

## LA ESTANCIA Y RESIDENCIA EN ESPAÑA

### 1. La estancia (art. 30 LODYLE)

La estancia es la permanencia en territorio español por un periodo no superior a 90 días. La ley prevé la posibilidad de prolongar el plazo inicialmente fijado para dicha estancia por tres meses mediante la solicitud en la respectiva subdelegación del gobierno. Se exige la acreditación de las razones que justifican la prórroga, la disposición de medios económicos para permanecer en España, garantías del retorno al país.

#### - Supuestos de estancia especial.

**Investigadores y estudiantes extranjeros.** (art. 33 LODYLE). La estancia no queda sujeta al plazo de los 90 días, cuando se llegue a España con la finalidad de cursar estudios, realizar trabajos de investigación o formación, en este caso, la duración de la estancia será la duración de los estudios y deberá acreditarse el redimiento académico.

La LODYLE prevé la posibilidad de solicitar el cambio de estancia por estudios a residencia y trabajo tras tres años de estancia, la obtención de la respectiva titulación y una oferta de trabajo. En cambio de residencia no se tiene en cuenta

## 2 La residencia en España. Clases de permisos

### La residencia temporal (art. 31 LODYLE)

La ley define la residencia temporal como aquella que *"situación que autoriza a permanecer en España por un periodo superior a 90 días e inferior a cinco años"*; y prevé diferentes tipos de permiso de residencia temporal, estos son:

2.1 residencia temporal no lucrativa: (31.2 LODYLE) Aquella cuya vigencia autoriza a residir pero no a realizar una actividad laboral o profesional. La ley señala que precisa que *"acredite disponer de medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso, los de su familia durante el periodo de tiempo por el que la solicite sin necesidad de realizar actividad lucrativa"*

2.2 Residencia temporal lucrativa (art. 36-38 LODYLE) (arts. 48-70 y 77-84 ROLDYLE). Las modalidades de autorización de trabajo son: por cuenta ajena y por cuenta propia. La autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena se concede en la mayoría de ocasiones para una concreta zona geográfica, para un determinado sector de actividad, por un tiempo concreto. La autorización por cuenta ajena inicial deberá solicitarse por el empleador y posteriormente será el propio extranjero el que lo renueve. En el supuesto de autorización por cuenta propia la ley establece que debe cumplir con todos los requisitos que la legislación exige para el desarrollo de la actividad, la solvencia económica.

2.3 Residencia temporal en virtud de la reagrupación familiar ( art. 16-19 LODYLE). Según la Ley la residencia en virtud de la reagrupación familiar da derecho a residir en España y, en caso de ser mayor de 16 años, también da derecho a trabajar.

### 2.4 Otros supuestos de residencia

#### 2.4.1 Por arraigo

Las bolsas de inmigración irregular son frecuentes en España con las graves consecuencia que ello genera: marginalidad, explotación y dejastes. Las causas de la irregularidad se pueden situar por una parte, en la fuerte presión migratoria y por otra, en un modelo de gestión de la inmigración ciertamente ineficaz. El legislador es consciente de este hecho y estableció una vía

individual de regularización llamada el arraigo y previsto para tres supuestos:

Supuesto de arraigo laboral (art. 45 2 a) del reglamento:

1. Pasaporte completo o título de viaje o, en su caso, cédula de inscripción en vigor.
2. Certificado de antecedentes penales, expedido por las autoridades del país de origen o de procedencia.
3. Documentos que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años.
4. Resolución judicial o resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que reconozca existencia de relación laboral no inferior a 1 año.

Éste último requisito hace que a la práctica el arraigo por vía laboral resulte ineficaz, porque implica que el trabajador deba demandar a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social por emplearlo de forma irregular.

Supuesto de arraigo social (art. 45 2 b):

1. Pasaporte completo o título de viaje o, en su caso, cédula de inscripción en vigor.
2. Certificado de antecedentes penales, expedido por las autoridades del país de origen o de procedencia.
3. Documentos que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años.
4. Contrato de trabajo firmado, en el momento de la solicitud, por el trabajador y empresario con duración no inferior a un año o acreditación de medios de vida.
5. Documentos que acrediten vínculos familiares con otros extranjeros residentes (cónyuge, ascendientes o descendientes en línea directa) o informe de inserción social emitido por el Ayuntamiento en el que tenga su domicilio habitual.

Supuesto de arraigo familiar (art. 45 2 c):

1. Pasaporte completo o título de viaje o, en su caso, cédula de inscripción en vigor.
2. Certificado de antecedentes penales, expedido por las autoridades del país de origen o de procedencia.
3. Documentos que acrediten el vínculo familiar.
4. Documentos que acrediten que el padre o la madre han sido originariamente españoles

**2.4.2 Por circunstancias excepcionales. víctimas de violencia de género (art. 33 bis)**

La introducción del artículo 31 bis, puede considerarse la principal novedad aportada por la Ley Orgánica 2/2009, en referencia a las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género. Este precepto introduce en el texto legal una regulación que, a grandes rasgos, ya se encontraba presente en nuestro ordenamiento. El precepto introduce, de forma expresa y con cierta concreción en su regulación, en el propio articulado de la Ley, uno de los supuestos por los cuales la Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

A la espera de la aprobación del Reglamento, que fijará el procedimiento de concesión y renovación de la autorización de residencia y trabajo, así como los criterios y requisitos que deben acreditarse para su concesión provisional y definitiva, es la Instrucción, de 18 de diciembre, en materia de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales a favor de la mujer extranjera víctima de violencia de género, la que detalla el procedimiento y requisitos que deben cumplirse, clarificando el contenido del artículo 31 bis.

El primer apartado del nuevo artículo, se limita a recordar que todas las mujeres víctimas de violencia de género, de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 de la LO 1/2004, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen garantizados los derechos derivados de la LO 1/2004, así como las medidas de protección y seguridad establecidas en la legislación vigente.

El segundo apartado del precepto obliga al instructor a la suspensión del expediente administrativo sancionador, que se incoe como consecuencia de la situación de irregularidad en la que se encuentre la mujer denunciante de la situación de violencia de género. El destino último de este expediente sancionador dependerá del resultado del procedimiento penal. Si el proceso penal iniciado por la denuncia finaliza con la imposibilidad de acreditar la situación de violencia denunciada, el expediente administrativo sancionador continuará, imponiéndose en él la sanción que corresponda por la permanencia irregular en España. Diferente destino tendrá el expediente sancionador cuando se adopte una sentencia condenatoria, pues la Instrucción, anteriormente mencionada, establece en estos casos la finalización del procedimiento sancionador así como el archivo definitivo del mismo.

De acuerdo con el artículo 31 bis de la LODYLE la mujer extranjera en situación irregular que denuncie la situación de violencia género podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales cuando se hubiese dictado a su favor una orden de protección o exista un Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género. No obstante, la autorización de residencia y trabajo no se resolverá hasta que finalice el procedimiento penal, pues la concesión o denegación de esta autorización de residencia temporal y trabajo dependerá de la naturaleza de la sentencia que ponga fin al proceso penal.

La importancia del precepto analizado radica en la posibilidad que la Ley otorga a la mujer víctima de violencia de género de obtener una autorización provisional de residencia y trabajo durante la sustanciación del procedimiento penal. La vigencia de ésta dependerá, por tanto, de la duración del proceso penal. La ley no fija los criterios que tendrá en cuenta la Administración para conceder esta autorización provisional, la Instrucción establece que para que le sea concedida a la mujer dicha autorización, es necesario que haya presentado la solicitud de autorización por circunstancias excepcionales y que la mujer carezca de antecedentes penales, no figurando como rechazable en el territorio de algún Estado del territorio Schengen.

Si el proceso penal finaliza con una sentencia condenatoria se notificará a la víctima la concesión de la residencia temporal y trabajo solicitada. Si la víctima no hubiese solicitado la autorización previamente se le informará de la posibilidad de obtener esta autorización y se le otorgará un plazo para que la solicite. De acuerdo con lo establecido en el artículo 31.5 LODYLE es necesario, para la concesión de la autorización de residencia temporal, que la mujer carezca de antecedentes penales en España, o en los países de residencia anteriores, por delitos tipificados en el ordenamiento español, así como que no figure como rechazable.

Por el contrario, si el proceso penal finaliza sin una sentencia condenatoria, la autorización será denegada, perdiendo eficacia, además, la autorización provisional de residencia y trabajo que se hubiese concedido. Continuándose con la tramitación y resolución de procedimiento sancionador.

La principal novedad de la actual regulación es la concesión, junto con la autorización de residencia temporal de una autorización de trabajo. Anteriormente, únicamente estaba prevista la concesión de un permiso de residencia, debiéndose seguir el procedimiento general establecido en la LODYLE para la obtención del permiso de trabajo. Esta autorización de

trabajo facilita a la mujer víctima de violencia de género la obtención de la autonomía económica necesaria para salir de la influencia de su maltratador. Además, la autorización de trabajo prevista en el artículo 31 bis no está supeditada al contenido de los artículos 36 a 38 de la LODYLE, referentes a las autorizaciones para la realización de actividades lucrativas. Por ese motivo, la autorización habilita para trabajar, por cuenta ajena o cuenta propia, en cualquier ocupación, sector de actividad y ámbito territorial. Así como, no se supedita su eficacia al alta de la trabajadora en el Seguridad social, sino que ésta tendrá eficacia desde el día de resolución de su concesión.

#### **2.4.2 Víctimas de trata y colaboración con la justicia (art. 59 bis)**

Por **colaboración contra las redes organizadas**. El artículo 59 de la LODYLE bajo la rúbrica "*Colaboración contra redes organizadas*" prevé un incentivo legal en el ámbito de extranjería para las víctimas de determinadas actividades de tráfico y explotación que colaboren con las autoridades en la persecución de los autores del delito. La Ley Orgánica 2/2009 ha introducido ciertas modificaciones en este precepto que han supuesto una mejora en su regulación.

De acuerdo con este artículo el extranjero que se encuentre irregularmente en España y sea víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, explotación laboral o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado si denuncia a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o coopera y colabora con las autoridades competentes, proporcionando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente contra aquellos autores.

Para obtener los beneficios previstos en el precepto es necesario que se cumplan de forma acumulativa una serie de requisitos. Debe tratarse de un extranjero, con la condición de víctima, perjudicado o testigo, que se encuentre irregularmente en España (no se tendrá en cuenta si la entrada ha producido de forma irregular o con apariencia de legalidad, por lo que la irregularidad puede ser originaria o sobrevenida).

El extranjero que cumpliendo los requisitos anteriores decida colaborar con las autoridades podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no ser expulsado. La colaboración a la que se refiere el precepto se articula a través de la denuncia de los autores o bien de la cooperación o colaboración con la autoridad competente proporcionando datos esenciales o, en su caso, testificando en el proceso correspondiente.

El cumplimiento de todas las condiciones exigidas en el artículo 59.1 LODYLE puede dar lugar a la exención de la responsabilidad administrativa y, por tanto, a que el extranjero no sea expulsado. Si se acuerda la ausencia de responsabilidad administrativa del extranjero por las posibles sanciones realizadas, éste podrá elegir entre el retorno asistido a su país de procedencia o bien por la obtención de una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales. Además, deben facilitarse los medios necesarios para su integración social y garantizar su seguridad y protección.

En cualquier caso será necesario informar a la persona interesada, sobre las posibilidades que otorga el artículo 59, para que pueda decidir sobre su colaboración, y a la autoridad judicial que instruya el procedimiento penal. El instructor del expediente sancionador hará propuesta a la autoridad que debe resolver sobre la autorización provisional de residencia y trabajo.

Lo dispuesto en el artículo 59 de la LODYLE se aplicará también a los menores de edad.

Las disposiciones del artículo 59 de la Ley se complementan con lo dispuesto en el nuevo artículo 59 bis, introducido en la LODYLE mediante la Ley Orgánica 2/2009. A la espera del necesario desarrollo reglamentario de este artículo debe tenerse en cuenta *la Instrucción 1/2010 de la Secretaría de Estado de Seguridad, para la aplicación transitoria a las víctimas de trata de seres humanos del artículo 59 bis de la LO 4/2000*.

La principal novedad que introduce este precepto es la previsión del denominado período de restablecimiento y reflexión, que tendrá una duración de al menos 30 días, que será concedido a aquellos extranjeros en situación irregular que sean identificados como víctimas de trata de personas. Cuando en el seno de un expediente sancionador se ponga de manifiesto la existencia de indicios para creer que una persona extranjera que se encuentre en situación irregular ha sido víctima de trata de seres humanos se hará propuesta sobre la concesión de dicho período de reflexión. Este período tiene como finalidad que la víctima decida libremente si desea cooperar con las autoridades en la investigación del delito y en el procedimiento penal. Durante la duración de este período se autorizará la estancia temporal y se suspenderá el expediente administrativo sancionador, o bien la expulsión o devolución que se hubiese podido acordar, debiendo velar la Administración por la seguridad y protección de la víctima, así como por su subsistencia.

Una vez concedido el período de reflexión podrá ser revocado por motivos de orden público o cuando la condición de víctima se haya invocado de forma indebida.

Al igual que ocurre en el artículo 59 la autoridad podrá declarar, en estos supuestos, a la víctima exenta de responsabilidad administrativa y permitir que ésta elija entre el retorno asistido a su país de procedencia o el otorgamiento de una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales. Esta autorización podrá otorgarse cuando sea necesario, a causa de su cooperación con las autoridades o por la situación personal en la que se encuentre, mientras se resuelve la concesión de esta autorización, se le otorgará una autorización provisional de residencia y trabajo. Es de especial importancia tener en cuenta que durante la tramitación de las autorizaciones cabe la posibilidad de eximir a la víctima de la aportación de aquellos documentos cuya obtención suponga un riesgo para la víctima. Durante todo este procedimiento existe una obligación de facilitar a las víctimas los medios necesarios para su integración social para lo cual la colaboración con ONG'S sin ánimo de lucro que tengan por objeto la acogida y protección de las víctimas de trata de seres humanos será de gran relevancia.

Todo lo dispuesto en el artículo 59 bis de la Ley será de aplicación también a los menores de edad.

#### La residencia permanente.

Residencia solicitada después de residir 5 años y tendrá una vigencia de 5 años.

### **2.3 Las renovaciones (art. 31.7 y 38.6 LODYLE)**

La ley establece las renovaciones de los permisos de residencia temporal y residencia y trabajo debe valorarse, además del mantenimiento de las circunstancias que dieron origen a la concesión del permiso:

- Los antecedentes penales, considerando la existencia de indultos o las situaciones de remisión condicional de la pena o la suspensión de la pena privativa de libertad.
- El cumplimiento de las obligaciones del extranjero en materia tributaria y de seguridad social.
- A los efectos de dicha renovación, se valorará especialmente el esfuerzo de integración del extranjero que aconseje su renovación, acreditado mediante un informe positivo de la Comunidad Autónoma que certifique la asistencia a las acciones formativas contempladas en el artículo 2 ter de la Ley.

### **3. LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR**

La ley reconoce en su artículo 16 del derecho a los extranjeros residentes a reagrupar con ellos a los familiares

#### **3.1 Familiares reagrupables (art. 17 LODYLE)**

- El cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de Ley. En ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge aunque la Ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. El extranjero residente que se encuentre casado en segundas o posteriores nupcias por la disolución de cada uno de sus anteriores matrimonios sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge si acredita que la disolución ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y de sus hijos comunes en cuanto al uso de la vivienda común, a la pensión compensatoria a dicho cónyuge y a los alimentos que correspondan a los hijos menores, o mayores en situación de dependencia.

- Los hijos del residente y del cónyuge

- Los ascendientes en primer grado del reagrupante y de su cónyuge cuando estén a su cargo, sean mayores de sesenta y cinco años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.

#### **3.2 Requisitos (art. 18 LODYLE)**

- El cónyuge del residente.

- Los hijos del residente y del cónyuge

- Los ascendientes en primer grado del reagrupante y de su cónyuge cuando estén a su cargo, sean mayores de sesenta y cinco años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.

#### **3.3 Particularidades**

Se establece el principio de mantenimiento de la residencia pese a al rompimiento del vínculo matrimonial

La norma habilita a trabajar tanto a conyuge reagrupado como a los hijos, cuando éstos alcance la edad laboral.

El reagrupado puede ejercer su derecho a la reagrupación siempre que cuente con una autorización de residencia y trabajo, obtenida independientemente de la autorización del reagrupante. Cuando se trate de ascendientes reagrupados tras haber obtenido la condición de residentes de larga duración y acreditado solvencia económica.

La norma equipara las relaciones afectivas análogas a la conyugal