
Dret d'estrangeria (II): autoritzacions i sancions

PID_00248427

José Javier Ordóñez Echeverría

Temps mínim de dedicació recomanat: 4 hores



Índex

Introducció	5
Objectius	7
1. Estada i residència	9
1.1. Estada	9
1.1.1. Estada per estudis	10
1.2. Residència temporal	11
1.3. Residència temporal no lucrativa	12
1.4. Residència temporal lucrativa	13
1.5. Residència temporal per circumstàncies excepcionals	16
1.5.1. L'arrelament	18
1.5.2. Apàtrides, refugiats i indocumentats	20
1.5.3. Dones víctimes de violència de gènere	20
1.5.4. Menors estrangers no acompanyats	21
1.6. Residència de llarga durada	22
2. Autoritzacions per a la realització d'activitats lucratives	24
2.1. Residència i treball per compte propi	24
2.2. Residència i treball per compte d'altri. La situació nacional d'ocupació	25
2.3. Gestió Col·lectiva de Contractacions en Origen	28
2.4. Situacions específiques	29
2.4.1. Investigadors	29
2.4.2. Treballadors altament qualificats	29
2.4.3. Treballadors de temporada	30
2.4.4. Treballadors transfronterers i desplaçament de treballadors en prestació de serveis transnacional	30
2.4.5. Excepcions a l'autorització de treball	30
2.4.6. Treballadors penats	31
2.4.7. Emprenedors i inversors	31
3. Infraccions i sancions. Procediment	34
3.1. Infraccions	34
3.2. Sancions	36
3.2.1. La sanció de multa i la infracció per estada irregular	36
3.2.2. La sanció d'expulsió	39
3.3. Mesures cautelars	42
3.4. Internament i CIE	44
Exercicis d'autoavaluació	49

Solucionari.....	50
-------------------------	-----------

Introducció

En els mòduls anteriors s'han presentat els aspectes generals del marc normatiu bàsic, així com el ventall de drets i llibertats dels estrangers a Espanya. D'aquesta manera, s'han estudiat també els diferents règims jurídics dels estrangers, les condicions i àmbit d'aplicació, i les especificitats: el règim especial de ciutadans de la Unió Europea i els seus familiars, el règim especial de refugiats i asilats, i el règim general.

En aquest mòdul s'identificaran amb més concreció algunes de les característiques principals d'un dels règims anteriors, en concret el règim general. Així, es fixarà específicament en els aspectes en què es regulen les autoritzacions de què poden ser titulars els ciutadans estrangers.

Les autoritzacions són títols jurídics que permeten als estrangers creuar la frontera i romandre en el territori. Depenent dels terminis de temps que duri la permanència, es distingirà entre estada i residència. I, en funció del projecte migratori de l'estranger, si només vol residir-hi, estudiar, treballar, etc., la classificació de les autoritzacions es desplega: autoritzacions temporals, de llarga durada, d'estudis, d'investigació, de treball per compte d'altri, per compte propi, per circumstàncies excepcionals.

El desplegament esmentat segueix la lògica expositiva del mateix marc normatiu, contingut bàsicament a la Llei orgànica 4/2000 i al Reial decret 557/2011, que la desenvolupa.

La segona part del mòdul estudia el règim sancionador establert en la Llei orgànica 4/2000, amb les infraccions descrites en la norma i les sancions que la seva comissió du associades. D'entre totes les sancions, per la importància que té, l'expulsió del territori, per la greu limitació dels drets de la persona estrangera que, per definició, comporta.

S'estudiaran qüestions de procediment, com ara el règim de recursos, els terminis de notificació, la prescripció i la caducitat, i d'altres com l'assistència lletrada. Especialment, són objecte d'anàlisi les mesures cautelars que tendeixen al compliment de les sancions imposades, i de totes aquestes, per la connexió que té amb la sanció d'expulsió, s'estudia la mesura cautelar d'internament i el seu compliment als Centres d'Internament d'Estrangers (CIE), dispositius de la política d'estrangeria regulats a la Llei orgànica 4/2000 i al Reial decret 162/2014.

Advertiment previ

El règim d'estrangeria forma part de l'ordenament jurídic espanyol a través de les directives de la Unió Europea, traslladades a Espanya; les lleis orgàniques i ordinàries, i els decrets que les desenvolupen. En aquest mòdul, no es reproduiran íntegrament els preceptes legals i reglamentaris que regulen el règim de l'estada, la residència i el treball dels ciutadans estrangers a Espanya. N'hi ha prou amb la lectura directa d'aquests preceptes legals, als quals ens remetem des d'ara. El maneig del dret positiu ha de ser un company de treball associat a l'estudi d'aquests materials.

Nota

Per accedir a les fonts legals vigents, és recomanable acudir a la publicació al Butlletí Oficial de l'Estat, que inclou, a més de la legislació espanyola, les directives de la Unió Europea, així com les sentències del Tribunal Constitucional, algunes de les quals també se citen en aquest mòdul. Les normes legals positives s'han de llegir en els textos consolidats, amb la incorporació de les reformes successives i més recents. L'enllaç utilitzat en aquest mòdul és: <http://www.boe.es/legislacion/legislacion.php>.

Per tant, els mòduls treballen els textos legals de manera paral·lela a l'exposició dels temes, en el supòsit que l'estudiant té l'accés complet a la normativa que no s'explicita literalment aquí. Un objectiu d'aquest mòdul és comentar, subratllar, emfasitzar o descobrir les llacunes, incongruències, dificultats i possibilitats que els preceptes legals presenten en l'aplicació pràctica.

Objectius

Els principals objectius que es pretén que els estudiants assoleixin amb l'estudi d'aquest mòdul són els següents:

- 1.** Ser capaços d'identificar les diferents autoritzacions d'estada i residència per a ciutadans estrangers, de la manera més adequada a les seves necessitats migratòries.
- 2.** Conèixer el règim d'infraccions i sancions de la normativa d'estrangeria, amb èmfasi especial en la sanció d'expulsió del territori, sigui administrativa o penal, i en la mesura cautelar d'internament en Centres d'Internament d'Estrangers.
- 3.** Conèixer el marc normatiu bàsic i de referència aplicable, tant a escala europea comunitària com l'estatal espanyola, incloent-hi els criteris bàsics en què s'ha basat la regulació.
- 4.** Comprendre les problemàtiques associades al règim d'estada i residència, al de treball i al sancionador, per l'afectació de drets fonamentals que impliquen.

1. Estada i residència

1.1. Estada

L'estada dels estrangers en el territori està definida legalment més com una mera situació que com una forma d'autorització. Per tant, ens referim sempre a la situació d'estada a diferència de l'autorització de residència. Aquesta distinció no és simplement terminològica, ja que implica alguna peculiaritat en el règim jurídic, com veurem.

Per regla general, la situació d'estada es defineix com la «permanencia en el territorio español para un periodo de tiempo no superior a 90 días», excepte algunes especialitats relatives a estudis, mobilitat d'alumnes, pràctiques no laborals o serveis de voluntariat, en els quals el temps permès d'estada excedeix dels noranta dies.

Vegeu també

Vegeu l'apartat «Entrada dels estrangers en territori espanyol. Estades de curta durada» del mòdul «Estrangeria (I): fonts i règims».

Estada de curta durada

L'article 28.1 del Reial decret 557/2011, de 20 d'abril, que desenvolupa el Reglament de la Llei orgànica 4/2000, d'11 de gener, de drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social, estableix que:

«Se halla en situación de estancia de corta duración el extranjero que no sea titular de una autorización de residencia y se encuentre autorizado para permanecer en España por un período ininterrumpido o suma de períodos sucesivos cuya duración total no exceda de noventa días por semestre a partir de la fecha de la primera entrada, sin perjuicio de lo dispuesto en el capítulo II de este título para la admisión a efectos de estudios, movilidad de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado.»

El règim jurídic de l'estada es pot esquematitzar de la manera següent:

- **Visat.** Hi ha un visat d'estada que es pot exigir per a l'entrada o el creuament de la frontera espanyola. En cas de ser exigible, el visat autoritza l'estada sense que sigui necessària una autorització o resolució posterior. L'exigència de visat està regulada en el Dret de la Unió Europea, a través de la regulació del Tractat de supressió gradual de fronteres interiors signat a Schengen¹.

⁽¹⁾ Conegut com a «tractat de Schengen», signat en aquesta localitat luxemburguesa el 1985, en vigor a Espanya des de l'1 de març de 1994 i del qual s'ha parlat amb amplitud en tractar el règim d'estrangeria relatiu als ciutadans de la Unió Europea i els seus familiars.

- **Pròrroga.** L'estada de curta durada es pot prorrogar sempre que l'estada inicial més la pròrroga no sobrepassin el límit de noranta dies en un període de cent vuitanta, tal com estableix l'article 30 de la LO 4/2000.
- **Finalització.** Un cop exhaurit el període d'estada, l'estranger ha d'abandonar territori espanyol o regularitzar la situació de residència, ja que en cas contrari la seva permanència esdevé irregular.
- **Supòsits de llarga durada.** En els casos en què l'estada s'autoritza per a un període superior als noranta dies, es parla d'estades de llarga durada. Els seus supòsits són els que hem esmentat anteriorment, per exemple l'estada per estudis, en la qual ens aturarem una mica més.

1.1.1. Estada per estudis

L'autorització d'estada per estudis és un supòsit pràctic que val la pena estudiar amb una mica més de detall atès que molts dels estrangers que entren i es queden a Espanya ho fan a través d'aquesta possibilitat legal.

Aquesta autorització permet romandre a Espanya durant un temps superior als noranta dies si l'estranger vol dur a terme alguna de les següents activitats de caràcter no laboral:

- Realització o ampliació d'estudis en un centre d'ensenyament autoritzat a Espanya, per temps complet, que condueixi a l'obtenció d'un títol o certificat d'estudis.
- Realització d'activitats d'investigació o formació.
- Participació en un programa de mobilitat d'alumnes de secundària i/o batxillerat.
- Realització de pràctiques no laborals en una entitat o organisme públic o privat.
- Prestació d'un servei de voluntariat en un programa amb objectius d'interès general.

Les característiques d'aquesta estada són:

- La vinculació del període d'estada a la durada de l'activitat, amb el límit d'un any. És a dir, la durada de l'estada correspondrà al temps durant el qual es desenvoluparà l'activitat: si el programa d'estudis abasta un curs acadèmic de vuit mesos, aquesta mateixa durada tindrà l'autorització d'estada per estudis.

Web recomanada

Un mapa interactiu sobre els països on als seus nacionals els és exigible el visat d'estada Schengen es pot consultar a la pàgina web sobre política de visats de la Comissió Europea: https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/visa-policy_en.

- L'estada no permet treballar excepte quan el treball sigui compatible amb la realització dels estudis. En concret, que el contracte de treball no superi la mitja jornada laboral (si és a jornada completa, serà com a màxim per a tres mesos i en període no lectiu). La durada de l'autorització per treballar també està condicionada a la durada dels estudis o activitats acadèmiques, d'investigació, etc.
- L'estada per estudis per a l'estranger permet sol·licitar la situació d'estada també per als familiars, sempre que es reuneixin els requisits legals i reglamentaris, encara que no hi ha la possibilitat d'exercici d'activitats laborals i/o lucratives per als familiars.

Per tant, la situació de permanència que comporta l'autorització d'estada no és una autorització de residència ni tampoc una autorització de treball. Aquest fet és important, ja que té unes quantes conseqüències jurídiques.

La més rellevant d'aquestes conseqüències és que el període de temps d'estada, també d'estada per estudis, no computa si es vol acreditar el requisit de «residència legal i continuada» que exigeix l'article 22 del Codi civil. Recordem que aquest article del Codi civil regula l'adquisició de la nacionalitat espanyola per residència.

Exemple

Un jove ciutadà marroquí va ingressar a Espanya el 2007 gràcies a un visat d'estada per estudis per tal de fer un grau universitari en Relacions Laborals. El 2011 es va graduar i, acabats els estudis, va començar a treballar en una empresa de recursos humans de Barcelona. El 2017 presenta la sol·licitud de nacionalitat espanyola pel supòsit de deu anys de residència a Espanya i li és denegada. Segons el criteri legal, el termini de «residència legal i continuada» no comença a expirar fins al 2011, quan s'obté l'autorització inicial de residència i treball per compte d'altri. Només podrà sol·licitar la nacionalitat espanyola en aquest supòsit a partir del 2021. Els anys d'estada com a estudiant no li han computat a aquests efectes.

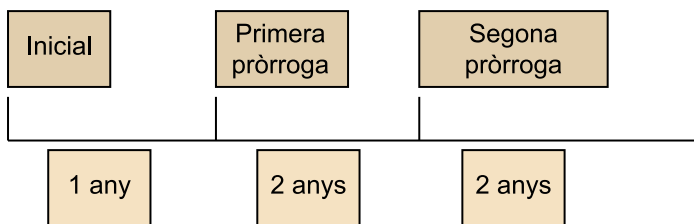
1.2. Residència temporal

Hem vist que la situació administrativa que permet a l'estranger romandre a Espanya per un període inferior a noranta dies s'anomena *estada*. Per contra, la situació administrativa que permet a un estranger quedar-se a Espanya per un període superior a noranta dies i inferior a cinc anys es diu *residència temporal*.

La residència temporal s'inicia amb una **autorització inicial**, d'un any de durada. A partir d'aquí cal sol·licitar dues **pròrrogues** (també anomenades *renovacions*) successives de la residència temporal, de dos anys de vigència cadascuna. D'aquesta manera, s'aconsegueix el temps màxim que permet la residència temporal, cinc anys:

Vegeu també

Vegeu l'apartat «Reagrupament familiar» del mòdul «Estrangeria (I): fonts i règims».



La situació de residència temporal depèn de la concessió d'una autorització per causes diverses. Aquestes causes donen lloc a les **modalitats de la residència temporal**, que es recullen a la LO 4/2000:

- Residència temporal no lucrativa (art. 31.2 LOEx). Per al supòsit d'estrangers i les seves famílies que disposin de mitjans de vida suficients per residir a Espanya sense necessitat d'exercir una activitat laboral.
- Residència temporal per reagrupament familiar (art. 38 a 44 LOEx). Per al supòsit d'estrangers residents legals que vulguin reunir els familiars a Espanya.
- Residència temporal per circumstàncies excepcionals (art. 31.3 LOEx).
- Residència temporal i autorització de treball per compte d'altri (art. 31.5 LOEx).
- Residència temporal i autorització de treball per compte propi (art. 31.5 LOEx).
- Residència temporal per a les dones estrangeres víctimes de violència de gènere (art. 31 bis de la LOEx).

1.3. Residència temporal no lucrativa

L'autorització de residència temporal inicial no comporta una autorització de treball, cosa que significa que no permet exercir una activitat lucrativa a Espanya.

El ciutadà estranger que sol·licita una autorització de residència temporal inicial necessita reunir els requisits establerts per la LO 4/2000, però, sobretot, ha de disposar d'un visat de residència expedit per les autoritats espanyoles al país d'origen.

Per tant, l'accés a la residència temporal inicial a Espanya està vinculat amb un visat de residència, i això vol dir que l'estranger no ha de ser a Espanya en el moment de sol·licitar l'autorització, sinó al seu país d'origen, i des d'allà viatjar amb el pertinent visat de residència.

Excepció

Només estan exempts de visat els supòsit d'autorització de residència temporal per circumstàncies excepcionals, que tractarem més endavant. És a dir, que una vegada són en territori espanyol, les persones que s'acullin a aquestes circumstàncies excepcionals no necessiten retornar al seu país per tramitar a l'oficina consular espanyola un visat de residència a Espanya. Així ho recull l'article 31.3 *in fine* de la LO 4/2000: «En estos supuestos no será exigible el visado».

Els requisits per sol·licitar l'autorització de residència temporal inicial estan recollits a l'article 46 del RD 557/2011:

- No trobar-se irregularment en territori espanyol. És un requisit lògic si es té en compte la necessitat que la sol·licitud es faci des del país d'origen o residència de l'estranger i que el visat de residència és obligatori.
- No tenir antecedents penals a Espanya i «als països on hagi residit durant els últims cinc anys».
- No figurar com a rebutjable als països amb els quals Espanya forma part del Conveni d'Aplicació de l'acord de Schengen.
- Tenir mitjans econòmics.
- Tenir una assegurança mèdica, pública o privada, de malaltia que sigui operativa a Espanya.
- No trobar-se dins del termini de compromís de no-retorn a Espanya, com a conseqüència d'un retorn voluntari anterior al país d'origen.
- No tenir cap malaltia amb repercussió greu a la salut pública, segons el Reglament Sanitari Internacional del 2005.
- Haver abonat la taxa de tramitació.

Segons l'article 49.2 del RD 557/2011, «l'autorització inicial de residència temporal tindrà la durada d'un any» des de la data en què s'efectuï l'entrada a Espanya. En arribar al final de la vigència de l'autorització inicial i a petició de l'interessat, l'autorització següent se li concedirà per un temps de dos anys, prorrogables dos més, fins a arribar al termini total de cinc anys. Ja sabem que cinc anys és el termini màxim de durada de la residència temporal; a partir de les successives pròrrogues de les residències temporals, s'aconsegueix el dret a sol·licitar la residència de llarga durada.

1.4. Residència temporal lucrativa

La residència temporal lucrativa és la situació del treballador estranger a Espanya. L'obtenció de l'autorització de residència i treball que regularitza aquesta situació es concedirà a l'estranger major de 16 i menor de 65 anys, és a dir,

en edat laboral. En ser una residència temporal, també permet a l'estranger la permanència a Espanya per un període superior als noranta dies i inferior als cinc anys, i, sobretot, li permet exercir una activitat lucrativa, laboral o professional:

- L'autorització de residència i treball podrà concedir-se per al **treball per compte propi** (art. 37 de la LO 4/2000) o per al **treball per compte d'altri** (art. 38 de la LO 4/2000). L'eficàcia de les autoritzacions queda condicionada a l'alta efectiva del treballador en el règim de la Seguretat Social corresponent.
- Si l'autorització és per a l'exercici d'una professió, per compte propi o aliè, a més, el treballador ha d'acreditar que té el títol professional homologat a Espanya i que està col·legiat al col·legi professional respectiu, si se li exigís.
- La contractació del treballador estranger implica que el sol·licitant de l'autorització de residència i treball per compte d'altri sigui l'empresari, que ha d'acompanyar el contracte de treball que garanteixi una activitat continuada durant el període de vigència de l'autorització.

Aquesta situació general (edat, temporalitat, condicionalitat a l'alta a la Seguretat Social, legitimació de l'ocupador) conforma el catàleg de requisits generals que regulen les situacions específiques que afecten l'autorització temporal lucrativa. Aquests punts específics donen lloc a diverses modalitats d'autoritzacions temporals de residència i treball per a l'exercici d'activitats lucratives:

- Residència temporal i treball per compte d'altri.
- Residència temporal i treball per a investigació.
- Residència temporal i treball de professionals altament qualificats titulars d'una targeta blava-UE.
- Residència temporal i treball per compte d'altri de durada determinada.
- Residència temporal i treball per compte propi.
- Residència temporal i treball en el marc de prestacions de serveis transnacional.
- Residència temporal amb excepció a l'autorització de treball.

La contractació i, per tant, la concessió dels visats i posteriors autoritzacions de residència i treball d'estrangers no residents a Espanya es basen en la situació nacional d'ocupació, que és conseqüència de la progressiva laboralització de la política d'estrangeria.

Amb la finalitat de fer front als reptes que plantejava l'arribada de persones estrangeres, el dret espanyol va aplicar des de la primera Llei orgànica d'estrangeria un sistema de gestió migratòria que va quedar lligat a la idea de laboralització. La laboralització s'ha entès com el model que afavoreix la regu-

laritat i estabilitat dels estrangers amb la condició que disposin d'una oferta d'ocupació real: sense treball, no hi ha residència legal; sense residència legal, no hi ha treball.

Per això, el legislador ha considerat que només serà possible la concessió d'autoritzacions de treball a estrangers quan la situació nacional d'ocupació ho permeti. Els supòsits en els quals la situació nacional d'ocupació permet la contractació de ciutadans estrangers no residents a Espanya són:

- Quan l'ocupació està inclosa al catàleg d'ocupacions de difícil cobertura publicat pel Servei Públic d'Ocupació trimestralment.
- Quan sigui valorat per l'Oficina d'Estrangeria segons la certificació del Servei Públic d'Ocupació sobre la gestió de l'oferta concloua amb resultat negatiu.
- Quan la contractació va dirigida a nacionals d'estats amb els quals Espanya ha subscrit acords internacionals (actualment, només Xile i el Perú).
- Quan és un supòsit recollit en l'article 40 de la Llei orgànica 4/2000. Són els següents:
 - Familiars reagrupats en edat laboral o el cònjuge o fill d'estranger resident a Espanya amb autorització renovada, o fill d'espanyol nacionalitzat, o ciutadà de la Unió Europea que faci com a mínim un any que resideix a Espanya.
 - Estranger que hagués gaudit de la condició de refugiat, durant l'any següent a la cessació de l'aplicació de la Convenció de Ginebra, o que hagués estat reconegut com a apàtrida l'any següent a la conclusió de l'estatut.
 - Estranger que tingui a càrrec seu ascendents o descendents de nacionalitat espanyola.
 - Ser fill o net d'espanyol d'origen.
 - Treballador que ha estat titular d'autoritzacions de treball per a activitats de temporada durant dos anys naturals i ha retornat al país d'origen.
 - Treballador que ha renunciat a l'autorització de residència i treball en virtut d'un programa de retorn voluntari un cop transcorregut el termini de no-retorn.
 - Cobertura de llocs de confiança i directius d'empreses. Es tracta d'aquells treballadors que exerceixin únicament activitats pròpies d'alta direcció basades en la confiança recíproca i que exerceixin legal-

ment la representació de l'empresa o tinguin signat un poder general a favor seu.

- Treballador que sigui contractat sobre la base del procediment per autoritzar l'entrada, residència i treball a Espanya d'estrangers en l'activitat professional dels quals concorrin raons d'interès econòmic, social o laboral, o l'objecte del qual sigui la realització de treballs de recerca, desenvolupament o docents que requereixin una alta qualificació, o d'actuacions artístiques d'especial interès cultural.
- Treballadors en plantilla d'una empresa o grup d'empreses en un altre país que pretenguin desenvolupar la seva activitat laboral per a la mateixa empresa o grup a Espanya, sempre que s'acrediti que l'activitat del treballador requereix un coneixement directe i fefaent de l'empresa.

Lectura recomanada

Sobre el concepte de *laboralització*, vegeu:

E. Rojo Torrecilla; I. Camós Victoria (2005). «La laboralización de la inmigración en España. Estudio del Real Decreto 2394/2004, de 30 de diciembre, y de su impacto sobre la problemática laboral de la inmigración». *Revista de derecho migratorio y extranjería* (núm. 8, pàg. 83-106). ISSN 1695-3509.

1.5. Residència temporal per circumstàncies excepcionals

Les autoritzacions temporals de residència i/o treball que s'han vist fins ara consisteixen en una mena de supòsits generals de la residència a Espanya dels estrangers. Aquests supòsits comparteixen requisits bàsics i comuns. El més fonamental és que per obtenir-lo cal l'entrada a Espanya amb el visat corresponent. Les autoritzacions de treball, a més, han de respectar les possibilitats de contractació que permet la situació nacional d'ocupació.

En canvi, quan la LO 4/2000 i el RD 557/2011 preveuen la possibilitat de concedir autoritzacions de residència temporal per circumstàncies excepcionals, obren la porta a situacions a les quals els supòsits generals no donen una resposta adequada. D'alguna manera, el legislador reuneix en el calaix de sastre de les «circumstàncies excepcionals» tot un seguit de supòsits que escapen del règim general de la residència temporal que hem exposat abans.

Les circumstàncies excepcionals permeten la regularització de situacions en les quals els estrangers ja es troben en el territori i als quals els seria penós o perjudicial tornar als països d'origen a tramitar visats per retornar de manera regular a Espanya. De la mateixa manera, a les autoritzacions per circumstàncies excepcionals no es tenen en compte la situació nacional d'ocupació i els límits que imposa a la contractació.

Fruit d'aquest règim veritablement excepcional, en la pràctica del dret d'estrangeria els supòsits d'arrelament i la resta de circumstàncies excepcionals s'han convertit en una part considerable de les autoritzacions de residència inicial concedides a Espanya (el 39% el 2016, segons càlculs a partir de les dades oficials).

Nota

«De las 195.648 autorizaciones de residencia de carácter temporal concedidas durante 2016, 105.176 (53,8%) corresponden a renovaciones y modificaciones de la situación administrativa, 55.444 (28,3%) a autorizaciones de tipo inicial y 35.028 (17,9%) a autorizaciones en el supuesto de circunstancias excepcionales.»

Ministeri d'Ocupació i Seguretat Social (2017, juliol). «Flujo de autorizaciones de residencia concedidas a extranjeros en 2016». Disponible a: http://extranjeros.empleo.gob.es/es/Estadisticas/operaciones/flujos-autorizacion/2016/Residentes_PRFlujo2016.pdf.

L'article 31.3 de la LO 4/2000 estableix que:

«La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente.»

L'article 123 del RD 557/2011 especifica quines són algunes d'aquestes circumstàncies excepcionals:

« [...] arraigo, protección internacional, razones humanitarias, colaboración con autoridades públicas o razones de seguridad nacional o interés público [...]. El contenido de este capítulo debe ser interpretado sin perjuicio de la posible concesión de autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales en base a lo previsto en los artículos 31bis, 59 y 59bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. Igualmente, podrán concederse otras autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales en los términos establecidos en la Disposición adicional primera de este Reglamento.»

I l'article 128 del RD 557/2011 diu expressament:

«La autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, que no requerirá visado, deberá ser solicitada personalmente por el extranjero ante el órgano competente para su tramitación [...].»

L'exempció de visat és el tret més característic de les autoritzacions de residència temporal per circumstàncies excepcionals. El fet que l'estranger es trobi ja en territori espanyol provoca una segona característica d'aquestes autoritzacions: és el mateix estranger qui es presenta personalment i directa davant l'òrgan tramitador de l'autorització, és a dir, l'Oficina d'Estrangers de les respectives delegacions o subdelegacions del Govern. Recordem que, en els supòsits generals de les autoritzacions de residència temporal, l'estranger no sol·licita l'autorització, sinó el visat davant l'oficina consular espanyola a l'exterior. I també que el sol·licitant de les autoritzacions de residència temporal i treball és el mateix ocupador i empresari, no el treballador estranger.

1.5.1. L'arrelament

L'autorització de residència per arrelament engloba tres supòsits: arrelament laboral, arrelament social i arrelament familiar, que es desenvolupen a l'article 124 del RD 557/2011.

1) **Arrelament laboral.** Per aconseguir aquesta autorització excepcional, l'estranger ha d'acreditar la permanència continuada a Espanya durant un període mínim de dos anys, sempre que, a més, no presenti antecedents penals ni a Espanya ni al país d'origen o al país o països on hagi residit durant els cinc anys anteriors a la sol·licitud. A més, ha d'acreditar l'existència de relacions laborals durant almenys sis mesos.

La manera d'acreditar la relació laboral i la durada només s'accepta per mitjà de dues vies: la presentació d'una resolució judicial que la reconegui o la presentació de la resolució administrativa confirmatòria de l'acta d'infracció de la Inspecció de Treball i Seguretat Social. L'arrelament laboral implica aleshores la denúncia per part del treballador contra l'empresa que el tingui contractat per sis mesos o més sense regularitzar-ne la situació administrativa o laboral.

D'acord amb el to literal de l'article 124 del RD 557/2011, l'acta de conciliació laboral feta al Centre de Mediació, Arbitratge i Conciliació (CEMAC) no habilita en si mateixa per sol·licitar l'autorització de residència per arrelament laboral, sinó que ha de ser una resolució judicial la que reconegui la relació laboral (sentència del Jutjat Social), així com l'acta d'infracció aixecada per la Inspecció de Treball i Seguretat Social.

CEMAC

El CEMAC no és un òrgan judicial sinó administratiu, i les actes que fa no són resolucions judicials. A la pràctica, es dona la circumstància d'actes de conciliació al CEMAC que acaben «sense avenença», fet que aboca a la presentació d'una demanda davant la jurisdicció social. És així atès que l'objectiu del treballador estranger no només és el possible cobrament de salaris no percebuts o de reconeixement d'alta i cotització a la Seguretat Social, sinó obtenir una resolució judicial que li permeti dirigir-se a l'Oficina d'Estrangers i sol·licitar l'autorització per arrelament laboral. Una altra cosa ben diferent és la conciliació «amb avenença» en via judicial, que és sancionada pel Jutjat Social, que posa fi al procediment iniciat per la demanda i que, per tant, es reflecteix en la corresponent resolució judicial; aquesta conciliació, òbviament, permet la petició de l'arrelament laboral.

2) **Arrelament social.** En aquest supòsit l'estranger ha d'acreditar la permanència continuada a Espanya durant un període mínim de tres anys, a més de no tenir antecedents penals a Espanya i al país d'origen o al país o països de residència durant els cinc anys anteriors a l'entrada a Espanya. El més decisiu en aquesta modalitat d'arrelament és tenir un contracte de treball signat pel treballador i l'empresari per a un període no inferior a un any.

L'excepció al contracte únic és en el sector agrari –en què es permet la presentació de fins a dos contractes– i en el cas de treball parcial i simultani per més d'un ocupador –en què s'admet la presentació de diversos contractes que han de sumar almenys 30 hores de còmput global en jornada setmanal–. Aquesta

segona situació s'ha vinculat sovint a la pràctica a les treballadores de servei a la llar familiar o l'ocupació domèstica: treballadores per hores en diverses llars, la suma de les quals pot arribar a una jornada completa setmanal.

Un altre requisit decisiu és presentar, de manera alternativa:

- O vincles familiars amb altres estrangers residents: exclusivament els cònjuges o parelles de fet registrades, i els ascendents o descendents en primer grau i línia directa.
- O un informe d'arrelament que n'acrediti la integració social, emès per la comunitat autònoma en el territori de la qual tingui l'estranger el domicili habitual.

Els factors d'arrelament que es poden acreditar en els informes autonòmics bàsicament són: el temps de permanència de l'interessat al domicili habitual, al qual haurà d'estar empadronat; els mitjans econòmics amb els quals compta; els vincles amb familiars residents a Espanya; els esforços d'integració per mitjà del seguiment de programes d'inserció sociolaborals i culturals, i el coneixement de la llengua espanyola i de les llengües autonòmiques cooficials en els territoris que tinguin llengua pròpia.

L'article 124.4 incorpora una excepció al principi segons el qual a les autoritzacions de residència per circumstàncies excepcionals no els és aplicable la situació nacional d'ocupació: «es podrà determinar l'aplicació de la situació nacional d'ocupació a les sol·licituds d'autorització de residència temporal per raons d'arrelament social».

3) Arrelament familiar. Quan l'estranger sol·licitant sigui pare o mare d'un menor de nacionalitat espanyola, sempre que el tingui a càrrec i convisqui amb ell, o bé estigui al corrent de les obligacions paternofilials. També podrà sol·licitar l'arrelament familiar el fill de pare o mare que fossin originàriament espanyols.

Nota

L'estranger que tingui ascendents (pare o mare) que fossin espanyols d'origen i que la van perdre sense haver-la recuperat al moment de la defunció, entra en el supòsit de l'arrelament familiar, com aclareix la Instrucció DGI/SGRJ/10/2008, de la Direcció General d'Immigració, sobre autoritzacions de residència temporal per circumstàncies excepcionals, quan es tracti de fills de pare o mare que fossin originàriament espanyols.

Nota

El Ministeri d'Ocupació i Seguretat Social publica un model orientatiu dels aspectes que s'han de tenir en compte en els informes d'arrelament: http://extranjeros.empleo.gob.es/es/InformacionInformes_CCAA_Entidades_locales/Informe_arraigo/Arraigo.pdf.

1.5.2. Apàtrides, refugiats i indocumentats

Els estrangers que no tinguin nacionalitat i reuneixin els requisits de la Convenció sobre l'Estatut d'Apàtrides, feta a Nova York el 28 de setembre de 1954, seran reconeguts amb la condició d'apàtrides; el seu estatut comporta el dret de residir a Espanya i de desenvolupar activitats laborals, professionals i mercantils (art. 34.1 de la LO 4/2000).

De la mateixa manera, els estrangers que acreditin que no poden ser documentats per les autoritats de cap país, podran obtenir un document identificatiu conforme han estat registrats en dependències del Ministeri de l'Interior (art. 34.2). Aquest document es denomina «cèdula d'inscripció» en el RD 557/2011 (art. 211.8) i faculta l'estranger inicialment indocumentat a sol·licitar una autorització de residència per circumstàncies excepcionals, si reuneix els requisits necessaris.

Finalment, l'article 34.3 reconeix la residència legal als estrangers amb resolució favorable en la petició d'asil a Espanya, ja que el reconeixement de la condició de refugiat comporta el dret a residir a Espanya i a desenvolupar activitats laborals, professionals i mercantils d'acord amb el que es preveu en la norma de referència reguladora del dret d'asil i la protecció subsidiària.

1.5.3. Dones víctimes de violència de gènere

L'article 39bis va ser incorporat a la LO 4/2000 per la LO 2/2009, d'11 de desembre, amb la finalitat d'afegir dues novetats que s'havien produït en l'ordenament jurídic des de l'any 2000 i que eren:

- L'aprovació de la Directiva 2004/81/CE del Consell, de 29 d'abril de 2004, relativa a l'expedició d'un permís de residència a nacionals de tercers països que siguin víctimes del tràfic d'éssers humans o hagin estat objecte d'una acció d'ajuda a la immigració il·legal i que cooperin amb les autoritats competents.
- L'aprovació de la Llei orgànica 1/2004, de 28 de desembre, de mesures de protecció integral contra la violència de gènere.

Així doncs, la norma orgànica d'estrangeria preveu, en primer lloc, que les dones víctimes de violència de gènere, sigui quina sigui la situació administrativa en què es troben, tinguin garantits els drets i les mesures de protecció i seguretat de la legislació vigent en aquesta matèria. Això significa que la denúncia o la incoació d'un procediment penal davant la jurisdicció especial dels jutjats de violència sobre la dona, farà que no s'iniciï o se suspengui, si escau, l'expedient sancionador per estada irregular de la dona denunciada o perjudicada, o que se suspengui l'execució de l'expulsió o devolució acordades (art. 31bis, paràgraf segon).

Nota

El procediment i els drets inherents al reconeixement de l'apatrídia es recullen en el RD 865/2011, de 20 de juliol, de reconeixement de l'Estatut d'Apàtrida.

Nota

Com hem vist en l'apartat dedicat a la situació de residència de llarga durada, també l'article c 36.1.c de la LO 12/2009, de 30 d'octubre, reconeix entre els efectes de la concessió del dret d'asil o de la protecció subsidiària «l'autorització de residència i treball permanent».

Com a conseqüència d'aquesta garantia, s'articula una autorització de residència temporal i treball de dones víctimes de violència de gènere que s'incorpori com una mesura més de protecció i assegurement de la dona, i permeti el gaudi de tots els seus drets. El RD 557/2011, de 20 d'abril, incorpora aquesta autorització temporal en el ventall de situacions de residència per circumstàncies excepcionals (art. 131 i següents).

La dona estrangera podrà sol·licitar també, en la mateixa causa, una autorització de residència per circumstàncies excepcionals per als seus fills menors o discapacitats.

La dada definitiva per a la concessió d'una autorització de residència temporal i treball de dones estrangeres víctimes de violència de gènere és l'acreditació de la condició de víctima. La norma preveu diversos supòsits:

- En la fase d'instrucció del procediment penal –abans de l'enjudiciament i la sentència–, que s'hagi dictat una ordre de protecció integral² a favor de la dona estrangera, o que almenys el Ministeri Fiscal hagi informat en el sentit d'indicar l'existència d'indicis de violència de gènere.
- Que el procediment penal conclogui amb sentència condemnatòria o amb resolució judicial de la qual es dedueixi que la dona ha estat víctima de violència de gènere.

⁽²⁾ Les ordres de protecció integral dictades pels jutges de violència contra la dona incorporen les conegudes mesures d'allunyament de l'agressor, la prohibició de residir amb la víctima i de comunicar-s'hi per qualsevol mitjà, a més d'altres mesures de tipus civil, administratiu i psicosocial.

Sense la concurrència d'aquests supòsits, com per exemple si té lloc el dictat d'una sentència absolutòria del presumpte agressor de la qual no es dedueixi la situació de violència de gènere denunciada per la dona estrangera, el procediment sancionador per estada irregular s'incoarà, continuarà o bé s'executarà la sanció d'expulsió o devolució acordada (art. 31bis, paràgraf quart).

1.5.4. Menors estrangers no acompanyats

Els menors estrangers no acompanyats són aquelles persones menors de 18 anys que viatgen soles o en companyia d'adults que no tenen responsabilitat sobre elles i que, per tant, en arribar a Espanya són separades dels progenitors i no compten amb cap adult se'n faci càrrec a Espanya.

El disseny legal i reglamentari bascula en el **principi de l'interès superior del menor**. És un principi de dret internacional incorporat a l'ordenament jurídic espanyol en diverses normes de l'àmbit civil, administratiu i fins i tot penal.

L'interès superior del menor s'interpreta a la norma orgànica d'estrangeria (art. 35 de la LO 4/2000, d'11 de gener) en el sentit de promoure la repatriació i reunió dels menors no acompanyats amb els familiars als països dels quals

Nota

Per exemple, aquest principi està recollit a l'article 3.1 de la Convenció dels Drets de l'Infant, adoptada per l'Assemblea de les Nacions Unides el 20 de desembre de 1989, i a l'article 2 de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor.

provenen. Per això, tant a la Llei orgànica com al Reglament d'estrangeria, es regula tant el procediment de determinació de l'edat (art. 190 del RD 55/2011, de 20 d'abril) com el procediment de decisió sobre la repatriació del menor.

Una de les qüestions que, a la pràctica, ha aixecat més controvèrsia és la determinació de la minoria d'edat, ja que una part significativa dels menors estrangers no acompanyats arriben indocumentats al territori. També s'ha esdevingut que molts menors que arriben amb un passaport vàlidament expedit per les autoritats dels països han estat sotmesos a les proves mèdiques de les quals parla l'article 190, i això és així ja que, sovint, les autoritats que localitzen els menors no consideren prova de minoria edat la data de naixement que consta en els passaports. Aquest problema ha suscitat una jurisprudència del Tribunal Suprem que es manté fins avui inalterable.

Així, el Ple de la Sala Civil del Tribunal Suprem, en diverses sentències des de la primera de 23 de setembre de 2014, ha deixat establerta la doctrina següent:

«El inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues cabe cuestionar, sin una justificación razonable, por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte válido. [...] En cualquier caso, ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las técnicas médicas, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad.»

1.6. Residència de llarga durada

La residència de llarga durada és la situació que autoritza els ciutadans a residir i treballar a Espanya de manera indefinida. Aquest dret s'aconsegueix després de residir a Espanya, de manera continuada i amb residència legal, per un període de més de cinc anys, com estableix l'article 32.2 de la LO 4/2000.

L'anterior denominació amb què es coneixia aquesta situació era la de «residència permanent» i va ser substituïda per «residència de llarga durada» mitjançant la reforma de la Llei orgànica que es va fer el 2009. En realitat, el que feia la LO 2/2009, d'11 de desembre, era traslladar al dret espanyol la Directiva 2003/109/CE, del Consell, de 25 de novembre de 2003, relativa a l'Estatut dels nacionals de tercers països residents de llarga durada.

El contingut del dret a la residència de llarga durada consisteix en el fet que l'autorització permet residir i treballar a Espanya sense límit temporal i, sobretot, en les mateixes condicions que els espanyols (art. 32.1 de la LO 4/2000). Això significa que el titular de l'autorització de residència de llarga durada pot desenvolupar activitats lucratives, laborals i professionals, per compte d'altri i per compte propi de manera simultània, sense limitació d'àmbit provincial o de sector d'activitat. Excepte per l'exercici dels drets polítics més vinculats a la nacionalitat (dret de sufragi), els residents de llarga durada gaudeixen dels drets en les mateixes condicions que els espanyols.

Referència bibliogràfica

Sobre aquesta important qüestió s'han publicat també informes prolixos per part d'organismes i entitats, com del Defensor del Poble: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2011-09-Menores-o-Adultos-Procedimientos-para-la-determinaci%C3%B3n-de-la-edad1.pdf>.

A més del requisit de la residència legal i continuada per cinc anys a Espanya, s'ha d'acreditar el compliment dels altres requisits que estableixen els articles 147 i següents del RD 557/2011.

També podran sol·licitar la residència de llarga durada a Espanya els estrangers titulars d'una targeta blava-UE, és a dir, aquells que siguin residents de llarga durada en un altre estat membre, sempre que els dos anys anteriors immediats a la sol·licitud aquesta residència s'hagi produït en territori espanyol.

La concessió de la residència de llarga durada també es verificarà, més enllà del criteri temporal de la residència per cinc anys, als estrangers que es trobin en els supòsits següents i així ho acreditin:

a) Residents beneficiaris d'una pensió contributiva de jubilació, d'incapacitat permanent absoluta o de gran invalidesa del sistema de Seguretat Social espanyol o prestacions anàlogues obtingudes a Espanya.

b) Residents nascuts a Espanya que, en assolir la majoria d'edat, hagin residit de manera legal i continuada almenys tres anys consecutius i anteriors a la sol·licitud.

c) Estrangers que hagin estat espanyols d'origen i hagin perdut la nacionalitat espanyola.

d) Estrangers que hagin contribuït de manera notòria al progrés econòmic, científic o cultural d'Espanya, o a la projecció d'Espanya a l'exterior.

e) Residents que en arribar a la majoria d'edat hagin estat de manera consecutiva sota la tutela d'una entitat pública espanyola els cinc anys anteriors a la sol·licitud.

f) Apàtrides, refugiats o beneficiaris de la protecció subsidiària reconeguts com a tals a Espanya i que es trobin en territori espanyol.

Nota

En els dos casos anteriors (lletres c i d) no es tracta de «residents», sinó d'«estrangers», de manera que aquestes persones aconseguiran la residència de llarga durada directament, sense necessitat de sol·licitar o tenir una residència temporal inicial prèvia.

2. Autoritzacions per a la realització d'activitats lucratives

De manera general, la LO 4/2000, d'11 de gener, a l'article 36, precisa els requisits per a la concessió d'una autorització d'activitats lucratives, laborals o professionals. N'hi ha prou de recordar ara que el sistema pivota sobre dos principis generals, aplicables a totes les autoritzacions d'aquest tipus:

- L'eficàcia de l'autorització de residència i treball inicial es condiciona sempre a l'alta efectiva del treballador a la Seguretat Social. Això no només inclou els treballadors per compte d'altri, sinó també els treballadors per compte propi, ja que l'alta al RETA o al sistema de previsió social equivalent també condiciona l'eficàcia final de l'autorització de treball.
- El treballador ha de tenir i homologar el títol professional especial que li permeti exercir l'activitat a Espanya, per compte d'altri o propi, i acreditar que és un professional col·legiat, si fos legalment exigible.

2.1. Residència i treball per compte propi

La realització d'activitats econòmiques per compte propi implica que l'estranger sol·licitant ha de reunir els mateixos requisits que exigeixi als nacionals la legislació vigent per a l'obertura i funcionament de l'activitat lucrativa projectada (art. 37.1 LOEx).

A més dels requisits genèrics de l'article 37 de la LOEx i de l'article 105, que l'estranger ha de satisfer quant a la situació de residència i a l'activitat per compte propi, hi ha vigent la Instrucció DGI/SGRJ/05/2007, sobre la incorporació als expedients d'autorització de residència temporal i treball per compte propi de determinats informes que tindran la consideració de mitjans de prova del compliment de determinats requisits reglamentaris, sense perjudici de qualsevol altre mitjà de prova admès en dret.

Aquesta instrucció dona una idea del grau d'exigència en el compliment dels requisits, com per exemple pel que fa a l'acreditació de la inversió inicial i la implantació del projecte. Així, el sol·licitant de l'autorització inicial de residència i treball per compte propi ha d'aportar un projecte d'establiment o activitat que vol fer, amb indicació de la inversió prevista, la rendibilitat esperada i, si escau, els llocs de treball que prevegi crear.

A tall d'exemple i amb independència de la seva justificació a través d'altres mitjans admissibles en dret, la Direcció General d'Immigració accepta els informes de valoració del projecte empresarial o professional emesos per una de

les organitzacions següents: Federació Nacional d'Associacions d'Empresaris i Treballadors Autònoms (ATA), Unió de Professionals i Treballadors Autònoms (UPTA), Confederació Intersectorial d'Autònoms de l'Estat Espanyol (CIAE), Organització de Professionals i Autònoms (OPA) i Unió d'Associacions de Treballadors Autònoms i Emprenedors (UATAE).

L'autorització inicial té una durada d'un any des de la data d'entrada en territori espanyol i es limita a un àmbit geogràfic i a un sector d'activitat. Aquesta autorització inicial s'ha de prorrogar, a instàncies de l'estranger, sempre que acrediti la continuïtat de l'activitat i el compliment de les obligacions tributàries i de Seguretat Social (art. 109 del RD 557/2011). Altres supòsits de renovació de l'autorització són que el cònjuge compleixi els requisits econòmics per reagrupar el treballador i que el treballador autònom estranger tingui reconeguda una protecció per cessament d'activitat. En cas de no complir cap d'aquests tres supòsits, un requisit necessari per a la renovació és la valoració de l'esforç d'integració de l'estranger acreditat per mitjà d'un informe emès per la comunitat autònoma de residència, que recollirà la participació activa de l'estranger en accions formatives relatives al coneixement i respecte dels valors constitucionals d'Espanya, estatutaris de la comunitat autònoma on resideixi, de la Unió Europea, els drets humans, les llibertats públiques, la democràcia, la tolerància i la igualtat entre homes i dones, així com l'aprenentatge de les llengües oficials del lloc de residència (art. 109.6 del RD 557/2011).

El procediment de sol·licitud de l'autorització de residència i treball per compte propi es fa davant dels organismes de la comunitat autònoma quan se n'hagi transferit les competències en aquesta matèria.

2.2. Residència i treball per compte d'altri. La situació nacional d'ocupació

L'autorització de residència i treball per compte d'altri permet romandre a Espanya als estrangers majors de 16 anys i menors de 65 per un període superior als noranta dies i inferior als cinc anys. El fonament d'aquesta autorització radica a permetre que els estrangers que no resideixen a Espanya puguin accedir a una oportunitat migratòria per mitjà de la contractació laboral per un ocupador a Espanya.

Per tant, l'autorització de residència inicial i treball està vinculada a l'obtenció al país d'origen d'un visat que li permeti viatjar i creuar la frontera de manera regular.

L'exigència de visat és una conseqüència lògica del disseny de l'autorització de residència inicial i treball per compte d'altri: la gestió dels fluxos migratoris cap a Espanya mitjançant la contractació laboral.

El procediment reuneix els requisits comuns, com ara la necessitat que sigui l'ocupador qui sol·liciti l'autorització per al treballador estranger absent del territori o la condicionalitat de l'eficàcia de l'autorització a l'alta efectiva en el règim corresponent de la Seguretat Social. L'article 64 del RD 557/2011 recull tots els requisits.

Recursos econòmics dels ocupadors

Com que l'oferta d'ocupació ha d'assegurar la contractació per al període de vigència de l'autorització de residència inicial i treball per compte d'altri, és a dir, un any, l'article 66 del RD 557/2011 entén que l'ocupador ha de tenir prou recursos econòmics per fer front al projecte empresarial i a les obligacions derivades del contracte, almenys durant aquest any inicial.

En relació amb l'acreditació de recursos econòmics, cal esmentar aquí el supòsit específic dels ocupadors persones físiques, ja que el Reglament d'estrangeria concreta les quantitats econòmiques que han de tenir. Els nivells de recursos econòmics, establerts per l'article 66.2, es basen en percentatges de l'IPREM segons el nombre de persones a càrrec de l'ocupador persona física, descomptant el pagament del salari reflectit en el contracte de treball que doni lloc a l'autorització de residència inicial i treball:

- 100% de l'IPREM mensual en cas de no haver-hi familiars a càrrec de l'ocupador;
- 200% de l'IPREM en cas d'unitats familiars que incloguin dos membres, comptant l'ocupador sol·licitant;
- 50% de l'IPREM per cada membre addicional de la unitat familiar.

Nota

El supòsit de l'ocupador persona física no està només pensat per al cas dels treballadors autònoms individuals que contractin treballadors a càrrec seu, sinó també per al cas de famílies que contractin treballadores per al servei de la llar familiar. El règim legal de contractació i alta en el sistema especial del règim general de la Seguretat Social es va modificar i regular més àmpliament com a conseqüència de l'aprovació del Reial decret llei 29/2012, de 28 de desembre, de millora de gestió i protecció social en el sistema especial per a treballadors de la llar i altres mesures de caràcter econòmic i social (BOE de 31 de desembre de 2012). Es van introduir un seguit de modificacions en la configuració jurídica del sistema especial per a treballadors de la llar, un col·lectiu de treballadors especialment feminitzat i estrangeritzat.

La situació nacional d'ocupació

Malgrat això, el requisit més característic d'aquest tipus d'autoritzacions és que la sol·licitud d'autorització de residència inicial i treball per compte d'altri ha de tenir en consideració l'anomenada «situació nacional d'ocupació», concepte legal definit en els articles 38.2 de la LOEx i 65 del RD 557/2011.

La situació nacional d'ocupació la determina el Servei Públic d'Ocupació a partir de l'examen dels indicadors estadístics oficials i de la informació proporcionada per les comunitats autònomes. Tracta d'establir les necessitats de contractació del mercat de treball espanyol amb la finalitat d'obrir-lo a l'oferta de treballadors estrangers als països d'origen. La situació nacional d'ocupació es plasma en un instrument que es publica trimestralment al Butlletí Oficial de l'Estat: el Catàleg Trimestral d'Ocupacions de Cobertura Dificil. En aquest catàleg hi ha contingudes, ordenats per províncies, les ocupacions susceptibles de ser satisfetes per mitjà de treballadors estrangers.

El Catàleg Trimestral i, per tant, la situació nacional d'ocupació, s'ha convertit en una manera eficaç de regular els fluxos migratoris. Quan el catàleg reunia un nombre ampli i divers de llocs de treball per a estrangers, era relativament senzill contractar-los. Actualment, el catàleg permet la contractació d'estrangers en poques ocupacions, fet que ha convertit les autoritzacions de residència inicial i treball per compte d'altri en un supòsit limitat per a la regulació de la immigració regular.

Nota

Un exercici senzill i il·lustratiu de l'evolució de les polítiques de contractació laboral d'estrangers es pot fer comparant un Catàleg Trimestral d'Ocupacions de Cobertura Dificil de l'any 2007 amb el catàleg de deu anys després, el 2017:

<http://www.boe.es/boe/dias/2007/02/19/pdfs/A07153-07189.pdf>

https://www.sepe.es/contenidos/empresas/profesiones_demandadas/pdf/CatalogoOcupacionesDificilCobertura.pdf

La disminució del nombre d'ocupacions de cobertura difícil deixa només la possibilitat de contractació actual al procediment de gestió d'ofertes a les oficines del Servei Públic d'Ocupació, procediment descrit a l'article 65.2 del RD 557/2011. Això significa que la situació nacional d'ocupació permet la contractació d'un estranger quan l'ocupador acrediti la dificultat de cobrir els llocs de treball vacants amb treballadors demandants d'ocupació al mercat laboral intern. L'ocupador haurà de fer un procés de selecció d'entre els demandants d'ocupació interessats en les ofertes i, només en cas de no poder cobrir els llocs de treball amb persones inscrites com a demandants d'ocupació, quedarà oberta la via de la contractació a l'estranger de treballadors que puguin migrar amb els corresponents visats de treball per compte d'altri.

Nota

La situació nacional d'ocupació no serà aplicable als supòsits enumerats en l'article 40 de la LO 4/2000, per la qual cosa la contractació dels estrangers que s'hi esmenten no està subjecta a limitació.

El Servei Públic d'Ocupació emetrà llavors un certificat negatiu d'insuficiència de demandants. Cal aquesta valoració de l'Oficina d'Estrangers per tramitar la sol·licitud d'autorització de residència inicial i treball per compte d'altri.

2.3. Gestió Col·lectiva de Contractacions en Origen

La reforma recollida per la LO 2/2009, d'11 de desembre, va modificar la LO 4/2000 en substituir l'anterior concepte de «contingent de treballadors estrangers» pel de «gestió col·lectiva de contractacions en origen». L'article 39 de la LOEx indica que el Ministeri de Treball, «tenint en compte la situació nacional d'ocupació, podrà aprovar una previsió anual de les ocupacions i, si escau, de les xifres previstes d'ocupacions que es puguin cobrir a través de la gestió col·lectiva de contractacions en origen en un període determinat, a les quals només tindran accés els que no es trobin o resideixin a Espanya».

L'objectiu de la figura de la gestió col·lectiva és la canalització de la immigració de manera regular, amb la finalitat que els treballadors estrangers arribin al territori amb un contracte de treball i amb tota la documentació de residència i treball en regla. L'article 39.3 orienta la gestió col·lectiva precisament a aquells països «amb els quals Espanya hagi signat acords sobre regulació de fluxos migratoris».

A la pràctica, la gestió col·lectiva ha quedat com una possibilitat residual per incorporar regularment treballadors estrangers des del país d'origen. Des del 2013, el Ministeri de Treball no aprova noves previsions anuals d'ocupacions o xifres d'ocupacions, sinó que prorroga any rere any aquesta última, publicada per l'Ordre ESS/1/2012, de 5 de gener, per la qual es regula la gestió col·lectiva de contractacions en origen per al 2012. A l'ordre pot comprovar que les ofertes d'ocupació previstes són només de caràcter temporal i en relació amb les activitats següents:

- De temporada o campanya, de gestió ordinària, amb una durada màxima de nou mesos dins d'un període de dotze mesos consecutius. Per a activitats en el sector agrícola, aquesta gestió podrà ser, si escau, unificada o concatenada.
- D'obra o servei, la durada del qual no excedeixi d'un any, per al muntatge de plantes industrials o elèctriques, construcció d'infraestructures, edificacions i xarxes de ferrocarrils i de subministraments de gas, elèctrics i telefònics, instal·lacions i manteniment d'equips productius, així com la seva posada en marxa i reparacions, entre d'altres.

La gestió col·lectiva implica, a més, l'oferta per a l'empresari d'almenys deu contractes de treball.

Aquesta situació recull exactament el contingut de les lletres a i b de l'article 98.2 del RD 557/2011, que reglamenta les autoritzacions de residència temporal i treball per compte d'altri de durada determinada.

2.4. Situacions específiques

2.4.1. Investigadors

L'estranger per a qui l'única o principal finalitat sigui romandre a Espanya per un període superior a noranta dies i inferior a cinc anys per fer projectes d'investigació, amb un organisme que l'acull per a això, ha d'obtenir l'autorització de residència temporal i treball per a investigació.

Aquest tipus d'autoritzacions, descrites a l'article 73 i següents del Reglament d'estrangeria, requereix la tramitació de visat (art. 77, 80 i 81) –excepte en el cas d'exercici del dret a la mobilitat per un investigador estranger després d'haver iniciat la investigació en un altre estat membre de la UE.

L'article 76 del RD 557/2011 especifica que en cap cas qualsevol organisme investigador podrà signar convenis d'acolliment per contractar investigadors, sinó que serà el Ministeri de Ciència i Innovació el que autoritzarà cada organisme a fer-ho. Aquest ministeri, en coordinació amb les comunitats autònomes, mantindrà actualitzada una llista d'aquests organismes autoritzats.

El conveni d'acolliment ha de reflectir la signatura d'un contracte de treball i la garantia a l'investigador d'una activitat continuada durant el període de vigència de l'autorització (art. 76.2.c).

També els investigadors podran reagrupar els familiars mentre dura l'autorització de residència temporal i treball corresponent (art. 83.2 del Reglament), sempre que reuneixin, a més, la resta de requisits ja coneguts per al reagrupament familiar.

2.4.2. Treballadors altament qualificats

Les autoritzacions de residència i treball per a treballadors estrangers altament qualificats mereixen un tractament diferenciat en la legislació orgànica, en concret a l'article 38 ter de la LO 4/2000, d'11 de gener. Aquests treballadors han d'acreditar «qualificacions d'ensenyament superior o, excepcionalment, tinguin un mínim de cinc anys d'experiència professional que pugui considerar-se equiparable».

Aquestes autoritzacions estan previstes ja a la Directiva 2009/50/CE, del Consell, de 25 de maig de 2009, relativa a les condicions d'entrada i residència de nacionals de tercers països per a finalitats d'ocupació altament qualificada.

Nota

Els requisits i el procediment de la gestió col·lectiva per al 2017 s'inclouen a l'Ordre ESS/1975/2016, de 27 de desembre, amb la qual es prorroga la vigència de l'Ordre ESS/1/2012, de 5 de gener, amb què es regula la gestió col·lectiva de contractacions en origen per al 2012.

Els professionals altament qualificats obtenen una autorització de residència i treball que es documenta amb una targeta blava de la Unió Europea.

2.4.3. Treballadors de temporada

La LOEx ha previst en l'article 42 un règim especial per a la contractació i autorització de residència i treball de treballadors estrangers temporers. Es tracta d'activitats de temporada o campanya, com ara les campanyes agrícoles.

2.4.4. Treballadors transfronterers i desplaçament de treballadors en prestació de serveis transnacional

En l'article 43 de la LOEx es defineix el concepte de *treballadors transfronterers* com aquells treballadors que, «residint en zona limítrofa, desenvolupen la seva activitat a Espanya i tornen al seu lloc de residència diàriament».

2.4.5. Excepcions a l'autorització de treball

Queden exceptuats de l'obligació d'obtenir una autorització de treball per a l'exercici d'una activitat lucrativa, laboral o professional els estrangers que estiguin inclosos en els supòsits de l'article 41 de la LO 4/2000 i que compleixin les condicions de l'article 117 del RD 557/2011:

- Tècnics, investigadors i científics convidats i contractats per l'administració central autonòmica, les universitats, els ens locals o aquells organismes que promoguin i desenvolupin la investigació.
- Professors, tècnics, investigadors i científics contractats per una universitat espanyola, incloent-hi professors convidats.
- Personal directiu o professorat d'institucions culturals o docents d'altres estats, o privades, de prestigi acreditat i reconegudes oficialment a Espanya, que desenvolupin en aquest país programes culturals i docents dels seus països.
- Els funcionaris civils o militars de les administracions estatals estrangeres que vinguin a Espanya a desenvolupar activitats en virtut d'acords de cooperació amb una administració espanyola.
- Corresponsals o enviats especials de mitjans de comunicació estrangers, degudament acreditats per les autoritats espanyoles.
- Membres de missions científiques internacionals que facin investigacions a Espanya.

Nota

Els articles 110 a 116 del RD 557/2011 regulen els requisits i el procediment de sol·licitud, concessió i pròrroga d'aquestes autoritzacions.

- Els artistes que vinguin a Espanya a fer actuacions concretes, que no superin els cinc dies continuats d'actuació o els vint dies d'actuació en un període inferior a sis mesos.
- Els ministres religiosos i membres de les jerarquies de les diferents esglésies, confessions i comunitats religioses, sempre que estiguin inscrites en el Registre d'Entitats Religioses del Ministeri de Justícia. Les activitats estrictament religioses s'han de desenvolupar a Espanya, i la manutenció i l'allotjament han d'estar coberts per l'església o entitat religiosa de què depenguin.
- Els estrangers membres de sindicats i organitzacions empresarials, reconeguts internacionalment.
- Els menors estrangers en edat laboral i que estiguin tutelats per un servei de protecció competent.

2.4.6. Treballadors penats

Hi ha la possibilitat que els estrangers penats en centres penitenciaris espanyols puguin exercir activitats laborals en determinades circumstàncies. Es tracta del fet que la resolució de la Direcció General d'Institucions Penitenciàries de classificació de tercer grau o l'acta del Jutge de Vigilància, pel qual s'acorda aquesta classificació o la llibertat condicional, tinguin validesa per a l'autorització de treball per compte d'altri, per al desenvolupament d'activitats laborals en règim obert o llibertat condicional i per al desenvolupament d'activitats laborals en tallers productius dels centres penitenciaris.

El procediment està regulat per l'Acord de Consell de Ministres pel qual s'aproven les Instruccions d'1 de juliol de 2005, en què es determinen el procediment per autoritzar el desenvolupament d'activitats laborals, per part dels interns estrangers als tallers productius dels centres penitenciaris, i l'exercici d'activitats laborals a penats estrangers en règim obert o en llibertat condicional.

2.4.7. Emprenedors i inversors

El 2013 el Govern espanyol va regular un nou sistema d'accés a la situació de residència i/o treball que s'afegeix als règims ja coneguts en què es pot trobar un estranger a Espanya. En més d'un sentit, la Llei 14/2013, de 27 de setembre, de suport als empenedors i la seva internacionalització, ha donat lloc a un quart règim jurídic d'entrada i permanència de ciutadans estrangers a Espanya (els altres tres són el règim general d'estrangeria; el règim dels ciutadans de la Unió Europea i els seus familiars, i el règim d'asil i protecció internacional).

Segons el preàmbul la Llei 14/2013, «la política d'immigració s'ha enfocat únicament cap a la situació del mercat laboral»; és el que ja hem analitzat en referir-nos a la «laboralització» del sistema d'estrangeria a Espanya. Després de la crisi econòmica iniciada pel crac de l'any 2008, el legislador pretén ampliar l'estreta perspectiva de la simple laboralització i tenir en compte no només la situació concreta del mercat laboral intern, sinó també «la contribució al creixement econòmic del país».

L'objectiu de la nova regulació és seguir la tendència de molts països de l'OCDE que «ja disposen de sistemes especialment dissenyats per atreure inversió i talent, caracteritzats per procediments àgils i vies especialitzades».

Flexibilitat, especialitat, agilitat i rapidesa són les característiques dels procediments d'accés a la residència de la Llei 14/2013.

La secció 2a. de la Llei, titulada «Mobilitat internacional», regula determinats supòsits en els quals, per raons d'interès econòmic:

«[...] se facilita y agiliza la concesión de visados y autorizaciones de residencia, con el objeto de atraer inversión y talento a España. La medida se dirige a los inversores, emprendedores, trabajadores que efectúen movimientos intraempresariales, profesionales altamente cualificados e investigadores, así como a los cónyuges e hijos mayores, a través de un procedimiento ágil y rápido ante una única autoridad, y por un plazo variable en función de los distintos casos contemplados. Estas autorizaciones de residencia tendrán validez en todo el territorio nacional.»

L'article 61 de la Llei estableix que els estrangers que es proposin entrar o residir, o que ja resideixin, a Espanya, veuran facilitades l'entrada i permanència en territori espanyol per raons d'interès econòmic d'acord amb el que s'ha establert a la secció 2a. de la norma, en aquells supòsits en els quals acreditin ser:

- Inversors.
- Emprenedors.
- Professionals altament qualificats.
- Investigadors.
- Treballadors que facin moviments intraempresariales dins de la mateixa empresa o grup d'empreses.

Inversions

L'article 63 descriu les «inversions significatives» que permeten l'adquisició del dret de residència a Espanya. Sense ser exhaustiu i de manera il·lustrativa: 2 milions d'euros en títols de deute públic espanyol; 1 milió d'euros en accions o participacions socials de societats de capital espanyoles amb una activitat real de negoci; 1 milió d'euros en fons d'inversió, fons d'inversió de caràcter tancat o fons de capital de risc constituïts a Espanya; 1 milió d'euros en dipòsits bancaris en entitats financeres espanyoles. També es considera «inversió significativa» l'adquisició de béns immobles a Espanya amb una inversió de valor igual o superior a 500.000 euros per a cada sol·licitant.

El tràmit de sol·licitud queda centralitzat en un sol organisme administratiu, la Unitat de Grans Empreses i Col·lectius Estratègics, situada a Madrid (art. 76). A més, n'hi ha prou amb el visat per a inversors per residir i treballar a Espanya durant la vigència (art. 65), i en la resta de casos el visat també eximeix de la necessitat d'haver de tenir una targeta d'identitat d'estranger (art. 75.4).

Les disposicions addicionals recullen algunes mesures que abunden en l'evident contrast que es produeix entre els requisits i procediments del règim general d'estrangeria de la LO 4/2000 i el nou règim de la Llei 14/2013. A manera d'exemple: la simplificació del procediment a l'hora d'usar la modalitat de permís únic (Disposició addicional 4a.), la no-penalització per l'absència de territori un temps superior a sis mesos en un període d'un any en el cas de renovació de l'autorització de residència (Disposició addicional 6a.) o que el termini màxim de resolució de l'expedient d'autorització és de vint dies (art. 76.1).

3. Infraccions i sancions. Procediment

Tot el títol III de la LO 4/2000, d'11 de gener, està dedicat a les infraccions en matèria d'estrangeria i el règim sancionador. Les normes que s'hi regulen preveuen com s'ha de desenvolupar l'exercici de la potestat sancionadora per la comissió d'infraccions d'àmbit administratiu previstes en la LOEx i les corresponents sancions que comporten.

Els principis aplicables al règim sancionador del dret d'estrangeria són els mateixos de la resta del dret administratiu sancionador. Per tant, estan vigents els principis de legalitat, tipicitat i reserva de llei, recollits en l'article 25.1 de la Constitució espanyola. De la mateixa manera, queda prohibit l'ús de l'analogia en la interpretació dels tipus infractors, així com la retroactivitat de les normes desfavorables al presumpte infractor (art. 9.3 de la CE). Els principis de culpabilitat, responsabilitat i individuació, així com el de presumpció d'innocència (art. 24 de la CE), el de proporcionalitat, el principi *non bis in idem* i el dret a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) també compten en el règim sancionador d'estrangeria.

Nota

La jurisprudència constitucional ha elaborat una extensa doctrina sobre l'abast i el respecte dels principis esmentats en qualsevol règim administratiu sancionador, com el d'estrangeria. Es recomana la lectura d'algunes de les sentències del Tribunal Constitucional: SSTC de 25 d'octubre de 1993, de 15 de juliol de 1999 i de 8 de juny de 2001 (sobre legalitat, tipicitat i reserva de llei); SSTC de 17 de març de 2003 i de 27 d'octubre de 2008 (sobre prohibició de l'analogia), i SSTC d'11 de març de 1997 i de 21 de juliol de 1998 (sobre presumpció d'innocència).

Com a conseqüència de la laboralització de l'estrangeria, de la qual hem parlat anteriorment, els organismes administratius que tenen coneixement de les infraccions (com a òrgans denunciants, instructors o de resolució) no sempre són les Oficines d'Estrangers de les Delegacions o Subdelegacions del Govern, sinó la Inspecció de Treball i Seguretat Social, que té atribuïdes competències específiques en la persecució de les infraccions relatives a la contractació i les seves condicions, l'alta, l'afiliació i la cotització de treballadors estrangers.

La responsabilitat administrativa es predica dels autors o partícips en qualsevol de les infraccions lleus, greus i molt greus tipificades a la norma orgànica (art. 51 LOEx). A més, els infractors poden ser persones físiques o jurídiques, estrangeres o espanyoles, com veurem a continuació.

3.1. Infraccions

El catàleg d'infraccions lleus es recull en l'article 52 de la LOEx i té a veure amb l'incompliment d'algunes obligacions dels estrangers respecte de la comunicació a les autoritats de canvis de nacionalitat, estat civil o domicili, i el

retard de fins a tres mesos en la sol·licitud de renovació de les autoritzacions. Així mateix, un altre conjunt d'infraccions lleus són les relatives a l'àmbit laboral de l'estrangeria, com el fet d'estar treballant per compte propi quan es té autorització de residència però no de treball, o el fet de treballar o contractar treballadors en una ocupació, sector d'activitat o àmbit geogràfic no contemplat per l'autorització de la qual s'és titular.

Les infraccions greus estan recollides en l'article 53 de la LOEx. La més important de les infraccions greus, per la profusió amb què s'infringeix i es castiga, és la definida a la lletra a del paràgraf primer: es considera infringit l'ordenament jurídic d'estrangeria quan es constati l'estada irregular a Espanya d'un estranger.

Altres infraccions de l'article 53 de la LOEx són suposats agreujants dels incompliments administratius i laborals de les infraccions lleus, així com la comissió de tres infraccions lleus en el termini d'un any.

Cal esmentar que no donar d'alta en el règim de la Seguretat Social corresponent o no registrar el contracte de treball de treballadors estrangers són també infraccions greus. Així mateix, contreure matrimoni o simular una relació de parella amb la finalitat d'obtenir un dret de residència són també infraccions greus.

Dins de la categoria d'infraccions molt greus (art. 54 LOEx) es relacionen les següents:

- Participar en activitats contràries a la seguretat nacional o que poden perjudicar les relacions d'Espanya amb altres països, o estar implicats en activitats contràries a l'ordre públic.
- Induir, promoure, afavorir o facilitar amb ànim de lucre la immigració clandestina de persones o la seva permanència.
- La discriminació per motius racials, ètnics, nacionals i religiosos.
- La contractació de treballadors estrangers sense autorització de residència i treball, o la simulació de la relació laboral amb ells, amb ànim de lucre o amb l'objectiu d'obtenir drets reconeguts en la LOEx.
- La comissió d'una tercera infracció greu en el termini d'un any.

L'article 54.2 descriu altres infraccions molt greus, en què els infractors són les companyies de transport o els transportistes, relatives al control de validesa i vigència dels títols de viatge, el trasllat fins a Espanya, i el manteniment i retorn d'estrangers que siguin objecte d'una denegació d'entrada en territori espanyol.

Nota

L'article 53.1 a diu que la infracció greu consisteix a «trobar-se irregularment en territori espanyol, per no haver obtingut la pròrroga d'estada, no tenir autorització de residència o tenir caducada més de tres mesos aquesta autorització, i sempre que l'interessat no n'hagi sol·licitat la renovació en el termini previst reglamentàriament».

Nota

Les referències a la Llei orgànica 1/1992, de 21 de febrer, sobre protecció de la seguretat ciutadana que fan els articles 52 a 54 de la LOEx, s'entenen fetes d'acord amb la llei que l'ha succeït, la Llei orgànica 4/2015, de 30 de març, de protecció de la seguretat ciutadana. Així mateix, en tot el règim sancionador d'estrangeria, les referències a la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú, hem d'entendre-les fetes d'acord amb la norma vigent en aquesta matèria, la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, de procediment administratiu comú de les administracions públiques.

3.2. Sancions

Els articles 55 i 57 de la LO 4/2000 descriuen les sancions que cal imposar corresponents a les infraccions, que són:

- La multa econòmica, amb caràcter general.
- La immobilització, confiscació i decomís, si escau, dels mitjans de transport o instruments per a la comissió de les infraccions molt greus dels articles 54.1.b i 54.2.a. La llei preveu aquesta sanció amb caràcter accessori al de la multa econòmica.
- La clausura d'establiment o local, en els casos de les infraccions dels articles 52.e i 54.1.d. La llei preveu aquesta sanció amb caràcter accessori al de la multa econòmica.
- L'expulsió de territori, amb caràcter alternatiu a la multa econòmica, quan els infractors siguin estrangers i tinguin unes conductes molt greus i les greus dels apartats *a*, *b*, *c*, *d* i *f* de l'article 53.1.

3.2.1. La sanció de multa i la infracció per estada irregular

En el sistema dissenyat per la LO 4/2000, per a la infracció de l'article 53.1.a, la situació de la mera estada irregular, així com en els supòsits de les lletres *b*, *c*, *d* i *f* del mateix precepte, la sanció de multa és la sanció principal i, només de manera subsidiària i alternativa, es pot adoptar la sanció d'expulsió (art. 57.1). En cap cas no es podran imposar conjuntament les sancions d'expulsió i de multa (art. 57.3).

Així mateix, l'article 55.3 diu que per a la graduació de les sancions l'organisme competent s'ajustarà a «criteris de proporcionalitat, valorant el grau de culpabilitat i, si escau, el dany produït o el risc derivat de la infracció i la seva transcendència», i l'article 55.4, que per a «la determinació de la quantia de la sanció es tindrà especialment en compte la capacitat econòmica de l'infractor».

Per a la determinació de la sanció que cal imposar, a més dels criteris de graduació a què es refereixen els apartats 3 i 4 de l'article 55 de la LO 4/2000, es valoraran també, seguint l'article 57.5, circumstàncies de la situació personal i familiar de l'infractor per imposar o no la sanció d'expulsió en comptes de la de multa, com ara:

- Haver nascut a Espanya i haver-hi residit legalment durant els últims cinc anys.
- Ser resident de llarga durada.
- Haver estat espanyol d'origen i haver perdut la nacionalitat espanyola.
- Ser beneficiari d'una prestació econòmica de la Seguretat Social o assistencial de caràcter públic.
- Ser una dona embarassada.

S'ha de considerar també que un principi fonamental que incorpora la LO 4/2000 és el «principi prointegració» de l'immigrant. S'ha de tenir en compte que no necessàriament l'expedient iniciat per la suposada situació d'irregularitat ha d'acabar amb resolució d'expulsió.

Dins de l'apreciació de situacions creditors no de l'expulsió sinó de la multa, hi ha el cas contemplat per la doctrina del Tribunal Constitucional, en concret, en la sentència 94/1993, de 22 de març, on va declarar que és contrari a l'article 19 de la Constitució espanyola sancionar una estrangera per romandre a Espanya havent expirat el permís de residència malgrat que va al·legar que n'havia sol·licitat la renovació. En aquesta sentència, el Tribunal Constitucional afirma que «la conformitat amb la Llei de la mesura d'expulsió depèn de si concorren realment els fets determinants de l'expulsió, que han de quedar acreditats en l'expedient administratiu, i també depèn del fet que concorrin raons que justifiquin que, en comptes d'imposar la multa que amb caràcter general preveu l'art. 55.1.b de la LOEx, s'hagi d'imposar la decisió d'expulsió, indubtablement més onerosa».

És evident que el compliment estricte del principi de proporcionalitat farà que l'expulsió, atesa la intensitat, només s'imposi en els supòsits més greus i que la multa sigui la sanció principal.

La multa i l'expulsió després de la Sentència del TJUE, de 23 d'abril de 2015

Tot i aquesta situació legal, la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) de 23 d'abril de 2015 ha dictaminat que l'existència de la sanció de multa per castigar la mera estada irregular en detriment de la sanció

Nota

Ja en el sistema anterior al 2000, la multa era la sanció preferible a l'expulsió. La sentència del TS de 31 de maig de 1994 assenyalava que «atès l'escassa gravetat de la conducta sancionada està perfectament adequada a la conducta una multa de 100.000 pessetes autoritzada per l'art. 76.2.c del Reglament de 1986 (RD 1119/1986), de 23 de febrer, en nom del principi de proporcionalitat».

d'expulsió és contrària a la normativa europea sancionadora. Per tant, en una primera lectura d'aquesta sentència, en principi hauria de ser aplicada de manera principal la sanció d'expulsió.

Nota

La Sentència del TJUE de 23 d'abril de 2015 resol una qüestió plantejada de la manera següent:

«La Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en particular sus artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1, en relación con su artículo 4, apartados 2 y 3, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el procedimiento principal, que, en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de dicho Estado, impone, dependiendo de las circunstancias, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, siendo ambas medidas excluyentes entre sí.»

En realitat, el contingut de la STJUE de 23 d'abril de 2015 no afecta l'actual doctrina establerta pel Tribunal Suprem i els Tribunals Superiors de Justícia de les comunitats autònomes per als supòsits de mera estada irregular, com defensa el Consell General de l'Advocacia Espanyola, que, en essència, respon a l'aplicació als procediments d'estrangeria dels principis de proporcionalitat i motivació de les resolucions que s'adoptin per l'autoritat governativa, i que, en conseqüència, la conjunta aplicació dels articles 53.1.a i 55.1.b de la LO 4/2000 (que reserven la sanció de multa per a la mera estada irregular) en relació amb l'article 24.1 i 2 del RD 557/2011 (que estableixen la sortida obligatòria en el termini que es determini, amb una extensió màxima de quinze dies, amb l'advertiment de sanció d'expulsió en cas d'incompliment d'aquesta obligació) és conforme a les previsions dels articles 6.1 i 8.1 de la Directiva 2008/115/CE del Parlament Europeu i del Consell.

La Sentència del TJUE interpreta la Directiva 2008/115/CE sobre el retorn per comprovar l'encaix de la norma espanyola en l'ordenament comunitari. Així, la directiva europea ofereix com a resposta a les situacions d'irregularitat diverses opcions:

- Prioritat de l'opció del retorn voluntari, que a la mateixa directiva apareix com a «principal» i «desitjable», d'acord amb el cons. 10 i l'article 6.1. La decisió de retorn voluntari haurà de ser adoptada en els supòsits d'estada en situació irregular, amb un termini adequat per a la sortida voluntària (art. 7.1).
- Com a fase successiva a la decisió de retorn i davant l'incompliment del termini de sortida voluntària: l'expulsió i adopció de mesures limitatives de drets, i més en concret la privació de llibertat –l'internament–, es contemplen com a *ultima ratio* per als casos més greus o d'incompliment voluntari de les decisions de retorn (art. 8 de la Directiva).

- La implementació d'autoritzacions de contingut compassiu, humanitari o d'anàleg tipus que permetin la permanència temporal a Espanya de l'estranger en situació de regularitzar la seva situació administrativa o en els supòsits d'impossibilitat d'expulsió –inexpulsabilitat– (art. 6.4 de la Directiva).

La conclusió a la qual arriba la STJUE de 23 d'abril de 2015 segons la qual «la normativa nacional [...] permet sancionar la situació irregular d'un estranger [...] amb una sanció econòmica que, a més, resulta incompatible amb la sanció d'expulsió», resulta incompleta, ja que la sanció de l'estada irregular amb multa que permet imposar la llei espanyola a les situacions de mera estada irregular porta implícita la conseqüència de prevenció de sortida del territori nacional en el termini que s'estableixi en la resolució sancionadora, que, en tot cas, serà per a un màxim de quinze dies, amb advertiment d'expulsió (art. 24.1 i 2 del RD 557/2011), per la qual cosa es dona compliment a la previsió de l'article 7.1 de la directiva europea.

Per tant, en el sistema sancionador espanyol la resolució governativa que sanciona la mera estada irregular no només conté una multa econòmica (que és la premissa incompleta de la qual es parteix a la Sentència del TJUE de 23 d'abril de 2015), sinó que «comporta així mateix i imperativament l'obligació legal d'abandó del territori espanyol en el termini de quinze dies naturals, amb l'advertiment de sanció d'expulsió en cas d'incompliment d'aquesta obligació».

3.2.2. La sanció d'expulsió

La sanció d'expulsió és la resposta a la comissió d'una infracció per part d'un estranger. Cal distingir dos tipus d'expulsions: les **expulsions administratives** i les **expulsions penals**. La primeres castiguen infraccions administratives; les segones, infraccions penals.

Encara que l'àmbit del dret d'estrangeria és netament administratiu, no hem d'oblidar que l'expulsió d'un estranger de territori es configura també com una mesura que pot ser adoptada en la jurisdicció penal.

Tipus d'expulsions administratives

Són les expulsions acordades com a sanció per infracció de les normes contingudes en la LO 4/2000.

Referència bibliogràfica

Es pot consultar el text complet de l'argumentació feta per la Circular 1/2015 de la Subcomissió d'Estrangeria del CGAE, de 25 de maig de 2015: <http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2015/06/CIRCULAR-12015rf.pdf>.

Les expulsions administratives no només castiguen la irregularitat administrativa de l'estada o residència, és a dir, no només s'apliquen a estrangers sense papers (art. 57.4 LOEx), sinó també a estrangers residents legals. És a dir, l'aplicació subjectiva de la mesura d'expulsió és el ciutadà estranger, amb independència de la situació administrativa que tingui a Espanya.

Nota

Les excepcions a l'acord sobre l'expulsió es refereixen a supòsits taxats i molt específics (art. 57.5 LOEx).

a) L'expulsió administrativa com a règim substitutori de la sanció de multa:

- S'aplica als pressupòsits d'infraccions greus de les lletres a, b, c, d i f de l'article 53.1 i a les infraccions molt greus de l'article 54 de la LOEx (segons redacció donada per la LO 2/2009).
- El procediment s'inicia mitjançant la incoació i instrucció d'un procediment administratiu ordinari o preferent, segons l'article 57.1 de la LOEx.
- Possibilitat de l'internament preventiu fins a seixanta dies autoritzat pel jutge d'instrucció (art. 62 LOEx).

b) L'expulsió administrativa com a forma d'enervació de l'acció penal:

- S'aplica al supòsit de l'estranger processament o investigat per delictes amb pena privativa de llibertat inferior a sis anys, o una pena de diferent naturalesa. La referència legal es troba en l'article 57.7 LOEx).
- Per poder-la aplicar, ha de quedar acreditat el fet a l'expedient administratiu d'expulsió. Ha d'intervenir per a la resolució administrativa, petició per l'Administració al jutge instructor que investiga el delictes, amb audiència del Ministeri Fiscal.
- Una característica distintiva present a la seva regulació és l'adopció semi-automàtica: la denegació de l'expulsió l'ha de motivar el jutge; l'adopció, no.

c) L'expulsió administrativa com a pena accessòria *sui generis* o sobrevinuda, en supòsits d'estrangers en determinats delictes:

- Aplicable a l'estranger condemnat, dins o fora d'Espanya, per un delictes dolós sancionat amb pena privativa de llibertat superior a un any, segons l'article 57.2 de la LOEx.
- Té caràcter d'expulsió administrativa, encara que hi ha intervenció del jutge sentenciador o d'executòries. A més, en conjunció amb l'article 57.2 de la LOEx, la Disposició addicional 17a. de la LO 19/2003, de 23 de desembre, de modificació de la Llei orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del poder judicial, estableix que «els òrgans judicials comunicaran a l'autoritat governativa l'acabament dels processos judicials en els quals concorri la comissió

d'infraccions administratives a les normes sobre estrangeria, per tal que per les autoritats administratives pugui reprendre's, iniciar-se o arxivar-se, si escau, segons els casos, el procediment administratiu sancionador. De la mateixa manera, comunicaran les condemnes imposades a estrangers per delictes dolós castigat amb pena privativa de llibertat superior a un any, a l'efecte d'incoació del corresponent expedient sancionador».

- Finalment, la previsió legal és desenvolupada pel Reglament d'estrangeria a través de la preceptiva comunicació pel Centre Penitenciari a la comissaria d'estrangeria, amb tres mesos d'antelació, de la llibertat definitiva a l'efecte de l'expulsió de la qual estem parlant (art. 256.4 del RD 557/2011).

L'expulsió penal

L'article 89 del Codi penal, en redacció donada per la Llei orgànica 1/2015, de 30 de març, preveu que les «penes de presó de més d'un any imposades a un ciutadà estranger seran substituïdes per la seva expulsió del territori espanyol. Excepcionalment, quan sigui necessari per assegurar la defensa de l'ordre jurídic i restablir la confiança en la vigència de la norma infringida pel delictes, el jutge o tribunal podrà acordar l'execució d'una part de la pena, que no podrà ser superior a dos terços de l'extensió, i la substitució de la resta per l'expulsió del penat del territori espanyol. En tot cas, se substituirà la resta de la pena per l'expulsió del penat del territori espanyol quan accedeixi al tercer grau o li sigui concedida la llibertat condicional».

El paràgraf segon d'aquest article 89 afegeix una altra previsió:

«Cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.»

L'expulsió penal prevista en el Codi penal ha viscut diversos redactats des del 1995. Fins al 2003, la substitució de la pena privativa de llibertat per l'expulsió era potestativa del jutge. Amb la reforma efectuada per la LO 11/2003, de 29 de setembre, de mesures concretes en matèria de seguretat ciutadana, violència domèstica i integració social dels estrangers, i després per la LO 5/2010, de 22 de juny, de modificació del Codi penal, es fa taxativa.

Nota

La Sentència de la Sala Penal del Tribunal Suprem, de 8 de juliol de 2004, va suavitzar la taxativitat de la substitució, en el sentit d'exigir un tràmit d'al·legacions o audiència per efectuar un judici de proporcionalitat i ponderació dels interessos en joc: l'ordre públic i el dret a la família, la llibertat de residència, etc. Això es tradueix en un estudi de les circumstàncies personals, familiars i d'arrelament del penat.

Així mateix, la sentència de la mateixa Sala i Tribunal, de 28 d'octubre de 2004, introdueix una excepció a la substitució imperativa del Codi penal:

«El art. 89 admite la excepción cuando el Juez, de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.»

Un altre aspecte destacable és que fins al 2015 l'expulsió penal s'entenia com a no aplicable als ciutadans de la UE, als familiars, cònjuge, descendents menors de 21 anys i ascendents a càrrec seu, ni als familiars d'espanyols ni als residents legals. Així, la redacció anterior al 2015 de l'article 89.1 establia:

«Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.»

Com es pot apreciar, a partir de la reforma fet per la LLO1/2015, l'incís «no resident legalment» desapareix de l'article 89, per la qual cosa la substitució de la pena per l'expulsió pot ser acordada per a qualsevol estranger, incloent-hi els ciutadans d'estats membres de la UE.

Nota

L'informe preceptiu del Consell d'Estat a l'avantprojecte de reforma del Codi penal, emès el 27 de juny de 2013, va ser molt dur amb la possibilitat de substituir la pena de presó per l'expulsió en ciutadans de la Unió Europea per considerar aquesta previsió contrària al dret de la Unió. El text definitiu aprovat per la LO 1/2015 inclou un paràgraf 4t en l'article 89 sobre la substitució per expulsió en cas de ciutadans comunitaris que mira d'incorporar les recomanacions del Consell d'Estat.

Substitució judicial de les mesures de seguretat per l'expulsió

L'article 108.1 del Codi penal, després de la reforma feta per la LO 11/2003, disposa que, si el subjecte fos estranger no resident legalment a Espanya, el jutge o tribunal acordarà a la sentència, prèvia audiència, l'expulsió del territori nacional com a mesura substitutiva de les mesures de seguretat que li siguin aplicables, tret que el jutge o tribunal, prèvia audiència del Ministeri Fiscal, excepcionalment i de manera motivada, consideri que la naturalesa del delictes en justifica el compliment a Espanya.

3.3. Mesures cautelars

Els articles 55 i 61 de la LO 4/2000, desenvolupats per l'article 244 del RD 557/2011, de reglament d'estrangeria, preveuen les següents possibles mesures cautelars durant els procediments sancionadors. Les previstes a l'article 61 només poden ser acordades quan el procediment sancionador pot donar lloc a una resolució d'expulsió:

- Comís de béns, instruments i efectes. Clausura de l'establiment o local. Immobilització, confiscació i decomís (art. 55 de la LO 4/2000).

- Presentació periòdica, residència obligatòria en un determinat lloc, detenció cautelar de fins a 72 hores (lletres *a*, *b* i *d* de l'article 61.1 de la LO 4/2000).
- Internament preventiu, prèvia autorització judicial als centres d'internament d'estrangers (CIE). L'internament no és possible en el procediment ordinari mentre es tramita i abans que hi hagi resolució sancionadora, segons l'article 244.1 del RD 557/2011. Sí que és possible en el procediment ordinari, en canvi, quan ja hi ha resolució d'expulsió i ha transcorregut el període de sortida voluntària inclòs en aquesta resolució.
- Qualsevol altra mesura cautelar que el jutge consideri adequada i suficient. Es va afegir a la reforma per la LO 2/2009.
- Retirada del passaport (art. 61.1.c de la LO 4/2000).

A partir de l'1 de juliol de 2015 es produeix una situació relativa a la legalitat de l'adopció de la mesura cautelar de retirada del passaport en seu de procediments administratius sancionadors que neixen de l'aplicació de la LOEx. La situació es planteja sobre l'àmbit competencial per poder privar del passaport un ciutadà estranger.

Respecte de la possibilitat de la privació de passaport d'estrangers per una autoritat governativa, l'article 13.2 de la Llei orgànica 4/2015, de 30 de març, de protecció de la seguretat ciutadana, estableix que «2. Els estrangers no podran ser privats de la documentació d'origen, excepte en el curs d'investigacions judicials de caràcter penal». La referència a «documentació d'origen» és inequívoca pel fet que s'inclou al passaport i, per tant, es fa manifest que amb aquesta regulació només es preveu la privació d'aquest document en aplicació de la Llei d'enjudiciament criminal.

D'altra banda, la LO 4/2000 i el RD 557/2011 no s'han modificat en aquest aspecte, per la qual cosa es manté la possibilitat establerta a l'article 61.1.c de la LOEx i l'article 235.6.a del REx que l'instructor d'un procediment sancionador pugui acordar com a mesura cautelar la retirada del passaport.

D'aquesta manera, es produeix una aparent contradicció entre la nova previsió de l'article 13.2 de la LO 4/2015, que només permet la retirada del passaport per part d'un jutge, i els articles 61.1.c de la LOEx i 235.6.a del RLOEx, que la permeten per part de l'autoritat governativa o els seus agents, en els casos de la normativa sancionadora d'estrangeria.

Tanmateix, aquesta possibilitat concreta ha quedat derogada per la disposició derogatòria única, apartat segon, de la LO 4/2015, atès que el Govern, com a autor de la iniciativa legislativa, sent conscient d'aquesta previsió legal, va decidir, també conscientment i seguint un suggeriment del Consell d'Estat sobre aquest aspecte en particular, optar per no preveure excepcions a aquesta

Nota

Per exemple, en el supòsit de la privació de passaport per ordre judicial només es preveu l'adopció com a mesura cautelar en el si d'un procés penal (art. 530 LECrim) o d'un d'extradició passiva (art. 8.3 de la Llei d'extradició passiva).

possibilitat i va establir una prohibició absoluta que l'administració governativa o els seus agents poguessin retirar el passaport, com a document públic propietat d'un estat estranger, a un ciutadà estranger que sigui a Espanya, amb independència de la situació de regularitat migratòria que presenti.

Per tant, a partir de l'1 de juliol de 2015, amb l'entrada en vigor de la LO 4/2015, no té cobertura legal la possibilitat que un ciutadà estranger es vegi privat de la tinença del seu passaport per una decisió de l'autoritat governativa o algun dels seus agents, amb independència de la situació migratòria que presenti o que estigui immers en un procediment en el qual pugui proposar-se l'expulsió.

3.4. Internament i CIE

Com hem vist anteriorment, l'article 61.1.e de la LO 4/2000 permet l'adopció de l'internament com a mesura cautelar. L'internament cautelar reuneix les característiques següents:

- És una mesura privativa de llibertat, amb una durada màxima de seixanta dies (art. 62.2 LOEx).
- El període d'internament només es pot complir en els anomenats Centres d'Internament d'Estrangers (CIE), és a dir, ni en centres penitenciaris ni en comissaries o sales d'inadmissió als aeroports. Els CIE són, doncs, «establiments públics de caràcter no penitenciari» (art. 62bis, paràgraf primer).
- Es pot sol·licitar si la privació de llibertat en què consisteix la detenció cautelar s'ha de perllongar més enllà de les 72 hores (art. 61.1.d). L'única justificació d'un internament és que serveixi per «assegurar la resolució final» d'expulsió o garantir-ne l'execució (art. 61.1). D'acord amb aquesta finalitat legal, l'ingrés i estada als CIE tenen únicament una finalitat preventiva i cautelar (art. 62bis, paràgraf primer).
- L'internament només es pot acordar judicialment, prèvia sol·licitud de l'autoritat governativa. S'ha de donar audiència al Ministeri Fiscal i a l'estranger (art. 62.1). L'òrgan judicial que té la competència atribuïda per decidir sobre l'internament és el jutge d'instrucció del lloc on es practiqui la detenció (art. 62.6).
- L'internament de menors d'edat està expressament prohibit a l'article 62.4, excepte si els menors acompanyen els seus pares internats i es donen les condicions als CIE que garanteixin «la unitat i la intimitat» familiars.

Nota

Els CIE, després de crear-se per la primera Llei orgànica d'estrangeria el 1985, no van ser objecte d'una regulació desenvolupada i específica fins al 2014, quan va entrar en vigor el Reial decret 162/2014, de 14 de març, sobre reglament de funcionament dels CIE. Aquesta norma regula amb molta més amplitud que els a penes dos articles de la LO 4/2000 el règim de vida als CIE, el gaudi dels drets dels interns i l'estructura d'organització i gestió interna d'aquests dispositius de privació de llibertat.

En la fase d'instrucció del procediment sancionador que pot donar lloc a l'expulsió només es pot acordar l'internament preventiu en el procediment preferent (art. 63.2 LOEx). Per tant, resulta primordial valorar la concurrència dels requisits de l'article 63.1 de la LOEx per decidir optar per un procediment preferent en comptes de per un d'ordinari, procediment en el qual l'internament al CIE només es pot usar en fase d'execució de l'expulsió i transcorregut el període de sortida voluntària (art. 64.1 LOEx).

Davant la decisió d'internament, dictada pel jutge d'instrucció, cal interposar recurs de reforma i, de manera directa o subsidiària, recurs d'apel·lació davant l'Audiència Provincial. Per analogia, s'aplica, doncs, el règim de recursos que per a la presó provisional s'usa per la Llei d'enjudiciament criminal.

Debat sobre la constitucionalitat de l'internament

Quan va ser regulat l'internament com a mesura cautelar a l'article 26.2 de la LO 7/1985, d'1 de juliol, se'n va discutir la constitucionalitat. El Defensor del Poble va presentar un recurs d'inconstitucionalitat a la mesura cautelar d'internament, que malgrat tot va ser reconeguda d'acord amb la Constitució en la sentència del Tribunal Constitucional 115/1987, de 7 de juliol.

El Defensor del Poble entenia en el recurs que l'internament cautelar en seu d'un procediment administratiu sancionador lesionava l'article 25.3 de la Constitució, que prohibeix a l'Administració imposar sancions o mesures que comportin directament o indirecta privació de llibertat.

La Sentència del Tribunal Constitucional va interpretar la constitucionalitat de l'internament només per un criteri tècnic o formal, basant-se en qui acorda finalment l'internament (el jutge d'instrucció), que no és un òrgan administratiu sinó judicial.

Nota

El Tribunal, en el seu Fonament Jurídic Primer, afirma:

«[...] lo que el precepto legal establece es que el órgano administrativo, en el plazo máximo de setenta y dos horas, ha de solicitar del juez que autorice el internamiento del extranjero pendiente del trámite de expulsión. El órgano judicial habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, en el bien entendido no las relativas a la decisión de la expulsión en sí misma (sobre la que el juez no ha de pronunciarse en este procedimiento), sino las concernientes, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida o cualquier otra que el juez estime relevante

para adoptar su decisión. [...] Interpretado en estos términos el precepto impugnado, es plenamente respetuoso no solo del art. 17.2 de la Constitución, sino, al mismo tiempo, también del art. 25.3, al no ser una decisión administrativa, sino judicial, la que permite la pérdida de libertad, pues no existe condicionamiento alguno sobre el juez para decidir sobre esa libertad.»

Expulsions, devolucions i denegacions d'entrada

La privació de la llibertat ambulatoria en què consisteix l'internament té com a objectiu primordial dur a terme l'efectiva execució de les expulsions, encara que també pot ser adoptada per a un altre tipus de «repatriacions forçades» o «retorn», com ara les devolucions (art. 23.4 del RD 557/2011) i denegacions d'entrada (art. 15.3 del RD 557/2011). És a dir, que les persones, esperant ser repatriades per haver-se'n resolt la denegació d'entrada o bé la devolució, sempre que s'origini un retard o impossibilitat d'execució que superi els terminis legals assenyalats per a la detenció (72 hores), podran romandre ingressades als CIE fins al moment del compliment efectiu i mai més tard dels seixanta dies de privació de llibertat.

Qüestionament de l'internament i dels CIE

El 2016, un total de 7.597 persones van ser internades als set CIE d'Espanya (Madrid, Barcelona, València, Múrcia, Algesires, Tenerife i Las Palmas). D'aquestes, van ser efectivament expulsades o retornades 2.205, la qual cosa representa el 29,02% de les que estaven internades. La tendència d'anys anteriors mostra aquest decreixement en el nombre d'execucions de les mesures sancionadores sobre el total de persones privades de llibertat.

Nota

Des del 2012, el Servei Jesuïta a Migrants publica informes anuals sobre internament, que juntament amb els informes del Defensor del Poble com a Mecanisme Nacional per a la Prevenció de la Tortura ofereixen una panoràmica de la mesura cautelar i de com és aplicada a Espanya. Els últims informes es poden consultar a <http://sjme.org/wp-content/uploads/2017/10/informecie16.pdf> i a <https://www.defensordelpueblo.es/informe-mnp/mecanismo-nacional-prevencion-la-tortura-informe-anual-2016/>.

Consell General de l'Advocacia Espanyola, entre altres entitats de l'àmbit jurídic, també s'ha manifestat sensible a la situació dels CIE.

L'article 16 de la Directiva 2008/115/CE, de 16 de desembre, la Directiva de retorn, que és la norma de rang europeu superior que defineix els CIE, estableix que:

«[...] como norma general, el internamiento se llevará a cabo en centros de internamiento especializados. En los casos en que un Estado miembro no pueda proporcionar alojamiento en un centro de internamiento especializado y tenga que recurrir a un centro penitenciario, los nacionales de terceros países sujetos al internamiento estarán separados de los presos ordinarios.»

Per a la norma superior de l'ordenament intern, com s'ha dit anteriorment, l'article 62bis, paràgraf primer, de la Llei orgànica 4/2000, estableix que els CIE «són establiments públics de caràcter no penitenciari; l'ingrés i estada tindran

només una finalitat preventiva i cautelar, salvaguardant els drets i llibertats reconeguts en l'ordenament jurídic, sense més limitacions que les establertes a la llibertat ambulatoria, d'acord amb el contingut i la finalitat de la mesura judicial d'ingrés acordada». L'article 15.1 de la Directiva 2008/115/CE afegeix que l'internament té la finalitat «només de preparar el retorn o dur a terme el procés d'expulsió».

Així doncs, la naturalesa jurídica dels centres i de l'internament com a tal és doble: el caràcter no penitenciari del centre i la funció essencial preventiva i cautelar amb la finalitat de garantir l'execució de l'expulsió. Tanmateix, les dades reals de les expulsions produïdes des dels CIE causen una certa perplexitat i permeten concloure que l'internament no aconsegueix complir la funció cautelar que tenen i la pràctica traeix amb recurrència la naturalesa jurídica atribuïda a l'internament pel dret.

En altres paraules, el CIE no s'usa, només, per expulsar. Que s'usi l'internament per a altres finalitats diferents de l'execució de la sanció d'expulsió desnaturalitza i degrada injustament un règim que afecta amb gravetat drets fonamentals i llibertats de les persones migrants.

Exercicis d'autoavaluació

1. Enumera quatre requisits legals per a l'obtenció de l'autorització de residència temporal inicial no lucrativa.
2. Quants anys d'estada per estudis són necessaris per a sol·licitar la nacionalitat espanyola?
3. Digues quatre diferències del règim jurídic que gaudeix una persona estrangera que sol·licita una autorització de residència i treball per compte d'altri, segons la LO 4/2000, i una persona estrangera que sol·licita una autorització de residència com a adquirent d'un immoble a Espanya per valor de 500.000 €, segons la Llei 14/2013.
4. Què és un CIE? Qui autoritza l'ingrés d'una persona estrangera en un CIE? Quina és la durada màxima legal de temps d'ingrés en un CIE a Espanya?
5. La LO 4/2000 obliga a tenir en compte la situació nacional d'ocupació per concedir una autorització de residència inicial i treball per compte d'altri. Com s'articula legalment aquesta «situació»?
6. Hi ha un supòsit d'autorització de residència per circumstàncies excepcionals a la qual no sigui d'aplicació la situació nacional d'ocupació? En cas de resposta afirmativa, quin és?
7. L'article 89 del Codi penal preveu la substitució de les penes privatives de llibertat superiors a un any per l'expulsió de territori nacional. A quines persones es pot aplicar aquesta substitució?

Solucionari

Exercicis d'autoavaluació

1.

Una autorització de residència inicial no lucrativa exigeix l'acreditació per part de l'interessat d'un seguit de requisits recollit a l'article 31.2 i 31.5 de la LO 4/2000 i a l'article 46 del Reial decret 557/2011, de 20 d'abril, que desenvolupa el Reglament d'estrangeria. Entre ells:

«a) No estar irregularment en territori espanyol.

b) En el cas que el sol·licitant sigui major d'edat penal, no tenir antecedents penals a Espanya i en els països anteriors on hagi residit durant els últims cinc anys, per delictes previstos en l'ordenament espanyol.

c) No figurar com a rebutjable a l'espai territorial de països amb què Espanya tingui signat un conveni en aquest sentit.

d) Disposar de mitjans econòmics suficients per atendre les seves despeses de manutenció i estança, incloent, si escau, les de la seva família, durant el període de temps pel qual es desitja residir a Espanya, i sense necessitat de desenvolupar cap activitat laboral o professional, de conformitat amb allò que es disposa en aquesta secció.

e) Disposar d'una assegurança pública o privada de malaltia concertada amb una Entitat asseguradora autoritzada per a operar a Espanya.

f) No trobar-se, en aquest cas, dins del termini de compromís de no retorn a Espanya que l'estranger hagi assumit en retornar voluntàriament al seu país d'origen.

g) No patir cap de les malalties que poden tenir repercussions de salut pública greus de conformitat amb allò disposat en el Reglament Sanitari Internacional 2005.

h) Haver abonat la taxa per tramitació dels procediments.»

2.

La situació d'estada per estudis és una permanència de curta durada condicionada al període d'estudis i no és una residència en el sentit de l'article 22.3 del Codi Civil, per la qual cosa no computa als efectes de sol·licitar la nacionalitat espanyola per residència. Per tant, la resposta és que no, cap dels anys d'estada per estudis sustenta el requisit per a assolir la nacionalitat espanyola.

3.

Les diferències són múltiples. Com a exemples:

- Terminis de resolució de la sol·licitud: tres mesos a la LO 4/2000 i vint dies a la Llei 14/2013.
- Durada de l'autorització inicial: un any i dos anys, respectivament.
- Sentit del silenci administratiu: negatiu i positiu, respectivament.
- Valor de les absències de territori a efectes de renovació de les autoritzacions.
- Efecte del visat: habilita directament per a la residència a la Llei 14/2013; a la LO 4/2000, habilita només per a l'entrada en territori i per a l'estada de curta durada.
- Obligació de presentació personal de la sol·licitud: sí a la LO 4/2000, no a la Llei 14/2013.
- Obligació d'expedició de la TIE: sí existeix a la LO 4/2000, no a la Llei 14/2013.

4.

Un CIE és un centre d'internament d'estrangers. La seva existència està prevista a l'article 62 de la LO 4/2000 i a l'article 16 de la Directiva 2008/115/CE. El CIE és l'establiment públic de caràcter no penitenciari on es dona compliment a la mesura cautelar d'internament prevista al règim sancionador d'estrangeria, per als procediments on es pugui acordar l'expulsió o la devolució. Per mitjà d'una sol·licitud de l'òrgan administratiu instructor, qui autoritza l'ingrés al CIE és el jutge d'instrucció del lloc on s'ha produït la detenció de l'estranger. Segons la LO 4/2000, el termini màxim de privació de llibertat a un CIE és de seixanta dies. Tampoc no es poden produir internaments successius a un CIE dins d'un mateix procediment

sancionador, encara que en anteriors internaments no s'hagi esgotat el termini màxim de seixanta dies.

5.

La situació nacional d'ocupació s'articula legalment mitjançant el catàleg trimestral d'ocupacions de difícil cobertura (art. 38 LO 4/2000). El catàleg l'elabora, amb les dades estadístiques oficials i les facilitades per les comunitats autònomes, el servei públic d'ocupació estatal. S'hi publiquen les ocupacions que són susceptibles de ser satisfetes per mitjà de la contractació de treballadors estrangers i que permeten la sol·licitud d'autoritzacions inicials de residència i treball per compte d'altri i contractacions en origen.

6.

La LO 4/2000 preveu que a les autoritzacions de residència per circumstàncies excepcionals no se'ls apliquin els condicionaments de contractació de la situació nacional d'ocupació. Les autoritzacions de residència per arrelament, laboral, social o familiar, són exemples d'exempció d'aplicació de la situació nacional d'ocupació.

7.

L'article 89 del Codi penal recull la substitució de les penes privatives de llibertat per l'expulsió de territori nacional. Aquesta substitució està prevista per als penats «estrangers». Anteriorment, a la reforma de 2015, que va donar lloc a l'actual redacció de l'article, el codi penal establí que l'expulsió substitutiva s'aplicava a l'«extranjero no residente legalmente en España». Per tant, s'ha d'entendre que, actualment, el codi penal ha ampliat l'àmbit d'aplicació de l'expulsió a qualsevol estranger, tingui o no tingui residència legal, qüestió que implica que la mesura d'expulsió penal també es pugui acordar en relació amb ciutadans estrangers nacionals d'estats de la Unió Europea. Aquesta ampliació de la possibilitat d'expulsió penal a tots els estrangers, fins i tot els comunitaris, ha estat fortament criticada.

