa d'origen intern. La regulació interna serà aplicable a les estades superiors a noranta dies (habitualment situació de «residència») i als visats que s'hi refereixen.

Això no obsta, malgrat tot, a que sí que puguin ser d'aplicació a les situacions d'estada determinades normes internes dictades en desenvolupament de les normes europees (per exemple, l'Ordre PRE/1282/2007).

Per tant, la regulació de les condicions d'entrada en territori espanyol (com a país integrant de l'espai Schengen) per a estades de curta durada es conté en el Dret de la Unió Europea.

En conseqüència, a l'hora d'examinar els diferents requisits que s'exigeixen per a l'entrada a Espanya i les estades de curta durada en el seu territori, ens referirem preferentment a les disposicions de la corresponent normativa europea aplicable, sense perjudici de fer també referència, si s'escau, als preceptes anàlegs o paral·lels continguts en la regulació d'origen intern, a efectes complementaris.

Jurisprudència del TJUE

Llegiu la STJUE de 14 de juny de 2012, C-606/10, ANAFE, per a una aclaridora delimitació de l'abast del Codi de fronteres Schengen. Malgrat que es refereix al Reglament 562/2006, les seves consideracions són extrapolables al Reglament 2016/399.

3.2.2. L'entrada al territori espanyol i la verificació de les condicions d'entrada

Com a consideració prèvia, la primera dada que s'ha d'observar és que l'existència o no de control d'entrada en relació amb l'estranger dependrà de si l'entrada al territori espanyol s'efectua a través d'una frontera interior de l'espai Schengen o bé a través d'una frontera exterior.

En el primer cas, no es portarà a terme cap control a l'entrada de l'estranger a Espanya, ja que en l'espai Schengen –i en circumstàncies normals– s'han suprimit els controls en les fronteres interiors (art. 77.1.a TFUE). En aquests casos, la verificació dels requisits d'entrada ja s'haurà realitzat per part de les autoritats de l'altre estat membre de l'espai Schengen per la frontera del qual hagi entrat l'estranger.

Declaració d'entrada

L'article 13 RLOEx, però, preveu l'obligació de l'estranger, en aquest cas, de declarar personalment l'entrada davant de les autoritats espanyoles (comissaria de policia o Oficina d'Estrangers), dins del termini de tres dies hàbils a partir de la data de l'entrada.

Cal assenyalar, però, que alguns estats membres de l'espai Schengen han restablert temporalment els controls en les fronteres interiors d'aquest espai, arran de la crisi dels refugiats i l'amenaça terrorista. El Codi de fronteres Schengen, en els seus articles 25 i següents, permet aquesta eventualitat de manera excepcional i temporal.

Fronteres interiors i exteriors

El Reglament 2016/399, Codi de fronteres Schengen, defineix en el seu article 2 allò que s'ha d'entendre per *fronteres interiors* i *fronteres exteriors* a efectes del mateix Reglament.

Nota

Vegeu les STJUE de 21 de juny de 2017, C-9/16, A; STJUE de 19 de juliol de 2012, C-278/12 PPU, Adili; STJUE (Gran Sala) de 22 de juny de 2010, C-188/10, i C-189/10, Melki i Abdeli, en relació amb els criteris per a l'admissibilitat dels controls policials d'identitat realitzats en zones properes a les fronteres interiors.

En canvi, si l'estranger pretén accedir a Espanya (i a l'espai Schengen) per una de les seves fronteres exteriors, haurà de fer-ho en la forma i pels llocs establerts, i a més haurà d'acreditar davant de les autoritats espanyoles encarregades del control fronterer que compleix tots els requisits legalment establerts per poder-ho fer (art. 12 RLOEx). Llavors, les autoritats comprovaran que compleix totes les condicions necessàries perquè sigui autoritzada l'entrada de l'estranger en territori espanyol.

Pel que fa a la forma de portar a terme l'entrada, s'estableixen uns requisits de lloc i de temps. L'entrada s'ha de realitzar pels **llocs habilitats** a l'efecte, no per qualsevol altre punt que no constitueixi un punt fronterer d'entrada (sigui terrestre, costaner, etc.). També s'ha d'efectuar dins dels **dies i hores assenyalats** (art. 5 Codi de fronteres Schengen). Es poden establir sancions (proporcionades i dissuasòries) en cas de creuament no autoritzat de les fronteres exteriors fora dels passos fronteres i de les hores d'obertura establertes.

Excepcions

Amb tot, en el Codi de fronteres Schengen (art. 5.2) i en el RLOEx (article 1.2) es preveu la possibilitat que, excepcionalment, les autoritats encarregades del control fronterer puguin autoritzar l'entrada a determinades persones o grups de persones fora dels llocs i/o horaris habilitats a l'efecte (per exemple, si disposen d'una autorització d'entrada extraordinària per a una necessitat especial, o per una situació d'emergència, o si així s'ha acordat amb el país limítrof). També es preveuen regles específiques per als mariners que arribin a un port espanyol (art. 1.3 RLOEx).

L'habilitació de llocs fronterers d'entrada o el seu tancament (sigui temporal o indefinit) requereix Ordre del Ministeri de la Presidència i proposta d'altres ministeris competents, a banda d'acord –o en el seu cas comunicació– amb el país limítrof afectat (articles 2 i 3 RLOEx).

D'altra banda, el Codi de fronteres Schengen, en els seus articles 7 i següents, conté una detallada i minuciosa regulació de la forma i abast que han de tenir les inspeccions en les fronteres exteriors, tant de les persones, com de la seva documentació, els seus mitjans de transport i els objectes que portin. Inclou també previsions sobre la vigilància de les fronteres per impedir que les persones se sostreguin a les inspeccions frontereres.

Reforç dels controls

El Reglament (UE) 2017/458 del Parlament Europeu i del Consell, de 15 de març de 2017, va modificar el Codi de fronteres Schengen en relació amb el reforç dels controls mitjançant la comprovació de les bases de dades pertinents. Aquesta reforma té el seu origen en l'amenaça terrorista i implica la comprovació sistemàtica de les bases de dades en les fronteres exteriors, sense distingir entre beneficiaris del règim de lliure circulació de la UE o nacionals de tercers estats.

3.2.3. Condicions per a l'entrada en el territori espanyol

Certament són nombrosos i estrictes els requisits que s'imposen als estrangers (no sotmesos al règim europeu de lliure circulació) a l'hora de permetre la seva entrada en l'espai Schengen i, per extensió, en el territori espanyol. Per raons de control migratori i de seguretat, s'estableixen un seguit de condicions el compliment de les quals serà verificat per les autoritats frontereres.

Nota

Vegeu els articles 5 i 6 del Reglament (UE) 2016/399, Codi de fronteres Schengen, i els articles 25 a 27 LOEx i 1 a 18 RLOEx.

El control dels requisits d'entrada i el paper dels transportistes

La legislació d'estrangeria reserva un important paper a les empreses responsables del transport de persones pel que fa al control dels requisits d'entrada en l'espai Schengen. En els trajectes –per via aèria, terrestre o marítima– des d'un estat extern a l'espai Schengen fins a una frontera exterior d'aquest espai, la normativa obliga a aquestes empreses a verificar que les persones que embarquen en els seus mitjans de transport reuneixen tots els requisits documentals per poder accedir al territori Schengen. Els articles 66 LOEx i 16 a 18 RLOEx estableixen i delimiten aquestes obligacions, en transposició de les directives europees 2001/51/CE i 2004/82/CE. Així, per exemple, el personal de la companyia aèria, en un vol des d'un país de fora de l'espai Schengen cap a un estat de Schengen, ha de verificar que els passatgers que hi embarquen disposen de passaports i visats vàlids i autèntics que permetin el seu accés per la frontera exterior de Schengen. Les obligacions de control de documentació es complementen amb obligacions d'informació a les autoritats estatals sobre les dades dels passatgers transportats, així com la dels bitllets de tornada no utilitzats. També se'ls fa responsables de la manutenció de l'estranger a qui no s'hagi autoritzat l'entrada per deficiències en la seva documentació. La normativa fa responsables les companyies de transport en cas d'incompliment d'aquestes obligacions, considerant-ho com una infracció molt greu (art. 54.2 LOEx) que implicarà la corresponent sanció i, si s'escau, l'adopció de mesures cautelars (articles 55 LOEx i 251.2 RLOEx). Amb tot, s'estableix l'exempció de responsabilitat del transportista quan transporti a un passatger que presenti sense demora una sol·licitud d'asil o protecció internacional i li sigui admesa (art. 54.3 LOEx).

En definitiva, sense poder arribar a considerar a aquestes empreses com a «autoritats frontereres» (que no ho són), sí que assoleixen materialment el caràcter de partícips i responsables del control fronterer.

La responsabilitat del transportista també es pot estendre als particulars afectats. Vegeu, per exemple, la SAP Madrid (secció 8a.) de 19 de gener de 2010 (ROJ SAP M 860/2010), en la qual s'atorga una indemnització a l'interessat i a càrrec del transportista per manca d'informació en relació amb els visats necessaris i frustració del viatge.

Si l'estranger aconsegueix entrar a Espanya sense la concurrència d'aquests requisits, es tractarà d'una entrada irregular, fet que comportarà al seu torn que la seva permanència a Espanya també quedi afectada d'irregularitat. Segons el TC (STC 72/2005 de 4 d'abril), l'entrada a Espanya (en les condicions legalment establertes) és un supòsit lògic perquè l'estranger pugui després invocar i gaudir del dret de romandre en territori espanyol. Per tant, si l'entrada ha estat irregular, l'estada també ho serà (sense perjudici dels supòsits dels sol·licitants d'asil).

Ens referirem tot seguit a les **condicions d'entrada al territori espanyol** (com a estat part de l'espai Schengen) **per a estades de fins a noranta dies en un període de cent vuitanta**. Com ja s'ha assenyalat, aquestes condicions

d'entrada es formulen, algunes, en forma positiva (compliment dels requisits que s'expressen), i d'altres en forma negativa (no recaure en determinades prohibicions).

Les condicions d'entrada s'exigeixen de forma acumulativa, amb les eventuais excepcions que pugui preveure expressament la llei. Els requisits d'entrada que s'exigeixen en els supòsits ordinaris es poden agrupar en diferents categories en funció de la seva naturalesa i finalitat.

1) Acreditació de la identitat de l'estranger

Aquest és un requisit primordial i per regla general sempre serà necessari sigui quina sigui la situació migratòria de l'estranger, ja que, òbviament, el primer que ha de fer l'estranger que pretén entrar en territori espanyol és identificar-se. En el moment d'efectuar la seva entrada a Espanya, l'estranger haurà d'exhibir un **document de viatge vàlid**, usualment el passaport.

Documents de viatge

El més habitual serà el passaport, que pot ser individual, familiar o col·lectiu. El RLO-Ex, en el seu article 6, admet que els menors de setze anys figurin inclosos en el passaport del seu pare, mare o tutor quan tinguin la mateixa nacionalitat que el titular del passaport i viatgin amb ell. Altres documents de viatge admesos serien el document nacional d'identitat, la cèdula d'identificació, el títol de viatge o qualsevol altre document que hagi estat considerat vàlid per entrar en territori espanyol conforme als compromisos internacionals assumits per Espanya.

En qualsevol cas, el document que s'aporti ha d'haver estat vàlidament expedit per les autoritats corresponents de l'estat estranger a favor del seu titular (per tant, s'exclouen òbviament els documents falsificats i/o robats), ha de contenir dades suficients per determinar la identitat i nacionalitat del o dels titulars, i ha d'estar en vigor (per tant, no s'admeten per regla general documents caducats).

L'article 6.1 del Codi de fronteres Schengen especifica a més (amb referència a nacionals de tercers països i a estades inferiors a noranta dies) que per efectuar l'entrada en l'espai Schengen cal que el document de viatge atorgui al titular el dret a creuar la frontera, que s'hagi expedit dins dels deu anys anteriors i que segueixi essent vàlid com a mínim tres mesos després de la data prevista de partida del territori dels estats membres (obligació aquesta darrera que es pot suprimir en casos d'emergència justificats).

2) Requisits de caràcter migratori (I): la justificació de l'objecte i les condicions de l'estada

L'estranger haurà de demostrar que reuneix les condicions legalment establertes per a l'entrada i permanència a Espanya. En el present apartat ens referirem únicament als requisits per a l'estada de curta durada (estades no superiors a noranta dies en un període de cent vuitanta) en territori espanyol i, per extensió, en l'espai Schengen, espai sense controls a les fronteres interiors.

Requisits en funció de la situació migratòria

Els requisits que seran exigits a l'estranger en cada cas per autoritzar la seva entrada en territori espanyol seran, lògicament, aquells referits a la concreta situació migratòria en la qual es trobi. És a dir, caldrà acreditar davant de les autoritats frontereres que es compleixen tots els requisits (documentals, administratius, econòmics, sanitaris, etc.) que exigeix la llei per poder entrar i romandre en territori espanyol amb la finalitat pretesa. Així, per exemple, no seran els mateixos els requisits per al cas que l'estranger pretengui romandre a Espanya per un període no superior a noranta dies, que els que li seran exigits si la seva intenció és residir i treballar a Espanya.

Vegeu també

Vegeu els requisits migratoris previstos per a les altres situacions possibles dels estrangers en el mòdul «Dret d'estrangeria (II): autoritzacions i sancions» d'aquesta assignatura.

En primer lloc, l'estranger haurà d'expressar, si se'l requereix, els motius de la seva sol·licitud d'entrada i estada a Espanya. En funció de quins siguin aquests i de la durada prevista de la permanència, se li podrà exigir **la justificació de l'objecte i les condicions de l'estada**, per tal de comprovar la versemblança dels motius invocats. Per justificar l'objecte i condicions de l'estada es podran aportar els documents o altres mitjans de prova que es creguin oportuns.

Documents que es poden exigir

A l'Annex I del Codi de fronteres Schengen hi ha una llista no exhaustiva de documents justificatius que li podran ser exigits a l'estranger per part de les autoritats frontereres per tal de justificar els motius, l'objecte i les condicions de l'estada adduïts. Una llista molt similar apareix a l'article 8 RLOEx.

La naturalesa dels documents que es podran exigir varia en funció de quin sigui l'objecte de l'estada al·legat:

- Si es tracta d'un viatge de caràcter professional, la invitació d'una empresa o autoritat per participar en reunions, conferències o manifestacions de caràcter comercial, industrial o vinculades a l'activitat laboral o professional, o bé altres documents dels quals es desprengui que existeixen relacions comercials o laborals, o bé targetes d'accés a fires i congressos si l'assistència als mateixos és el motiu de l'entrada.
- Si es tracta d'un viatge per motius d'estudis o formació, es podrà exigir el document de matrícula o documentació acreditativa de l'admissió en un centre d'ensenyament, o el carnet d'estudiant o certificats relatius als cursos seguits.
- Si es tracta d'un viatge de caràcter turístic o privat, caldrà en primer lloc aportar documents justificatius que demostrin que es disposa d'allotjament, emès per l'establiment on tingui previst allotjar-se l'estranger, o bé una carta d'invitació d'un particular si s'allotja a casa seva. En el Dret espanyol, l'Ordre PRE/1283/2007, de 10 de maig, estableix els termes i requisits per a l'expedició de la carta d'invitació. El RLOEx estableix que el document justificatiu de l'allotjament també haurà d'indicar si queda o no coberta la manutenció de l'estranger. En segon lloc, caldrà justificar l'itinerari o els plans de viatge previstos, aportant la reserva d'un viatge organitzat o qualsevol altre document que indiqui aquests plans de viatge. I també caldrà acreditar que es té previst el retorn, aportant el bitllet de tornada o de circuit turístic.

- Si el viatge és per altres motius (polítics, científics, culturals, esportius, religiosos o altres), es podran exigir invitacions, targetes d'entrada, reserves o programes, que indiquin en la mesura del possible el nom de l'organisme que invita i la duració de l'estada, o qualsevol altre document pertinent que indiqui el propòsit de la visita.

L'article 8 RLOEx exigeix en principi l'aportació del bitllet de tornada, en tots els casos.

En qualsevol cas, les llistes esmentades no tenen caràcter tancat i l'estranger pot presentar qualsevol altre document que jutgi oportú i que pugui complir la funció de demostrar la versemblança dels motius d'estada que al·lega.

3) Requisits de caràcter migratori (II): acreditació de mitjans de subsistència suficients

L'estranger també haurà d'acreditat **mitjans de subsistència suficients** per al temps que pretengui romandre a Espanya, o estar en condicions d'obtenir legalment aquests mitjans. Uns mitjans han de permetre el seu manteniment com també el de les persones que estiguin al seu càrrec i viatgin amb ell, durant tot el període de la seva permanència a Espanya, així com també permetre cobrir el retorn al país de procedència o el trasllat a un tercer país en el qual la seva admissió estigui garantida (art. 6.1.c i 6.4 del Codi de fronteres Schengen).

Acreditació de mitjans de vida

Aquest extrem pot resultar de determinació complexa i cal un criteri que s'adapti a les circumstàncies del cas. Així, el Codi de fronteres Schengen estableix que el criteri per calcular els mitjans de subsistència estarà en funció de la durada i els motius de l'estada, tenint-se en compte els preus mitjans d'allotjament i alimentació a l'estat membre de destí, multiplicats pel nombre de dies d'estada.

Aquests imports de referència els fixa cadascun dels estats membres. A Espanya, l'Ordre PRE/1282/2007, de 10 de maig, estableix la quantia dels mitjans econòmics exigibles als estrangers, així com la forma d'acreditar-ne la possessió.

Així, per al manteniment durant l'estada, s'haurà d'acreditat que es disposa d'una quantitat que representi el 10 % del salari mínim interprofessional brut (és a dir, 73,59 € per al 2018) o el seu equivalent legal en moneda estrangera multiplicada pel nombre de dies que es pretengui romandre a Espanya i pel nombre de persones que viatgin a càrrec. En qualsevol cas, serà d'un mínim equivalent al 90 % del SMI brut vigent en cada moment o el seu equivalent legal en moneda estrangera per persona, amb independència del temps d'estada previst.

Així mateix, per al retorn al país de procedència o el trasllat a tercers països, es demostrarà tenir els bitllets nominatius, intransferibles i tancats del mitjà de transport que pretenguin utilitzar.

Segons el Reglament 2016/399, l'acreditació dels mitjans de subsistència es pot fer amb diners en efectiu, xecs de viatge, targetes de crèdit o fins i tot amb les declaracions d'invitació i presa a càrrec fetes pel particular que acull a l'estranger, si s'escau. L'Ordre PRE/1282/2007 estableix en particular que les targetes de crèdit hauran d'anar acompanyades de l'extracte del compte bancari o una llibreta bancària actualitzada o altre mitjà de prova fefaent, no admetent-se cartes de l'entitat bancària ni extractes bancaris d'internet.

L'Ordre PRE/1282/2007 esmenta en el seu article tercer un seguit d'excepcions a l'obligació d'acreditar mitjans econòmics. Es tracta realment de supòsits en els quals l'estranger es troba en una situació migratòria diferent (disposa d'autorització de residència o treball, visat o targeta d'estudiant, autorització de retorn, etc.).

Si es comprova en frontera que l'estranger no disposa de mitjans econòmics suficients per a la seva estada i retorn al país d'origen o trasllat a un tercer estat, o no té els bitllets de transport nominatius, tancats i intransferibles per a aquest retorn o trasllat, li podrà ser denegada l'entrada en territori espanyol. Excepcionalment, es podrà permetre l'entrada, reduint el temps d'estada en proporció a la quantia dels mitjans econòmics dels quals disposi l'estranger. Aquesta darrera possibilitat, que es preveu en l'apartat quart de l'article segon de l'Ordre PRE/1282/2007, implica la fixació d'una data límit de sortida del territori espanyol que s'indicarà mitjançant diligència en el passaport o en document anàleg. Ara bé, l'entrada efectiva no es podrà produir fins que l'estranger no aporti un nou bitllet de retorn o de trasllat a un altre país amb una data de sortida anterior o coincident amb la nova data límit establerta.

Jurisprudència

Són nombrosos els pronunciaments jurisprudencials que valoren, en seu de recurs, la pertinència o no de la denegació d'entrada efectuada per les autoritats frontereres. S'apliquen habitualment criteris força estrictes a l'hora de verificar la concurrència dels requisits i de valorar la versemblança de les proves per corroborar allò que l'estranger manifesta, de manera que es denega l'entrada (o el visat, si s'escau) quan hi ha la sospita que hi ha una intenció encoberta de residir o treballar a Espanya. Ara bé, les sospites han de ser raonables i s'exclou l'arbitrarietat. A títol d'exemple, i entre moltes d'altres, resulten il·lustratives la STS 3a. de 18 de novembre de 2005 (ROJ STS 7008/2005), que confirma la denegació d'entrada a un nacional d'Equador que no tenia bitllet de tornada ni carta d'invitació; la STS 3a. de la mateixa data (ROJ STS 7010/2005), que manté la denegació d'entrada per la tinença de documents robats i falsificats i per la manca de mitjans econòmics; la STSJ Madrid 438/2007 de 30 març (ROJ STSJ M 5358/2007), que igualment confirma (quasi cinc anys després!) la denegació d'entrada per ser el passaport fals; la STSJ de Catalunya 562/2008 de 13 de juny (ROJ STSJ CAT 9252/2008), que declara procedent la denegació d'entrada per considerar no seriosa la carta d'invitació oferta per l'estranger que es trobava en obligació legal de sortida del territori espanyol; la STSJ de Catalunya 612/2014 de 4 de juliol (ROJ STSJ CAT 10264/2014), que considera no provat el motiu turístic, o la STSJ Madrid 1929/2004 de 14 de desembre, que entén correcta la denegació d'entrada per no resultar versemblant el motiu turístic en no disposar l'estranger de diners suficients ni de cap reserva hotelera (ROJ STSJ M 15433/2004).

4) Requisits de caràcter migratori (III): el visat

En tercer lloc, l'estranger haurà de disposar, per regla general, d'un **visat**. El visat és el tràmit d'estrangeria per excel·lència i constitueix un document administratiu, en forma d'etiqueta o menció, que s'estén habitualment sobre el passaport o el document de viatge, o –menys sovint– en un document a part, i que autoritza un estranger a presentar-se en un lloc fronterer d'un determinat país (o conjunt de països, en el cas de l'espai Schengen) i sol·licitar l'entrada.

Precisió

És important assenyalar, però, que el fet d'haver obtingut un visat no implica *per se* un dret a entrar en territori espanyol, ja que malgrat la possessió d'un visat l'entrada pot ser denegada per la manca d'algun dels altres requisits o per la infracció d'alguna de les prohibicions que examinarem més endavant.

En aquest apartat ens referirem únicament als visats d'estada (també anomenats popularment «visats de turista») per a estades de fins a noranta dies o per al trànsit pel territori espanyol. El règim d'aquests visats es regula íntegrament, com abans hem esmentat, en la normativa de la UE, fonamentalment en els Reglaments 539/2001 i 810/2009. Aquests dos reglaments europeus determinen respectivament tant l'exigència o no de visat a un determinat estranger com el procediment i condicions per a la seva expedició. En la resta de situacions migratòries (residència, treball, estudis, reagrupament familiar, etc.) s'exigeix igualment un visat a l'estranger, però en aquest cas la seva necessitat i expedició es regula pel dret intern dels estats membres, tot i que amb la incidència de les normes comunes europees sobre immigració adoptades en determinats àmbits (per exemple, visat de reagrupament familiar, visat d'estudis, visat de residència i treball, etc.). Cal tenir en compte, però, que les autoritats que emeten i lliuren els visats són les mateixes en ambdós casos: les representacions consulars (al marge dels eventuais supòsits puntuals de visats d'estada en frontera).

Podem dir també que la funció habilitadora del visat té una doble dimensió: una referida a l'entrada en el territori i una altra referida a la permanència en el mateix (article 27.2 LOEx). Ambdues van estretament lligades, i la primera és supòsit lògic de la segona.

El visat en Dret espanyol està configurat amb una doble funció: a més d'autoritzar l'estranger a sol·licitar l'entrada en territori espanyol, l'habilita i acredita a romandre-hi durant el temps i en les condicions establertes en el visat i en la normativa que empara aquest títol.

El Codi de fronteres Schengen, entre els requisits d'entrada que s'exigeixen als nacionals de tercers països, inclou la tinença d'un visat vàlid (art. 6.1.b), quan així ho exigeixi el **Reglament (CE) 539/2001** del Consell, de 15 de març de 2001, pel qual s'estableix la llista de tercers països els nacionals dels quals estan sotmesos a l'obligació de visat per creuar les fronteres exteriors i la llista de tercers països els nacionals dels quals estan exempts d'aquesta obligació. Quan es tracti d'una persona que sigui nacional d'un dels països inclosos en l'Annex I del citat reglament, haurà d'obtenir en tot cas un visat per accedir a l'espai Schengen (i al territori espanyol). Si, per contra, es tracta d'un nacional dels

països que figuren en l'Annex II del mateix reglament, llavors estarà exempt de visat per a les estades inferiors a noranta dies en un període de cent vuitanta (vegeu art. 1).

Lògicament, encara que l'estranger sigui nacional d'un dels països inclosos en l'Annex I, no li serà exigida el visat si és titular d'un permís de residència vàlid o d'un visat de llarga durada vàlid (art. 6.1.b del Codi de fronteres Schengen), ja que la possessió d'un permís de residència expedida per un estat membre a un nacional d'un país tercer permet entrar i circular lliurement dins l'espai Schengen, abandonar aquest espai i retornar-hi sense haver d'observar la formalitat del visat (STJUE 14/06/2012, C-606/10, ANAFE). Des de la legislació espanyola tampoc s'exigeix visat si l'estranger té una Targeta d'Identitat d'Estranger (TIE) o disposa d'una autorització de retorn (art. 25.2 LOEx). Es tracta, doncs, de supòsits en els quals l'estranger no es troba en la situació migratòria d'estada de curta durada.

Precisions

Hi ha altres supòsits puntuals en els quals no serà necessari visat malgrat ser nacional d'un dels països de l'Annex I (tràfic fronterer menor, escolars). Els apàtrides i refugiats poden estar sotmesos a l'obligació de visat en funció de quin sigui el seu estat de residència que els ha expedida la documentació de viatge (veure apartats 1 i 2 de l'art. 1).

D'altra banda, l'article 4 del Reglament 539/2001 també preveu la possibilitat que els estats membres estableixin altres excepcions a l'obligació de visat. En el sistema espanyol, l'article 7 del RLOEx detalla un seguit de casos en els quals no serà necessari el visat per entrar en territori espanyol.

Cal tenir en compte també que el Reglament 539/2001 ha estat objecte de diverses modificacions al llarg del temps, reflectint l'evolució de les relacions internacionals i les polítiques migratòries de la UE.

Nota

Recordem que el Reglament 539/2001 també és la norma de referència per a la determinació de l'exigibilitat de visat als familiars de ciutadans de la UE que siguin nacionals de tercers països. Es tractarà de visats d'entrada, no de residència. El seu procediment i condicions d'expedició es regiran pel Codi de visats (Reglament 810/2009).

Pel que fa a l'expedició del visat d'estada i els seus requisits, ens hem de remetre al Codi de visats, aprovat pel **Reglament (CE) 810/2009** del Parlament Europeu i del Consell, de 13 de juliol de 2009. El Codi de visats estableix els procediments i les condicions per a l'expedició de visats a nacionals de tercers països per a trànsit o estades en el territori dels estats membres no superiors a noranta dies en un període de cent vuitanta, quan sigui necessari en virtut del Reglament 539/2001.

Regulació europea i interna en matèria de visats

Pot portar a confusió que la LOEx i el RLOEx també continguin regulació sobre els visats d'estada i trànsit (veure, per exemple, els articles 25.2 a i b i 27 LOEx, i l'art. 7.2 RLOEx). Ara bé, això no canvia el fet que en relació amb aquests supòsits la legislació aplicable és l'europea i que és aquesta la que s'ha de tenir en compte, ja que en cap cas la normativa interna pot afectar o variar les competències que pertanyen a la UE. De fet, resulta criticable que la LOEX inclogui regulació sobre matèries en les quals el legislador espanyol no ostenta competència per haver estat cedida a la UE. En general, però, tant la LOEx com el RLOEx reproduïxen els termes del Reglament 810/2009 i també fan remissió a la normativa de la UE (Disposició final 5a. bis LOEX).

Els visats que se sotmeten a la regulació espanyola (visats nacionals) són els anomenats «de llarga durada», que habitualment habiliten per residir a Espanya durant més de noranta dies.

El Codi de visats preveu la possible expedició de dos tipus de visats d'estada:

- El **visat uniforme** (o visat Schengen): vàlid per tot el territori dels estats de l'espai Schengen (art. 24 Codi de visats). Habilita per transitar o romandre en el territori de l'espai Schengen per un màxim de noranta dies en un període de cent vuitanta. És possible que autoritzi per a una sola estada, però també que sigui un visat per a estades múltiples, sempre que no superin aquest límit de noranta dies en un període global de cent vuitanta. Aquest visat s'expedirà en forma d'etiqueta adhesiva i està regulat en el Reglament (CE) 1683/95 del Consell, de 29 de maig de 1995, pel qual s'estableix un model uniforme de visat.
- El **visat de validesa territorial limitada**: visat vàlid per al territori d'un o més estats de l'espai Schengen, però no tots (article 25 Codi de visats). Habitualment aquest tipus de visat s'expedeix quan un estat autoritza excepcionalment l'entrada de l'estranger sense que es compleixin totes les condicions establertes, i el visat limita la vigència al territori de l'estat que l'ha concedit.

Un visat d'estada en cap cas no es pot transformar o convertir en un visat de residència. Si allò que pretén l'estranger (no beneficiari del règim europeu de lliure circulació) és residir a Espanya, haurà de sol·licitar un visat consular de residència, conforme a les previsions de la LOEx i el RLOEx.

El Codi de visats també regula l'expedició de **visats de trànsit aeroportuari**, que habiliten per circular per les zones internacionals de trànsit dels aeroports dels estats membres (art. 3). S'exigirà als nacionals dels països inclosos en l'Annex IV del Codi de visats.

Pel que fa al procediment de sol·licitud i concessió, el Codi de visats regula, entre altres qüestions:

- L'autoritat consular competent per a la presentació i resolució de la sol·licitud de visats (articles 4 a 8). En principi, serà la corresponent a la demarcació on el sol·licitant resideixi legalment. Cal tenir en compte també les Disposicions addicionals 3a. i 4a. de la LOEx per als aspectes procedimentals no regulats en la normativa europea, així com les corresponents del RLOEx.
- Les modalitats de presentació de la sol·licitud (articles 9 a 11).
- Els documents i formalitats que han d'acompanyar la sol·licitud: document de viatge i identificadors biomètrics de la persona; documents justificatius de les condicions d'estada, allotjament i mitjans de subsistència, conforme al Codi de fronteres Schengen; assegurança mèdica de viatge, i pagament de les taxes (articles 12 a 17).
- La valoració i resolució sobre la sol·licitud i l'expedició o denegació del visat (articles 18 a 32). En suma, l'autoritat consular valorarà si el sol·licitant compleix amb les condicions exigibles perquè s'autoritzi la seva entrada i estada a Espanya, i en cas afirmatiu podrà expedir el visat.

La **denegació del visat** d'estada ha de ser motivada.

Causes de denegació

L'article 32 del Codi de visats conté un llistat de causes per les quals es pot denegar l'expedició del visat, moltes de les quals són de formulació oberta o impliquen una valoració: per exemple, les que preveuen la denegació per constituir una amenaça per a l'ordre públic, la seguretat interior, la salut pública o les relacions internacionals d'alguns dels estats membres (art. 32.1.a.vi), o per l'existència de dubtes raonables sobre l'autenticitat dels documents presentats o la veracitat del contingut, sobre la fiabilitat de les declaracions efectuades pel sol·licitant o sobre la intenció d'abandonar el territori dels estats membres abans de l'expiració del visat sol·licitat (art. 32.1.b).

La decisió de denegació del visat s'ha de notificar a l'interessat mitjançant un imprès normalitzat, expressant les raons que l'hagin motivada. La denegació comporta per al sol·licitant el dret de formular recurs contra l'estat que ha dictat la resolució, conforme a les disposicions del seu dret intern (art. 32.3 del Codi de visats, art. 27.6 LOEx i Disposicions addicionals 2a., 9a. i 10a. del RLOEx).

Nota

Vegeu la STJUE de 4 de setembre de 2014, C-575/12, Air Baltic, en què en el marc de la reclamació efectuada per un transportista multat s'interpreta el Codi de visats en relació amb el Codi de fronteres Schengen de 2006.

Jurisprudència

EL TJUE en la seva Sentència (Gran Sala) de 19 de desembre de 2013, C-84/12, Koushkaki, ha interpretat l'abast de les possibilitats de denegació de visats establertes pel Reglament 810/2009, Codi de visats, declarant que la denegació només es pot donar per les causes expressament fixades a l'esmentat reglament.

A la jurisprudència espanyola, pel que fa als supòsits de denegació de visats d'estada, la STS (Sala Cont.-Adm.) de 17 de novembre de 2011 (ROJ STS 7332/2011) jutja insuficient la carta d'invitació; en el mateix sentit resol la STSJ Madrid 665/2016 de 28 de setembre (ROJ STSJ M 9401/2016), apreciada a més una manca de justificació de tenir recursos de subsistència; en la STSJ Madrid 627/2016 de 19 setembre (ROJ STSJ M 9735/2016) es dubta, a més, de la intenció del sol·licitant de retornar al seu país d'origen una vegada finalitzat el termini de vigència del visat; la STS 3a. de 24 de febrer de 2012 (ROJ STS 1088/2012) confirma la denegació per manca d'acreditació tant de l'objecte de l'estada com de les condicions, així com de la possessió de mitjans de subsistència suficients; la STS 3a. de 30 d'octubre de 2012 denega el visat per manca de justificació de la disposició de mitjans adequats per al retorn al país de procedència. La STSJ Madrid 879/2010 de 14 d'octubre (ROJ STSJ M 15324/2010) confirma la denegació però reconeix el dret al sol·licitant de rescabalar-se de determinades despeses causades.

En canvi, les SSTS 3a. de 17 de gener de 2017 (ROJ STS 33/2017), de 18 de desembre de 2015 (ROJ STS 5436/2015) i de 28 d'octubre de 2011 (ROJ STS 7462/2011), consideren improcedent la denegació de visat per entendre que s'havia demostrat la voluntat de retorn al país d'origen per tenir-hi suficient arrelament laboral i familiar; al seu torn, la STS 3a. de 14 de juny de 2011 (ROJ 4094/2011) entén la denegació improcedent per arbitrària.

5) Prohibicions d'entrada

El compliment dels requisits abans examinats no és, però, garantia que a l'estranger (no beneficiari del règim europeu de lliure circulació) que pretén accedir al territori espanyol per a una estada de curta durada li serà permesa l'entrada. Al costat de les condicions esmentades, que es formulen amb caràcter positiu, els estats poden establir-ne d'altres en forma de prohibicions d'entrada (es formulen, doncs, en sentit negatiu), la infracció de les quals determinarà habitualment la denegació de l'entrada a l'estranger.

Un primer grup de motius que impliquen una prohibició d'entrada està relacionat de forma genèrica amb l'**ordre públic**, la **seguretat interior**, la **salut pública** o les **relacions internacionals** dels estats membres.

En aquest sentit, el Reglament 2016/399, Codi de fronteres Schengen, en el seu article 6 (apartats 1.d i 1.e) exigeix com a condició d'entrada que l'estranger nacional d'un tercer país **no estigui inscrit com a no admissible en el Sistema d'Informació Schengen (SIS) i que no suposi una amenaça per a l'ordre públic, la seguretat interior, la salut pública o les relacions internacionals** de cap dels estats membres ni estigui inscrit com a no admissible per tals motius en una base de dades nacional. Conforme a aquests criteris –conceptes jurídics indeterminats–, es denegarà l'entrada a l'estranger si les autoritats consideren que permetre aquesta entrada pot suposar un risc per a l'ordre públic, la seguretat interior, la salut pública o les relacions internacionals d'un estat

membre. Fixem-nos que les autoritats frontereres estatals (en el nostre cas espanyoles) actuen com a garants de l'ordre públic, la seguretat interior, etc., no només propis, sinó també dels de la resta d'estats que formen part de l'espai Schengen, en la mesura en què es tracta d'un espai integrat sense fronteres interiors. En aquests supòsits, el més freqüent és que es tracti d'una persona inscrita com a «no admissible» en una base de dades establerta a l'efecte, sigui de caràcter nacional o europeu: per exemple, perquè hagi estat condemnada per una infracció sancionada amb una pena de privació de llibertat d'un mínim d'un any, o sobre la qual hi hagi motius seriosos per a pensar que ha comès o pensa cometre fets delictius greus en el territori d'un estat part de Schengen. També seria el cas d'una persona reclamada per les autoritats judicials o policials d'un altre país en relació amb causes criminals derivades de delictes comuns greus, sempre que els fets també constitueixin delictes a Espanya (art. 11.c RLOEx).

SIS II

L'establiment, el funcionament i la utilització del Sistema d'Informació de Schengen de segona generació (SIS II) estan regulats en el Reglament 1987/2006 del Parlament Europeu i del Consell, de 20 de desembre de 2006. En particular, els seus articles 23 a 26 s'estableixen les condicions per introduir descripcions de nacionals de tercers països en el sistema SIS II, a efectes d'una denegació d'entrada o d'estada.

Cal tenir en compte que, malgrat figurar com a no admissible en el SIS II, un estat part de Schengen pot autoritzar l'entrada de l'estranger per raons humanitàries (art. 6.5.c del Codi de fronteres Schengen). En aquests casos, l'estat que autoritza l'entrada haurà d'informar d'aquest fet a la resta d'estats membres.

Pel que fa a la determinació de si l'estranger constitueix una amenaça per a la **salut pública**, caldrà tenir en compte la definició que inclou el Codi de fronteres Schengen en el seu article 2, número 21: qualsevol malaltia de potencial epidèmic definida pel Reglament Sanitari Internacional de l'OMS i altres malalties infeccioses o malalties parasitàries contagioses quan siguin objecte de disposicions de protecció aplicables als nacionals d'un estat membre. En aquest punt, el RLOEx preveu en el seu article 10 l'eventual establiment, per ordre ministerial, de l'obligació de l'estranger d'obtenir un certificat sanitari per garantir que no pateix una malaltia que pugui tenir repercussions públiques greus.

Aquests motius de denegació d'entrada els trobem reflectits també als articles 26.1 LOEx i més concretament als articles 4.1.f i g i 11.e) RLOEx.

D'altra banda, també pot succeir que l'estranger nacional d'un tercer país hagi comès una **infracció de la normativa d'estrangeria anteriorment en un altre estat membre**, i per aquest motiu consti inscrit com a no admissible en

el SIS II. Així, per exemple, pot tractar-se d'una persona que ha estat objecte d'una mesura d'expulsió, denegació d'entrada o trasllat que no hagi estat revocada ni suspesa i que impliqui una prohibició d'entrada o de residència.

En darrer terme, pot succeir que amb la seva pretensió d'entrar en territori espanyol l'estranger **infringeixi una prohibició expressa** imposada conforme a la llei espanyola. Pot tractar-se d'una prohibició d'entrada dictada per les autoritats espanyoles derivada de la infracció prèvia de la normativa d'estrangeria espanyola o europea (articles 26.1 LOEx i 11.a i b RLOEx), o en virtut d'una resolució del Ministeri de l'Interior per les seves activitats contràries als interessos espanyols o per les seves notòries connexions amb organitzacions delictives, nacionals o internacionals, o altres raons judicials o administratives que justifiquin tal mesura, sense perjudici de la seva detenció, quan procedeixi (article 11.d RLOEx). Com es pot observar, aquesta darrera causa està també relacionada amb els conceptes d'ordre públic i de seguretat interior abans esmentats.

Jurisprudència

La STSJ Madrid 465/2014 d'11 de juliol (ROJ STSJ M 7770/2014) confirma la denegació d'entrada per l'actitud agressiva i amenaçant de l'interessat en el control fronterer, suposant un risc per la seguretat i l'ordre públic; en la STSJ Madrid 1000/2004 de 22 de juliol (ROJ STSJ M 10265/2004) es considera correcta la denegació d'entrada per estar la interessada inclosa en la llista de no admissibles en tenir prohibida l'entrada en el territori Schengen per l'Estat espanyol; igualment, la STSJ Madrid 415/2004 de 9 març (ROJ STSJ M 2998/2004) resol en el mateix sentit per existir una prohibició d'entrada a Alemanya per la realització d'activitats il·legals.

3.2.4. Altres supòsits d'autorització d'entrada

Una vegada examinats els requisits per a l'accés a l'espai Schengen a través de les fronteres exteriors per a estades curtes en aquest territori, cal tenir en compte que existeixen altres possibles situacions en què es podrà autoritzar l'entrada de l'estranger al marge del compliment de les condicions previstes en l'article 6.1 del Codi de fronteres Schengen. Es tracta de supòsits de diferent naturalesa, contemplats a l'apartat 5 de l'article 6 del Codi de fronteres Schengen:

1) Titulars d'un permís de residència o d'un visat de llarga durada

Es tracta d'estrangers nacionals de tercers estats que siguin titulars d'un permís de residència o d'un visat de llarga durada (visat de residència) expedit per un estat membre, però que pretenen accedir a l'espai Schengen a través de la frontera exterior d'un estat membre diferent. En aquests casos, es preveu la possibilitat que aquest segon estat part autoritzi la seva entrada a l'objecte que puguin arribar al territori de l'estat membre que els ha documentat. Aquesta excepció, d'altra banda, respon a la lògica de la integració europea, ja que els estats membres han de reconèixer la validesa i efectivitat de les autoritzaci-

ons o els visats de residència expedits per un altre estat membre (seria una manifestació del principi de reconeixement mutu), als efectes de l'entrada en el territori. Aquesta possibilitat, però, no s'escau quan l'estranger figura en la llista nacional de persones no admissibles de l'estat membre en la frontera del qual es presenta i la descripció que l'afecta està acompanyada de mesures que s'oposen a la seva entrada o trànsit.

Evidentment, si l'estranger es presenta a la frontera espanyola proveït d'un visat i/o una autorització de residència atorgada pel mateix Estat espanyol, li serà permesa l'entrada, a menys que existeixin motius d'ordre públic, seguretat interior o salut pública que ho impedeixin.

En l'article 2 apartat 16è. del Codi de fronteres Schengen es defineix allò que s'entén per *permís de residència*.

2) Expedició de visat en frontera

Seria el cas d'aquells estrangers que es presentin a la frontera i compleixin totes les condicions excepte la relativa al visat. Es podrà autoritzar la seva entrada en el cas que se'ls pugui expedir un visat a la frontera. El visat a la frontera té caràcter excepcional i podrà ser expedit per les autoritats encarregades del control fronterer si es compleixen les condicions previstes en els articles 35 i 36 del Reglament 810/2009 del Codi de visats.

3) Autorització excepcional d'entrada per motius humanitaris, d'interès nacional o per obligacions internacionals assumides per un estat membre

Aquest supòsit (art. 6.5.c del Codi de fronteres Schengen) recull la possibilitat que un estat membre autoritzi excepcionalment l'entrada en el seu territori a nacionals de tercers països que no compleixin les condicions d'entrada. La causa de l'autorització excepcional d'entrada pot estar fonamentada en motius humanitaris, d'interès nacional o en obligacions internacionals assumides per l'estat (per exemple, un conveni signat amb el país d'origen de l'estranger). Es tracta de supòsits diferents dels sol·licitants d'asil. Pot tractar-se de persones indocumentades, o que no justifiquin l'objecte de la seva estada o la tinença de mitjans econòmics, o que no disposin de visat, o fins i tot que puguin estar inscrites com a no admissibles en les bases de dades.

Exemples

L'autorització d'entrada per motius humanitaris pot referir-se, per exemple, a situacions de malaltia i necessitat de tractament mèdic urgent, minoria d'edat, dones embarassades, víctimes de xarxes de tracta de persones, etc. Freqüentment, aquests supòsits van lligats amb la posterior sol·licitud d'asil formulada per l'estranger. Ara bé, l'autorització d'entrada per raons humanitàries no pressuposa necessàriament la posterior admissió de la sol·licitud d'asil si no se'n compleixen les condicions (STS 3a. 17 de novembre de 2006 ROJ STS 7028/2006).

Ara bé, si el nacional del tercer país està inscrit com a no admissible en el SIS, l'estat membre que autoritzi la seva entrada informará d'aquest fet als altres estats membres.

En la legislació interna espanyola aquest supòsit es preveu en l'article 25.4 LO-Ex, i l'article 4.2 RLOEx preveu que es lliurarà a l'estranger la resolució acreditativa de l'autorització d'entrada per qualsevol de les causes expressades.

4) Sol·licitants d'asil o altra forma de protecció internacional

Pot donar-se la situació que un estranger nacional d'un tercer estat o apàtrida (art. 16.1 Llei 12/2009) pretengui entrar –o hagi entrat– en territori espanyol en recerca d'asil, perquè ha fugit del seu país d'origen pel temor, fonamentat, que es produeixi una vulneració dels seus drets fonamentals a causa d'una persecució per motius polítics, racials, ètnics, religiosos, o per un conflicte bèl·lic, etc. En aquests supòsits, i conforme a la legislació en matèria de dret d'asil, es podrà autoritzar excepcionalment l'entrada de l'estranger en el territori espanyol (i el territori Schengen).

La Declaració Universal dels Drets Humans de 1948, en el seu article 14, preveu que, en cas de persecució, tota persona té dret a buscar asil i a gaudir-ne en qualsevol país. I l'article 18 de la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea també garanteix el dret d'asil en el marc de la UE.

L'asil i altres formes de protecció internacional

La legislació espanyola distingeix tres formes de protecció internacional: l'asil (l'atorgament del qual implica el reconeixement de la condició de refugiat, articles 2 i 3 Llei 12/2009 reguladora del dret d'asil), la protecció subsidiària (art. 4 llei 12/2009) i la protecció temporal en cas de desplaçaments massius (Disposició addicional 2a. de la Llei 12/2009). Malgrat que les circumstàncies i els requisits per reconèixer una o altra condició difereixen, l'asil i la protecció subsidiària tenen efectes materials anàlegs (més limitats en el temps i el contingut en el cas de la protecció temporal), com es dedueix de l'article 36 de la Llei 12/2009.

Conforme a l'article 1 de la Llei 12/2009, poden gaudir del dret d'asil o protecció subsidiària a Espanya els nacionals de països que no formin part de la Unió Europea o siguin apàtrides. En aquest sentit, el Protocol número 24 del TUE considera els estats membres com a estats d'origen segur als efectes del dret d'asil, i només contempla la presa en consideració i admissibilitat de sol·licituds d'asil formulades per nacionals d'un estat membre en supòsits molt excepcionals (per exemple, en relació amb l'aplicació de l'art. 7 TUE).

L'Estat espanyol, com la resta d'estats membres de la UE, està vinculat per la regulació específica en matèria d'asil i protecció subsidiària, formada per un complex entramat de normes d'origen convencional, europeu i també intern. Entre elles, cal destacar:

- **A nivell internacional:** la Convenció de Ginebra, de 28 de juliol de 1951, sobre l'Estatut dels Refugiats, i el seu Protocol sobre l'Estatut dels Refugiats, de 31 de gener de 1967.
- **A nivell europeu:** la UE porta a terme una política comuna en matèria d'asil, protecció subsidiària i protecció temporal (art. 78 TFUE), que es desenvolupa en el marc del Sistema Europeu Comú d'Asil, integrat per diverses directives en matèria de requisits i procediments comuns per al reconeixement de la protecció internacional, així com de normes mínimes per a la protecció temporal i l'acollida, i el Reglament (UE) 604/2013, de 26 de juny de 2013, que estableix els criteris i mecanismes de determinació de l'estat membre responsable de l'examen d'una sol·licitud de protecció internacional presentada en un dels estats membres per un nacional d'un tercer país o un apàtrida.
- **A nivell intern:** l'article 13 de la Constitució preveu el dret d'asil i el remet a la seva legislació específica, integrada avui per la Llei 12/2009, de 30 d'octubre, reguladora del dret d'asil i de la protecció subsidiària, i dos reglaments de data anterior que serien aplicables en la mesura en què no resultin incompatibles amb la Llei 12/2009: el del dret d'asil, aprovat pel Reial decret 203/1995, de 10 de febrer, i el del règim de protecció temporal en cas d'afluència massiva de persones desplaçades, aprovat pel Reial decret 1325/2003, de 24 d'octubre. També cal esmentar el Reial decret 865/2001, de 20 de juliol, pel qual s'aprova el Reglament de reconeixement de l'estatut d'apàtrida.

Les normes del Codi de fronteres Schengen s'apliquen a totes les persones –independentment de la seva nacionalitat– que creuin les fronteres exteriors o interiors dels estats membres, però no afecten als drets dels refugiats i sol·licitants de protecció internacional, en particular en allò relatiu a la no devolució (art. 3). Per tant, el Reglament 2016/399 no suposa cap restricció als drets reconeguts en la normativa sobre asil abans esmentada. D'altra banda, s'estableix expressament que en l'aplicació del Reglament els estats membres actuaran amb ple respecte al Dret de la UE i al Dret internacional aplicable, incloent la Carta de Drets Fonamentals de la UE, la Convenció de Ginebra de 1951, les obligacions en matèria d'accés a la protecció internacional (en especial, el principi de no devolució) i els drets fonamentals (art. 4 Codi de fronteres Schengen).

Nota

Al costat dels textos normatius, cal també tenir en compte la jurisprudència del TEDH vinculada amb sol·licituds d'asil i relacionada amb la prohibició de la tortura i els tractes degradants, la protecció de la llibertat i la seguretat, la vida familiar o la tutela judicial efectiva. Igualment, el TJUE ha dictat nombroses sentències en interpretació de la normativa europea que desenvolupa la política comuna en matèria d'asil.

Crisi dels refugiats a la UE

A partir de 2014 i sobretot durant l'any 2015, la UE ha viscut una crisi migratòria i humanitària sense precedents arran de l'arribada massiva de més d'un milió de persones desplaçades des de diferents països de l'Orient Pròxim i Àfrica en situació bèlica (sobretot de Síria, Irak i Afganistan). Això ha suposat un desafiament per a l'espai Schengen (entrades irregulars massives, reinstauració dels controls en les fronteres interiors en diversos països de la UE, etc.). Aquesta situació ha desembocat en un allau de sol·licituds d'asil. La UE, en complex equilibri i d'acord amb altres estats (com Turquia), ha adoptat un seguit de mesures per fer front a la crisi (redistribució i reassentament dels refugiats, devolucions, ajuts econòmics, reforç de la gestió i seguretat de les fronteres exteriors, etc.).

En la major part dels casos, i a causa de la urgència i l'excepcionalitat intrínseques de la situació, aquestes persones no reuneixen les condicions (mitjans econòmics, visat, fins i tot documentació) que permetrien l'entrada regular en el territori espanyol tal com abans hem examinat. Per això, en compliment de la normativa en matèria d'asil, l'article 14 del Codi de fronteres Schengen preveu que la regulació de la denegació d'entrada no serà un obstacle per a l'aplicació de les disposicions especials relatives al dret d'asil. Per la seva banda, l'article 25.3 LOEx disposa que les condicions d'entrada que el mateix precepte regula no serà d'aplicació als estrangers que sol·licitin acollir-se al dret d'asil en el moment de la seva entrada a Espanya.

Així doncs, es preveu un supòsit excepcional d'accés al territori espanyol en el qual es podrà permetre l'entrada a estrangers nacionals de tercers països que no compleixin les condicions d'entrada, en aplicació de les normes internacionals, europees i internes que regulen el dret d'asil.

En aquest sentit, els sol·licitants d'asil disposen d'un règim específic i diferenciat del règim general d'estrangeria que els possibilita l'entrada en el territori espanyol (i en el territori Schengen) sense haver de reunir els requisits que ordinàriament els serien exigits, amb la finalitat d'accedir als tràmits pertinents en matèria d'asil.

Paral·lelament a l'autorització excepcional d'entrada i en conseqüència, es descarta la imposició de sancions pel creuament no autoritzat de les fronteres exterior als estrangers que hagin entrat de forma irregular en territori espanyol (art. 5.3 Codi de fronteres Schengen). Tampoc no es considerarà que hi hagi infracció dels transportistes per mitjà dels quals hagin efectuat l'entrada si la sol·licitud d'asil es presenta sense demora i és admesa a tràmit (art. 54.3 LOEx).

També es distingeix el seu règim del general pel que fa a l'accés a la documentació, la residència i el treball a Espanya, ja que aquests extrems deriven i venen possibilitats arran del reconeixement del seu estatut de refugiat per mitjà de la legislació específica (vegeu art. 34.3 LOEx i articles 6.3, 125, 152, 210, 211

i Disposició addicional 21a. RLOEx). Amb tot, les normes del RLOEx se'ls aplicaran amb caràcter subsidiari, tot i que interpretades conforme a la legislació sobre asil (article únic del RD 557/2011 i Disposició addicional 24a. RLOEx).

Drets

Per exemple, a aquells estrangers a qui se'ls concedeixi l'asil o la protecció subsidiària, se'ls reconeix, entre d'altres, una autorització de residència i treball permanent en els termes de la LOEx, la llibertat de circulació, així com l'accés a l'educació, l'assistència sanitària, l'habitatge, l'assistència i els serveis socials, el manteniment de la família, els serveis públics d'ocupació, la seguretat social, la formació continuada, el treball en pràctiques o el reconeixement de títols i qualificacions professionals, en les mateixes condicions que als espanyols (article 36 Llei 12/2009).

La sol·licitud d'asil es pot formular per l'estranger a fora del territori espanyol (per tant, abans d'efectuar-hi l'entrada) o quan ja es troba a Espanya. En aquest segon cas, la sol·licitud s'ha de formular en principi en el termini d'un mes des de l'entrada a Espanya o des que es produeixin els fets que justifiquin la petició (art. 17.2 Llei 12/2009 i art. 7 del Reglament).

Llocs de presentació de la sol·licitud

El Reglament de la Llei d'asil, aprovat pel RD 203/1995, enumera els llocs on alternativament l'estranger pot presentar la seva sol·licitud d'asil:

- Oficina d'Asil i Refugi. Les funcions d'aquesta oficina es detallen en l'article 3 del Reglament de la Llei d'asil.
- Llocs fronterers d'entrada al territori espanyol. L'article 21 de la Llei 12/2009 s'ocupa de les regles procedimentals aplicables a les sol·licituds de protecció presentades en llocs fronterers, preveient l'article 22 la permanència de l'estranger en les dependències habilitades a tal efecte (habitualment, els centres de migracions, els CIE, o els Centres d'Estada Temporal d'Immigrants –CITE– en el cas de Ceuta i Melilla) mentre es tramita aquesta sol·licitud. Aquestes normes es desenvolupen en el Reglament, fonamentalment en el seu article 19.
- Oficines d'Estrangers.
- Comissaries provincials de policia o comissaries de districte que s'assenyalin mitjançant Ordre del Ministre d'Interior.
- Missions diplomàtiques i oficines consulars espanyoles a l'estranger (art. 38 Llei 12/2009).

La Llei 12/2009 reguladora del dret d'asil especifica les **condicions** per al reconeixement del dret d'asil i de protecció subsidiària (articles 6 a 15), els **procediments** per a la formulació de la sol·licitud i les conseqüències de la seva presentació, admissió, no admissió a tràmit o resolució (articles 16 a 29), així com les **condicions d'acollida** dels sol·licitants de protecció (articles 30 a 33) i les normes especials per a **menors i altres persones vulnerables** (articles 46 a 48). Es contempla igualment l'eventual extensió del dret als **familiars** del sol·licitant, així com el règim de reagrupament familiar (articles 39 a 41). El **cessament** i la **revocació** de la condició de refugiat o beneficiari de protecció

Nota

Vegeu la STJUE de 9 de novembre de 2010, C-57/09 i C 101/09, B i D, i la STJUE de 24 de juny de 2015, C-373/13, HT, en relació amb la concessió i la revocació, respectivament, d'un permís de residència per participació del refugiat en les activitats d'una organització terrorista.

subsidiària es regulen en els articles 42 a 45. Les disposicions de la Llei 12/2009 es desenvolupen i complementen en el seu Reglament, aprovat pel Reial decret 203/1995 que, tot i referir-se a l'antiga Llei d'asil (Llei 5/1984), continua essent aplicable en la mesura en què no sigui incompatible amb la Llei 12/2009.

Un principi essencial que travessa tota la regulació en matèria d'asil és el **principi de no devolució**, conforme al qual les persones que gaudeixin de la condició de refugiats o de beneficiaris de la protecció subsidiària no poden ser objecte de devolució al seu país de procedència ni d'expulsió, tampoc mentre no sigui resolta la seva sol·licitud, per tant, poden romandre provisionalment en el territori estatal fins que no es produeixi aquesta resolució (articles 5, 19.1 i 36 Llei 12/2009 i art. 23.6.b RLOEx).

D'altra banda, la no admissió a tràmit o la denegació de la sol·licitud de protecció internacional determinarà, segons correspongui per la situació de l'estranger, el retorn, la devolució, l'expulsió, la sortida obligatòria del territori espanyol o el trasllat al territori de l'estat responsable de l'examen de la seva sol·licitud d'asil (art. 37 Llei 12/2009 i articles 24.4 i 64.6 LOEx), sense perjudici del corresponent règim de recursos.

Nota

Vegeu la STJUE de 26 de juliol de 2017, C-348/16, Sacko, en relació amb la possibilitat que el recurs contra la denegació de l'asil es tramiti sense audiència de l'interessat.

Jurisprudència

Tradicionalment la jurisprudència espanyola ha estat restrictiva a l'hora de reconèixer la condició de refugiat, entenent en la major part dels casos com a no acreditades les condicions que hi donen dret, i en nombroses ocasions ni admetent a tràmit la sol·licitud. Vegeu, per exemple, la STS 3a. d'11 de maig de 2017 (ROJ STS 2064/2017) en relació amb un nacional de Nigèria; la STS 3a. 1987/2016 de 26 de juliol (ROJ STS 3912/2016) referida a un nacional de Costa d'Ivori; la STS 3a. de 16 de desembre de 2013 (ROJ STS 6000/2013) en relació amb un nacional marroquí que sol·licitava la protecció com a sahrauí, o la STSJ Madrid 563/2015 de 28 de maig (ROJ STSJ M 6776/2015) en relació amb un nacional d'Afganistan. La STS 3a. de 24 de febrer de 2012 (ROJ STS 1197/2012) i la STS de 25 de gener de 2016 (ROJ STS 124/2016) no reconeixen la condició de refugiada a les sol·licitants, però sí el seu dret a romandre a Espanya per raons humanitàries d'acord amb l'article 46 de la Llei 12/2009. En la STS 3a. de 2 de novembre de 2015 (ROJ STS 4529/2015) es denega una sol·licitud d'asil presentada en un lloc fronterer d'una nacional de Gàmbia. La STS 3a. de 27 de novembre de 2014 (ROJ STS 4793/2014) anul·la una inadmissió a tràmit massa restrictiva.

La STS 3a. d'11 de maig de 2009 (ROJ STS 2781/2009) reconeix el dret d'asil a una dona nigeriana víctima de mutilació genital com a pas previ a un matrimoni forçat, i la STS 3a. de 19 de febrer de 2016 (ROJ STS 569/2016) l'atorga a una família nacional de Síria. Per la seva banda, la STS 3a. de 19 de febrer de 2016 (ROJ STS 5515/2016) denega la concessió de l'asil però reconeix el dret a la protecció subsidiària.

Sobre l'extensió familiar del dret d'asil, vegeu la SAN (Cont-Adm) de 30 de novembre de 2016 (ROJ SAN 4522/2016).

3.2.5. L'entrada en territori espanyol i la denegació de l'entrada

Conforme a tot allò examinat fins ara, el compliment de totes les condicions d'entrada establertes pot permetre l'entrada de l'estranger en territori espanyol (recordem que no té el caràcter de dret fonamental quan es tracta d'estrangers,

STC 72/2005), i el seu incompliment, motivar la denegació d'entrada. Més enllà, òbviament, es poden donar situacions d'entrada irregular en territori espanyol. Tot seguit, examinarem allò que comporta cadascuna d'aquestes situacions.

1) L'entrada en territori espanyol

Una vegada que s'autoritza l'entrada de l'estranger nacional d'un tercer país, s'estamparà el corresponent **segell** en el seu document de viatge (art. 11 del Codi de fronteres Schengen, apartats 1 i 2, i Annex IV). El segellat dels documents de viatge es farà de forma sistemàtica i tant a l'entrada com a la sortida del territori espanyol, excepte que es tracti d'algun dels supòsits en què es preveu expressament que no sigui així (art. 11.3 del Codi de fronteres Schengen). El RLOEx també preveu aquest tràmit en el seu article 12.

Registre d'entrada

La LOEX (art. 25.4) i el RLOEx (art. 14) preveuen la possibilitat que es porti a terme un registre d'entrada de tots aquells estrangers als quals no sigui d'aplicació el règim europeu, per tal de poder controlar el període de permanència a Espanya. Aquest registre s'efectuaria en el Registre Central d'Estrangers (art. 213 RLOEx) i s'hauria de practicar de conformitat amb la legislació de protecció de dades personals. Amb tot, la seva creació depèn d'una ordre ministerial que encara no s'ha dictat.

L'estampació del segell en el document de viatge a l'entrada té una particular importància ja que en el mateix constarà la **data d'entrada** en el territori Schengen. De la constància de la data d'entrada en el passaport es pot inferir la regularitat d'aquesta entrada i, per tant, també de l'estada, la qual acredita (veure art. 208 RLOEx). La manca de segell d'entrada en el passaport o altre document de viatge pot comportar conseqüències negatives per a l'estranger. L'article 12 del Codi de fronteres Schengen estableix que, en aquest cas, les autoritats nacionals competents podran presumir que el portador del document no compleix o ha deixat de complir les condicions de durada de l'estada aplicables en l'estat membre que es tracti. Aquesta presumpció és *iuris tantum*, és a dir, admet prova en contrari ja que l'interessat pot aportar tots els mitjans de prova fidedignes que consideri oportuns per a demostrar el compliment de les condicions d'entrada i, per tant, el caràcter regular de la seva permanència en el territori Schengen (exhibint, per exemple, bitllets de transport o proves que demostrin que es trobava fora del territori dels estats membres en una determinada data). En aquest cas, les autoritats competents faran constar en el seu document de viatge la data i el lloc pel qual es va creuar la frontera exterior del territori Schengen.

Jurisprudència

Com a exemples dels efectes perjudicials per a l'estranger que pot tenir la manca de segell d'entrada en el passaport, llegiu la STSJ Madrid (Cont-Adm) de 27 de maig de 2011 (ROJ STSJ M 5856/2011) i la STSJ Madrid (Cont-Adm) de 30 de maig de 2011 (ROJ STSJ M 5647/2011).

Ara bé, en la hipòtesi que, davant d'aquesta manca de segell d'entrada, l'estranger no aconsegueixi demostrar que ha efectuat una entrada regular i que compleix les condicions per a la seva estada en territori espanyol, podrà ser ordenat el seu retorn conforme a les previsions de la Directiva 2008/115/CE (art. 12.3 del Codi de fronteres Schengen).

S'estableixen previsions anàlogues per al cas de manca de segell de sortida (per exemple, als efectes d'una eventual nova pretensió d'entrar en territori espanyol en el futur).

Entrada per frontera interior

Recordem que en aquest cas, i conforme a l'article 13 RLOEx, l'estranger té l'obligació de declarar la seva entrada personalment en una comissaria de policia o Oficina d'Estrangers, com a molt en el termini de tres dies hàbils des que hagués tingut lloc.

2) La denegació d'entrada

La manca d'acreditació per part de l'estranger nacional d'un tercer país que es necessiten per reunir les condicions documentals, administratives i econòmiques exigides per a l'entrada en el territori Schengen, o el fet que existeixi una prohibició d'entrada, una inscripció en el SIS com a no admissible, o una consideració de ser un risc per a l'ordre públic, la seguretat interior o la salut pública, implicaran la denegació d'entrada en el territori espanyol. Evidentment, sempre sense perjudici dels supòsits d'autorització excepcional d'entrada així com aquells regits per la legislació d'asil. Així ho disposa l'article 14 del Codi de fronteres Schengen.

Normes aplicables

Malgrat que la denegació d'entrada en territori espanyol es troba també contemplada en l'article 15 RLOEx, en tractar-se d'una qüestió directament vinculada al creuament de les fronteres exteriors de l'espai Schengen, la norma aplicable amb caràcter primari és l'article 14 del Reglament 2016/399/UE, Codi de fronteres Schengen (vegeu STJUE de 14 de juny de 2012, C-606/10, ANAFE).

Els articles 26.2 i 60 LOEx, 15 RLOEx i altres disposicions concordants de dret intern, seran aplicables en la mesura en què regulin aspectes no contemplats en la regulació europea, i sempre que no resultin incompatibles amb la mateixa.

La denegació d'entrada ha de complir unes formalitats que actuen com a garantia contra l'arbitrarietat i la inseguretat jurídica. Aquestes formalitats i requisits procedimentals s'estableixen en l'article 14 del Codi de fronteres Schengen i en el seu Annex V. S'ha d'adoptar una resolució per part de l'autoritat competent; en el cas espanyol, es tracta en principi de l'autoritat policial que estigui a càrrec del lloc fronterer per on l'estranger hagi pretès entrar. Aquesta resolució ha d'estar motivada, indicant el motiu exacte de la denegació. Es lliurarà a l'interessat mitjançant l'impres normalitzat previst a l'efecte en l'Annex V del Reglament 2016/399 i amb acusament de rebuda. També se l'informarà del seu dret a l'assistència lletrada, que pot ser d'ofici, i a tenir un intèrpret (art. 26.2 LOEx).

S'estamparà en el passaport o document de viatge de l'interessat un segell d'entrada cancel·lat o ratllat amb una creu en tinta negra, esmentant al costat els motius de la denegació, es cancel·larà o retirarà el visat i es registrarà la denegació d'entrada.

Si li és denegada l'entrada, s'escau el **retorn** de l'estranger al seu país de procedència, del qual ens ocuparem més endavant.

La denegació d'entrada pot ser objecte de recurs, extrem que ha de constar en la mateixa resolució, amb indicació del recurs que procedeix, del termini i i de l'autoritat davant del qual s'ha de formular. Els recursos seran els previstos en el dret intern. La resolució de denegació d'entrada no esgota la via administrativa i ha de ser recorreguda en alçada davant la Direcció General de la Policia com a pas previ al recurs davant la jurisdicció contenciós-administrativa. La interposició de recurs contenciós-administratiu no suspèn, però, l'execució de la resolució.

Jurisprudència

La STS 3a. de 15 de febrer de 2007 (ROJ STS 943/2007) confirma la denegació d'entrada a una ciutadana colombiana que, a l'aeroport de Barajas, no va presentar documents que justifiessin l'objecte i les condicions de l'estada, i que no disposava tampoc de carta d'invitació ni de reserva hotelera ni va acreditar mitjans econòmics per sufragar el cost del pretès viatge turístic. Una altra sentència de la mateixa data (ROJ STS 1227/2007) confirma la denegació d'entrada per l'absolut desconeixement de l'estranger de la situació i llocs turístics de les ciutats que deia pretendre visitar. La STSJ Catalunya (Cont-Adm) 422/2016 de 9 de juny (ROJ STSJ CAT 10386/2016), la STSJ Madrid (Cont-Adm) 1255/2014 d'11 de novembre (ROJ STSJ M 16697/2014) o la STSJ Andalusia (Màlaga, Cont-Adm) 3125/2013 de 23 de desembre (ROJ STSJ AND 15628/2013), són il·lustratives també de diferents supòsits de denegació d'entrada. En la STS 3a. de 17 de febrer de 2005 (ROJ STS 987/2005) es confirma la no admissió a tràmit del recurs contenciós-administratiu, per no haver formulat recurs previ d'alçada contra la resolució denegatòria de l'entrada, fet que provoca la confirmació d'aquesta resolució.

Nota

Tingueu en compte que la legislació general sobre procediment administratiu (avui Llei 39/2015, d'1 d'octubre) s'aplicarà en tot allò no disposat expressament en les normes internes d'estrangeria (Disposició addicional 2a. RLO-Ex en relació amb les Disposicions addicionals 3a. a 14a. RLOEx).

3) L'entrada irregular en territori espanyol

Tal com hem exposat anteriorment, l'entrada irregular de l'estranger (salvant els supòsits referits als sol·licitants d'asil) vicia en origen la seva permanència a Espanya, de manera que aquesta esdevé també irregular o no emparada per a la regulació administrativa.

Cal tenir en compte, però, que la LOEx no configura l'entrada irregular en si mateixa com una infracció. Els articles 51 a 54 LOEx, que tipifiquen els diferents tipus d'infraccions a la Llei, no inclouen l'entrada irregular en territori espanyol. Per tant, no pot ser objecte de sanció.

Pel que fa a l'estada irregular que es deriva necessàriament de l'entrada irregular, aparentment es podria incardinar en la infracció greu de l'article 53.1.a LOEx:

«Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.»

Amb tot, la jurisprudència entén que el fet que l'estranger es trobi en territori espanyol per haver entrat irregularment en el mateix no es troba estrictament entre els enumerats en l'article 53.1.a LOEx, a menys que la seva permanència s'hagués perllongat durant més de noranta dies, cas en el qual sí que recauria en la infracció si no s'hagués obtingut una pròrroga d'estada. Com que no es pot fer una interpretació extensiva d'una disposició de caràcter sancionador, cal concloure que no existeix infracció administrativa en el supòsit d'entrada irregular i la consegüent estada irregular mentre aquesta no hagi excedit de noranta dies.

Jurisprudència

Mantenen aquest criteri, entre altres, la STS 3a. de 22 de desembre de 2005 (ROJ STS 7761/2005), la STS 3a. de 28 de febrer de 2007 (ROJ STS 1352/2007), la STS 3a. de 19 d'abril de 2007 (ROJ STS 2764/2007), o les SSTSJ Andalusia (Màlaga, Cont-Adm) 2626/2015 de 23 de novembre (ROJ STSJ AND 14978/2015) i 330/2017 de 27 de febrer (ROJ STSJ AND 2070/2017).

La citada STS de 22 de desembre de 2005 (F.J. Tercer) declara el següent, en referència a l'article 53.1.a LOEx:

«Si analizamos detenidamente dicho precepto, se observa que en él se alude al hecho de encontrarse irregularmente en territorio español pero en concretas o determinadas circunstancias, a saber: Primero: por no haber obtenido la prórroga de estancia. Segundo: por carecer de autorización de residencia. Tercero: por tener caducada más de tres meses la mencionada autorización de residencia y siempre que el interesado no hubiese solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.

No contempla, pues, la definición del artículo 53.a de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España el hecho de encontrarse el extranjero en territorio español por haber entrado ilegalmente en él salvo que su estancia en dicho territorio se hubiese prolongado más de noventa días, pues, en el caso de permanecer más de noventa días sin haber obtenido prórroga de estancia o sin autorización de

residencia, tal conducta se tipifica como infracción grave en el precepto que comentamos.

En definitiva, la conducta del recurrente por haber entrado ilegalmente en territorio español y encontrarse en él irregularmente sin haber sobrepasado los noventa días, a que se refiere el apartado 1 del artículo 30 de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, no está calificada de infracción grave en el mencionado artículo 53.a de la propia Ley, sin que sea posible una interpretación extensiva de este precepto al venir proscrita por los artículos 25.1 de la Constitución y 129 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Ni que decir tiene que si la conducta del recurrente no está tipificada en el artículo 53.a de la mencionada Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España no puede ser castigada con las sanciones previstas en los artículos 55, 57 y 58.1 de la misma Ley.»

En conseqüència, si no existeix infracció, no pot aplicar-se la sanció de l'article 55 LOEx. Això no vol dir, però, que no procedeixi l'adopció de mesures destinades a la sortida de l'estranger del territori espanyol. Concretament, es tractaria de la **devolució** de l'estranger al seu país d'origen o procedència (STS 3a. de 22 de desembre de 2005), que serà acordada per resolució de la mateixa autoritat governativa competent per a l'expulsió, mesura que examinarem més endavant.

3.2.6. L'estada de curta durada i la seva pròrroga

Com hem vist anteriorment, l'article 6 del Codi de fronteres Schengen detalla les condicions que han de complir els nacionals de tercers països per entrar en un estat de l'espai Schengen amb la finalitat de romandre-hi un màxim de **noranta dies en un període de cent vuitanta**. Aquesta situació migratòria rep el nom d'*estada* o *estada de curta durada* i suposa una permanència transitòria en el territori de l'estat (o en el territori Schengen), ja que l'estranger no té la voluntat d'establir-s'hi de forma definitiva –per desenvolupar una activitat econòmica o no–, com seria el cas de la residència.

Precisió

Els articles 30.1 LOEx i 28 RLOEx també contempnen aquesta situació d'estada de curta durada, malgrat ser –com ja s'ha dit– un àmbit de regulació preferentment europeu.

Existeixen altres supòsits en els quals l'estranger pot trobar-se també en situació d'estada, però en aquests casos les circumstàncies o motius pels quals es realitza l'entrada a Espanya són diferents: per exemple, l'autorització d'estada per a la realització d'estudis, intercanvi d'alumnes, pràctiques no laborals o voluntariat (art. 33 LOEx), les autoritzacions excepcionals d'estada en supòsits d'entrada o documentació irregulars (art. 36 RLOEx), o els visats per a recerca d'ocupació (articles 39 LOEX i 175 RLOEx). Aquests supòsits venen regulats per les normes d'estrangeria d'origen intern (LOEx i RLOEx).

Així, per exemple, en el cas dels estudiants la permanència a Espanya pot ser (i habitualment és) superior als noranta dies, es requereix un visat específic i existeix la possibilitat d'obtenir una autorització per treballar en determinades condicions. Ara bé, la situació de l'estranger en aquests casos és d'estància i no de residència, a tots els efectes legals (per exemple, no computa a efectes de l'adquisició de la nacionalitat espanyola per residència).

Vegeu també

El règim dels estudiants, així com el dels visats de llarga durada (o visats de residència) serà analitzat en el mòdul «Dret d'estrangeria (II): autoritzacions i sancions» d'aquesta assignatura.

La duració màxima de l'estada (noranta dies) pot esgotar-se d'un sol cop (és a dir, romandre a Espanya noranta dies consecutius), o es pot anar completant en successives entrades al llarg d'un període de sis mesos.

L'**acreditació** de la situació d'estada es farà mitjançant el passaport o el document de viatge en el que consti el segell d'entrada, en aquells casos en els que no sigui necessària l'obtenció d'un visat (art. 208 RLOEx). Quan s'ha hagut de sol·licitar i obtenir visat per entrar en territori Schengen (visat de curta durada o visat d'estada), el visat compleix, a més de la funció de ser un document habilitador de l'entrada, la de ser un document acreditatiu de la situació per la qual s'ha concedit (art. 209 RLOEx). Així, aquesta acreditació abasta des de l'efectiva entrada a Espanya fins a l'extinció de la vigència del visat. Com sabem, aquesta vigència pot ser com a màxim de noranta dies en un període de cent vuitanta (tot i que òbviament pot tenir una vigència inferior, per exemple de trenta dies), i pot permetre una o múltiples entrades.

En la situació d'estada no és necessària l'obtenció de la Targeta d'Identitat d'Estranger (art. 210 RLOEx).

Una vegada esgotat el període de noranta dies d'estada a Espanya, l'estranger, o bé surt del territori espanyol, o bé, si vol romandre a Espanya, ha de sol·licitar una pròrroga d'estada o una autorització de residència (art. 30 LOEx).

Cal tenir en compte que no és possible sol·licitar una pròrroga d'estada per residir o per treballar, ja que això implicaria una modificació de la situació migratòria no permesa per la llei.

La possibilitat d'obtenir una **pròrroga d'estada**, tal com ve regulada en article 30 LOEx, difereix segons si l'entrada es va realitzar amb visat o sense:

- Si l'entrada es va realitzar amb visat i aquest tenia una durada inferior a tres mesos, llavors és possible sol·licitar una pròrroga d'aquest visat, però mai més enllà dels tres mesos en un període de sis mesos. Tant la sol·licitud com la concessió de la pròrroga es regiran pel Dret de la Unió (art. 34 RLOEx). En particular, l'article 33 del Reglament 810/2009 (Codi de visats) determina les circumstàncies que podran justificar la pròrroga d'un visat d'estada: per exemple, raons humanitàries o de força major que impedeixen a l'estranger abandonar el territori dels estats membres abans de la caducitat del visat, o raons personals greus. La pròrroga haurà de constar en una etiqueta de visat.
- Si l'entrada es va realitzar sense visat perquè no era necessari, l'article 30.4 LOEx preveu la possibilitat de pròrroga quan concorrin «circumstàncies excepcionals» que ho justifiquin. En aquest cas, es podrà autoritzar l'estada de l'estranger en el territori espanyol més enllà de tres mesos, complint les formalitats i els requisits previstos en l'article 32 RLOEx (entre els quals hi ha l'acreditació de les raons de la sol·licitud, també que se segueix disposant de recursos econòmics suficients i d'una assegurança de viatge, i de garanties del retorn). La pròrroga d'estada es farà constar en el passaport o el document de viatge.

La resolució que denegui la sol·licitud de pròrroga d'estada sense visat ha d'estar motivada, s'ha de notificar formalment l'interessat i disposarà la seva sortida del territori espanyol, fixant el termini a l'efecte (que serà el de la finalització del seu període inicial d'estada i, si aquest ja ha acabat, un termini que no podrà ser superior a setanta-dues hores). La vigència de la pròrroga d'estada s'extingirà, a més de per la finalització del termini, per trobar-se l'estranger en alguna de les causes de prohibició d'entrada del títol I RLOEx (art. 33 en relació amb l'art. 11 RLOEx).

Jurisprudència

La STSJ Catalunya (Cont-Adm) 1053/2004 de 8 de setembre (ROJ STSJ CAT 9816/2004) entén correcta la denegació de la pròrroga per incompliment dels requisits.

3.3. Sortida de l'estranger del territori espanyol

La legislació espanyola –així com l'europea–, a banda de regular el creuament de fronteres exteriors per part dels nacionals de tercers estats en el sentit d'entrada a Espanya, contempla també aquest creuament en el sentit invers, és

a dir, la sortida del territori espanyol. A més d'establir regles sobre la forma en què s'ha de realitzar aquesta sortida, distingeix també entre diversos supòsits en funció del caràcter voluntari o obligatori d'aquesta sortida.

3.3.1. Sortida voluntària

Pot donar-se el cas que l'estranger, simplement, abandoni el territori espanyol per voluntat pròpia i dins els terminis legals de l'estada: per exemple, abans que acabi la vigència del seu visat d'estada o autorització de residència no renovada, o abans que transcorrin noranta dies des de la seva entrada en territori espanyol.

La sortida del territori Schengen s'haurà d'efectuar pels llocs habilitats a l'efecte, i l'estranger haurà de mostrar la seva documentació als funcionaris encarregats del control fronterer, per a la seva obligatòria comprovació.

Inspeccions i comprovacions a la sortida

Les inspeccions i comprovacions fronteres regulades en els articles 7 a 11 del Reglament 2016/399, Codi de fronteres Schengen, es contemplen per a totes les persones (beneficiaris del dret europeu a la lliure circulació i nacionals de tercers països que no ho siguin), i tant per a l'entrada com per a la sortida del territori Schengen. Evidentment, però, esdevenen més minucioses a l'entrada, ja que és necessari comprovar el compliment de les condicions per a l'entrada (no hi ha en aquest sentit condicions per a la sortida).

L'article 20.2 RLOEx estableix que la sortida es podrà fer amb documentació defectuosa o fins i tot sense documentació, si no hi ha cap prohibició o impediment a criteri dels funcionaris encarregats del control fronterer.

S'estamparà el segell de sortida en el passaport o document de viatge dels nacionals de tercers països, també quan siguin beneficiaris del règim europeu i no tinguin permís o targeta de residència (art. 11 Codi de fronteres Schengen i art. 21.2 RLOEx). Quan el document no es pugui segellar, s'omplirà un imprès de sortida per tal de deixar constància de la mateixa (art. 21.3 RLOEx). Respecte als nacionals de tercers països també es preveu que es pugui registrar la sortida a efecte de control del seu període de permanència a Espanya (art. 21.4 RLOEx).

D'acord amb els articles 28.1 LOEx i 19.1 RLOEx, i en virtut del principi de llibertat de circulació, els estrangers poden sortir lliurement del territori espanyol, excepte en aquells casos que determini el Codi penal o la mateixa legislació d'estrangeria.

Un altre supòsit que ens podem trobar és que un estranger vulgui sortir temporalment d'Espanya per retornar-hi després (per exemple, vol anar temporalment al seu país d'origen per raons familiars). En aquest sentit, l'article 20.5 LOEx estableix que aquells estrangers que gaudeixin d'una autorització de residència poden sortir i tornar a entrar en territori espanyol totes les vegades que ho necessitin, mentre l'autorització i el passaport o document anàleg es trobin en vigor. Com hem vist abans, la titularitat d'una autorització o visat de

residència espanyols vàlids i en vigor és suficient per a l'entrada en l'espai Schengen també per la frontera d'un altre estat membre, a tenor del Reglament 2016/399 (art. 6.5.a).

Autorització de retorn

Pot succeir, però, que l'autorització de residència estigui caducada i en procés de renovació. Per a aquests supòsits, si l'estranger vol sortir d'Espanya, haurà de sol·licitar prèviament una autorització de retorn, demostrant que ha demanat la pròrroga o renovació. En cas contrari, no li serà possible el creuament de la frontera per incompliment dels requisits d'entrada, donada la manca de vigència de la seva autorització de residència. L'autorització de retorn també es pot sol·licitar en els casos de robatori, pèrdua, destrucció o inutilització de la Targeta d'Identitat d'Estranger, sempre que es justifiqui que s'ha demanat duplicat de la mateixa. La vigència de l'autorització de retorn, però, és limitada (noranta dies màxim), per la qual cosa la nova entrada a Espanya s'haurà de fer dins d'aquest termini. Vegeu l'article 5 RLOEx.

En ocasions, però, pot existir un **prohibició de sortida** en relació amb un determinat estranger, per raons de seguretat nacional (per exemple, condemna o investigació judicial per la comissió de determinats delictes a Espanya o petició d'extradició per part d'un altre país) o de salut pública (malalties contagioses que imposin la immobilització i l'internament del malalt en un centre mèdic). Els expedients de prohibició de sortida s'han d'instruir i resoldre amb caràcter individual (articles 28.2 LOEx i 22 RLOEx).

3.3.2. La sortida obligatòria en sentit estricte

En determinades ocasions, l'estranger no té marge de decisió o d'opció en relació amb la seva sortida d'Espanya, sinó que està obligat a efectuar aquesta sortida del territori espanyol perquè no compleix o ha deixat de complir les condicions per continuar-hi la permanència.

Pot tractar-se d'una obligació de sortida d'origen legal o derivada d'una resolució de caràcter administratiu o judicial.

Per exemple, un estranger que es troba en règim d'estada de curta durada sense necessitat de visat ha de sortir d'Espanya quan esgoti el termini de noranta dies en un període de cent vuitanta, o quan finalitzi la vigència del seu visat d'estada en un altre cas. També quan finalitzi la vigència de la seva autorització de residència i no n'hagi demanat la renovació. O quan es compleixi el termini en el qual un treballador estranger s'hagi compromès a retornar al seu país d'origen en el marc d'un programa de retorn voluntari. Aquests són supòsits en què l'obligació d'abandonar el territori espanyol dimana directament de la llei. Així ho disposa l'article 20.4 RLOEx:

«Los que se encuentren en situación de estancia o de prórroga de estancia habrán de salir del territorio español dentro del tiempo de vigencia de dicha situación. Su ulterior entrada y permanencia en España habrán de someterse a los trámites establecidos.»

L'obligació de sortir d'Espanya també pot venir establerta en una resolució administrativa o judicial. Així serà, per exemple, en les resolucions administratives que deneguin les sol·licituds de pròrroga d'estada o de concessió o renovació d'autorització de residència, o en les resolucions judicials que resolguin els recursos interposats contra aquestes. La resolució administrativa ha de contenir l'advertència a l'estranger de la seva obligació d'abandonar el territori espanyol en el termini que estableixin o, si s'escau, en el termini màxim de quinze dies comptats a partir de la notificació de la resolució.

Termini de sortida excepcional

Si concorren circumstàncies excepcionals i es justifica tenir mitjans econòmics suficients, aquest termini es pot prorrogar fins a un màxim de noranta dies.

Tots els supòsits anteriors són dels contemplats en l'article 28.3 lletres *c* i *d* LOEx i en l'article 24 RLOEx, i es podrien englobar sota la categoria genèrica de «manca d'autorització per trobar-se a Espanya», sigui quin sigui l'origen d'aquest defecte.

Si l'estranger surt efectivament del territori espanyol dins del termini establert, llavors no se li imposarà cap prohibició d'entrada i podrà tornar a entrar en territori espanyol, sempre que compleixi les condicions establertes a l'efecte. En cas contrari, l'estranger incorrerà en la infracció greu prevista en l'article 53.1.a LOEx («Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente»), i se li podrà imposar la corresponent sanció, a més d'una prohibició d'entrada en territori espanyol (art. 24.2 RLOEX *in fine*).

Exemples

Així, si l'estranger es troba en règim d'estada o de pròrroga d'estada, ha de sortir d'Espanya abans que finalitzi la vigència de la seva situació (per exemple, abans que transcorrin els noranta dies o abans que caduqui el visat d'estada), d'acord amb l'article 20.4 RLOEx. I si l'obligació de sortida deriva d'una resolució que imposa un termini de quinze dies, s'haurà de realitzar efectivament dins d'aquest termini.

Per tant, la no realització de la sortida obligatòria dins del termini establert en la llei o en la resolució que la imposa comportarà la comissió d'una infracció administrativa de caràcter greu d'acord amb l'article 53.1.a LOEx.

S'exceptuen del règim de sortides obligatòries, però, els sol·licitants d'asil als quals no s'hagi admès a tràmit la seva sol·licitud per no ser Espanya l'estat responsable d'examinar la petició d'acord amb les normes europees, ja que en aquests casos hi ha un procediment específic (art. 24.5 RLOEx).

3.3.3. La devolució

La devolució és una mesura per la qual es disposa la sortida forçosa de l'estranger que ha entrat de forma irregular en territori espanyol infringint una prohibició d'entrada imposada en una ordre d'expulsió, o que és sorprès prenent entrar il·legalment a Espanya.

Es tracta, doncs, d'un supòsit també de sortida obligatòria, regulat en els articles 28.3.b i 58 LOEx i 23 RLOEx. En aquestes disposicions, però, no es defineix la figura.

En els articles 57 i següents de la LOEx (en la seva redacció donada per la LO 2/2009) s'efectua la transposició de la **Directiva 2008/115/CE** del Parlament Europeu i del Consell, de 16 de desembre de 2008, relativa a normes i procediments comuns en els estats membres per al retorn dels nacionals de tercers països en situació irregular, coneguda també com a «Directiva de retorn». Dictada en exercici de la competència de la UE en matèria d'immigració, té l'objectiu de lluitar contra la immigració il·legal. Malgrat la seva terminologia, la Directiva no es refereix al *retorn* en el sentit que usualment es dona a aquesta paraula en el dret d'estrangeria espanyol, sinó que utilitza un concepte més ample. D'acord amb la definició de l'article 3 de la Directiva, s'entén per *retorn* el procés de tornada d'un nacional d'un tercer país, ja sigui en acatament voluntari d'una obligació de retorn o bé de manera forçosa, al seu país d'origen, o a un país de trànsit de conformitat amb un acord de readmissió o a un tercer país al qual decideixi anar voluntàriament i hi sigui admès. Per tant, cobreix els supòsits tant de sortida obligatòria en sentit estricte que hem vist abans, com l'expulsió o la devolució, o fins i tot les denegacions d'entrada (tot i que respecte a aquestes i les devolucions per creuament irregular de fronteres l'art. 2.1.a dona llibertat als estats membres per aplicar la Directiva o no). El supòsit és la presència en el territori d'un estat membre d'un nacional d'un tercer país que no compleix o ha deixat de complir les condicions d'entrada establertes en el Codi de fronteres Schengen o altres condicions d'entrada, estada o residència en aquest estat membre. També es regula l'internament, l'ús de mesures coercitives i la prohibició d'entrada. La Directiva no s'aplica als nacionals de tercers països que siguin beneficiaris del règim europeu de lliure circulació.

La Directiva de retorn

Segons el TJUE, tot nacional d'un tercer país que es trobi en el territori d'un estat membre sense complir les condicions d'entrada, estada o residència es troba, per aquesta mera raó, en situació irregular, sense que sigui necessari per incórrer en aquesta situació una estada mínima en aquell territori o una intenció de romandre-hi (per exemple, el fet de transitar en autobús per França amb destí al Regne Unit, STJUE de 7 juny de 2016 C-47/15, Affum). La Directiva també implica una delimitació de les reaccions que els estats membres poden adoptar davant dels supòsits que regula. Així, la STJUE de 28 d'abril de 2011, C-61/2011, El Dridi, considera incompatible amb la Directiva una normativa nacional que imposa una pena de presó a un nacional d'un tercer país en situació irregular, per l'únic motiu que romanguí al territori d'aquest estat sense causa justificada, amb infracció d'una ordre de sortida d'aquest territori o en un termini determinat.

Cal dir que la Directiva ha rebut crítiques per gran part de la doctrina que li atribueix un caràcter restrictiu de drets.

Nota

El TJUE s'ha pronunciat en nombroses ocasions sobre la interpretació de les normes de la Directiva de retorn. En aquest sentit, vegeu, a més de les citades al text i entre d'altres, la STJUE de 6 de desembre de 2011, C-329/11, Achughabian; la STJUE de 10 setembre 2013, C-383/13 PPU, M.G. i N.R.; la STJUE de 5 de juny de 2014, C-146/14 PPU, Mahdi; la STJUE d'11 de desembre de 2014, C-249/13, Boudjlida, o la STJUE d'1 d'octubre de 2015, C-290/14, Celaj.

Segons estableix l'article 58.3 de la LOEx, procedirà la devolució (i per tant no l'expulsió) en els supòsits següents:

a) Quan l'estranger que hagi estat expulsat d'Espanya hagi tornat a entrar, contravenint la prohibició d'entrada. Cal tenir en compte que la prèvia expulsió i la corresponent prohibició d'entrada poden haver estat ordenades per les autoritats d'un altre estat membre de la UE. En aquest supòsit, es considera que la devolució seria un acte d'execució material de la prohibició d'entrada (STS 3a. 12 de març de 2013, ROJ STS 988/2013, FJ Tercer).

Les prohibicions d'entrada derivades de la infracció de la normativa d'estrangeria

Recordem que l'article 11 RLOEx en les lletres *a* i *b* estableix una prohibició d'entrada al territori espanyol, encara que reuneixin la resta de requisits:

- Als estrangers que hagin estat prèviament expulsats d'Espanya i es trobin dins del termini de prohibició d'entrada que s'hagi determinat en la resolució d'expulsió, o quan s'hagi dictat contra ells una resolució d'expulsió, excepte caducitat del procediment o prescripció de la infracció o de la sanció.
- Als estrangers que hagin estat objecte d'una mesura de devolució i es trobin dins del termini de prohibició d'entrada determinat en el corresponent acord de devolució.

b) En relació amb els estrangers que pretenguin entrar il·legalment en el país. L'article 23.1.b RLOEx hi equipara aquells que siguin interceptats en la frontera o en les seves immediacions. La delimitació d'aquest supòsit ha generat sovint problemes d'interpretació. En principi, es limitaria només als estrangers que han fet una temptativa d'entrar en territori espanyol i que són sorpresos en aquest intent o poc després (per exemple, a prop de la frontera terrestre, o just en desembarcar en cas d'accés per mar). No seria aplicable quan l'estranger ja es troba en l'interior del territori i no es dona aquesta relativa immediatesa entre la seva entrada i el moment en què és interceptat (STS 3a. 20 de març

de 2003, ROJ STS 1924/2003). Segons el TS, el concepte de *país* que utilitza la norma no té contingut jurídic propi i no fa referència ni a l'espai aeri ni a les aigües interiors al mar territorial adjacent a les costes, comprenent tan sols l'espai de terra ferma del territori nacional (STS de 13 d'octubre de 2003, ROJ STS 6218/2003).

Aplicació de la figura de la devolució a altres supòsits no previstos en la llei

Per via jurisprudencial, s'ha establert la procedència d'acordar la devolució –i no l'expulsió– a altres supòsits diferents dels previstos en l'article 58.3 LOEx. En particular, el Tribunal Suprem ha considerat que la devolució és la mesura idònia per als casos d'entrada il·legal a Espanya quan l'estada no hagi superat els noranta dies. Com que en aquests supòsits no recau la infracció del 53.1.a, no se'ls pot aplicar la sanció d'expulsió, ni directament (per no estar tipificats) ni per analogia (en ser una norma de caràcter sancionador o restrictiu de drets). En conseqüència, procedeix adoptar la mesura de devolució, però a diferència dels casos del 58.3 LOEx, cal tramitar un expedient administratiu, i evidentment no imposar cap prohibició d'entrada (veure les SSTs 3a. de 22 de desembre de 2005, ROJ STS 7761/2005, de 28 de febrer de 2007 (ROJ STS 1352/2007), 27/09/2007 (ROJ STS 6037/2007), o la STSJ Andalusia (Màlaga, Cont-Adm) 2626/2015 de 23 de novembre (ROJ STSJ AND 14978/2015).

Per tant, en tot cas resulta clar que la devolució –a diferència del retorn– presuposa que ha existit una entrada prèvia en el territori espanyol (supòsit *a* de l'article 58.3 LOEx), o bé un intent o pretensió d'entrada irregular (supòsit *b* de la mateixa norma).

L'estranger que sigui interceptat per les autoritats encarregades de la vigilància de costes i fronteres intentant entrar irregularment a Espanya serà detingut i conduït en el termini més breu possible a una comissaria de la Policia Nacional per tal que sigui identificat i, si s'escau, s'acordi la seva devolució. Igualment serà detingut l'estranger que es trobi irregularment a Espanya per haver infringit una prohibició d'entrada després de la seva expulsió.

De conformitat amb els articles 58.5 LOEx i 23.1 RLOEx, la devolució és una mesura que s'acorda mitjançant una resolució administrativa dictada per la mateixa autoritat governativa competent per acordar l'expulsió (Delegat o Subdelegat del Govern en funció de si es tracta d'una comunitat autònoma uniprovincial o no). En la tramitació de la devolució l'estranger té dret a assistència jurídica, així com a intèrpret, serveis que seran gratuïts si no disposa de recursos suficients (art. 23.3 RLOEx).

Ara bé, el cert és que es tracta d'una mesura de límits difusos que ha suscitat dubtes en la doctrina i la jurisprudència, existint diversitat de criteris propiciada també per les reformes de la legislació d'estrangeria en aquest punt.

En particular, s'han suscitat dubtes sobre la mateixa **naturalesa** de la mesura, en el sentit de si es tracta d'una mesura de caràcter sancionador o no. Aquesta condició afectaria al procediment per a la seva adopció, que requeriria unes garanties especials en el primer cas. De la literalitat del text de la LOEx sembla

deduir-se que, en diferenciar la devolució de l'expulsió des del punt de vista procedimental («no será preciso expediente de expulsión [...]»), en els dos supòsits de l'article 58.3 LOEx, es possibilita l'adopció d'una resolució de devolució –i l'execució de la mateixa– aparentment sense necessitat de seguir cap expedient administratiu específic.

En aquest sentit, del text de la LOEx es desprèn de forma clara la voluntat del legislador de no configurar la devolució com una mesura de caràcter sancionador. De fet, aquest és també el criteri de la jurisprudència, inclosa la constitucional, que considera que no es dona en la figura la funció repressiva, retributiva o de càstig pròpia de les sancions (STC 276/2000 de 16 de novembre, STC 132/2001 de 8 de juny i STC 17/2013 de 31 de gener), sinó que es tracta d'una mesura de restabliment de la legalitat infringida per la conducta de l'estranger. Per exemple, en el cas de la lletra *a* del 58.3 LOEx, es tractaria de l'execució material d'un acte administratiu previ que imposa una prohibició d'entrada, i en el cas de la lletra *b* del mateix precepte, es tracta d'una mesura impeditiva de l'entrada il·legal a Espanya dirigida a aquells que «pretenguin» eludir la preceptiva entrada a través dels llocs de control fronterers, de naturalesa anàloga a la denegació d'entrada o al rebuig en frontera tal com s'extreu de l'article 2 de la Directiva de retorn (STS 3a. de 12 de març de 2013, ROJ STS 988/2013). Aquesta configuració com a mesura no sancionadora implicaria, en conseqüència, que no s'hagi de seguir expedient administratiu sancionador per acordar la devolució d'un estranger.

Debat sobre la naturalesa de la devolució i la forma d'acordar-la

Amb tot, una bona part de la doctrina, per contra, atén als efectes materials i jurídics de la devolució –que no són essencialment diferents dels de l'expulsió– per qualificar-la d'autèntica mesura de caràcter sancionador (al menys des de la reforma operada per la LO 14/2003), mesura que no és admissible adoptar sense el necessari expedient administratiu sancionador amb totes les garanties del dret de defensa de l'estranger. El mateix TS ha manifestat que «no cabe duda que la devolución sin tramitar un expediente administrativo implica una limitación de garantías» (STS 3a. de 22 de desembre de 2005, ROJ STS 7761/2005, F.J. quart). Així, a la doctrina s'ha afirmat que, al menys pel que fa al supòsit previst en la lletra *b* de l'article 58.3 LOEx [en el qual no hi ha cap acte administratiu previ com en el de la lletra *a*], sembla clar que la resolució no podria adoptar-se sense seguir algun tipus de procediment administratiu conforme a les normes administratives generals, procediment en el qual l'interessat pugui formular al·legacions i que es resolgui de forma motivada (STS 3a. d'11 d'abril de 1995, ROJ STS 2139/1995).

En qualsevol cas, els límits difusos de la figura i els dubtes jurídics que planteja es fan palesos a la STS 3a. de 12 de març de 2013 (STS 988/2013).

Des d'un altre punt de vista, resulta interessant la consideració que el fet que «no sigui necessari» seguir un expedient d'expulsió per acordar la devolució no implica que no pugui seguir-se aquest procediment, amb més raó ja que resulta més garantista per al subjecte (STSJ Catalunya Cont-Adm 617/2016 de 14 de juliol, ROJ STSJ CAT 7192/2016).

Jurisprudència: incompatibilitat de les devolucions en calent amb la Convenció Europea de Drets Humans

Les devolucions sense cap procediment administratiu ni judicial que des de fa anys es porten a terme a les fronteres de Ceuta i Melilla (també conegudes popularment com a «devolucions en calent»), han estat declarades pel Tribunal Europeu de Drets Humans d'Estrasburg com a contràries a la Convenció Europea de Drets Humans de 1950. En la seva Sentència de 3 d'octubre de 2017, assumpte N.D. i N.T. c. Espanya, es condemna l'Estat espanyol per les «devolucions en calent» de dos immigrants que varen entrar a Espanya per la tanca de Melilla l'agost de 2014. El TEDH entén que la seva devolució al Marroc, sense cap prèvia intervenció administrativa ni judicial individualitzada, i ni tan sols la seva identificació, constitueix una «expulsió de caràcter col·lectiu» prohibida per l'article 4 del Protocol núm. 4 de la Convenció Europea dels Drets Humans i vulnera també l'article 13 de la Convenció en privar-los de tota via de recurs efectiu davant les autoritats espanyoles.

És coneguda la controvèrsia que ha suscitat aquesta pràctica per la més que dubtosa compatibilitat amb els drets fonamentals i les llibertats públiques. Arran de la LO 4/2015 de 30 de març, de protecció de la seguretat ciutadana, es va introduir a la LO 4/2000 una nova Disposició addicional 10a. en relació amb el «Règim especial de Ceuta i Melilla», en un intent de «requalificar» la pràctica com a «rebuig en frontera».

La Sentència del TEDH descarta l'admissibilitat de continuar amb aquestes pràctiques i obre un interrogant sobre el futur de la regulació de les devolucions sense cap mena de procediment.

Si la devolució no es pot efectuar en el termini de setanta-dues hores, se sol·licitarà de l'autoritat judicial la mesura d'internament prevista per als expedients d'expulsió. L'internament tindrà lloc en un Centre d'Internament d'Estrangers (CIE). Cal tenir en compte que tot ingrés en un centre d'internament d'estrangers (CIE) per motius de devolució o expulsió requereix una resolució judicial prèvia i motivada, essent l'autoritat competent per regla general el jutge d'instrucció del lloc on es practiqui la detenció de l'estranger. En principi, està prohibit l'ingrés de menors en aquests centres (art. 62 LOEx), excepte supòsits excepcionals. Quan les autoritats localitzin en territori espanyol un menor no acompanyat susceptible d'estar en situació de desemparament, es procedirà conforme s'estableix en l'article 35 LOEx. D'acord amb l'article 62.2 LOEx, l'internament es mantindrà durant el temps imprescindible per a la finalitat de l'expedient, essent la seva duració màxima de seixanta dies; no es pot acordar un nou internament per la mateixa causa en un mateix expedient.

Centres d'internament

Els CIE estan regulats en el Reial decret 162/2014, de 14 de març. S'estableix que la permanència de l'estranger en aquestes instal·lacions, que no tenen caràcter penitenciari, únicament tindrà per finalitat garantir, si s'escau, el seu retorn al país de procedència o el seu trasllat a un tercer país on sigui admesa la seva entrada, i que la limitació de la llibertat ambulatoria s'ha de cenyir en durada i extensió a aquest objectiu. Els centres estaran dotats de serveis (especialment socials, jurídics i sanitaris) adequats a la xifra mitjana d'ocupació. La realitat de molts CIE, però, posa de relleu greus deficiències en el compliment d'aquests criteris.

Vegeu també

En relació amb els CIE, vegeu l'apartat «Internament i CIE» del mòdul «Dret d'estrangeria (II): autoritzacions i sancions».

L'article 23.5 RLOEx estableix que l'execució de la devolució implicarà que torni a començar el còmput de la prohibició d'entrada que s'hagués infringit, quan s'hagués adoptat en virtut d'una resolució d'expulsió dictada per les autoritats espanyoles.

Dubtes de constitucionalitat

La previsió de l'article 23.5 RLOEx ha estat considerada inconstitucional per part de la doctrina, per considerar que en realitat es tracta d'una nova sanció (i no de la mateixa, «reiniciada») que s'imposa al marge de la necessària previsió en Llei orgànica i del consegüent procediment sancionador amb les garanties adequades.

D'altra banda, el Tribunal Constitucional en la Sentència 7/2013 de 31 de gener de 2013, i basant-se en la naturalesa no sancionadora de la devolució i en la consegüent absència d'expedient sancionador apte per imposar noves mesures restrictives de drets, va declarar inconstitucional el segon incís de l'article 58.7 LOEx on s'establia que quan la devolució s'hagués acordat en relació amb un supòsit dels previstos a l'article 58.3.b, portarà aparellada la prohibició d'entrar a Espanya durant un període màxim de tres anys, fet que afecta igualment a la norma paral·lela de l'article 25.5 RLOEx. La inconstitucionalitat es limitaria a aquelles prohibicions acordades sense seguir un expedient administratiu amb les garanties adequades; vegeu en aquest sentit la STS 3a. de 12 de març de 2013, ROJ 988/2013, o la STSJ Andalusia (Màlaga, Cont-Adm) 262/2017 de 20 de febrer, ROJ STSJ AND 2000/2017

La resolució que acordi la devolució no esgota la via administrativa (Disposició addicional 14a. RLOEx) i, per tant, s'ha de recórrer en alçada davant l'autoritat corresponent del Ministeri de l'Interior. El silenci administratiu té efectes negatius (Disposició addicional 13a. RLOEx). Posteriorment es pot interposar recurs contenciós-administratiu.

L'executivitat de la resolució de devolució es regeix per allò disposat en les normes administratives (Disposició addicional 14a. RLOEx). En principi, doncs, una vegada esgotada la via administrativa la resolució esdevé executiva, es poden, però, sol·licitar la suspensió de la seva execució per les causes previstes en la llei. La resolució de devolució, en tot cas, no podrà ser executada i s'haurà de suspendre si es refereix a una dona embarassada i pot suposar un risc per a la gestació i per a la salut de la mare, o si es refereix a una persona malalta i pot suposar un risc per a la seva salut (no es diu res, però, de la situació legal en la que queden aquestes persones). També se suspendrà si es tracta d'un sol·licitant d'asil, fins que no s'hagi resolt sobre la seva sol·licitud o aquesta no s'hagi admès a tràmit. L'admissió a tràmit de la sol·licitud de protecció internacional portarà aparellada l'autorització d'entrada i la permanència provisional del sol·licitant.

A l'article 23 RLOEx es regulen també la prescripció de la resolució que ordena la devolució (23.7 RLOEx), així com la seva eventual revocabilitat en el marc d'un procediment d'autorització de residència per circumstàncies excepcionals respecte al sol·licitant, en el cas que no hagués estat executada (23.8 RLOEx).

Cal tenir en compte que la devolució és una mesura que es pot aplicar també als ciutadans de la UE, per estar prevista com a tal a l'article 15.1.c del RD 240/2007 i per la remissió que fa la Disposició addicional 2a. d'aquesta norma a la legislació general d'estrangeria en allò no regulat (veure per exemple la STSJ Madrid 493/2017 de 28 de juny, ROJ STSJ M 7461/2017).

3.3.4. L'expulsió

L'expulsió és una mesura de caràcter sancionador que pot tenir una naturalesa administrativa o bé penal.

L'expulsió està inclosa dins del concepte ample de *retorn* que és objecte de la Directiva 2008/115. L'expulsió, a més de com a resolució que imposa la sortida obligatòria, també pot ser entesa en la seva dimensió d'actuació material coercitiva d'execució d'aquesta resolució, en el sentit emprat en la Directiva de retorn, que la defineix en el seu article 3.5 com «la ejecución de la obligación de retornar, es decir, el transporte físico fuera del Estado miembro».

L'expulsió és la mesura coercitiva més dràstica que es pot adoptar respecte a un estranger. Suposa la imposició de la seva sortida obligatòria del territori espanyol com a sanció per la comissió d'una infracció a la legislació d'estrangeria o per la comissió d'un il·lícit penal.

Així, es preveu entre els supòsits de sortida obligatòria del territori espanyol l'expulsió per ordre judicial, en els casos previstos en el Codi penal (28.3.a LOEx), i l'expulsió governativa acordada per resolució administrativa en els casos previstos a la Llei d'estrangeria (28.3.b LOEx).

Des de la perspectiva de l'expulsió governativa (com a sanció administrativa), els supòsits i les condicions per acordar i procedir a una expulsió estan regulats en l'article 57 LOEx. Des de la vessant penal, i quan es tracti d'una expulsió substitutiva d'una pena de presó, caldrà tenir en compte també l'article 89 del Codi penal. Evidentment, com a mesura sancionadora, l'expulsió només es podrà acordar en els casos i les circumstàncies taxativament previstos a la llei.

Infraccions administratives i expulsió

L'expulsió de fet no es preveu directament com a sanció de cap infracció de les disposicions de la LOEx. Així, si observem l'article 55 LOEx en relació amb els articles 51 a 54 LOEx, es desprèn que les sancions previstes en tots els casos són de multa, variant la quantia d'aquesta en funció de la gravetat de la infracció. De fet, la possibilitat d'acordar l'expulsió en relació amb la comissió d'una infracció administrativa ve establerta en l'article 57.1 LOEx, que preveu que es pugui substituir la pena de multa per l'expulsió en relació amb determinades infraccions (les dels apartats *a*, *b*, *c*, *d* i *f* de l'article 53.1 LOEx) i quan l'infractor sigui estranger. Aquesta substitució –es diu– s'aplicarà en atenció al principi de proporcionalitat i prèvia la tramitació del corresponent expedient administratiu, mitjançant resolució motivada que valori

Vegeu també

Vegeu una anàlisi detallada de la STJUE de 23 d'abril de 2015 en l'apartat «La sanció de multa i la infracció per estada irregular» del mòdul «Dret d'estrangeria (II): autoritzacions i sancions».

els fets que configuren la infracció. En cap cas es podran imposar conjuntament les sancions d'expulsió i multa (art. 57.3 LOEx).

En relació amb les infraccions per permanència irregular a Espanya previstes a l'article 53.1.a LOEx, la jurisprudència del Tribunal Suprem s'ha inclinat per entendre que la sanció principal és la multa, a menys que concorrin circumstàncies agreujants addicionals en la comissió de la infracció que justifiquin la substitució de la multa per l'expulsió. Tanmateix, aquesta alternativa prevista en la legislació espanyola ha estat declarada pel TJUE com a incompatible amb la Directiva 2008/115 (Directiva de retorn). En la seva **Sentència de 23 d'abril de 2015, C-38/14, Zaizoune**, el TJUE ha declarat que la possibilitat de sancionar amb multa –i no amb expulsió– les situacions de permanència irregular dels nacionals de tercers països suposa un incompliment de les obligacions que la Directiva 2008/115 imposa als estats membres, que estableix necessàriament el retorn per a aquestes situacions. El fet que l'article 57.1 LOEx permeti imposar només una multa en alguns d'aquests casos pot frustrar l'aplicació de les normes i dels procediments comuns establerts per la Directiva 2008/115 i, en el seu cas, demorar el retorn, perjudicant l'efecte útil de la Directiva. En base a aquests arguments, el TJUE ha declarat incompatible amb la Directiva de retorn de la norma del 57.1 LOEx que permet substituir la multa per expulsió en determinats casos. En conseqüència, cal entendre que procedeix l'expulsió –i no la multa– en tots els supòsits en els quals un nacional d'un tercer país es trobi en situació irregular a Espanya tal com ho defineix la Directiva de retorn. Això afecta principalment a la infracció prevista en l'article 53.1.a LOEx, però també eventualment a altres quan impliquin una permanència irregular en territori espanyol (per exemple, la prevista en la lletra *b* del mateix article 53.1 LOEx). D'aquesta manera, es pot afirmar que en cert sentit la normativa europea acaba resultant més restrictiva que la normativa espanyola preexistent i que contrasta amb la validació d'aquella norma feta pel TC en la seva sentència 260/2007 de 20 de desembre.

L'expulsió, en la seva dimensió de sanció administrativa, s'ha d'acordar després de seguir un **procediment sancionador** que està regulat en el RLOEx, en els seus articles 216 i següents i, en particular i com a disposicions específiques, en els articles 242-248 RLOEx. En tractar-se d'una mesura restrictiva de drets, cobren especial importància els principis que governen el dret sancionador (principi de legalitat, de tipicitat, d'irretroactivitat, de proporcionalitat, de responsabilitat, principi *non bis in idem*, etc.), així com les garanties que ha de respectar tot procediment sancionador (presumpció d'innocència, principi d'audiència, garantia del dret de defensa i la tutela judicial efectiva, etc.). És un àmbit on es posa particularment de manifest la tensió entre l'actuació administrativa i els drets fonamentals.

La resolució que acordi l'expulsió la dictarà el Subdelegat del Govern (o el Delegat del Govern si es tracta d'una comunitat autònoma uniprovincial). Ha de ser motivada i s'ha de notificar a l'interessat, amb indicació dels recursos que pot interposar, l'autoritat davant la qual ho ha de fer i el termini (art. 57.9 LOEx). La resolució d'expulsió esgota la via administrativa (Disposició addicional 14a. RLOEx).

En funció del tipus de procediment seguit per imposar-la, l'execució material de l'expulsió tindrà lloc de forma immediata o després del transcurs d'un termini conferit a l'estranger per sortir voluntàriament del territori (art. 246 RLOEx). Es preveu també la possibilitat d'adoptar determinades mesures cautelars (art. 61 LOEx), així com l'internament preventiu de l'estranger en un centre d'internament (art. 62 LOEx).

Convenis de readmissió de persones en situació irregular

La realització material de l'expulsió i la devolució d'estrangers –és a dir, el seu retorn efectiu al seu país de procedència o a un altre país on siguin admesos– està estretament vinculada a l'existència (i aplicació àgil i efectiva) de convenis o acords de readmissió entre Espanya i l'estat en qüestió. En virtut d'aquests convenis, en termes generals, les parts signants s'obliguen recíprocament, a petició formal de l'altre part i en determinades condicions, a readmetre les persones en situació irregular que es provi que han entrat en el territori de la part sol·licitant procedents de l'estat requerit, o les persones en situació irregular que es demostrï o es presumeixi que ostenten la nacionalitat de l'estat requerit; també es comprometen a cooperar per evitar mútuament la immigració irregular.

Espanya té convenis bilaterals de readmissió signats amb diversos països europeus i africans. Per la seva banda, la UE també ha celebrat acords de readmissió amb diversos països.

Si no existeix conveni de readmissió amb el país d'origen o de procedència de l'estranger, o tot i existint conveni aquest país no accepta la readmissió, la devolució o expulsió pot esdevenir molt complexa i en ocasions fins i tot irrealitzable. En ocasions, el motiu de la dificultat pot ser la falta de mitjans per efectuar el transport. També es poden donar supòsits de molt difícil solució quan es tracti d'immigrants mancats de documentació dels quals no es pot determinar amb certesa la seva identitat ni nacionalitat. En aquests casos, sovint els estrangers acaben –després d'esgotar el període màxim de 60 dies d'internament en el CIE– romanent en territori espanyol en una situació d'irregularitat indefinida, mentre no s'acabi executant l'ordre d'expulsió o devolució.

L'expulsió acordada per les autoritats espanyoles porta aparellada necessàriament una **prohibició d'entrada en territori espanyol** (articles 26.1 i 58.1 i 2 LOEx, ar. 89.5 CP). Aquesta prohibició constarà inscrita en les oportunes bases de dades accessibles pels altres estats part de l'espai Schengen (per exemple, el sistema SIS II), de manera que podrà ser motiu de denegació d'entrada si l'estranger pretén accedir a aquest territori per la frontera d'algun altre país que formi part del mateix. En determinats supòsits contemplats en l'article 58.2 LOEx, la prohibició d'entrada podrà no imposar-se, si l'estranger abandona el territori espanyol durant la tramitació del procediment sancionador, o es podrà revocar si surt d'Espanya dins del termini de compliment voluntari fixat a l'ordre d'expulsió.

D'altra banda, l'expulsió comporta també en tot cas l'extinció de qualsevol autorització que tingués l'estranger per romandre legalment a Espanya, així com l'arxiu de tot procediment que tingués per objecte obtenir una autorització per residir o treballar de l'estranger expulsat (art. 57.4 LOEx, art. 89.6 CP).

Recordem que els ciutadans de la UE-EEE i els altres beneficiaris del règim europeu de lliure circulació també poden ser expulsats, tot i que s'ha de veure com una mesura excepcional que només es pot acordar si es donen les taxatives condicions previstes en l'article 15 del RD 240/2007 o en l'article 89.4 CP. La resolució d'expulsió, però, serà adoptada per la mateixa autoritat i conforme al mateix procediment que en el cas dels nacionals de tercers països; això ha estat declarat pel TJUE com a compatible amb la Directiva 2008/115, sem-

pre que s'apliqui al ciutadà de la UE les disposicions més favorables previstes en les mesures de transposició de la Directiva 2004/38 del dret de residència (STJUE de 14 de setembre de 2017, C-184/16, Petrea).

Jurisprudència

Els òrgans jurisdiccionals espanyols han tingut ocasió de valorar diferents aspectes conflictius relacionats amb l'expulsió. Per exemple, en la jurisprudència recent, la STS 3a 2389/2016 de 8 de novembre (ROJ STS 4873/2016) admet la sanció administrativa pels mateixos fets (presumpta vinculació amb moviment jihadista) quan el procés penal ha estat sobresegut; la STSJ Illes Balears (Cont-Adm) 379/2017 de 5 de setembre (ROJ STSJ BAL 633/2017) es pronuncia sobre l'expulsió d'un resident de llarga durada; la STSJ Madrid (Cont-Adm) 622/2017 de 13 de setembre (ROJ STSJ M 8993/2017) resol negativament sobre una sol·licitud de mesura cautelar de suspensió de l'execució de l'expulsió; la STSJ Castella-Lleó (Burgos, Cont-Adm) 163/2017 de 28 de juliol (ROJ STSJ CL 3039/2017), en canvi, admet la suspensió de l'execució de l'expulsió; la STSJ Castella-Lleó (Valladolid, Cont-Adm) 963/2017 de 28 de juliol (ROJ STSJ CL 3084/2017) confirma l'expulsió d'un ciutadà de la UE, i la STSJ Catalunya (Cont-Adm) 91/2014 de 31 de gener (ROJ STSJ CAT 4511/2014) anul·la una resolució d'expulsió perquè suposava anar contra els actes propis de l'Administració, vulnerant la seguretat jurídica en haver creat una situació de confiança legítima.

Un altre aspecte que cal destacar és la incidència de la STJUE de 23 d'abril de 2015 C-38/14, Zaizoune, abans esmentada. Amb posterioritat a la mateixa, els òrgans jurisdiccionals espanyols han tingut en compte aquesta resolució, aplicant de forma directa la Directiva 2008/115 en virtut dels principis de primacia i efecte directe del Dret de la Unió, i deixant d'aplicar en conseqüència la norma de l'article 57.1 LOEx, que permet la substitució de l'expulsió per multa, en els casos afectats. Vegeu, per exemple, en aquest sentit, la STSJ Madrid (Cont-Adm) 299/2017 de 13 de setembre (ROJ STSJ M 9046/2017), la STSJ Castella-Lleó (Burgos, Cont-Adm) 165/2017 de 8 de setembre (ROJ STSJ CL 3143/2017), la STSJ Catalunya (Cont-Adm) 446/2017 de 26 de maig (ROJ STSJ CAT 4640/2017) o la STSJ País Basc (Cont-Adm) 482/2017 de 28 de juliol (ROJ STSJ PV 2630/2017).

Vegeu també

Vegeu un estudi més detallat de l'expulsió en el mòdul «Dret d'estrangeria (II): autoritzacions i sancions» d'aquesta assignatura.

3.3.5. El retorn

L'anomenat –ara en sentit estricte– «retorn» de l'estranger («regreso») és la mesura que s'adopta davant d'una denegació d'entrada i fa referència al procés de tornada de l'estranger al seu país de procedència o de trasllat a un tercer país on sigui admès. En realitat, doncs, no es tracta estrictament d'un supòsit de sortida del territori espanyol, ja que l'estranger no hi ha arribat a entrar.

Terminologia i delimitació

No cal confondre aquesta mesura, que s'adopta concretament després d'una denegació d'entrada, amb el concepte més ample de *retorn* que, com ja hem esmentat, utilitza la Directiva 2008/115/CE, i que en principi pressuposa una entrada i/o una permanència irregular de l'estranger en el territori d'un estat membre. De fet, la Directiva de retorn estableix que els estats membres podran decidir no aplicar les seves disposicions als supòsits de denegació d'entrada (article 2.2.a). Amb tot, el legislador espanyol no ha establert cap distinció ni regla especial al respecte.

També cal distingir el retorn de la devolució, ja que en aquesta darrera es parteix de la premissa que s'ha produït una entrada o un intent d'entrada irregular en el territori espanyol, procedint per tant la «sortida» obligatòria de l'estranger. En la figura del retorn que ara examinem no s'ha arribat a produir l'entrada.

La denegació d'entrada, anomenada també «rebuig en frontera», es contempla en l'article 14 del Reglament 2016/399 pel cas que l'estranger no compleixi les condicions d'entrada en l'espai Schengen establertes en aquesta norma i, per tant, no li és permès el creuament de la frontera exterior d'aquest espai. En el dret intern espanyol es preveu en l'article 26.2 LOEx. Ens remetem a allò exposat a l'apartat relatiu a la denegació d'entrada.

L'anomenat «retorn» («regreso») és, doncs, un efecte de la denegació d'entrada (article 60 LOEx) i n'és també la conseqüència jurídica: l'estranger està obligat a tornar al seu punt d'origen (art. 60.1 LOEx). No es tracta, segons la jurisprudència, d'una mesura sancionadora (STC 72/2005 de 4 d'abril), sinó de l'exercici de la funció estatal de preservar el compliment de la llei, referida en aquest cas a la normativa d'estrangeria.

El retorn suposa, doncs, l'execució d'una resolució administrativa prèvia per la qual es denega l'entrada a l'estranger. Segons l'article 60.1 LOEx, una vegada dictada aquesta resolució s'adoptaran de forma immediata les mesures necessàries perquè l'estranger retorni en el termini més breu possible. La companyia de transport que hagi transportat l'estranger fins a la frontera s'ha de fer càrrec immediatament de l'estranger a qui s'hagi denegat l'entrada, i ha de sufragar les despeses derivades del transport referit al seu retorn (tant si el porta a terme ella com si ho fa una altra companyia, art. 15 RLOEx). En tot cas, i mentre no es pugui portar a terme aquest transport, les autoritats frontereres hauran de prendre, conforme al dret intern, les mesures necessàries per evitar l'entrada il·lícita de l'estranger en el país, incloent-hi la detenció. Si el retorn no es pot portar a terme en el termini màxim de setanta-dues hores des que s'ha acordat, l'autoritat que n'hagi denegat l'entrada s'adreçarà al Jutge d'Instrucció perquè determini el lloc on s'ha d'internar a l'estranger.

Internament

En principi això implicarà, previs els tràmits procedimentals corresponents, l'ingrés de l'estranger en un Centre d'Internament d'Estrangers (CIE) proper al lloc fronterer.

En aquestes instal·lacions l'estranger estarà únicament privat del dret ambulatori, ja que la seva permanència només té la finalitat de garantir el retorn al seu lloc de procedència o, si escau, la continuació del seu viatge a un altre país on sigui admès (art. 15 RLOEx). Es tracta d'establiments de caràcter penitenciari que han d'estar dotats de serveis socials, jurídics, culturals i sanitaris. L'estranger internat estarà a disposició de l'autoritat judicial que ha autoritzat l'internament, a qui s'ha d'informar de totes les circumstàncies que l'afectin. També s'ha de comunicar l'internament al Ministeri d'Afers Exteriors i a l'ambaixada o consolat del país d'origen de l'estranger (art. 60 LOEx).

Com es pot observar, la LOEx preveu la possibilitat d'adoptar la mesura cautelar d'internament tant en relació amb els supòsits d'expulsió, com en els de devolució i retorn.

3.4. Reagrupament familiar

3.4.1. Principis i regulació

D'acord amb la Directiva 2003/86/CE, el reagrupament familiar és l'entrada i residència en un estat membre de la UE dels membres de la família d'un nacional d'un tercer país que resideixi legalment en aquest estat membre, amb la finalitat de mantenir la unitat familiar i amb independència que els vincles familiars siguin anteriors o posteriors a l'entrada del reagrupant.

Nota

Vegeu els articles 16 a 19 LO-Ex, 52 a 61 RLOEx i 39 i 41 de la Llei 12/2009 sobre el dret d'asil.

La figura del reagrupament familiar permet a l'estranger que resideix a Espanya –en determinades condicions que ara examinarem– portar a viure amb ell els seus familiars propers, permetent-li desenvolupar una vida en família. D'altra banda, aquesta possibilitat constitueix també una important eina de política migratòria, ja que el fet que les persones immigrants puguin comptar amb el seu entorn familiar en el país de destí és, sens dubte, un factor de pes que afavoreix la seva millor integració en aquest país.

Reagrupament familiar i Constitució espanyola

La figura del reagrupament familiar ha estat vinculada amb el dret a la vida en família previst en l'article 8 del Conveni Europeu dels Drets Humans i en l'article 7 de la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea, així com també en l'article 18.1 de la Constitució espanyola. Ara bé, el Tribunal Constitucional espanyol ha mantingut una interpretació diferent de la figura, emparant l'establiment de limitacions legals al reagrupament familiar i declarant que aquestes no vulnereu el dret a la intimitat familiar. En aquest sentit, el TC ha declarat la inexistència d'un «dret fonamental al reagrupament familiar» en la Constitució espanyola, entenent que ni aquesta reconeix un «dret a la vida familiar» en els mateixos termes en què la jurisprudència del TEDH ha interpretat l'article 8.1 del Conveni Europeu dels Drets Humans, ni cap dels

anterior forma part del contingut del dret a la intimitat familiar garantit per l'article 18.1 CE (STC 186/13 de 4 de novembre, STC 236/2007 de 7 de novembre i STC 60/2010 de 7 d'octubre). El dret a la vida familiar no és una de les dimensions compreses en el dret a la intimitat familiar de l'article 18.1 CE ja que aquest precepte regula la intimitat familiar com una dimensió addicional de la intimitat personal. El TC es distancia així de la interpretació efectuada pel TEDH en relació amb el contingut i abast del «dret a la vida familiar» extret de l'article 8.1 CEDH. Segons el TC, la protecció del reagrupament familiar s'ha de situar, dins del nostre sistema constitucional, en els principis constitucionals que garanteixen el lliure desenvolupament de la personalitat (art. 10.1 CE) i que assegurin la protecció social, econòmica i jurídica de la família (art. 39.1 CE) i dels nens (art. 39.4 CE).

La LOEx, coherentment amb la vinculació del reagrupament a determinats principis constitucionals, el regula en el seu títol I («Derechos y libertades de los extranjeros»), en particular en el capítol II (articles 16 a 19). Al seu torn, el RLOEx desenvolupa aquesta figura en els seus articles 52 a 61, en el marc del títol IV, dedicat a les situacions de residència temporal.

La regulació interna espanyola en matèria de reagrupament familiar, però, està profundament marcada per les orientacions i regles establertes a la Directiva 2003/86/CE del Consell, de 23 de setembre de 2003, sobre el dret al reagrupament familiar. Aquesta directiva es va adoptar en el marc de la política comuna europea que té com a finalitat harmonitzar les legislacions dels estats membres sobre les condicions d'admissió i residència dels nacionals de tercers països (cons. 3). Precisament, la Directiva reconeix (cons. 4) que el reagrupament familiar és necessari per a la vida en família, i que contribueix a la creació d'una estabilitat sociocultural que facilita la integració dels nacionals de tercers països en l'estat membre, fet que permet, d'altra banda, promoure la cohesió econòmica i social, que és un objectiu fonamental de la Unió Europea. La Directiva estableix uns objectius i unes regles comunes de caràcter obligatori, deixant un cert marge d'actuació als estats membres en la configuració de determinats aspectes, de conformitat amb el respectiu ordenament jurídic. En el cas espanyol, les previsions de la Directiva es reflecteixen en les disposicions de la LOEx, el RLOEx i també en la Llei reguladora del dret d'asil.

Àmbit personal del reagrupament regulat a la LOEx

La LOEX regula només el reagrupament dels familiars dels estrangers nacionals de tercers països residents a Espanya i que no siguin beneficiaris del règim europeu de lliure circulació. Recordem que en el marc de la Directiva 2004/38 del dret de residència (i del RD 240/2007) no s'utilitza el concepte de *reagrupament familiar*, però el dret a la vida en família es canalitza a través de l'extensió del dret de residència a determinats familiars del ciutadà de la UE-EEE (article 2 i 2bis del RD 240/2007), que gaudeixen d'aquesta manera de la condició de «beneficiaris indirectes» de l'esmentat dret. Com afirma el Tribunal Suprem (Sala 3a.) en la seva sentència de 23 de març de 2012 (ROJ STS 1883/2012), en la Directiva 2004/38 del dret de residència, el reagrupant té directament conferit pel dret de la UE el dret a reagrupar els seus familiars, i fins i tot es requereix als eEstats membres perquè facilitin l'entrada i residència d'altres familiars; en canvi, la Directiva 2003/86 sobre el reagrupament familiar trasllada a l'àmbit de lliure disposició del legislador nacional la decisió sobre l'autorització del reagrupament.

3.4.2. Familiars reagrupables

El concepte de *família* és variable segons l'entorn sociocultural i també segons l'època, ja que apareix com una noció que evoluciona amb les circumstàncies i els condicionaments històrics en els quals es desenvolupa una societat. Així, la determinació de qui són els «familiars» d'una persona pot variar depenent del país i del moment en què es plantegi la qüestió. Un altre aspecte a tenir en compte és que la delimitació de quins siguin els familiars reagrupables vindrà determinada pels criteris de política migratòria adoptats pel legislador. En aquest punt, la LOEx, seguint els paràmetres fixats per la Directiva 2003/86, parteix del concepte de *família nuclear* entesa de manera força estricta (no abasta, per exemple, als germans del reagrupant), tot i que per altra banda es dona entrada també als nous models de família que superen la definició matrimonial tradicional.

Exemples

En la pràctica totalitat dels països del nostre entorn, ja no es posa en dubte els efectes jurídics de les unions de parella no matrimonials –la determinació de quins són aquests efectes varia segons el sistema–, i en molts casos independentment de si els seus membres són del mateix o de diferent sexe. Més enllà d'això, a Espanya i a altres països de la UE i d'Amèrica es reconeix també el matrimoni homosexual. Finalment, són també habituals (i fins i tot objecte de protecció) les famílies monoparentals. Per tant, el model de família no és unívoc ni estàtic.

Així doncs, d'acord amb els articles 17 LOEx i 53 RLOEx, els familiars que poden ser reagrupats per l'estranger resident a Espanya (és a dir, el «reagrupant») són els següents:

1) Cònjuge

En primer lloc, es podrà reagrupar al cònjuge (independentment del seu sexe), sempre que el matrimoni estigui vigent i sigui vàlid. En principi, és indiferent que el matrimoni s'hagi celebrat abans o després de l'entrada de l'estranger a Espanya.

La **vigència** del matrimoni es refereix a la inexistència de separació de fet o de dret, de declaració de divorci o de nul·litat del matrimoni. En aquests casos, o bé ja no existeix el vincle (divorci), o bé no ha existit mai (nul·litat), o bé està suspès (separació de dret o de fet), raó per la qual no està justificat que l'estranger pretengui reagrupar a la persona en qüestió.

Separació de fet

Evidentment, cal entendre la separació de fet no com la mera manca de convivència deguda a la distància física (implícita per naturalesa en la situació), sinó com la manca de voluntat dels cònjuges de continuar la seva convivència conjugal, tot i no estar declarada o recolzada per una resolució judicial.

La **validesa** del matrimoni s'ha d'entendre referida en aquest punt al fet que no s'hagi celebrat en frau de llei. És a dir, que el consentiment matrimonial hagi estat autèntic i no es tracti d'un matrimoni dels anomenats «de conveniència» o «matrimonis blancs», que són nuls per manca de consentiment matrimonial.

Matrimonis de conveniència

En aquests matrimonis el consentiment dels contraents no és autèntic ja que no està adreçat a acceptar la vida en comú implícita en la figura matrimonial, sinó que l'única finalitat és eludir l'aplicació de les normes d'estrangeria i obtenir una autorització de residència de manera fraudulenta. Tant a nivell europeu (Resolució del Consell de 4 de desembre de 1997) com espanyol (Instrucció de la DGRN de 31 de gener de 2006), s'han adoptat mesures de lluita contra els matrimonis fraudulents que impliquen un major control ja sigui en el moment de la celebració del matrimoni o en el moment del seu reconeixement en destí. Malgrat que les autoritats espanyoles poden exercir les seves facultats de verificació quan el matrimoni s'ha celebrat a Espanya o quan un dels contraents és espanyol, el cert és que aquest control és més difícil de portar a terme quan es realitza en un moment posterior i referit al matrimoni entre dos estrangers celebrats a l'estranger. En tot cas, es tracta d'un àmbit difícil en el qual els majors conflictes són els relatius a la prova de la voluntat fraudulenta, essent necessari conjugar el respecte a les normes d'estrangeria amb la garantia del dret fonamental de la persona a contreure matrimoni

Vegeu, per exemple, la STS 3a. de 23 de juliol de 2014 (ROJ STS 3186/2014), que confirma la denegació del visat de reagrupament familiar per entendre que es tractava d'un matrimoni de conveniència; igualment ho fan la STS 3a. de 25 d'abril de 2014 (ROJ STS 1515/2014) i la STS 3a. de 24 de juny de 2015 (ROJ STS 3324/2015). La STSJ Madrid (Con-Adm) 982/2015 de 9 d'octubre (ROJ STSJ M 12347/2015), en canvi, no considera suficientment acreditat que el matrimoni celebrat a Espanya hagués estat fraudulent.

Cal tenir en compte que, en consonància amb el rebuig a la poligàmia per part dels sistemes jurídics dels estats membres de la UE, no s'admetrà en cap cas el reagrupament de més d'un cònjuge, encara que el matrimoni poligàmic estigui admès en l'estat d'origen de l'estranger. Així, si ja hi ha un cònjuge vivint amb el reagrupant a Espanya, no en podrà reagrupar cap altre.

Si es tracta d'unes segones o ulteriors núpcies, s'estableixen requisits addicionals per garantir la protecció del cònjuge anterior i la seguretat jurídica. Només es podrà reagrupar al nou cònjuge si es demostra que el divorci de l'anterior matrimoni s'ha dictat en el marc d'un procediment jurídic en el qual s'hagi fixat la situació del cònjuge anterior i dels fills comuns pel que fa a l'ús de l'habitatge i les pensions d'aliments als fills i compensatòria a favor del cònjuge en el seu cas; en el cas de nul·litat, igualment s'hauran d'haver establert els drets econòmics del cònjuge i dels fills comuns.

2) Parella no matrimonial

D'acord amb la varietat dels actuals models de família, el quart apartat de l'article 17 LOEx també preveu la possibilitat de reagrupar a la parella no matrimonial, fent referència a la «persona que mantingui amb l'estranger resident

una relació d'afectivitat anàloga a la conjugal». Aquesta relació s'equipara al cònjuge a tots els efectes, sempre que estigui degudament acreditada i reuneixi els requisits necessaris per produir efectes a Espanya.

El RLOEx s'encarrega de precisar els termes en els quals s'han d'entendre complertes aquestes darreres condicions. Perquè s'entengui acreditada la relació, es requereix o bé que estigui inscrita en un registre públic establert a aquests efectes (unió registrada) i no s'hagi cancel·lat la inscripció, o bé i en el cas de no estar registrada que s'acrediti per qualsevol mitjà de prova admès en Dret (prevaldran, però, els documents públics) l'existència d'una relació constituïda amb caràcter previ a la residència del reagrupant a Espanya. Aquesta darrera exigència s'aparta de la Directiva, que en cap cas requereix que la constitució de la relació (matrimonial o de parella) sigui anterior a la residència del reagrupant, i en aquest sentit planteja dubtes de compatibilitat amb la norma europea.

D'altra banda, s'apliquen també a la parella estable de forma anàloga determinades previsions que es fan respecte al cònjuge. En primer lloc, la referida a la poligàmia: no es podrà reagrupar a més d'una parella, considerant-se en aquest sentit que les situacions de matrimoni i d'anàloga afectivitat són incompatibles entre sí. En segon lloc, s'aplica també la cautela per al cas que el reagrupament sigui d'una segona o ulterior unió matrimonial: caldrà provar que la ruptura de l'anterior relació s'ha portat a terme mitjançant un procediment en el qual s'hagin establert els drets econòmics de la parella anterior, els aliments dels fills comuns i l'ús de l'habitatge habitual. Finalment, la desconfiança de les oficines d'estrangeria envers aquesta figura i el temor que s'utilitzi de forma fraudulenta per obtenir una autorització de residència a Espanya és el motiu que sovint s'imposin requisits probatoris especialment estrictes que a la pràctica dificulten el reconeixement de l'existència de vincle familiar.

3) Fills

L'estranger resident a Espanya pot reagrupar amb ell també els seus fills o els del seu cònjuge o parella, sempre que siguin menors de divuit anys, o bé majors d'aquesta edat que tinguin una discapacitat i que a causa del seu estat de salut no siguin objectivament capaços de proveir les seves pròpies necessitats.

Fixem-nos que s'estableix com a límit l'edat de divuit anys, que és la que determina la majoria d'edat en l'ordenament espanyol. El fill ha de tenir com a molt aquesta edat en el moment de la sol·licitud de l'autorització de residència. Així, es prescindeix de si el fill és menor o major d'edat conforme a la seva llei nacional (que pot establir una edat inferior o superior als divuit anys). En segon lloc, i per als fills majors de divuit anys, la norma requereix que siguin «persones amb discapacitat», sense determinar-ne la naturalesa (física, psíquica, sensorial, etc.) ni el grau. Cal tenir en compte, d'altra banda, que no és el mateix una persona amb discapacitat que una persona incapacitada; aquesta

darrera condició jurídica requereix una resolució judicial modificativa de la capacitat d'obrar de la persona, fet que no es dona necessàriament en la primera situació (i que en conseqüència no pot ser exigit com a requisit).

Quan es fa referència als fills no es distingeix entre els biològics i els adoptius, d'acord amb el principi d'igualtat entre tots els fills amb independència de la seva filiació, consagrat per l'article 39 de la Constitució. En tot cas, però, quan es tracti de fills adoptius, el supòsit és la validesa de l'adopció. En aquest sentit, la LOEx exigeix que s'acrediti que la resolució per la qual es va acordar l'adopció reuneixi els elements necessaris per produir efectes a Espanya (article 17.1.b). Aquesta previsió està pensada per al cas que l'adopció hagi estat constituïda per una autoritat estrangera, ja que si s'ha acordat per un jutge espanyol, lògicament la resolució tindrà eficàcia a Espanya. La decisió constitutiva d'una adopció dictada per una autoritat estrangera requereix el reconeixement previ per produir efectes jurídics a Espanya, conforme a les previsions de la Llei d'adopció internacional, la Llei de cooperació jurídica internacional i la legislació del Registre Civil.

Pot succeir, d'altra banda, que es pretengui reagrupar al fill o filla d'un sol dels cònjuges o membres de la parella. Això pot donar-se, per exemple, en els casos de fills de progenitors divorciats o separats. En aquests supòsits, i amb l'objectiu d'evitar situacions de segrest internacional de menors o desplaçaments il·límits que vulnerin drets de custòdia establerts, la legislació d'estrangeria estableix cauteles específiques. Així, si es vol reagrupar fills d'un sol dels cònjuges o membres de la parella es requereix que aquest exerceixi en solitari la pàtria potestat o que se li hagi atorgat la custòdia, i que estiguin efectivament al seu càrrec.

Exemple

Si un nacional equatorià divorciat al seu país d'origen vol reagrupar amb ell la seva filla menor d'edat que viu a l'Equador, no ho podrà fer si els drets de custòdia de la menor es varen atribuir a la mare en virtut de la sentència de divorci. Sí que seria possible el reagrupament, en canvi, si la custòdia o l'exercici de la pàtria potestat s'haguessin atribuït al pare reagrupant i la menor visqués amb un altre familiar a Equador (per exemple, els avis), però rebés de forma periòdica i regular una manutenció per part del seu pare.

En qualsevol cas, quan els familiars a reagrupar siguin menors en edat d'escolarització obligatòria, l'Administració receptora de les sol·licituds haurà de comunicar a les autoritats educatives competents una previsió sobre els procediments de reagrupament iniciats, als efectes d'habilitar les places necessàries en els centres escolars corresponents (art. 18.3 LOEx). La verificació de l'adequada escolarització dels menors d'edat a càrrec del reagrupant és també una condició necessària per a la renovació de l'autorització de residència, tal com s'estableix en l'article 61, apartats 3 i 5, del RLOEx.

Jurisprudència

En la STS 3a. de 14 de març de 2016 (ROJ STS 1058/2016) es plantegen dubtes sobre la veracitat de la filiació. En canvi, la STSJ Madrid (Con-Adm) 809/2014 d'1 de desembre (ROJ STSJ M 14149/2014) considera acreditada la filiació per un conjunt d'elements o indicis, malgrat que la interessada no va poder aportar el llibre de família requerit, que segons la llei marroquina s'atorga exclusivament al pare i no a la mare.

4) Persones de les quals l'estranger resident ostenti la representació legal

A part dels fills, pot succeir que l'estranger resident sigui el representant legal d'altres persones, que també podrà reagrupar amb ell (article 17.1.c LOEx i 53.d RLOEx). En fer referència a la «representació legal», necessàriament ha de tractar-se de persones que no ostentin plena capacitat d'obrar. Així, la LOEx preveu el reagrupament dels menors de divuit anys i dels majors d'aquesta edat que no siguin objectivament capaços de proveir a les seves pròpies necessitats a causa del seu estat de salut. En aquest punt, cal dir que l'article 53. d) RLOEx exigeix també el requisit que els majors de divuit anys tinguin un discapacitat, circumstància que en aquest cas sí s'aprecia lògica i que a més hauria de comportar una limitació de la capacitat d'obrar ja que ha estat necessari nomenar un representant legal a aquesta persona. En qualsevol cas, l'acte jurídic del qual sorgeixen les facultats representatives no ha de ser contrari als principis de l'ordenament espanyol.

Exemple

Aquesta norma permetria reagrupar les persones de les quals el reagrupant ostenti la tutela. Pot tractar-se de menors d'edat o bé de persones majors d'edat que tinguin la seva capacitat d'obrar modificada judicialment. No seria possible, en canvi, admetre la qualitat de representant legal en altres supòsits com seria una «cessió» o «delegació» voluntària de la potestat sobre un menor per part dels seus progenitors i a favor d'un tercer (on es podria encabir la figura de la *kafala* marroquina o altres similars), ja que en aquest cas contravindria el principi d'irrenunciabilitat de la pàtria potestat propi de l'ordenament espanyol. Vegeu un exemple d'aquest supòsit en la STS 3a de 9 de de desembre de 2011 (ROJ STS 8175/2011), en la qual no es considera que la tieta de la menor (a qui s'havia conferit *kafala*) fos la seva representant legal.

5) Ascendents

Per últim, l'estranger resident també podrà reagrupar els seus ascendents en primer grau (o sigui, els seus pares) i els del seu cònjuge o parella. Ara bé, respecte a aquests familiars s'imposen en general més restriccions que respecte a la resta, ja que perquè s'admeti el reagrupament dels ascendents s'han de donar de forma acumulativa tres condicions: que siguin majors de seixanta-cinc anys, que estiguin a càrrec del reagrupant i que, a més, hi hagi raons que justifiquin la necessitat d'autoritzar-ne la residència a Espanya. Aquesta darrera condició és criticable per l'absoluta indeterminació; l'article 4.2 de la Directiva 2003/86, en canvi, es refereix de manera més concreta al fet que els ascendents no tinguin «recolzament familiar adequat en el país d'origen», criteri que entenem que s'hauria de tenir en tot cas en compte.

Jurisprudència

La STS 3a. de 27 d'abril de 2012 (ROJ STS 2823/2012) va denegar la sol·licitud de reagrupament de la mare de la interessada per no considerar acreditada la necessitat que hagués de residir a Espanya. En la STS 3a. de 29 de març de 2012 (ROJ STS 2226/2012) la denegació es produeix per no haver acreditat que la progenitora estava a càrrec de la seva filla resident a Espanya.

En casos excepcionals i per raons de caràcter humanitari es podrà reagrupar a l'ascendent menor de seixanta-cinc anys, però sempre que es compleixin la resta de condicions.

Raons humanitàries

L'article 53.e RLOEx predefineix alguns casos en els quals es considerarà que concorren «raons humanitàries» per concedir el reagrupament d'ascendents menors de seixanta-cinc anys:

- En cas que l'ascendent convisqués amb el reagrupant en el país d'origen quan el segon hagués obtingut la seva autorització de residència.
- Quan l'ascendent sigui incapaç i la seva tutela hagi estat atorgada a l'estranger resident o al seu cònjuge o parella reagrupada per l'autoritat competent en el país d'origen.
- Quan l'ascendent no sigui objectivament capaç de proveir a les seves pròpies necessitats.
- Quan l'ascendent del reagrupant, del seu cònjuge o parella, sigui cònjuge o parella de l'altre ascendent, essent aquest darrer major de seixanta-cinc anys. En aquest cas, les sol·licituds d'autorització de residència per reagrupament familiar podran ser presentades de forma conjunta, tot i que la de l'ascendent menor de seixanta-cinc anys està condicionada al fet es concedeixi la del major d'aquesta edat.

Aquestes excepcions no són exhaustives. Quan l'òrgan competent per al procediment tingui dubtes sobre la concurrència d'una altra possible raó d'excepció al requisit d'edat, elevarà consulta a la Direcció General d'Immigració.

En qualsevol cas, és necessari acreditar que l'ascendent està a càrrec del reagrupant.

En aquest sentit, el darrer paràgraf de l'article 53 RLOEx determina que es considerarà que un familiar està a càrrec de reagrupant quan es demostrï que, al menys durant el darrer any de la seva residència a Espanya, ha transferit fons o suportat despeses del seu familiar, que representin al menys el 51 % del producte interior brut per càpita, en còmput anual, del país de residència del familiar, segons allò establert en matèria d'indicadors sobre renda i activitat econòmica per país i tipus d'indicador, per l'Institut Nacional d'Estadística. Aquesta norma s'aplica no només en relació amb els ascendents, sinó també en relació amb altres familiars (per exemple, fills) quan la llei exigeixi demostrar que estan a càrrec del reagrupant.

3.4.3. Requisits per al reagrupament

Els requisits que la llei exigeix complir i acreditar al reagrupant per atorgar l'autorització de residència per reagrupament familiar es poden reconduir essencialment a tres: el requisit temporal, referit a la durada de la seva residència a Espanya, el relatiu a la tinença de recursos econòmics suficients i el de la possessió d'un habitatge adequat.

Tot seguit examinarem aquests requisits, regulats en els articles 18 LOEx i 54 i 55 RLOEx.

Directiva de reagrupament

La Directiva 2003/86 en els seus articles 6 a 8 contempla l'establiment de diverses condicions per al reagrupament que els estats membres poden modular en determinats casos. Alguns d'aquestes condicions han estat incorporats pel legislador espanyol, però d'altres no. Així, per exemple, el TJUE ha validat l'exigència de la llei holandesa de superar una prova d'integració cívica sempre que objectivament no suposi que l'exercici del dret de reagrupament resulti impossible o molt difícil (STJUE de 9 de juliol de 2015, C-153/14, K. i A.), o també la norma de la legislació austríaca que fixa l'edat mínima de 21 anys perquè els cònjuges i parelles registrades puguin ser reagrupats (STJUE de 17 de juliol de 2014, C-338/13, Noorzia).

1) Temps de residència prèvia del reagrupant a Espanya

L'estranger resident a Espanya no pot reagrupar els seus familiars de forma immediata sinó que ha d'esperar a haver complert un determinat temps de residència. Com a norma general, es requereix que hagi residit legalment durant un any (autorització de residència inicial) i a més que hagi obtingut, o al menys sol·licitat, la renovació d'aquesta autorització de residència inicial.

Ara bé, per reagrupar els ascendents és necessari acreditar un període més llarg de residència, ja que es requereix ser titular d'una autorització de residència de llarga durada (que implica haver residit legalment i de forma continuada a Espanya durant cinc anys) o de llarga durada-UE concedida a Espanya.

Casos específics

Quan el reagrupant sigui resident de llarga durada, treballador titular d'una targeta blava-UE o beneficiari del règim especial d'investigadors, es podrà sol·licitar i concedir simultàniament l'autorització de residència del reagrupant i la del familiar o familiars reagrupats. Aquesta sol·licitud es pot presentar a Espanya o des de l'altre estat membre de la UE on el reagrupant tingui reconeguda alguna de les condicions esmentades i en el qual resideixi amb la família ja constituïda. Quan siguin estrangers residents a Espanya en base a la seva prèvia condició de residents de llarga durada-UE en un altre estat membre de la UE, titulars d'una targeta blava-UE o beneficiaris del règim especial d'investigadors, podran presentar la sol·licitud de reagrupament dels seus familiars sense estar sotmesos al requisit d'haver residit legalment a Espanya amb caràcter previ durant un any (art. 56.1 RLOEx); això vol dir que fins i tot poden sol·licitar el reagrupament, per exemple, conjuntament amb la seva sol·licitud d'autorització de residència inicial.

2) Possessió de recursos econòmics suficients

Una de les condicions per atorgar l'autorització de residència per reagrupament familiar és que el reagrupant disposi de recursos econòmics regulars i suficients per atendre les seves pròpies necessitats i les dels membres de la seva família, de manera que no suposi una càrrega per al sistema d'assistència social de l'estat d'acollida (art. 7.1 de la Directiva 2003/86).

El RLOEx detalla en el seu article 54 la quantia mínima dels recursos econòmics que ha d'acreditar documentalment el reagrupant en el moment de presentar la sol·licitud. Aquesta quantia està en funció del nombre de familiars que pretengui reagrupar i dels que ja convisquin amb ell a Espanya. En la valoració d'aquests ingressos no es computaran aquells que vinguin del sistema d'assistència social; aquests serien, per exemple i en principi, ingressos com subsidis o ajuts públics d'inserció (vegeu però la STJUE de 4 de març de 2010, C-578/08, Chakroun, sobre el concepte de *recurs al sistema d'assistència social*). Això no exclou, però, ingressos públics regulars i consolidats com les pensions contributives de jubilació, invalidesa, etc., que sí computaran si s'escau. Es podran tenir en compte també altres ingressos aportats pel cònjuge o un altre familiar en línia directa que sigui resident a Espanya i convisqui amb el reagrupant.

Quanties mínimes

El reagrupant ha d'acreditar que disposa en el moment de presentar la sol·licitud de les següents quantitats:

- Per a unitats familiars de dos membres (el reagrupant i l'altre familiar quan arribi a Espanya): una quantitat que representi mensualment el 150 % de l'IPREM. Això equival, per l'any 2017, a la suma de 806,76 euros mensuals.
- Per a unitats familiars que incloquin, quan arribi a Espanya la persona reagrupada, a més de dos membres: una quantitat que representi mensualment el 50 % de l'IPREM per cada membre adicional. Això suposa la suma de 268,92 euros mensuals per cada membre adicional a partir del segon.

Aquestes quanties podran ser minorades si la persona a reagrupar és un menor, quan concorrin circumstàncies excepcionals i sota el paràmetre de l'interès del menor; o també per raons humanitàries quan es tracti d'altres familiars, en casos individualitzats i previ informe favorable de la Direcció General d'Immigració.

L'article 54 RLOEx detalla els documents mitjançant els quals s'acreditarà preferentment la tinença dels recursos descrits, en funció de la situació del reagrupant.

Ara bé, no es concedirà l'autorització si es demostra de forma indubtable que no existeix una perspectiva de manteniment dels mitjans econòmics durant l'any següent a la data de presentació de la sol·licitud. Això es valorarà tenint en compte l'evolució dels recursos del reagrupant en els sis mesos previs a la data de presentació de la sol·licitud. Aquest criteri de determinació ha estat criticat per ser una estimació que pot resultar força restrictiva i que no es preveu en la Directiva, però el cert es que ha estat avalat expressament pel TJUE en la seva sentència de 21 d'abril de 2016, C-558/14, Khachab.

En la seva Sentència de 6 de desembre de 2012, C-356 i 357/11, O. i S., el TJUE ha declarat, però, que la facultat dels estats membres de valorar la suficiència dels recursos econòmics del reagrupant s'ha d'exercir a la llum de la Carta dels Drets Fonamentals de la UE, en interès dels menors afectats i procurant afavorir també la vida familiar, així com evitant perjudicar tant l'objectiu de la Directiva com el seu efecte útil.

Conjuntament amb els mitjans econòmics, s'ha d'acreditar també que es disposa d'una assegurança sanitària que cobreixi tots els membres de la família que es vulgui reagrupar, en el cas que no estiguin coberts per la Seguretat Social.

Jurisprudència

La tinença de recursos econòmics suficient és un requisit de valoració complexa que ha donat lloc a molts pronunciaments jurisprudencials. Els tribunals majoritàriament solen fugir de criteris quantitius rígids (freqüentment aplicats per l'Administració) i atenen més al conjunt de circumstàncies del cas concret. Per exemple, la STJSJ Múrcia (Cont-Adm) 263/2017 de 14 de juliol (ROJ STSJ MU 1260/2017) valora el fet que el menor ja conviu amb la seva família a Espanya i que aquest manteniment de la convivència va en interès del menor, i té en compte que els ingressos familiars, mal-

grat ser reduïts i inferiors al mínim establert en el RLOEx, tenien caràcter fix, fet que permetia a la família fer una previsió de despeses. Igualment, la STSJ Canàries (Cont-Adm, Las Palmas de Gran Canaria) 150/2016 de 5 d'abril (ROJ STSJ ICAN 1315/2016), en base a l'article 17 de la Directiva 2003/86, té en compte la possessió en propietat d'un habitatge familiar com a «rendiment econòmic en espècie», que afirma no exclòs del text legal. I la STSJ Aragó (Con-Adm) 656/2014 de 31 d'octubre (ROJ STSJ AR 1453/2014) té en compte també l'interès del menor per justificar el reconeixement del dret. En ocasions, però, la manca important de concurrència d'uns mínims requisits no deixen marge per la flexibilitat. Per exemple, la STSJ Catalunya (Cont-Adm) 219/2016 de 6 d'abril (ROJ STSJ CAT 813/2016) considera que el sol·licitant no reuneix el requisit de tenir recursos econòmics suficients perquè s'acredita una inestabilitat d'ingressos continuada en el temps i només s'acrediten ingressos suficients en els darrers sis mesos, i del conjunt de circumstàncies no s'aprecia una previsió de manteniment dels ingressos per al futur. En altres casos, la denegació de l'autorització deriva d'una manca d'acreditació més generalitzada dels requisits, concorrent insuficiència de recursos i d'habitatge clarament demostrat, com a la STSJ Andalusia (Sevilla, Con-Adm) 130/2015 de 5 de febrer (ROJ STSJ AND 3634/2015).

3) Disponibilitat d'un habitatge adequat

En el moment de presentar la sol·licitud, el reagrupant també ha de demostrar que disposa d'un habitatge adequat per satisfer les seves necessitats i les de la seva família (art. 55 RLOEx).

Aquesta prova consisteix en un informe on es faci constar l'adequació de l'habitatge (títol que habilita l'ocupació, nombre d'habitacions i ús que se'n dona, nombre de persones que hi viuen, condicions d'habitabilitat i equipament). Aquest informe serà emès per la comunitat autònoma o, si escau i així s'ha acordat (com en el cas de Catalunya), per l'Ajuntament del lloc de residència del reagrupant. L'informe haurà de ser lliurat al sol·licitant en un termini de 30 dies i haurà de ser adjuntat a la sol·licitud. Si no se li lliurés l'informe, el reagrupant hauria d'acreditat els extrems esmentats per qualsevol mitjà de prova admès en dret.

El dret de reagrupament familiar dels refugiats

La legislació en matèria d'asil garanteix el manteniment de la família de les persones refugiades i beneficiàries de la protecció subsidiària (art. 39 de la Llei 12/2009 reguladora del dret d'asil). Una primera via per aconseguir aquest objectiu és l'extensió del dret d'asil a determinats membres de la família de l'interessat (enumerats a l'art. 40 de la Llei 12/2009) quan no hagin presentat per elles mateixes una sol·licitud d'asil; si es troben a Espanya se'ls autoritzarà la residència amb caràcter provisional condicionada a la resolució de la sol·licitud de protecció internacional. Alternativament, o quan l'extensió familiar del dret d'asil no sigui possible, es podrà optar per reagrupar els esmentats familiars, encara que ja es trobin a Espanya. En aquest cas no se'ls exigiran ni als uns ni als altres els requisits establerts en la LOEx i RLOEx per al reagrupament familiar (art. 41 Llei 12/2009). La resolució per la qual s'acordi el reagrupament comporta per als familiars reagrupats la concessió de l'autorització de residència i, si s'escau, de treball, de validesa anàloga a la de la persona reagrupant. Ara bé, en el cas dels refugiats, els familiars reagrupats no poden al seu torn sol·licitar reagrupaments successius dels seus propis familiars per aquesta via.

3.4.4. Procediment per obtenir el reagrupament

El procediment per sol·licitar i obtenir l'autorització de residència per reagrupament familiar inclou la realització de diversos tràmits de forma coordinada per part del reagrupant i del familiar o familiars reagrupats. Podem agrupar aquests tràmits en tres fases:

1) El procediment s'inicia amb la presentació d'una **sol·licitud d'autorització de residència temporal per reagrupament familiar** per part de l'estranger que desitgi exercir el dret al reagrupament i a favor dels familiars que vulgui reagrupar. Aquesta sol·licitud la pot presentar conjuntament amb la de renovació de la seva pròpia autorització de residència. En aquest darrer cas, però, la concessió de l'autorització de residència per reagrupament vindrà condicionada a l'efectiva renovació de l'autorització de residència del reagrupant. Aquest tràmit l'ha de fer personalment l'estranger reagrupant, sol·licitant cita prèvia a l'Oficina d'Estrangeria corresponent a la seva província de residència.

Nota

Article 18 bis LOEX i articles 56 i següents RLOEx.

Regla específica residents llarga durada-UE

En el cas dels residents de llarga durada en un altre estat membre de la UE que residixin a Espanya, la sol·licitud la podran presentar els propis familiars reagrupables, aportant prova de la seva condició i de la residència en el primer estat membre.

La sol·licitud s'ha de presentar en un model oficial i s'ha d'acompanyar amb un seguit de documents enumerats en l'article 56.3 RLOEx, adreçats a acreditar el compliment dels requisits necessaris per al reagrupament. Alguns d'aquests documents són relatius al reagrupant (passaport, acreditació de tenir recursos econòmics i assistència sanitària, prova de la disponibilitat d'un habitatge adequat, declaració jurada del reagrupant conforme no viu amb ell a Espanya un altre cònjuge o parella, en el cas de reagrupament d'aquests) i d'altres es refereixen als familiars a reagrupar (passaport, acreditació dels vincles familiars o de parentiu i, si s'escau, de la dependència econòmica).

Una vegada presentada la sol·licitud amb la corresponent documentació, l'òrgan competent demanarà d'ofici a la Direcció General de la Policia i la Guàrdia Civil els informes pertinents en matèria de seguretat i ordre públic, així com el del Registre Central de Penats. Una vegada rebuts, resoldrà allò que procedeixi.

Si es compleixen tots els requisits, l'òrgan competent resoldrà la concessió de l'autorització de residència per reagrupament familiar.

Ara bé, l'eficàcia de l'autorització de residència per reagrupament familiar quedarà en suspens fins que els familiars reagrupats sol·licitin el corresponent visat de reagrupament familiar, se'ls expedeixi, i es produeixi l'efectiva entrada dels familiars reagrupats a Espanya.

El visat és, doncs, condició d'eficàcia (que no de validesa) de la resolució que concedeix l'autorització de residència per reagrupament familiar (STS 3a de 15 de novembre de 2011, ROJ STS 7480/2011).

Casos específics

Hi ha determinats supòsits en els quals no serà necessària l'expedició de visat. Es tracta dels familiars de residents de llarga durada-UE, titulars d'una targeta blava-UE o beneficiaris del règim especial d'investigadors en un altre estat membre de la UE on la família ja estigui constituïda. En aquests casos, l'eficàcia de l'autorització estarà condicionada a l'efectiva entrada del familiar en territori espanyol, si és que aquesta es produeix després de la concessió de l'autorització (recordem que pot haver entrat abans a Espanya en virtut de la lliure circulació que regeix en l'espai Schengen). En aquest cas, l'entrada del familiar s'ha de produir en el termini màxim d'un mes des de la notificació de la concessió de l'autorització.

2) La següent fase correspon a la tramitació del **visat de reagrupament familiar**. El membre de la família del reagrupant disposa de dos mesos des de la notificació de la concessió de l'autorització de residència per sol·licitar personalment el visat en la missió diplomàtica o oficina consular espanyola corresponent a la demarcació en la qual resideixi a l'estranger (o altra que indiqui el Ministeri d'Afers Exteriors si hi ha causa que ho justifiqui).

Sol·licitud del visat per mitjà de representant

Quan el familiar per reagrupar sigui un menor d'edat, la sol·licitud de visat la podrà formular un representant legal seu, degudament acreditat. A banda d'això, només en casos excepcionals i per motius fonamentats s'admetrà la sol·licitud de visat per mitjà de representant legalment acreditat: llunyania de la missió diplomàtica o oficina consular, dificultats de transport, problemes de mobilitat per malaltia o condició física, etc. (art. 57 RLOEx en relació amb la Disposició addicional 3a. LOEx).

En aquest sentit, si es posa de manifest que l'estranger es troba a Espanya en situació irregular (per exemple, apareix una adreça espanyola en el poder de representació o consta d'alguna altra manera a l'administració), això serà causa d'inadmissió a tràmit de la sol·licitud de visat o, si s'escau, de la seva denegació.

L'article 57.2 RLOEx detalla els documents que s'han d'acompanyar a la sol·licitud de visat (sense perjudici que l'interessat en pugui afegir d'altres que consideri oportuns): passaport o document de viatge amb un vigència mínima de quatre mesos, certificat d'antecedents penals, acreditació dels vincles familiars o de parentiu i, si escau, de la dependència, i certificat mèdic conforme no es pateix cap malaltia que pugui tenir repercussions greus de salut pública.

Si ho creu convenient, la missió diplomàtica o oficina consular podrà efectuar una entrevista personal amb el sol·licitant per acreditar els vincles familiars (Disposició addicional 3a. LOEx); per exemple, la Directiva 2003/86 preveu en el seu article 5.2 que quan s'examini una sol·licitud relativa a una parella no casada es tinguin en compte elements com l'existència de fills comuns, la cohabitació prèvia, la inscripció en un registre públic, etc.

Notificada la concessió del visat, l'interessat o el seu representant legal té el termini de dos mesos per recollir-lo. Si no ho fa dins d'aquest termini, es considera que renuncia al visat i s'arxiva el procediment.

La denegació del visat de reagrupament familiar haurà d'estar motivada (art. 27.6 LOEx en relació amb els supòsits de l'art. 57.3 RLOEx). Atès que es tracta d'una resolució que esgota la via administrativa (sense perjudici de recurs potestatiu de reposició), pot ser objecte de recurs contenciós-administratiu davant la Sala del Contenciós Administratiu del TSJ de Madrid.

3) Un cop recollit el visat, la darrera fase del procediment s'acompleix amb **l'entrada del familiar reagrupat en territori espanyol**. Aquesta entrada s'haurà d'efectuar dins del termini de vigència del visat, que en cap cas podrà ser superior a tres mesos (art. 58 RLOEx). I en el termini d'un mes des de l'entrada a Espanya (o, si escau, des de la notificació de la concessió de l'autorització per als casos en què el familiar ja s'hi trobi), l'estranger haurà de sol·licitar personalment la seva Targeta d'Identitat d'Estranger. Quan es tracti de menors, la sol·licitud la farà el seu representant legal.

Renovació

La renovació de les autoritzacions de residència per reagrupament familiar s'ha de sol·licitar respectant el termini, les condicions i el procediment regulats en l'article 61 del RLOEx.

A banda de la continuïtat, en essència, dels requisits que varen justificar el reagrupament originari (manteniment dels vincles de parentiu, habitatge adequat, requisits econòmics, etc., tot i que amb alguna flexibilització en relació amb aquests darrers), es valorarà, entre altres condicions, l'escolarització dels menors en edat d'escolarització obligatòria que estiguin a càrrec del reagrupant, les eventuais condemnes penals o l'incompliment d'obligacions en matèria tributària o de la Seguretat Social, així com l'esforç d'integració de l'estranger, que s'acreditarà mitjançant informe positiu de la comunitat autònoma del seu lloc de residència.

En principi, les sol·licituds de renovació dels familiars reagrupats es presentaran i tramitaran conjuntament amb la del reagrupant. Passats tres mesos des de la presentació de la sol·licitud, el silenci administratiu tindrà caràcter positiu, entenent-se que la resolució és favorable.

Tots els procediments relatius al reagrupament familiar i a la seva renovació tindran tramitació preferent (art. 56.7 RLOEx).

Jurisprudència

La denegació de visats per part dels consolats dona lloc a força jurisprudència. El TS (Sala 3a.) ha declarat a la seva Sentència de 05 d'octubre de 2011 (ROJ STS 6660/2011) que el consolat no pot rectificar la valoració de la documentació que ja va efectuar l'autoritat que va concedir l'autorització de residència per reagrupament i que la va jutjar suficient. Ara bé, el consolat sí que podrà denegar el visat si constata, en l'examen dels originals, que aquests contenen alguna falsedat que no s'apreciava en les còpies que es varen aportar en el seu dia davant de les autoritats competents espanyoles, o si l'interessat no aporta la documentació específica que es requereix en l'expedient del visat, o fins i tot si hi ha alguna circumstància nova que justifiqui la denegació del visat (STS 3a. de 26 d'octubre de 2016, ROJ STS 4679/2016, STS 3a. de 12 de juny de 2012, ROJ STS 4546/2012).

D'altra banda, el TS no ha considerat com a causa de denegació vàlida del visat el fet que només es reagrupi a una part del nucli familiar, admetent doncs el reagrupament parcial (STS 3a. de 6 de juny de 2012, ROJ STS 4616/2012).

3.4.5. Efectes del reagrupament sobre la situació dels familiars reagrupats

La concessió d'una autorització de residència a un membre de la família de l'estranger resident a Espanya suscita un seguit de qüestions en relació amb el seu abast i els efectes que desplega: fins quan dura l'autorització per residir? Permet al seu titular treballar? Pot el familiar reagrupat, al seu torn, reagrupar als seus propis familiars? Què succeeix si el reagrupant mor, o si es trenca la relació matrimonial, de parella o de parentiu que va fonamentar el reagrupament? Pot obtenir una autorització de residència independent de la del reagrupant? Tot seguit donarem resposta a aquestes preguntes.

1) La vigència de l'autorització de residència per reagrupament familiar

El principi de base és que la vigència de l'autorització de residència per reagrupament familiar està vinculada a la del reagrupant.

Això es lògic perquè, al cap i a la fi, la segona és el supòsit i fonament de la primera. Així, si el reagrupant és titular d'una autorització de residència temporal, la vigència de l'autorització de residència dels familiars reagrupats s'estendrà fins a la mateixa data que l'autorització de la que sigui titular el reagrupant en el moment de l'entrada del familiar a Espanya (art. 58.3 RLOEx). El mateix paral·lelisme es donarà entre la renovació de l'autorització de residència per reagrupament familiar i la vigència de l'autorització del reagrupant en el moment de la renovació (art. 61.11 RLOEx).

Específicament, es preveu que si el reagrupant és resident de llarga durada o resident de llarga durada-UE a Espanya, la vigència de la primera autorització de residència dels familiars reagrupats s'estendrà fins a la data de validesa de

la Targeta d'Identitat d'Estranger de la que sigui titular el reagrupant quan el familiar entri a Espanya. La posterior autorització del reagrupat ja serà de llarga durada.

Exemples

La Daniela ha obtingut una autorització de residència per reagrupament familiar en favor d'en Juan, el seu marit. Si en el moment en què en Juan entra a Espanya, la Daniela és titular d'una autorització de residència temporal inicial renovada, que estén la seva vigència fins al 17 de setembre de 2019, llavors la vigència de l'autorització de residència d'en Juan s'estendrà fins a la mateixa data.

Si la Daniela, en canvi, és resident de llarga durada i ha de renovar la seva TIE el 17 de setembre de 2019, llavors la primera autorització de Juan s'estendria fins aquesta mateixa data, i la següent autorització de residència de Juan ja seria de llarga durada.

2) La possibilitat del familiar reagrupat de treballar

Un efecte molt important que comporta per al reagrupat l'autorització de residència per reagrupament familiar és la possibilitat de desenvolupar activitats econòmiques a Espanya sense necessitat d'obtenir cap altra autorització administrativa a l'efecte (per exemple, cap autorització de treball).

Aquest efecte, però, no es produeix en relació amb tots els familiars del reagrupant, sinó només en relació amb el seu cònjuge, parella de fet o fills reagrupats (articles 19 LOEX i 58.4 RLOEx). La llei no preveu expressament aquesta possibilitat en relació amb els ascendents del reagrupant o els ascendents del seu cònjuge o parella, ni tampoc amb les persones respecte de les quals el reagrupant ostenti la representació legal. Cal interpretar, doncs, que aquestes darreres persones només podran treballar a Espanya prèvia l'obtenció d'una autorització de treball conforme a la normativa d'estrangeria.

L'habilitació per treballar cobreix tant activitats per compte d'altri com per compte propi, en qualsevol part del territori espanyol, sector o activitat. No és necessari cap altre tràmit administratiu, en el sentit d'autorització per treballar: això no obsta a què quan es tracti d'activitats per compte propi, s'hauran de complir si s'escau les mateixes o equivalents qualificacions professionals, requisits o llicències administratives que es puguin exigir als espanyols.

Respecte als fills menors d'edat, evidentment l'habilitació per treballar només pot ser efectiva quan arribin a l'edat laboral prevista en el dret espanyol, essent aquesta qüestió d'ordre públic.

3) L'obtenció d'una autorització de residència independent de la del reagrupant

L'autorització de residència dels familiars reagrupats està en relació de dependència amb l'autorització de residència del reagrupant. Inicialment, aquesta vinculació directa és la solució més lògica i adequada, però amb el temps poden modificar-se les circumstàncies del reagrupat o esdevenir-se noves situacions que justifiquin que aquest pugui sol·licitar i obtenir una autorització de residència independent de la del reagrupant. A aquests efectes, la llei distingeix en funció del familiar reagrupat (articles 19 LOEx i 59 RLOEx).

El **cònjuge** o **parella** reagrupat podrà obtenir una autorització de residència i treball independent quan disposi de mitjans econòmics suficients per cobrir les seves pròpies necessitats. El reglament concreta quan s'ha d'entendre produïda aquesta circumstància: a) o bé es disposa dels mitjans econòmics suficients per a la concessió d'una autorització de residència temporal de caràcter no lucratiu; b) o bé es compta amb un contracte de treball de durada mínima d'un any i un sou no inferior al SMI (mensual, a temps complert i per catorze pagues); c) o bé es compleixen els requisits per a la concessió d'una autorització de residència temporal i treball per compte propi. En aquests dos darrers casos, l'eficàcia de l'autorització estarà condicionada a què es produeixi l'alta del treballador en el règim corresponent de la Seguretat Social en el termini d'un mes des de la notificació de la resolució de concessió de l'autorització. En definitiva, es reconduïx la possibilitat al compliment de les condicions econòmiques de la resta d'autoritzacions de residència i/o treball ordinàries. En tot cas, un requisit comú per a la concessió de l'autorització és que el reagrupat no tingui deutes pendents amb l'Administració tributària o la Seguretat Social.

Un supòsit que també pot donar lloc a l'obtenció d'una autorització de residència i treball independent per part del cònjuge o parella reagrupat és, precisament, la finalització de la relació que va donar origen a la residència per reagrupament. Aquesta finalització es pot donar per la mort del reagrupant, a causa de la ruptura o suspensió del vincle conjugal per divorci o separació judicial, o per la cancel·lació de la inscripció o finalització de la vida en parella. En el cas de divorci, separació o ruptura o cancel·lació de la inscripció de parella, per obtenir una autorització de residència independent s'haurà d'acreditar la convivència a Espanya amb el cònjuge o parella reagrupant durant un mínim de dos anys. En aquests casos, quan a més del cònjuge o parella s'hagi reagrupat a altres familiars (per exemple, fills), aquests conservaran l'autorització de residència concedida i dependran, a efectes de la seva renovació, del membre de la família amb el qual convisquin.

Regla especial per a casos de violència de gènere

L'article 19.2 LOEx disposa que quan la cònjuge reagrupada fos víctima de violència de gènere, podrà obtenir l'autorització de residència i treball independent, sense necessitat de complir els requisits anteriors, i des del moment en què s'hagués dictat al seu favor una ordre de protecció o, en el seu defecte, un informe del Ministeri Fiscal en el qual s'indiqui l'existència d'indicis de violència de gènere. Aquest supòsit s'ha d'interpretar en sintonia amb la Llei orgànica 1/2004, de 28 de desembre, de mesures de protecció integral contra la violència de gènere, per la qual cosa s'ha d'aplicar també a la parella de fet, cosa que fa l'article 59.2.b RLOEx. D'altra banda, aquesta darrera disposició estén també l'aplicació d'aquest supòsit, en les mateixes condicions, al cònjuge o parella (ara no necessàriament de sexe femení) que hagi estat víctima d'un delictes per conductes violentes exercides en l'entorn familiar. La tramitació de les sol·licituds tindrà en aquests casos caràcter preferent i la durada de l'autorització de residència i treball independent serà de cinc anys.

Pel que fa als **fills reagrupats**, l'article 19.3 LOEx disposa que aquests podran obtenir una autorització de residència independent quan assoleixin la majoria d'edat i disposin de mitjans econòmics suficients per cobrir les seves pròpies necessitats. El Reglament concreta aquest requisit, no només per als fills sinó també en relació amb els altres menors sobre els quals el reagrupant **ostenti la representació legal**. Respecte a tots ells, s'entendrà que disposen de mitjans econòmics suficients en els mateixos supòsits previstos per al cònjuge o parella en el l'apartat 1 de l'article 59 RLOEx. D'altra banda, el RLOEx afegeix un supòsit nou, ja que preveu que puguin obtenir també una autorització de residència independent quan assoleixin la majoria d'edat i hagin residit a Espanya durant cinc anys (art. 59.4 RLOEx).

Per últim, i al seu torn, els **ascendents reagrupats** podran obtenir una autorització de residència independent del reagrupant quan hagin obtingut una autorització per treballar.

En relació amb la durada de l'autorització de residència independent de les diferents persones esmentades, i sense perjudici de les regles específiques que es prevegin, l'apartat 6 de l'article 59 RLOEx estableix que aquesta autorització «tindrà la durada que correspongui, en funció del temps previ de vigència de la situació de residència per reagrupament familiar». Amb aquesta formulació enigmàtica s'està fent referència implícita a la configuració de l'itinerari temporal de les autoritzacions de residència que segueix la LOEx, i que consta en principi d'una autorització de residència temporal inicial per un període d'un any, d'una primera renovació de l'anterior per un termini de dos anys, d'una segona renovació per dos anys més i, posteriorment i havent ja assolit un termini total de residència continuada de cinc anys, s'obté la residència de llarga durada.

Exemple

Si en Yoshio, reagrupat per la seva mare, ha assolit la majoria d'edat havent residit a Espanya de forma continuada durant tres anys, quan obtingui una autorització de residència

independent de la de la seva mare la durada d'aquesta serà, en principi, de dos anys, i amb la posterior renovació ja obtindria la residència de llarga durada.

En tot cas, s'estableix que l'autorització de residència independent de la del reagrupant tindrà una vigència mínima d'un any.

4) La possibilitat del familiar reagrupat de reagrupar els seus propis familiars

Estretament vinculat amb l'anterior, es planteja si els familiars reagrupats poden, al seu torn, reagrupar als seus propis familiars. Aquesta possibilitat es reconeix a l'article 17.2 LOEx però es condiona, en primer lloc, al fet que aquests estrangers ja comptin amb una autorització de residència i treball independent de la del seu reagrupant. En segon lloc (art. 60 RLOEx), cal també que reuneixin totes les condicions necessàries per poder exercir el dret de reagrupament dels seus familiars abans examinades. És a dir, hauran d'acreditar tant el requisit temporal com la possessió de recursos econòmics i la disponibilitat d'un habitatge adequat.

Amb tot, la legislació és més restrictiva amb els ascendents reagrupats. Aquests només podran exercir el seu propi dret de reagrupament familiar quan hagin obtingut la condició de residents de llarga durada i hagin acreditat solvència econòmica per atendre les necessitats dels membres de la seva família que pretenguin reagrupar (articles 17.3 LOEx i 60.2 RLOEx). Excepcionalment, però, l'ascendent reagrupat podrà exercir el dret de reagrupament sense necessitat d'haver adquirit la residència de llarga durada quan tingui al seu càrrec un o més fills menors d'edat o que tinguin una discapacitat i no siguin objectivament capaços de proveir a les seves pròpies necessitats a causa del seu estat de salut (articles 17.3 LOEx i 60.3 RLOEx).

Resum

El concepte d'*estranger* es defineix usualment en termes negatius, per contraposició al de *nacional*: des de la perspectiva d'un estat determinat, serà considerada estrangera aquella persona que no ostenti la nacionalitat de l'estat en qüestió. El dret d'estrangeria és el sector de l'ordenament jurídic que agrupa les normes pensades específicament per ser aplicades als estrangers i que estableixen una diferència de tracte –usualment en sentit restrictiu– respecte dels nacionals del mateix estat. Aquestes diferències de tracte afecten, en essència, a l'entrada i sortida de l'estranger del territori estatal, a la possibilitat de la seva permanència en el mateix i a les condicions en les que es desenvolupa aquesta permanència, així com a l'establiment de respostes específiques i mesures per al cas d'incompliment de les normes d'estrangeria.

El marc normatiu del dret d'estrangeria és complex a causa de la pluralitat i diversitat de les seves fonts, però també de la interrelació entre elles, la qual cosa en ocasions dificulta la delimitació de la norma aplicable al supòsit. En el nostre ordenament jurídic conviuen normes de dret internacional al costat de normes provinents de la Unió Europea i de normes de dret intern.

El dret internacional general no imposa directrius ni limitacions als estats pel que fa a la regulació de la situació dels estrangers en els territoris estatals respectius. Les normes d'origen internacional que contenen regulació en aquest àmbit són els convenis internacionals en matèria de drets humans i dret d'asil, els convenis bilaterals sobre estrangeria i, en el nostre entorn jurídic, els tractats de la Unió Europea.

L'abast de la regulació europea amb incidència en el dret d'estrangeria és avui molt ampli i divers. La base jurídica d'aquesta regulació es troba en els tractats que fonamenten la UE o dret originari (avui TUE i TFUE), i el seu desenvolupament en un seguit de normes de dret derivat (essencialment reglaments i directives). La Comunitat Econòmica Europea (CEE) fundada el 1957 no disposava de competències sobre immigració, control de fronteres ni asil. Durant molt temps, l'única regulació europea que es podia adoptar amb incidència en el dret d'estrangeria era la que desenvolupava la lliure circulació de persones en el marc del mercat interior. Aquesta lliure circulació de persones tenia inicialment un fonament i una cobertura purament econòmics ja que s'adreçava només als treballadors per compte d'altri (lliure circulació de treballadors) i als treballadors per compte propi (llibertat d'establiment i lliure prestació de serveis). Cobria igualment determinats membres de la família del treballador, per garantir la realitat i efecte útil del dret. Amb el temps, i sobretot arran de l'establiment del vincle de la ciutadania de la Unió Europea, la lliure circulació de persones s'ha anat desenvolupant i se n'ha ampliat l'abast, i avui s'aplica a tot nacional d'un estat membre de la Unió Europea i també de forma indirecta

a determinats membres de la seva família. El dret de lliure circulació i residència, però, no és incondicional sinó que està subjecte a determinats requisits i limitacions.

Pel que fa al control de les fronteres exteriors i a la supressió dels controls en les fronteres interiors, l'actual espai Schengen i la regulació d'origen europeu que l'implementa i el desenvolupa tenen el seu origen en un acord celebrat el 1985 per un conjunt d'estats membres de la llavors CEE, però al marge d'aquesta (Acord de Schengen), que va ser desenvolupat el 1990 per un segon conveni internacional. Altres estats (membres i no membres de la CEE i després de la Unió Europea) s'hi van anar afegint progressivament. Finalment, arran del Tractat d'Amsterdam (1997) la Comunitat Europea va assumir competències en matèria de control de fronteres i el patrimoni normatiu de Schengen es va «comunitaritzar». Actualment i sota el paraigües d'aquesta competència reguladora, s'han establert normatives en relació amb els controls fronterers i els visats per a estades de curta durada.

Igualment, els avenços en el procés d'integració europea han propiciat l'assumpció per part de la UE de competències en matèria d'immigració i asil. En aquest marc, la UE ha adoptat diversos actes legislatius, la majoria dels quals en forma de directives que estableixen normes i principis comuns en un determinat àmbit (per exemple i entre d'altres, reagrupament familiar, residents de llarga durada, retorn de nacionals de tercers països en situació irregular, sol·licituds d'asil i protecció internacional, etc.). Aquestes directives, després, han de ser transposades pels estats membres en els seus respectius ordenaments jurídics.

Pel que fa a la dimensió interna de l'Estat espanyol, es parteix de la competència exclusiva de l'Estat per legislar en matèria d'immigració i estrangeria, establerta a la Constitució. Aquest principi no obsta al fet que moltes CA puguin exercir algunes facultats normatives puntuals en aquest àmbit en virtut de les competències estatutàries en matèria de polítiques d'acolliment i integració i de la competència executiva en matèria d'autorització de treball. El nucli central de la regulació es troba a la Llei orgànica 4/2000 sobre els drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social (LOEx) i al seu Reglament aprovat pel Reial decret 557/2011 (RLOEx). Paral·lelament, existeixen normes especials que regulen règims d'estrangeria específics, com el dels nacionals dels estats membres de la Unió Europea i altres països de l'Espai Econòmic Europeu, el règim d'emprenedors i inversors i el dels sol·licitants d'asil i altres formes de protecció internacional. Per portar a terme la delimitació entre l'àmbit d'aplicació dels respectius règims d'estrangeria, cal tenir en compte diversos paràmetres, que fonamentalment es podrien reduir a tres: nacionalitat del subjecte estranger, relacions de parentiu del subjecte amb altres estrangers que es troben a Espanya i propòsit pel qual l'estranger pretén accedir o romandre en territori espanyol.

El règim especial d'estrangeria dels nacionals de la UE és un règim privilegiat que deriva del dret de lliure circulació i residència associats a la ciutadania europea. S'estén també als nacionals d'altres països de l'EEE (Noruega i Islàndia) i de Suïssa. Està regulat en el Reial decret 240/2007, que és la norma que va efectuar la transposició en l'ordenament espanyol de la Directiva 2004/38 sobre el dret de residència. Els beneficiaris directes d'aquest règim són els nacionals dels estats membres de la UE i altres països de l'EEE, i els beneficiaris indirectes determinats membres de les seves famílies, amb independència de la seva nacionalitat, quan els acompanyin o es reuneixin amb ells. S'estableix un dret d'entrada i sortida d'aquestes persones, així com un dret de residència (temporal i permanent), en condicions molt més generoses que les fixades en el règim general d'estrangeria. Es preveu la possibilitat de restringir aquests drets de forma excepcional i justificada per motius d'ordre públic, seguretat pública o salut pública.

El règim general d'estrangeria exclou expressament del seu àmbit al personal de les missions diplomàtiques i consulars, sotmès principalment a normes de dret internacional públic, així com a d'altres internes que desenvolupen el seu estatut. La LOEx i el RLOEx constitueixen, d'altra banda, les normes d'aplicació residual o subsidiària en relació amb els altres règims especials d'estrangeria.

Pel que fa als drets i llibertats fonamentals, així com les garanties jurídiques dels estrangers a Espanya, la LOEx estableix les condicions per al seu gaudiment. Aquest aspecte ha estat perfilat i modulad per la jurisprudència del Tribunal Constitucional en relació amb determinats drets.

La regulació de l'entrada dels estrangers en el territori espanyol, en la mesura en què es faci a través d'una frontera exterior de l'espai Schengen, ve establerta en normes d'origen europeu (Codi de fronteres Schengen, Codi europeu de visats i Reglament 539/2001, fonamentalment), tot i que la legislació espanyola recull igualment en essència el contingut d'aquesta normativa. La reglamentació europea estableix quines són les condicions i la forma de realització de l'entrada, els controls fronterers que han de portar a terme les autoritats espanyoles, així com els supòsits de denegació d'entrada. Pel que fa a les condicions d'entrada, l'estranger ha d'acreditar la seva identitat, l'objecte i les condicions de l'estada i la possessió de mitjans de subsistència suficients, i estar proveït –si escau– d'un visat, l'atorgament del qual ve regit per normes comuns d'origen europeu. Igualment caldrà no estar sotmès a cap prohibició d'entrada. Cal tenir en compte que les condicions d'entrada establertes en la normativa europea abans esmentada es refereixen a estades de curta durada, de fins a noranta dies en un període de cent vuitanta. Les situacions de permanència més enllà dels noranta dies, en les seves diverses variants i modalitats, venen regides per la LOEx i el RLOEx, tot i que materialment la seva regulació respon en una bona part a regles comunes contingudes en directives de la UE que han estat transposades pel legislador espanyol.

La llei també regula la sortida dels estrangers del territori espanyol, distingint-se entre supòsits de sortida voluntària i de sortida obligatòria. Els primers en principi són lliures sempre que no concorri cap prohibició de sortida. Els darrers es poden donar arran de la finalització de la vigència del visat o esgotament del període permès d'estada, o també en aplicació d'algunes de les mesures que impliquen una sortida forçosa, com la devolució (supòsits d'entrada irregular en territori espanyol infringint una prohibició d'entrada imposada en una ordre d'expulsió, o pretensió d'entrada il·legal a Espanya) o l'expulsió (sortida forçosa que s'imposa com a sanció per la comissió d'una infracció a la legislació d'estrangeria o bé per la comissió d'un il·lícit penal). L'anomenat «retorn» en la LOEx no és, en canvi, pròpiament un supòsit de sortida del territori espanyol, sinó que és l'obligació de tornar al país de procedència o de traslladar-se a un tercer país en els casos de denegació d'entrada.

El reagrupament familiar suposa l'entrada i residència a Espanya dels membres de la família d'un nacional d'un tercer país que hi resideixi legalment, amb la finalitat de mantenir la unitat familiar i amb independència de si els vincles familiars són anteriors o posteriors a l'entrada del reagrupant. El reagrupament sols es pot exercir respecte de determinats familiars establerts en la llei. És necessari el compliment d'un seguit de condicions que fan referència a la durada prèvia de la residència a Espanya del reagrupant, a l'acreditació de què es posseeixen recursos econòmics suficients per atendre les necessitats de la família i de què es disposa d'un habitatge adequat. El procediment consta de tres fases correlatives: sol·licitud i obtenció d'autorització de residència temporal per reagrupament familiar per part del reagrupant, sol·licitud i obtenció del corresponent visat per part del familiar reagrupat, i entrada a Espanya del familiar reagrupat dins del termini de vigència del visat. L'autorització de residència per reagrupament familiar tindrà uns determinats efectes en relació amb el familiar reagrupat, que es referiran a la possibilitat de treballar, a l'eventual obtenció posterior d'una autorització individual i independent de la del reagrupant, i la possibilitat d'arribar a reagrupar els seus propis familiars.

Exercicis d'autoavaluació

1. El dret internacional general...

- a) Obliga els estats a admetre els estrangers en el seu territori, fixant determinats límits a les restriccions que poden imposar els estats.
- b) Obliga els estats a admetre els estrangers en el seu territori, però no determina en quines condicions ho han de fer.
- c) No imposa cap regla ni limitació als estats pel que fa a l'admissió d'estrangers en el seu territori.
- d) Prohibeix les expulsions col·lectives d'estrangers.

2. L'actual Unió Europea...

- a) Pot regular en matèria d'immigració.
- b) Ostenta competències en matèria d'estrangeria des de la seva fundació inicial com a Comunitat Econòmica Europea.
- c) No té competències en matèria d'estrangeria, ja que aquestes pertanyen als estats membres.
- d) Estableix els principis fonamentals en matèria d'estrangeria en el TUE i el TFUE, i el seu desenvolupament correspon als estats membres.

3. L'anomenat «espai Schengen»...

- a) Integra tots els estats membres de la Unió Europea.
- b) És independent del dret de la UE ja que està contingut en convenis internacionals.
- c) Es refereix a la lliure circulació de treballadors, mercaderies, serveis i capitals.
- d) Està configurat com un espai sense controls a les fronteres interiors.

4. El dret de lliure circulació i residència previst en el Dret de la Unió Europea...

- a) Es reconeix als nacionals dels estats membres de la UE.
- b) Es reconeix als nacionals dels estats que formen l'Espai Econòmic Europeu.
- c) Es pot reconèixer a nacionals de tercers estats que no són membres de la UE.
- d) Totes les respostes anteriors són correctes.

5. El dret de lliure circulació i residència dels ciutadans de la UE reconegut en el TFUE...

- a) És un dret absolut que no pot ser sotmès a condicions que no figurin establertes en el TFUE.
- b) Pot ser sotmès a restriccions per raons d'ordre públic, seguretat pública i salut pública.
- c) Només pot ser exercit pels ciutadans de la UE que ostenten la condició de treballadors per compte d'altri o per compte propi.
- d) Es refereix a la inexistència de controls en les fronteres interiors entre estats membres.

6. En virtut de la seva competència en matèria de control de fronteres, la UE...

- a) Ha adoptat regulació en matèria de visats.
- b) Ha adoptat regulació en matèria de dret d'asil.
- c) Ha adoptat la Directiva 2004/38 sobre el dret de residència.
- d) Ha cedit als estats membres la regulació del creuament de les fronteres exteriors de la UE.

7. En el marc de l'ordenament espanyol...

- a) No són aplicables els convenis internacionals en matèria de dret d'asil perquè Espanya no els ha ratificat.
- b) Totes les competències en l'àmbit d'estrangeria han estat cedides a la UE en exclusiva i per tant la regulació prové avui íntegrament de la UE.
- c) L'Estat ostenta competència exclusiva per legislar en matèria d'estrangeria d'acord amb la Constitució espanyola de 1978.
- d) Les comunitats autònomes no tenen cap marge d'actuació pel que fa a l'estrangeria.

8. La LOEx (LO 4/2000)...

- a) Pot aplicar-se també als ciutadans de la UE si els resulta més favorable.
- b) Conté un règim específic per a emprenedors i inversors.
- c) S'aplica amb caràcter subsidiari al personal de les missions diplomàtiques i consulars estrangeres i d'organismes internacionals acreditats a Espanya.
- d) No conté cap previsió en relació amb els refugiats ja que ho remet a la Llei reguladora del dret d'asil.

9. El nacional d'un altre estat membre de la UE que pretengui residir a Espanya...

- a) Pot portar a viure amb ell el seu cònjuge encara que estigui divorciat.
- b) Pot portar a viure amb ell els seus fills sense limitació d'edat.
- c) Pot portar a viure amb ell els seus germans si estan al seu càrrec.
- d) Pot portar a viure amb ell els seus sogres si estan al seu càrrec.

10. Els familiars del ciutadà de la UE que siguin nacionals d'un tercer estat...

- a) No poden gaudir del dret de residència en un altre estat membre, només del dret d'estada per un període inferior a tres mesos.
- b) Hauran d'obtenir un visat d'entrada si així ho exigeix la normativa aplicable.
- c) No poden treballar en l'estat membre d'acollida sense obtenir una autorització de treball.
- d) Han de sol·licitar una autorització de residència que els serà concedida de forma automàtica, gratuïta i amb caràcter preferent.

11. El dret de residència dels nacionals d'un estat membre de la UE o altre estat de l'EEE...

- a) Requereix disposar de recursos econòmics suficients, que es determinen legalment d'acord amb una quantia fixa mínima.
- b) Inclou també les persones que cursin estudis i no treballin.
- c) Només es reconeix als treballadors per compte d'altri, ja que els treballadors per compte propi tenen un règim específic regulat en les directives sobre llibertat d'establiment.
- d) No exigeix el compliment de cap requisit formal ja que ve reconegut automàticament en la llei.

12. El divorci d'un nacional d'un estat membre de la UE...

- a) Implica la pèrdua automàtica del dret de residència per a l'ex-cònjuge que sigui nacional d'un tercer estat.
- b) Implica la pèrdua del dret de residència en un període de dos anys, per a l'ex-cònjuge que sigui nacional d'un tercer estat.
- c) No afecta al dret de residència de l'ex-cònjuge que sigui nacional d'un estat membre de la UE.
- d) No afectarà al dret de residència de l'ex-cònjuge que sigui nacional d'un estat membre de la UE si acredita que disposa d'una ocupació per compte propi o per compte d'altri.

13. L'expulsió d'un ciutadà de la UE o d'un membre de la seva família...

- a) No es pot produir atenent a finalitats econòmiques.
- b) Es pot acordar degut a l'existència d'antecedents penals per delictes greus.
- c) No és possible si ja han adquirit el dret de residència permanent.
- d) No és possible en cap cas respecte de menors d'edat.

14. La condició de familiar de nacional d'un estat membre de la UE...

- a) S'acredita amb la targeta de residència de familiar de ciutadà de la Unió, independentment de la nacionalitat del familiar.
- b) S'acredita amb la targeta de residència de familiar de ciutadà de la Unió en el cas dels nacionals de tercers estats, i amb el certificat de registre en el cas dels nacionals d'un altre estat membre de la UE.
- c) S'acredita amb el passaport.
- d) S'acredita amb la Targeta d'Identitat d'Estranger.

15. El dret de reunió i el dret d'associació, en relació amb els estrangers...

- a) Es reconeixen només als estrangers que resideixin legalment a Espanya.
- b) El dret d'associació es reconeix només als estrangers que resideixin legalment a Espanya, però el dret de reunió es reconeix a tots els estrangers.
- c) El dret de reunió es reconeix només als estrangers que resideixin legalment a Espanya, però el dret d'associació es reconeix a tots els estrangers.
- d) Es reconeixen a tots els estrangers independentment de la seva situació administrativa.

16. El dret a l'assistència lletrada i a la defensa i representació gratuïtes...

- a) Es reconeixen únicament als estrangers que resideixin legalment a Espanya.
- b) Es reconeixen a tots els estrangers però es circumscriuen només als procediments davant la jurisdicció contenciós-administrativa.
- c) Es reconeixen a tots els estrangers que no disposin de recursos suficients per litigar.
- d) Es reconeixen únicament als estrangers que hagin adquirit la residència de llarga durada a Espanya.

17. El visat Schengen...

- a) Autoritza al seu titular per entrar en l'espai Schengen i romandre-hi per un màxim de noranta dies en un període de cent vuitanta.
- b) Autoritza al seu titular per entrar en l'espai Schengen, requerint-se una autorització d'estada per romandre-hi per un període de fins a noranta dies.
- c) És un tipus de visat nacional però que té la seva validesa reconeguda en tots els països que integren l'espai Schengen.
- d) S'exigeix a tots els nacionals de tercers estats que pretenguin travessar les fronteres exteriors de l'espai Schengen.

18. El Codi de fronteres Schengen (Reglament UE 2016/399 de 9 de març)...

- a) Constitueix la regulació europea comuna en matèria de visats.
- b) Regula els controls que es poden efectuar en les fronteres dels estats membres.
- c) És aplicat per les autoritats de l'Agència Europea de la Guarda de Fronteres i Costes (FRONTEx).
- d) Ha estat objecte de transposició en el Reglament de la LO 4/2000.

19. Un requisit per a l'entrada en el territori espanyol amb l'objecte de romandre-hi per un període de fins a noranta dies és:

- a) L'acreditació de què es disposa de recursos suficients, que es farà aportant còpia del contracte de treball o certificat d'ingressos, sense que s'estableixi un import mínim fixe.
- b) Disposar d'una autorització d'estada.
- c) L'acreditació de la identitat mitjançant el visat d'entrada.
- d) L'acreditació de l'allotjament que es tindrà durant l'estada, que es pot portar a terme amb la carta d'invitació d'un particular.

20. Les prohibicions d'entrada...

- a) Són imposades per les autoritats encarregades del control fronterer quan detecten una infracció de la normativa d'entrada en el territori espanyol.
- b) Són mesures que no poden estendre's en el temps durant més d'un any.
- c) No poden afectar als nacionals d'un estat membre de la UE.
- d) S'imposen sempre que s'acorda una ordre d'expulsió.

21. Als sol·licitants d'asil...

- a) Se'ls exigeix dels requisits generals d'entrada en territori espanyols establerts en la legislació d'estrangeria.
- b) Si obtenen la condició de refugiats, no necessiten una autorització de treball per desenvolupar activitats econòmiques.
- c) Si obtenen la condició de refugiats, se'ls exigeix del compliment dels requisits establerts en la LOEx per al reagrupament dels seus familiars.

d) Totes les respostes anteriors són correctes.

22. La denegació d'entrada...

- a) Comportarà l'adopció de la mesura de devolució de l'estranger al seu país.
- b) No és necessari que estigui motivada ja que no constitueix un dret de l'estranger.
- c) No pot ser objecte de recurs en tractar-se d'un acte discrecional.
- d) Cap de les respostes anteriors és correcta.

23. En el marc de la LOEX, la situació d'estada de curta durada...

- a) No permet el desenvolupament d'activitats econòmiques a Espanya.
- b) Requereix la sol·licitud i expedició de la Targeta d'Identitat d'Estranger si es perllonga més enllà dels tres mesos.
- c) No es pot prorrogar amb caràcter general, només per motius humanitaris i en supòsits excepcionals.
- d) No requereix l'expedició prèvia de visat, ja que aquest document només és necessari per a la residència.

24. Si un estranger és interceptat intentant entrar irregularment en territori espanyol en una patera, la mesura procedent és:

- a) El retorn.
- b) La devolució.
- c) L'expulsió.
- d) Cap de les anteriors.

25. Una condició per poder reagrupar el cònjuge és:

- a) Haver residit legalment a Espanya durant un any.
- b) Acreditar que el cònjuge es troba a càrrec del reagrupant.
- c) Que el matrimoni no s'hagi celebrat en frau de llei.
- d) Haver reagrupat prèviament als fills menors comuns.

Solucionari

Exercicis d'autoavaluació

1. c

2. a

3. d

4. d

5. b

6. a

7. c

8. a

9. d

10. b

11. b

12. c

13. a

14. b

15. d

16. c

17. a

18. b

19. d

20. d

21. d

22. d

23. a

24. b

25. c

