

PASCUAL AGUELO NAVARRO
Abogado del Área de Extranjería
del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza

AURELIA ÁLVAREZ RODRÍGUEZ
Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
de la Universidad de León



REAL E ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE ZARAGOZA

LEY DE EXTRANJERÍA

L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades
de los extranjeros en España y su integración social

- Ley Orgánica 4/2000, anotada y comentada.
- Anexos Legislativos: Índice sistemático de Normativa interna.RD. 766/1992, con la reformas de 1995 y 1997 y RD. 239/2000, de 18 de febrero, sobre regularización de extranjeros.
- Comentarios sobre la Nueva Ley de Extranjería.
- Análisis jurisprudencial imprescindible de las causas de expulsión.
- Bibliografía: monografías y artículos.

ZARAGOZA, MARZO 2000

© Pascual Aguelo Navarro
Aurelia Álvarez Rodríguez

Depósito Legal: Z-676-2000

I.S.B.N.: 84-921186-6-0

Edita: Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza
Tratamientos de Textos y maquetación: María Luz Ascasc
Imprime: Doble Color, S.L., Tiermas, 2. 50002 Zaragoza

**RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS SITUACIONES DE LOS EXTRANJEROS:
COMENTARIO AL TÍTULO II DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000 DE 11 DE ENERO
(ARTS. 23 A 45)**

Por Aurelia Álvarez Rodríguez
Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de León

SUMARIO.- I. Introducción: aspectos generales sobre el título segundo de la nueva ley de extranjería. II. Requisitos establecidos legalmente para hacer efectivo el derecho de entrada al territorio español: 1. Lugares por los que se debe efectuar la entrada y salida: lugares habilitados; 2. Documentación requerida para acceder al territorio español: pasaporte o título de viaje y visado: A) Pasaporte o título de viaje; B) Exigencia de visado: excepciones de la obligatoriedad del visado: a) Regla general: obligatoriedad de visado; b) Excepciones a la obligatoriedad de visado; c) Procedimiento de expedición de visados: solicitud, tramitación y resolución de los visados; d) Clasificación de los visados; C) Exenciones de visado. 3. Entrada por frontera exterior: limitaciones y prohibiciones: A) Requisitos exigidos; B) Limitaciones de entrada; C) Prohibición de entrada; D) Forma de proceder a la denegación de entrada. 4. Salidas del territorio español: A) Salida voluntaria; B) Salida obligatoria. III. Régimen de permanencia de los extranjeros en España previsto en la nueva LOE: 1. Aspectos generales. 2. Estancia y prórroga de estancia. 3. Residencia temporal: A) Autorización temporal ordinaria; B) Autorización de residencia especial: residencia de los ilegales empadronados. 4. Residencia permanente. 5. Otros supuestos de residencia: A) Autorizaciones de residencia especiales; B) Residencia de estudiantes; C) Autorización de residencia a los menores; D) Residencia de apátridas, desplazados y refugiados. IV. Régimen jurídico de las actividades laborales de los extranjeros en España tras la nueva LOE: 1. Introducción. 2. Trabajo por cuenta propia. 3. Trabajo por cuenta ajena: A) Regla general: exigencia de permiso de trabajo: a) Generalidades; b) Tramitación. B) Exención de permiso de trabajo; C) Preferencias a la hora de obtener el permiso de trabajo; D) Contratación pública. 4. Regímenes especiales. 5. Tasas.

I. INTRODUCCIÓN: ASPECTOS GENERALES SOBRE EL TÍTULO SEGUNDO DE LA NUEVA LEY DE EXTRANJERÍA

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero -aplicable desde el 2 de febrero de 2000-, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹, en el título II organiza todos los temas relativos a las situaciones de los extranjeros en España. Este título -arts. 23 a 45- en cuatro capítulos recoge la entrada al territorio español, junto con el establecimiento o permanencia en España, el trabajo de los extranjeros y también el régimen de tasas. En el primero de estos capítulos se establecen los requisitos exigidos a los extranjeros que pretendan acceder de forma regular al territorio español (arts. 23 a 26). En segundo término, se mencionan, de forma bastante escueta, las fórmulas previstas en el régimen general de extranjería para que los no nacionales permanezcan legalmente en España arbi-trando las diferentes situaciones en las que se pueden encontrar dichas personas (arts. 27 a 32). Se prevén las vías y requisitos para que los extranjeros puedan realizar actividades laborales en los arts. 33 a 42 y, finalmente en el cuarto capítulo se establece el pago de unas tasas por los documentos exigidos (arts. 43 a 45).

La lectura inicial y conjunta de todo el título pareciera darnos a entender que la permanencia y trabajo en España se ha simplificado bastante e introduce un sistema muy benévolo al tratar de dotar a los extranjeros de un estatuto de derechos y obligaciones equiparable al

1. BOE, 12-I-2000, pp. 1139-1150; *ibid.*, 24-I-2000, p. 3065. En relación a la elaboración de la Ley (Vid. Proposición de Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie B, núm. 330-1, 4 de noviembre de 1999, pp. 1-14). Tramitación por el procedimiento de urgencia (*Ibid.*, núm. 330-2, 15 de noviembre de 1999, pp. 15). Emisión de dictamen, a la vista del informe elaborado por la ponencia por la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados (Cortes Generales. Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Comisiones, VI Legislatura, núm. 795, 10 de noviembre de 1999, pp. 23693-23733). Dictamen de la Comisión y Escritos de mantenimiento de Enmiendas para su defensa ante el Pleno (BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie B, núm. 303-3, 19 de noviembre de 1999, pp. 17-30). Debate en el Pleno (Cortes Generales. Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, VI Legislatura, núm. 277, 25 noviembre de 1999, pp. 14947-14963, pp. 14967-14969). Escrito de mantenimiento de Enmiendas para su defensa en el Pleno (continuación) (BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie B, núm. 303-4, 26 noviembre de 1999, pp. 31-32). Aprobación por el Pleno (BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie B, núm. 303-5, 30 de noviembre de 1999, pp. 33-46). Texto remitido al Senado (BOCG, Senado, VI Legislatura, Serie III B, núm. 44 (a), 29 noviembre de 1999, pp. 1-17). Ampliación del plazo de Enmiendas (*Ibid.*, núm. 44 (b), 2 de diciembre de 1999, p. 19). Enmiendas (*Ibid.*, núm. 44 (c), 10 de diciembre de 1999, pp. 21-55). Informe de la Ponencia (*Ibid.*, núm. 44 (d), 10 de diciembre de 1999, p. 57). Dictamen de la Comisión Constitucional (Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado. Comisiones, VI Legislatura, núm. 542, 10 de diciembre de 1999, pp. 6-30). Dictamen de la Comisión (*Ibid.*, núm. 44 (e), 13 de diciembre de 1999, pp. 59-80). Dictamen de la Comisión (Corrección de errores (*Ibid.*, núm. 44 (f), 13 de diciembre de 1999, pp. 81-82). Aprobación en el Senado (Cortes Generales. Diario de Sesiones del Senado, VI Legislatura, núm. 156, 16 de diciembre de 1999, pp. 7607-7634). Texto aprobado por el Senado (BOCG, Senado, VI Legislatura, Serie III B, núm. 44 (g), 22 diciembre de 1999, pp. 83-103). Enmiendas del Senado (BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie B, núm. 303-6, 22 de diciembre de 1999, pp. 47-82). Aprobación en el Pleno del Congreso (Cortes Generales. Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, VI Legislatura, núm. 277, 22 diciembre de 1999, pp. 15255-15269, p. 15282). Aprobación en el Pleno del Congreso (BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie B, núm. 303-7, 29 de diciembre de 1999, pp. 83-96); corr. errores (*ibid.*, núm. 303-8, 20 de enero de 2000, p. 97).

que actualmente tenemos los españoles. Es más, se puede avanzar que en algunos aspectos, los preceptos mencionados pueden, incluso, haber alcanzado un nivel de igualdad al nacional -en algunas cuestiones puntuales- más amplio que el que gozan hoy en España los ciudadanos de la Unión Europea². Ahora bien, en todo el título segundo se puede observar un control de los flujos migratorios similar al establecido en la antigua legislación. Así, el capítulo primero sigue considerando la entrada como regular si ésta se realiza por los puestos fronterizos habilitados reuniendo una serie de requisitos más o menos fáciles de cumplir; ahora bien, el gran impedimento sigue siendo el mismo: la necesidad de visado (art. 23.2); y, el régimen de establecimiento, para la realización de actividades laborales por cuenta ajena, en todo caso, está subordinado a la situación nacional de empleo (art. 35.2)³.

De todas formas, antes de dar o apuntar eventuales críticas es necesario hacer un análisis de los requisitos de entrada, para pasar a examinar los supuestos de residencia y los requisitos exigidos al trabajador extranjero para realizar actividades laborales por cuenta propia o ajena. Comenzaremos analizando los requisitos impuestos por la LOE para acceder al territorio español; por ello, aludiremos en primer lugar a los lugares por donde se debe entrar y, posteriormente haremos un examen de la documentación requerida así como de los recursos económicos que se deben justificar.

2. Vid. El Capítulo de este libro en el que se examinamos el régimen de los nacionales de la Unión Europea y de los nacionales de los países partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo tras la entrada en vigor de la Ley orgánica 4/2000.
3. Interesa resaltar que en la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Mixto, de reforma de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, se instauraba un sistema de concesión de autorizaciones -visados y residencia- para, como señalaba expresamente la Exposición de Motivos, «regular mejor la concesión de visados, e introducir nuevas figuras de permiso de entrada, como la estancia temporal para la búsqueda de empleo» (BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie B, núm. 189-1, 2 de abril 1998, pp. 1-8, esp. p. 2). En los arts. 25 a 27 se observa claramente la necesidad de un permiso de residencia para realizar cualquier actividad por cuenta propia o ajena. En todo caso, en el art. 27, en coherencia con toda la propuesta, se disponía que era posible la solicitud de la residencia si se disponía de un oferta de empleo en España (ibid, p. 4). Esta idea se vuelve a reiterar en las Enmiendas presentadas por M. Rivadulla Gracia y D. Lopez Garrido. Dichas Enmiendas fueron defendidas en la Comisión Constitucional en el Congreso por la Diputada M. Rivadulla Gracia en los siguientes términos: «No se ha admitido nuestra propuesta de que hubiese la situación de estancia para búsqueda de empleo, como ha habido en otros países, por ejemplo en Italia. Y una cuestión que no nos acaba de gustar es que se continúa ligando demasiado la residencia al permiso de trabajo. Creemos que eso puede ser todavía motivo de generación de nuevas situaciones de irregularidad, pero un paso muy importante es haber resuelto que las personas que lleven dos años en nuestro país y tengan una oferta de empleo tendrán derecho a la residencia temporal. Esto es lo que nosotros llamamos residencia por arraigo, es una aportación de Iniciativa per Catalunya-Verds, de Izquierda Unida y también en alguna medida de Convergència i Unió, y pensamos que es importante que se haya incorporado» (Cortes Generales. Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Comisiones, VI Legislatura, núm. 795, 10 de noviembre de 1999, pp. 23693-23733, esp. 23695). En cuanto a la Enmienda presentada por el Grupo Mixto, D. López Garrido, en plena votación, defendió esta propuesta en los siguientes términos: «Es una enmienda in voce de adición al artículo 34 y tiene que ver con el hecho de que el Partido Nacionalista Vasco, en su momento, anunció la retirada de una enmienda con la que nosotros nos identificábamos y pensábamos votar a favor. Como esto no será posible porque la ha retirado, presentamos una enmienda in voce, no exactamente en los términos de la enmienda del

II. REQUISITOS ESTABLECIDOS LEGALMENTE PARA HACER EFECTIVO EL DERECHO DE ENTRADA AL TERRITORIO ESPAÑOL

1. Lugares por los que se debe efectuar la entrada y salida: lugares habilitados

En relación al lugar por donde deben pasar los extranjeros se dispone expresamente que éstos sólo podrán acceder al territorio español por los puestos habilitados a tal fin (art. 23.1 LOE)⁴. Suponemos que esta exigencia se debe a que el acceso al territorio español debe ser realizado bajo algún tipo de control. En la ya derogada ley de extranjería se establecía expresamente que la entrada debía ser hecha «bajo el control de los servicios policiales correspondientes» y que dichos puestos «podrán ser cerrados temporal o indefinidamente por el Gobierno, a propuesta del Ministerio del Interior, y, en su caso, del Ministerio de Defensa, cuando concurren circunstancias que así lo aconsejen» (antiguo art. 11.5). El hecho de que en la actual legislación no se aluda a este control no significa que haya desaparecido, pues los puestos existen aunque es cierto que los puestos fronterizos terrestres de carácter fijo fueron eliminados desde que España se incorporó al Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen⁵. No obstante, nuestro país se ha convertido en frontera exterior de la Unión Europea -mejor dicho de los países que han aceptado el acervo Schengen, es decir todos los países menos Reino Unido e Irlanda-⁶.

PNV pero parecida, que pretende añadir como autorización para la realización de actividades lucrativas el siguiente apartado, que sería el 4º, porque entendemos que sería el lugar adecuado para introducirlo en este proyecto de ley. La adición sería la siguiente: El permiso de estancia se concederá también para la búsqueda de empleo, de acuerdo con las normas que reglamentariamente lo regulen. Este sería el texto. Es la forma de evitar que haya una situación de clandestinidad en muchos trabajadores que no encuentran otra vía para buscar empleo que entrar clandestinamente y estar en situación irregular en nuestro país. Eso permitiría evitar esa situación» (ibid., p. 23728).

4. Vid. Arts. 11.3 LOE antigua; arts. 16 a 18 RD 155/96.
5. Mediante la Resolución de 21 de marzo de 1995, de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores se anunció públicamente la obligatoriedad de la totalidad de las disposiciones del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio 1990, que supuso la supresión de las fronteras interiores -inicialmente en siete de los quince países comunitarios- (BOE, 24-III-95, p. 9213; Vid. A. Alvarez Rodríguez, «La entrada en vigor de la libre circulación de personas en siete de los quince países de la Unión Europea», R.E.D.I., 1995-1, pp. 325-332; P. Jiménez de Parga y Maseda, «Reflexiones sobre la puesta en aplicación «en su totalidad», el 26 de marzo de 1995, del Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen de 19-6-1990», RIE, 1995, pp. 909-936). En todo caso, debe tenerse en cuenta que posteriormente se han incorporado otros Estados de la UE -salvo Reino Unido e Irlanda-. La información acerca de los diversos Instrumentos de ratificación de los Estados actualmente vinculados se puede consultar en internet (<http://www.mir.es/extranje/schengen/acuschen.htm>).
6. Para la incorporación del mencionado acervo se firmaron varios Protocolos Anejos al Tratado de Amsterdam, en el que se dispone la aplicabilidad de todas esas disposiciones a los trece Estados firmantes de los mismos. Se excluyen, por tanto, el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda y asume una posición especial Dinamarca. Entre los Protocolos Anejos al TUE y al TCE, el Tratado de Amsterdam incorpora un Protocolo, -Protocolo núm. 2,- por el que se integra el acervo Schengen (BOE, 17-XII-1998, pp. 42308-42310). Según el art. 2 del mencionado Protocolo, dicho acervo es aplicable inmediatamente a trece de los quince países miembros -todos salvo Reino Unido e Irlanda- desde el día de entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, es decir, a partir del 1 de mayo de 1999 (BOE, 7-V-1999, p. 17202). De todas formas, se prevé que estos dos últimos Estados podrán solicitar en cualquier momento participar en alguna o en todas las disposiciones del acervo Schengen (art. 4.2 del Protocolo). De todas formas, en el art. 3 se establece un régimen diferenciado con respecto a Dinamarca que se regula específicamente en el Protocolo núm. 5 sobre la posición de Dinamarca (BOE, 17-XII-1998, pp. 42312-42313).

Por esta razón, sabemos que existe control de autoridades españolas que permitirán o denegarán la entrada en unos puestos fronterizos concretos. En el momento en que España ratificó el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, la totalidad de las fronteras terrestres, puertos y aeropuertos han sido no sólo prefijadas sino que además se enviaron unas listas de las denominadas fronteras consideradas como exteriores. Entre las mismas, por tanto, existencia de un puesto de control de frontera, se enumeran dieciocho puertos⁷, veintiséis aeropuertos⁸ y los cuatro puestos o fronteras terrestres⁹.

Partiendo de lo establecido en la LOE, ciertamente la entrada así como la salida debe ser hecha por los puestos o pasos habilitados al efecto. La regulación relativa a estos puestos, aunque no se diga nada en el nuevo texto, deben tener en cuenta los postulados del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen por lo que no puede ser objeto de ningún comentario¹⁰. Ciertamente, la habilitación de los puestos y así como su eventual cierre es una cuestión que generalmente no afecta directamente a la persona que pretende entrar en España, sino más bien a los responsables de los medios de transporte y de comunicación.

Al extranjero, en cambio, si le afecta directamente el hecho de no entrar en nuestro país por un lugar habilitado al efecto. Ello es así debido a que se considera como infracción grave: «la entrada en territorio español...por lugares que no sean los pasos habilitados» (art. 49.d). Desde luego, lo peor no es la eventual multa entre cincuenta mil una pesetas hasta un millón de pesetas que se puede imponer sino que además cabe la posibilidad de sustituir esta multa por la expulsión del territorio español (art. 53.1)¹¹.

En este ámbito existe un grave problema, pues como hemos apuntado, ya no existen fronteras internas entre los países vinculados por Schengen. Cabe pues, que el extranjero proceda de Andorra, Francia, Marruecos -a través de Ceuta y Melilla- Reino Unido -a través de Gibraltar- o Portugal¹² sin que las autoridades españolas le hayan controlado su entrada; por tanto, es posible la entrada sin que esta persona haya puesto en conocimiento su presen-

7. Las fronteras marítimas españolas son las siguientes: Algeciras (Cádiz), Almería, Barcelona, Bilbao, Ceuta, Gijón, Ibiza, La Coruña, La Luz (Las Palmas), Mahón, Melilla, Palma de Mallorca, San Sebastián, Santa Cruz de Tenerife, Santander, Tarragona, Valencia y Vigo.

8. Las fronteras aéreas españolas son las siguientes: Madrid-Barajas, Barcelona, Gran Canaria, Palma de Mallorca, Alicante, Ibiza, Málaga, Sevilla, Tenerife Sur, Valencia, Almería, Asturias, Bilbao, Fuerteventura, Gerona, Granada, Lanzarote, La Palma, Menorca, Santander, Santiago, Vitoria, Zaragoza, Jerez de la Frontera, Valladolid.

9. Se consideran fronteras terrestres Ceuta, Melilla, La Seo de Urgel y La Línea de la Concepción.

10. Vid. Arts. 3 y 4 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen La importancia de la obligatoriedad de este Convenio viene dada, fundamentalmente, por los preceptos que se engloban en el título II, relativo a la supresión de controles en las fronteras interiores y circulación de personas (BOE, 5-IV-94; corrección de erratas: ibid, 9-IV-94).

11. Vid. Corrección de errores de la LOE (BOE, 24-I-2000, p. 3065).

12. Vid. F. Apraiz Moreno, Derecho de extranjería. Comentario al Real Decreto 155/1996 de 2 de febrero sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España, t. I, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1998, p. 328.

cia en territorio español. Desde luego, si su entrada se realizó por los puestos de otros de los países de Schengen su acceso debe ser considerado regular, eliminando la comisión de cualquier conducta de las descritas en la letra d) del art. 49¹³. Ahora bien, se debería precisar que no es lo mismo que no haya pasado ningún control con el hecho de que no ha comunicado a las autoridades españolas su presencia en territorio español¹⁴.

Los extranjeros, que pretendan entrar en territorio español y procedan de un Estado con el que España haya firmado un acuerdo de supresión de controles fronterizos, tendrán la obligación de declarar la entrada ante las autoridades policiales españolas. De hecho, si el extranjero accede a España por las fronteras exteriores -puertos, aeropuertos o fronteras terrestres señaladas anteriormente- va a ser objeto de control a su entrada. Ahora bien, la desaparición de los controles fronterizos interiores, en concreto los puestos hispano-franceses y los puestos hispano-portugueses, los extranjeros que accedan a España desde territorio francés o desde territorio portugués no serán inicialmente controlados¹⁵.

-
13. Según el art. 22 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen los extranjeros que hayan entrado en un países Schengen y se trasladen a otro están obligados a dar noticia de su presencia en el territorio del Estado en el que están ejerciendo el derecho a circular. La obligatoriedad de este último precepto, para nuestro país, implica que: «los extranjeros que pretendan entrar en territorio español procedentes de un Estado en el que haya entrado en vigor el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen o de cualquier otro Estado, tendrán la obligación de declarar la entrada ante las autoridades españolas. La declaración deberá realizarse en el momento en el que se efectúa la entrada en el puesto policial existente en la frontera. En el caso de que no exista dicho puesto policial, la declaración deberá efectuarse en cualquier Comisaría de Policía u Oficina de Extranjeros en el plazo máximo de tres días a partir de la entrada en España» (Cf. Circular 3/95, de la Secretaria de Estado de Interior). En todo caso, el plazo mencionado, aunque se trate de tres días hábiles, a todas luces parece insuficiente máxime cuando no se han establecido con claridad las consecuencias de la ausencia de la realización de esta formalidad. Así pues, se puede afirmar que han eliminado las fronteras interiores, y por tanto, se pueden cruzar sin que se lleve a cabo ningún control, aunque no ha desaparecido la vigilancia ni el ejercicio de las competencias de policía por las autoridades competentes en virtud de la legislación de cada Parte contratante sobre el conjunto de su territorio, ni las obligaciones de poseer, llevar consigo y presentar títulos y documentos contemplados en su legislación (art. 2.3).
 14. En caso de incumplimiento de estas normas (arts. 19 a 22), a los extranjeros se les puede exigir que abandonen sin demora el territorio de las Partes contratantes. Si no abandonan el territorio voluntariamente o se puede presumir que no lo abandonarán, o si fuera necesaria su salida inmediata por motivos de seguridad nacional o de orden público, los extranjeros serán expulsados. Dicha expulsión podrá realizarse desde el territorio de ese Estado al país de origen del extranjero o a cualquier otro Estado donde sea posible su admisión, en aplicación de las disposiciones pertinentes de los acuerdos de readmisión (art. 23). Especial mención merece el Acuerdo relativo a readmisión de personas en situación irregular, hecho en Bruselas el 29 de marzo de 1991 por las Partes contratantes en el Acuerdo de Schengen y la República de Polonia (BOE, 19-I-93 y 4-II-93; Vid. X. Denoël, «Les accords de réadmission: Du Bénélux à Schengen et au-delà», R.T.D.E., 1993-4, pp. 646-648). En este contexto, España, por su situación geográfica, frontera exterior en la Comunidad, debe velar por la legalidad de extranjeros de terceros países a la hora de penetrar en territorio comunitario. Con esta finalidad se han firmado dos Acuerdos: 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 (ibid, 25-IV-92, corr. 30-V-92); y, el Acuerdo entre el Reino de España y la República portuguesa relativo a la readmisión de personas en situación irregular, hecho en Granada el 15 de febrero de 1993 (ibid, 31-III-95).
 15. Vid. A. Alvarez Rodríguez, «Entrada de extranjeros en el Proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 7/85», Jornada sobre el Reglamento de la Ley de Derechos y Libertades de los extranjeros. Análisis valorativo del proyecto de reforma, Barcelona, Ayuntamiento de Barcelona, CIDOB- Barcelona, 1995, pp. 9-34.

2. Documentación requerida para acceder al territorio español: pasaporte o título de viaje y visado

A) Pasaporte o título de viaje

En nuestra legislación se exige para entrar en territorio español un pasaporte o título de viaje (art. 23.1) y, además, con carácter general será preciso el visado (art. 23.2). En concreto, se dispone que:

«El extranjero que pretenda entrar en España deberá..... hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, que se considere válido a tal fin en virtud de los convenios internacionales suscritos por España» (art. 23.1 LOE).

Desde luego, este apartado no supone ninguna innovación, ya que se trata de una copia de la antigua legislación¹⁶. La entrada se condiciona a que los extranjeros se hallen provistos de la documentación requerida y de medios de vida suficientes para el tiempo que pretendan permanecer en España. Se trata de acreditar medios económicos suficientes (art. 23.1 LOE). Además, en el sujeto no deben concurrir circunstancias negativas, es decir, que «no estén sujetos a prohibiciones expresas» (art. 26). En cambio, en los puestos fronterizos de acceso no parece que a los extranjeros se les exija un certificado médico. Con anterioridad se decía que los extranjeros «deberán someterse a los reconocimientos médicos y a las medidas y controles que exijan los servicios sanitarios españoles, por razones de sanidad pública, en la firma y con las garantías establecidas en los Tratados Internacionales, en los que es parte España, y en las disposiciones vigentes» (antiguo art. 11.2 LOE).

Evidentemente, las autoridades fronterizas podrán rechazar la entrada a quien no reúna estos requisitos, bien porque el extranjero no esté provisto de los documentos requeridos, o bien, porque carezca de los medios de vida exigidos; considerándose como entrada ilegal el acceso por puestos no habilitados, así como el haber entrado en España con documentación defectuosa o sin la documentación requerida (art. 49.d).

B) Exigencia de visado: excepciones de la obligatoriedad del visado

a) Regla general: obligatoriedad de visado

Por otra parte, los extranjeros, que se propongan entrar en territorio español, deberán ir provistos del correspondiente visado extendido en sus pasaportes o documentos de viaje. Con carácter general, en nuestra Ley Orgánica, se establece la exigencia del visado salvo en los casos que mediante un convenio internacional se establezca lo contrario (art. 23.2 LOE)¹⁷.

16. Art. 12.1 de la LOE y el art. 19 del RD 155/96.

17. Para la relación de nacionales de terceros países a los que no se exige visado si pretenden entrar en España para una visita turística por un período inferior a tres meses sin ánimo de realizar una actividad lucrativa o instalar residencia (Vid. J.C. Fernández Rozas y A. Álvarez Rodríguez, *Legislación básica sobre extranjeros*, Madrid, Tecnos, 4ª ed., 1996, pp. 347-544; Para los cambios producidos desde la fecha de publicación del repertorio puede consultarse por Internet (<http://www.mir.es/extranje/confor.htm>).

b) Excepciones a la obligatoriedad de visado

Ciertamente, por regla general, entre los requisitos de entrada en territorio español se dispone que: «Salvo en los casos en que se establezca lo contrario en los convenios internacionales suscritos por España será preciso, además, un visado» (art. 23.2). Ahora bien, no necesitarán visado, según el párrafo segundo y tercero del art. 23 de la nueva LOE, los siguientes extranjeros:

- Los nacionales de países con los que se haya acordado su supresión, en la forma y condiciones establecidos en el Acuerdo correspondiente.
- Los extranjeros titulares de una autorización de residencia en España o documento análogo que le permita la entrada en territorio español.
- Los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo.

De alguna manera todos estos supuestos ya estaban recogidos claramente en el RD 155/96, de 2 de febrero. En todo caso, la alusión al primer grupo no era necesaria, ya que si hay Canje de Notas de supresión de visados, la aplicabilidad del mismo impone la no exigencia de dicho requisito. En cuanto al último grupo se estará a la regulación específica en materia de Asilo¹⁸. Más problemático puede ser interpretar los beneficiarios del segundo grupo. El precepto señala que no se exige visado si el extranjero es titular de una autorización de residencia en España. ¿Cuáles son los documentos que autorizan al extranjero residir en España?. Partiendo de que en este caso la residencia deba ser una residencia autorizada por autoridades españolas serviría, quizá, el haber conseguido una prórroga de estancia (art. 28.2); y, por supuesto, la tarjeta o permiso que autoriza una residencia temporal (art. 29.1), la tarjeta o permiso que autorice la residencia permanente (art. 30), la autorización de residencia que se entrega a los extranjeros desplazados (art. 32), la autorización de residencia otorgada a los estudiantes (art. 40.2). Bueno, nos parece razonable que estas situaciones y cualesquiera otras que aparezcan en la nueva ley como reconocidas en un documento -llámese permiso, tarjeta, certificación- sus titulares no necesitarán estar en posesión de un visado para entrar en España.

Lo que es más difícil de interpretar es si el legislador, al incorporar de forma residual otros documentos análogos, hace referencia a los documentos españoles o expedidos por otras autoridades extranjeras. El extranjero titular de un permiso de residencia, de una autorización provisional de residencia o de una tarjeta de acreditación diplomática expedida por las autoridades de otro Estado con el que España haya suscrito un Acuerdo internacional debe estar comprendido. No existe ningún problema en entender, ya que tenemos un art. 21 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen que nos lo impone, que al nacional de terceros países, residente legal en un Estado parte del Convenio, su permiso de residencia le permite desplazarse sin visado por el resto de los países Schengen, por tanto por territorio español¹⁹.

18. Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado y RD 203/1995, de 10 de febrero.

19. Esta posibilidad también estaba recogida en el art. 20.2.e) del RD 155/96.

Ahora bien, este supuesto al haber sido recogido junto con el supuesto de los extranjeros titulares de un permiso de residencia expedido por autoridades españolas genera cierta confusión porque no son supuestos equiparables. Del actual texto parece que los extranjeros con permiso de residencia expedido por autoridades españolas no tienen que obtener visado durante la vigencia de la autorización de residencia; y los extranjeros con permiso de residencia de un Estado de Schengen están exentos de visado para estancias de menos de noventa días.

c) Procedimiento de expedición de visados: solicitud, tramitación y resolución de los visados

Como ya hemos insistido, la LOE establece con carácter general la obligatoriedad del visado²⁰. Dicho visado debe ser expedido por las representaciones diplomáticas y oficinas consulares de España, que para su concesión atenderán los intereses nacionales de España, así como los compromisos internacionales asumidos por España (art. 25).

En el nuevo texto se hace una remisión al reglamento. No se incorpora el procedimiento de solicitud, documentación y tramitación de expedientes de visados. La solicitud de la petición de visado parece que puede ser presentada por persona diferente al solicitante. Esperemos que como ya se había avanzado en el RD 155/96 sea posible la solicitud a través de representante. Ahora bien, legalmente parece pensarse que en el procedimiento podrá requerirse la comparecencia personal del solicitante.

En todo caso, la autoridad ante las que se haya solicitado el correspondiente visado deberá resolver en el plazo de tres meses²¹. Es posible que las autoridades españolas denieguen la

20. Propuesta de Reglamento del Consejo, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales tienen la obligación de ser titulares de visado para cruzar una frontera exterior y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esta obligación (Vid. Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 26. I.2000, COM (2000) 27 final, 2000/0030 (CNS). En concreto el Anexo I se citan 131 países: Afganistán, Albania, Angola, Antigua República Yugoslava de Macedonia, Antigua y Barbuda, Arabia Saudí, Argelia, Armenia, Azerbaiyán, Bahamas, Bahrein, Bangladesh, Barbados, Belice, Benin, Bielorrusia, Birmania/Myanmar, Bosnia Herzegovina, Botsuana, Burkina Faso, Burundi, Bután, Cabo Verde, Camboya, Camerún, Chad, China, Colombia, Comoras, Congo, Corea del Norte, Costa de Marfil, Cuba, Dominica, Egipto, Emiratos Arabes Unidos, Eritrea, Etiopía, Filipinas, Fiyi, Gabón, Gambia, Georgia, Ghana, Granada, Guinea Bisau, Guinea, Guine Ecuatorial, Guyana, Haití, India, Indonesia, Irak, Irán, Jamaica, Jordania, Kazajistán, Kenia, Kirguizistán, Kiribati, Kuwait, Laos, Lesoto, Líbano, Liberia, Libia, Madagascar, Malawi, Maldivas, Malí, Marianas del Norte (Islas), Marruecos, Marshall (islas), Mauricio, Mauritania, Micronesia, Moldavia, Mongolia, Mozambique, Namibia, Nauru, Nepal, Níger, Nigeria, Omán, Pakistán, Palau, Papúa Nueva Guinea, Perú, Qatar, República Centroafricana, República Democrática del Congo, República Dominicana, República Federal de Yugoslavia (Serbia y Montenegro), Rusia, Ruanda, Salomón (Islas), Samoa Occidental, San Vicente y Granadinas, San Cristobán y Nieves, Santa Lucía, Santo Tomé y Príncipe, Senegal, Seychelles, Sierra Leona, Siria, Somalia, Sri Lanka, Suazilandia, Sudáfrica, Sudán, Surinam, Tailandia, Tanzania, Tayikistán, Togo, Tonga, Trinidad y Tobago, Túnez, Turkmenistán, Turquía, Tuvalu, Ucrania, Uganda, Uzbekistán, Vanuatu, Vietnam, Yemen, Yibuti, Zambia, Zimbabue. En cambio, en el Anexo II se prevé una lista de 43 países a cuyos nacionales no se les va a exigir visado para estancias inferiores a tres meses. Se citan entre estos los siguientes países: Andorra, Argentina, Australia, Bolivia, Brasil, Brunei, Bulgaria, Canadá, Chile, Chipre, Corea del Sur, Costa Rica, Croacia, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, Estados Unidos, Estonia, Guatemala, Hungría, Israel, Japón, Letonia, Lituania, Malasia, Malta, México, Mónaco, Nicaragua, Nueva Zelanda, Panamá, Paraguay, Polonia, República Checa, Rumania, San Marino, Santa Sede, Singapur, Suiza, Uruguay, Venezuela.

21. Desde luego, este plazo no podrá ser modificado por lo que en materia de visados la norma general se mantiene: ahora bien, al haber obviado una disposición imponiendo el silencio negativo es decir al no existir una norma que disponga «transcurrido el plazo para resolver sin que haya recaído resolución expresa, se podrá entender denegado el

petición del visado, pues desde la perspectiva interna no existe ninguna norma que imponga su otorgación. Ahora bien, en caso de denegación ésta será expresa y motivada. En la resolución se deben indicar los recursos que procedan (art. 25.3). Se supera el desastre de la ley anterior en la que incluso se permitía el establecer que no era necesario motivar las denegaciones (antiguos art. 12.2 y 3 LOE).

La denegación parece que sólo es posible en caso de que la entrada de ese extranjero suponga peligro para el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las relaciones internacionales de España. Indirectamente, se está exigiendo que no suponga un peligro para España o para los países con los que España mantiene compromisos internacionales en materia de seguridad. En todo caso, la resolución, ya sea de concesión como de denegación, debe ser notificada al solicitante de forma que garantice la información sobre su contenido y se deben indicar los recursos que, eventualmente, puedan interponerse contra la misma²².

d) Clasificación de los visados

En la LOE no se hace una clasificación o diferenciación de tipos de visado. No obstante, al aludir a unos casos en que se puede denegar sin motivar, señala la existencia de los visados solicitados por aquellos que tienen derecho subjetivo a residir en España.

En concreto al mencionar los visados de residencia de estas personas que «invocan ser titulares de un derecho subjetivo a residir en España reconocido por el ordenamiento jurídico» impone que «la denegación deberá ser, en todo caso, motivada» (art. 25.3). Ciertamente, no se regula en el nuevo texto un procedimiento facilitado de concesión de visado para estas personas aunque tampoco significa que se trate de un olvido, como en la legislación anterior, sino más bien de la necesidad de que todo lo relativo a los visados sea regulado reglamentariamente (art. 25.2). Ahora bien, llegados a ese punto cabe preguntarse ¿Quiénes son los extranjeros que pueden alegar ese derecho a vivir en España?. La respuesta parece clara con respecto a los nacionales de terceros países que tienen derecho a la reagrupación en virtud del art. 2 RD 766/92, es decir para los familiares del régimen comunitario. Además, podríamos pensar que también tienen este mismo derecho subjetivo a vivir en España todos los que tienen derecho a la reagrupación familiar en virtud de lo dispuesto en el art. 17 LOE²³.

Por ello, es preciso utilizar las disposiciones incluidas en la LOE. Sin embargo, los requisitos exigidos para la expedición de los visados no están recogidos, ya que se espera un

visado», debemos entender que se aplica la regla general de que transcurrido dicho plazo sin resolución expresa se entiende que el visado ha sido concedido (art. 43 LRJAP y PAC redactado por la Ley 4/1999).

22. El art. 25.2 dispone que para la concesión se tendrá en cuenta la satisfacción de los intereses nacionales de España, así como los compromisos internacionales asumidos por España. Las causas de denegación deben ser objeto de desarrollo reglamentario.

23. Información sobre visados puede consultarse en Internet (http://www.reicaz.es/información_legal/visado.htm).

desarrollo reglamentario. En todo caso, cuando se desarrolle el reglamento se debe tener muy claro que no sólo reagrupa el extranjero nacional de terceros Estados residente en España sino que también los españoles y los nacionales de la UE o del EEE -con familiares extranjeros²⁴.

Por el momento, la nueva LOE parte del derecho a vivir en familia sólo para los extranjeros residentes²⁵, por lo que el art. 17 dispone que «el extranjero residente tiene derecho a que se conceda permiso de residencia en España para reagruparse con él a los siguientes parientes»:

«a) El cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho o que el matrimonio se haya celebrado en fraude de ley. En ningún caso podrá reagruparse más de un cónyuge, aunque la ley personal de extranjero admita esa modalidad matrimonial. El extranjero residente que se encuentre separado de su cónyuge y casado en segundas o posteriores nupcias sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge y sus familiares si acredita que la separación de sus anteriores matrimonios ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y sus familiares en cuanto a la vivienda común, la pensión al cónyuge y los alimentos para los menores dependientes».

b) Los hijos del residente y del cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o estén incapacitados, de conformidad con la ley española o su ley personal y no se encuentren casados. Cuando se trate de hijos de uno sólo de los cónyuges, se requerirá además que éste ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo. En el supuesto de hijos adoptivos deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España.

c) Los menores de dieciocho años o incapaces cuando el residente extranjero sea su representante legal.

d) Los ascendientes del residente extranjero cuando dependan económicamente de éste y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.

e) Cualquier otro familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias.

f) Los familiares extranjeros de los españoles, a los que nos les fuera de aplicación la normativa sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea»²⁶.

24. En el RD 155/96 no se establecía directamente sino que se formulaba una remisión al art. 54, ubicado en sede de permisos de residencia. En concreto, los arts. 23.2, 28.1 y 2, 30.3 RD 155/99, que regulaban los visados de reagrupación y lo dispuesto en los arts. 54, 56.5 y 7, sobre permisos por reagrupación, se desarrollaron mediante la Orden de 8 de enero de 1999, del Ministerio de la Presidencia, por la que se establecen las normas generales y de tramitación de los expedientes de visado y de los permisos de residencia por reagrupación familiar (BOE, 13-I-99).

25. Vid. M. Moya Escudero, «El derecho a la reagrupación familiar en la Ley de extranjería», *La Ley*, núm. 4982, de 1 de febrero de 2000, pp. 1-8.

26. Las letras a), b), c), d), y e) de este art. 17 LOE se pueden considerar como una reiteración del art. 54 RD 155/96 (Vid. G. Martínez Atienza, *Ley y Reglamento de extranjería. Disposiciones normativas, jurisprudencia y comentarios doctrinales*, Madrid, Editorial Colex, 1996, pp. 214-218; J.L. Requero Ibañez, op. cit. pp. 36-37) y del art. 2.1.

Cabe adelantar, de la lectura del precepto, que la delimitación de los beneficiarios es difícil por la compleja y confusa redacción del art. 17 en su totalidad²⁷. Al examinar los seis supuestos diferentes de eventual reagrupación podemos señalar que en muchos casos va a ser una superación de múltiples obstáculos.

de la Orden de 8 de enero de 1999 (Vid. J.J. Pérez Millá, «Configuración normativa y jurisprudencial de un derecho de reagrupación de la familia», Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 14, 1999, pp. 419-438 esp. pp. 426-428).

27. Una auténtica reagrupación es la que se prevé en la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión, sobre el derecho a la reagrupación familiar. En concreto el art. 5 de la Propuesta mencionada que precisa que miembros de la familia pueden optar a la reagrupación familiar. Expresamente se mencionan los siguientes: «a) Este párrafo se refiere al cónyuge del reagrupante, o pareja de hecho, incluida la pareja del mismo sexo. La disposición sobre la pareja de hecho se aplica solamente en aquellos Estados miembros cuyo sistema jurídico asimile la situación de las parejas de hecho a la de las casadas. Esta disposición no entraña ninguna armonización de las normas nacionales relativas al reconocimiento de las parejas de hecho sino que sólo permite aplicar el principio de igualdad de trato. Con el fin de evitar posibles abusos, la pareja de hecho debe estar vinculada por una relación duradera, lo que puede demostrarse mediante la prueba de la cohabitación o testimonios fidedignos; b) Este párrafo se refiere a los hijos de la pareja, casada o no. No se hace ninguna diferencia de trato con los hijos nacidos fuera del matrimonio, nacidos de matrimonios anteriores o adoptados. No obstante, si la adopción no fue autorizada por la autoridad competente del Estado miembro, deberá ser reconocida por esta autoridad, de acuerdo con las normas de Derecho internacional privado aplicadas por todos los Estados miembros. En consecuencia, la entrada de niños «confiados», según algunas costumbres, no es posible, salvo si la autoridad competente del Estado miembro reconoce que estas costumbres producen los mismos efectos que la adopción.; c) Los hijos de uno sólo de los cónyuges, o de la pareja de hecho, entran también en la categoría de personas que pueden reagruparse. No obstante, el cónyuge o la pareja de hecho que pide la reagrupación debe tener un derecho de custodia efectivo de estos hijos y tenerlos a su cargo. Si el derecho de custodia está compartido, para proceder a la reagrupación se necesita la autorización del otro progenitor. Esta norma permite evitar que la reagrupación anule, de hecho, el derecho de custodia del otro progenitor; d) Este párrafo se refiere a los ascendientes, su reagrupación es posible cuando estas personas ya no tienen ningún apoyo familiar en su país de origen y están a cargo del reagrupante. Esta disposición permite progresar en el sentido de unos derechos comparables entre nacionales de terceros países y ciudadanos de la Unión que ejercen su derecho a la libre circulación: en efecto, las normas de Derecho comunitario prevén la reagrupación familiar de los ascendientes a cargo del trabajador que emigra y de las personas inactivas; e) La norma general es que la reagrupación familiar beneficie a los hijos menores de edad; el presente párrafo introduce una norma específica para el caso de los hijos mayores de edad, cuya reagrupación es posible para hacer frente a situaciones especialmente difíciles. En efecto, no sería oportuno prohibir la reagrupación familiar de un hijo que carece de medios de subsistencia independientes y necesita los cuidados y el apoyo material y emocional de su familia, por ejemplo, debido a una minusvalía grave. 2. Los matrimonios polígamos no son, por regla general, compatibles con los principios fundamentales de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Sin embargo, en la medida en que estos matrimonios se han contraído válidamente en un tercer país, conviene tener en cuenta algunos de sus efectos. Por añadidura, prohibir la reagrupación familiar de manera absoluta equivaldría a privar al cónyuge residente en un Estado miembro de la posibilidad de llevar una vida de familia. Por lo tanto, se prohíbe la reagrupación familiar de varios cónyuges y sus hijos, pero se consiente la reagrupación de una esposa y sus hijos. La reagrupación de los hijos de una segunda esposa es posible solamente cuando el interés del hijo prevalece sobre otras exigencias, por ejemplo en caso de muerte de la madre biológica. 3. El principio general que preside la reagrupación familiar de los hijos exige que estén, de iure y de facto, en una situación de dependencia respecto del reagrupante. La edad de los hijos debe, pues, ser inferior al límite de la mayoría legal fijado por los Estados miembros en su Derecho nacional y no deben estar casados. Esta disposición tiene por objeto, evitar diferencias entre la edad de la mayoría legal de los súbditos nacionales, y la edad requerida para que un hijo pueda beneficiarse de la reagrupación familiar. 4. Cuando el reagrupante es un refugiado, y una vez considerados los factores que le obligaron a huir de su país y le impiden volver al mismo, los Estados miembros deben facilitar la reagrupación familiar de otros miembros de la familia, por ejemplo, los familiares colaterales. Esta disposición recoge uno de los elementos de las Conclusiones del Comité Ejecutivo del Alto Comisariado para los Refugiados de 1981 y de 1999. No obstante, esta posibilidad sólo se refiere a los miembros de la familia que estén a cargo del reagrupante. 5. El principio de no interrumpir o impedir la vida de familia vale también para los nacionales de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro a efectos de estudios. No obstante, debido al período

En principio, el primer grupo de personas eventualmente reagrupables esta compuesto por los cónyuges de los extranjeros residentes. Sin embargo, lo cierto es que las condiciones que debe cumplir el cónyuge son numerosas antes de poder reagrupar. En concreto, la letra a) del art. 17 al referirse al cónyuge impone unos requisitos que implica la superación de una prueba diabólica. No cabe la reagrupación si la pareja se encuentra separada de hecho o de derecho. Esta exigencia responde a la eliminación de un matrimonio ficticio²⁸. Ahora bien, esta idea se vuelve a reiterar desde el momento que se dispone que el matrimonio no debe haberse celebrado en fraude de Ley²⁹. Evidentemente, la separación fáctica es la que se trata de eliminar, pero ésta existe dado que el extranjero reside en España y el cónyuge reagrupante se encuentra normalmente en su país de origen o en otro Estado. Realmente el precepto aludido hace referencia al mantenimiento o no del vínculo conyugal. Desde luego, este vínculo persiste si no existe una disolución del mismo mediante una decisión judicial firme. La complicación de la reagrupación del cónyuge debería haberse eliminado, hubiera bastado

limitado de su residencia y a que, en algunos Estados miembros, no tienen acceso al empleo, los estudiantes no pueden disfrutar de las mismas ventajas que otros residentes. Su derecho a la reagrupación familiar sólo afecta al cónyuge o la pareja de hecho, los hijos menores de edad y los hijos mayores dependientes. Artículo 6. En este artículo se establecen excepciones, respecto de las disposiciones previstas en el artículo 5, en favor de los refugiados que sean menores no acompañados, debido a sus necesidades particulares y su vulnerabilidad. El artículo se inspira en el artículo 22 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989. En primer lugar, se dispone que los padres pueden reunirse con los menores no acompañados, sin que se apliquen las condiciones específicas del punto d) del apartado 1 del artículo 5) (ascendientes a cargo del reagrupante y sin otro lazo familiar en su país de origen). La segunda excepción se refiere a la posibilidad de autorizar la entrada y la residencia de otros miembros de la familia, por ejemplo familiares colaterales, cuando los menores no tienen padres o cuando es imposible encontrarlos. Este artículo se entiende sin perjuicio de las disposiciones nacionales sobre el acceso de los menores no acompañados al territorio de los Estados miembros, su posible devolución o el procedimiento de examen de sus solicitudes de asilo» (Ibid., pp. 16-18).

28. En este sentido se manifiestan numerosas decisiones del Centro Directivo a la hora de examinar los recursos contra la denegación de inscripción de matrimonios celebrados en el extranjero entre español/a y extranjero/a. Entre las últimas dictadas (Res. DGRN 1ª y 2ª de 2, 4ª de 8, 3ª y 4ª de 13, de 24 y de 28 octubre 1998; de 26 julio, 2ª, 3ª, 4ª, 5, 6ª y 7ª de 2, 1ª, 2ª, 4ª de 15, e 16, 2ª de 20 septiembre, 2ª, 3ª, 5ª de 8, 1ª, 2ª, de 13, de 22 octubre, 2ª de 5 noviembre 1999).
29. 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 fácilmente (Vid. A. Álvarez Rodríguez, «Matrimonios mixtos simulados: mecanismos de sanción», Boletín de los Abogados de Aragón, núm. 136, 1995, pp. 41-48; A.L. Calvo Caravaca, y J. Carrascosa González, «Matrimonios de conveniencia y turismo divorcista: práctica internacional española», Actualidad Civil, núm. 6, 1998, pp. 129-140; Mª. Diago Diago, «Matrimonios por conveniencia», A.C., 1996, núm. 14, pp. 329-347; J.J. Ezquerro Ubero, «El Derecho a vivir en familia de los extranjeros en España: Ensayo de valoración de la normativa aplicable», Migraciones, núm. 1, 1997, pp. 177-215; I. García Rodríguez, «La asimilación e integración del extranjero a través del matrimonio: medios de control internos y comunitarios», A.C., 1999, núm. 18, pp. 447-642; id, «Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos», R.E.D.I., vol. L, 1998, pp. 378-384; id, «La celebración e inscripción de matrimonios mixtos», I. García Rodríguez (ed), Las ciudades de soberanía española: respuesta para una sociedad multicultural (Melilla, 6-9 de abril de 1999), Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones de la Universidad, 1999, pp. 205-235; V. San Julián Puig, «Inmigración y Derecho de familia. Estudio de la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de enero de 1995», BIMJ, núm. 1814, pp. 151-172.

con decir que puede reagruparse al cónyuge. Evidentemente, si no ha existido un verdadero consentimiento matrimonial cabe la petición de la nulidad. En todo caso, ya se tienen muchas precauciones y prevenciones para combatir los matrimonios fraudulentos³⁰.

En la nueva regulación volvemos a insistir en la no separación de hecho o de derecho cuando ya se ha puesto de manifiesto -a raíz del RD 737/95-, que esas exigencias son contrarias a la normativa comunitaria³¹. Debería recogerse el término «cónyuge» sin ningún tipo de limitación. En todo caso, la mención de la exigencia de la no separación fáctica -es decir que el cónyuge no se encuentre separado de hecho- implica la injerencia en la intimidad de la pareja, con la correspondiente investigación policial, que puede ser contraria al principio constitucional de derecho a vivir en familia³².

Y, por último, se está erradicando la eficacia en España del matrimonio poligámico³³. Desde esta perspectiva insiste en la imposibilidad de la reagrupación de más de un cónyuge. Por supuesto que tampoco se admite la mera convivencia para poder proponer el derecho a la reagrupación³⁴.

30. De hecho, ya se aplica la Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997 (Vid. I. García Rodríguez, «Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos», R.E.D.I., vol. L, 1998, pp. 378-384).

31. Vid. art. 10.1 y 2 del Reglamento 1612/68; art. 1 de la Directiva 68/360/CEE; art. 1 del Reglamento 1251/70, que incorpora por referencia el art. 10 del Reglamento 1612/68; art. 1 de la Directiva 75/34, por referencia al art. 1 de la Directiva 73/148; art. 1.2 de la Directiva 90/364; art. 1.2 de la Directiva 90/365 y art. 1.2 de la Directiva 93/96.

32. Cf. S. Bernardo, A. Vilas y L.I. Cuadra, «Reagrupamiento familiar», Jornada sobre el Reglamento de la Ley de Derechos y Libertades de los extranjeros. Análisis valorativo del proyecto de reforma, Barcelona, Ayuntamiento de Barcelona, CIDOB- Barcelona, 1995, p. 54. Por motivo semejante nos parecen criticables los arts. 1.a), b) y c), art. 11.3 y art. 12.3 del Proyecto de R. Decreto sobre entrada y permanencia en España de familiares de ciudadanos españoles, que no sean nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea o de otros Estados partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 16 de febrero de 1998. El último precepto mencionado, en concreto, para el caso de la renovación de permisos de residencia se establece: «En todo caso y con objeto de poder valorar correctamente la concurrencia del requisito de convivencia entre los cónyuges, el órgano instructor podrá interesar informe al respecto de los servicios de la Administración General del Estado».

33. Debe tenerse presente que algunos de los efectos de estos matrimonios deberían haber sido tomados en consideración. En esta línea parece que se mantiene la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión, sobre el derecho a la reagrupación familiar (Vid. Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 1.12.1999, COM (1999) 638 final, 1999/0258 (CNS). En concreto el art. 5.2 de la Propuesta mencionada dispone que: «Los matrimonios polígamos no son, por regla general, compatibles con los principios fundamentales de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Sin embargo, en la medida en que estos matrimonios se han contraído válidamente en un tercer país, conviene tener en cuenta algunos de sus efectos. Por añadidura, prohibir la reagrupación familiar de manera absoluta equivaldría a privar al cónyuge residente en un Estado miembro de la posibilidad de llevar una vida de familia. Por lo tanto, se prohíbe la reagrupación familiar de varios cónyuges y sus hijos, pero se consiente la reagrupación de una esposa y sus hijos. La reagrupación de los hijos de una segunda esposa es posible solamente cuando el interés del hijo prevalece sobre otras exigencias, por ejemplo en caso de muerte de la madre biológica» (Ibid., pp. 16-18).

34. Vid. I. Lázaro González, *Las Uniones de hecho en el Derecho internacional privado español*, Madrid, Tecnos, 1999. En todo caso, también se debe tener en cuenta para el futuro la Proposición para un Convenio Europeo o para una Directiva europea sobre el Derecho a vivir en familia, adoptadas y presentadas por el Consejo de la Coordinación europea, en su sesión de 30 de septiembre de 1995. En esta propuesta se apunta que por cónyuge se entiende: «la persona que está unida al sujeto por el lazo del matrimonio o cualquier otro acto de reconocimiento de lazos que

En cuanto al segundo grupo de personas que pueden ser reagrupadas, y por tanto, tienen derecho subjetivo a vivir en España, la nueva reglamentación sólo incluye a los hijos menores de dieciocho años, por lo que ignora a otros descendientes menores que hayan vivido o vivan a cargo del extranjero que pretende reagrupar -es decir olvida a los nietos de los extranjeros que pueden ser englobados entre los familiares-. Además, se ha elegido a los menores de dieciocho años y que no estén casados³⁵. Ciertamente, la legislación española se percata de que los hijos con derecho a reagrupación pueden ser tanto biológicos como adoptivos; es más, incluso, se prevé el supuesto de la adopción constituida fuera de España. Esta cuestión se haya expresamente recogida al disponer que «deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efecto en España». Teniendo en cuenta el tenor literal del apartado 5 del párrafo 5º del art. 9 Cc «no será reconocida en España como adopción la constituida en el extranjero por el adoptante español, si los efectos de aquélla no se corresponden con los previstos por la legislación española». Es decir, que la institución extranjera debe cumplir los siguientes requisitos: que se establezca una relación filial entre el adoptante y el adoptado, que se produzca una ruptura con la familia biológica anterior y, que sea irrevocable³⁶. En cuanto a este último requisito debe tenerse en cuenta que «la atribución por la ley extranjera de un

produzcan efectos equivalentes». También se prevé en el art. 4 del Convenio de Naciones Unidas de 1990, que dispone: «A los efectos de la presente Convención, el término «familiares» se refiere a las personas casadas con trabajadores migratorios o que mantengan con ellos una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio» (Vid. A. Alvarez Rodríguez, «El Contenido jurídico de la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias, de 18 de diciembre de 1990», Migraciones, núm. 5, 1999, pp. 121-160, esp. p. 135).

35. Si lo comparamos con el RD 766/92 observamos una reducción de la edad, en el régimen comunitario se incluyen a todos los descendientes menores de veintiún años o a cargo del nacional comunitario. Desde luego, la reducción de los veintiún años a los dieciocho años no está justificada y la exclusión de los casados menores de esa edad o que vivan a expensas del nacional comunitario no parece acorde con la normativa aludida. Ahora bien, el art. 5.3 de la Propuesta de Directiva presentada por la Comisión, sobre el derecho a la reagrupación familiar señala que: «el principio general que preside la reagrupación familiar de los hijos exige que estén, de iure y de facto, en una situación de dependencia respecto del reagrupante. La edad de los hijos debe, pues, ser inferior al límite de la mayoría legal fijado por los Estados miembros en su Derecho nacional y no deben estar casados. Esta disposición tiene por objeto, evitar diferencias entre la edad de la mayoría legal de los súbditos nacionales, y la edad requerida para que un hijo pueda beneficiarse de la reagrupación familiar». No obstante, es necesario precisar que el art. 5 e) apunta que «La norma general es que la reagrupación familiar beneficie a los hijos menores de edad; el presente párrafo introduce una norma específica para el caso de los hijos mayores de edad, cuya reagrupación es posible para hacer frente a situaciones especialmente difíciles. En efecto, no sería oportuno prohibir la reagrupación familiar de un hijo que carece de medios de subsistencia independientes y necesita los cuidados y el apoyo material y emocional de su familia, por ejemplo, debido a una minusvalía grave» (Vid. Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, I.12.1999, COM (1999) 638 final, pp. 16-18).

36. Vid. M^a. V. Cuartero Rubio, «Adopción internacional y tráfico de niños», BIMJ, 1840, 1999, pp. 405-418; C. Esplugues Mota, «El «nuevo» régimen jurídico de la adopción internacional en España», Riv. dir. int. pr. proc., 1997, pp. 59-74; J.L. Esquivias Jaramillo, Adopción internacional, Madrid, Colex, 1998; P. Orejudo Prieto, «El certificado de idoneidad de los adoptantes en el marco de la prevención del tráfico internacional de menores (con especial referencia a las adopciones rumanas)», Aranzadi Civil, octubre 1998, pp. 13-26; J.M^a. Uhia Alonso, «Problemática de tipo legal derivada de la internacional», La Ley, núm. 4480, de 16 de febrero de 1998, pp. 1-5.

derecho de revocación de la adopción no impedirá el reconocimiento de ésta si se renuncia a tal derecho en documento público o por comparencia ante el encargado del Registro Civil»³⁷.

El tercer grupo, los menores de dieciocho años o incapaces cuyo representante legal sea residente extranjero también puede solicitar y obtener la reagrupación familiar. En todo caso, nos parece que podría o debería ser ampliado a los menores o incapacitados cuyo representante legal fuese un español. Ello, debido a que en la actualidad los extranjeros incapacitados bajo patria potestad o tutela de un español no se convierten automáticamente en españoles, por lo que sería conveniente que se les permitiera obtener el tipo de visado que estamos analizando.

Por otra parte, la reagrupación de ascendientes está subordinada a la exigencia de justificar la necesidad de autorizar su residencia en España. Se debe puntualizar que algunos de estos ascendientes también pueden quedar englobados entre los familiares de los nacionales comunitarios. Cuando esto suceda no se les podrá imponer este último requisito debido a que en la normativa comunitaria se exige sólo demostrar el parentesco y la dependencia económica con respecto al nacional comunitario. Se debería haber eliminado el requisito de que existan «razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España» y ampliarse a los ascendientes del cónyuge, ya que desde el momento que dependan económicamente del residente extranjero, está justificada su residencia en España junto a sus descendientes³⁸.

Lo que sí debe tenerse en cuenta son las letras e) y f) del art. 17, pues, inicialmente, el RD 766/92 no está favoreciendo la reagrupación de otros miembros de la familia que se encontrasen o viviesen a cargo del trabajador. En cambio, en la LOE se prevé que los extranjeros residentes en España puedan solicitar la reagrupación de otros familiares diferentes de los enumerados hasta el momento siempre que existan razones humanitarias para ello. Lógicamente, si algunas normas comunitarias permiten la reagrupación de otros familiares y el art. 1.2 de la LOE admite la aplicación del régimen general por ser más beneficioso, se podría concluir que cabe la reagrupación de esos familiares que estrictamente no son ni cónyuge ni descendiente o ascendiente a cargo.

Finalmente, debe ser elogiada la letra f) del art. 17 de la LOE, pues es el único precepto en el que se ha recordado que el reagrupante no es un extranjero residente sino un español. En este caso podemos pensar que los familiares pueden ser tanto por vía de consanguinidad como por vía de afinidad. Sabemos que el cónyuge del español no separado tiene derecho a la reagrupación en virtud del art. 2 RD 766/92. Ahora bien, los descendientes del español y los de su cónyuge así como los ascendientes del español o de su cónyuge no parece que tengan cabida en ese precepto. Por este motivo, el art. 17 f) de la LOE, podría incluir, inicialmente, como familiares: a los descendientes tanto del español como su cónyuge; por supuesto, no

37. Art. 9.5 Cc in fine tras la reforma operada por la Ley 18/1999, de 18 de mayo (BOE, 19-V-99). Ciertamente esta reforma pone fin a los problemas generados por la denegación de inscripción de numerosas adopciones constituidas fuera de España (Vid. M. Ballesteros de los Ríos, «Reconocimiento de efectos en España a las adopciones constituidas ante la competente autoridad extranjera», *Aranzadi Civil*, 1999-I, pp. 1733-1753).

38. Cf. S. Bernardo, A. Vilas y L.I. Cuadra, «Reagrupamiento familiar», op. cit., p. 55.

sólo se debe pensar en hijos sino también en nietos; y también, a los ascendientes tanto del español -es posible que sean extranjeros- como de su cónyuge³⁹. En todo caso, el término familiar permite la ampliación a los hermanos, tíos, sobrinos, etc.,

Desde luego, esta letra f) del art. 17 pone fin a una laguna existente en nuestro Ordenamiento, que estaba generando problemas e interpretaciones restrictivas. En todo caso, la interpretación que acabamos de apuntar puede ser objeto de desarrollo reglamentario, a realizar en el plazo legalmente previsto -seis meses- (Disposición final 6ª LOE). Esperemos que dicho desarrollo mantenga la interpretación más amplia posible para ser acorde con la filosofía reinante en la aprobación de la LOE y en las propuestas de modificación de las normas comunitarias sobre reagrupación familiar⁴⁰.

Por último, para finalizar los aspectos relativos a los visados de las personas que tienen derecho subjetivo a vivir en España -extranjeros con derecho a reagrupación familiar-, debemos apuntar que las autoridades españolas pueden denegar la concesión del visado, pues desde la perspectiva interna no existe ninguna norma que imponga su otorgación. Por el momento, el art. 25.3 de la LOE sólo impone que «la denegación deberá ser, en todo caso, motivada»⁴¹. Se trata de una concesión facultativa aunque en este caso parece reglada por el derecho subjetivo de la persona a vivir en familia.

C) Exenciones de visado

No se entienden los motivos por los cuáles en el nuevo texto no se incorpora un procedimiento facilitado de concesión de visado para los extranjeros con derecho a reagrupación familiar que se encuentren de forma irregular en territorio español. Máxime cuando nuestras autoridades han concedido la exención del visado, tanto a extranjeros no comunitarios casa-

39. Hay que tener presente, aunque sea en materia de exención de visado, que las autoridades administrativas españolas rechazaban las solicitudes hechas por ascendientes de españoles. En concreto se puede observar en el fallo recogido en la Sent. T.S. (Sala 3ª.-Sección 6ª) de 3 junio 1999. En dicho supuesto se trata de una ciudadana marroquí que convive en España con su hija y yerno, ambos de nacionalidad española. Ante este supuesto de denegación inicial de la exención de visado, el TS sostiene, en una línea que debe ser objeto de elogio, que: «...no existe duda respecto de su aplicación en los supuestos de reagrupación de hijos con sus padres, tampoco debe haberla en el caso inverso, es decir cuando son los padres, o uno de ellos, los que se trasladan para reagruparse con sus hijos o residentes legalmente en España» (RAJ, 1999, núm. 5642).

40. En la propuesta de reforma del Reglamento 1612/68 incluye no sólo al cónyuge sino también a las personas que mantienen una relación estable (Vid. Supra Nota 34). Aunque por la puerta lateral en alguna decisión se ha dado entrada a los extranjeros que cohabitaban de hecho con nacionales de la UE como se puede observar en la Sent. TJCE de 17 abril 1986, Asunto 59/85, Estado de Holanda/Reed (Rec., 1986-4, pp. 1283).

41. No olvidemos que además debe señalarse los plazos para los eventuales recursos y órgano ante el que se puede recurrir. En principio, la competencia para conocer de un recurso contra la denegación de un visado parece que le corresponde a la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Además, en virtud de lo dispuesto en el art. 59.2 si el extranjero se halla fuera de España, cabe cursar este recurso, tanto en vía administrativa como jurisdiccional, a través de las representaciones diplomáticas o consulares o de organizaciones de asistencia a la emigración debidamente apoderadas.

dos con nacionales de los países comunitarios⁴², como a extranjeros no comunitarios casados con españoles o que convivían de forma estable con españoles⁴³.

El texto (art. 25) da una vuelta de tuerca restrictiva a la política de visados. Solo en casos excepcionales, por razones humanitarias, de colaboración con la justicia o atención sanitaria se podrá eximir del requisito del visado consular por el Ministerio del Interior⁴⁴. Cuando la exención se solicite como cónyuge de residente, se deberán reunir las circunstancias del artículo 17 a) (reagrupación familiar) y acreditar la convivencia al menos durante un año y que el cónyuge tenga autorización para residir al menos otro año⁴⁵.

Ahora bien, es posible que el nacional de terceros países con derecho subjetivo a vivir en España, por ser familiar -de un nacional comunitario, de un español, o de un extranjero con derecho a reagrupación-, se encuentre en España sin visado o con visado caducado. En este supuesto el extranjero deberá acreditar que ha sido eximido con anterioridad de la obligación del visado. La obtención de dicha exención se dará «excepcionalmente, por motivos humanitarios, de colaboración con la Justicia o de atención sanitaria, podrá eximirse por el Ministerio del Interior de la obligación de obtener el visado y cumplan los requisitos para obtener un permiso de residencia»⁴⁶. Para evitar posibles arbitrariedades a la vista de los conceptos jurídicos indeterminados que se incorporan en el precepto mencionado, el propio texto prevé un supuesto en el que se entiende que existen o concurren las circunstancias excepcionales, en concreto, dispone que: «cuando la exención se solicite como cónyuge de residente, se deberán reunir las circunstancias del artículo 17 y acreditar la convivencia al menos durante un año y que el cónyuge tenga autorización para residir al menos otro año».

42. Esta línea se observa en la Sent. Trib. Sup. de Justicia de Canarias de 15 de mayo de 1991 en la que se concede la exención del visado a un argentino casado con una italiana que reside y trabaja en España. Para dicha concesión el juez tiene en cuenta el derecho a la libertad de circulación de trabajadores que preside el TCEE y la interpretación del art. 10 del Reglamento 1612/68 (RGD, núm. 568-569, 1992, pp. 887-888).

43. La Sent. Trib. Sup. de Justicia de Canarias de 7 de diciembre de 1990 exime de la presentación de visado de entrada a un guineano que convive de forma estable con una española. Entre los argumentos, se alude expresamente a «cierto arraigo familiar, al convivir con miras de matrimonio con española, durante un tiempo apreciable, de la que tiene un hijo, sobre el que ostentan la patria potestad (art. 162 Cc) que comprende los siguientes deberes y facultades: 1. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y proporcionarles una formación integral; 2. Representarlos y administrar sus bienes» (RGD, núm. 567, 1991, pp. 11023-11025).

44. En una Enmienda presentada por el Grupo Mixto (M. Rivadulla Gracia) se pedía la exención del visado a «A los extranjeros que se encuentren ya en territorio español y cumplan los requisitos para obtener un permiso de residencia, se les eximirá de la obligación de obtener el visado». Dicha Enmienda fue defendida por su autora en la Comisión Constitucional en el Congreso en los siguientes términos: «... nosotros pensamos que para los extranjeros que ya se encuentran en nuestro país el procedimiento habitual debería ser la exención de visado y no obligarles a retornar a su país de origen» (Cortes Generales. Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Comisiones, VI Legislatura, núm. 795, 10 de noviembre de 1999, pp. 23693-23733, esp. 23695 y p. 23710).

45. De esta forma la restrictiva regulación legal de los supuestos pueden dar carpetazo a una abundante y generosa jurisprudencia de los Tribunales contenciosos administrativos.

46. Se da un paso a tras frente a la vieja LOE en tanto que era posible la otorgación de la exención de visado siempre que en el interesado concurrieran razones suficientes. Ahora bien, la nueva legislación prácticamente reitera el art. 56.9 RD 155/96 que literalmente dispone: «Excepcionalmente, por motivos de interés público, humanitarios, de colabo-

Desde luego, esta última exigencia nos permite intuir que no se está pensando en los cónyuges de los españoles, pero en todo caso, el español que no necesita permiso o autorización para residir en España cumple este requisito ya que tiene derecho subjetivo a vivir en territorio español, al igual que los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea que gozan de este mismo derecho⁴⁷. Por tanto, aunque en principio se contemple la necesidad de estar autorizado, no debe pensarse en la necesidad previa de una autorización de residencia temporal (art. 29 LOE) o de una autorización de residencia permanente (art. 30 LOE) o de una tarjeta de residencia (art. 10 RD 766/92).

Desde luego, la interpretación jurisprudencial en pro del extranjero y en contra de la administración⁴⁸, probablemente sea una de las razones por las que se haya procedido a regular expresamente la exención de visado por reagrupación familiar de los cónyuges y se consideran como causas excepcionales para conceder la exención de visado, pues, de otra forma, éstas eran interpretadas según la autoridad que debía resolver. Desde luego, la reagrupación familiar solo está prevista para el extranjero residente que podrá solicitar y obtener la reagrupación del cónyuge del residente, siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho o que el matrimonio se haya celebrado en fraude de ley...» (art. 17 a) y además «acreditar la convivencia al menos durante un año» (art. 25.1 in fine LOE). Con respecto a la legislación anterior, que exigía un plazo de tres años previos de matrimonio⁴⁹, supone un avance; no obstante, se incorpora la no exigencia de separación de hecho ya superada.

En definitiva, de estas disposiciones se deduce que los nacionales de terceros países casados con nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y de los Estados pertene-

ración con la justicia o de atención sanitaria, y siempre que se pueda presumir la buena fe del solicitante, podrá concederse la exención de visado por la autoridad competente para la resolución, en los términos que se determinen por el Ministerio de Justicia e Interior» (BOE, 21-II-96).

47. Ello implica que los españoles casados con extranjeros se vean discriminados con relación a los que han contraído el vínculo matrimonial con un español o con un nacional de la UE o del EEE. De todas formas se muestra contraria a esta tesis la Sent. T.S. (Sala 3ª. Sección 7ª) de 19 junio 1998 (La Ley, núm. 4587, 20 julio 1998, pp. 6-7).
48. A modo de ejemplo se puede reseñar que se ha otorgado la exención de la obligación de visado de residencia y se considera razones excepcionales el arraigo familiar concretamente el matrimonio de extranjero con española: Vid. Sent. T.S. (Sala 3ª. Sección 6ª) de 17 octubre 1997 (RAJ, 1997, núm. 7645). También debe considerarse que concurren razones excepcionales en el caso de arraigo familiar en tanto que la hermana mayor, de nacionalidad española, y a cuyas expensas vive del solicitante: Vid. Sent. T.S. (Sala 3ª. Sección 6ª) de 22 octubre 1997 (ibid, 1997, núm. 7459) o en el supuesto en que dos de los hijos de los recurrentes estaban dados de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social (desde 1987 y 1992), uno de los cuales es titular de un permiso de trabajo por cuenta propia... y además de haberse presentado tarjeta de familia de residente comunitario de una hija: Vid. Sent. T.S. (Sala 3ª. Sección 6ª) de 14 abril 1998 (ibid, 1998, núm. 3825):
49. Con mayor dureza la Orden de 11 de abril de 1996 sobre exenciones de visado, a este respecto, en el art. 2.f) establecía que se concederá la exención de visado a: «Extranjeros que sean cónyuges de español o de extranjero residente legal, nacional de un Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de derecho y que acrediten un período previo de matrimonio de tres años a la fecha de la solicitud» (BOE, 17-IV-1996; J.L. Requero Ibañez, op. cit., p. 37).

cientos al EEE no podrán obtener la exención de visado si no acreditan un período previo de matrimonio de un año a la fecha de la solicitud. Es decir, que mediante esta interpretación, cabe concluir que los nacionales de terceros Estados cónyuges de comunitarios o de españoles que no cumplan con el plazo señalado de vida conyugal no pueden obtener la tarjeta de residencia. Por ello, se está generando un incremento del número de extranjeros en situación «irregular» y, en todo caso, no sólo se vulnera el Ordenamiento Comunitario sino también el derecho fundamental a vivir en familia⁵⁰.

Para evitar esta infracción se debe entender que dicho plazo no es necesario, como se entendió con respecto a la interpretación de la anterior regulación. Son varios los fallos judiciales que avalaban su contrariedad con los Derechos Humanos, con el Derecho comunitario, e incluso con la propia Constitución española. En todo caso, era ilegal puesto que la vieja LOE preveía la exención de visado si concurrían razones suficientes. Desde luego, razonable y suficiente es el vínculo matrimonial sin exigencias de plazos⁵¹. En este sentido, la Sent. Trib. Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 29 noviembre 1999, afirma que:

«Cuarto.- Procede, finalmente hacer dos precisiones, la primera que frente a las manifestaciones efectuadas por la demanda en su contestación, este Tribunal ha declarado en sentencias nº 567/99 de 14 de septiembre de 1999 (recurso nº 468/99; y nº 568/99, de 16 de septiembre de 1999, (recurso nº 488/99), que por prescripción legal, los cónyuges que contraen matrimonio de conformidad con el derecho español asumen la obligación de vivir juntos, estableciéndose la presunción legal iuris tantum (artículo 69 del Código Civil) de que los cónyuges se encuentran en esta situación de convivencia, salvo que se produzca separación de derecho. De forma que, en tanto no se rompa la presunción mediante prueba en contrario, debe presumirse que la persona recurrente goza de una situación de convivencia matrimonial estable con su cónyuge de

50. En este sentido, la Sent. Trib. Superior de Justicia del País Vasco (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 29 noviembre 1999, afirma que: «Y del mismo modo entiende vulnerados los artículos 14, 18 y 19, en relación con el art. 10.2 de la Constitución Española, el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales; la Directiva Comunitaria 68/364/CEE; el art. 3.2 de la Directiva Comunitaria 68/360/CEE; el art. 19.6 de la Carta Social Europea; el art. 12 del Convenio Europeo sobre Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante; y las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo números 86 y 151, al denegar la exención de visado sobre la base de la aplicación del apartado segundo, punto 2 f) de la Orden de 11 de abril de 1996».

51. Vid. Sent. T.S.J. del País Vasco (Sala de lo Contencioso Administrativo), de 30 septiembre 1997, al señalar que: «...Es igualmente nulo el citado apartado (2.2f) por contravenir lo dispuesto en normas de rango constitucional, suponiendo una violación del art. 14 de la Constitución al limitar su protección jurídica sin razón alguna que justifique tal discriminación a aquellas familias en las que el matrimonio tiene tres años de antigüedad haciendo de peor condición a las que no tienen esa antigüedad. Además, señala, el citado apartado (2.2f) de la O.M. de 11 de abril de 1996 es igualmente nulo por contravenir lo dispuesto en el Derecho Comunitario y, especialmente, lo prevenido en las Directivas Comunitarias 90/364/UE y 68/360/UE en la medida en que no cumple el mandato comunitario de conceder todo tipo de facilidades para acceder a dicho documento, impidiendo así el derecho a la libre circulación de las personas consagrado por los tratados constitutivos de la Unión» (inérita); comentada por D. Blanquer, «Familia y matrimonio en la Ley de extranjería. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 30 de septiembre de 1997», REDA, núm. 99, 1998, pp. 443-464). Esta decisión ya ha sido reiterada por la Sent. T.S.J. del País Vasco (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 25 febrero 1999 (inérita); y por la Sent. T.S.J. del País Vasco (Sala de lo Contencioso Administrativo) de 29 noviembre 1999 (inérita).

nacionalidad española. Esta situación de convivencia estable forma parte del objeto de la garantía del derecho a la protección de la familia y de la intimidad familiar (sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en caso Marckx de 13 de junio de 1979, reiterada, entre otras, en las de 18 de mayo de 1985, caso Cabales, 18 de diciembre de 1986, caso Roy Johnston, y 29 de enero de 1997, caso M. Bouchelkia) Por lo que, sujeta a la persona extranjera al deber administrativo que concluye con el acto de supervisión pública de la voluntad de ejercer el derecho que le habilita para residir en el país en el que tiene legalmente establecido el domicilio conyugal, no cabe obligarle a cumplir este deber en la forma más gravosa de las dos posibles, cual es viajando al país de origen para obtener un visado consular que podría dilatarse o denegarse, esta fórmula supone para la extranjera que convive establemente en el domicilio conyugal la imposición de una situación de excepcional gravamen para la vida familiar que legitima como única opción jurídicamente válida para esa concreta situación la opción alternativa de que la autoridad gubernativa otorgue la exención de la obligación de obtener un visado consular de residencia»⁵².

La existencia de esta decisión judicial es un avance importante no sólo para evitar el nacimiento o el mantenimiento de situaciones de irregularidad sino también para perpetuar el derecho a vivir en familia. Debe retenerse que, en ausencia de la exención de visado, el extranjero con derecho subjetivo a vivir en España por reagrupación familiar se ve obligado a abandonar el territorio español para ir a su país de origen y sólo podrá volver a nuestro país después de solicitar y obtener el visado⁵³.

3. Entrada por frontera exterior: limitaciones y prohibiciones

A) Requisitos exigidos

En frontera se podrá examinar si el extranjero cumple con todos los requisitos establecidos, tanto pasaporte como visado. En el momento de entrar a España, los extranjeros deben acreditar que cuentan con medios económicos suficientes para su estancia en territorio español⁵⁴. En la legislación actual no se prevé la necesidad de superar ningún control sanitario.

B) Limitaciones de entrada

Los funcionarios encargados del control verificarán que los extranjeros se encuentran provistos de la documentación exigida⁵⁵ y de medios económicos suficientes. Dichos encar-

52. Vid. Sent. T.S. (Sala 3ª) de 4 octubre 1994 (RAJ, 1994, núm. 7411) de 10 octubre 1994 (ibid, 7412), de 22 diciembre 1995 (ibid, 1995, núm. 9515) y de 14 febrero 1997 (ibid, 1997, núm. 1486).

53. En algunas decisiones se procedió a la expulsión por ausencia de medios lícitos de vida; una vez que han contraído matrimonio con un español se ha fallado en favor de la revocación de la expulsión. En este sentido, se puede ver la Sent. T.S. (Sala 3ª. Sección 6ª) de 7 julio 1998 (RAJ, 1998, núm. 6063).

54. En relación a la legislación española la comprobación de medios de vida no supone la imposición de una exigencia nueva, pues en virtud de la Orden del Ministerio del Interior de 22 de febrero de 1989 -desarrollo del art. 11 del R. Decreto 1119/86-, 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 (BOE, 6-III-89).

gados autorizarán la entrada en el territorio español una vez cumplimentadas las exigencias aludidas siempre que no se encuentren sujetos a prohibiciones expresas ni en las listas de no admisibles. Evidentemente, si la documentación presentada fuere hallada conforme y no existiere ninguna prohibición o impedimento para la entrada del titular, se estampará en el pasaporte o título de viaje el sello, signo o marca de control establecida, salvo que las leyes internas o tratados internacionales en que España sea parte prevean la no estampación, con lo que, previa devolución de la documentación, quedará franco el paso al interior del país.

Ahora bien, en este caso o en caso de que se entre en España por un lugar en el que no exista control -supresión de fronteras interiores- podemos encontrarnos con un problema añadido para acreditar que el extranjero ha entrado por lugar habilitado, por lo que se puede pensar que la entrada es ilegal. Lógicamente, si el acceso se efectúa con documento de identidad, o de otra clase, en los que no se pueda estampar el sello, signo o marca de control, debe establecerse algún método para que el interesado pueda acreditar la entrada legal bien por control español o control efectuado en un Estado Schengen.

C) Prohibición de entrada

Como hemos mencionado, el encargado de frontera podrá denegar la entrada si el extranjero se encuentra incurso en alguna de las prohibiciones recogidas expresamente en el art. 24 LOE. En concreto, se establece que a los extranjeros se les impedirá la entrada en dos casos claramente: en primer término no podrán entrar al territorio español «los extranjeros que hayan sido expulsados de España mientras dure la prohibición de entrada». Es decir que según el art. 54 LOE será como mínimo de tres años y como máximo de diez; en segundo lugar, tampoco podrán acceder a España los extranjeros que «tengan prohibida la entrada en algún país con los que España tenga firmado convenio en tal sentido»⁵⁶.

También cabe la eventual prohibición de entrada en los casos de que no se cumplan requisitos exigidos para la entrada. Es decir, ausencia de pasaporte, de visado, de medios económicos, etc (art. 24.2).

D) Forma de proceder a la denegación de entrada

Desde luego, en el art. 24.2 de la LOE, al fin se ha plasmado expresamente, en las normas de extranjería, que el extranjero que no cumpla con los requisitos requeridos para la entrada se le denegará el acceso al territorio español. Ahora bien, dicha denegación se reali-

55. Para el caso de no estar en posesión de la documentación requerida el art. 23.4 de la LOE prevé que: «Se podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en los párrafos anteriores -sin cumplir los requisitos de entrada, presentando documentación defectuosa, o incluso sin ella- cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de los compromisos adquiridos por España. En estos casos, se procederá a hacer entrega al extranjero de la documentación que se establezca reglamentariamente». En todo caso, puede verse la Resolución de 4 de junio de 1998, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del acuerdo entre el Ministerio de Exteriores y el Ministerio del Interior sobre encomienda de gestión para la expedición de visados en frontera.

56. En este caso se está aludiendo al Convenio de Schengen. En concreto, podemos ver la Sent. Trib. Sup. de Asturias (Sala de lo Contencioso-Sección 2ª) de 28 de junio de 1999 (Inédita. El texto del fallo ha sido facilitado por el Despacho de Oviedo «Castro-Recalde», a cuyos colaboradores agradecemos la disponibilidad de esta decisión).

zará «mediante resolución motivada» (art. 24.2), que deberá serle notificada, con referencia a los recursos que contra la misma pudieran interponerse, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deben formalizarlos⁵⁷. En todo caso, también se le informará sobre su derecho a asistencia letrada (art. 20 LOE)⁵⁸.

Ahora bien, los extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país serán retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible (art. 56.1)⁵⁹. Del tenor literal parece desprenderse que se trata del país de procedencia. En todo caso debemos tener en cuenta si con ese país esta obligado con España mediante un Convenio de readmisión, existiendo específicamente con Marruecos⁶⁰, Portugal⁶¹, Francia⁶², Bulgaria⁶³, Rumania⁶⁴,

57. Además, el apartado primero del art. 56 establece que: «A los extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país serán retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible». Parece pues que deberá regresar al lugar de procedencia.
58. Este precepto, reiteración del art. 41 del RD 155/96, se supone un avance pues, en la legislación anterior no existía verdadera claridad en cuanto a la constancia de la denegación de la entrada, aunque, de hecho, todos los poderes públicos -incluidos los funcionarios de fronteras- se encontraban obligados por el principio constitucional de tutela efectiva de derechos e intereses legítimos.
59. Actualmente, no existe claridad con los gastos de traslado del extranjero. En todo caso, parece que correrán a cargo del transportista que lo hubiere traído a la frontera por vía aérea, marítima o terrestre que estará obligado a hacerse cargo, de él inmediatamente.
60. 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 (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 (BOE, 30-V-92). 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 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».
61. Convenio entre el Reino de España y la República portuguesa relativo a la readmisión de personas en situación irregular, hecho en Granada, el 15 de febrero de 1993 (BOE, 31-III-95). Acuerdo entre el Reino de España y la República Portuguesa sobre persecución transfronteriza, hecho «ad referendum» en Albufeira el 30 de noviembre de 1998 (BOE, 18-II-2000).
62. Acuerdo entre el Reino de España y el Gobierno de la República Francesa relativo a la admisión en puestos fronterizos de personas en situación de estancia ilegal, hecho en Madrid el 8 de enero de 1988 (BOE, 6-IX-88).
63. Aplicación Provisional del Acuerdo entre el Reino de España y la República de Bulgaria relativo a la readmisión de personas en situación irregular, hecho en Sofía el 16 de diciembre de 1996 (BOE, 28-II-97).
64. Aplicación Provisional del Acuerdo entre el Reino de España y Rumania relativo a la readmisión de personas en situación irregular, hecho en Bucarest el 29 de abril de 1996 (BOE, 21-VI-96).

República Eslovaca⁶⁵. Además, se deben añadir los acuerdos que vinculan a España por ser territorio Schengen⁶⁶ y los firmados por la Unión Europea⁶⁷.

Lógicamente, aquí puede suceder que se le notifique la resolución pero el recurso deba presentarlo fuera de España. La nueva ley prevé la posibilidad de cursar los recursos a través de las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes o ONGs (art. 59.2).

En todo caso, si se consigue entrar sin la documentación, o sin los requisitos exigidos o fuera de los puestos habilitados o con prohibición de entrada, se está cometiendo una infracción grave (art. 49.d); lo cual significa que se le puede imponer una multa desde cincuenta mil a un millón de pesetas. En todo caso, es posible la sustitución de esta sanción por la expulsión (art. 53.1)⁶⁸.

65. Aplicación Provisional del Acuerdo entre el Reino de España y el Gobierno de la República Eslovaca relativo a la readmisión de personas en situación irregular, hecho en Bratislava el 3 de marzo de 1999 (BOE, 20-IV-99).

66. Acuerdo entre las Partes Contratantes en el Acuerdo de Schengen y la República de Polonia, relativo a la readmisión de personas en situación irregular, hecho en Bruselas el 29 de marzo de 1991 (BOE, 19-I-93 y 4-II-93).

67. El Consejo Europeo, en su reunión de Tampere, concluye que invita al Consejo a que celebre acuerdos de readmisión o inserte cláusulas modelo en otros acuerdos entre la Comunidad Europea y los terceros países o grupos de países pertinentes. En todo caso, cabe señalar que esta recomendación ya había sido puesta en marcha en los últimos Acuerdos. Vid. Acuerdo de Colaboración y Cooperación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Moldova, por otra, hecho en Bruselas el 28 de noviembre de 1994 (JO, L 181, 24-VI-98; BOE, 26-VI-98) que fue completado por un Protocolo (ibid, 1-VII-98). Y más recientemente se han firmado: Acuerdo Europeo por el que se crea una Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Eslovenia, por otra, hecho en Luxemburgo el 10 de junio de 1996 (BOE, 18-III-99). En este acuerdo, en el título IV se incorporan las normas relativas a la circulación de trabajadores, derecho de establecimiento y servicios (arts. 38 a 61); también se prevé el eventual establecimiento de un marco de cooperación a fin de prevenir la inmigración clandestina y la presencia de ilegal de personas físicas (art. 98.1). Acuerdo de Colaboración y Cooperación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Armenia, por otra, hecho en Luxemburgo el 22 de abril de 1996 (BOE, 18-VIII-99). En este acuerdo el art. 72 establece un sistema de colaboración para prevenir y controlar la inmigración ilegal. Acuerdo de Colaboración y Cooperación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Azerbaiyana, por otra, hecho en Luxemburgo el 22 de abril de 1996 (BOE, 19-VIII-99). En dicho convenio se regula un sistema de colaboración para prevenir y controlar la inmigración ilegal (art. 75). Acuerdo de Colaboración y Cooperación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Georgia, por otra, hecho en Luxemburgo el 22 de abril de 1996 (BOE, 20-VIII-99). En dicho convenio se regula un sistema de colaboración para prevenir y controlar la inmigración ilegal (art. 75). Acuerdo de Colaboración y Cooperación por el que se establece una Colaboración entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Uzbekistán, por otra, hecho en Florencia el 21 de junio de 1996 (BOE, 21-VIII-99). En dicho convenio se regula un sistema de colaboración para prevenir y controlar la inmigración ilegal y readmisión automática de sus nacionales entrados ilegalmente en los países miembros de la Unión (art. 72). Acuerdo de colaboración y cooperación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Kazajstán, por otra, hecho en Bruselas el 23 de enero de 1995 (BOE, 6-X-99). En dicho convenio se regula un sistema de colaboración para prevenir actividades ilegales, entre las que se incluye la inmigración y la presencia de personas físicas de su nacionalidad en sus territorios respectivos y controlar la inmigración ilegal, teniendo en cuenta el principio y la práctica de la readmisión automática (art. 70).

68. Las sanciones por este tipo de infracción prescriben a los dos años (art. 52.1 LOE).

4. Salidas del territorio español

A) Salida voluntaria

En el art. 26 se establecen los supuestos de salidas voluntaria. El extranjero podrá salir libremente, salvo en algunos casos. Según lo previsto en los párrafos 1 y 2 las prohibiciones de salida son las siguientes:

- «1. Las salidas del territorio español podrán realizarse libremente, excepto en los casos previstos en el Código Penal y en la presente Ley.
2. Excepcionalmente, el Ministro del Interior podrá prohibir la salida del territorio español por razones de seguridad nacional o de salud pública. La instrucción y resolución de los expedientes de prohibición tendrá siempre carácter individual».

B) Salida obligatoria

En el párrafo 3º del art. 26 se establecen los supuestos de salidas obligatorias. El extranjero se verá obligado a salir obligatoriamente en los siguientes supuestos:

- «a) Expulsión del territorio español por orden judicial, en los casos previstos en el Código Penal.
- b) Expulsión o devolución acordadas por resolución administrativa en los casos previstos en la presente Ley.
- c) Denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español, salvo que la solicitud se hubiere realizado al amparo del artículo 29.3».

Del examen de estos supuestos podemos señalar, al menos con respecto al art. 26.3.c), que existe una grave contradicción⁶⁹. Realmente, no alcanzamos a comprender como la denegación administrativa para continuar permaneciendo en España puede conllevar una salida obligatoria cuando en el art. 29.3 se permite la regularización por arraigo. La concesión de la autorización en aplicación de este precepto parece obligatoria siempre que se acredite la tenencia de recursos económicos suficientes, la inscripción en el padrón y su presencia en España -irregular- durante dos años.

La explicación no es fácil, pues si un extranjero accede a España por los lugares habilitados y con la documentación requerida su entrada se debe considerar como regular. Ahora bien, si transcurre el plazo para el que tiene autorizada la entrada podrá generarse una situación de irregularidad, que provoca la comisión de una infracción grave prevista en el art. 49.a). Dicha infracción podrá ser sancionada con una multa desde cincuenta mil a un

69. Vid. Enmienda núm. 42 presentada por el GPP en el Senado solicitó la supresión de la letra c) señalando que una denegación administrativa de autorización de residencia no tenía porque dar lugar a una salida obligatoria (BOCG. Senado, VI Legislatura, Serie III B, núm. 44 (c), 10 de diciembre de 1999, p. 32). Dicha Enmienda fue aceptada en el Dictamen de la Comisión (ibid, núm. 44 (e), 13 de diciembre de 1999, p. 65) y también se recogía en el texto aprobado por el Senado (ibid, núm. 44 (g), 22 diciembre de 1999, p. 89).

millón de pesetas, pero nunca se le puede expulsar. Por tanto, si mantiene dicha situación durante dos años podrá ser uno de los beneficiarios de la regularización por arraigo (art. 29.3). En cambio, si intenta salir de la irregularidad, antes de que transcurran los dos años, mediante la solicitud de una exención de visado puede que ésta le sea denegada. En este caso nos encontraríamos ante el supuesto de hecho descrito en la letra c) del párrafo tercero del art. 26 y se le puede sancionar con la salida obligatoria. Luego, parece que se quiere fomentar la ausencia de peticiones para evitar la eventual salida obligatoria.

Desde luego, contradictoriamente, parece que en nuestra legislación se prima la regularización de aquellos extranjeros que lleguen a acreditar dos años de irregularidad; y por otro lado, condena a aquellos que quieren desde el primer momento encontrarse de forma regular en nuestro país. Lógicamente, esta interpretación nos permite señalar que nuestra ley sólo le ha movido la necesidad de evitar la perpetuación de la irregularidad. No obstante, parece, al menos inicialmente, que el extranjero no regular se le va a incitar a vivir sin solicitar cualquier tipo de autorización de residencia por miedo a la denegación durante dos años.

III. REGIMEN DE PERMANENCIA DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA PREVISTO EN LA NUEVA LOE

1. Aspectos generales

Desde la perspectiva jurídica el art. 27 enumera, de forma muy escueta, cómo y en qué condiciones se puede encontrar el extranjero. En concreto, este precepto dispone que: «Los extranjeros podrán encontrarse en España en las situaciones de estancia, residencia temporal y residencia permanente»⁷⁰. Realmente, el texto es bastante ambiguo y ciertamente escaso. Se podría haber hecho una definición un poco más técnica.

A la hora de determinar las autoridades competentes en materia de residencia, el texto legal -la LOE- se olvida de atribuir expresamente la competencia administrativa al Ministerio del Interior.

2. Estancia y prórroga de estancia

Cuando el extranjero venga a España y pretenda estar durante un plazo no superior a noventa días se puede considerar en una situación de estancia (art. 28.1). La documentación que se le exige para permanecer de forma regular durante este plazo será la misma que se le haya impuesto para acceder a territorio español. Es posible que haya entrado bien sin necesidad de visado -en virtud de un Canje de Notas de supresión de visados-, o bien estando en posesión de un visado Schengen, o bien en posesión de un visado territorial de carácter restringido al territorio español.

70. En todo caso, para los marroquíes no debe olvidarse la existencia del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, en materia de permisos de residencia y trabajo, firmado ad referendum en Rabat el 6 de febrero de 1996.

Una vez que haya transcurrido ese plazo -noventa días- para permanecer en España de forma regular «será preciso obtener o una prórroga de la estancia o un permiso de residencia» (art. 28.2).

En el caso de que no obtenga una prórroga de estancia o un permiso de residencia deberá abandonar el territorio español y el espacio Schengen. Si el extranjero no sale de España estará cometiendo una de las consideradas infracciones graves (art. 49.1.a) que se sanciona con una multa de cincuenta mil una peseta a un millón de pesetas (art. 51.1.a), según la capacidad económica y el grado de voluntariedad del infractor (art. 51.3).

En caso de solicitud de prórroga de estancia ésta, según el art. 28.3, se renovará por un plazo cuya duración no podrá ser superior a otros noventa días. En principio legalmente parece que se trata de una renovación automática, aunque debe hacerse una interpretación acorde con las obligaciones internacionalmente asumidas por España. No existe dificultad en la renovación en el caso de que el extranjero haya entrado con el pasaporte sin visado, o que haya entrado con un visado territorial -restringido al territorio español-. Ahora bien, si el extranjero ha entrado con un visado Schengen no será posible la renovación, ya que el Convenio de Schengen mantiene un criterio más restrictivo⁷¹.

El hecho de que en el régimen general sea posible la renovación por otros noventa días, la concesión de dicha renovación estará sometida a la normativa aplicable. Desde luego, si se ha entrado en virtud de un visado Schengen la normativa aplicable no será la LOE (art. 28.3 LOE) sino la prohibición prevista en el Convenio de Schengen.

Por otra parte, si el extranjero pretende permanecer en España superado el plazo de la estancia y la prórroga de estancia, deberá obtener una autorización de residencia temporal, o tratar de regularizar su situación mediante el procedimiento especial previsto en el art. 29.3.

71. No se restringe la prórroga de estancia en supuestos de entrada con visado Schengen. Por ese motivo el art. 28 LOE podría estar vulnerando la prohibición contenida en el Acuerdo de Aplicación del Convenio de Schengen. Si repasamos las condiciones de circulación de los extracomunitarios por el espacio Schengen, podemos encontrarnos ante situaciones diferentes según se trate de extranjeros residentes en la Unión Europea o fuera de ella. En cuanto a los primeros, los extranjeros de países terceros, que se encuentren en posesión de una tarjeta de residencia expedida por uno de los Estados Schengen, podrán -al amparo de dicho permiso y de un documento de viaje que sean válidos-, circular libremente durante un período de tres meses como máximo por el territorio de las demás Partes contratantes (art. 21). En cuanto a los segundos, los que quieren acceder al territorio Schengen, pueden englobarse en dos categorías distintas según posean o no visado uniforme. Por un lado, los extranjeros titulares de un visado uniforme que hayan entrado regularmente en el territorio de las Partes contratantes podrán circular libremente por el territorio de todas las Partes contratantes durante el período de validez del visado (art. 19). En cambio, los extranjeros que no estén sujetos a la obligación de visado uniforme, los nacionales de los países que figuran en la lista de Estados a los que no se les exige o sólo se les exige por alguna de las Partes contratantes, podrán circular libremente por territorio Schengen por una duración máxima de tres meses en un período de seis meses a partir de la fecha de su primera entrada (art. 20). De todas formas, todos ellos están sujetos a cumplir una serie de requisitos: de un lado, deben poseer documentación de viaje no caducada, recursos económicos, no estar incluidos en la lista de no admisibles y no provocar ningún riesgo para el orden público y seguridad de las Partes contratantes (Arts. 19.1, 20.1 y 21.1); de otro lado, están obligados a dar noticia de su presencia en el territorio del Estado en el que están ejerciendo el derecho a circular (art. 22).

3. Residencia temporal

A) Autorización temporal ordinaria

Según lo prescrito en el art. 29 «la residencia temporal es la situación que autoriza a permanecer en España por un período superior a noventa días e inferior a cinco años». Se supone que es el Ministerio del Interior el competente para la tramitación de esta residencia.

La documentación exigible para su concesión ya no es tan clara. Se sabe que es preciso acreditar medios de vida suficientes para atender a los gastos de manutención y estancia de su familia durante el plazo que pretenda estar en España (art. 29.2) y que el extranjero debe carecer de antecedentes penales y no tener problemas en España ni en ninguno de los países Schengen (art. 29.4).

La redacción del primero de los preceptos se puede considerar poco técnica, y sobre todo se debe calificar de excesivamente confusa -caótica es la terminología correcta-. Se puede ver claramente que en el art. 29.2 se mezclan supuestos ya que regula de forma conjunta a dos tipos de grupos de personas diferenciadas: de un lado, al extranjero y de otro a sus familiares; y además no se fijan claramente las diferencias dependiendo del motivo por el cual quiere establecerse en España. Todo eso está incluido en la LOE pero no se ha logrado una disposición clara en la que se establezcan requisitos o documentación según la finalidad del establecimiento del extranjero o sus familiares en nuestro territorio.

En síntesis podemos apuntar que si el extranjero quiere permanecer en España para realizar una actividad por cuenta ajena debe tener una oferta de contrato de trabajo. Si el extranjero pretende realizar una actividad por cuenta propia tendrá que acreditar que haya solicitado las licencias o permisos correspondientes. Si la residencia que se pretende no tiene como objetivo realizar actividad lucrativa entonces debe acreditar recursos económicos suficientes para el período de tiempo de su permanencia en territorio español.

En caso de tratarse de familiares del extranjero la base será la acreditación de ser uno de los beneficiarios de la reagrupación familiar y que el extranjero reagrupante disponga de medios económicos suficientes para mantener a su familia. La concesión de las autorizaciones de residencia temporal tiene una limitación. La autoridad competente tiene recogido un motivo clave para denegar la solicitud: en concreto, se dispone que:

«...será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español y no figurar como rechazable en el espacio territorial del Tratado de Schengen».

La residencia temporal se podrá autorizar, -inicial o renovada- también en el caso de extranjero que hubiere cometido un delito en España, si hubiere cumplido la condena, hubiere sido indultado o en situación de remisión condicional⁷².

72. Se deroga el contenido del art. 89 del Código Penal. A la vista de lo dispuesto en el art. 29.4 se deberá promover de inmediato la aplicación de la nueva regulación en los numerosos expedientes de expulsión de extranjeros que cumplen condenas pendientes de ejecutar.

En todo caso, las autorizaciones de residencia de duración inferior a los cinco años podrán prorrogarse a petición del interesado si concurren circunstancias análogas a las que motivaron su concesión. Ahora bien, la duración de estas autorizaciones temporales así como sus prórrogas se establecerá en el futuro reglamento.

B) Autorización de residencia especial: residencia de los ilegales empadronados

Mucho más llamativa es la denominada regularización por arraigo prevista en el párrafo 3 del art. 29 en el que se establece que:

«Igualmente podrá acceder a la situación de residencia temporal el extranjero que acredite una estancia ininterrumpida de dos años en territorio español, figure empadronado en un municipio en el momento en que formule la petición y cuente con medios económicos para atender a su subsistencia».

Con toda seguridad será uno de los preceptos más polémicos de la Ley. La posibilidad de acceder a la residencia temporal, acreditando una estancia ininterrumpida de 2 años y hallarse empadronado en el momento de formular la petición y acreditación de medios económicos, probablemente será ampliamente utilizada, pues es la mejor fórmula de eliminación de situaciones de irregularidad. La interpretación del precepto seguramente necesitará de una intervención rápida para poder aplicarlo. El hecho de que se utilice el término «podrá acceder» va a permitir que no exista una aplicación directa e inmediata. Sería bueno que se aclare rápidamente para poder tramitar los casos relativos a muchas personas que se hallan de forma irregular porque no han podido acreditar algunos de los requisitos establecidos en la regulación anterior o que no cumplan los requisitos actualmente vigentes. Desde luego, los casos pueden ser múltiples, ya que podrían incluirse no sólo los casos en que no se pueda conseguir una prórroga de estancia o una residencia temporal sino que también pueden beneficiarse los extranjeros que hayan entrado en España por un lugar no habilitado o sin cumplir los requisitos exigidos para su entrada regular en España.

Las dudas que se nos plantean y que será preciso aclarar son varias: en primer lugar, la exigencia del empadronamiento en un municipio; en segundo lugar, dos años de estancia ininterrumpida en territorio español; y, en tercer lugar, medios económicos para atender su subsistencia. Los requisitos exigidos para proceder a la inscripción en el Padrón Municipal deben ser los mismos que actualmente se exigen a los españoles, aunque sorprendentemente en algún precepto se alude a un Padrón especial para extranjeros⁷³. A la hora de examinar el primer requisito, es decir, el relativo al empadronamiento en un Municipio, debemos remitirnos a las normas generales aplicables a los españoles. En concreto, una de las obligaciones de cualquier persona que viva en España es la inscripción en el Padrón⁷⁴. En principio,

73. En concreto, el art. 6.3 LOE establece que: «Los Ayuntamientos confeccionarán y mantendrán actualizado el padrón de extranjeros que residan en el municipio».

74. En concreto, los arts. 15 y 16 de la Ley 7/85, de Bases de Régimen Local, en su redacción dada por la Ley 4/96, de 10 de enero, establecen que «Toda persona que viva en España estará obligada a inscribirse en el Padrón del municipio en el que resida habitualmente» (art. 15.1). «Los inscritos en el Padrón municipal son los vecinos del municipio» (art. 15.3). En el art. 16 del mismo texto legal se dispone que: «El Padrón municipal es el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio. Sus datos constituyen prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo».. «La inscripción en el Padrón se contendrá como obligatorio sólo los siguientes

parece que lo dispuesto en el art. 56.2 del Real Decreto 2612/96, de 20 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las entidades Locales, no parece que pueda producir contradicción alguna con la nueva LOE. En concreto, el mencionado precepto establece que:

«La inscripción de los extranjeros en el padrón municipal no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente, especialmente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España».

Del tenor literal de este precepto se puede deducir que la inscripción en el Padrón certifica que el empadronado reside habitualmente o tiene su domicilio en ese domicilio, pero ese hecho por sí mismo no le otorga un estatuto de residente legal. Ciertamente, con la entrada en vigor de la nueva Ley, los extranjeros empadronados gozan de una serie de derechos⁷⁵, pero eso no implica que su residencia se considere como regular o en términos del viejo régimen como «legal».

Ahora bien, dicho empadronamiento es uno de los requisitos para poder optar a la situación descrita en el art. 29.3 LOE. En segundo término, se impone la necesidad de acreditar su estancia en España durante dos años de forma ininterrumpida. Quizá uno de los verdaderos problemas interpretativos surjan precisamente de esta segunda exigencia. Uno de los temas a determinar serán los medios que van a permitir la prueba de su presencia en España durante esos dos años. En muchos casos los extranjeros han eludido inscripciones en registros españoles o suscripciones como titulares por miedo a ser localizados por su situación irregular. Ahora esa precaución conlleva dificultades. Por otra parte, tampoco está claro si ese plazo -la totalidad de los dos años- debe ser cumplidos con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley. Lógicamente, si fuese esta la interpretación, la bondad del precepto no podríamos llegar a comprobarla hasta febrero del año 2002.

En principio, nos parece que no existe ninguna limitación legal para que ese plazo no pueda haberse cumplido con anterioridad y con cualquier medio de prueba que permita, de forma veraz, acreditar su presencia en España durante dos años. Así, el extranjero que se encuentre sin permiso de residencia -incluso en el caso más extremo que nunca haya solicitado un permiso- si puede probar que entró y vive en España en una fecha anterior al 2 de enero de 1998 cumple los requisitos del art. 29.3.

En último término, el mencionado precepto impone al extranjero, además de cumplir este requisito de estancia o residencia fáctica en territorio español durante dos años y de

datos: ...d) Nacionalidad». Por su parte, el Reglamento de Población y Demarcación de Entidades Locales de 11 de julio de 1986, modificado por el Real Decreto 2612/96, de 20 de diciembre. En concreto los arts. 53 a 59 regula los temas relativos a los vecinos y al padrón municipal, y se reitera los requisitos establecidos en la Ley de Bases (BOE, 16-I-97).

75. A modo de ejemplo cabe citar los derechos descritos en los arts. 12, 13 y 20. Es decir, en virtud del art. 12.1 el extranjero siempre que este empadronado tiene derecho a la asistencia sanitaria; también, tiene derecho a las ayudas en materia de vivienda (art. 13) y además por lo dispuesto en el párrafo 2º del art. 20 tendrá derecho a la asistencia jurídica gratuita.

constar inscrito en el Padrón municipal, acreditar tener medios económicos para su subsistencia. Aquí surge el interrogante de ¿qué consideramos como recursos suficientes para vivir en España? Podemos entender que la cuantía máxima a exigir sería la cantidad que se considera actualmente en nuestro país como el salario mínimo interprofesional⁷⁶. Desde luego, no parece razonable hablar de cinco mil pesetas al día como cantidad exigida por la Orden de 22 de febrero de 1989⁷⁷.

Ahora bien, si se dan todos los requisitos comentados parece que, al extranjero que lo solicite se le concederá una autorización temporal de residencia por un plazo de un año. En principio, la concesión es obligatoria; sin embargo, nos gustaría saber si el apartado cuatro del precepto es o no de aplicación para este caso especial⁷⁸.

4. Residencia Permanente

Transcurridos cinco años de residencia temporal, los extranjeros en España pasan a tener un status de igualdad a los españoles. Se les va a documentar con una autorización de residencia permanente. El art. 30 establece un régimen de residencia permanente generoso que permite la residencia en España de forma indefinida e incorpora el principio de equiparación en la condición laboral con los españoles (art. 30.1).

La tenencia de la autorización de residencia se convierte en título suficiente para trabajar en España. A partir de su concesión el extranjero podrá realizar cualquier actividad laboral sin necesidad de permiso de trabajo (art. 39.2.e) o la práctica imposibilidad tanto para el residente permanente como para sus familias de ser expulsado (art. 53.2 b).

Incluso se prevé que ese plazo de 5 años pueda ser reducido en supuestos de especial vinculación con España. Esperemos que reglamentariamente se tenga en cuenta a familiares de españoles no incluidos en el RD 766/92 o a los extranjeros nacidos en España que por este hecho no han conseguido la nacionalidad española, o a los nacionales de países fuertemente vinculados a España tanto por razones históricas -iberoamericanos, guineanos, etc.- o por razones de contigüidad territorial -marroquíes-.

76. En la actualidad esta fijado en virtud del Real Decreto 2065/99, de 30 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para el año 2000, en una cuantía de 70.680 pesetas al mes o 2.356 pesetas diarias (BOE, 31-XII-99).

77. Vid. Nota 54.

78. Es posible que la concesión de esta autorización tenga una limitación. La autoridad competente puede hacer uso de un motivo clave para denegar la solicitud: en concreto, se dispone que: «...extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español y no figurar como rechazable en el espacio territorial del Tratado de Schengen». Por supuesto, que este no será de aplicación si el extranjero ya ha cumplido la condena o ha sido indultado.

5. Otros supuestos de residencia

A) Autorizaciones de residencia especiales

Otros supuestos de residencia que se mencionan aunque para dar paso a una reglamentación específica son: residencia de estudiantes, residencia de menores, residencia de apátridas, desplazados y refugiados.

B) Residencia de estudiantes

Desde luego, este supuesto no se recoge en el ámbito de la residencia sino entre las situaciones especiales de trabajo (art. 40). Es un poco contradictorio cuando se parte de la idea de que a los estudiantes se les prohíbe trabajar. Debía haberse tenido en cuenta entre las situaciones de residencia como se propuso en algún momento⁷⁹.

Ahora bien, aunque no se especifique la situación jurídica de los estudiantes en España debemos considerarla como un supuesto más de residencia, pues es posible instalarse en España para estudiar. En concreto, el art. 40 recoge el mismo principio establecido en la legislación anterior «Se concederá la autorización de admisión y residencia en España por razones de estudio a los extranjeros que hayan sido admitidos en un centro docente, público o privado oficialmente reconocido» (art. 40.1). Sólo se exige que el extranjero haya sido admitido en un Centro para realizar estudios; aunque no se señale, cabe la realización de estudios de investigación. Si se presenta una certificación de incorporación en un centro docente, de las características señaladas, se otorgará una autorización de residencia. Parece que no se le impone ni recursos económicos suficientes para sufragar los gastos que genere su permanencia en España ni un seguro médico que cubra todos los riesgos de sanitarios.

En cuanto a la duración de «la autorización de residencia será igual a la del curso para el que esté matriculado en el centro al que asista el titular» (art. 40.2) y además, se establece que dicha «la autorización se prorrogará anualmente si el titular demuestra que sigue reuniendo las condiciones requeridas para la expedición de la autorización inicial y que cumple los requisitos exigidos por el centro de enseñanza al que asiste» (art. 40.3).

La terminología utilizada para el reconocimiento de esta situación es de «autorización de residencia» termino idéntico al utilizado en el art. 29. Parece que no se trata de una mera situación de estancia. Ello máxime cuando el Senado se habían dado cuenta -con una línea restrictiva- y se proponía en la Enmienda 67 que: «La duración de la autorización de estan-

79. Vid. Enmienda núm. 67 presentada por el GPP en el Senado se partía de una definición de estudiante señalando que: «Tendrá consideración de estudiante el extranjero cuya venida a España tenga o fin único o principal el cursar o ampliar estudios o realizar trabajos de investigación o formación, no remunerados laboralmente, en cualesquiera centros docentes o científicos españoles, públicos o privados oficialmente reconocidos» (BOCG, Senado, VI Legislatura, Serie III B, núm. 44 (c), 10 de diciembre de 1999, p. 38). Dicha Enmienda fue aceptada en el Dictamen de la Comisión (ibid, núm. 44 (e), 13 de diciembre de 1999, p. 66) y también se recogía en el texto aprobado por el Senado (ibid, núm. 44 (g), 22 diciembre de 1999, p. 90).

cia concedida por el Ministerio del Interior será igual a la del curso para que esté matriculado»⁸⁰. En la nueva ley dicha autorización no está etiquetada como de residencia legal, pero no cabe duda de que se trata de una situación de estas características.

En todo caso, debe resaltarse que el estudiante no tiene por qué documentarse siempre como estudiante. Un extranjero que esté cursando sus estudios en España, y que éstos tengan una duración superior a dos años, podrá si se empadrona pasar a ser residente en virtud de lo establecido en el art. 29.3. Este precepto, como ya hemos apuntado, inicialmente está previsto para los extranjeros que llevan viviendo dos años en España de forma irregular pero que están empadronados. Desde luego, los estudiantes extranjeros no se encuentran de forma irregular o no documentada en España; si consta su inscripción en el Padrón Municipal y acreditan esa estancia durante dos años no deberían recibir un trato menos favorable que el otorgado a los extranjeros irregulares.

Nos parece razonable que, si se interpreta que la autorización para estudiar no puede ser calificada como de residencia legal, -se piensa en este calificativo a los efectos del art. 22 del Cc para adquirir la nacionalidad-, debería entonces recomendarse la posibilidad de acceder a dicha situación en virtud de lo previsto en el art. 29.3 LOE aunque no se cumpla el requisito de la irregularidad. En todo caso, los estudiantes extranjeros -con autorización para estudiar- no deben ser de peor condición por cumplir mayores requisitos que los expresamente contemplados en el precepto mencionado.

C) Autorización de residencia a los menores

En el art. 32 se recoge el supuesto de la residencia de menores⁸¹. Concretamente, en el párrafo primero de dicho precepto se dispone:

«Se considerará regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una administración pública. A instancia del organismo que ejerza la tutela, se le otorgará un permiso de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores».

El texto no añade ninguna relevante novedad respecto a la regulación reglamentaria existente en la actualidad. Se contempla la tutela de los Juzgados de Menores en aquellos casos en que fuera necesario determinar la identidad, edad y circunstancias personales y familiares⁸².

80. Ibid. Nota anterior.

81. Cf. A. Borrás Rodríguez, «La protección del menor inmigrante y la cooperación en materia de custodia y derecho de visita y devolución de menores», I. García Rodríguez (ed), *Las ciudades de soberanía española: respuesta para una sociedad multicultural* (Melilla, 6-9 de abril de 1999), Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones de la Universidad, 1999, pp. 237-261.

82. Art. 32.2. En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen a una persona indocumentada, respecto de la que no pueda ser establecido con exactitud si es mayor o menor de edad, lo pondrán en conocimiento de los Juzgados de Menores para la determinación de la identidad, edad y comprobación de las circunstancias personales y familiares. Determinada la edad y demás datos a que se ha hecho mención, si se tratase de un menor, la Administración competente resolverá lo que proceda sobre el retorno o no a su lugar de origen o sobre la situación de su permanencia en España.

D) Residencia a apátridas, desplazados y refugiados

En cuanto a la residencia de apátridas, desplazados y refugiados parece claro que el legislador español ha tenido en cuenta la vinculación española a ciertos convenios internacionales reguladores de los estatutos de las personas mencionadas. En el primero de los supuestos, el art. 31.1 reconoce la posibilidad de documentar a los apátridas siempre que concurren las siguientes circunstancias:

«Los extranjeros que carezcan de documentación personal, y acrediten que el país de su nacionalidad no le reconoce la misma, podrán ser documentados con una tarjeta de identidad, reconociéndoseles y aplicándoseles el Estatuto de Apátrida, conforme al artículo 27 de la Convención sobre el Estatuto de Apátridas, gozando del régimen específico que se determine reglamentariamente»⁸³.

El tenor literal del precepto es claro en el sentido de que se les documentará con una tarjeta de identidad. También parece nítido que para su expedición es preciso que el país del que son nacionales no les reconozca como tales. Ciertamente, se da un avance con respecto a la vieja ley al no exigir que deban acreditar que «no pueda ser documentado por las Autoridades de ningún país». Ahora bien, la mejora con relación a la legislación anterior puede encontrarse con dificultades ya que puede ser que nos encontremos con una persona que no es apátrida pero no consigue que le documente.

Este supuesto no puede ser etiquetado de persona que carezca de nacionalidad sino de persona indocumentada. Desde luego, debería haberse regulado expresamente el caso de los indocumentados. Es probable que el legislador haya confundido ambos casos, pues el apátrida carece de nacionalidad. Ahora bien, la situación de apatridia puede ser originaria o derivativa. El apátrida originario nunca a gozado de una nacionalidad; en cambio, el que ha devenido apátrida en algún momento fue nacional de un Estado. Es evidente, que sólo en el segundo caso -el que gozó de la nacionalidad de un país- podrá cumplir con lo exigido en el párrafo 1º del art. 31. Ahora bien, en el caso de un apátrida originario no tendrá ningún Estado al que recurrir para poder cumplimentar el requisito aludido.

Por ello, quizá hubiese sido conveniente que dicha documentación se hubiese otorgado siempre que el solicitante hiciera una manifestación de carecer de nacionalidad y reúna los requisitos establecidos en la Convención sobre Estatuto de apatridia⁸⁴. Ahora bien, una vez que se les conceda la tarjeta de identidad, si desean permanecer en España se les otorgan

83. El art. 27 de la Convención aludida, que España ratificó en 1997, establece que: «Los Estados Contratantes expedirán documentos de identidad a todo apátrida que se encuentre en el territorio de tales Estados y que no posea un documento válido de viaje» (BOE, 4-VII-97).

84. Esta idea aparecía en la Enmienda núm. 52 presentada por el GPP en el Senado al proponer el siguiente texto: «El Ministro del Interior reconocerá la condición de apátrida a los extranjeros que manifestando que carecen de nacionalidad reúnen los requisitos previstos en la Convención sobre el Estatuto de Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, y les expedirá la documentación prevista en el artículo 27 de la citada Convención. El estatuto de apátrida comportará el régimen específico que reglamentariamente se determine» (BOCG, Senado, VI Legislatura, Serie III B, núm. 44 (c), 10 de diciembre de 1999, p. 34). Dicha Enmienda fue aceptada en el Dictamen de la Comisión (ibid, núm. 44 (e), 13 de diciembre de 1999, p. 67) y también se recogía en el texto aprobado por el Senado (ibid, núm. 44 (g), 22 diciembre de 1999, p. 91).

todos los beneficios previstos por la legislación internacional que les es aplicable. Por este motivo habrá que saber si realmente existe una obligación de documentales con una autorización de residencia y de un permiso o autorización para realizar actividades laborales.

Para los otros supuestos, desplazados y refugiados, se prevé directamente la obtención de la correspondiente autorización para residir en España. En concreto, el art. 31.2 establece expresamente que:

«Los extranjeros desplazados que sean acogidos en España por razones humanitarias o a consecuencia de un acuerdo o compromiso internacional, así como los que tuviesen reconocida la condición de refugiado, obtendrán la correspondiente autorización de residencia»⁸⁵.

En todo caso, para delimitar el ámbito personal de aplicación del precepto habrá que recurrir a la legislación específica. Esperemos que se considere que este precepto se está refiriendo a las personas incluidas en el art. 1 de la Orden de 19 de noviembre de 1997, por la que se concretaba el régimen de los permisos de residencia de extranjeros en España, por circunstancias excepcionales⁸⁶.

De todas formas la eventual realización de actividades laborales por parte de estas personas se regulará de forma similar a lo previsto en la Orden de 25 de febrero de 1998 por la que se fijan los requisitos y el procedimiento sobre concesión de autorizaciones para trabajar, aplicación de determinados supuestos de preferencias, modificación de los permisos de trabajo y compatibilidad de permisos de trabajo⁸⁷.

85. En cambio, la Enmienda 52 aludida en la nota anterior no parece razonable en la propuesta de redacción de este apartado segundo. El GPP proponía el siguiente texto: «El extranjero que se presente en dependencias del Ministerio del Interior manifestando por cualquier causa insuperable, distinta de la apatridia, no puede ser documentado por las autoridades de ningún país y que desea ser documentado por España, después de practicada la pertinente información, podrá excepcionalmente obtener en los términos que reglamentariamente se determinen un documento identificativo que acredite su inscripción en las referidas dependencias. En todo caso, se denegará la documentación solicitada cuando el peticionario esté incurso en algunos de los supuestos del artículo 24» (BOCG, Senado, VI Legislatura, Serie III B, núm. 44 (c), 10 de diciembre de 1999, p. 34).

86. En el precepto aludido se consideraban eventuales beneficiarios a las siguientes personas: a) A las personas consideradas como desplazadas, según establece el apartado 1 de la disposición adicional primera del RD 203/1995, de 10 de febrero. En esta disposición se establece que: «Disposición adicional primera. Especial consideración de los desplazados. 1. El Gobierno, por razones humanitarias o a consecuencia de un acuerdo o compromiso internacional, a propuesta del Ministerio de Asuntos Exteriores y oída la Comisión Interministerial de Extranjería, podrá acoger en España grupos de personas desplazadas que, a consecuencia de conflictos o disturbios graves de carácter político, étnico o religioso, se hayan visto obligadas a abandonar su país de origen o no puedan permanecer en el mismo. Se les dispensará protección en los términos de la presente disposición adicional hasta tanto se resuelva el conflicto, o existan condiciones favorables al retorno, o voluntariamente decidan trasladarse a un tercer país). b) A aquellas personas a las que, habiéndoles sido denegada o inadmitida a trámite su solicitud de asilo el Ministro del Interior haya autorizado su permanencia en España a propuesta de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio, al concurrir alguna de las circunstancias señaladas en el art. 17.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo; c) A las personas en las que concurren razones humanitarias, en particular haber sido víctimas de conductas tipificadas como delitos racistas o xenófobas, o de interés nacional, las cuales justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en nuestro país; d) A las personas en las que concurren razones de seguridad nacional, las cuales justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en nuestro país (BOE, 22-XI-97).

87. En el art. 7 de esta Orden se dispone que: «Los extranjeros documentados con un permiso de residencia por circunstancias excepcionales, en los supuestos previstos en la disposición adicional primera del Reglamento de aplicación

IV. REGIMEN JURIDICO DE LAS ACTIVIDADES LABORALES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA TRAS LA NUEVA LOE

1. Introducción

En el capítulo tercero del Título segundo de la LOE se regula el trabajo de los extranjeros en España. Siguiendo las mismas pautas establecidas anteriormente, legislación laboral y LOE 7/85, el art. 33.1 dispone que:

«Los extranjeros mayores de dieciséis años que deseen ejercer cualquier actividad lucrativa laboral o profesional en España deberán obtener una autorización administrativa para trabajar o el permiso de trabajo».

La nueva regulación simplifica de forma ostensible el entramado existente con anterioridad; aunque sin ánimo de crítica, no parece suponer un gran avance en cuanto a las posibilidades reales de acceder al mercado laboral español por parte de los extranjeros.

Por otra parte, conociendo las necesidades del mercado laboral y la práctica ya consolidada se prevé legalmente la posibilidad de un contingente anual. En concreto, el art. 37.1 incorpora el sistema de cuotas⁸⁸, al establecer que:

«Va a corresponder al Gobierno, previa audiencia del Consejo Superior de Política de Inmigración y de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, establecerá anualmente un contingente de mano de obra en el que se fijará el número y las características de las ofertas de empleo que se ofrecen a los trabajadores extranjeros no residentes en España, con indicación de los sectores y actividades profesionales».

En todo caso, se legaliza un régimen ya previsto en el RD 155/96 y utilizado durante varios años desde la primera gran regularización de 1991⁸⁹. A partir de ese momento prácticamente todos los años el Gobierno ha utilizado esta vía, que en definitiva se trata de una regularización anual⁹⁰.

de la Ley Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, aprobado por el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, serán habilitados para el ejercicio de actividades lucrativas, por cuenta propia o ajena, según los requisitos y procedimiento establecidos en la presente Orden. 2. La autorización que se conceda a los extranjeros documentados con permisos de residencia por circunstancias excepcionales a que hace referencia el punto anterior permitirá desarrollar cualquier actividad por cuenta ajena o por cuenta propia en todo el territorio nacional. 3. La duración de la autorización coincidirá con la vigencia del permiso de residencia por circunstancias excepcionales, siendo causa de extinción de la misma la pérdida de validez de este permiso, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado octavo.3 de la presente Orden» (BOE, 7-III-98).

88. Vid. C. Aprell Lasagabaster «La fórmula «contingente de autorizaciones» como condicionante para el empleo de ciudadanos extranjeros no comunitarios», R.E.D.A., núm. 93, 1997, pp. 13-25.

89. Vid. Art. 70 RD 155/96; M^a.A. Ballester Pastor, El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 88-89.

90. Han existido acuerdos de establecimiento de contingentes en los años 93, 94, 95, 98 y 99. El número de puestos de trabajo y sectores así como los requisitos que debían cumplir los extranjeros para poder ser contratados por esta vía

Además, del permiso de trabajo o la autorización, para todos los extranjeros que vayan a realizar cualquier actividad que exija una determinada titulación y está haya sido obtenida en el extranjero, será necesario un reconocimiento de la misma en nuestro país como exige en el párrafo segundo del art. 33 al disponer que:

«Cuando el extranjero se propusiera trabajar por cuenta propia o ajena, ejerciendo una profesión para la que se exija una especial titulación, la concesión del permiso se condicionará a la tenencia y, en su caso, homologación del título correspondiente. También se condicionará a la colegiación, si las leyes así lo exigiesen»⁹¹.

El régimen jurídico de la homologación de títulos académicos se encuentra establecido en el RD 86/1987, 16 enero, por el que se regulan las condiciones de homologación de títulos extranjeros de educación superior⁹². La concesión o denegación de la homologación se adoptará teniendo en cuenta lo establecido en los tratados o convenios internacionales, multilaterales o bilaterales en los que España sea parte⁹³, y en su defecto atendiendo a las tablas de homologación de planes de estudios y títulos aprobados por el Ministerio de Educación⁹⁴. En ausencia de reglas convencionales y de tablas de equiparación se concederá o rechazará la homologación del título atendiendo al curriculum académico y científico del solicitante, al prestigio de la Universidad que lo otorgó, así como al tratamiento recibido por los títulos españoles en el país donde se realizaron los estudios. En aquellos supuestos en los que «la formación acreditada no guarde equivalencia con la que proporciona el título español correspondiente... podrá condicionarse la homologación a la superación de una prueba sobre aquellos conocimientos básicos de la formación española requeridos para la obtención del título»⁹⁵.

en el año 1998 fueron fijados mediante la Resolución de 13 de marzo de 1998, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros del día 13 de marzo de 1998. Y la cuota fijada en 1999 se recogió en la Resolución de 11 de enero de 1999, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros del día 23 de diciembre de 1998, por el que se fija el contingente de autorizaciones para el empleo de trabajadores extranjeros del régimen no comunitario en el año 1999; y en la Resolución de 18 de enero de 1999, de la Subsecretaría, se procedió a la publicación de la Resolución de 11 de enero de 1999. El folleto oficial editado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, para facilitar la información del contingente del año 1999, puede ser consultado en Internet (http://www.reicaz.es/información_legal/contingente_99.htm).

91. Vid. A. Álvarez Rodríguez, «Validez profesional de los títulos académicos obtenidos por extranjeros en España», *La Ley*, 1988-3, pp. 759-768.
92. BOE, 23-I-87; este RD fue desarrollado por la Orden 9 febrero 1987 (*ibid*, 13-II-87). Ahora bien, la homologación de títulos no universitarios se regula en el RD 104/1988, 29 enero, sobre homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros de educación no universitaria (*ibid*, 17-II-88) desarrollado por la Orden 30 marzo 1988 (*ibid*, 5-IV-88).
93. Art. 6.a) RD 86/87. La eventual aplicación jurisprudencial de Convenios bilaterales en materia de homologación de títulos (Vid. A. Álvarez Rodríguez, «La Ley española de Extranjería: problemas que plantea en materia de discriminación por razón de nacionalidad», *Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. I, Bilbao, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 1999, p. 283).
94. Art. 6.b) RD 86/1987 y art. 5 R.D. 104/1988.
95. Vid. Arts. 7 y 2 RD 86/1987; y Orden del Ministerio de Educación y Ciencia, de 21 de julio de 1995, por la que se establecen los criterios generales para la realización de pruebas de conjunto previas a la homologación de títulos extranjeros de Educación Superior que derogó la Orden de 5 noviembre 1992.

De lo expuesto, podemos afirmar que los párrafos 1 y 2 del art. 33 reiteran las exigencias impuestas en la legislación anterior. Se puede afirmar, para concluir, que en principio, varía la terminología utilizada en cuanto a los trabajadores por cuenta propia, éstos no van a necesitar un permiso de trabajo sino una autorización para trabajar. Quizás el cambio terminológico -no siempre respetado como se pone de manifiesto en el art. 33.2- quiera proponer también una flexibilización en su concesión. Sin embargo, por el momento vamos a examinar el procedimiento a seguir para poder trabajar en nuestro país.

2. Trabajo por cuenta propia

Según el art. 34, los trabajadores autónomos, los que se propongan llevar a cabo una actividad económica por cuenta propia, ya sea como comerciantes, industriales, agricultores o artesanos, tendrán que acreditar que han solicitado la autorización administrativa correspondiente y cumplir todos los requisitos que la legislación vigente exige a los nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada. Del tenor del precepto, parece que la LOE no ha previsto que el extranjero pretenda ejercer una profesión liberal.

Imaginamos que reglamentariamente se regularán varios tipos de autorizaciones. Ahora bien, tenemos ciertos problemas interpretativos. ¿Dónde debe el extranjero solicitar dicha autorización?. Si se trata de una mera autorización puede tener competencia incluso el Ministerio de Interior aunque en la vieja ley, al menos la tramitación, correspondía al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Otra duda suscitada por este precepto lo supone la eventual denegación de la autorización. En principio, lo que se menciona literalmente es la necesidad de solicitar la autorización; podemos intuir que es necesaria la concesión de la misma, pero expresamente no se encuentra establecido⁹⁶. Ahora bien, para que esta autorización sea otorgada parece que deben cumplirse algunos requisitos, y que no se trata de un mero trámite, no existe lo que se denomina una concesión automática, ya que ésta solo se prevé para los supuestos de renovación de la autorización administrativa en los que concurren los requisitos previstos en el párrafo 2º del art. 36.

Los requisitos que debe cumplir el extranjero, una vez que haya solicitado la autorización para trabajar, son los mismos que los exigidos a los españoles, salvo que se trate de la realización de una actividad profesional que requiera una titulación especial. En el caso de que el título que le habilite sea extranjero previamente debe obtener la homologación de dicho título, así como la previa colegiación sí ésta fuese necesaria para los españoles⁹⁷.

96. En este sentido se puede ver la Enmienda núm. 58 en el Senado presentada por el GPP (BOCG, Senado, VI Legislatura, Serie III B, núm. 44 (c), 10 de diciembre de 1999, p. 36). Dicha Enmienda fue aceptada en el Dictamen de la Comisión (ibid, núm. 44 (e), 13 de diciembre de 1999, p. 67) y también se recogía en el texto aprobado por el Senado (ibid, núm. 44 (g), 22 diciembre de 1999, p. 91).

97. Vid. Nota 91.

3. Trabajo por cuenta ajena

A) Regla general: exigencia de permiso de trabajo

a) Generalidades

Para realizar actividades lucrativas por cuenta ajena se exige la tenencia de un permiso de trabajo (art. 35.1), salvo los supuestos expresamente recogidos en el art. 39. Además, para evitar cualquier tipo de abuso por parte de los empresarios que contraten a extranjeros, el art. 33.3 establece que: «Los empleadores que pretendan contratar a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero». Desde luego, esta autorización parece que se exigirá en todo caso, incluso aunque los empresarios contraten a extranjeros incluidos en la lista del art. 39.

Podemos pues afirmar que, como regla general, el acceso al trabajo por cuenta ajena por parte de los extranjeros va a estar subordinada a la obtención de dos autorizaciones; el trabajador debe estar en posesión de un permiso de trabajo; y el empresario, debe estar autorizado para poder contratar trabajadores extranjeros. No se está aludiendo a la solicitud u oferta de trabajo para un extranjero de forma nominal; así si el empresario tiene una oferta de trabajo los destinatarios de la misma son tanto españoles como extranjeros. En caso de que sea un extranjero el que solicite el trabajo no es suficiente con el hecho de que consiga el permiso de trabajo sino que además el empresario debe solicitar y obtener una autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Eso quiere decir que al extranjero con permiso de trabajo no se le puede contratar. Parece excesivo este doble obstáculo. Esta dificultad no existía con anterioridad, por lo que puede haber sido un error. En todo caso, podría estar pensado y se debería utilizar sólo para aquellos casos en los que un empresario desee contratar a un extranjero y éste no estuviese autorizado para trabajar en España⁹⁸.

b) Tramitación

En la nueva LOE no se dice como se va a tramitar ni a qué órgano le corresponde la concesión del mismo. Entendemos que la competencia le corresponde al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Para la concesión inicial del permiso de trabajo, como sucedía en la legislación anterior, se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo (art. 35.2)⁹⁹. En cuanto al plazo del

98. En este sentido se puede ver la Enmienda núm. 56 en el Senado presentada por el GPP (BOCG, Senado, VI Legislatura, Serie III B, núm. 44 (c), 10 de diciembre de 1999, pp. 35-36). Dicha Enmienda fue aceptada en el Dictamen de la Comisión (ibid, núm. 44 (e), 13 de diciembre de 1999, p. 67) y también se recogía en el texto aprobado por el Senado (ibid, núm. 44 (g), 22 diciembre de 1999, p. 91).

99. En la Comisión Constitucional, al debatir el texto de Ponencia, la Sra. M. Rivadulla solicitaba su supresión con las siguientes palabras: «Respecto al apartado 2 del artículo 36, relativo al permiso de trabajo, se dice que para la

permiso la nueva ley sólo prevé que éste será «inferior a cinco años» (art. 35.3). Como hemos señalado la concesión se subordina a la inexistencia de mano de obra española en paro. Sin embargo, a pesar de lo previsto en el último apartado mencionado no «podrá limitarse a un determinado territorio, sector o actividad». Es probable que inicialmente parezca una contradicción con el tenor literal; sin embargo, prima el párrafo 4 del art. 35 en el que se incorpora un cambio sustancial con respecto al viejo régimen, al permitir que desde la primera concesión el permiso de trabajo permita al extranjero realizar actividades laborales sin limitación alguna de ámbito geográfico, sector o actividad¹⁰⁰.

De todas formas, en el caso de los extranjeros que obtengan el permiso de residencia por el procedimiento previsto en el art. 29.3, el art. 36 establece un permiso especial de una duración de un año. El establecimiento de este permiso especial no se hace de una forma nítida, por lo que su interpretación puede dar lugar a unas posturas un tanto contradictorias. El tenor literal del mismo permite señalar que su concesión no parece estar sometida a la limitación prevista en el art. 35.2. La dicción del texto nos permite adelantar la existencia de un derecho a ese permiso de trabajo por haber padecido una situación de ilegalidad durante dos años. En la mayoría de los supuestos ésta vendría dada por la imposibilidad de obtener un permiso de trabajo en una ocasión anterior. Ciertamente, cabe hacerse la pregunta: ¿Qué sentido tiene entonces mantener dos años ilegalmente a quien podría haberse incorporado regularmente a un puesto de trabajo de no haberse considerado inicialmente la situación nacional de empleo?

En cuanto a la renovación, el art. 35.4 otorga nuevamente discrecionalidad al Ministerio de trabajo puesto que se incorpora un término facultativo que está subordinado a que persista la situación que generó la primera concesión. Se utiliza inadecuadamente el término «podrá» renovarse por lo que se permite un amplio margen de actuación discrecional a la Administración. De hecho, el permiso se renovará si concurren las circunstancias legales y no se

concesión inicial del permiso de trabajo se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo. Señorías, aquí hemos teorizado sobre el hecho de que España no quiere sentirse un país fortaleza, frente a esto que señalaba el diputado Diego Jordano que se le explicita en los anónimos, donde se le dice que esta es la invasión de los moros y de los negros. Sí queremos tener la seguridad jurídica de que todo el proceso de los flujos migratorios se hace con sentido común, de tal manera que la sociedad española seamos capaces de dar respuesta y asimilar los flujos que nosotros, a través del contingente, nos queremos marcar de forma anual. Por eso entendemos, señorías, que la situación nacional de empleo se debe tener en cuenta en el momento de fijar el contingente anual, y no en el momento en que una persona solicita el permiso de trabajo; esa situación ya se ha debido de tener en cuenta en el momento previo de la fijación del contingente anual. Por eso pedimos la supresión del apartado 2 del artículo 36» (Cortes Generales. Diario de Sesiones. Congreso de los Diputados. Comisiones, VI Legislatura, núm. 795, 10 de noviembre de 1999, p. 23710).

100. Que la nueva ley instaura esta enorme ventaja es una realidad. Dicho cambio se prevé expresamente en la Disposición Adicional 2ª del Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero al disponer que: «Las limitaciones de carácter geográfico, sectorial o de actividad de los permisos de trabajo b o d inicial o B o D renovado, que se encuentren en vigor en la fecha de entrada en vigor de este Real Decreto, quedarán sin efecto. Los permisos de trabajo b o d inicial que se concedan en base a solicitudes presentadas con anterioridad a la entrada en vigor del presente Real Decreto, no tendrán limitaciones de carácter geográfico, sectorial o de actividad» (BOE, 19-II-2000).

renovará si no concurren¹⁰¹. Solo cabe la renovación automática en los casos establecidos en el art. 36.2, concretamente, si concurren algunas de las siguientes circunstancias:

«a) Cuando por la autoridad competente, conforme a la normativa de la Seguridad Social, se hubiere otorgado una prestación contributiva por desempleo, por el tiempo de duración de dicha prestación.

b) Cuando el extranjero sea beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral durante el plazo de duración de la misma».

La renovación en el caso especial previsto en el art. 36 tampoco parece clara ya que, si partimos de la base de que incorpora un derecho al permiso inicial, también recoge entonces una renovación imperativa «mientras sigan las mismas circunstancias». Realmente no tenemos idea de a qué circunstancias se está refiriendo, salvo que se trate de que el extranjero se encuentre de nuevo en la ilegalidad. Esta postura no tiene ningún sentido. Otra eventual interpretación podría ser tener en cuenta la situación nacional de empleo. Sin embargo, el tenor literal del art. 36 induce a pensar que si no va a tener incidencia en la primera concesión tampoco puede exigirse en la renovación.

En todo caso, tanto en los supuestos normales como en el caso especial del art. 36, parece claro que «transcurridos cinco años desde la concesión del primer permiso de trabajo y las prórrogas correspondientes, el permiso adquirirá carácter permanente» (art. 35.5).

De todo lo expuesto, se puede concluir que la fórmula para que los extranjeros puedan realizar una actividad lucrativa por cuenta ajena se deja, de nuevo, en manos del Ministerio de Trabajo desde el momento que el primer permiso de trabajo está subordinado a la interpretación de la situación del mercado laboral español. Ahora bien, en este punto interesa resaltar dos cuestiones: de un lado, las personas a las que no se exige permiso (art. 39) y, de otra, la situación especial de la contratación administrativa (art. 10).

B) Exención de permiso de trabajo

De la lectura del art. 39 se deduce que se han ampliado el número de supuestos en los que no se exige el permiso de trabajo. Ahora bien, parece que se mezclan dos tipos de grupos de beneficiarios muy diferentes. En el párrafo primero se tiene en cuenta el tipo de actividad a realizar; en cambio, en el segundo párrafo parece que el factor común de los diferentes grupos de extranjeros favorecidos tiene su origen en la vinculación del extranjero a España o con españoles.

101. De hecho, la redacción debería imponer la renovación obligatoria sí «persiste o se renueva el contrato u oferta de trabajo que motivaron su concesión inicial». En este sentido, se manifestaba la Enmienda núm. 61 (BOCG, Senado, VI Legislatura, Serie III B, núm. 44 (c), 10 de diciembre de 1999, pp. 36-37).

Teniendo en cuenta el tipo de actividad, no necesitarán permiso de trabajo, las personas que realicen las actividades enumeradas en el párrafo primero del art. 39. Según este precepto, se beneficiarán los siguientes extranjeros:

- a) Los técnicos y científicos extranjeros, invitados o contratados por el Estado¹⁰².
- b) Los profesores extranjeros invitados o contratados por una Universidad española¹⁰³.
- c) El personal directivo y el profesorado extranjeros, de instituciones culturales y docentes dependientes de otros Estados, o privadas, de acreditado prestigio, oficialmente reconocidas por España, que desarrollen en nuestro país programas culturales y docentes de sus países respectivos, en tanto limiten su actividad a la ejecución de tales programas¹⁰⁴.
- d) Los funcionarios civiles o militares de las Administraciones estatales extranjeras que vengan a España para desarrollar actividades en virtud de Acuerdos de cooperación con la Administración española¹⁰⁵.
- e) Los corresponsales de medios de comunicación social extranjeros, debidamente acreditados, para el ejercicio de la actividad informativa¹⁰⁶.

-
102. Reitera el art. 16 a) LOE 7/85; art. 2 de la Orden de 8 de mayo de 1997, por la que se fijan las normas generales y el procedimiento a seguir en relación con el reconocimiento de situaciones de excepción a la obligación de obtener permiso de trabajo, señala que: «1. Tendrán la consideración de «Técnicos y Científicos», a los efectos de su inclusión en el art. 16 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, los profesionales extranjeros que por sus conocimientos, especialización, experiencia o práctica científica sean invitados o contratados por el Estado español para el desarrollo de una actividad o programa técnico, científico o de interés general. 2. También tendrán esta consideración los Licenciados en Medicina y Cirugía extranjeros que, estando en posesión del correspondiente título de Licenciado español o extranjero debidamente homologado, realicen estudios de especialización en España según la regulación contenida en el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero» (BOE, 13-V-97). La solicitud del reconocimiento de dicha excepción se encuentra regulada en la Resolución de 12 enero 1998, de la Dirección General de Ordenación de las Migraciones, por la que se aprueba el modelo de solicitud de excepción de permiso de trabajo y de permiso de residencia o de verificación de estancia legal (ibid, 7-II-98).
103. Reitera el art. 16 b) LOE 7/85; art. 3 de la Orden de 8 de mayo de 1997 dispone que: «Se considera como tales a los docentes extranjeros que, estando en posesión de la titulación académica adecuada, sean invitados o contratados por una Universidad española para desarrollar tareas lectivas» (BOE, 13-V-97).
104. Vid. Art. 16 c) LOE 7/85; y el art. 4 de la Orden de 8 de mayo de 1997 establece que: «Podrán beneficiarse de la excepción los extranjeros en quienes concurren las circunstancias siguientes: 1ª. Ocupar puestos de dirección o de docencia y limitar su ocupación al ejercicio de la indicada actividad, en instituciones culturales o docentes extranjeras de carácter estatal, mixtas o privadas radicadas en España. 2ª. Cuando se trate de instituciones culturales o docentes dependientes de otros Estados, deberán desarrollar en España su actividad de forma que los estudios cursados, programas desarrollados y los títulos o diplomas expedidos tengan validez y sean reconocidos por los países de los que dependan. 3ª. Si se trata de instituciones privadas se les considerará de acreditado prestigio cuando la entidad y las actividades realizadas hayan sido oficialmente reconocidas y autorizadas por las autoridades competentes, y los títulos o diplomas que expidan tengan renombre internacional» (BOE, 13-V-97).2
105. Se reitera el art. 16 d) LOE 7/85; para el art. 5 de la Orden de 8 de mayo de 1997 «Estarán incluidos en estos supuestos los funcionarios públicos civiles o militares de Administraciones estatales extranjeras que hayan sido designados por sus respectivos Estados para realizar en nuestro país actividades encuadradas en un acuerdo de cooperación en que la Administración española sea parte» (BOE, 13-V-97).
106. Vid. Art. 16 e) LOE 7/85; también cabe aludir al art. 6 de la Orden de 8 de mayo de 1997 que dispone: Tendrán esta consideración los profesionales de la información al servicio de medios de comunicación extranjeros que desarrollen su actividad informativa en España, debidamente acreditados por las autoridades españolas, ya sea como corresponsales o como enviados especiales» (BOE, 13-V-97).

- f) Los miembros de misiones científicas internacionales que realicen trabajos e investigaciones en España, autorizados por el Estado¹⁰⁷.
- g) Los artistas que vengan a España a realizar actuaciones concretas que no supongan una actividad continuada¹⁰⁸.
- h) Los ministros, religiosos o representantes de las diferentes Iglesias y Confesiones, debidamente inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, en tanto limiten su actividad a funciones estrictamente religiosas¹⁰⁹.
- i) Los extranjeros que formen parte de los órganos de representación, gobierno y administración de los sindicatos homologados internacionalmente, siempre que limiten su actividad a funciones estrictamente sindicales».

A salvo el último caso, la práctica totalidad de estas actividades se recogían de igual modo en la anterior regulación¹¹⁰.

Se trata de verdaderas exclusiones del permiso de trabajo para realizar actividades laborales en España. Ahora bien, para poder ser contratados con toda probabilidad deberán ser reconocidos como destinatarios de esta exención. Es casi seguro, que el sistema a seguir será el mismo o parecido al recogido por la Orden de 8 de mayo de 1997, por la que se fijan las

-
- 107. Es una copia del art. 16 f) LOE 7/85; además, el art. 7 de la Orden de 8 de mayo de 1997 que señala: «Tendrán esta consideración los extranjeros que formen parte de una misión científica internacional que se desplace a nuestro país para realizar actividades de estudio o investigación programadas por un organismo o agencia internacional, autorizadas por las autoridades competentes» (BOE, 13-V-97).
 - 108. Reitera el art. 16 h) LOE 7/85; en el art. 9 de la Orden de 8 de mayo de 1997 se prevé que: «1. Estarán incluidas en este supuesto las personas que, de forma individual o colectiva, se desplacen a nuestro país para realizar una actividad artística, directamente ante el público o destinada a la grabación de cualquier tipo para su difusión entre el mismo, en cualquier medio o local destinado habitual o accidentalmente a espectáculos públicos o actuaciones de tipo artístico o de exhibición. 2. Las actividades que se realicen no podrán superar cuatro días continuados de actuación o veinte días de actuación discontinua en un período de doce meses» (BOE, 13-V-97).
 - 109. Vid. Art. 16 g) LOE 7/85; y el art. 8 de la Orden de 8 de mayo de 1997 establece que: «1. Quedarán incluidos en el artículo 16.g) de la Ley Orgánica 7/1985, las personas que cumplan los siguientes requisitos: a) Que tengan la condición de ministros del culto, religiosos o representantes de las distintas Iglesias y Confesiones habiendo profesado o realizado los estudios requeridos para ello, según las normas internas de las mismas y se hallen investidos y facultados para el ejercicio de su ministerio o la administración de los sacramentos. b) Las Iglesias y Confesiones a las que pertenezcan deberán estar debidamente inscritas en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia. c) Las actividades a desarrollar en nuestro país serán estrictamente religiosas, por estar relacionadas de forma directa con el culto, ser meramente contemplativas o responder a la misión propia y característica de la Orden. 2. No se consideran incluidos en este supuesto: a) Los ministros, religiosos o representantes de las Iglesias o Confesiones que pretendan desarrollar actividades retribuidas, aunque se correspondan con la misión de su iglesia o confesión. b) Las personas vinculadas con una orden, confesión o religión que aún no hayan profesado, aunque temporalmente realicen actividades de carácter pastoral o de captación de adeptos, así como los estudiantes, postulantes, novicios y asociados, aunque lleven a cabo actividades encaminadas a adquirir posteriormente la condición de ministros, sacerdotes o religiosos o lleven a cabo una obligación o servicio temporal en cumplimiento de sus estatutos religiosos» (BOE, 13-V-97).
 - 110. Art. 16 LOE 7/85; art. 71.3 RD 155/96 (Vid. R. Viñas Farré, «Los regímenes especiales de extranjería en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio», Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 1998-3, pp. 297-310).

normas generales y el procedimiento a seguir en relación con el reconocimiento de situaciones de excepción a la obligación de obtener permiso de trabajo¹¹¹.

El procedimiento a seguir y la documentación a presentar para el reconocimiento de dicha excepción se encuentra regulado en la Resolución de 12 de enero de 1998, de la Dirección General de Ordenación de las Migraciones, por la que se aprueba el modelo de solicitud de excepción de permiso de trabajo y de permiso de residencia o de verificación de estancia legal¹¹².

Creo que la mayor novedad, por la ampliación de casos, la supone este último grupo al establecer, en el apartado segundo del art. 39, que no será necesario el permiso de trabajo cuando se trate de:

- «a) Los españoles de origen que hubieran perdido la nacionalidad española¹¹³.
- b) Los extranjeros casados con español o española y que no estén separados de hecho o de derecho¹¹⁴.
- c) Los extranjeros que tengan a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española¹¹⁵.
- d) Los extranjeros nacidos y residentes en España¹¹⁶.
- e) Los extranjeros con autorización de residencia permanente»¹¹⁷.

Realmente, en todos los casos, se trata de personas muy vinculadas ya sea al territorio español ya sea a españoles o ellos mismos fueron españoles en algún momento. Todos estos casos o al menos muchos de ellos tienen un precedente, pero que no puede ser utilizado como pauta interpretativa. Es obvio que los grupos referidos, en algunos de los casos, ya estaban recogidos en el art. 18.3 de la LOE 7/85 y en el art. 77.1 RD 155/96. Ahora bien, en las disposiciones ya derogadas, esos grupos gozaban de una situación de preferencia pero no eran considerados como supuestos de excepción a la obligatoriedad del permiso de trabajo.

De estos cinco grupos de beneficiarios uno de ellos -al menos- no tiene destinatarios (art. 39.2.b). Ahora bien, tratándose de los extranjeros previstos en los otros grupos se nos plantea una duda. De hecho no sabemos si estas personas pueden trabajar sin necesidad de autorización acreditando su pertenencia a uno de esos grupos; o si, por el contrario, debe de serle

111. BOE, 13-V-97.

112. BOE, 7-II-98.

113. Art. 18.3.d) LOE 7/85 y art. 77.1.a) RD 155/96.

114. Art. 18.3.b) LOE 7/85 y art. 2a) RD 766/92.

115. Art. 18.3.c) LOE 7/85 y art. 77.1.c) RD 155/96.

116. Art. 18.3.a) LOE 7/85 y art. 77.1.e) RD 155/96.

117. Art. 77.1.g) RD 155/96.

reconocida la situación como especialmente beneficiario de esta exención antes de poder trabajar.

En todo caso, debemos averiguar si hay muchas personas eventualmente beneficiadas, por lo que vamos a fijarnos en cada uno de los grupos. Mediante el primer caso incorporado en el art. 39.2. a) se da la oportunidad de que los españoles de origen que hubiesen perdido la nacionalidad puedan gozar de esta exención de permiso de trabajo¹¹⁸. De momento, puede existir un grupo de personas que se beneficien de esta exención. Esta postura se puede avalar desde la perspectiva de la institución de la recuperación. Si tenemos en cuenta que para volver a ser españoles, los extranjeros deben tener residencia legal en España y algunos -el varón menor de cuarenta años que ha perdido la nacionalidad española sin cumplir el servicio militar- debe pedir una habilitación previa al Gobierno es muy posible que no se cumplan los requisitos para recuperar la nacionalidad española. Por tanto, habrá casos de extranjeros beneficiados de la exención prevista en el precepto aludido. Ahora bien, si han perdido la nacionalidad sin estar obligados al servicio militar y además acreditan ser emigrantes o hijos de emigrantes podrán recuperar la nacionalidad con una mera declaración¹¹⁹, por lo que para éstos es más fácil volver a ser españoles que someterse al régimen general de extranjería. Se puede afirmar que no van a ser demasiados los supuestos que se puedan incluir pero, en todo caso, es necesario, que se les recuerde en el futuro reglamento a los efectos de conseguir un visado, una exención de visado o una autorización de residencia.

Los casos de extranjeros casados con españoles y los extranjeros que tengan ascendientes o descendientes españoles, previstos en el art. 39.2.b, no están sometidos al régimen general sino que se benefician del régimen previsto en el RD 766/92. En el mencionado régimen estas personas -al menos los extranjeros cónyuges de españoles- para trabajar en España no se les impone la necesidad de un permiso de trabajo. Por ello, en realidad este art. 39.2.b), mientras se mantenga vigente el actual régimen legal previsto para los nacionales de los países de la UE no tiene ningún futuro; puesto que su única viabilidad, según lo prescrito en el art. 1.2, depende del carácter más favorable del régimen general. Desde este momento, se puede anunciar que el art. 39.2.b) es más restrictivo en tanto en cuanto establece unas limitaciones no impuestas en el régimen previsto para los nacionales de los países de la UE tanto en relación a los beneficiarios así como por las exigencias impuestas a la hora de trabajar en España¹²⁰.

Caso diferente, quizás, sea el del extranjero con descendiente o ascendiente español, ya que en el RD 766/92 el extranjero está a cargo del español; en cambio, en el art. 39.2. c) se

118. Vid. A. Alvarez Rodríguez, «Pérdida y recuperación de la nacionalidad española», Jornadas sobre Nacionalidad y Extranjería, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales, 1994, pp. 26-97.

119. Cf. A. Alvarez Rodríguez, Guía de la nacionalidad española, 2ª, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996, pp. 99-113.

120. Vid. Capítulo sobre régimen jurídico de los nacionales de la Unión Europea tras la entrada en vigor de la LOE.

recoge el caso contrario, español ascendiente o descendiente de extranjero pero que vive a expensas de éste. El grupo de personas que puede beneficiarse de este apartado es bastante importante; de hecho, son numerosos los extranjeros que tienen un hijo español; y, también, en muchos supuestos los extranjeros tienen un progenitor español.

Si uno piensa en las normas relativas a la atribución, adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad española nos podemos encontrar con casos de hijos de extranjeros que por el criterio del *ius soli* son españoles¹²¹. Los hijos de peruanos, argentinos, uruguayos, paraguayos, caboverdianos¹²², ecuatorianos¹²³ son españoles si han nacido en España.

También serán españoles los nacidos de un progenitor español. Si el otro progenitor es extranjero éste puede estar incluido entre los beneficiarios del art. 39.2.b o en el RD 766/92 según que el hijo haya nacido de una relación matrimonial o no matrimonial. El extranjero que tiene un hijo matrimonial con un español es uno de los beneficiarios del RD 766/92. En cambio, si el extranjero/a es progenitor/a de un hijo no matrimonial nacido de su relación con un español/a será uno de los destinatarios del art. 39.2.b). Por tanto, en estos casos el progenitor o progenitores extranjeros podrán valerse de la no exigencia del permiso de trabajo. En los supuestos de nacidos en territorio español que uno de los progenitores sea español en general si el hijo nace de una relación matrimonial el cónyuge extranjero es destinatario del RD 766/92. En el resto no será cónyuge de un español sino progenitor de un español.

El otro grupo de extranjeros previstos en el art. 39.2.c), es decir supuestos en que el extranjero tenga un progenitor español. Este caso también se puede dar con bastante frecuencia. Normalmente se piensa que si el padre es español el hijo forzosamente tiene que ser español. Y desde luego, esto es una falacia pues si bien tenemos vigente el principio o criterio del *ius sanguinis*, es posible que el hijo haya nacido antes de que el progenitor obtuviese la nacionalidad española. Por otro lado, el principio de unidad jurídica de la familia en materia de nacionalidad en España no rige, por tanto cabe que haya extranjeros con padres españoles. Debemos pensar en los extranjeros cuyos progenitores habían perdido la nacionalidad antes del nacimiento de sus hijos. Si posteriormente el progenitor de origen español recuperó la nacionalidad española, sus hijos -nacidos antes de la recuperación- son extranje-

121. Cf. A. Alvarez Rodríguez, *Guía de la nacionalidad...*, op.cit., pp. 37-42.

122. Res. DGRN 2ª de 15 junio 1998 concluye que: «La cuestión que se discute en este recurso es la de si puede declararse con valor de simple presunción, por medio del oportuno expediente gubernativo (art. 96.2º LRC), que tiene la nacionalidad española de origen un niño, nacido en España en 1991, hijo de nacionales de Cabo Verde nacidos fuera de España. El art. 17.1.c) Cc establece que son españoles de origen «los nacidos en España de padres extranjeros... si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad». Esta interpretación queda reforzada por la aplicación del art. 7 de la Convención de los Derechos del Niño, puesto que en él se señala que «el niño tendrá derecho desde que nace a... una nacionalidad» y se establece la obligación de los Estados partes de velar por la efectividad de este derecho «sobre todo, cuando el niño resultara de otro modo apátrida» (BIMJ, 1841, 1999, pp. 693-694).

123. Los hijos de nacionales de Ecuador son españoles desde el momento del nacimiento por existencia de una apatridia originaria. La nacionalidad española de estas personas ha sido declarada en diecisiete decisiones dictadas entre julio y noviembre de 1999 (Vid. Diez Res. DGRN de 5 julio, cuatro Res. DGRN de 27 agosto, dos de 15 octubre y 1ª de 21 octubre 1999).

ros. También cabe el supuesto de si el progenitor extranjero adquiere la nacionalidad española, sobre todo, después del cumplimiento de la mayoría de edad de sus hijos. Estos son extranjeros cuyos progenitores son españoles. Si los hijos son menores no tienen excesivos problemas para llegar a ser españoles por la vía de la opción; sin embargo, si son mayores de edad en muchos casos tendrán que acreditar una residencia legal de diez años¹²⁴.

De todas formas, es necesario que los extranjeros con hijos o padres españoles para poder trabajar sin permiso de trabajo necesitan acreditar que los hijos o, en su caso, sus progenitores españoles viven a sus expensas o están a su cargo.

En relación a los dos últimos supuestos, nos parece muy razonable que el extranjero con residencia permanente no tenga que solicitar una autorización para trabajar. Es más, se podría entender que el poseedor de una tarjeta de estas características está habilitado para realizar cualquier actividad laboral en España tanto por cuenta propia como por ajena. Ahora bien, el cuarto grupo, el de los nacidos y residentes en España, también es lógico que se incluya, pero hubiere sido más interesante incorporar el hecho del nacimiento en España para concederle la residencia. Esperemos que en el futuro reglamento no olviden que acreditando el nacimiento en territorio español se consigue la residencia. En este caso el extranjero nacido en España y residente podrá trabajar sin necesidad de permiso de trabajo.

C) Preferencias a la hora de obtener el permiso de trabajo

A pesar de que el párrafo 1º del art. 37 incorpora el sistema del contingente, lo que realmente se introduce en el segundo párrafo no es una excepción al contingente sino un verdadero supuesto de preferencia en la contratación de extranjeros al margen de las cuotas que anualmente se fijen.

Concretamente, se establece que no será necesario utilizar la vía del contingente y los empresarios podrán girar ofertas de empleo independientes. No se someterán al contingente los contratos u ofertas de colocación dirigidas a:

- «a) Cubrir puestos de confianza¹²⁵.
- b) Se trate del cónyuge o hijo de extranjero residente en España¹²⁶.
- c) Se trate del titular de una autorización previa de trabajo que pretenda su renovación¹²⁷.
- d) Los trabajadores necesarios para el montaje o reparación de una instalación o equipos productivos¹²⁸.

124. Cf. S. Salvador Gutiérrez, *Manual práctico sobre nacionalidad. Normativa, Resoluciones de la Dirección General de los Registros y Formularios*, Granada, Comares, 1996, pp. 153-175.

125. Art. 18.3.i) de la LOE 7/85 y art. 77.2.e) del RD 155/96.

126. En la legislación anterior se preveía el supuesto de cónyuge o hijo de extranjero con permiso de trabajo (art. 18.3.k) de la LOE 7/85).

127. Art. 18.3.l) de la LOE 7/85.

128. Art. 18.3.11) de la LOE 7/85 y art. 77.1.i) del RD 155/96.

e) Los que hubieran gozado de la condición de refugiado durante el año siguiente a la fecha de la pérdida de tal condición¹²⁹».

No existe claridad en la regulación, sin embargo, el tenor literal no significa sólo que no entren en el contingente sino que además tienen derecho a un permiso de trabajo, ya que la regla general de la contratación por cuenta ajena está limitada a la otorgación del permiso.

En estos casos parece que si hay una oferta directa podrán ser contratados, pero no se sabe si van a necesitar el permiso de trabajo ordinario¹³⁰. Si entran en la misma fórmula volvemos al caso de que sea posible la denegación del permiso en virtud de lo dispuesto en el art. 35.2. Si no nos referimos a eso parece que se dice que esas personas podrán entrar en el régimen general y se les concederá el permiso sin tener en cuenta la situación nacional de empleo.

D) Contratación pública

Por otra parte, en cuanto al aspecto relativo al empleo público, existe una contradicción legislativa. En el art. 10.2 de forma incongruente no se señala ninguna restricción para el acceso del extranjero al empleo público. Es decir no impone a la Administración Pública ninguna limitación extraordinaria para la contratación y sin embargo restringe la libertad de contratación del empresario privado¹³¹.

La incongruencia puede parecer exagerada si tenemos en cuenta que a los beneficiarios del status de comunitario, concretamente, en el precepto art. 39.4 TCE, se les excluye de los «empleos en la Administración pública». Además, el art. 1.3 de la Ley 17/1993, de 23 de diciembre, sobre determinación de los sectores de la función pública a los que pueden acceder los nacionales de los demás Estados miembros de la UE, permite que «los puestos de trabajo... que impliquen el ejercicio de potestades públicas o la responsabilidad en la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas, quedan reservados a los funcionarios con nacionalidad española»¹³². Esta misma restricción, incluso ampliada, se subraya reglamentariamente (art. 2.1 RD 800/95). La ampliación de las reservas a favor de

129. Art. 77.l.h) del RD 155/96.

130. Este era el sentido que se dio en las Enmiendas de Grupo Socialista a todas las Proposiciones, art.75 del texto propuesto en la Enmienda núm. 58, a la totalidad de la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, de reforma de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie B, núm. 175-10, 18 de noviembre 1998, p. 54); art. 75 del texto propuesto en la Enmienda núm. 117 a la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), de medidas para favorecer una mayor protección e integración de los inmigrantes (BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie B, núm. 179-10, 18 de noviembre 1998, p. 71); y art.75 del texto propuesto en la Enmienda núm. 5, a la totalidad de la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Mixto, de reforma de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie B, núm. 189-11, 18 de noviembre 1998, p. 39).

131. Cf. P. Aguelo, «Notas Urgente» dentro de este mismo libro.

132. BOE, 24-XII-1993.

españoles en el mencionado RD se observa claramente al permitir que «los Ministerios de Economía y Hacienda y para las Administraciones Públicas» determinen «los puestos de trabajo en los que, en todo caso, sea exigible la nacionalidad española» (art. 2.2 RD 800/95). Ahora bien, esta limitación puede haberse eliminado desde el art. 10.2 LOE que establece:

«Los extranjeros podrán acceder como personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. A tal efecto, podrán presentarse a las ofertas públicas de empleo que convoquen las Administraciones Públicas».

La utilización en esta disposición del principio de igualdad -si es equivalente al principio de no discriminación por razón de nacionalidad- podría interpretarse como la eventual eliminación de la reserva a favor de los españoles y la eventual contratación de los extranjeros por parte de la Administración pública española sin necesidad de obtener previamente un permiso de trabajo. Lo que ya no está tan claro es si la Administración -ahora empresaria- necesitará solicitar y obtener la autorización establecida en el art. 33.3 para poder contratar al extranjero.

4. Regímenes especiales de trabajo

Además, se incluyen tres regímenes especiales como son el trabajo de estudiantes, de trabajadores fronterizos y los de temporada. En dichas categorías no parece que se puedan incluir los trabajos en prácticas¹³³ ni los desplazamientos en el marco de una prestación de servicios transnacional¹³⁴.

133 Si se preveía en las Enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Socialista a todas las Proposiciones. En concreto, arts. 89 y 90 del texto propuesto en la Enmienda núm. 58, a la totalidad de la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida, de reforma de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie B, núm. 175-10, 18 de noviembre 1998, p. 55); arts. 89 y 90 del texto propuesto en la Enmienda núm. 117 a la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), de medidas para favorecer una mayor protección e integración de los inmigrantes (BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie B, núm. 179-10, 18 de noviembre 1998, p. 72); y arts. 89 y 90 del texto propuesto en la Enmienda núm. 5, a la totalidad de la Proposición de Ley presentada por el Grupo Parlamentario Mixto, de reforma de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie B, núm. 189-11, 18 de noviembre 1998, p. 41). El tenor literal de dichos preceptos era el siguiente: «Artículo 89. Trabajadores en prácticas. Se entenderá por trabajador en prácticas el trabajador cuya presencia en el territorio español esté estrechamente vinculada a la voluntad de mejorar su competencia y cualificación en la profesión que haya elegido con el fin de proseguirla en su país de origen o en cualquier otro. Artículo 90. Autorización para el trabajo en prácticas. Para ser admitido como trabajador en prácticas en el territorio español, el extranjero deberá reunir las condiciones siguientes: a) poseer un contrato de formación con el Organismo o Empresa de acogida, y que dicho contrato le garantice una retribución suficiente para su subsistencia; b) disponer de una protección social que cubra los riesgos que puedan acaecerle en el país. La autorización de residencia de los trabajadores en prácticas será válida durante un año. Si el período necesario para adquirir la cualificación profesional fuera superior a un año, la autorización de residencia podrá prorrogarse por anualidades sucesivas. En ningún caso se prorrogará para que la persona pueda ocupar un empleo».

134. Olvida a los trabajadores que se desplazan en el marco de una prestación de servicios transnacional. Esta claro que en la actualidad se esta planteando la ampliación de esta modalidad a los nacionales de terceros países. En concreto, se puede ver la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se extiende la libre prestación de servicios transfronterizos a los nacionales de un tercer Estado establecidos dentro de la Comunidad. (Documento 599PC0003

En concreto, el art. 40 recoge el mismo principio establecido en la legislación anterior de prohibición de realizar una actividad laboral por parte de los estudiantes. En este sentido, se manifiesta expresamente el art. 40.4 al disponer que:

«Los extranjeros admitidos con fines de estudio no estarán autorizados para ejercer una actividad retribuida por cuenta propia ni ajena. Sin embargo, en la medida en que ello no limite la prosecución de los estudios, y en los términos que reglamentariamente se determinen, podrán ejercer actividades remuneradas a tiempo parcial o de duración determinada».

La eventual realización de actividades por parte de los estudiantes probablemente se regulará de forma similar a lo previsto en la Orden de 25 de febrero de 1998 por la que se fijan los requisitos y el procedimiento sobre concesión de autorizaciones para trabajar, aplicación de determinados supuestos de preferencias, modificación de los permisos de trabajo y compatibilidad de permisos de trabajo¹³⁵. Ahora bien, específicamente se prevé que los estudiantes puedan realizar un trabajo «a la par», por lo que el párrafo 5 del art. 40 establece que:

«La realización de trabajo en una familia para compensar la estancia y mantenimiento en la misma mientras se mejoran los conocimientos lingüísticos o profesionales se regularán de acuerdo con lo dispuesto en los acuerdos internacionales sobre colocación *au pair*»¹³⁶.

En principio, si se trata de jóvenes extranjeros que quieran mejorar incluso su cultura general o adquirir un mejor conocimiento del país de residencia podrá optar a este tipo de empleos. De todas formas, en virtud de lo dispuesto en la normativa internacional la «persona colocada «a la par» no podrá tener una edad inferior a dieciséis años, ni superior a treint-

(02). Para poder hacer efectivo este derecho se regulan también las condiciones de desplazamiento en la Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo relativa a las condiciones de desplazamiento de los trabajadores asalariados, nacionales de un tercer Estado, en el marco de una prestación de servicios transfronterizos (Documento 599PC0003 (01)).

135. BOE, 7-III-98. El art. 3 de esta Orden dispone que: «1. Los extranjeros documentados con una tarjeta de estudiante podrán ser excepcionalmente autorizados a realizar actividades lucrativas por cuenta ajena, siempre que dichas actividades sean compatibles con la realización de los estudios, según los requisitos y procedimiento establecidos en la presente Orden. 2. La autorización que se conceda permitirá trabajar en una empresa y ámbito geográfico concretos. La duración coincidirá con la del contrato que la sustenta, con el límite de un año. 3. La vigencia de la autorización que se conceda no podrá ser superior a la duración de la tarjeta de estudiante, siendo causa de extinción de la misma la pérdida de vigencia de esta tarjeta, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado cuarto.4 de la presente Orden. 4. Cuando la actividad a desarrollar coincida con períodos lectivos, la autorización habilitará para trabajar a tiempo parcial. 5. Si la actividad no coincide con períodos lectivos, la autorización habilitará para trabajar a jornada completa, y su duración no podrá superar los tres meses 6. En el supuesto de que el estudiante sea autorizado a trabajar, los ingresos obtenidos no tendrán el carácter de recurso necesario para su sustento o estancia».

136. Acuerdo Europeo sobre colocación *au pair*, hecho en Estrasburgo, el 24 de noviembre de 1969 ratificado por España en junio de 1988 y entró en vigor para nuestro país el 12 de septiembre de 1988 (BOE, 6-IX-1988) (Vid. R. Quesada Segura, «El trabajo *au pair* entre la laboralidad y la tutela extralaboral», Trabajo subordinado y trabajo autónomo. En la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo, Estudios en Homenaje al Prof. José Cabrera Bazán, Madrid, Tecnos, 1999, pp. 315-334).

ta». En dicho precepto existe un lapsus, se han olvidado recoger el plazo de la autorización tanto para trabajar como para residir en España¹³⁷.

También se prevé la posibilidad de un régimen especial para los trabajadores de temporada. Sin embargo, esta opción queda en manos del Gobierno, salvo la limitación de la obligación impuesta a las Administraciones Públicas en cuanto a su alojamiento y asistencia en los servicios sociales. En concreto el art. 41 dispone que:

- «1. El Gobierno regulará reglamentariamente el permiso de trabajo para los trabajadores extranjeros en actividades de temporada o campaña que les permita la entrada y salida del territorio nacional de acuerdo con las características de las citadas campañas.
2. Las Administraciones Públicas velarán para que los trabajadores temporeros sean alojados en viviendas con condiciones de dignidad e higiene adecuadas y promoverán la asistencia de los servicios sociales adecuados para organizar su atención social durante la temporada o campaña para la que se les conceda el permiso de trabajo».

Además, se recoge la modalidad del trabajador fronterizo en el art. 42; en realidad se describe quienes son, señalando que se trata de «Los trabajadores extranjeros que, residiendo en la zona limítrofe, desarrollen su actividad en España y regresen a su lugar de residencia diariamente, o, al menos, una vez a la semana». Estos trabajadores «deberán obtener la correspondiente autorización administrativa, con los requisitos y condiciones con que se conceden las autorizaciones de régimen general».

Por tanto, el precepto describe quienes son los beneficiarios del régimen especial para someterlo al régimen general de extranjería. Da la sensación de que existe una contradicción con el régimen previsto en el RD 766/92, donde también se describen los trabajadores fronterizos de la misma forma y deben cumplir los requisitos allí establecidos que difieren de los señalados en esta ley. Nos parece que es posible que el art. 42 carezca de destinatarios. Concretamente, los que posean la nacionalidad portuguesa, francesa o inglesa y vivan en Portugal, Francia o Reino Unido -Gibraltar- y trabajen en España quedarán englobados dentro del régimen comunitario, como destinatarios del RD 766/92. En todo caso, puede que los marroquíes o andorranos que trabajen en España y regresen a Ceuta o Melilla o a Andorra sí tengan cabida en este precepto, pero en todo caso no parece que sean un grupo muy numeroso de beneficiarios.

137. Este aspecto se recogía expresamente en los arts. 91 y 92 de las Enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Socialista. En concreto se proponía como texto para estos preceptos: «La colocación «a la par», que inicialmente no excederá del período de un año, podrá, sin embargo, prolongarse hasta un máximo de dos años. 3. Los derechos y obligaciones de la persona «a la par» y de la familia de acogida serán objeto de acuerdo escrito concertado entre las partes de que se trate, en forma de un documento único o de un intercambio de cartas, que se realizará preferentemente antes de que la persona colocada «a la par» abandone el país en que tenía su residencia, y a lo sumo durante la primera semana de trabajo en la familia de acogida. Los beneficios de protección social, los medios con que contará la persona «a la par», así como los servicios que prestará a la familia de acogida se establecerán de acuerdo con lo estipulado por el Acuerdo Europeo sobre colocación AU PAIR, de 24 de noviembre de 1969, ratificado por España. Artículo 92. Autorización para el trabajo «a la par». La familia de acogida deberá obtener la correspondiente autorización de residencia para la persona «a la par». La autorización de residencia para este trabajo no excederá inicialmente de un período de un año, aunque podrá ser prorrogado por un máximo de dos años».

5. Tasas

Finalmente, se establece en el capítulo IV (arts. 43 a 45) las tasas por autorizaciones administrativas para trabajar en España. Al igual que en la legislación anterior se establece como hecho imponible la autorización expedida para trabajar en territorio español salvo en el caso de los permisos permanentes, ya que estos últimos estarán exentos de pago (art. 45.2).

En este sentido, el art. 43 establece que: «La autorización administrativa expedida a los ciudadanos extranjeros para trabajar en España, por cuenta propia o ajena, constituye el hecho imponible de una tasa». Además, para evitar algunas de las situaciones generadas durante la vigencia de la legislación anterior se establece la nulidad de cualquier pacto por el cual el trabajador por cuenta ajena asuma pagar total o parcialmente la tasa establecida (art. 44.2). En todo caso, previamente se establece quienes son los sujetos pasivos. En concreto, el párrafo primero del art. 44 dispone que: «Vendrán directamente obligados al pago de la tasa los empleadores a quienes se autorice el empleo inicial o la renovación de la autorización para el empleo de un trabajador extranjero en los casos de trabajo por cuenta ajena y el propio trabajador cuando lo sea por cuenta propia». Ahora bien, la cuantía de las mismas se establecerá reglamentariamente, aunque ya parece que ésta diferirá según la clase de autorización, ya se trate de la autorización inicial o renovada, o por su naturaleza, ya sea propia o ajena, tanto como por su duración (art. 45.1).