

PROBLEMAS FRECUENTES QUE SE PLANTEAN A LOS INMIGRANTES EN ESPAÑA: ANÁLISIS DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICA Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

Pablo Hernández-Lahoz Ortiz¹

Sumario:

1. Introducción
 - A. Objeto del estudio
 - B. Concepto de inmigrante
2. Desarrollo del trabajo
 - A. La asistencia a los inmigrantes por parte del Estado y ONGs
 - B. Problemas del derecho de extranjería en las vías administrativa y judicial
 - C. Propuestas de modificación de la normativa de extranjería
3. Conclusiones

1.- INTRODUCCIÓN

A.- OBJETO DEL ESTUDIO

En este trabajo se pretende, desde un punto de vista jurídico, dar a conocer ciertos problemas que se plantean en el ámbito administrativo y judicial español en relación con los inmigrantes y proponer ciertas mejoras en la normativa de extranjería y en el funcionamiento de la Administración competente.

Abandonando la vertiente teórica del problema de la inmigración, en estas páginas se ha preferido bajar a la realidad social y profundizar en las cuestiones de legalidad que preocupan a los inmigrantes y que les llevan a una situación de incertidumbre e incompreensión ya sea, algunas veces, por el desconocimiento de la materia o del idioma y, otras, por un mal funcionamiento del engranaje administrativo, político y judicial.

La inmigración es un tema amplio que puede ser tratado desde la perspectiva de varias disciplinas como la sociología, la geografía o la historia; sin embargo, en este trabajo se realiza un estudio de los aspectos jurídicos de la inmigración, en concreto respecto del ordenamiento jurídico español, por considerarse un **área de gran importancia para los inmigrantes** (no hay

¹ Abogado del Estado Español en el Ministerio de Educación, Política Social y Deporte.
polh_lahoz@yahoo.es

duda de que las cuestiones que más interesan a los ciudadanos extranjeros que se encuentran en España están relacionadas con los requisitos legales que deben reunir para poder legalizar su situación y obtener un permiso que les permita desempeñar una actividad laboral, o con la posibilidad de traer a España a sus parientes que permanecen en el país de origen) y **un tema de gran actualidad** (a día de hoy, son varias las noticias que, en materia de inmigración, aparecen en las portadas de los periódicos nacionales: el Gobierno se plantea la posibilidad de reducir los vínculos familiares que permiten acceder al permiso de residencia por reagrupación familiar, a nivel comunitario se estudia la ampliación del plazo máximo de retención, en los centros de internamiento, de los extranjeros ilegales cuya expulsión está pendiente de enjuiciamiento y, también como ejemplo de noticia relevante, se puede destacar que el Gobierno español ha puesto en marcha un programa de retorno a los países de origen para los extranjeros que se han quedado en situación de desempleo)².

B.- CONCEPTO DE INMIGRANTE

El diccionario de la R.A.E.³ define al inmigrante como *“el que inmigra”* y al acto de inmigrar como *“llegar a un país distinto del originario para establecerse en él con la idea de formar nuevas colonias o de establecerse en las ya formadas”*.

Si estos dos conceptos se adaptan a la realidad actual se podría entender por inmigrante aquella persona que se traslada a un país distinto del suyo originario para establecerse en él con vocación de permanencia.

En relación con este epígrafe, no se puede olvidar que España forma parte de la Unión Europea y que principios básicos de Derecho Comunitario como la libre circulación de personas o la libre circulación de trabajadores están integrados en nuestro ordenamiento jurídico. De manera que los ciudadanos comunitarios que se encuentran desplazados en España, aunque en sentido estricto son inmigrantes pues abandonan su país de origen para instalarse en España, reciben un tratamiento distinto respecto de aquellos cuyos países de origen no forman parte de la Unión Europea.

La conclusión que se deriva de la idea anterior es la afirmación de que existen, desde el punto de vista de la legalidad española, dos tipos de inmigrantes:

- los ciudadanos comunitarios y
- los extranjeros cuyos países de origen no forman parte de la Unión Europea.

² En la actualidad existe un borrador elaborado por el Gobierno español con el que se pretende aprobar, en poco tiempo, una gran reforma de la normativa de extranjería.

³ Nos estamos refiriendo al diccionario elaborado por la Real Academia Española de la Lengua.

En este sentido, se pronuncia el **artículo 1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, Reguladora de los Derechos y Libertades de los Extranjeros en España**⁴ (en adelante, LOE):

“Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española.

Lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte.

Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables”.

La finalidad de este trabajo es centrarse en aquellos extranjeros que no tienen la condición de comunitarios pues son ellos los que se encuentran, con frecuencia, en situación de ilegalidad, marginación y desamparo.

2.- DESARROLLO DEL TRABAJO

Existen numerosas cuestiones relacionadas con los inmigrantes que podrían ser tratadas en este trabajo; sin embargo, se consideran de ineludible estudio las siguientes:

- la asistencia que se debe prestar al inmigrante por parte del Estado y organizaciones no gubernamentales (en adelante, ONGs),
- los problemas que el derecho de extranjería genera en la vía administrativa y en la judicial, y
- la existencia de deficiencias en la normativa de extranjería con las correspondientes propuestas de mejora.

A.- LA ASISTENCIA A LOS INMIGRANTES POR PARTE DEL ESTADO Y ONGS

A día de hoy, parece que el Poder Ejecutivo, a través del **Real Decreto 432/2008, de 12 de abril**⁵, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales, pretende abordar en profundidad la cuestión de la inmigración, de ahí que el ya extinguido Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales haya sido sustituido por el Ministerio de Trabajo e Inmigración.

⁴ Esta Ley regula, en el ordenamiento jurídico español, todo lo relativo al derecho de extranjería.

⁵ En el mes de abril del año 2008 el Gobierno español llevó a cabo una reestructuración ministerial que tuvo como principal novedad la creación de dos nuevas carteras: Ministerio de Igualdad y Ministerio de Ciencia e Innovación.

La preocupación del Estado por prestar asistencia a los inmigrantes se plasma en la existencia de varios organismos, dependientes del Ministerio de Trabajo e Inmigración, cuya creación se debió a un interés por proteger los derechos de los ciudadanos extranjeros.

Dentro del Ministerio de Trabajo e Inmigración, existe una Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración de la que dependen una serie de Direcciones Generales como la de Inmigración o la de Integración de los Inmigrantes.

También destacan los siguientes organismos especializados:

- **El Foro para la Integración Social de los Inmigrantes**, constituido el día 6 de junio de 2006 y que se define como el órgano de consulta, información y asesoramiento en materia de integración de los inmigrantes.
- **El Observatorio Permanente de la Inmigración**, regulado por el Real Decreto 345/2001, de 4 de abril. Es un órgano colegiado que tiene atribuidas, entre otras, las funciones de recogida de datos, análisis, estudio y difusión de la información relacionada con los movimientos migratorios en España. El Observatorio Permanente de la Inmigración contribuye en el ámbito europeo e internacional, con la elaboración de informes y provisión de datos estadísticos. En particular, participa en las actividades de la Red Europea de Migraciones.

No obstante lo anterior, no se puede pasar por alto la circunstancia de que el Estado centra su actividad asistencial en los inmigrantes que se encuentran en España en una situación de legalidad. De ahí que el propio Ministerio de Trabajo e Inmigración defina la integración de los extranjeros como: *“El proceso dirigido a conseguir la gradual incorporación y participación de los inmigrantes, con **residencia legal en España**, en la vida social y económica de nuestro país en un clima de respeto y participación recíprocas”*.

Es coherente que el Estado, en materia de integración, se centre en los extranjeros titulares de permisos de residencia pues si existieran organismos estatales dedicados a los inmigrantes que se encuentran en España en situación de ilegalidad, surgiría la paradoja de que el Estado, por un lado, debería preocuparse de la integración de los extranjeros ilegales y, por otro, debería desempeñar una función fiscalizadora del cumplimiento de la legalidad en materia de extranjería. En este sentido, no se puede olvidar que el Estado, por mandato de la LO 4/2000, de 11 de enero y para garantizar una inmigración responsable, es la Administración competente para imponer la sanción de expulsión de los extranjeros que se encuentran de forma ilegal en España o para denegar o revocar permisos de residencia y/o trabajo cuando no se cumplan los requisitos exigidos por la ley.

Es precisamente esta obligación del Estado la que determina que el papel de las ONGs y de ciertas instituciones de la Iglesia, como Cáritas, sea fundamental en el apoyo a los inmigrantes ilegales.

Si bien es cierto que en el Registro de ONGs constan numerosas organizaciones cuya principal preocupación se centra en procurar una vida mejor a los extranjeros ilegales que carecen de recursos y que se encuentran en situaciones de marginalidad, y que la actividad de estas ONGs es básica para el día a día de estas personas, se echa en falta la existencia de organizaciones especializadas que puedan asesorar e incluso representar judicialmente a los extranjeros.

El principal instrumento para que los inmigrantes ilegales salgan de su situación de dificultad es conseguir un puesto de trabajo retribuido. Evidentemente, esto no es tarea fácil pues para acceder a un trabajo es requisito imprescindible ser titular de un permiso. Es en este ámbito donde una ONG especializada podría desempeñar una importante labor:

- Convenciendo al extranjero de la importancia del trabajo y de la titularidad de un permiso.
- Gestionando posibles ofertas de empleo para el extranjero en función de su cualificación ya que sin oferta no hay permiso.
- Informando al extranjero sobre la tramitación administrativa del permiso haciendo especial hincapié en cuestiones que, aunque parecen irrelevantes, pueden tener trascendencia jurídica (esto será objeto de desarrollo en el punto B de este apartado 2).
- Defendiendo en juicio al extranjero, siendo éste el campo donde menos ONGs actúan.

En aquellos casos en que la solicitud de permiso formulada por el inmigrante sea desestimada por un acto administrativo, expreso o tácito, es necesario que una ONG especializada en temas jurídicos cuente con un equipo de letrados que puedan, en representación del interesado, interponer el correspondiente recurso contencioso-administrativo y asistir al acto de la vista.

En principio, esta faceta está cubierta por los abogados de oficio, sin embargo, en la práctica, surgen numerosos problemas que podrían ser solventados de existir ONGs que de forma gratuita asumieran, a través de sus letrados, la viabilidad de los recursos.

Un ejemplo claro de estos problemas lo encontramos en la falta de comunicación entre el abogado de oficio y el cliente: en muchas ocasiones sucede que una vez que se asigna por el Colegio de Abogados un abogado de oficio para defender los intereses del

inmigrante, el extranjero ha cambiado el lugar de su residencia o el número del teléfono que facilitó (estos cambios son frecuentes) y finalmente se deja de interponer el recurso contencioso. De ahí que si es una ONG, con una sede fija, la que asume la defensa del extranjero siempre será más fácil para éste estar en una comunicación permanente con su abogado.

El hecho de interponerse un recurso contencioso contra el acto desestimatorio de la solicitud de permiso o contra el acto que sanciona al extranjero con la expulsión, no implica que se vaya a obtener una sentencia favorable pero son múltiples las ventajas que se derivan de la interposición: por un lado, no supone gasto alguno (en la primera instancia del orden contencioso-administrativo no se imponen costas) y por otro lado, el recurso permite una revisión del acto administrativo.

- A este respecto y a título ilustrativo, se han analizado 50 procedimientos de extranjería, seguidos ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Madrid⁶, y se han obtenido los siguientes datos: De los 50 procedimientos, 14 terminaron con sentencia estimatoria del recurso y, por lo tanto, dando la razón al extranjero, y 36, con sentencia desestimatoria.

De esto se deduce que los extranjeros que acuden a los Tribunales tienen un 28% de posibilidades de obtener una sentencia favorable y sin coste económico alguno salvo la minuta de los abogados.

Por lo tanto, lo que está claro es que la existencia de ONGs, dotadas de algunos abogados y especializadas en la materia de extranjería, serviría para defender mejor los derechos de los ilegales poniendo a su disposición la posibilidad de acudir a la vía judicial, de obtener una sentencia favorable que reconozca, por ejemplo, el derecho a un permiso de trabajo, de acceder, por lo tanto, a un empleo y de salir de la situación de marginalidad.

B.- PROBLEMAS DEL DERECHO DE EXTRANJERÍA EN LAS VÍAS ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL

Tanto en la vía administrativa como en la judicial, el derecho de extranjería trae consigo una serie de problemas que todavía no han sido resueltos ni por el legislador ni por la jurisprudencia y que, en definitiva, perjudican a los extranjeros en la defensa de sus derechos e intereses.

B.1 VÍA ADMINISTRATIVA

- FALTA DE MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS

⁶ Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo son los órganos competentes, en España, para conocer de la mayor parte de las pretensiones planteadas en materia de extranjería.

Las solicitudes de permisos y los recursos administrativos que éstas generan colapsan las Oficinas de Extranjería de las Subdelegaciones del Gobierno lo que lleva a la Administración del Estado, para poder cumplir con la obligación de resolver impuesta por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre⁷, a utilizar modelos de resoluciones.

El problema que se deriva de la utilización de modelos es que no siempre se adaptan al caso concreto del extranjero afectado. Además, son escuetos y carecen de una motivación razonada lo que implica que el interesado se pueda encontrar ante una resolución administrativa desestimatoria de su pretensión sin saber cuál es el verdadero motivo de denegación de su solicitud.

Este problema tiene difícil solución pues el volumen de asuntos existente en el ámbito de la extranjería y la necesidad de respetar los plazos de la normativa administrativa impiden resolver de forma motivada.

La jurisprudencia, para evitar que por esta circunstancia se abriera una puerta a la anulación de la mayoría de los actos administrativos en materia de extranjería, se ha apoyado en figuras como la motivación sucinta o la motivación *in aliunde*. En este sentido, el **Tribunal Supremo en Sentencia de 7 de marzo de 1991**, señaló que *“no es necesario que los actos administrativos que hayan de ser motivados contengan una prolija enumeración de todos los argumentos en los que la Administración Pública base su decisión, sino que bastará con una sucinta referencia a los hechos y a los fundamentos de derecho en los que se apoye”*.

Además, el **Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en Sentencia nº438/2007, de 6 de junio**, ha expresado que *“la determinación de si la falta de motivación o la motivación defectuosa integra efectivamente un vicio de anulabilidad se ha de hacer indagando si realmente ha existido una ignorancia de los motivos que fundan la actuación administrativa y si por tanto se ha producido o no la indefensión del administrado”*.

Parece que la única manera de resolver esta cuestión es procurar llegar a un equilibrio entre las dificultades de la Administración para hacer frente al volumen de expedientes que genera el derecho de extranjería y el respeto a los derechos de los extranjeros. En este sentido, no parece descabellada la afirmación del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña aunque a veces sea complicado valorar la existencia de motivos.

- FALTA DE UN CRITERIO ÚNICO POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN

A pesar de que la Administración General del Estado es única, cuenta con una administración periférica que forma parte de su organización; de manera que

⁷ Esta es la Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

en cada provincia existen Subdelegaciones del Gobierno que tienen competencia para resolver en asuntos de extranjería.

El hecho de que exista una pluralidad de Subdelegaciones del Gobierno hace inevitable que, a pesar de que existan instrucciones para coordinar la actuación de la administración periférica, en ocasiones un mismo asunto sea resuelto de forma distinta por varias Subdelegaciones.

Un ejemplo de esto lo podemos encontrar en la valoración por parte de las distintas Subdelegaciones del Gobierno del denominado “empadronamiento por omisión”, figura jurídica que es estudiada con detenimiento en el último epígrafe de este trabajo.

En relación con este problema sería necesario que la Administración Central marcara un criterio único de actuación a las distintas Subdelegaciones.

- DESINFORMACIÓN DE LOS EXTRANJEROS

Como ya se señaló en el apartado A de este punto 2, existen cuestiones del procedimiento administrativo que, aunque pueden parecer irrelevantes, tienen una gran trascendencia jurídica y es necesario que el extranjero tenga conocimiento de ellas. Una forma de evitar este peligro es la existencia de ONGs especializadas en temas jurídicos, a las que nos hemos referido al comienzo de este trabajo, que mantengan informados a los extranjeros.

De las cuestiones anteriores se pueden destacar las siguientes:

- **La existencia de una serie de plazos que se deben respetar:**
Tanto los recursos administrativos como los contenciosos se interponen dentro de unos plazos que pueden ser distintos en función de que el acto administrativo sea expreso o tácito. El extranjero tiene que saber que una vez que se le notifica el acto administrativo debe comunicárselo a su abogado pues si no se respetan los plazos de la ley, los recursos se inadmitirán por extemporáneos.
- **La importancia del lugar de notificaciones:**
Cuando el ciudadano extranjero inicia un procedimiento administrativo con la finalidad, por ejemplo, de obtener un permiso de trabajo o de renovar uno ya obtenido siempre hace saber a la Administración, al igual que todo interesado en cualquier procedimiento administrativo, el domicilio o lugar al que quiere que se le notifiquen los distintos trámites y actos administrativos. En la práctica, es bastante frecuente que los extranjeros, incluso dentro de una misma ciudad, cambien cada poco tiempo el lugar de su residencia pues a veces utilizan la vivienda de otras personas de su mismo lugar de origen o albergues.

El problema de esta situación y de que el interesado no comunique a la Administración el cambio de su domicilio es que los actos

administrativos se intentarán notificar a las antiguas residencias de los extranjeros y, después, se publicarán mediante edictos de manera que el acto se entenderá correctamente notificado y para cuando se entere el interesado de su contenido no podrá formular recurso alguno contra él por haber adquirido firmeza.

Por todo esto, es necesario informar al extranjero de la importancia del lugar que se indique en el procedimiento como destino de las notificaciones. Incluso se podría designar como lugar de notificaciones el domicilio de la ONG que preste asistencia al interesado evitándose así este problema.

B.2 VÍA JUDICIAL

Del **artículo 8⁸ de la Ley 29/98, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa** (en adelante, LRJCA), se deduce que la competencia judicial para conocer de los recursos contencioso-administrativos en materia de extranjería corresponde a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y, según el **artículo 54** de la misma ley, estos recursos seguirán los trámites previstos para el procedimiento abreviado.

El procedimiento abreviado fue creado por la LRJCA como alternativa al procedimiento ordinario para dar una rápida solución en el tiempo a los recursos contenciosos que afectaban a determinadas materias, entre las que se encuentra la extranjería.

Sin embargo, la realidad es bien distinta pues, debido al gran volumen de recursos entrantes (según los informes estadísticos elaborados por el CGPJ⁹, en el año 2007 los asuntos de extranjería ingresados en los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo fueron 52.050, mientras que en el año 2004 sólo ascendieron a 30.762) los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo se ven obligados a fijar las fechas de las vistas 1 año después de que se haya presentado la demanda, con lo que el procedimiento abreviado deja de responder al motivo por el que fue creado, sobre todo si se piensa en la situación en la que queda durante este tiempo el extranjero que, por ejemplo, estando en España no puede trabajar ya que el objeto del recurso pendiente es el acto administrativo que puede haber desestimado de forma improcedente una solicitud de renovación de su permiso de trabajo.

No se puede olvidar que los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, a tenor del artículo 8 de la LRJCA, tienen competencia para conocer de otros asuntos además de los relacionados con el derecho de extranjería. Así, enjuician los recursos contencioso-administrativos que se interponen contra la

⁸ El artículo 8 enumera los asuntos o materias en que tienen competencia los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

⁹ Estos informes fueron consultados en la página oficial del Consejo General del Poder Judicial.

mayoría de actos dictados por las entidades que integran la Administración Local y por las Comunidades Autónomas. Por ello, una posible solución al atasco judicial que sufren los JCA podría ser la creación de órganos jurisdiccionales unipersonales especializados en extranjería. Esta propuesta presenta ciertas ventajas pero también algunos inconvenientes.

- Ventajas:
 - Los jueces y magistrados titulares de estos Juzgados de Extranjería gozarían de una formación específica en la materia de manera que mejoraría la calidad de las sentencias y se reducirían las apelaciones.
 - Los procedimientos abreviados se resolverían con rapidez y los extranjeros verían pronto satisfecho su derecho a la tutela judicial efectiva.
 - La doctrina jurisprudencial en materia de extranjería sería más equilibrada. Como existirían pocos Juzgados de Extranjería sería más fácil unificar criterios jurisprudenciales.

- Inconvenientes:
 - La posible reticencia de jueces y magistrados a ocupar las plazas de titulares de estos Juzgados.
 - La tardanza de los Tribunales Superiores de Justicia en dictar sentencias firmes. La rapidez conseguida en la primera instancia sin embargo no alteraría la lentitud de los órganos colegiados a la hora de resolver los recursos de apelación interpuestos contra sentencias y autos de medidas cautelares.
 - La mayor complejidad de la organización judicial. Está claro que crear nuevos Juzgados complica la organización judicial y el trabajo diario de los abogados y procuradores.

C.- PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN DE LA NORMATIVA DE EXTRANJERÍA

La mayoría de los recursos pendientes ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, en materia de extranjería, tienen por objeto los siguientes actos administrativos: los que acuerdan la expulsión del territorio español de los extranjeros que se encuentran ilegalmente en España, los que deniegan la entrada en España de los extranjeros que no reúnen los requisitos para ello y los que resuelven las solicitudes de permiso de residencia y trabajo, centrándonos en este trabajo debido al número de procedimientos pendientes, en las solicitudes formuladas a raíz del último proceso de regularización de extranjeros ilegales.

-Expulsiones-

El Estado es el encargado de garantizar el cumplimiento de la normativa de extranjería y para ello se le reconocen unas potestades entre las que destaca la potestad sancionadora.

Cuando un extranjero comete la infracción de encontrarse en territorio español de forma ilegal el Estado reacciona imponiéndole una sanción que puede consistir o bien en su expulsión del territorio o bien en una multa económica.

Así, el **artículo 57.1** de la LOE señala: *“Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los [apartados a\), b\), c\) d\) y f\) del artículo 53](#) de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo”*.

Existe una amplia discusión doctrinal y jurisprudencial sobre cuál de las sanciones debe considerarse proporcionada respecto a la infracción descrita y también sobre si la expulsión tiene o no un carácter subsidiario respecto de la multa.

Por un lado, el TS en **Sentencia de 20 de diciembre de 2007** indica:

“En efecto:

A) Tratándose de supuestos en que la causa de expulsión es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos, es claro que la Administración habrá de motivar de forma expresa por qué acude a la sanción de expulsión, ya que la permanencia ilegal, en principio, como veíamos, se sanciona con multa.

B) Pero en los supuestos en que en el expediente administrativo consten, además de la permanencia ilegal, otros datos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias, y esos datos sean de tal entidad que, unidos a la permanencia ilegal, justifiquen la expulsión, no dejará ésta de estar motivada porque no se haga mención de ellos en la propia resolución sancionadora [...]”.

TERCERO

Pues bien, en el caso de autos no hay en el expediente administrativo ni en las actuaciones procesales ningún otro dato o hecho relevante que no sea la pura y escueta permanencia ilegal de D. Luis Alberto en territorio español. En consecuencia, se trata de un caso en que ni en la resolución ni en el expediente administrativo existen específicamente las razones por las cuales la Administración impuso la sanción de expulsión y no la general de multa que prevé el ordenamiento jurídico. De suerte que no obró conforme a Derecho la Sala de Navarra cuando desestimó el recurso Contencioso-Administrativo y confirmó la sanción impuesta, debiendo casarse dicha sentencia y declarar la no conformidad a Derecho de la resolución administrativa combatida en la instancia”.

Sin embargo, los Tribunales Superiores de Justicia, que son los órganos que en apelación dictan las sentencias firmes en materia de extranjería, no siempre siguen la doctrina del Tribunal Supremo.

Así, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en **Sentencia de 15 de enero de 2007**, manifiesta que *“debe considerarse proporcionada la medida de expulsión habida cuenta que la misma responde a la propia naturaleza de la infracción que se imputa al interesado, consistente en la estancia irregular en España, lo cual requiere el restablecimiento del orden jurídico quebrantado”*.

También la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 12 de marzo de 2008** señala que *“la situación de permanencia ilegal en España, unida al hecho de que no se haya producido ningún intento por parte del extranjero de regularizar su situación administrativa en España, es motivación suficiente para imponer la sanción de expulsión”*.

En principio, la afirmación del TSJ de Cataluña es de una lógica aplastante. Si a un extranjero ilegal, carente de documentación, simplemente se le impone como sanción una multa económica, el problema jurídico de fondo no se resuelve ya que, una vez satisfecha la multa, el extranjero continuará en situación irregular.

La conclusión a la que se puede llegar en este ámbito es que la LOE debería considerar proporcionada la sanción de expulsión del territorio nacional en los supuestos de estancia irregular cuando no exista una prueba sólida de cualquier otra circunstancia que deba ser atendida, como puede ser el arraigo personal, familiar o laboral.

-Denegaciones de entrada-

Otra materia problemática en el campo de la extranjería es el de las denegaciones de entrada. Es bastante frecuente que en los dos grandes aeropuertos internacionales españoles (Barajas y El Prat)¹⁰, como consecuencia de la necesidad de velar por una inmigración responsable, las autoridades competentes denieguen la entrada al territorio español de aquellos extranjeros que no reúnen los requisitos exigidos por la normativa de extranjería para dicha entrada.

Sin embargo, esta actuación es compleja porque a veces la decisión final depende de la intuición y no de datos objetivos.

El problema está en que la Ley de Extranjería sólo establece unos parámetros generales en virtud de los cuales las autoridades deben decidir si permiten o no la entrada en España. Así, el **artículo 25 de la Ley Orgánica de Extranjería** señala:

“1. El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto, hallarse provisto de pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido para tal fin en virtud de

¹⁰ Son los aeropuertos de Madrid y Barcelona.

convenios internacionales suscritos por España y no estar sujeto a prohibiciones expresas. **Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.**

2. Salvo en los casos en que se establezca lo contrario en los convenios internacionales suscritos por España o en la normativa de la Unión Europea, será preciso, además, un visado”.

Por su parte, y en cuanto al desarrollo reglamentario, es ilustrativo citar el **artículo 23 del RD 864/2001, de 20 de julio**¹¹: “1.Los extranjeros deberán, si así se les requiere, especificar el motivo de su solicitud de entrada para estancia en España. Los funcionarios responsables del control de entrada podrán exigirles la presentación de documentos que justifiquen o establezcan la verosimilitud del motivo de entrada invocado.

2.Sin perjuicio de cualquier otro medio de prueba o comprobación que puedan realizar los funcionarios responsables del control para justificar o establecer la verosimilitud de los motivos de entrada invocados, podrá exigirse , en concreto, uno o varios de los documentos siguientes:

c) Para los viajes de carácter turístico o privado:

1º)Documento justificativo del establecimiento de hospedaje.

2º)Confirmación de la reserva de un viaje organizado.

3º)Billete de vuelta o de circuito turístico.

4º)Invitación de un particular.”

Como en la práctica, amparándose en el párrafo 2 del artículo 23, las autoridades competentes utilizan otros criterios, no previstos expresamente en la legislación, para decidir sobre la entrada en territorio español (por ejemplo, se comprueba si una persona que viene a hacer turismo durante un mes lleva metálico suficiente para la manutención y hospedaje o si lleva tarjetas de crédito) sería más conveniente que la normativa estableciese, de forma objetiva, una lista cerrada de documentos y requisitos y que el papel de las autoridades se centrara en la comprobación de su cumplimiento.

-Proceso de Regularización Extraordinaria del año 2005-¹²

El elevado número de extranjeros que en el año 2004 se hallaban en el territorio español de forma irregular motivó que el Gobierno diseñara un procedimiento especial para que aquellos extranjeros que reunieran determinados requisitos pudieran, durante un plazo de tres meses, acceder a una situación de legalidad mediante la obtención de una autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena. Este procedimiento especial de

¹¹ Este Real Decreto desarrolla lo establecido en la Ley Orgánica de Extranjería.

¹² El contenido de este apartado aparece recogido en otro artículo publicado por el mismo autor en la revista Actualidad Jurídica Aranzadi: HERNÁNDEZ-LAHOZ ORTIZ, Pablo: *La situación actual del empadronamiento por omisión en el derecho de extranjería*. Actualidad Jurídica Aranzadi. Nº 744. Marzo de 2008.

normalización, que se conoce con el nombre de “regularización extraordinaria”, se encuentra regulado en la Disposición Transitoria Tercera del RD 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la LO 4/2000, de 11 de enero, y en la Orden de Presidencia 140/2005, de 2 de febrero, que desarrolla la mencionada disposición. Con carácter supletorio se aplican la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Aunque pudiera parecer que un procedimiento pensado para el año 2005 ha dejado de tener interés casi tres años después de su elaboración, desde un punto de vista práctico la realidad es muy distinta: actualmente, los procedimientos abreviados relativos a esta materia colapsan los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

La Disposición Transitoria Tercera del RD 2393/2004 exigía una serie de requisitos para que los extranjeros pudieran acceder a la regularización extraordinaria:

- a) estar empadronados en un municipio español, al menos, con seis meses de anterioridad a la entrada en vigor del RD 2393/2004,
- b) tener formalizado un contrato de trabajo con empresario o empleador que garantice el mantenimiento de una prestación laboral por un plazo de 6 meses, y
- c) que se cumplan los requisitos previstos en el artículo 50 del RD 2393/2004 para el otorgamiento de una autorización para trabajar, con excepción de lo dispuesto en sus párrafos a), b) y g).

De todos estos requisitos, el que ha generado más inadmisiones a trámite y denegaciones en vía administrativa y, por lo tanto, más procedimientos contencioso-administrativos, es el del empadronamiento, de ahí que nos centremos en su estudio.

El empadronamiento se tenía que acreditar no mediante un simple volante, sino a través de un certificado de empadronamiento. Éste se define en la Ley 7/1985 de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, como “un documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos”. Por lo tanto, los extranjeros que querían regularizar su situación debían presentar un certificado que acreditase su empadronamiento en un municipio español con seis meses de anterioridad a la entrada en vigor del RD 2393/2004, es decir antes del 8 de agosto de 2004.

Sin embargo, pronto se advirtió la rigidez de este requisito ya que muchos extranjeros, a pesar de no estar empadronados antes del 8 de agosto de 2004, sí que disponían de una serie de documentos públicos que acreditaban su estancia en territorio español con anterioridad a dicha fecha.

Esta circunstancia motivó la creación del “empadronamiento por omisión”, mediante la Resolución de 14 de abril de 2005 de la Presidenta del Instituto Nacional de Estadística y del Director General de Cooperación Local, por la

que se dictaban instrucciones técnicas a los Ayuntamientos para la expedición de certificaciones padronales acreditativas de la residencia anterior a 8 de agosto de 2004, de los extranjeros afectados por el procedimiento de normalización inscritos con posterioridad.

El empadronamiento por omisión ha sido definido por la doctrina como “*una figura jurídica que permite la inscripción en el padrón, con fecha anterior a la fecha en que se solicita la inscripción en el padrón, aportando como prueba documentos públicos*”¹³, es decir, se trata de dotar al empadronamiento posterior a 8 de agosto de 2004 de una eficacia retroactiva a dicha fecha tomando como referencia una serie de documentos públicos tasados como son:

- 1) *Copia de la solicitud de empadronamiento no resuelta o denegada, debidamente registrada en el municipio.*
- 2) *Tarjeta de asistencia sanitaria de un servicio público de salud en la que conste la fecha del alta o, en su caso, certificación en la que conste la fecha de antigüedad del alta.*
- 3) *Copia de la solicitud de escolarización de menores, debidamente registrada.*
- 4) *Copia de la solicitud debidamente registrada, certificación del informe de los Servicios Sociales o notificación de la resolución de percepción de ayudas sociales.*
- 5) *Documento de alta laboral o certificación de la misma expedida por la Seguridad Social.*
- 6) *Copia de la solicitud de asilo debidamente registrada.*
- 7) *Notificación de Resoluciones derivadas de la normativa de extranjería emitidas por el Ministerio del Interior.*

Una vez aclarado el concepto y fin de la figura del empadronamiento por omisión, hay que destacar que su creación motivó numerosas críticas, en el seno de la doctrina, no tanto en relación con su finalidad como con el mecanismo utilizado para su creación (Resolución de 14 de abril de 2005).

Estas controversias doctrinales han empezado a ser resueltas en fechas recientes por la Jurisprudencia, de ahí que afirmáramos que es una materia que todavía goza de interés, destacando, entre otras, las **Sentencias número 402/2007, de 24 de mayo, y 415/2007, de 28 de mayo, dictadas por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.**

A través de estas Sentencias se ha afirmado que la Disposición Transitoria Tercera del RD 2393/2004, de 30 de diciembre, Reglamento de la LO de Extranjería, desarrollada por la Orden PRE/140/2005, de 2 de febrero, no puede ser modificada por una instrucción, emitida por un órgano de inferior

¹³ GÓMARA HERNÁNDEZ, J.L.: *Prontuario de extranjería 2005*. Editorial DAPP. Junio de 2005.

rango, como es la Resolución de 14 de abril de 2005, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Local.

Las Sentencias antes mencionadas señalan, expresamente, que *“Si la Resolución de 14 de abril de 2005 tenía por objeto, a la vista de su contenido, su aplicación al proceso normalizador, no cabe conferirle tal efecto, por cuanto:*

- a) *No es posible, mediante unas “instrucciones técnicas”, con el alcance limitado que les es propio, ex artículo 21 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, dirigidas a los Ayuntamientos por los órganos autores de dicha Resolución en el ámbito de la gestión de los Padrones municipales, modificar válidamente las determinaciones del Reglamento de ejecución de la LOEX, como es el RD 2393/2004, de 30 de diciembre, por cuanto ello supondría la quiebra del principio de jerarquía normativa (artículo 9.3 de la CE) y la vulneración de las previsiones legales en cuanto a la titularidad y el ejercicio de la potestad reglamentaria estatal.*
- b) *La Resolución de 14 de abril de 2005, que contempla un catálogo de documentos, destinados a acreditar la estancia del ciudadano extranjero en territorio español con anterioridad al 8 de agosto de 2004, no deja de ser en sí misma contradictoria, cuando señala que “al no sufrir modificación el procedimiento de “alta por omisión a solicitud del interesado”, la fecha de inscripción padronal será la correspondiente a la solicitud de alta”, lo que supone, que pretendiendo finalísticamente modificar la Disposición Transitoria Tercera del RD 2393/2004, de 30 de diciembre, en cuanto al requisito sine qua non, a efectos del proceso normalizador, de la fecha del empadronamiento, de hecho no introduce realmente la pretendida e inválida modificación”.*

Hay que destacar que algunos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo (**JCA Nº11 de Barcelona en Sentencia número 196/2007, de 19 de julio, JCA Nº13 de Barcelona en Sentencia número 167/2007, de 13 de junio**, entre otros) han empezado a dictar sentencias desestimatorias apoyándose en esta doctrina sin embargo, por otro lado, todavía son numerosos los Juzgados y Tribunales Superiores de Justicia que dotan de plena eficacia al empadronamiento por omisión y que no están de acuerdo con esta línea jurisprudencial.

Por lo tanto, en esta materia, aunque no se puede llevar a cabo un cambio legislativo pues la normativa ya agotó su aplicabilidad al tener vigencia sólo para el proceso de normalización de 2005, sería deseable que se marcara una clara línea de actuación referida al empadronamiento por omisión pues no resulta lógico que a los extranjeros titulares de este tipo de empadronamientos se les trate de forma diferente en función de que el Tribunal Superior de Justicia que enjuicie su apelación sea el de una comunidad autónoma o el de otra. Además, estas circunstancias deberían ser tenidas en cuenta para futuros procesos de normalización.

3.- CONCLUSIONES

Del estudio realizado para elaborar este trabajo se extraen conclusiones de distinta naturaleza. Los extranjeros que están en España en situación irregular se encuentran, en muchas ocasiones, indefensos a la hora de ejercer sus derechos por el miedo a que, como consecuencia de dicha estancia irregular, se les pueda retornar a sus países de origen. Esto hace necesaria la existencia de ONGs especializadas en el campo de la inmigración y, en concreto, en los problemas jurídicos de los extranjeros, de manera que estas organizaciones puedan asesorar y facilitar numerosos trámites legales a los inmigrantes.

Por otro lado, parece necesario que tanto la Administración General del Estado como el Poder Judicial marquen una línea clara de actuación para sus órganos en ciertas materias del derecho de extranjería pues no es lógico que un mismo supuesto de hecho sea tratado de manera diferente por distintas Subdelegaciones del Gobierno o Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

Por último, podría ser conveniente reformar determinados aspectos de la normativa de extranjería que resultan problemáticos en la práctica judicial y administrativa. A lo largo de este trabajo se han propuesto ciertas modificaciones que contribuirían a aclarar la forma de resolver alguno de estos asuntos como es el caso de la proporcionalidad de la sanción de expulsión o la objetividad de los motivos de denegación de entrada en territorio español.