

LA FRONTERA
MITO Y REALIDAD DEL NUEVO MUNDO

**Actas del Congreso celebrado en la Universidad de León
los días 13 a 17 de septiembre de 1993**

Coordinan esta edición:

**María José Álvarez
Manuel Broncano
José Luis Chamosa**

UNIVERSIDAD DE LEÓN

La FRONTERA: mito y realidad del nuevo mundo: actas del Congreso celebrado en la Universidad de León los días 13 a 17 de septiembre de 1993 / coordinan esta edición, María José Álvarez, Manuel Broncano, José Luis Chamosa; (con la colaboración de Embajada de los Estados Unidos de América, Asociación Española de Estudios Canadienses).—León: Universidad, D.L. 1994

389 p.; 24 cm.

Texto en español e inglés

ISBN 84-7719-442-4

1. América—Civilización—Congresos y asambleas. I. Álvarez, María José. II. Broncano, Manuel. III. Chamosa, José Luis. IV. Estados Unidos. Embassy (España). V. Asociación Española de Estudios Canadienses.

008(7/8) (063)

Cubierta: E. Casas.

© by UNIVERSIDAD DE LEON

Secretariado de Publicaciones

I.S.B.N.: 84-7719-442-4

Depósito Legal: M-34943-1994

Realización editorial: Ediciones Lancia, S.A.

LOS NACIONALES DE LOS PAISES IBEROAMERICANOS ANTE EL ORDANAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL: EVENTUAL ACCESO Y PERMANENCIA EN LA UNION EUROPEA

Aurelia Alvarez Rodríguez
Universidad de León

I. LOS IBEROAMERICANOS ANTE EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL

El tratamiento legal otorgado por nuestro Ordenamiento a los nacionales de los países iberoamericanos ha sido desde antiguo ampliamente favorecido. España al reconocer la independencia de sus antiguas colonias en América pactó un régimen de extranjería bastante generoso¹. La Ley 118/1969, de 30 de diciembre, desarrollada por la Orden de 15 de enero de 1970, al regular las relaciones laborales de los súbditos hispanoamericanos, andorranos, brasileños y portugueses proclamaba la igualdad de derechos sociales de los nacionales de la comunidad iberoamericana con los trabajadores españoles². La interpretación de estas disposiciones sobre el establecimiento de un régimen especial, que implicaba tanto la exención de la obligación de obtener el permiso de trabajo como la del pago de los derechos derivados de su expedición, no fue unánime. Antes al contrario, fue objeto de numerosas discrepancias tanto doctrinales como jurisprudenciales en las que se debatía el verdadero alcance del trato de equiparación de esos trabajadores extranjeros con los nacionales³.

La existencia de un régimen privilegiado o especial para estas personas no es fácil mantener, al menos desde el punto de vista de las fuentes internas, una vez derogada la Ley mencionada y las disposiciones que la desarrollaron. La derogación del régimen especial se produjo en virtud de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (en adelante LOE) y del R. Decreto 1119/86, de 26 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la LOE (en adelante RELOE)⁴.

¹ Cf. L. Iriarte Angel, *Los derechos civiles de los extranjeros en España*, Madrid, La Ley, 1988, p. 149.

² Cf. J.C. Fernández Rozas, "Derecho de extranjería", en J.D. González Campos, *Curso de Derecho internacional privado*, vol. II, Oviedo, 1983, p. 233.

³ Cf. M. Fernández, *R.E.D.I.*, vol. XXXVI, 1984, pp. 616-617; Vid. M. Ramos Quintana, *El Trabajo de los extranjeros en España*, Madrid, Tecnos, 1989, pp. 101-104.

⁴ Vid. J.C. Fernández Rozas y A. Alvarez Rodríguez, *Legislación básica sobre extranjeros*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1992.

De todas formas, el Preámbulo de la LOE es sumamente revelador de la intención del legislador de seguir otorgando un régimen favorecido a los nacionales de los países iberoamericanos. En tal sentido, es harto expresivo que se apunte que:

“Si una Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros no es lugar adecuado para plantear el tema de la adquisición de la nacionalidad, si lo es, en cambio, para favorecer aquellos supuestos en que sea presumible un mayor grado de adaptación a la vida española. Circunstancias como el nacimiento en España, el parentesco o el tiempo de permanencia merecen una consideración preferente para la obtención de los permisos respecto de otras situaciones de extranjería más ocasionales. Dentro de esta línea merece destacarse la preocupación de la Ley por un tratamiento preferencial en favor de los iberoamericanos, portugueses, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos, sefarditas y de los originarios de la ciudad de Gibraltar, por darse en ellos los supuestos de identidad o afinidad cultural, que les hacen acreedores a esta consideración”.

Esta misma intención se reitera en el art. 3. i) del R. Decreto 511/1992, de 14 de mayo, por el que se crea la Comisión Interministerial de Extranjería, al establecer que se intentará: “Fomentar una consideración especial respecto a las peculiaridades de la población inmigrante iberoamericana”⁵. Sin embargo, para precisar el verdadero alcance de este objetivo debemos examinar los beneficios y ventajas que puedan tener los iberoamericanos por ser nacionales de esos países, respecto al resto de los extranjeros sometidos al régimen general, tanto en el Derecho de extranjería como en el ámbito del Derecho de la nacionalidad⁶.

Por ello, a continuación vamos a abordar el régimen jurídico de los iberoamericanos en el Derecho español de extranjería analizando dos perspectivas: de un lado, desde la perspectiva de las fuentes internas; y por otro lado, desde la perspectiva de las fuentes internacionales. Posteriormente, examinaremos el tratamiento de estas personas en el ámbito del Derecho de la nacionalidad. Finalmente, haremos una síntesis sobre el *status* de los iberoamericanos en relación a su eventual entrada y permanencia en la Unión Europea así como el papel que puede desempeñar nuestro país en las instituciones comunitarias para primar la permanencia de esas personas.

⁵ *Ibid*, 4-VI-92.

⁶ En el ámbito del Derecho de la nacionalidad los iberoamericanos se encuentran, en cierta medida, privilegiados (*Vid.* J.C. Fernández Rozas. *Derecho español de la nacionalidad*. Madrid, Tecnos, 1987, pp. 194, 261-263). Esta misma postura se refleja en los arts. 22 Cc, 23, 24.2 y 26 redacción dada por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, de reforma de la nacionalidad (*BOE*, 18-XII-90).

II. VENTAJAS DE LOS IBEROAMERICANOS EN EL DERECHO ESPAÑOL DE EXTRANJERÍA

1. En el ámbito de las fuentes internas

La entrada en vigor de la LOE dejó sin efecto el principio de equiparación de los iberoamericanos a los españoles instaurado con anterioridad en nuestro Ordenamiento. Por ello, inicialmente, se puede afirmar que el principio de igualdad de trato con respecto a los nacionales, desde la perspectiva de las fuentes internas, ha desaparecido. Los iberoamericanos, a pesar del Preámbulo de la LOE, están sometidos al régimen general. La entrada de éstos debe ser realizada por el puesto fronterizo habilitado al efecto provisto de pasaporte y del correspondiente visado salvo que se beneficien de un Canje de Notas de supresión del mismo (arts. 11, 12 LOE y 11 a 13 RELOE). Además, para su sostenimiento durante la estancia en España el iberoamericano, al igual que todos los extranjeros, deben disponer por día de cinco mil pesetas -o su equivalente en moneda extranjera- multiplicada por el número de personas de la familia o allegados que viajen juntos; la cantidad a acreditar deberá alcanzar, en todo caso, un mínimo de 50.000 pesetas por persona, con independencia del tiempo de estancia prevista ⁷. Por otra parte, si el iberoamericano pretende fijar definitivamente su domicilio en España se le va a exigir un permiso de residencia y, en su caso, un permiso de trabajo. La obtención de estos permisos está supeditada a la tenencia de un visado de residencia o a la concesión de la exención de visado. La expedición del visado de residencia se subordina a la acreditación de los extremos siguientes: pasaporte válido; certificado negativo de antecedentes penales; y alguna de las siguientes circunstancias: tener a su disposición en un banco con domicilio en España una cantidad igual o equivalente a 100.000 dólares; o haber realizado inversiones en España por igual suma; o tener una oferta de trabajo en España; o una vinculación con españoles o con extranjeros legalmente establecidos en territorio español que tengan recursos económicos suficientes, etc. ⁸. En cambio, la concesión de la exención de visado está subordinada a que en el interesado concurren, según el art. 5.4 RELOE, circunstancias excepcionales ⁹.

Ciertamente, existen una serie de preceptos en los cuales se mencionan a los nacionales de los países iberoamericanos como extranjeros favorecidos (arts. 18.3.f, 23 LOE, 21, 39.3.a y 64 RELOE). Dichos preceptos, en realidad, no incorporan un régimen específico y especial para los nacionales de los países mencionados. En

⁷ Orden de 22 febrero de 1989 (BOE, 6-III-89). Además, si se logra entrar en España, el carecer de medios lícitos de vida o recursos suficientes es causa suficiente de expulsión (art. 21.1.f) LOE: *Sent. T.S. (Sala 3ª. Sección 7ª) de 23 noviembre 1993 (RAJ, 1993, núm. 8625)*.

⁸ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. *Normativa migratoria*, Madrid, 1988, Parte 1ª, Capítulo 2º, núm 4, pp. 28-35.

⁹ *Vid. Sent. T.S. (Sala 3ª. Sección 6ª) de 8 noviembre 1993 (RAJ, 1993, núm. 8246)*. No obstante, en *Sent. T.S. (Sala 3ª. Sección 6ª) de 23 de noviembre 1993* al interpretar el término "circunstancias excepcionales" se apunta que: "tales circunstancias o razones no pueden tener carácter de simple conveniencia, utilidad o importancia, sino que en todo caso ha de valorarse la real excepcionalidad de los motivos que pueden dar lugar a la dispensa de tal obligación" (*RAJ, 1993, núm. 8252*). Esta postura se reafirma, en otras dos decisiones de la misma fecha, al señalar que en todo caso, la eventual exención se justifica en aras del interés público nacional (*ibid., 8255, 8609*).

concreto, para la obtención del permiso de residencia, el art. 21.1 del RELOE establece que: "para los extranjeros que no pretendan trabajar en España" se podrán expedir "permisos de residencia especiales, cuya duración máxima será de diez años". Dichos permisos se "podrán conceder a los extranjeros que se encuentren legalmente y tengan arraigo en España, acrediten su permanencia, legal y de forma continuada, durante más de dos años y reúnan alguna de la siguientes condiciones: - Que se trate de iberoamericanos, portugueses, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos o sefardíes". Literalmente se alude a un trato preferencial, sin embargo, este privilegio sólo se puede ejercitar acreditando previamente una residencia legal durante dos años. Así pues, la preferencia no se puede hacer efectiva hasta que se justifique la legalidad de la residencia durante ese plazo en territorio español; por ello, se puede afirmar que a los iberoamericanos se les considera como al resto de los extranjeros, es decir, sin ningún tipo ventaja por razón de su nacionalidad, tanto en la entrada inicial como en la obtención de los oportunos permisos de residencia hasta cumplir con ese plazo de dos años ¹⁰.

Por su parte, los arts. 23 LOE y 64 RELOE vienen a establecer que: "Los nacionales iberoamericanos, portugueses, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos, sefardíes y las personas originarias de la ciudad de Gibraltar, cuando pretendan realizar una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena, tendrán preferencia para trabajar en España, sobre otros extranjeros conforme se establece en el artículo 18.3 y no vendrán obligados al pago de las tasas correspondientes por la expedición de permisos de trabajo". De la lectura del precepto se colige claramente un trato de favor para los iberoamericanos en cuanto a la exención del pago de las tasas correspondientes por la expedición de permisos de trabajo. No obstante, la preferencia otorgada a estas personas para trabajar en España no es nítida aunque el art. 18.3.f) dispone que:

"Tendrán preferencia para la obtención, y en su caso, renovación del permiso de trabajo, los extranjeros que acrediten hallarse en cualquiera de los siguientes supuestos: f) *que se trate de iberoamericanos, portugueses, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos o sefardíes*" ¹¹.

¹⁰ En este aspecto es importante subrayar que la *Sent. T.S. (Sala 3ª. Sección 6ª) de 23 de noviembre 1993* pone de relieve que: "el art. 18.3.f)...sólo se refiere a la concesión del permiso de trabajo y únicamente reconoce a aquéllos (filipinos, iberoamericanos, etc) un mera preferencia, sin tan siquiera imponer la concesión del aludido permiso" (*RAJ*, 1993, núm. 8255).

¹¹ Junto a este grupo el art. 18 incorpora al mismo régimen a otros trece supuestos más entre los que se recogen los siguientes: *a)* Que hayan nacido y se encuentren legalmente en España; *b)* Que se hallen casados con español o española y no estén separados de hecho o de derecho; *c)* Que tengan a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española; *d)* Que hubieran tenido la nacionalidad española de origen y deseen residir en España; *e)* Que sean descendientes de extranjeros que, habiendo tenido de origen la nacionalidad española, residan en España; *f)* Que se trate de iberoamericanos, portugueses, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos o sefardíes; *g)* Las personas originarias de la ciudad de Gibraltar, respecto de las actividades lucrativas, laborales o profesionales por cuenta ajena; *h)* Que se encuentren ligados por parentesco de primer grado con el empresario que los contrate; *i)* Que se trate de puestos de trabajo de confianza, entendiéndose por tales: -Los de aquellos que legalmente ejercen la representación de la empresa; - Los de aquellas personas a cuyo favor se hubiera extendido un poder general; *j)* Que sean residentes en España durante los últimos cinco años; *k)* Que se trate de cónyuge o hijo de un

Ahora bien, el tenor literal de esta disposición debía ser completado y la interpretación de los privilegios, que se iban a conceder a los extranjeros mencionados, debía ser concretada reglamentariamente (art. 19.3 LOE). Sin embargo, el art. 39 RELOE limitó las ventajas de los nacionales de esos países a una mera prioridad a la hora de obtener el permiso C, al establecer que:

“Se podrá conceder un permiso de trabajo C al trabajador extranjero que haya sido titular de uno o varios permisos de trabajo cuya duración acumulada sea de, al menos, cinco años en el curso de un período de residencia ininterrumpida. El período de trabajo exigido en el apartado a) de este artículo se reducirá a dos años en los casos siguientes: a) *Nacionales de países iberoamericanos...*”.

El precepto transcrito permite afirmar que los iberoamericanos pueden conseguir un permiso de trabajo tipo C mucho más rápidamente que otros extranjeros. Sin embargo, debemos examinar si esta ventaja atribuida a todos los extranjeros incluidos en el art. 18.3.f) tiene un contenido real y una utilidad normativa. La ausencia de utilidad se puede observar en el análisis conjunto de los distintos tipos de permisos de trabajo. El permiso C, como se desprende de la simple lectura del art. 39, constituye un estadio final ¹². A éste solo se accede previo paso por el que representa el permiso B. En tal sentido, si no se puede llegar al último estadio, porque no se pueden superar los obstáculos que impiden el logro del anterior, es difícil sostener que se esté dando un contenido efectivo a la preferencia del apartado f) del art. 18.3 de la LOE.

Para que los iberoamericanos se vean favorecidos por la preferencia en la concesión del permiso C deben previamente conseguir el permiso B y haber trabajado durante el período preciso (2 años); sin embargo, esto es posible únicamente sobre la base de inexistencia de mano de obra española ¹³. Si la situación nacional de empleo impide a

extranjero que tenga permiso de trabajo; l) Que se trate del titular de un permiso de trabajo que pretenda su renovación, excepto en los trabajos de temporada o corta duración; ll) Los que realice labores de montaje o reparación de maquinaria o equipo importados; m) Los trabajadores necesarios para el montaje y puesta en marcha de una empresa extranjera que se traslade total o parcialmente a España”.

¹² Literalmente el artículo 39.2 dispone que: «El permiso de trabajo C podrá concederse en atención a la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias: a) Se podrá conceder un permiso de trabajo C al trabajador extranjero que haya sido titular de uno o varios permisos de trabajo cuya duración acumulada sea de, al menos, cinco años en el curso de un período de residencia ininterrumpida. b) se podrá conceder un permiso de trabajo C, igualmente, a quien justifique ocho años de residencia legal en España y haya sido titular de un permiso de trabajo durante los doce meses anteriores a la solicitud. c) Este mismo permiso será otorgado, a la expiración del permiso de trabajo B, al cónyuge e hijos a cargo del trabajador que ya posee el permiso C. d) Otras circunstancias, determinadas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. *El período de trabajo exigido en el apartado a) de este artículo se reducirá a dos años en los casos siguientes: a) Nacionales de países iberoamericanos, portugueses, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos o personas de origen sefardí debidamente acreditado*».

¹³ El art. 37.4 RELOE establece que: “La autoridad laboral denegará el permiso de trabajo: a) Cuando lo aconseje la situación nacional de empleo a salvo de lo previsto en el art. 38”. Por este motivo se han denegado la mayoría de los permisos de trabajo solicitados como se puede comprobar en las *Sent. T.S. (Sala 3ª. Sección 7ª) de 30 de septiembre, de 13 de noviembre de 1992 y de 9 de julio de 1993 (Actualidad Laboral, 1993, núm. 84, 338, 1537)*.

los iberoamericanos obtener un permiso de trabajo B, mal pueden cumplir el tiempo de trabajo exigido para que pueda tener virtualidad real la ventaja que se les reconoce en la obtención del permiso C. Por lo que acabamos de exponer, la utilidad normativa de la preferencia para la obtención del permiso C se desdibuja o desvirtúa. Además, tampoco le es de gran utilidad la ventaja que comentamos, máxime si tenemos cuenta que el período de residencia de dos años coincide con el plazo que se exige a los iberoamericanos para solicitar la nacionalidad española por residencia, y ello sin pérdida de la suya de origen (arts. 22 y 23 Cc).

Por tanto, parece que sólo podemos hablar de verdadera ventaja si los nacionales de esos países pudiesen conseguir el permiso B sin consideración a la disponibilidad de mano de obra española. Ahora bien, esta circunstancia no ha sido prevista para los iberoamericanos pero sí para el grupo de extranjeros mencionados en el art. 38 del RELOE al disponer que:

“Tendrán preferencia para la concesión de un permiso de trabajo B, sin considerar la situación nacional de empleo, los extranjeros que acrediten hallarse en cualquiera de los siguientes supuestos..”.

Entre los supuestos que incluye este precepto, en el que existe una continuidad con respecto al pasado, se encuentran prácticamente la totalidad de los que preve el art. 18.3 de LOE ¹⁴; sin embargo, ni se mencionan a los iberoamericanos ni al resto de los extranjeros recogidos en la letra f. La ausencia de mención de este grupo de personas en el art. 38 permite que reflexionemos acerca de si ha sido y si es correcto el desarrollo reglamentario. Esta pregunta ya ha sido contestada en sentido afirmativo en algunas decisiones jurisprudenciales, como en la *Sent. T.S. (Sala 3ª sección 7ª) de 25 febrero 1991*, al afirmar que:

“...en este punto en el desarrollo reglamentario de la Ley, que impone su art. 19.3, el art. 38 RELOE no haya recogido entre los supuestos, excluidos de la consideración de la situación nacional de empleo, el de la condición de iberoamericano, aceptando la perfecta legalidad del

¹⁴ Cf. Nota 13. Por su parte el art. 38 RELOE establece que: “1. *Tendrán preferencia para la concesión de un permiso de trabajo B, sin considerar la situación nacional de empleo, los extranjeros que acrediten hallarse en cualquiera de los siguientes supuestos: a) Haber nacido y hallarse residiendo legalmente en España, si se cumplen los plazos y concurren las circunstancias determinadas, con carácter general, por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; b) Ser originario de las ciudades de Ceuta y Melilla y tener arraigo en las mismas; c) Hallarse casado con español o española y no estar separado de hecho o de derecho; d) Tener a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española; e) Haber tenido la nacionalidad española de origen y desear residir en España. Las condiciones para disfrutar de preferencia en este supuesto serán fijadas, con carácter general, por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; f) Hallarse ligado por parentesco de primer grado con el empresario que los contrata; g) Haber tenido la condición de asilado o refugiado, conforme a la Ley 5/1984, de 26 de marzo. En este supuesto, la preferencia se podrá disfrutar solamente durante el año siguiente a la pérdida de la mencionada condición; h) Ser cónyuge o hijo de un extranjero que posea el permiso de trabajo tipo C”.*

Reglamento, al tratar de modo diferenciado, y menos ventajoso que los demás supuestos de preferencia, el de los iberoamericanos, para el que acepta que la simple ventaja establecida en su art. 39 en relación con el permiso C es bastante para dar contenido al art. 18.3.f de la Ley”¹⁵.

Estos fallos mencionan que el desarrollo previsto en el art. 18.3.f) LOE es totalmente correcto al prever un beneficio en el art. 39.3.a) RELOE. No obstante, esta postura ha sido puesta en tela de juicio en los votos particulares incluidos en esas mismas decisiones del T.S. En este sentido, tomando como referencia el Voto Particular que se incluye en la decisión mencionada se ha llegado a apuntar que:

“El desarrollo reglamentario de la Ley, al referirse a la situación de los iberoamericanos y omitirlos en el art. 38, es contrario a la ley, y lesivo de la situación de aquéllos a los que se discrimina indebidamente de los titulares de las demás preferencias establecidas en el art. 18.3 de la Ley, si no se supera la omisión en una superación integradora”¹⁶.

El magistrado disidente parte del hecho de que en la regulación legal se contiene una total equiparación entre los distintos supuestos acreedores de preferencia del art. 18.3, lo que supone una restricción de partida para el ulterior desarrollo reglamentario. Ciertamente, el art. 19.3 LOE permite que en el RELOE se diese a la preferencia un contenido u otro. Sin embargo, éste no debería haber establecido diferenciaciones entre los diversos grupos de extranjeros previstos en el precepto legal (art. 18.3) para evitar una discriminación vedada. No se trata de que antes de la Ley exista una exigencia de equiparación de supuestos, sino de que, establecida en ella esa equiparación, en una opción que bien podía haber sido de otro signo, no cabe después que el desarrollo reglamentario la desconozca¹⁷.

De todas formas, para averiguar si ciertamente un supuesto definido como de preferencia en la LOE ha sido ignorado o no reglamentariamente, es preciso analizar, previamente, las disposiciones en las que se desarrolla el art. 18.3 LOE. Este dato sistemático es fundamental para ponderar si la omisión de los iberoamericanos en el art. 38 RELOE se acomoda o no a lo dispuesto en los arts. 18.3 y 19.3 LOE. Desde luego, si el complemento de la Ley en cuanto al alcance de las preferencias se encuentra sólo recogido en el art. 38 RELOE, lógicamente, aunque en éste no se mencione, el supuesto de preferencia previsto en la letra f del art. 18.3 de LOE, en una interpretación correcta de ambos preceptos debe atribuirse, al supuesto silenciado en el desarrollo

¹⁵ RAJ, 1991, 1370; Vid. STS de 18 marzo (inédita) de 10 julio (ibid, 1991, 7579).

¹⁶ En este sentido, el voto particular afirma que: “dada la condición de iberoamericana de la recurrente, no se ha respetado la norma de preferencia para la concesión del permiso de trabajo, que se establece en el art. 18.3.f de la Ley 7/85” (RAJ, 1991, 1370); Vid. STS de 18 marzo (inédita), de 10 julio (ibid, 1991, 7579).

¹⁷ Ibid.

reglamentario, el mismo contenido de preferencia que aquél establece para los supuestos que sí prevé ¹⁸.

El art. 38 RELOE regula las preferencias, lo que implícitamente margina la ventaja del régimen del permiso C previsto en el art. 39.2.a. Sin embargo, aún aceptando que formalmente la concreta ventaja establecida en el precepto mencionado es suficiente, parece que la posibilidad de un tratamiento plural, y no unitario de las preferencias, debería ser replanteado. Aceptar lo contrario, es admitir un tratamiento desfavorable y discriminatorio respecto a una hipótesis legal, no concebida en tales términos, lesionando el principio de legalidad (art. 9.3 C.E.) e incluso el principio de igualdad (art. 14 C.E.).

Desde luego, el único objetivo de las preferencias reguladas en el art. 38 es el de no considerar la situación nacional de empleo como límite para la concesión del permiso, y esa ventaja que el RELOE podía reconocer o no, no puede atribuirse a la generalidad de los supuestos del art. 18.3 LOE, y negarse al del apartado f. Parece, por ello, que no es admisible, en principio, que RELOE degrade un supuesto que la Ley situaba al mismo nivel que los demás. No nos parece conveniente, por tanto, imponer trabas para dotar de la efectividad real a la preferencia reconocida a los iberoamericanos en el art. 18.3.f. Además, debería rechazarse la equiparación de los iberoamericanos al resto de los extranjeros de otro origen, supeditando la concesión del permiso de trabajo a la situación de empleo, por dos motivos; en primer lugar, porque la ley no contiene dato alguno evidenciador de un propósito de degradación de la condición de iberoamericanos respecto de los demás supuestos de preferencia ¹⁹; y en segundo término, porque en nuestro ordenamiento jurídico, desde otras perspectivas más exigentes, cual es la de la nacionalidad ²⁰, el tratamiento de los iberoamericanos es claramente privilegiado respecto a la situación de otros extranjeros.

En definitiva, el tratamiento diferencial que se da en el R.Decreto 1119/86 al supuesto de los iberoamericanos en comparación con los demás supuestos de preferencia legal no es admisible. Tampoco es lógico sostener que el art. 39 del RELOE pueda ser el adecuado complemento legal de los arts. 18.3 y 19.3 ²¹. Ha de concluirse, por tanto, de todo lo expuesto que los iberoamericanos, deberían obtener el permiso de trabajo, sin atención a la situación nacional de empleo. Por ello, inicialmente, a pesar

¹⁸ Una vez que la LOE definió la preferencia, la falta de atribución de la misma, en el desarrollo reglamentario, a los sujetos incluidos en el art. 18.3.f) de la Ley, en la medida en que supone una restricción subjetiva del régimen preferencial de la Ley, debe ser transcendida, prescindiendo de esa restricción, y aplicando al supuesto legal omitido el régimen reglamentario de la preferencia, establecido para los demás supuestos expresados en él: *Vid. Voto Particular que se incluye en la Sent. T.S.(Sala 3ª sección 7ª) de 25 febrero 1991 (RAJ, 1991, 1370).*

¹⁹ De la lectura del Preámbulo de la Ley 7/85 se desprende todo lo contrario (*Cf. Nota 5*).

²⁰ *Vid. Nota 10.*

²¹ Tampoco es suficiente el privilegio contenido en la Resolución de 9 de julio de 1992, de la Subsecretaría, por la que se aprueban las instrucciones para la renovación de los permisos de trabajo y residencia tramitados al amparo de lo establecido en el acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de junio de 1991, sobre regularización de trabajadores extranjeros (*BOE, 14-VII-92*). Además se debe resaltar que no se ha puesto en marcha lo previsto en el art. 3 del R.Decreto 511/1992, de 14 de mayo, que recoge entre las funciones de la Comisión Interministerial de Extranjería: "i) Fomentar una consideración especial respecto a las peculiaridades de la población inmigrante iberoamericana" (*BOE, 4-VI-92*).

del Preámbulo y de los arts. 18.3.f) y 23 de la LOE y de los arts. 21, 39.3.a) y 64 del RELOE, se puede afirmar que el principio de igualdad de trato con respecto a los nacionales, desde la perspectiva de las fuentes internas, ha desaparecido y las preferencias otorgadas no constituyen un auténtico régimen especial ²². Siendo inaceptable la idea de que al establecerse, en esta disposición, una ventaja respecto a los iberoamericanos con ello quede cumplida la remisión del art. 19.3 de la LOE. Por lo que puede afirmar que la LOE, en sus arts. 18 y 23, "concede un presunto trato de privilegio, en verdad bochornoso y arrebolante" ²³.

2. Ventajas de los iberoamericanos en los Tratados internacionales

A) Primacía de las fuentes internacionales

Los iberoamericanos, al igual que el resto de los extranjeros, en virtud del art. 13 de la C.E., gozan de las libertades públicas que se regulan en el Título primero, en los términos establecidos en los tratados y en la ley. La remisión a aquéllos junto con su primacía, prevista en el art. 3 LOE al establecer "que lo dispuesto en la presente ley se entenderá en todo caso sin perjuicio de lo establecido en las leyes especiales y en los tratados internacionales en las que sea parte España", nos obliga a indagar sobre los eventuales tratados internacionales que vinculan a España y a aquellos países hispanoamericanos para averiguar si en ellos se recoge un régimen favorecido.

Entre España y aquellos países no se han pactado Convenios de establecimiento ²⁴, aunque en algunos Tratados bilaterales se han incluido disposiciones que eliminan o suavizan las condiciones exigidas en el régimen general de extranjería. Entre esos Convenios se deben destacar, en primer lugar, los Canjes de Notas sobre supresión de visados; y en segundo término, los Convenios culturales en los que se establece el reconocimiento mutuo de los títulos académicos obtenidos en aquellos países ²⁵; y, finalmente, Convenios de doble nacionalidad que contienen normas específicas de establecimiento.

B) Tratados entre España y los países iberoamericanos que contienen normas de extranjería

En relación al primer bloque de Convenios: los Canjes o acuerdos de supresión de visados, el trato de favor otorgado por la aplicación de los mismos consiste únicamente en la posibilidad de entrar en España sin necesidad de visado. Esta ventaja sólo beneficia a aquéllos que no pretendan vivir durante más de noventa días en territorio español y que además no tengan la intención de realizar una actividad lucrativa. Mediante estos Canjes se exime del visado a los nacionales de Perú, Chile, Paraguay, El Salvador, Argentina, Colombia, Honduras, Uruguay, Bolivia, Ecuador, Brasil.

²² Cf. M. Ramos Quintana, *op. cit.*, p. 105.

²³ Cf. J.A. Miquel Calatayud, *Estudios sobre extranjería*, Barcelona, Librería Bosch, 1987, p. 185.

²⁴ Vid. J.C. Fernández Rozas, "Derecho de extranjería", en J.D. González Campos, *Curso de Derecho internacional privado*, vol. II, Oviedo, 1983, p. 171-174.

²⁵ Vid. J.C. Fernández Rozas, "El acceso de los extranjeros al ejercicio de la profesión", *Profesiones técnicas y Derecho*, Oviedo, 1985, pp. 94-96.

Panamá, Costa Rica, República Dominicana, Guatemala, Venezuela, y México ²⁶. De esta lista han sido denunciados el Canje de Notas con Perú ²⁷ y con República Dominicana ²⁸. A los nacionales de este país parece que en el futuro se les va a continuar exigiendo el visado puesto que aparece en la lista de los 126 Estados incluidos en el Anexo de la Propuesta de Reglamento por el que se determinan los terceros países cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea ²⁹.

Los beneficios incorporados en el segundo bloque o grupo de tratados mencionados, los Convenios culturales inciden únicamente en la homologación y en la validez profesional de los títulos que les habilitan para el ejercicio de una profesión en nuestro país. No obstante, éstos no constituyen por sí mismos un régimen de extranjería ajeno al general; ya que esas personas para poder trabajar en España precisan estar en posesión del visado de residencia y de los respectivos permisos de residencia y de trabajo. Mediante la utilización de dichos Acuerdos numerosos odontólogos de nacionalidad argentina, boliviana, colombiana, chilena, dominicana, peruana y uruguaya han obtenido la homologación y validez profesional de sus títulos académicos y el acceso a los colegios de Odontólogos y Estomatólogos, con anterioridad a la solicitud del permiso de residencia y del permiso de trabajo ³⁰.

Descartada la existencia de un régimen privilegiado de extranjería para los iberoamericanos en los dos grupos mencionados de Convenios se impone averiguar en qué otro tipo de Tratados podrían encontrarse disposiciones que protegieran especialmente a los iberoamericanos. La doctrina española en ocasiones alude a la existencia de unas cláusulas de establecimiento en los Convenios de nacionalidad ³¹. En una lectura superficial de dichos Acuerdos parecía que en éstos no se habían introducido disposiciones de extranjería. Sin embargo, los Convenios con Chile (art. 7), Perú (art. 7) y Ecuador (art. 8) recogen el principio de equiparación con el nacional. Dicho régimen comienza a ser aplicado por las autoridades judiciales españolas en oposición con las autoridades del Ministerio de Interior y de Trabajo y Seguridad Social. La existencia de una jurisprudencia reciente, no excesivamente numerosa ni novedosa ³² ha puesto de manifiesto la eventual flexibilidad del régimen general de

²⁶ Vid. J.C. Fernández Rozas y A. Álvarez Rodríguez, *Legislación básica sobre extranjeros*, 3ª ed., Madrid, Tecnos, 1992, pp. 343-480.

²⁷ Inicialmente se procedió a la suspensión temporal durante dos años, y actualmente mediante una Nota verbal el Ministerio de Asuntos Exteriores español comunicó la continuidad de dicha suspensión (BOE, 18-II-94).

²⁸ Denuncia del Canje de Notas de 27 de septiembre de 1966 entre España y la República Dominicana (BOE, 26-V-93).

²⁹ DOCE, C 11, 15.I.94, p. 17.

³⁰ Vid. N. Bouza Vidal, "El ámbito personal de aplicación del Derecho de establecimiento en los supuestos de doble nacionalidad. Comentario a la Sentencia del TJCE de 7 de julio de 1992, en el caso Micheletti c. Delegación del Gobierno de Cantabria (As. C 369/90)", *R.I.E.*, vol. XX, 1993, pp. 579-581.

³¹ En los Convenios de doble nacionalidad se establecen también cláusulas propias de los convenios de establecimiento (Cf. A. Marín López, "La doble nacionalidad en los Tratados suscritos por España con las Repúblicas americanas", *A.D.I.*, vol. VI, 1982, p. 230).

³² Vid. A. Álvarez Rodríguez, "Régimen jurídico de algunos iberoamericanos en el ordenamiento español", *La Ley. Supl. Comunidades Europeas*, núm. 60, 30-XI-90, pp. 4-8.

extranjería para algunos iberoamericanos que impone a las autoridades laborales españolas la otorgación imperativa del permiso de trabajo ¹¹ o la eventual concesión de la exención del visado para obtener el permiso de residencia ¹². En estas decisiones, que no son totalmente innovadoras, se ha aceptado la existencia de un régimen favorecido para los chilenos y para los peruanos ¹³ a los que habría que añadir a argentinos, bolivianos y uruguayos teniendo en cuenta la inserción de la cláusula de la nación más favorecida, en los de Reconocimiento, Paz y Amistad con países como Argentina, Bolivia y Uruguay.

3. Eventual aplicación a los iberoamericanos del régimen previsto para los nacionales de los países comunitarios

A) Libertad de circulación de personas reservada a los nacionales de los países miembros

El eventual acceso de los iberoamericanos a los beneficios establecidos en el TUE es especialmente complejo. En el momento actual, el ámbito subjetivo de aplicación del derecho de residencia, del derecho de libre circulación de trabajadores y del libre establecimiento se halla constreñido a los *nacionales* de los Estados miembros. Habida cuenta la carencia de un significado propio o unívoco del término, será competencia de cada Estado miembro la calificación de quiénes son sus nacionales ¹⁴. Esta afirmación se reitera en la actualidad en la Declaración 2ª Aneja del Tratado de Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, al disponer: "...la cuestión de si una persona posee una nacionalidad determinada se resolverá únicamente remitiéndose al Derecho nacional del Estado miembro de que se trate" ¹⁵. Por tanto, se debe partir del principio que rige en el Derecho de la nacionalidad mediante el cual se confirma que cada Estado es libre para definir quiénes son sus nacionales y en concreto los países

¹¹ *Sent. T.S. (Sala 3ª Sección 7ª) de 21 mayo, de 1 junio, de 7 julio, de 19 noviembre 1990, de 23 febrero, de 4 marzo, dos de 18 julio y de 4 diciembre 1991, de 8 y de 25 febrero, de 27 de julio de 1992.*

¹² *Sent. T.S. (Sala 3ª Sección 6ª) de 13 mayo de 1993 (RAJ, 1993, núm. 3747).*

¹³ No se aceptó con respecto a los chilenos en la *Sent. Aud. Territ. de Palma de Mallorca de 29 octubre 1988 (R.G.D., núms. 532-533, 1989, pp. 812-813)*; con relación a los nacionales de Perú en la *Sent. T.S. de 24 enero 1991 (RAJ, 1991, núm. 428)*. La misma postura negativa se mantiene con respecto a los ecuatorianos en la *Sent. Trib. Superior de Justicia de Palma de Mallorca de 22 enero 1990 (R.G.D., 1991, pp. 924-926)*, o la República Dominicana en la *Sent. Trib. Superior de Justicia de Cataluña de 23 junio 1990 (R.G.D., 1991, pp. 602-604)* y *STS de 3 mayo 1991 (RAJ, 1991, núm. 3813)*.

¹⁴ Vid. Art. 1 y 2.2 de la Directiva 68/360 y su interpretación en el Asunto 10/78, *Sent. TJCE de 12 de diciembre de 1978, Belbouab*; y en el Asunto 136/78, *Sent. TJCE de 7 de febrero de 1979, Auer (I)*; y Asunto 238/83, *Sent. TJCE de 5 de julio de 1984, Meade*.

¹⁵ Cf. J.D. González Campos y M. Desantes Real, *Unión Europea y Comunidad Europea*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 57-58. En el mismo sentido, en las conclusiones del Consejo Europeo de Edimburgo, celebrado los días 11 y 12 de diciembre de 1992, se afirma que: "la cuestión de si un individuo posee la nacionalidad de un Estado miembro sólo se resolverá refiriéndola al Derecho nacional del Estado miembro interesado" (*ibid.*, p. 370).

miembros de la CEE son libres a la hora de definir quiénes son sus nacionales a los efectos de aplicar las normas del TUE.

B) Eventual aplicación a los iberoamericanos que gozan además de la nacionalidad de un país comunitario

Una duda se proyecta en torno a los dobles nacionales cuando una de sus nacionalidades se corresponde con la de un país comunitario. Este problema interpretativo se ha planteado ante el TJCE en varias ocasiones. Recientemente se ha suscitado como consecuencia de la actuación por parte de las autoridades españolas con respecto a nacionales de países comunitarios que además poseían la nacionalidad de otro país, más específicamente el caso de los italo-argentinos. Durante varios años, las autoridades españolas a la hora de proceder a documentar a estas personas, bien en el régimen comunitario o bien dentro del régimen general, indagaban acerca del lugar de procedencia de aquellos argentinos que gozaban simultáneamente de la nacionalidad italiana. En alguna Circular del Ministerio del Interior se proponía que, si no se llegaba a acreditar o verificar que estas personas habían estado residiendo en la República italiana con anterioridad a su llegada a España, había que concluir que la nacionalidad efectiva era la argentina y que por tanto se les debía excluir del régimen destinado a los comunitarios. Esta postura, mantenida también por las autoridades judiciales españolas ¹⁸, se ha visto modificada a la luz de la *Sent. TJCE de 7 de julio de 1992* en la que se decidió acerca del recurso interpuesto por Mario Vicente Micheletti contra la Delegación del Gobierno de Cantabria ¹⁹. Como consecuencia de esta decisión las autoridades españolas han cambiado sustancialmente el tratamiento otorgado a los italo-argentinos. En este sentido, con anterioridad se procedía a examinar el lugar de procedencia de estos dobles nacionales para rechazar la concesión de la tarjeta de residencia comunitaria si se verificaba que éstos no habían estado residiendo en Italia. A partir de la sentencia mencionada se mantiene la tesis de que "en los casos de extranjeros que ostentan dos nacionalidades (una comunitaria y otra de un tercer Estado) y que invocan la nacionalidad del Estado miembro de la Unión Europea ante la Administración española, no es, por tanto, necesario que aquellos aporten, además de su pasaporte, otros medios de prueba de su nacionalidad comunitaria" ²⁰.

C) Eventual ampliación a los iberoamericanos por el derecho de reagrupación familiar

De todas formas existe un grupo de personas que se puede beneficiar de la libertad de circulación sin poseer la nacionalidad de un Estado Comunitario. En este grupo se engloban los familiares del nacional comunitario titular de la actividad económica o del derecho de residencia. Se amplía el ámbito subjetivo al incluir: al cónyuge, a los descendientes de cualquiera de ellos menores de veintiún años, y a los ascendientes o

¹⁸ *Sent. TS (Sala 3ª) de 16 de marzo de 1992.*

¹⁹ Cf. N. Bouza Vidal, "El ámbito personal de aplicación del Derecho de establecimiento en los supuestos de doble nacionalidad..", *loc. cit.*, pp. 563-581.

²⁰ *Circular núm. 31/92, de la Dirección General de la Policía. Comisaría General de Documentación, de 22 de junio.*

descendientes a su cargo. Todas estas personas resultan beneficiarios indirectos de la libertad de circulación, aunque no tengan la nacionalidad de un Estado miembro.

En relación al ámbito de destinatarios, la interpretación conjunta de los arts. 1 y 2 del R. Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de estados miembros de las Comunidades Europeas⁴¹ nos permite señalar sintéticamente que gozan de la posibilidad de ser beneficiarios del régimen contenido en el mismo: los nacionales de los Estados miembros de las Comunidades (art. 1); y se extiende, según el art. 2, a los nacionales de terceros países que estén casados con españoles o con nacionales de los países comunitarios, siempre que no estén separados de hecho o de derecho; los descendientes del titular del derecho y los de su cónyuge, a su cargo o menores de 21 años; así como a los ascendientes de ambos a su cargo. Cabe apuntar que el Ordenamiento español, al delimitar los eventuales destinatarios, puede estar cometiendo alguna incorrección aunque el resultado alcanzado no es demasiado nítido. La ausencia de claridad se observa desde dos perspectivas diferentes: de un lado, parece que trata de reducir el número de destinatarios, al excluir a nacionales de terceros países con el fin de aplicarles el régimen general de extranjería establecido en la LOE; y, por otro lado, permite el acceso al régimen especial del R. Decreto 766/92 a nacionales de terceros países que, en principio, las normas comunitarias no contemplan.

Por tanto, el iberoamericano que haya contraído matrimonio con español o con nacional de un país comunitario, aún careciendo de la nacionalidad de un país miembro de la Unión Europea podrá beneficiarse del régimen especialmente previsto para los súbditos comunitarios. De todas formas, el Ordenamiento español introduce la necesidad de que no exista una separación de hecho o de derecho. En este caso, si nos preguntamos por las razones de la introducción de esta limitación restrictiva es fácilmente explicable si tenemos en cuenta el rechazo existente a los matrimonios de conveniencia, blancos, ficticios o como quiera que sean denominados. En éstos la celebración del matrimonio con un nacional español o con un súbdito comunitario únicamente tiene como fin que al extranjero, nacional de un tercer país, no se le aplique el régimen general; e incluso cuando se trata de matrimonio con cónyuge español la finalidad también puede ser lograr la nacionalidad española más fácilmente⁴².

⁴¹ BOE, 30-VI-92. Vid. A. Alvarez Rodríguez, "Régimen de extranjería comunitaria en el Ordenamiento jurídico español. Análisis del R. Decreto 766/92, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas", *La Ley*, supl. *Comunidades Europeas*, núm. 80, 30-X-93, pp. 1-8.

⁴² "Es indudable que un enlace de esta clase habrá de ser reputado como nulo en nuestro Derecho por falta de verdadero consentimiento matrimonial (cfr. arts. 45 y 73.1 Cc). Ahora bien, la cuestión surge acerca de cómo constatar "a priori" esta ausencia de consentimiento, puesto que, como ocurre normalmente en todas las hipótesis de simulación, es muy raro que existan pruebas directas de la voluntad simulada, de modo que descubrir la verdadera voluntad encubierta de las partes es una tarea difícil en la cual juega un importante papel la prueba de la presunción judicial, para cuyo éxito "es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano" (*Vid. Res. DGRN 2º de 9 de octubre de 1993*).

D) Eventual aplicación a los iberoamericanos como beneficiarios de una cláusula de nación más favorecida

Finalmente, habría que tener en cuenta que la inserción de la cláusula de la nación más favorecida, en algunos Convenios como los de Reconocimiento, Paz y Amistad con países como Argentina, Bolivia y Uruguay, servirá para extender el régimen de los comunitarios a argentinos, bolivianos y uruguayos ⁴¹. En este sentido, no existe ninguna duda acerca de que el régimen de extranjería más beneficioso es el establecido para los comunitarios, que se basa en el principio de no discriminación por razón de nacionalidad.

III.- LAS VENTAJAS DE LOS IBEROAMERICANOS Y DE SUS FAMILIAS EN EL DERECHO ESPAÑOL DE LA NACIONALIDAD

1. Introducción: delimitación de supuestos

Si en el ámbito de las normas internas actuales de extranjería no se ha podido confirmar la existencia de verdaderos beneficios para los iberoamericanos, en cambio, en el actual Derecho español de la nacionalidad, regulado en la Ley 18/90, de 17 diciembre, de reforma de los arts. 17 a 26 Cc, se ha incrementado ostensiblemente el tratamiento privilegiado en favor de los iberoamericanos. El análisis de las ventajas se observan en varias instituciones: de un lado, dos de estas instituciones están especialmente destinadas a los iberoamericanos: la adquisición de la nacionalidad española por residencia; y las situaciones de doble nacionalidad tanto unilateralmente reconocidas por el Ordenamiento español como las pactadas por España con países iberoamericanos; además, otras dos instituciones, sin hacer referencia expresa a los iberoamericanos, pueden estar dirigidas, fundamentalmente, a ellos: la atribución de la nacionalidad a los hijos de los iberoamericanos por nacimiento en España; y la adquisición de la nacionalidad mediante la opción prevista en la disposición transitoria 3ª de la Ley 18/90.

2. Instituciones del Derecho español de la nacionalidad en las que la condición de iberoamericano esta especialmente contemplada

A) Adquisición de la nacionalidad española por residencia

La comprobación de la existencia de trato privilegiado para los nacionales de los países iberoamericanos sólo es posible si se examinan previamente los requisitos que debe cumplir cualquier extranjero que pretenda convertirse en español por la vía de la naturalización por residencia. Para adquirir la nacionalidad por residencia en España, es necesario, según establece el art. 22 Cc, que el extranjero haya residido en España de forma "legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición" durante un plazo de

⁴¹ Convenio con Bolivia de Reconocimiento, Paz y Amistad de 1847; Convenio con Argentina de Reconocimiento, Paz y Amistad de 1863; Convenio con Uruguay de Reconocimiento, Paz y Amistad de 1870.

diez, cinco, dos o un año según los casos. La regla general exige un período de diez años de residencia legal en nuestro país. Ahora bien, si en el extranjero concurren algunas circunstancias, previstas en el precepto aludido, ese plazo de residencia se reduce ⁴⁵.

Si se trata de nacionales de origen de los países iberoamericanos "basta con dos años de residencia legal". El régimen privilegiado de los iberoamericanos consiste, por tanto, en una reducción de diez a dos años de estancia en nuestro país. No obstante, debe aludirse al caso específico de los guatemaltecos a los cuales no se les puede exigir período alguno de residencia en virtud del art. 1 del Convenio de nacionalidad con Guatemala de 28 de julio de 1961 ⁴⁶. En el precepto mencionado literalmente se dispone que: "los guatemaltecos podrán adquirir la nacionalidad española por el *solo hecho de establecer domicilio en España* y declarar ante la autoridad competente su voluntad de adquirir dicha nacionalidad" ⁴⁶.

La solicitud de la nacionalidad por esta vía requiere la tramitación del expediente regulado en los arts. 220 a 224 del RRC. De forma general, el interesado, además de acreditar que ha residido de forma legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición el tiempo que se le exige legalmente, "deberá justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española". La exigencia de este requisito es una novedad en el ámbito del Cc, si bien es cierto que, de forma indirecta, este requisito formaba parte de la práctica diaria de los Encargados del Registro Civil, que con anterioridad a la inscripción de la concesión de la nacionalidad solían hacer algunas preguntas al extranjero de forma que se podía comprobar el conocimiento por parte del solicitante de la lengua española. A la hora de proceder a esta comprobación debe señalarse la mejor disposición de los iberoamericanos para poder acceder a la nacionalidad española.

No obstante, a pesar de estos beneficios en ninguna disposición se señala que la concesión sea automática. En este sentido, el art. 21.2 Cc establece que la solicitud podrá ser denegada por motivos razonados de orden público o interés nacional. Estas

⁴⁵ Son suficientes cinco años: si el extranjero ha obtenido el estatuto de refugiado o de asilado. Se reduce el plazo a dos años para los nacionales de los países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal. También se ven favorecidos por esta reducción del período de residencia los extranjeros pertenecientes a la Comunidad sefardita. Finalmente, la legislación española prevé seis grupos de personas que pueden solicitar la nacionalidad española acreditando únicamente un año de residencia en España. Se pueden beneficiar de esta reducción del plazo los extranjeros que se encuentren en cualquiera de los siguientes casos: a) que haya nacido en territorio español; b) que no haya ejercitado oportunamente la facultad de optar; c) que haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud; d) que al tiempo de la solicitud llevare un año casado con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho; e) el viudo o viuda de española o español, si a la muerte del cónyuge no existiera separación legal o de hecho; f) el nacido fuera de España de padre o madre que originariamente hubieran sido españoles.

⁴⁶ BOE, 10-III-62.

⁴⁶ Vid. Res. DGRN de 6 noviembre, de 22 diciembre 1992, y de 10 febrero 1993; comentadas por A. Álvarez Rodríguez, "Adquisición de la nacionalidad española por los guatemaltecos", CCJC, núm. 32, 1993, pp. 401-415.

eran y son las razones taxativamente fijadas por la legislación española; sin embargo, desde la entrada en vigor de la Ley 18/90 las causas por las que el Ministro de Justicia podrá denegar la concesión se han incrementado con respecto a la legislación anterior, puesto que junto a los dos motivos expuestos, también, es posible que se deniegue, como afirma la *Instrucción DGRN de 20 de marzo de 1991* por "ausencia de los requisitos expresados, o por la falta de cualquiera de los demás que detalla el art. 22". Ahora bien, una de las mayores novedades que se incorporan en la nueva legislación es la posibilidad de recurrir "la concesión o denegación de la nacionalidad por residencia" ante los órganos contencioso-administrativos. La gran polémica acerca de si los recursos sobre la nacionalidad debían ser conocidos por los tribunales del orden civil o por los tribunales de lo contencioso-administrativo, en este momento, se ha solucionado en favor de estos últimos⁴⁷.

El solicitante en caso de concesión de la nacionalidad, como reza el art. 23 Cc, tiene que cumplir otros dos requisitos: jurar o prometer fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las Leyes y, renunciar a su anterior nacionalidad. Por su parte, el encargado del Registro Civil debe proceder a la inscripción de la adquisición de la nacionalidad española. En relación al requisito de la renuncia, también existe una prioridad o trato de favor para los iberoamericanos ya que "quedan a salvo de este requisito los naturales de países mencionados en el apartado 2 del art. 24 del Cc.". Por tanto, los iberoamericanos, andorranos, filipinos, ecuatoguineanos y portugueses no están obligados a renunciar a su anterior nacionalidad⁴⁸. De otro lado, es evidente que el cumplimiento del requisito de la renuncia se logra con la mera declaración aunque ello no sea suficiente para dejar de ser nacional del país extranjero, puesto que no se exige que esta declaración sea eficaz desde la perspectiva extranjera.

Por tanto, en materia de adquisición de la nacionalidad son varios los motivos por los cuales se puede afirmar la existencia de un régimen privilegiado para los iberoamericanos. El trato de favor consiste en la reducción del plazo de residencia al establecerse que "basta con dos años de residencia legal: si se trata de nacionales de origen de: países iberoamericanos"; y en segundo lugar, no es necesario que renuncien a su nacionalidad anterior. Y por último, aunque no está previsto expresamente, la utilización de una lengua común en España y en Iberoamérica facilita el grado de conocimiento e integración en la cultura española de los iberoamericanos a la hora de poder obtener la nacionalidad española.

B) Doble nacionalidad unilateralmente permitida por el Ordenamiento español

De lo que acabamos de examinar podemos observar que a los iberoamericanos que adquieren la nacionalidad española no se les exige la renuncia a la nacionalidad anterior por lo que puede surgir un supuesto de doble nacionalidad previsto unilateralmente por España. Ciertamente, éste no es el único supuesto de doble nacionalidad que pueda

⁴⁷ *Sent. T.S. (Sala 4ª) de 7 junio 1986 (RAJ, 1986, núm. 6606; comentada por J.C. Fernández Rozas y S. Álvarez González, "La nacionalidad ante la jurisdicción contencioso-administrativa", LA LEY, núm. 1694, 1987, pp. 1-7. Vid. Res. DGRN de 22 de octubre de 1993.*

⁴⁸ *Vid. Res. DGRN 7ª de 18 de septiembre de 1993.* Además algunos de los iberoamericanos tampoco renunciarán a su nacionalidad anterior si se amparan en la aplicación de los Convenios de doble nacionalidad.

generarse ya que es posible el nacimiento de otros dos casos, pero en éstos el protagonista es el español que adquiere o ha adquirido la nacionalidad de un país iberoamericano. Los españoles que adquieran la nacionalidad de un país iberoamericano, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal (art. 24.2.2) no pierden la nacionalidad española salvo que expresen su deseo de renunciar a la misma. Para que se produzca la pérdida es necesario que el beneficiario cumpla los siguientes requisitos: que manifieste su renuncia expresa a la nacionalidad española, que resida habitualmente en el extranjero; y también es necesario que España no se halle en guerra. En este sentido la Declaración Décima de la *Instrucción DGRN de 20 de marzo de 1991* afirma que:

“El español que tenga, además de la nacionalidad española, otra de los países que señala el art. 24,2º del Código, únicamente puede perder aquélla por renuncia expresa y en las demás condiciones que establecen los apartados 3 y 4 del artículo”.

También puede surgir una situación de doble nacionalidad en los casos en que se trate de recuperar la nacionalidad española perdida por la adquisición de la nacionalidad de un país iberoamericano. Para poder readquirir la nacionalidad española, por regla general, se debe renunciar a la nacionalidad anterior. Sin embargo, el propio art. 26 Cc establece que este requisito no debe ser exigido a las personas “naturales de los países mencionados en el artículo 24”. De aquí que sea necesario averiguar quiénes deben ser considerados dentro del término “naturales de esos países”. Lo normal hubiese sido establecer que el español que perdió la nacionalidad española por adquirir la nacionalidad de uno de esos países no estaría obligado a renunciar a la extranjera. De todas formas, esta postura, a todas luces lógica y sencilla, se ha convertido en complicada y compleja por la remisión que hace el art. 26 Cc, en materia de recuperación, a un precepto que regula la pérdida (art. 24.2.2). No obstante, el eventual confusionismo ha sido aclarado por el Centro Directivo al optar por una interpretación teleológica y sistemática tomando en consideración tanto el art. 11.3 de la C.E. como los arts. 22 y 23 del Cc para llegar a la conclusión de que no pueden ser excluidos los naturales de España. En este sentido, se manifiesta la *Res. DGRN 4ª de 31 de mayo de 1993* al afirmar que:

“Esta conclusión, a la que lleva la interpretación teleológica y sistemática de las normas, no pugna en modo alguno con el resultado de la interpretación gramatical del art. 26 del Cc. España, lo mismo que Portugal, forma parte, sin duda, del conjunto de los países iberoamericanos, de modo que el natural de España -que no puede ser de peor condición que el natural de los demás países que cita el precepto- no tiene por qué renunciar a su anterior nacionalidad cuando ésta sea en el momento de la recuperación la de uno de los otros países que señala el art. 24”⁴⁰.

⁴⁰ La cuestión que se suscita es la de si unos españoles de origen, nacidos en Valencia ... y que adquirieron la nacionalidad venezolana antes de la entrada en vigor de la Constitución española, al declarar ahora su voluntad de recuperar la nacionalidad española, una vez cumplidos los requisitos exigidos para la recuperación, deben declarar también que renuncian a la nacionalidad

Partiendo de la consideración de que los españoles que adquirieron la nacionalidad de uno de esos países son destinatarios de ese precepto, sin embargo, el número de beneficiarios de esta medida es muy escaso. Ello debido a que si los españoles adquirieron la nacionalidad de uno de esos países expresamente mencionados, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 51/82, de 13 de julio, no han podido perder la nacionalidad española; e incluso, tratándose de la adquisición de un país iberoamericano no se habrá producido la pérdida si dicha nacionalidad se adquirió con posterioridad a la entrada en vigor de la C.E., por aplicación directa de su art. 11.3⁴⁰.

C) Doble nacionalidad convencional

La red convencional bilateral, puede considerarse bastante amplia partiendo de la existencia de los once convenios denominados de doble nacionalidad y uno de nacionalidad con los países iberoamericanos. La base jurídica de dichos convenios se encuentra en las prescripciones de los párrafos 4º y 5º del art. 22 Cc, redacción dada por la Ley de 15 de julio de 1954. Nuestro país suscribió, con base en ese precepto, once Convenios de doble nacionalidad con los siguientes países: Chile, Perú, Paraguay, Guatemala, Nicaragua, Bolivia, Ecuador, Costa Rica, Honduras, República Dominicana, Argentina⁴¹, y el Convenio de nacionalidad con Colombia⁴²; y, por último, el Convenio sobre otorgamiento recíproco de información sobre nacionalidad con Venezuela⁴³. Todos estos países forman parte de la denominada Comunidad hispánica y todos estos convenios tienen como especial finalidad reforzar los vínculos con la comunidad de pueblos iberoamericanos.

venezolana. La cuestión surge porque el art. 26.1.b del Cc exime de la declaración de renunciar a la nacionalidad anterior a los "naturales de los países mencionados en el art. 24", esto es, a los naturales "de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal" (*BIMJ*, núm. 1679, 1993, pp. 3952-3955). En el mismo sentido se han pronunciado las *Res. DGRN de 29 junio y de 31 julio 1993*.

⁴⁰ *Vid. Res. DGRN de 19 abril 1988*; comentario de M.A. Amores Conradí, "Pérdida/conservación de la nacionalidad española por adquisición voluntaria de otra nacionalidad (argentina)", *CCJC*, núm. 17, 1988, pp. 437-447.

⁴¹ Convenio de con Chile de 24 de mayo de 1958 (*BOE*, 14-XI-58); complementado por el Canje de Notas de 23 de junio de 1958 (*Ibid*, 14-XI-58); el Convenio de doble nacionalidad entre España y Perú, de 16 de mayo de 1959 (*Ibid*, 19-IV-60); el Convenio de doble nacionalidad entre España y Paraguay de 25 de junio de 1959 (*Ibid*, 19-IV-60); el Convenio de doble nacionalidad entre España y Guatemala de 28 de julio de 1961 (*Ibid*, 10-III-62); el Convenio de doble nacionalidad entre España y Nicaragua de 25 de julio de 1961 (*Ibid*, 2-V-62); el Convenio de doble nacionalidad entre España y Bolivia de 12 de octubre de 1961 (*Ibid*, 14-IV-64); el Convenio de doble nacionalidad entre España y Ecuador de 4 de marzo de 1964 (*Ibid*, 13-I-65); el Convenio de doble nacionalidad entre España y Costa Rica de 8 junio de 1964 (*Ibid*, 25-VI-65); el Convenio de doble nacionalidad entre España y Honduras de 15 de junio de 1966 (*Ibid*, 18-V-67); el Convenio de doble nacionalidad entre España y la República Dominicana de 15 de marzo de 1968 (*Ibid*, 8-II-69); el Convenio de doble nacionalidad entre España y la República de Argentina de 14 de abril de 1969 (*Ibid*, 2-X-71); sobre la aplicación de estos textos convencionales (*Vid. J.C. Fernández Rozas, Derecho español de la nacionalidad, op. cit.*, p. 261, notas 66 a 76).

⁴² *Ibid*, 29-XI-80.

⁴³ *Ibid*, 12-XI-75.

Estos textos de carácter bilateral, aunque continúan vigentes puesto que no han sido denunciados, tienen escasa o nula operatividad en estos momentos. Para los españoles dejaron de tener transcendencia con la entrada en vigor del art. 11.3 de la Constitución. Para los nacionales de los países vinculados con estos Convenios han dejado de tener virtualidad con la entrada en vigor de la Ley 18/1990, salvo el Convenio con Guatemala en el que verdaderamente existe un régimen privilegiado de acceso a la nacionalidad para los nacionales de ambas partes contratantes ⁵⁴.

Ante la ausencia de nuevos convenios, vamos a analizar brevemente los rasgos característicos de los Convenios existentes. En primer término, no estamos en presencia de verdaderos supuestos de doble nacionalidad simultánea ⁵⁵. En segundo lugar, no establecen procedimientos simplificados de adquisición de nacionalidad, salvo el Convenio con Guatemala. Por otro lado, únicamente pretendían potenciar los vínculos de la comunidad iberoamericana. Y por último, no han contribuido a proteger a los emigrantes de origen español residentes en aquellos países ⁵⁶. Aunque nos podríamos detener en un estudio minucioso de estas afirmaciones ⁵⁷, merece la pena señalar únicamente su escasa operatividad desde la entrada en vigor de la Ley 51/82 y su nula eficacia desde la entrada en vigor de la Ley 18/90.

La ausencia de operatividad de los Convenios, a partir de la entrada en vigor de la Ley 18/90, debe ponerse en relación con la posibilidad de que los iberoamericanos, en general, -sean o no nacionales de un país con los que España se encuentra vinculada por un Convenio de doble nacionalidad-, pueden gozar de dos nacionalidades sin necesidad de acogerse a las disposiciones convencionales en virtud de lo dispuesto en los art. 23.b) Cc y 26.b). Estos Convenios, en el ámbito del Derecho de la nacionalidad, no aportan ninguna ventaja para estas personas, puesto que sólo el Convenio con Guatemala contiene un régimen privilegiado de adquisición de la nacionalidad.

3. Instituciones del Derecho español de la nacionalidad en las que la condición de iberoamericano no está contemplada siendo éste su normal destinatario

A) Atribución de la nacionalidad por nacimiento en España: eliminación de las situaciones de apatridia

En la legislación española, el art. 17.1.c) recoge un grupo de personas que podrán tener la nacionalidad española por el mero hecho de nacer en territorio español. Este grupo estará integrado por los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una

⁵⁴ Vid. Notas 47 y 48.

⁵⁵ *Sent. Aud. Territorial de Oviedo de 20 octubre 1982*; comentada por M. Fernández Fernández, *R.E.D.I.*, vol. XXXV, 1983, pp. 521-528.

⁵⁶ Cf. A. Álvarez Rodríguez, *Nacionalidad y emigración*, *op. cit.*, pp. 242-244.

⁵⁷ Vid. J.C. Fernández Rozas, "La reforma del Derecho español de la nacionalidad", *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz 1983*, Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1984, pp. 215-220; J.C. Fernández Rozas, *Derecho español de la nacionalidad*, *op. cit.*, pp. 261-265; M. Virgós Soriano, "Nationality and Double Nationality Principles in Spanish Private International Law System", en E. Jayme und H.P. Mansel, *Nation und Staat im Internationalen Privatrecht*, Müller, Heidelberg, un1990, pp. 240-241, pp. 247-250.

nacionalidad. La inclusión de un precepto que atribuya la nacionalidad a este grupo de personas tiene como finalidad eliminar futuros supuestos de apatridia.

La acreditación de la atribución de la nacionalidad en este supuesto plantea algunos problemas. La eventual incertidumbre acerca de la tenencia o no de la nacionalidad española se elimina recurriendo al expediente de declaración de la nacionalidad con valor de simple presunción. En dicho expediente debe presentarse como prueba la certificación literal de nacimiento del interesado, en la que conste que su nacimiento ha acaecido en España; y se debe acreditar que los progenitores son apátridas o que los Ordenamientos de los que son nacionales los progenitores no otorgan la nacionalidad a los nacidos fuera de sus fronteras. Este último requisito se puede demostrar a través de cualquier medio de prueba documental o pericial. Normalmente, se recurre a las certificaciones de los Cónsules de los países respectivos acreditados en España, en la que consta la legislación aplicable en el país de origen de sus padres sobre atribución de la nacionalidad⁵⁸.

Por el momento, el Centro Directivo, teniendo en cuenta el art. 7 del Convenio sobre los Derechos del niño y el art. 17.1.c) Cc, considera como españoles a los nacidos en España de progenitores peruanos⁵⁹; de progenitores argentinos⁶⁰; de padre argentino y madre peruana⁶¹ y de progenitores uruguayos⁶². En cambio, no son españoles por nacimiento en territorio español ni los hijos de chinos⁶³ ni los hijos de los nacionales de la República Dominicana⁶⁴.

B) Acceso a la nacionalidad española por la opción prevista en la Disposición transitoria 3ª

Los extranjeros, cuyos progenitores fueron españoles con anterioridad a su nacimiento, que no hayan gozado en ningún momento de la nacionalidad española, podrán obtener ésta mediante el derecho de opción previsto en la disposición transitoria

⁵⁸ Vid. Res. DGRN de 23 marzo 1992.

⁵⁹ Vid. Res. DGRN de 8 y 24 de mayo, de 20 junio, de 30 septiembre y de 12 noviembre 1991, de 13 enero y de 23 marzo 1992, de 28 mayo, de 28 junio, 1ª de 3 julio, 1ª, 2ª, 3ª, 4ª y 5ª de 10 septiembre y de 1 octubre 1993. En cambio, si no se acredita el nacimiento en España de los hijos de progenitores peruanos no se les atribuye la nacionalidad española (Res. D.G.R.N. de 21 de enero de 1994).

⁶⁰ Vid. Res. DGRN de 30 mayo 1991 y de 6 octubre 1993. De todas formas en algún caso no se impuso la nacionalidad española por el hecho de que se ha acreditado que han obtenido la nacionalidad argentina (Res. DGRN de 27 marzo 1993).

⁶¹ Vid. Res. DGRN de 23 marzo 1992.

⁶² Vid. Res. DGRN de 15 diciembre 1992.

⁶³ Vid. Res. DGRN de 30 diciembre 1992, Res. DGRN de 9 febrero, de 20 abril, 5ª de 31 mayo 1993, y de 8 enero 1994.

⁶⁴ Vid. Circular de la Dirección General de la Policía de 7 de abril de 1993. No obstante, en la Res. DGRN de 21 octubre 1993 se procede a la anotación con valor de simple presunción de la nacionalidad española de un hijo de padres dominicanos nacido en España, aunque se apunta que si se acredita que el art. 10 del Cc dominicano atribuye la nacionalidad a los hijos podrá el Ministerio Fiscal promover el procedimiento de cancelación de anotación (BIMJ, núm. 1692, 1993, pp. 5747-5749).

tercera de la Ley 18/90. El derecho de opción sólo podrá ser ejercitado por sus beneficiarios durante un plazo máximo de tres años, que ha sido ampliado por otros dos años más, a computar desde la entrada en vigor de la mencionada ley. Por tanto, se podrá ejercitar desde el 7 de enero de 1991 hasta el 7 de enero de 1996 ⁶⁶.

En cuanto a la determinación del ámbito personal de aplicación de la disposición está claramente delimitado al establecer que sólo podrán beneficiarse: "las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español y nacido en España". El interesado debe proceder a demostrar que nunca ha sido español ⁶⁷ y que al menos uno de sus progenitores, nacido en España, fue español de origen en algún momento de su vida. Por tanto, sólo si se pueden probar estas circunstancias se podrá obtener la nacionalidad española mediante este procedimiento, por lo que el número de destinatarios puede ser bastante reducido, y en la mayoría de los casos no alcanzará a los nietos de los emigrantes de origen español ⁶⁸. Los casos objeto de recurso, por ello conocidos por el Centro Directivo, ponen de manifiesto que no han podido beneficiarse de esta disposición transitoria 3^a: los que fueron españoles ⁶⁹; aquellos cuyo progenitor de origen español no había gozado de la nacionalidad española antes del nacimiento del hijo ⁷⁰; y, aquellos cuyo progenitor de origen español no había nacido en España ⁷¹.

Los eventuales beneficiarios, bastante escasos ya que no se extiende a la segunda generación de emigrantes nacidos en el extranjero, están obligados a residir legalmente en España o a solicitar y obtener la dispensa de este requisito en el momento de realizar dicha declaración para poder optar por la nacionalidad. El procedimiento a seguir para lograr la dispensa queda sometido a las mismas exigencias que en el supuesto de la recuperación recogida en el art. 26.1.a) Cc. El procedimiento se encuentra recogido en la Orden de 11 de julio de 1991. En concreto, se realiza una remisión a los núms. 1 y 2 de la mencionada Orden por lo que los hijos de los emigrantes de origen español o sus descendientes residentes fuera de España deben acreditar los extremos siguientes: la condición de emigrante de sus progenitores; la intención de retornar al territorio español; y la ausencia de antecedentes penales. En caso de tratarse de nietos de emigrantes y o de sus descendientes, será necesario, no sólo acreditar la estancia en España en caso de residir en nuestro país o la intención de retornar a España si se reside en el extranjero, sino además deben concurrir otras circunstancias. Entre las condiciones que se pueden tener en cuenta parece que se van a valorar entre otras cosas: "la adaptación a la cultura española y el conocimiento del idioma, las actividades profesionales, sociales, culturales o benéficas en favor de intereses o asociaciones españolas y cualquier otra circunstancia que denote una particular vinculación con España del interesado y de su familia".

⁶⁶ Vid. Ley 15/1993, de 23 de diciembre, por la que se prorroga el plazo para optar de la disposición transitoria 3^a de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código Civil en materia de nacionalidad (BOE, 24-XII-93).

⁶⁷ Vid. Declaración Undécima de la Instrucción DGRN de 20 marzo 1991.

⁶⁸ Cf. J. Gil Rodríguez, *La nacionalidad española y los cambios legislativos*, Madrid, Colex, 1993, p. 137.

⁶⁹ Res. DGRN de 7 diciembre 1991 y de 5 septiembre 1992, de 18 marzo, de 12 julio, de 17 y 1^a de 18 septiembre 1993.

⁷⁰ Res. DGRN de 21 septiembre 1992, de 30 abril, 9 noviembre 1993.

⁷¹ Res. DGRN de 22 septiembre, de 23 noviembre 1992, de 14 y de 30 abril 1993.

IV.- LOS IBEROAMERICANOS ANTE LA UNIÓN EUROPEA (ACCESO Y PERMANENCIA): PERSPECTIVAS DE FUTURO

1. Incidencia de la puesta en marcha de la libre circulación de personas

La puesta en marcha de la libre circulación de personas en la Unión Europea, en todo caso, supone la supresión gradual de los controles en fronteras interiores, lo que eventualmente supondrá la intensificación de la vigilancia en las denominadas fronteras exteriores con el fin de mantener los índices normales de seguridad. Los mecanismos de defensa de la denominada "fortaleza europea" debían ser consensuados por los Doce. La abolición de fronteras comportaría una serie de objetivos, entre los que nos interesan: primero: la reducción y posterior desaparición de los controles al paso de las fronteras intracomunitarias; y segundo, el reforzamiento simultáneo de los controles en las fronteras exteriores mediante la coordinación de políticas en materia de visados y de reglas de extradición.

La consecución de la libre circulación de personas, por su carácter políticamente sensible, no se ha logrado por el momento. Sin embargo, el hecho de que esta libertad no se alcanzase el 1 de enero de 1993 no debe extrañar ya que en el Acta Final del AUE se preveía que ninguna de las disposiciones de esta última sobre el mercado interior podría afectar al derecho de los Estados miembros de adoptar las medidas que estimasen necesarias en materia de control de la inmigración de terceros países. De ello, se deduce que en este ámbito subsiste una reserva en favor de la soberanía estatal y en contra de las soluciones comunitarias; de todas formas, se añade en otra declaración que los Estados se comprometen a instaurar una cooperación intergubernamental respecto de la libertad de circulación de personas.

2. Supresión gradual de fronteras interiores: Acuerdos de Schengen

La eliminación gradual de fronteras intracomunitarias (fronteras interiores) y la delimitación de las fronteras exteriores de la Unión Europea se está demorando. Este hecho supone que la libre circulación de personas no será una realidad hasta dentro de varios años. Sin embargo, la eliminación de fronteras interiores al menos en nueve de los doce países parece que se pondrá en marcha, después de múltiples posposiciones, durante el año 1994. Ello como consecuencia de la obligatoriedad del Convenio multilateral relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, firmado en Schengen el 14 de junio de 1985, enmendado por el Protocolo de Adhesión del Gobierno de la República Italiana firmado en París el 27 de noviembre de 1990⁷¹, y sobre todo debido a la próxima entrada en vigor del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, firmado en Schengen el 19 junio 1990⁷². A este último Acuerdo

⁷¹ BOE, 30-VII-91.

⁷² BOE, 5-IV-94; corrección de erratas (*ibid.*, 9-IV-94). Este Acuerdo ha entrado en vigor, de forma general y para España el 1 de marzo de 1994, de conformidad con el art. 5.2. Sin embargo, las disposiciones del Convenio de aplicación no son obligatorias en su totalidad. En este sentido, se establece que "las disposiciones relativas a la creación, actividades y competencias del Comité ejecutivo han entrado en vigor para España el 1 de marzo de 1994, según lo establecido en el art. 140.2. Las demás disposiciones del Convenio entrarán en vigor a partir del primer día del tercer mes siguiente al cumplimiento de todas las condiciones previas a la aplicación del mismo, según establece la Declaración Común relativa al art. 139 contenida en el Acta final".

se han ido incorporando España y Portugal (1991) y Grecia (1992). El Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 1990 ha sido considerado como el laboratorio experimental del futuro espacio sin fronteras interiores de la Unión Europea ⁷¹. Por esta razón, en el propio texto se prevé la sustitución o modificación de dicho Convenio una vez que sea regulado por el derecho comunitario (art. 142).

La obligatoriedad del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen supone que "las Partes Contratantes se comprometen a adoptar una política común en lo relativo a la circulación de personas y, en particular, al régimen de visados" y además "se comprometerán a proseguir de común acuerdo la armonización de su política en materia de visados" (art. 9.1). Junto con esta medida se debe realizar una de unificación de criterios sobre los documentos exigidos para la entrada de los extranjeros en el territorio de los países partes del Convenio. La actuación por parte española ha consistido, además de asumir la Presidencia desde el 1 de julio de 1992 hasta el 30 de junio de 1993, en la elaboración de una lista, clara y exhaustiva, realizada por la Secretaria General del Consejo de las Comunidades Europeas, en la que se procede a la enumeración de los documentos que cada Estado miembro de la Unión Europea impone a los nacionales de los 184 Estados que componen la Comunidad internacional para entrar en su territorio ⁷⁴.

La puesta en marcha está generando ciertos problemas como los relativos a la implantación del visado uniforme, el funcionamiento del Sistema de Información de Schengen (SIS). Las dificultades ha surgido fundamentalmente por razones de protección de datos personales. La puesta en funcionamiento del SIS suscita ciertas preocupaciones no por la informatización de datos sino por la naturaleza, en algunos supuestos, "sensible" de los mismos, especialmente los relativos a las personas al comportar un riesgo considerable para su libertad, lo que exige la incorporación de una serie de medidas que garanticen la intimidad personal ⁷⁵. Sin embargo, el propio

⁷¹ Vid. *Les accords de Schengen: Abolition des frontières intérieures ou menace pour les libertés publiques? Actes du colloque tenu à Luxembourg les 18 et 19 juin 1992*, Institut européen d'administration publique, Maastricht, Pays-Bas, 1992; H. Blanc, "Schengen: le chemin de la libre circulation en Europe", *Revue du Marche Commun*, núm. 351, 1991, pp. 725; L. Chocheyras, "La convention d'application de l'accord de Schengen", *A.F.D.I.*, 1991, pp. 807-841; J. de Miguel Zaragoza, "La Cooperación Judicial en los Pactos de Schengen", *Boletín Informativo del Ministerio de Justicia*, núm. 1676, 1993, pp. 3427-3441; B. Neel, "L' Europe sans frontières intérieures. L'accord de Schengen", *L'Actualité juridique. Droit administratif*, 1991, núm. 10, pp. 659-679; F.J. Rubio de Urquía, "El acuerdo de Schengen y su convenio de aplicación", *Boletín ICE Economía*, núm. 2289, julio 1991, pp. 2472-2477; J.J.E. Schutte, "Schengen: its meaning for the free Movement of persons in Europe", *Common Market Law Review*, vol. 28, 1991, pp. 549-570, esp. 559-561; J. Villegas Martínez, "El Acuerdo de Schengen y la libre circulación de personas en la Comunidad Económica Europea", *Boletín de Documentación del Ministerio del Interior*, núm. 125, 1991, pp. 39-52; p. weckel, "La convention additionnelle a l'accord de Schengen", *R.G.D.I.Pub.*, t. 95, 1991, pp. 404-437.

⁷² Vid. *Circular 2/92, de 17 de enero de 1992*, de la Dirección General de la Policía. Comisaría General de Documentación.

⁷³ Por este motivo ha sido duramente criticado el SIS: ahora bien, actualmente existen otros muchos sistemas ficheros de intercambio de datos (Europolice Centre de Wiesbaden, Interpol, etc). En realidad, la originalidad del SIS consiste únicamente en el mayor ámbito de aplicación, puesto que es el único que extiende sus competencias a la Europa Occidental (Cf. B. Neel, "L' Europe sans frontières intérieures. L'accord de Schengen", *L'Actualité juridique. Droit administratif*, 1991, núm. 10, p. 665).

Convenio de aplicación, en aras a la protección de la vida privada de las personas en lo referente al tratamiento informatizado de datos, establece en su art. 94 una lista de los elementos que pueden ser objeto de descripción. Además, la Parte Contratante que deba informar sobre alguno de los datos comprobará si la importancia del supuesto concreto justifica la introducción de una descripción en el SIS. De todas formas, los negociadores del Convenio siendo conscientes del peligro que puede entrañar la existencia de estos ficheros y la libre circulación de estos datos, establecieron una doble reglamentación: de un lado, se establece una regulación específica, en el Capítulo 3 del Título IV (arts. 102-118), relativa a la protección de los datos de carácter personal y seguridad de los mismos en el marco del SIS; y de otro, una regulación genérica, sobre protección de los datos de carácter personal, prevista en el Título VI (arts. 126-130). De la lectura de estos últimos preceptos se deduce que la reglamentación genérica no es aplicable para los casos y supuestos que gozan de una reglamentación específica ⁷⁶.

3. Responsabilidad española ante la delimitación de las fronteras exteriores

En este Tratado de aplicación del Acuerdo de Schengen se introduce la preocupación común de coordinar los esfuerzos destinados a poner fin al flujo migratorio clandestino de extranjeros de terceros países. Con la finalidad de reforzar las fronteras exteriores para la lucha contra la inmigración clandestina, ocho Estados han firmado el Acuerdo relativo a readmisión de personas en situación irregular, celebrado en Bruselas el 21 de marzo de 1991 por las partes contratantes en el Acuerdo de Schengen y la República de Polonia ⁷⁷.

En este contexto, por su situación geográfica, frontera exterior en la Comunidad, España debe velar por la legalidad de extranjeros de terceros países a la hora de penetrar en territorio comunitario. Con este objetivo se llevó a cabo el Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992 ⁷⁸. En dicho Convenio se exige la readmisión de los entrados ilegalmente, salvo "a) Para los nacionales de Estados terceros que tengan fronteras comunes con el Estado requirente; b) Para los extranjeros que hubiesen sido autorizados a permanecer en el territorio del Estado requirente con posterioridad a su entrada ilegal; c) Para los extranjeros que, en el momento de su entrada en el territorio del Estado requirente, estén en posesión de un visado o de un permiso de estancia concedido por dicho Estado o que, con posterioridad a su entrada, han obtenido del mismo un visado o un permiso de estancia; d) Para las personas a quienes el Estado requirente haya reconocido la condición de refugiado de acuerdo con la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 (art. 3). Ahora bien, para imponer la readmisión es preciso, según el art. 2, probar, "por cualquier medio, que el extranjero cuya readmisión se solicita proviene efectivamente del territorio del Estado requerido. La solicitud de

⁷⁶ A modo de ejemplo cabe aludir a los arts. 126.4 y 127.3 al establecer que: El presente artículo no se aplicará o no será aplicable a la transmisión de datos prevista en el Título IV (SIS: arts. 92-119).

⁷⁷ BOE, 19-I-93.

⁷⁸ BOE, 25-IV-92: corrección de erratas de la Aplicación provisional del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas (*ibid*, 30-V-92).

readmisión deberá ser presentada en los diez días posteriores a la entrada ilegal en el territorio del Estado requerido. En ella se harán constar todos los datos disponibles relativos a la identidad, a la documentación personal eventualmente poseída por el extranjero y a las condiciones de su entrada ilegal en el territorio del Estado requirente, así como cualquier otra información de que se disponga sobre el mismo. Cuando la readmisión es aceptada, se documenta mediante la expedición por las Autoridades de frontera del Estado requerido de un certificado o de cualquier otro documento en el que se hace constar la identidad y, en su caso, la documentación poseída por el extranjero en cuestión”.

Todo ello nos lleva a concluir la ausencia de uniformidad y las graves dificultades que supone la supresión de fronteras en el territorio de los países Schengen y el grado de dificultad mayor que supondrá para la totalidad del territorio comunitario. Ahora bien, el tratar de coordinar y unificar los criterios ¿conllevará una posible denuncia de todos o de numerosos Canjes de Notas de supresión de visados que España mantiene con terceros países? ¿Es necesario continuar con la línea iniciada con respecto a Marruecos, Túnez y Turquía? ”. El interrogante está abierto por el momento, y la respuesta es incierta como se deduce de la respuesta dada por el propio Ministro del Interior, en una comparecencia en la Comisión de Justicia e Interior, al manifestar que: “si alguien le preguntara qué es lo que ocurrirá más a largo plazo yo tengo claro que en el futuro para entrar en España, que es tanto como entrar en toda la Comunidad Económica Europea, habrá una política común de los países miembros respecto de los visados y probablemente debemos tomar alguna decisión cuando discutamos cómo y en qué condiciones se dan los visados” ⁷⁰. Desde luego cualquier medida que se adopte en el futuro deberá tener presente: de un lado, la Comunicación remitida por el Gobierno al Congreso de los Diputados en diciembre de 1990 sobre “La situación de los extranjeros en España. Líneas Básicas de la política española de extranjería”; y de otro, la Proposición no de Ley aprobada por el Congreso de los Diputados el 9 de abril de 1991 sobre la situación de los extranjeros en España. En ambos textos se explicita que el Gobierno, como ha declarado repetidamente, está decidido a “que se mantenga la tradicional política de apertura hacia los ciudadanos de los países de Hispanoamérica” en especial en la cuestión relativa a la política de exención de visados para los ciudadanos de aquellos países.

4. Eventuales tratados entre España y los países iberoamericanos

La problemática relativa a los nacionales de terceros países sigue siendo, por el momento, competencia de los Estados miembros de las Comunidades Europeas. Sin embargo, por el fenómeno actual de la inmigración en la Europa de los Doce, que se incrementa por la pobreza de los Estados del Sur, y por la masiva entrada de asilados y refugiados, ante la diversidad de políticas y de mecanismos elaborados a nivel de Estados miembros y por la interferencias de las competencias comunitarias, se tratará de llegar a la concertación de las políticas nacionales; aunque, por el momento, en los

⁷⁰ Vid. BOE. 25-VI-92, pp. 21474-21475.

⁷¹ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones Justicia e Interior, IV Legislatura, sesión celebrada el 11 de diciembre de 1991, pp. 10793-10794.*

estudios pilotos para explorar nuevos enfoques, la concertación no parece alcanzar a los temas relativos a la entrada.

La necesidad de elaborar un estatuto de carácter global se ha convertido, en todo acaso, en uno de los objetivos más ambiciosos. Por este motivo, se incorporó el título VI del Tratado de la Unión Europea, relativo a las "Disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior" ⁸¹. De hecho, aunque la política migratoria no se ha comunitarizado en sentido estricto, a excepción de las materias relativas a la concesión de visados (art. 100C), sin embargo se ha consagrado la necesidad de establecer una cooperación en el ámbito de las políticas migratorias.

Por tanto, siendo considerada la entrada y la permanencia de nacionales de terceros países en la Unión Europea como de mero interés común, vamos a averiguar si desde una perspectiva de carácter parcial es posible la comunitarización de estas materias a través de su inclusión en la parte obligatoria del Tratado. A este respecto, no hay que olvidar que la Comunidad tiene la facultad, en el marco del ejercicio de su competencia exterior, de hacer entrar los derechos de los trabajadores extranjeros, nacionales de terceros países, en el orden jurídico comunitario a través de los Convenios de Asociación o de Cooperación ⁸². Desde luego, sería conveniente averiguar si España puede potenciar el nacimiento de nuevos Convenios con los países iberoamericanos ⁸³. Aunque no se descarta la eventual negociación de los mismos por el momento la Unión Europea pretende potenciar la ayuda al desarrollo social y económico de los países subdesarrollados y económicamente débiles, en particular el Magreb y los países Latino-americanos, orientando principalmente dicha ayuda hacia la creación de empleo y el desarrollo de recursos humanos.

⁸¹ En concreto el art. K.1 establece que: "Para la realización de los fines de la Unión, en particular de la libre circulación de personas, y sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, los Estados miembros consideran de interés común los ámbitos siguientes:2) Las normas por las que se rigen el cruce de personas por las fronteras exteriores de los Estados miembros y la práctica de controles sobre esas personas. 3) La política de inmigración y la política relativa a los nacionales de terceros Estados acerca de: a) las condiciones de acceso al territorio de los Estados miembros y de circulación por el mismo de los nacionales de terceros países; b) las condiciones de estancia de los nacionales de los terceros Estados en el territorio de los Estados miembros, incluido el acceso al empleo y la reagrupación familiar; c) la lucha contra la inmigración, la estancia y el trabajo irregulares de nacionales de los terceros Estados en el territorio de los Estados miembros".

⁸² Cf. A. Borrás Rodríguez, "Los ciudadanos no europeos en la Unión Europea", *Sistema*, núms. 114-115, 1993, p. 227.

⁸³ Vid. Acuerdos de asociación de la CEE con Turquía y los Acuerdos de cooperación con los países del Magreb: Túnez, Argelia y Marruecos; y la interpretación del Tribunal de Luxemburgo en algunas decisiones: *Sent. TJCE de 31 de enero de 1991* -en la que se confirma la aplicabilidad directa de las normas contenidas en el Acuerdo de cooperación CEE-Marruecos en materia de no discriminación en las condiciones de remuneración y empleo así como en la seguridad social- y *Sent. TJCE de 16 de diciembre de 1992* -que realiza ciertas matizaciones con respecto a la aplicación del Acuerdo de asociación CEE-Turquía.

V.- CONCLUSIONES

En primer lugar hemos puesto de manifiesto que el tratamiento privilegiado contenido en las normas internas de extranjería es una mera formulación que carece por el momento de efectividad. Confirmando, como hemos expuesto, que la entrada y la residencia con fines de establecimiento está subordinada a la tenencia de un visado o a la obtención de la exención del mismo; y, por otro lado, las autoridades españolas están supeditando la concesión del permiso de trabajo, por la no inclusión de los iberoamericanos en el art. 38 RELOE, a la no disponibilidad de mano de obra española.

En segundo término, con relación a los privilegios previstos en los tratados internacionales se puede afirmar que las cláusulas convencionales son escasas y poco conocidas por los operadores jurídicos (Ej. Convenios de Reconocimiento, Paz y Amistad que incluyen la cláusula de la nación más favorecida o los Convenios de doble nacionalidad con Chile, Perú o Ecuador que incorporan la cláusula de equiparación al nacional).

Por otra parte, son pocos los iberoamericanos que lograr documentarse como comunitarios, puesto que para ello es preciso que ostenten la nacionalidad de un país comunitario junto con la iberoamericana, o que sean familiares de un nacional de los países de la Unión Europea.

Las claras ventajas previstas en el Derecho español de la nacionalidad están todas ellas subordinadas al cumplimiento de las normas de extranjería, ya que el acceso a la nacionalidad española exige la acreditación de una residencia legal en territorio español.

La supresión de fronteras interiores en la Unión Europea supone la necesidad de crear el denominado visado uniforme para estancias inferiores a tres meses. Dicha unificación entre los países signatarios de Schengen será una realidad inminente, que a su vez ha exigido la previa denuncia de algunos Canjes de notas que vinculaban a España con países iberoamericanos (Ej. República Dominicana).

Finalmente, la política común de nacionales de terceros países en el TUE aún está por realizarse. La elaboración de la misma tomará como premisas: la libre circulación de personas: art. 7; armonización del visado: art. 100; y el Título VI del TUE (art. k.1.). De todas formas, España se podría convertir en país mediador para lograr eventuales tratados de Asociación entre la Unión Europea y los países iberoamericanos.