

El régimen preferencial en materia de extranjería y los nacionales iberoamericanos

SUMARIO: 1. LOS IBEROAMERICANOS Y EL DERECHO DE EXTRANJERIA: A) INTRODUCCIÓN Y APUNTE HISTÓRICO SOBRE LA MATERIA.—2. LOS IBEROAMERICANOS Y LA NORMATIVA ACTUAL SOBRE EXTRANJERIA: A) IDEA GENERAL. B) LOS IBEROAMERICANOS Y LA NUEVA NORMATIVA SOBRE EXTRANJERÍA. C) LOS IBEROAMERICANOS A LA LUZ DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES QUE LES AFECTAN: a) Idea general; b) Interpretación doctrinal de los sendos artículos 7 de los Convenios de doble nacionalidad celebrados por España con Chile, Perú y Ecuador: aa) Idea general; ab) Posición de la jurisprudencia al respecto: a'a) Introducción; a'b) Relación de sentencias del TS con incidencia en este orden de cuestiones: a''a) Afectantes a los chilenos; a''b) Afectantes a los peruanos.—3. RECOPIACION DE LAS CLAVES JURISPRUDENCIALES *AD HOC*.—4. REPERCUSIONES DE LA NORMATIVA COMUNITARIA EN ESTE ORDEN DE COSAS.

1. LOS IBEROAMERICANOS Y EL DERECHO DE EXTRANJERIA

A) INTRODUCCIÓN Y APUNTE HISTÓRICO SOBRE LA MATERIA

Tradicionalmente, el punto alusivo al posicionamiento de los iberoamericanos en cuanto extranjeros a ubicar (o ya previamente ubicados) en nuestro país ha suscitado en las áreas de jurisprudencia (y doctrinales) españolas, considerable inquietud, materializándose la misma en la convergencia de planteamientos retóricos sumamente progresivos en su senda concepción con muy cicateras —por no calificarlas de *cutres*— soluciones normativas *ad casum*, y aún cuando éstas se han vertebrado oportunamente, la Administración encargada de aplicar las mismas ha procurado por todos los medios deslazar sus más depuradas esencias liberalizadoras, provocando esta forzada coexistencia considerables dosis de esquizofrenia inter-

pretativa, siendo buena muestra de ello lo que supuso la entrada en juego de la Ley 118/1969, de 30 de diciembre, y su Orden de desarrollo de 15 de enero de 1970, disposiciones de talante progresista que eximieron expresamente a los hispanoamericanos (junto con otros extranjeros que no vienen ahora al caso) de la obligación de proveerse del permiso de trabajo cuya necesidad general, es decir, en relación con el resto de extranjeros comunes o no privilegiados imponían las normas con incidencia en este *factum* (Decreto 1870/1968, de 27 de julio, Real Decreto 1874/1978, Real Decreto 1031/1980).

Pues bien, a pesar de lo claro que resultaba el apremio exonerador de la Ley 118/1969 y de su mentada Orden de ejecución, la Administración policial se empecinó —y ello con evidente acierto y *obstinación*— en someter a los hispanoamericanos al régimen normativo ordinario, exigiéndoles la previa obtención del permiso de trabajo para poder conferirles con ulterioridad el imprescindible permiso de residencia (del que no estaban ciertamente dispensados según la preceptiva que acabamos de ameritar) por lo que por tal torticera y sinuosa vía —*rayana* en el fraude de ley— a los extranjeros debidamente amparados por el régimen de excepción diseñado por la Ley 118/1969, se les desconocía el régimen de favor que tal conjunto ordinamental les reconocía expresamente.

Por mi parte, y al abordar en la primera edición de mi libro «Estudios sobre extranjería», esta temática ya puse de relieve lo anómalo del procedimiento policial seguido al efecto y el hecho de que el mismo era constantemente desautorizado en sede jurisdiccional apuntando literalmente en la página 184 de tal obra que:

«Es cierto que unánimemente el Tribunal Supremo, llamado a resolver los pertinentes recursos en la materia, fallaba reconociendo la vigencia sin tacha de la normativa peculiar aludida, pero ello era como arrojar cucharadas de agua en el mar, por cuanto que la Administración mantuvo su criterio a ultranza, basándose en normas de régimen interior y en el Decreto 1874/1978 (no derogatorio de la Orden antes mencionada) hasta la Resolución conjunta del Ministerio de Trabajo e Interior de 27 de mayo de 1983, que dio nueva redacción a la Instrucción 31, de las dictadas en desarrollo del último Real Decreto mencionado, disponiendo literalmente que "los trabajadores hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos, amparados por la Ley 118/1969, de 30 de diciembre, quedan exentos de la sujeción a las normas y requisitos que para la colocación de los trabajadores extranjeros en España establece el Real Decreto 1870/1968, de 27 de julio, y el Real Decreto 1031/1980, de 3 de mayo. En consecuencia, y de conformidad con lo dispuesto en la indicada OM de 15 de enero de 1970, las empresas que empleen a trabajadores de las referidas nacionali-

dades vienen obligadas a efectos estadísticos y de control y antes de que el trabajador inicie su actividad laboral a registrar tales contrataciones en la Dirección Provincial de Trabajo y SS correspondiente que expedirá a los trabajadores extranjeros de referencia, un justificante de su inscripción en el Registro. Dicho justificante, de acuerdo con lo previsto en el artículo 24 del Decreto 522/1974, de 14 de febrero, deberá ser presentado en las Jefaturas Superiores o Comisarías Provinciales de Policía para la obtención de la correspondiente autorización de residencia o permiso de permanencia"».

Con independencia del régimen de favor que suponía la no necesidad de la obtención del consiguiente permiso de trabajo (credencial, en definitiva, que supone, *per se*, la instrumentación en estas áreas de una evidente —y genuina— desequiparación entre los nacionales y extranjeros) los iberoamericanos eran tenidos en cuenta por determinados Instrumentos internacionales que concertados por España con sus respectivos países atenían en mayor o menor medida a cuestiones relacionadas con la extranjería, Instrumentos que si bien no eran propios Convenios de Establecimiento, sí que acreditan en todas o algunas de sus disposiciones un evidente protagonismo en estas áreas, convenios que con AURELIA ALVAREZ RODRÍGUEZ (una de las mejores especialistas españolas en temas sobre extranjería y nacionalidad) podemos diversificar en: a) Convenios sobre supresión de visados; b) Convenios culturales, y c) Otros convenios.

Por lo tocante a los primeros, su objetivo prioritario consiste en facilitar la entrada «turística» en los respectivos países de los nacionales de aquellos Estados que los hayan suscrito, permitiéndoles así una permanencia en nuestro país sin visado consular de hasta noventa días, siempre que la misma no se utilice con finalidades distintas a las indicadas turísticas y teniendo además en cuenta que las otras pretensiones residenciales de los extranjeros concernidos deberán ser destinatarias del correspondiente visado singularizado, facilidad y restricción operativas que emerge de cada uno de los Instrumentos convenidos *ad hoc* y que son aquellos a los que alude la citada autora en su trabajo titulado «Régimen jurídico de algunos iberoamericanos en el ordenamiento español», publicado en la revista jurídica *La Ley* de 30 de noviembre de 1990 (a propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia [Sala de lo Contencioso-Administrativo] de Asturias de 7 de noviembre de 1989), ensayo en el que efectúa una acabada pormenorización de los mismos, señalando a pie de página, y con referencia al texto «Legislación básica sobre extranjeros», 2.^a edición. Madrid. Tecnos, 1989, págs. 303-412 (en el que la misma colabora) que:

«Concretamente, a partir de 1959 se inició una política de supresión de visados con los países iberoamericanos: *vid.*, Canje de notas de 14 de abril

de 1959, sobre supresión de visados entre España y Perú; canje de notas de 22 y 25 de abril de 1959, sobre supresión de visados entre España y Chile; canje de notas de 25 de junio de 1959, sobre supresión de visados entre España y Uruguay; canje de notas de 18 de noviembre de 1959, sobre supresión de visados entre España y El Salvador; canje de notas de 8 de julio de 1960, sobre supresión de visados entre España y la República Argentina; canje de notas de 26 de mayo de 1961, sobre supresión de visados entre España y Honduras; canje de notas de 18 de diciembre de 1961, sobre supresión de visados entre España y Uruguay; canje de notas de 26 de marzo de 1962, sobre supresión de visados entre España y Bolivia; canje de notas de 30 de octubre de 1963, sobre supresión de visados entre España y Ecuador; canje de notas de 12 de agosto de 1965, sobre supresión de visados entre España y Brasil; canje de notas de 18 de noviembre de 1965, sobre supresión de visados entre España y Panamá; canje de notas de 6 y 9 de diciembre de 1965, constitutivo de Acuerdo sobre supresión de visados de los pasaportes diplomáticos y de servicio entre España y Panamá; canje de notas de 30 de abril de 1966, sobre supresión de visados entre España y Costa Rica; canje de notas de 27 de septiembre de 1966, sobre supresión de visados entre España y la República Dominicana; canje de notas de 16 de octubre de 1968, sobre supresión de visados entre España y Guatemala; canje de notas hispano-guatemalteco, por el que se acuerda la supresión de visados para los nacionales de los dos países que posean pasaportes diplomáticos, de 15 de noviembre de 1971; canje de notas hispano-venezolano, constitutivo de Acuerdo, de 16 de febrero de 1973, relativo a la concesión de visados de cortesía a empresarios y técnicos que promuevan la creación de vínculos económicos entre ambos países; canje de notas, constitutivo de Acuerdo, sobre supresión de visados entre España y México, de 14 de octubre de 1977».

Este es el ciertamente abarrotado bloque de Acuerdos sobre supresión de visados que se hallaba ya en plena vigencia en el momento de la promulgación de la LOE, acuerdos, por otra parte, que mantienen el importante común denominador antes expuesto, es decir, el de que su virtualidad se constriñe a autorizar una pura estancia turística, cordón umbilical entre todos ellos que queda perfectamente quintaesenciado en lo que sobre el particular postula el que inició la tupida saga de los mismos, es decir, el convenido con Perú el 14 de abril de 1959 (publicado en el *BOE* de 24 de junio de 1982), Instrumento (actualmente en suspensión temporal en virtud de la reciente decisión publicada en el *BOE* de 13 de febrero de 1992) que acredita como claves de bóveda esenciales lo postulado al efecto por sus apartados 2 («Los ciudadanos peruanos, sea cual fuere el lugar de su residencia, provistos de pasaporte válido expedido por las autoridades compe-

tentes de su país, podrán entrar y permanecer en España sin necesidad de visado consular, por período no superior a tres meses»); 3 («En el caso de que esas personas hubieran entrado en el país del que son extranjeros sin visado y desearan prolongar su estancia más de los tres meses, deberán solicitar el permiso correspondiente de las autoridades del país en que se hallen, autorización que las referidas autoridades podrán conceder o no»); 4 («Las formalidades del visado consular es necesaria para los españoles y peruanos que entren respectivamente en territorio peruano y español para una estancia superior a tres meses, o con el ánimo de establecer allí su residencia o dedicarse al ejercicio de una profesión remunerada o no. El visado consular será gratuito»); 5 («Los súbditos de ambos países contratantes, provistos o no de visado consular, quedan sujetos, desde el momento de su entrada en el territorio del otro país, a las leyes, reglamentos y demás disposiciones locales que afecten a los extranjeros»), y 6 («Las autoridades competentes de cada uno de los dos países se reservarán el derecho de rechazar la entrada o estancia en el respectivo territorio de las personas que consideran indeseables»).

Queda, pues, clara la filosofía esencial del meritado Instrumento (que constituyó el ejemplo a seguir para los restantes) encarnada en la concesión ecuménica a la generalidad de los peruanos de una especie de visado universal para entrar en España con finalidades estrictamente turísticas (y ello siempre que la visita proyectada no rebase el límite cronológico de los tres meses a contar desde el día de la entrada), sin que tal posibilidad pueda conjugarse cuando la referida entrada conduzca a una ulterior estancia de más larga duración o cuando esta última constituya el soporte de una permanencia residencial (laboral o no) y siempre teniendo en cuenta que el ingreso efectivo podrá obstaculizarse en la hipótesis descrita en el apartado 6 antes dicho.

Continuando con este debate, y ya en relación con otra de las categorías instrumentales antes dichas, o sea, con los Convenios Culturales, podemos proceder a su conceptualización poniendo de manifiesto que los mismos se ocupan en establecer reglas acerca de la homologación y validez profesional de aquellos títulos que, expedidos de conformidad con sistemas educacionales adventicios, van a servir de respaldo para una ulterior actuación profesional de su titular en nuestro país, convenios, pues, de limitados objetivos a los que alude del propio modo la autora antes citada, que, en su meritado trabajo, y asimismo en nota a pie de página, señala literalmente que:

«A modo de ejemplo, por ser los más utilizados por la jurisprudencia española, *vid.*, el Convenio Cultural entre España y Argentina, de 23 de marzo de 1971 (BOE 3-4-73); Convenio con la República Dominicana, de

25 de enero de 1953 y 19 de noviembre de 1953 (*ibid*, 1-12-53); Convenio Cultural entre España y Colombia, de 11 de abril de 1953 (*ibid*, 12-1-65); Convenio Cultural entre España y Bolivia, de 4 de septiembre de 1903 (*Gaceta* 11-10-10); Convenio Cultural entre España y Uruguay, de 13 de febrero de 1964 (*ibid*, 24-10-70); Convenio Cultural entre España y Chile, de 18 de diciembre de 1967 (*ibid*, 11-7-69); Convenio Cultural entre España y Perú, de 30 de junio de 1971 (*BOE* 22-11-77). Las características del régimen de reconocimiento contenido en estos instrumentos han sido abordadas en numerosas ocasiones (*vid.*, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, "El acceso de los extranjeros al ejercicio de la profesión", en *Profesiones técnicas y Derecho*. Oviedo 1985, págs. 94-96; A. ALVAREZ RODRÍGUEZ, "Validez profesional de los títulos académicos obtenidos por los extranjeros en España", en *La Ley*, 1988-3, págs. 759-768; P. P. MIRALLES SANGRO, "Homologación de títulos latinoamericanos de odontólogo: contexto normativo y jurisprudencia del Tribunal Supremo", en *REDA*, número 61, 1989, págs. 72-73».

Prosiguiendo con el hilo de este discurso, y ya en delimitada atinencia al último bloque de Instrumentos con influencia sobre el sector de la extranjería, es decir, sobre aquellos que vienen a cerrar el círculo de posibilidades al efecto, tengo que puntualizar que estos presentan características de marcada especialidad porque, o bien son muy antiguos y de contenido diverso (cual es el caso de los concertados bajo el apelativo genérico de Tratados de Reconocimiento, Paz y Amistad con Argentina, Bolivia y Uruguay con motivo del proceso descolonizador) o bien, se orientan prioritariamente a la regulación de ciertas manifestaciones de la policiudadanía convencional, incluyéndose dentro de esta concreta hipótesis finalista todo el rimero de Tratados de doble nacionalidad suscritos por España en base al que fue el artículo 22 del CC en la redacción aportada al mismo por la Ley de 15 de julio de 1954, Instrumentos que son, en suma, los Convenios celebrados con Chile, el 24 de mayo de 1958 (*BOE* del 14-11-58), complementado con el canje de notas de 23 de junio de 1958 (*BOE* del 14-11-58), con Perú, el 16 de mayo de 1959 (*BOE* del 19-4-60), con Paraguay, el 24 de junio de 1959 (*BOE* del 19-4-60), con Guatemala, el 28 de julio de 1961 (*BOE* del 10-3-62), con Nicaragua, el 25 de julio de 1961 (*BOE* del 2-5-62), con Bolivia, el 12 de octubre de 1961 (*BOE* del 14-4-64), con Ecuador, el 4 de marzo de 1964 (*BOE* del 13-1-65), con Costa Rica, el 8 de junio de 1964 (*BOE* del 25-6-65), con Honduras, el 15 de junio de 1966 (*BOE* del 18-5-67), con la República Dominicana, el 15 de marzo de 1968 (*BOE* del 8-2-69) y con la República Argentina, el 14 de abril de 1969 (*BOE* del 2-10-71).

Todo este paquete de Instrumentos internacionales orientados primordialmente a ofrecer virtualidad, siempre de forma relativa, a la polipatría

convencional no agotan su contenido en tal objetivo (que ciertamente es el básico) sino que asumiendo determinados matices propios de los Convenios de establecimiento (característica que fue inicialmente resaltada por A. MARÍN LÓPEZ en su ensayo titulado «La doble nacionalidad en los Tratados suscritos por España con las Repúblicas Americanas», en *ADI*, vol. VI, 1982, pág. 230), también se aplican —excepto en los casos de Guatemala y Paraguay— a los nacionales de los países signatarios en cuanto extranjeros puros y duros, es decir, no arropados de la potencial condición de doblenacionales, ocurriendo ello en relación con el tema del ejercicio por parte de los mismos del caudal de posibilidades que les es ofertado por el tenor de tales Tratados y ello de una forma dual, constituyéndose en portaestandartes de tales formas de entender la cuestión los sendos artículos 7 de los Convenios de Chile y Nicaragua, señalando la literalidad del primero (reproducido en su integridad por los Convenios de Perú y Ecuador) que:

«1. Los españoles en Chile y los chilenos en España que no estuvieran acogidos a los beneficios que les concede este Convenio continuarán disfrutando los derechos y ventajas que les otorguen las legislaciones chilena y española, respectivamente.

2. En consecuencia, podrán especialmente: viajar y residir en los territorios respectivos, establecerse donde quieran que lo juzguen conveniente para sus intereses, adquirir y poseer toda clase de bienes muebles e inmuebles; ejercer todo género de industria, comerciar tanto al por menor como al por mayor; ejercer oficios y profesiones gozando de protección laboral y de seguridad social, y tener acceso a las autoridades de toda índole y a los Tribunales de Justicia, todo ello en las mismas condiciones que los nacionales.

3. El ejercicio de estos derechos queda sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejerciten».

Por su parte, y desde luego de forma menos prolija, el artículo 7 del Convenio con Nicaragua (que inspiró la literalidad de los respectivos artículos 7 de los Convenios de Costa Rica, Honduras, de la República Dominicana, del 6 del Convenio con Argentina y del 8 del celebrado con Colombia, todos ellos relativos a la misma problemática) apunta al respecto que:

«Los españoles en Nicaragua y los nicaragüenses en España que no estuvieran acogidos a los beneficios que les concede este Convenio, continuarán disfrutando de los derechos y ventajas que les otorguen las legislaciones nicaragüense y española.

Tal es el díptico preceptual a tener en cuenta en punto a una adecuada

comprensión de esta temática, dualidad ordinamental que con motivo de su reciente aplicación por parte del orden jurisdiccional español ha merecido una acrecida atención en el día de hoy como consecuencia de lo que postula al respecto el artículo 3 ("Lo dispuesto en la presente Ley se entenderá en todo caso sin perjuicio de lo establecido en las leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que sea parte España") de la LOE, y en el artículo único ("Se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España que a continuación se inserta. 2. De conformidad con lo dispuesto en la citada Ley Orgánica, las normas del reglamento de ejecución de la misma se entenderán sin perjuicio de lo establecido en las Leyes especiales y en los tratados internacionales en que sea parte España. 3. Concretamente, las normas del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, se interpretarán y aplicarán sin perjuicio de lo dispuesto en los Tratados constitutivos y reguladores de las Comunidades Europeas y en sus modificaciones, así como en el derecho derivado de los mismos y en el Real Decreto 1099/1986, de 26 de mayo, sobre entrada, permanencia y trabajo en España de ciudadanos de Estados miembros de las Comunidades Europeas. 4. Las normas contenidas en el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, tendrán carácter supletorio de dichas normas y únicamente serán aplicables a los supuestos contemplados en los aludidos regímenes, en la medida en que no se opongan a estos") del Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo, por el que se aprobó el Reglamento de ejecución de la LOE».

En base a esta exclusión, pregonada por los textos normativos generales sobre la extranjería, la cuestión planteable «ad casum» se centra en saber si todo el bloque de Instrumentos internacionales relacionado integra, lo que podríamos considerar como un propio ordenamiento sectorial de esta temática, pregunta que formulada en relación con la disciplina de los visados y la homologación de títulos no puede sino ser afirmativa, pero que suscita severos interrogantes en todo lo atinente al significado de los artículos 7 antes transcritos, pregunta, por otra parte, que puede ser reformulada de la guisa con que lo hace AURELIA ALVAREZ RODRÍGUEZ, autora que al enfocar su pulido espéculo interpretativo sobre los mentados preceptos (en su antes indicado ensayo) apunta literalmente que «La utilización del artículo 7 del Convenio hispano-chileno a unos chilenos no acogidos al sistema de doble nacionalidad, nos lleva a preguntarnos: Gozan de algún régimen especial los nacionales de esos países iberoamericanos con los que España se halla vinculada por un convenio de doble nacionalidad (los chilenos, peruanos, paraguayos, guatemaltecos, nicaragüenses, bolivianos, ecuatorianos, costarricenses, hondureños, dominicanos, argentinos y colombianos), no acogi-

dos —porque no pueden o no lo desean— a las disposiciones convencionales».

Esta es la pregunta clave, cuya respuesta intentaremos ofrecer en el curso de este ensayo, en el que vamos también a referirnos a la positividad normativa que el hecho diferencial iberoamericano recibe de la ordinamentabilidad general sobre la extranjería, tema que examinaremos a la luz de la vigente preceptiva y de su interpretación doctrinal y jurisprudencial.

2. LOS IBEROAMERICANOS Y LA NORMATIVA ACTUAL SOBRE LA EXTRANJERIA

A) Idea general

Vamos a contemplar esta problemática, primero, desde las estrategias preceptuales contenidas en la LOE (y su Reglamento de ejecución) y después, desde la interpretación que nos merecen los sendos artículos 7 de los Convenios de doble nacionalidad con Chile y Nicaragua, analizando ambas vertientes desde posiciones doctrinales y jurisprudenciales y siempre teniendo en cuenta lo que apuntamos con anterioridad acerca de los convenios sobre supresión de visados (*).

B) Los iberoamericanos y la nueva normativa sobre extranjería española

La vigente LOE, Ley Orgánica, no lo olvidemos, de desarrollo del artículo 13 CE, inicia su andadura reproduciendo el clásico esquema operacional en este orden de cosas, es decir, ocupándose dualmente de los iberoamericanos, haciéndolo por un lado (a base de composiciones semánticas de enorme grandilocuencia), en su Preámbulo («La Ley pretende, además, favorecer la integración de los extranjeros en la sociedad española. Si una Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros no es lugar adecuado para plantear el tema de la adquisición de la nacionalidad, sí lo es, en cambio, para favorecer aquellos supuestos en que sea presumible un mayor grado de adaptación a la vida española. Circunstancias como el nacimiento en España, el parentesco o el tiempo de permanencia merecen una consideración preferente para la obtención de los permisos respecto de otras situaciones de extranjería más ocasionales. Dentro de esta línea me-

(*) Este Real Decreto ha sido sustituido por el también Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas.

rece destacarse la preocupación de la Ley por un tratamiento preferencial en favor de iberoamericanos, portugueses, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos, sefardíes y de los originarios de la ciudad de Gibraltar, por darse en ellos los supuestos de identidad o afinidad cultural que les hace acreedores a esta consideración», y por otro, en su concreta preceptiva, y ello con el alcance que a continuación vamos a ver.

Lo único que queda claro de la porción preambular que acabamos de literalizar es que la LOE prevé una serie de hipótesis en las que la fenomenología conectada con la ubicación de determinadas categorías de extranjeros en nuestro país se burla, aunque sólo en alguna de sus vertientes, del régimen que podríamos calificar de común, previsión que se hace a base de pormenorizar un rosario —bastante inconsutil en su conformación— de supuestos objetivos (nacimiento en España, parentesco con españoles o extranjeros residentes, tiempo de permanencia) y subjetivos (circunstancia que se positiva a base de enumerar una abigarrada serie de nacionalidades foráneas que por diversas razones deben merecer algún tipo de trato preferencial, incluyéndose entre las mismas la de los iberoamericanos).

Concretando normativamente lo postulado por el preámbulo (en los términos que acabamos de literalizar) la LOE sienta en su artículo 18 las directrices generales sobre la obtención y renovación de aquellas credenciales administrativas cuya oportuna tenencia convierte al extranjero sito en España en «legal» y la serie de supuestos que, en virtud de su propia mismidad, deben merecer una respuesta administrativa incentivadora, señalando literalmente al efecto que:

«1. Para la concesión y renovación del permiso de trabajo se apreciarán las siguientes circunstancias:

- a) La existencia de trabajadores españoles en paro en la actividad que se proponga desempeñar el solicitante.
- b) La existencia o escasez de mano de obra española en la actividad o profesión y zona geográfica en que se pretenda trabajar.
- c) El régimen de reciprocidad en el país de origen del extranjero.

2. Cuando el permiso sea para trabajar por cuenta propia, se valorará favorablemente el hecho de que su concesión implique la creación de nuevos puestos de trabajo para españoles o signifique la inversión o aportación de bienes susceptibles de promover el empleo nacional o mejorar las condiciones en que se preste».

Tal es, pues, el marco normativo general acerca del eventual trabajo (por cuenta propia o ajena) a desplegar, en su caso, por los extranjeros en España, trabajo, por lo tanto, que será impedido en todos aquellos supuestos en los que se conciten (o dejen de concitarse) los condicionantes a los que

alude el precepto en cuestión (texto, por otra parte, que ha merecido la correspondiente cobertura reglamentaria a través de los artículos 30 y siguientes del Reglamento de ejecución de la LOE, disposiciones cuya glosa no viene ahora a cuento).

Tras vertebrarse de esta guisa el marco normativo general sobre la materia, favorecedor o bloqueador en suma de las pretensiones laborales de los extranjeros «comunes», el propio artículo 18 LOE instrumenta un cuadro preferencial sobre el particular, señalando al efecto, literalmente, que:

«Tendrán preferencia para la obtención y, en su caso, renovación del permiso de trabajo, los extranjeros que acrediten hallarse en cualquiera de los siguientes supuestos:

- a) Que hayan nacido y se encuentren legalmente en España.
- b) Que se hallen casados con español o española y no estén separados de hecho o de derecho.
- c) Que tengan a su cargo ascendientes o descendientes de nacionalidad española.
- d) Que hubieran tenido la nacionalidad de origen y deseen residir en España.
- e) Que sean descendientes de extranjeros que, habiendo tenido de origen la nacionalidad española, residan en España.
- f) Que se trate de iberoamericanos, portugueses, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos o sefardíes.
- g) Las personas originarias de la ciudad de Gibraltar, respecto de las actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta ajena.
- h) Que se encuentren ligados por parentesco de primer grado con el empresario que les contrate.
- i) Que se trate de puestos de trabajo de confianza, entendiendo por tales:
 - Los de aquellos que legalmente ejercen la representación de la empresa.
 - Los de aquellas personas a cuyo favor se hubiera extendido un poder general.
- j) Que sean residentes en España durante los últimos cinco años.
- k) Que se trate del cónyuge o hijo de un extranjero que tenga permiso de trabajo.
- l) Que se trate del titular de un permiso de trabajo que pretenda su renovación, excepto en los trabajos de temporada o corta duración.
- ll) Los que realicen labores de montaje o reparación de maquinaria o equipo importados.

- m)* Los trabajadores necesarios para el montaje y puesta en marcha de una empresa extranjera que se traslade total o parcialmente a España.

3. Igualmente tendrán preferencia a efectos de la renovación del permiso de trabajo durante un año, aquellos que hubieren gozado de la condición de asilado y que hubieran perdido su condición de tales por el cambio de circunstancias políticas en su país de origen».

Por su parte, el artículo 19 de la LOE, en su apartado 3, señala en relación con esta materia que:

«Reglamentariamente se determinarán los plazos de vigencia de los permisos de trabajo y de sus renovaciones, así como el alcance de las preferencias que deban otorgarse según lo establecido en el artículo anterior.

Pues bien, en base a estos pronunciamientos normativos —y también en méritos al concreto apoderamiento efectuado en beneficio del Ejecutivo por el artículo 19.3 de la LOE, que acabamos de transcribir— el Reglamento de ejecución de dicho texto legal se encargó de ofrecer sustancia al más que impreciso esquema preferencial antes aludido, procediendo a su concreta encarnación, por lo tocante a los iberoamericanos, a través de dos preceptos, que son, por un lado, el artículo 21, disposición que al reglamentar las diferentes clases de permisos de residencia no lucrativos, operativos en la sede de la extranjería, previó hasta tres modalidades, siendo los integrantes de una de ellas —la de los especiales, caracterizados por un superior plazo de vigencia— discernibles a aquellos no nacionales que como postula el apartado *c)* de dicho artículo "acrediten su permanencia, legal y de forma continuada, durante más de dos años y reúnan alguna de las siguientes condiciones... Que se trate de iberoamericanos, portugueses, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos o sefardíes"».

Por su parte, y en directa conexión con el cauce discernitivo de los permisos de trabajo, el artículo 39 de dicho Reglamento, al disciplinar el de la categoría C (válido para trabajar en cualquier actividad y ámbito geográfico español) establece una reducción del plazo normal de tenencia de otros permisos anteriores (de distinta categoría) en determinadas hipótesis, entre las que se incluyen aquéllas que afecten a los nacionales latinoamericanos a los que nos estamos refiriendo constantemente, señalando «ad litteris» tal precepto que «El período de trabajo exigido en el apartado *a)* de este artículo (el de cinco años) se reducirá a dos años en los casos siguientes: *a)* Nacionales de países iberoamericanos, portugueses, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos o personas de origen sefardí debidamente acreditado».

Haciendo uso, asimismo, del cheque en blanco que le fue otorgado al efecto por el antes transcrito artículo 19.3 de la LOE (otorgamiento, por otra parte, innecesario en base a lo prescrito por el artículo 97 CE y legislación de desarrollo) el hacedor del RLOE se encarga de introducir en su artículo 9 dos órdenes de cuestiones: uno, relativo a una eventual mutación ulterior del sistema preferencial explicitado y el otro, a la conceptualización del criterio de reciprocidad inserto en esta problemática por el antes literalizado artículo 18.1 LOE, señalando taxativamente al efecto que:

«Modificación del alcance de las preferencias.—1. No obstante, lo determinado en artículos anteriores, el alcance de las preferencias que en los mismos se establecen podrá ser modificado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social cuando, a juicio de éste, la situación nacional de empleo así lo aconseje o si los españoles no fueren objeto de un trato de reciprocidad en el país de origen del extranjero para el que se solicita el Permiso de Trabajo.

A efectos del presente Reglamento, la reciprocidad se entenderá y aplicará como resultado del conjunto de disposiciones limitativas o favorables a que los españoles sean sometidos en otros países, tanto para permitir o no su inmigración como para ejercer su derecho de trabajo».

Vemos, pues, lo entero del esquema preferencial que afecta a los extranjeros iberoamericanos, ya que los beneficios normativos que se les confiere por los artículos supratranscritos sólo merecen el calificativo de marginales, siendo así que resulta imposible llegar a los mismos sin superar una serie de barreras y trabas burocráticas para cuyo franqueo no se acredita ventaja alguna.

En realidad, los dos únicos privilegios efectivos que resultan esgrimibles en estas áreas hacen referencia a la eventual dispensa gubernativa del, en principio, indispensable visado consular de residencia (discernible por las representaciones diplomáticas u Oficinas Consulares españolas dentro de cuya demarcación resida el extranjero en cuestión, ex art. 8.4 del RLOE) y a la posibilidad de conseguir el permiso de trabajo sin consideración a la situación nacional de empleo.

Por lo tocante a las fuentes normativas del primero de los privilegios dichos, tengo que poner de relieve que las mismas son aquéllas que han venido a aportar predictibilidad a lo que sobre el particular se postula desde ópticas muy generales, por el apartado 4 del artículo 12 («El Ministerio del Interior podrá autorizar la entrada, tránsito o permanencia en territorio español a los extranjeros con documentación defectuosa o incluso sin ella, o que no hubieren entrado por los puestos habilitados a tal efecto, siempre que medie causa suficiente, pudiéndose adoptar en tales supuestos las

medidas cautelares precisas. También podrán adoptarse en el caso de los extranjeros en tránsito, aun cuando posean documentación regular») de la LOE y desde vertientes normativas más concretas por los artículos 5.4 («Las autoridades gubernativas podrán eximir a un extranjero de la obligación de visado, si existiesen razones excepcionales que justifiquen tal dispensa. La exención deberá hacerse constar en el pasaporte, en el título de viaje o en documento aparte») en el 19 («Estancias en supuesto de entrada o documentación irregulares.—No obstante, lo dispuesto en los artículos anteriores, el director de la Seguridad del Estado o las autoridades centrales o periféricas dependientes del Ministerio del Interior en que deleguen podrán autorizar la estancia en territorio español o su prórroga a los extranjeros que hubieran entrado en el mismo con documentación defectuosa o incluso sin ella o por lugares no habilitados al efecto, siempre que medie causa suficiente; pudiendo proponer, en tales casos, al Ministro del Interior la adopción, como medidas cautelares, de alguna de las medidas enumeradas en el artículo 6 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio») y 23, todos ellos de la LOE, precepto este último, que al enumerar entre los documentos indispensables para una correcta sustanciación del expediente residencial que proceda el «visado para residencia, en su caso, en estado de vigencia, posibilita una dispensa excepcional del mismo en su apartado 3 [«La autoridad competente podrá eximir al solicitante de la presentación de alguno de los documentos señalados con las letras b), c) y d), siendo el señalado con la letra b) el relativo al indicado visado en el punto anterior, cuando existan razones excepcionales que justifiquen dicha dispensa»].

Así pues, vemos como la exigencia general relativa a que el extranjero que pretenda residir en España (residencia que se sitúa al margen de la pura estancia turística amparada bien por un visado consular o bien por una autorización genérica fundada en un Acuerdo de supresión de visados) debe acreditar la tenencia del consiguiente visado consular queda oportunamente obviada cuando la Administración aprecie la existencia de razones excepcionales en la persona del extranjero postulante, excepcionalidad que no materializa sino la existencia del pertinente concepto jurídico indeterminado a apreciar por los órganos administrativos y jurisdiccionales pertinentes.

En este orden de cosas hemos de subrayar el dato de que tal exigencia de excepcionalidad ha sido llevada hasta la hipérbole en su aplicación por la Administración, aplicación liderada, en definitiva, por un conjunto de disposiciones interpretativas que no hacen sino profundizar en la idea de que tal excepcionalidad debe ser efectivamente suprema, criterio rector que es el que gobierna la filosofía emergente de la Circular de 1 de julio de 1988, texto **instructorio** (no publicado en el *BOE*) que dimanante de los Ministerios de Asuntos Exteriores, Interior y Trabajo y Seguridad Social sentó, como premisa fundamental en este orden de cuestiones, el que «El

criterio debe ser sumamente restrictivo, en cuanto a trabajadores, aplicando únicamente la exención respecto a personas de las que exista constancia se encontraban en España desde hace años y no han podido acceder a procedimientos de regularización, o bien aquéllas que habrían podido obtener “automáticamente” dicho visado por tratarse de personas incluidas en los supuestos del artículo 38.1 del Reglamento».

En conexión con esta temática, AURELIA ALVAREZ RODRÍGUEZ, en su antes aludido ensayo sobre la materia, pone de relieve que «Estas precisiones (las que acabamos de explicitar en cuanto recogidas en la Circular dicha) resultan suficientemente ilustrativas de la postura defendida por nuestros poderes públicos tendentes a la consolidación de “la rigidez del visado, ya que es la única forma de estudiar las solicitudes sin enfrentarse a hechos consumados”».

Continuando con el debate de este problema, tengo que poner en evidencia cómo el hacedor de la Circular en cuestión no se conforma con reafirmar lo excepcional de la figura (de la exención dicha) sino que a fin de evitar interpretaciones dispares —y potencialmente más generosas— por donde pudieren disiparse parte de las esencias restrictivas absolutamente enseñoreantes de esta problemática, también se ocupa en establecer un repertorio de supuestos en los que tal exención cabría, señalando al efecto que puede eximirse de la obligación general de visados «al solicitante de un permiso de residencia que se encuentre en alguna de las siguientes circunstancias y siempre que se pueda suponer buena fe: a) El cónyuge de un español/a o de un extranjero/a con permiso de residencia en España; b) el hijo/a de un español/a o el hijo/a de un extranjero/a con permiso de residencia en España, cuando el solicitante sea menor de veintiún años o viva a expensas del español o del extranjero residente; c) el padre/madre de un español/a, o de un extranjero con permiso de residencia en España, cuando dicho familiar justifique que vive a expensas del residente; d) el extranjero enfermo, impedido o incapaz; e) el extranjero que haya sido titular de un permiso de residencia cuando ese permiso haya caducado a los dieciocho meses anteriores a la nueva solicitud, y f) el extranjero/a que haya sido español».

En relación con esta variopinta batería de casos, AURELIA ALVAREZ RODRÍGUEZ, en su **meritado** trabajo, pone de relieve su carácter pseudotasado señalando literalmente al efecto que «De no tratarse de uno de los supuestos mencionados parece que no debe concederse (la exención del visado solicitada) sin previa consulta a la Dirección General. Además sólo se elevará consulta a aquellos casos en los que exista cierta similitud con los citados por razones de equidad o por analogía “a fin de que pueda adoptarse conjuntamente un criterio de actuación homogéneo, tras el análisis de su repercusión en los intereses públicos tutelados o gestionados por

los distintos sectores de la Administración que resultarían afectados". Lógicamente se puede denegar de forma expresa o presunta la exención de visado sin previa consulta, bien porque no exista buena fe en el solicitante, o bien porque no se encontraba en las circunstancias descritas».

Tal es el esquema interpretativo que de la exención del visado consular ha delineado la Administración, *modus operandi* alejado de cualquier veleidad metodológica permisiva, esquema, por otra parte, cuya rigidez no ha sido mínimamente mitigada por los Tribunales (tal como tendremos ocasión de exponer cuando abordemos, in extenso, la problemática conectada con la expedición de visados en general), siendo del propio modo resaltable que tampoco los mismos han efectuado la más mínima concesión jurisdiccional en estas áreas cuando han tenido ocasión de conocer de pretensiones *ad hoc* deducidas por nacionales iberoamericanos.

Prosiguiendo en este mismo orden de cuestiones, y ya en directa relación con la otra fuente de privilegios en estas áreas, es decir, aquélla que asume protagonismo en lo concerniente a la expedición de los distintos tipos de permisos de trabajo operativos en su seno, tengo que puntualizar que la misma, programada como ya dijimos, a nivel legal por el artículo 18 LOE, encarnó —en el reglamentario, en el trato de favor instrumentado por el artículo 38 RLOE, afectante a toda la serie de extranjeros incluidos en el mismo, preferencia que como apuntamos con anterioridad, hacía alusión a que los permisos de trabajo demandados por los mismos tenían que tramitarse sin considerar la situación nacional de empleo, siendo resaltable al respecto que entre las categorías incentivadas por tal dispositivo favorecedor no se incluyen los iberoamericanos, exclusión que ha motivado el que sus pretensiones administrativas y jurisdiccionales sobre el particular hayan sido resueltas siempre al margen del pentagrama preferencial conformado por el indicado precepto.

En relación con este punto y para su adecuado entendimiento desde el campo jurisdiccional, creo conveniente aludir a dos sentencias dimanantes del TS en las que se aborda directamente el régimen de favor entrañado para los iberoamericanos (cuyo sentido veredictivo coincide con lo hasta ahora expuesto) decisiones prácticamente del mismo tenor (algo más extenso el de la primera) que acreditan un valor añadido, y es el de contener sendos votos particulares (ambos procedentes del magistrado don VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS) cuyo sentido resulta totalmente antinómico al de la sentencia de su contención, voto particular de genuina y brillante factura al que también voy a aludir.

Las Sentencias supradichas son las de 25 de febrero de 1991 (ponente señor CÁNCER LALANNE) y la de 10 de julio de 1991 (con el mismo ponente que la anterior). En ellas, y con motivo de sendas litis en las que se debatía la justeza de las correspondientes sentencias de la Sala Tercera de la Au-

diencia Territorial de Barcelona, por las que se confirmaron en primera instancia dos denegatorias administrativas de permisos de trabajo postulados por iberoamericanos, el sentir mayoritario de los integrantes de la Sala, al enfocar el tema preferencial que nos ocupa, llegó a la conclusión, confirmando el criterio de las sentencias recurridas, que tales extranjeros quedan totalmente al margen del esquema de privilegio diseñado por el artículo 38 RLOE, todo ello en méritos al siguiente razonamiento (que inserto literalmente y que es común en lo fundamental a ambas sentencias, aunque algo más extenso el de la primera, que es, en definitiva, el que recojo ahora):

«Alega la apelante que aunque la concesión o no de los permisos de trabajo y residencia forma parte del contenido de la actividad discrecional de la administración, en un estado de derecho la potestad administrativa, incluso la de este tipo, está reglada y sujeta a la supremacía de la Ley; pero en el presente caso el uso de la potestad administrativa se ha ajustado a las previsiones de la Ley Orgánica 7/85 de 1 de julio, cuyo artículo 18 dispone que en la concesión del permiso de trabajo se tendrá en cuenta como circunstancia la existencia de trabajadores españoles en paro en la actividad que se proponga desempeñar el solicitante, y a lo que expresamente dispone el artículo 37.4 de su Reglamento aprobado por el Real Decreto 1119/86, de 26 de mayo, que impone preceptivamente la denegación del permiso cuando lo aconseje la situación nacional de empleo, a juicio de la autoridad laboral, dejando a salvo lo previsto en el artículo 38 del propio Reglamento, precepto este que contempla situaciones preferenciales para la concesión del permiso "sin considerar la situación nacional de empleo", pero entre las que no figura la de ser súbdito de país iberoamericano.

A tal efecto es preciso puntualizar que el régimen preferencial diseñado en el artículo 18.3 de la expresada Ley Orgánica es objeto de desarrollo en el capítulo tercero de su Reglamento, tanto en el artículo 38 a propósito de la concesión del permiso de trabajo B, en favor de los extranjeros que acrediten hallarse en cualquiera de los supuestos relacionados en su apartado I, en lo que aquí interesa, que son los únicos en los que no puede tomarse en -consideración la situación nacional de empleo, como en el artículo 39, en cuyo apartado 3 se contempla, entre otros, a los nacionales de países iberoamericanos para reducir a dos años el plazo ordinario exigido en el apartado 2 a) de este mismo artículo para la obtención del permiso de trabajo C. Esta regulación reglamentaria, que viene a desarrollar el artículo 18.3 de la Ley Orgánica 7/85 a modo de complemento indispensable para la operatividad del régimen preferencial diseñado en líneas generales en este precepto legal, encuentra apoyo en la habilitación otorgada al Gobierno en la disposición final primera de dicha Ley, en relación con lo que se dispone al efecto en el artículo 19.3 de la misma, para determinar

reglamentariamente el alcance de las preferencias que deben otorgarse según lo establecido en el referido artículo 18, de todo lo cual resulta que el legislador se fea limitado a definir los supuestos preferenciales para la obtención, y en su caso, renovación de los permisos de trabajo, apoderando ampliamente al Gobierno, como exige la naturaleza de esta materia, para precisar su alcance en cada uno de aquellos y en esta misma línea se inserta la habilitación conferida en el artículo 42 del Reglamento, al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para modificar —no para sustituir *in totum*— el alcance de las preferencias reguladas en los artículos anteriores en función de la variación de la situación nacional de empleo y del trato de reciprocidad que reciban los españoles».

De este razonamiento —el de la Sentencia de 25 de febrero de 1991 (reproducido en lo esencial en la ulterior Sentencia de 10 de julio de 1991)— se desprenden con facilidad las claves de su coherencia y sustentación jurídica y que son, en apretada síntesis: a) la de la existencia efectiva de un régimen preferencial de origen legal conformado en torno a la figura de los extranjeros que sean nacionales de países iberoamericanos, ex artículo 18.3.) de la LOE; b) La de que tal régimen, en dicho nivel legal, sólo aparece definido desde parámetros objetivos de gran genericidad (sin concretar en qué van a consistir en definitiva tales preferencias) arropándose, sin embargo, de mayor concreción desde el punto de vista subjetivo al enumerar las categorías de extranjeros beneficiados por el mismo; c) Que el mentado artículo, tras dibujar las líneas maestras objetivas y subjetivas del régimen preferencial dicho, apodera al Ejecutivo para que desarrolle por la vía reglamentaria su concreta virtualidad y significado; d) Que en méritos a tal apoderamiento, los extranjeros iberoamericanos quedan al margen del régimen preferencial adjetivado por el artículo 38, limitándose su privilegio al descrito por el artículo 39, ambos del RLOE; e) Que considerándose la ejecución reglamentaria del indicado apoderamiento perfectamente concebida, el iberoamericano no acredita en realidad ningún tipo de preferencia más allá de la sublimada por el antes dicho artículo 39 RLOE.

Hasta aquí el sentir mayoritario de los integrantes de la Sala (constituyente en definitiva del *dictum* de la Sentencia) y cuyo contrapunto fue oportunamente aportado por el antes indicado voto particular, pieza considerativa al que voy a destinar las líneas siguientes.

En la glosa de tal voto creo que debe destacarse en primer término su corroboración de que la única preferencia efectiva detectable en el orden de cuestiones en el que nos movemos es aquélla que entraña su *ratio* en la posibilidad de la obtención del permiso de trabajo sin consideración a la situación nacional de empleo, privilegio que en realidad lo que hace es equiparar en gran medida la capacidad laboral de los extranjeros con los españoles, equiparación de largo alcance cuya existencia en relación con

determinadas categorías de extranjeros (y carencia de juego en cuanto a los iberoamericanos) constituye el *leit motiv* de la sentencia que nos ocupa y a la que alude del propio modo el magistrado emisor del voto particular antes indicado al decir que:

«En definitiva, el único real contenido objetivo de las preferencias reguladas en el Reglamento es el de no considerar la situación nacional de empleo como límite para la concesión del permiso... En realidad, en ese contenido objetivo de la preferencia no existe novedad alguna, sino que en ese punto el régimen reglamentario actual es continuación del precedente. En efecto en éste, constituido por el Decreto 1870/1968, se establecía en su artículo 9 un derecho preferente de los españoles para ocupar el puesto de trabajo ofrecido al extranjero, disponiéndose al efecto en el artículo 28 la publicidad de la solicitud del extranjero; sin embargo, según lo dispuesto en el artículo 11, se excluía de lo dispuesto en el artículo 9 una serie de supuestos, en los que “se otorgará... el permiso de trabajo sin considerar la situación nacional de empleo”, entre los que se encontraban prácticamente los que se recogen en el artículo 38 del nuevo Reglamento. En aquel elenco de supuestos no se mencionaba el del actual artículo 18.3.f) de la Ley 7/85; pero ello tiene una fácil explicación que se expresa en el **Preámbulo** de la Ley 118/69, de 30 de diciembre: la equiparación con los trabajadores españoles de los trabajadores hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos establecida en los Convenios de Cooperación Social suscritos con la mayoría de los países de aquella Comunidad que cristaliza con carácter de generalidad en esa Ley. No se establecía la preferencia que ahora nos ocupa, por la sencilla razón de que la misma reza con el otorgamiento del permiso de trabajo, y no tiene sentido respecto del que no necesita del permiso. La situación de los extranjeros a que se refiere el actual artículo 18.3.f) de la Ley 7/85 era a partir de la Ley 118/69, más ventajosa que la de los titulares de la preferencia del artículo 11 del Decreto 1870/1968, y no menos».

Tras este bloque de reflexiones sobre la vertiente histórica del problema, y tras advertir —y reiterar— que la única preferencia tomable en consideración es la objetivada de la forma que acabamos de relatar, el magistrado emisor del voto particular objeto de debate, viene a centrar en sus justos términos la cuestión básica a analizar, y es la de la legalidad o no del RLOE por lo tocante al punto concreto de su instrumentación preferencial, tema que va a centrar todo el ulterior *thema decidendi* de su voto, centraje, por otra parte, que da por buenas toda la batería de premisas que influyeron en la adopción de la sentencia de la que se discrepa (y a las que nosotros hemos aludido precedentemente) y cuyo caballo de batalla asertivo se materializa en las siguientes observaciones:

«La sentencia da por bueno que en este punto en el desarrollo reglamentario de la Ley, que impone su artículo 19.3, el artículo 38 del Reglamento no haya recogido entre los supuestos excluidos de la consideración de la situación nacional de empleo, el de la condición de iberoamericano, aceptando la perfecta legalidad del Reglamento al tratar de modo diferenciado, y menos ventajoso que los demás supuestos de preferencia, el de los iberoamericanos para los que acepta que la simple ventaja establecida en su artículo 39 en relación con el permiso C es bastante para dar contenido al artículo 18.3./) de la Ley.

Es precisamente en este particular en el que surge mi discrepancia, en el sentido de que el desarrollo reglamentario de la Ley, al referirse a la situación de los iberoamericanos y omitirlos en el artículo 38, es contrario a la ley, y lesivo de la situación de aquellos a los que se discrimina indebidamente de los titulares de las demás preferencias establecidas en el artículo 18.3 de la Ley, si no se supera la omisión en una superación integradora».

Queda, pues, polarizado el debate subsiguiente en el punto concreto a la ilegalidad en la que incide el hacedor del RLOE al desarrollar el sistema preferencial delineado en sus grandes paramentos de concepción por el artículo 18 de la LOE, ilegalidad nomotética que demanda una superación integradora en cuanto a los iberoamericanos a los efectos de entenderles comprendidos —a pesar de no estarlo literalmente— dentro del campo de actuación del artículo 38 del meritado RLOE que el magistrado emisor del voto en cuestión basamenta en una interpretación *ad hoc* de la preceptiva que pilota estas cuestiones y asimismo en un reenvío a lo que debe ser, según su criterio, una correcta técnica normológica.

Así, y en lo referente a una adecuada interpretación de determinados materiales normativos con impacto en este orden de cosas, el supradicho magistrado, tras literalizar la parte del preámbulo de la LOE que alude en concreto a los iberoamericanos (y que nosotros hemos transcrito precedentemente) pone de relieve que:

«Preocupación de la Ley por un tratamiento preferencial por los iberoamericanos..., etc., alineamiento de la preferencia de estos con las demás determinantes de preferencias, y conexión de las preferencias con el tema de la adquisición de la nacionalidad son, pues, elementos interpretativos de la más sólida importancia para ponderar en el marco ordinamental constituido por la Ley y el Reglamento, si el sentido de aquélla le atribuye a la preferencia que nos ocupa, se respeta en éste o no»

Tras este enunciado del retablo interpretativo al efecto, el autor del voto particular en trance de análisis se aventura en llenar de sentido su querer

decisional sobre el particular, esgrimiendo *ad casum* pautas de indagación históricas («La norma definidora del contenido objetivo de las preferencias es el artículo 38 del Reglamento, en el que, como antes indicamos, existe una continuidad respecto del pasado. No es admisible que si la Ley no contiene dato alguno evidenciador de un propósito de degradación de la condición de iberoamericanos..., etc., respecto de los demás supuestos de preferencia [y que no lo tiene es claro, cuando en el preámbulo de la misma se destaca "la preocupación de la Ley por el tratamiento preferencial en favor de los iberoamericanos..."], un supuesto que en nuestro ordenamiento jurídico, desde otras perspectivas más exigentes, cual la de la nacionalidad, es claramente diferencial respecto a la situación de otros extranjeros, acabe a la postre equiparándose al de estos, pues tal ocurre si a los iberoamericanos..., etc., se les supedita, lo mismo que a los extranjeros de otro origen, a la situación nacional de empleo. El dato sistemático de que en el Reglamento aprobado por el RD 1119/86 sólo se habla de preferencias en el artículo 38, es fundamental en este caso para ponderar si la omisión en el de los iberoamericanos..., etc., se acomodó o no a lo dispuesto en los artículos 18.3 y 19.3 de la Ley. Definida la preferencia en el Reglamento, la falta de atribución de la misma a los sujetos incluidos en el artículo 18.3.) de la Ley, en la medida en que supone una restricción subjetiva del régimen preferencial de la Ley, debe ser trascendida, prescindiendo de esa restricción, y aplicándose al supuesto legal omitido el régimen reglamentario de la preferencia, establecido para los demás supuestos expresados en él») y sistemáticos («Desde otro punto de vista, y para medir la significación que tiene en nuestro ordenamiento jurídico la condición que examinamos, es pertinente tener en cuenta también el régimen de nacionalidad en el que aquélla se privilegia de modo especial, según se infiere de lo dispuesto en los artículos 22 y 23 del Código Civil. No parece que si ese es el tratamiento que se dispensa a esa condición en las normas de rango de Ley, en el desarrollo reglamentario de la extranjería pueda negarse a los que la ostentan la ventaja que sí se reconoce a las personas incluidas en otros supuestos de preferencia de la Ley»).

En esta línea de argumentaciones orientada a poner de manifiesto la necesidad de integrar el artículo 38 del RLOE con una referencia específica a los iberoamericanos, se inscribe la opinión del magistrado discrepante, tendente a minimizar el alcance del presunto trato de favor otorgado a los mismos a través del artículo 39 del RLOE, siendo su concepción literal la siguiente:

«No parece aceptable la idea de que al establecerse en el artículo 39.2 del Reglamento, regulador de los permisos de trabajo C, una ventaja respecto a los iberoamericanos..., etc., con ello quede cumplida la remisión del

artículo 19.3 de la Ley, al determinar el alcance de la concreta preferencia del artículo 18.3.f). Debe traerse aquí a colación el significado sistemático del artículo 38 del Reglamento, al ser en él donde se regulan las preferencias, lo que margina de ese significado sistemático la ventaja del régimen del permiso C. Pero es que, aun aceptando a los meros efectos dialécticos, que formalmente la concreta ventaja que ahora nos ocupa, baste para dar contenido a la remisión que hace el artículo 19.3 al Reglamento, en el sentido de la posibilidad de un tratamiento plural y no unitario de las preferencias, a la hora de trazar supuestos diferenciados, debe examinarse desde una perspectiva constitucional, si es razonable ese tratamiento reglamentario.

Para ello sería preciso que la concreta ventaja atribuida a los iberoamericanos..., etc., en el artículo 39 para la obtención del permiso C tenga un contenido real y utilidad normativa.

Al respecto debe observarse que en el análisis conjunto de los distintos tipos de permisos de trabajo, el permiso C constituye un estadio final, al que sólo se accede previo paso por el que representa el permiso B. En tal sentido, si no se puede llegar al último estadio porque no se pueden superar las dificultades que cercan la consecución del anterior, mal puede sostenerse que en un orden de realidades se esté dando un contenido efectivo a la preferencia el apartado f) del artículo 18.3 de la Ley. Si la situación nacional de empleo impide a los iberoamericanos..., etc., obtener un permiso de trabajo B, mal pueden llenar el tiempo de trabajo exigido para que pueda tener alguna virtualidad real la ventaja que se les reconoce en la obtención del permiso C. Sólo sobre la base de inexistencia de mano de obra española podrían haber conseguido antes el permiso B, y podían haber trabajado durante el período preciso para obtener el permiso C. Mas sobre la base de tal hipotética situación previa, en ella su condición sería igual que la de otros extranjeros, que en esas mismas circunstancias también podrían haber obtenido el permiso B.

La utilidad normativa de la preferencia para la obtención del permiso C se desdibuja, además, habida cuenta de que en esas circunstancias de período de residencia en España, el iberoamericano..., etc., podría conseguir la nacionalidad española por residencia, y ello sin pérdida de la suya de origen, dado lo dispuesto en los artículos 22 y 23 del Código Civil, con lo que ni tan siquiera le es de significativa utilidad la ventaja que comentamos».

Tras la puesta en evidencia de este paquete de reflexiones —interpretativas en su mayor parte— el magistrado discrepante se adentra en la justificación de su postura desde el punto de vista de la técnica *jurisdicente*, abordando esta cuestión en el Fundamento Jurídico segundo de su voto particular en el que se lee al respecto que:

«Analizando la regulación de la Ley se comprueba que en ella existe una total equiparación entre los distintos supuestos acreedores de preferencia del artículo 18.3, lo que supone una restricción de partida para el ulterior Reglamento, que no podrá establecer diferenciaciones entre ellos, so pena de discriminación vedada. No se trata de que antes de la Ley exista una exigencia de equiparación de supuestos, sino de que, establecida en ella esa equiparación, en una opción que bien podía haber sido de otro signo, no cabe después que el Reglamento la desconozca. Si tal ocurre puede resultar lesionado no ya el principio de legalidad —art. 9.3 CE— sino el mismo principio de igualdad (art. 14), como en supuestos, ajenos a esta materia, pero de problemática similar en el aspecto formal de la relación Ley-Reglamento, tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional —STC 209/1987, 78/1990 y 4/1991—.

El Reglamento podrá dar a la preferencia un contenido u otro, y eso es lo que le confía el artículo 19.3 de la Ley, lo que no cabe es que dé contenidos diferentes a supuestos que la Ley no diferencia. No es admisible que el Reglamento degrade un supuesto que la Ley situaba al mismo nivel que los demás.

El complemento de la Ley, en cuanto al alcance de las preferencias que ella establece en el artículo 18.3, se encuentra en el artículo 38 del Reglamento, por lo que, aunque en éste no se mencione el supuesto de preferencia del artículo 18.3./) de aquélla, en una integración interpretativa de ambos preceptos debe atribuirse al supuesto silenciado en el Reglamento y previsto en la Ley, el mismo contenido de preferencia que aquél regula para los supuestos que sí prevé.

C) Los iberoamericanos a la luz de los Convenios internacionales que les afectan

a) *Idea general*

Delimitada la posición de los mismos en base a las propuestas ordinales estrictamente domésticas (delimitación que hemos efectuado en las páginas precedentes) cúmplenos ahora la tarea de proceder al análisis de su posición (siempre en relación con el ordenamiento sobre extranjería) en aras a lo proveído al efecto por los Instrumentos internacionales que les incumben, y a los que hemos hecho una cumplida referencia en las páginas precedentes.

En realidad, la cuestión se circunscribe a precisar si los sendos artículos 7 de los Convenios de doble nacionalidad celebrados por España con

Chile, Perú y Ecuador son conformativos de un régimen especial de extranjería para los nacionales de estos países que pudiere quedar al margen del repunte integrador —y reductor a la **unidad**— patrocinado por la LOE (y su preceptiva de ejecución) todo ello en méritos a lo que postula sobre la materia el artículo 3 de la misma LOE antes transcrito.

Este es, pues, el elemento cardinal de la cuestión, elemento cuya traducción al foro especulativo que nos interesa consiste en alcanzar la comprensión de los indicados artículos 7 (todos ellos de parigual tenor), tema en el que ha incidido con especial profundidad, desde el punto de vista doctrinal, AURELIA ALVAREZ RODRÍGUEZ, y desde el jurisdiccional, una importante saga de SSTT que han venido a entrañar lo que ya puede considerarse como un cuerpo de doctrina consolidado al efecto.

En base a todo ello voy a ocuparme en las páginas siguientes de aludir, en primer término, a la interpretación científica de los meritados artículos 7 y después a lo que resulta del aludido cuerpo de doctrina jurisprudencial, todo ello en base a un dispositivo considerativo que pretendo que sea enseñoreado por la más absoluta simplicidad —y claridad— de concepción.

b) *Interpretación doctrinal de los sendos artículos 7 de los Convenios de doble nacionalidad celebrados por España con Chile, Ecuador y Perú*

aa) *Idea general*

A fin de facilitar al lector su tarea cognoscitiva sobre el particular, voy a reiterar ahora el tenor literal del artículo 7 del Convenio de doble nacionalidad celebrado por nuestro país con Chile el 24 de mayo de 1958 (BOE 14-11-58), precepto que por ser el primero de los de idéntica conformación ha servido de modelo a los otros dos que le siguieron (los también 7 de los Convenios de fecha ulterior celebrados con Perú y Ecuador), circunstancia que determina que lo que digamos respecto del que ahora vamos a transcribir sea perfectamente tomable en cuenta para la comprensión de los restantes.

El artículo 7 aludido sienta literalmente que:

«1. Los españoles en Chile y los chilenos que no estuvieren acogidos a los beneficios que les concede este Convenio continuarán disfrutando los derechos y ventajas que les otorguen las legislaciones chilena y española, respectivamente.

2. En consecuencia, podrán especialmente: viajar y residir en los territorios respectivos, establecerse donde quieran que lo juzguen conveniente para sus intereses, adquirir y poseer toda clase de bienes muebles e inmuebles; ejercer todo género de industria; comerciar tanto al por menor como

al por mayor; ejercer oficios y profesiones, gozando de protección laboral y de seguridad social, y tener acceso a las autoridades de toda índole y a los Tribunales de Justicia, todo ello en las mismas condiciones que los nacionales.

3. El ejercicio de estos derechos queda sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejerciten».

A decir verdad, el precepto que acabamos de transcribir constituye un puzzle normativo permitiente en su propia mismidad ordinamental de cualquier tipo de «lecturas», ya que su discurso normológico se integra en obsequio a un dispositivo jurisdicente cuyas piezas se ensamblan de forma totalmente asimétrica. Así, el primer apartado (prácticamente idéntico al contenido total de los artículos homólogos de los restantes Convenios de doble nacionalidad concertados por España con el resto de países iberoamericanos, valiendo por todos ellos lo que predica el también artículo 7 («Los españoles en Nicaragua y los nicaragüenses en España que no estuvieren acogidos a los beneficios que les concede este Convenio, continuarán disfrutando de los derechos y ventajas que les otorguen las legislaciones nicaragüenses y española, respectivamente») es un puro precepto remisivo a la preceptiva interna que carece por completo —y en consecuencia— de valor inmediatamente obligatorio.

Por el contrario, el segundo apartado (que indudablemente tiene como destinatarios a los mismos sujetos de derecho que el primero, es decir, a los chilenos y españoles que no se aprovechen de su potencial condición de doble nacionales en los respectivos países huéspedes) si se le considera en su eventual desconexión con el apartado anterior puede entenderse como una norma con un contenido específico y obligatorio en su propia objetivación semántica en la que acredita manifiesto protagonismo el criterio equiparativo de máximo rango que resulta de su último inciso. De todos modos, y aun aceptándose la validez de esta proposición interpretativa, el aludido criterio de equiparación entre los españoles y los chilenos no doble nacionales por lo tocante a la actuación de estos últimos en relación con la batería de posibilidades que les son ofertadas por el **meritado** apartado tiene que superar el escollo de su modulación por lo previsto en el apartado 3 del propio artículo, apartado en modo alguno desconectable, dada su concreta formulación literaria del anterior y que impone una remisión a la normativa doméstica respecto al «ejercicio de estos derechos».

Vemos, pues, la complejidad del artículo en cuestión, que, o bien se puede considerar como una mera recopilación de principios y buenas intenciones que en todo caso deben recibir la correspondiente traducción por la preceptiva doméstica española (sobre extranjería y de otro tipo) o bien puede entenderse como una disposición estrictamente obligatoria en sus

propios términos, postura esta, sin embargo, que de prevalecer debe pasar el tamiz de la vigencia del apartado tercero antes dicho, pasaje que se convierte pues en el elemento cardinal para la adecuada inteligibilidad del artículo objeto de comentario.

La pregunta clave sobre el particular puede formularse así: ¿A qué tipo de «ejercicio» (que repito deben atemperarse a las disposiciones domésticas españolas) se refiere el apartado tercero del artículo objeto de constante alusión?, interrogante que admite una respuesta plural: de factura amplia y restricta, aunque ambas legítimas. La amplia es aquella indicativa de que el **meritado** ejercicio abarca tanto las condiciones concretas de su activación como su específico marco operativo.

La restringida es la que confina el significado del vocablo discutido en el círculo de esta segunda posibilidad, alternativa, la que acabamos de evidenciar, que es, en suma, la que viene a condicionar toda la virtualidad del precepto objeto de nuestra glosa, ya que si el «ejercicio» en cuestión debe ser liderado en su integridad por la normativa doméstica, la tenencia de los derechos enumerados en el apartado segundo del mismo se convierte de hecho en una pura cuestión teórica, retórica o de gabinete, sin trascendencia práctica, toda vez que su concreta entrada en juego puede pilotarse por parámetros muy distintos de los que rigen en sede de los españoles, pudiendo por lo tanto demandarse para la misma la previa tenencia de algún tipo de credencial administrativa (de la que por principio se hallan ajenos estos últimos) o la concurrencia en el extranjero que pretenda prevalecerse del esquema atributivo patrocinado por el artículo que nos ocupa de cualquier tipo de requisito adicional no demandado para los españoles.

Por el contrario, si el «ejercicio» al que alude el **pluricitado** apartado tercero del artículo en cuestión se refiere exclusivamente a su concreto despliegamiento efectivo, es evidente que el criterio equiparador consignado en el último inciso del apartado 2 del artículo objeto de permanente referencia puede asumir toda su potencial relevancia.

Tal es, a mi juicio, el quid de la cuestión, problemática, por otra parte, que presenta alternativas intermedias entre las extremas aludidas y cuya solución puede complicarse más o menos según que se considere o no el apartado 2 del artículo objeto de comentario independiente del primero, ya que en tal caso la interpretación más favorable a la tesis de su carácter directamente obligatorio (aun siempre con la remora que conlleva su intransferible adecuación a lo previsto en el apartado 2 del mismo precepto) se reforzaría de forma estimable, tesis esta (la que entiende que el indicado apartado dos es un comportamiento estanco y por ello absolutamente autónomo) que se desprende de la serie de reflexiones que AURELIA ALVAREZ RODRÍGUEZ dedica al tema en su antes dicho ensayo, autora que al enfocar este punto señala literalmente que:

«Del tenor literal de esta disposición parece deducirse la existencia de un régimen privilegiado y especialmente destinado a los chilenos. Si esto es así, se puede llegar a concluir que los nacionales de Chile, no acogidos al Convenio de doble nacionalidad, no están sometidos al régimen general de extranjería que establece la LOE, por lo que no necesitan ningún tipo de permiso para poder entrar, residir, trabajar, comerciar e invertir en nuestro país. Ahora bien, para llegar a esta conclusión se debe previamente averiguar si en dicho precepto bien se regula directamente el ejercicio de esos derechos concretos o bien se trata meramente de una enumeración de eventuales derechos que pueden ser ejercidos por los chilenos si el propio Ordenamiento interno se lo permite. Ciertamente, ambas posturas pueden ser defendibles: la primera postura parte de una interposición conjunta del artículo 7. De tal forma que el chileno podría gozar de todos los derechos y ventajas previstas en la legislación española para los extranjeros en general y para los chilenos en particular; y el ejercicio de esos derechos estaría subordinado al cumplimiento de los requisitos establecidos en nuestro Ordenamiento para esas personas. Sin embargo, sería considerado en igualdad de condiciones al español para el ejercicio de unos determinados derechos, los que "especialmente" se enumeran de forma exhaustiva en el segundo apartado. Consecuentemente, cabe afirmar que un chileno podría entrar, residir, trabajar, invertir o comerciar en territorio español cumpliendo los requisitos prescritos en la legislación española para los propios españoles. Por otro lado, cabe sostener una segunda interpretación: partiendo de la base de que el artículo 7.2 se limita a realizar una restricción de los derechos reconocidos en el apartado primero, y que el ejercicio de los mismos, en todo caso, quedaría regulado en el apartado tercero de dicho precepto».

Tras esta primera aproximación al tema, AURELIA ALVAREZ RODRÍGUEZ se aventura en la interpretación que le parece más plausible y que resume de la forma siguiente:

«Inicialmente, los chilenos gozan en España de todos los derechos y ventajas que establezca la legislación española para esos extranjeros. Sin embargo, la inclusión en el párrafo segundo de los términos "especialmente" y "en las mismas condiciones que los nacionales", parece comportar el reconocimiento de la plena igualdad o de la no discriminación por razón de nacionalidad a la hora de ejercitar los derechos específicamente recogidos en el mismo, subordinando el ejercicio del resto de las libertades públicas y derechos a lo establecido en el último párrafo. En consecuencia, los chilenos podrán entrar, residir, comerciar e invertir en nuestro país como si fueran españoles. Por último, en el tercer párrafo del precepto se regula el ejercicio de los derechos reconocidos en el apartado primero, no mencio-

nados expresamente en el apartado segundo, remitiendo "a la legislación del país en que tales derechos se ejerciten". Básicamente, dicha legislación se encuentra recogida actualmente en la LOE y en el REJ».

A la vista de todo ello, y creo así interpretar en buena y debida forma el pensamiento de la autora a la que vamos ahora siguiendo, los chilenos (y también los peruanos y ecuatorianos) son titulares de dos órdenes de derechos: *a)* aquellos a los que alude el apartado primero del artículo cuya glosa estamos efectuando, y *b)* los específicamente relacionados en el apartado 2 del mismo precepto.

Respecto a los derechos eventualmente concebibles a los beneficiarios del sistema, en méritos al calendo apartado primero, tanto su concreta pormenorización como su eventual ejercicio se rige por lo indicado en el apartado 3 del propio artículo 7. Por el contrario, y en relación con los derechos aludidos en el apartado 2, el nacional iberoamericano que pretenda prevalerse del dispositivo de tuición vertebrado por el precepto objeto de análisis, sabe ya de antemano de cuáles va a disponer (los contenidos en la relación resignada por tal apartado, es decir, estos y no otros, teniendo tal enumeración carácter tasado) y su ejercicio se sustrae a lo proveído por el apartado 3 de dicho precepto, rigiéndose por el contrario en virtud de lo establecido en el propio apartado 2, es decir, en obediencia al criterio absolutamente igualitario entre extranjeros y españoles que tal disposición conforma.

Por mi parte, y aún apreciando en lo que vale tal forma de entender esta cuestión, mantengo una postura diferente, cuya síntesis puede conseguirse en base a las siguientes premisas: *a)* El apartado primero es un marco concesional estrictamente pragmático, una enunciación de principios generales y un compendio de esencias y filosofías enraizadas en lo evanescente, sin posibilidad de juego normativo alguno en cuanto netamente remisivo a lo que diga al respecto la normativa interna; *b)* El apartado 2 sólo resulta entendible como una concreción del apartado uno, con el que guarda una evidente comunión ostensiblemente visibilizada a través del término con que inicia su andadura («en consecuencia»), introductor de un principio de paridad en cuanto al ejercicio de los derechos que enumera y cuyo cabal entendimiento exige su puesta en comunicación no sólo con el apartado 3 del mismo precepto sino también con el Acuerdo de supresión de visados que media entre Chile (Ecuador y Perú); *c)* El apartado 3 del artículo 7 viene a modular el cauce ejercitativo asimismo establecido por el apartado 2, siendo admisible respecto del significado del vocablo «ejercicio» la disyuntiva a la que antes aludí; *d)* Sea cual fuere la concreta virtualidad del indicado artículo 7, es evidente que la misma no puede desembocar en la nada, siendo así que de la textualización del mismo —y ello a pesar de sus

evidentes incertidumbres interpretativas— resulta indiscutible la conformación de un régimen especial para los chilenos, peruanos y ecuatorianos, régimen cuya singularidad se percibe claramente si comparamos el artículo 7, objeto de permanente alusión, con los diferentes preceptos homólogos contenidos en los restantes tratados de doble nacionalidad.

Estas son pues las premisas de mi concepción sobre la materia, siendo de señalar al efecto, y reitero así ideas anteriormente expuestas, la enorme trascendencia que en este orden de magnitudes acredita la comprensión del pluricitado vocablo «ejercicio», siendo resaltable que para la Administración española no cabe duda que su entendimiento sólo puede venir de la mano de la postura más restrictiva, es decir, de aquella que opera no sólo respecto a las condiciones en que debe desenvolverse su concreta funcionalidad sino también sobre los propios presupuestos de su activación, pudiendo demandarse por ello a los extranjeros requisitos y condicionamientos habilitantes no requeridos a los españoles, quebrándose así la presunta igualdad pregonada por el último inciso del apartado 2, tesis restrictiva que se capta con toda facilidad de lo que con fines aclaratorios —y también instructorios desde la jerarquía— se postula en la antes dicha Circular de 1 de julio de 1988, dimanante de una actuación convergente de los Ministerios de Asuntos Exteriores, Interior y Trabajo y Seguridad Social (y más concretamente de las Direcciones Generales de Asuntos Consulares, del Instituto Español de Emigración y de la Comisaría General de Documentación de la Dirección General de Policía), antes que al referirse al más que pluricitado artículo 7 apuntan literalmente que:

«El párrafo segundo del artículo 7 del Convenio de doble nacionalidad se refiere, entre otros, al derecho de residencia en España de los chilenos no acogidos al propio Convenio de doble nacionalidad. Sin embargo, el citado artículo 7 debe interpretarse en su conjunto, es decir, teniendo en cuenta que, según el párrafo tercero, el ejercicio de estos derechos quedará sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejercitan; legislación que para España está constituida básicamente por la Ley Orgánica 7/1985, cuyo artículo 15 dispone que los extranjeros que deseen fijar su residencia en España para ejercer cualquier actividad lucrativa... deberán obtener, simultáneamente con el permiso de residencia, el permiso de trabajo...»

En relación con esta postura, que he calificado de restrictiva, tengo que decir que la misma se basamenta no sólo en lo que resulta de una interpretación convergente de los apartados 2 y 3 del artículo que nos ocupa, sino también de lo que al efecto establece el Canje de Notas de 22 y 25 de abril de 1959, sobre supresión de visados entre España y Chile (así como lo que sobre la misma materia establecen los respectivos acuerdos celebrados entre

España por una parte y Ecuador y Perú por la otra) instrumento que al dispensar a los nacionales chilenos de la necesidad de obtener un visado consular para penetrar en España, sólo permite que su estancia en nuestro país sea de tres meses como máximo, requiriéndoles la previa tenencia de un visado consular *ad hoc* cuando pretendan permanecer por un tiempo superior o cuando su estancia materialice el despliegamiento de una auténtica pretensión residencial o se halle destinada a servir de soporte para el eventual ejercicio de una profesión remunerada o no, ex apartado 4 de tal Convenio, encargándose también el mismo en precisar la sujeción de los nacionales chilenos, una vez accedidos al territorio nacional, a las Leyes, Reglamentos y demás Disposiciones Locales que afecten a los extranjeros, reservándose del propio modo la facultad de rechazar la entrada o estancia en el respectivo territorio de las personas que consideren «indeseables», ex apartados 5 y 6 del propio Instrumento.

En obsequio a todos estos planteamientos, la tesis que postula la interpretación más restrictiva de entre las posibles, por lo que atañe al entendimiento del vocablo «ejercicio» que utiliza el apartado 3 del artículo 7, objeto de comentario, es decir, aquélla que permite modular —incluso *sincopar*— la equiparación absoluta o sin matices prevista en el apartado dos, último inciso, del propio precepto, queda reforzada hasta el infinito, reforzamiento que viene de la mano de que por lo tocante a la exigencia del visado consular especial para residir (trabajando o sin trabajar), ésta ya viene impuesta, con independencia de lo que sobre el particular establezca la normativa interna, por el mismo Convenio de supresión de visados.

Del propio modo, y una vez contando el extranjero de que se trate con el meritado visado consular, la pretensión residencial que pretenda deducir ante las instancias administrativas españolas competentes deberá atenerse por completo a lo que sobre el particular dispongan las «Leyes, Reglamentos y demás Disposiciones Locales que afecten a los extranjeros», tal como predica el apartado 5 del Instrumento en cuestión, sometimiento que implica el que el ejercicio de la aludida pretensión residencial (laboral o no) deba encauzarse —**material y formalmente**— por los indicados vericuetos administrativos, circunstancia que determina una evidente desequiparación de los extranjeros afectados con los españoles, que en modo alguno se encuentran obligados a pasar por las horcas caudinas **funcionariales** que supone el atenuamiento a tal normativa especializada, atenuamiento, por otra parte, que ni siquiera llega a plantearse cuando el Estado de que se trate haga uso de la facultad soberana que le compete de rechazar a los extranjeros, nacionales de la contra parte que considere «indeseables».

Vemos, pues, que el «ejercicio» de derechos al que se refiere el apartado 3 del artículo 7, objeto de constante alusión en el gobernando por la normativa doméstica en su doble vertiente aludida, o sea, la que hace

referencia al pilotaje de sus condicionantes o presupuestos de activación y el que disciplina las singularidades de su concreto despliegamiento, concepción amplia que es la que debe prosperar no sólo en virtud de una interpretación acorde del precepto en cuestión, sino también porque así lo impone otra de las manifestaciones de concertabilidad internacional en estas áreas, y que es el Acuerdo de supresión de visados al que estamos aludiendo, quedando, a mi juicio, descartadas todo tipo de tesis maximalistas en torno al entendimiento del más que pluricitado artículo 7, tanto las que postulan una equiparación absoluta entre nacionales y chilenos por lo que concierne al ejercicio de los derechos reconocidos por el apartado 2 de tal artículo como aquéllas bastante más mesuradas que predicán la inteligibilidad del término «ejercicio» en el sentido de que el mismo se refiere sólo a las concretas condiciones en que se desenvuelve su activación y no a los presupuestos de la misma.

La pregunta clave al respecto es, pues, la siguiente: ¿Para qué sirve el Convenio de doble nacionalidad con Chile en el foro de la extranjería?, pregunta que, dados los términos en que se va desarrollando este discurso no puede tener más que una respuesta: la de que no sirve para nada, respuesta, creo yo, que estuvo en la mente de todos los intérpretes hasta que, a mi juicio, bastante sorprendentemente, la jurisprudencia inició unos derroteros en virtud de los cuales, con unos u otros matices, el convenio al que venimos haciendo mérito adquirió una evidente —aunque parcial— sustantividad, tema que voy a abordar de inmediato.

ab) *Posición de la jurisprudencia al respecto*

a'a) *Introducción*

No fue muy tempranera la jurisprudencia posterior a la adopción de la LOE en su conocimiento de esta temática, siendo así que hasta la Sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 23 de mayo de 1988, la misma no fue planteada en ninguna litis conectada con la extranjería, sentencia, la dicha, que no sólo fue la pionera en este orden de cosas, sino que la misma acogió hasta sus últimas consecuencias, la tesis que hemos calificado anteriormente de maximalista (y ello en su grado máximo). Propugnando una entrada en liza sin fisuras ni cortapisas de la equiparación —absoluta— entre españoles y chilenos que postula el último inciso del apartado 2 del artículo 7, objeto de constante alusión, puntualizando literalmente al efecto «Que una interpretación de la anterior normativa (el repetido artículo 7 del Convenio de doble nacionalidad celebrado entre España y Chile) junto con el Canje de Notas entre España y Chile de 22

y 25 de abril de 1959, nos conduce a estimar el presente recurso, puesto que resulta evidente que los ciudadanos chilenos no precisan en España autorización para residir, ya que disfrutan de todos los derechos que les reconoce el artículo 7 del Convenio de forma indefinida, no estando sujetos, en consecuencia, a las limitaciones temporales y requisitos establecidos en la legislación general sobre extranjeros; por todo ello habrá que reconocer a la recurrente y sus hijos menores, los derechos anunciados en la mentada normativa especial fijada en el Convenio. Tesis que no hace más que reproducir la mantenida por esta Sala en Sentencia de 9 de septiembre de 1982, confirmada por el Tribunal Supremo el 6 de octubre del mismo año, y que si bien es cierto, es anterior a la vigencia de la actual Ley Orgánica 7/1985, no es menos cierto, que de no seguir dicha interpretación, se vulnerarían los artículos 19 y 33 de nuestra Constitución».

Esta sentencia (revocada ulteriormente por la del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1990) efectúa ciertamente una interpretación exótica —por lo **potenciadora**— de la eficacia del artículo 7 del Convenio que estamos estudiando, apoyándose, también exóticamente, en el de supresión de visados y en cierta jurisprudencia de fecha anterior a la LOE, interpretación que parte de la base de la aludida equiparación entre españoles y chilenos en obsequio a la cual su pretensión residencial prosperó aun careciendo los recurrentes del oportuno visado consular permitiente de una deducción «normal» de tal pretensión, o dicho de otro modo, posibilitando que los extranjeros beneficiarios pudiesen regularizar su estancia en España pese a no arroparse de los presupuestos normales para ello, interpretación favorecedora que se amplifica hasta el punto de decirse que los mismos no necesitan demandar ningún tipo de autorización de residencia, afirmación que a buen seguro haría rasgarse las vestiduras a más de un celoso representante de la ortodoxia funcional.

Pues bien, tal forma de entender esta problemática tuvo su seguimiento en la sentencia dimanante del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 7 de noviembre, sentencia absolutamente continuista de la anterior y cuyo **factum** sintetiza muy bien AURELIA ALVAREZ RODRÍGUEZ, en su interesante ensayo sobre la materia («En dicho pronunciamiento se concede la exención del visado a los solicitantes, cuya situación con respecto a España se puede resumir brevemente con los siguientes datos: A finales de 1985 una familia chilena compuesta por el matrimonio y dos hijos entran en nuestro país desprovistos de visado. La entrada sin el cumplimiento de este requisito debe ser considerada como totalmente legal, siempre que los miembros no tuviesen la pretensión de realizar ninguna actividad lucrativa ni de permanecer en España durante un período superior a noventa días, en virtud de lo dispuesto en el canje de notas de 22 y 25 de abril de 1959, sobre supresión de visados entre España

y Chile. Superado este límite temporal su situación se convirtió en irregular. Transcurridos varios años el matrimonio y uno de sus hijos solicitaron la exención del visado especial al delegado del Gobierno de Asturias para poner fin a su ilegalidad. Ante la ausencia de respuesta, considerando desestimada su petición por silencio negativo, los interesados interpusieron la demanda que ha dado lugar a la decisión objeto de este comentario. El fallo se centra tanto en el examen de las circunstancias excepcionales que permiten la exención del visado como en el régimen especial de extranjería recogido en el Convenio de doble nacionalidad entre España y Chile de 24 de mayo de 1958») sentencia que fue dictada como consecuencia del seguimiento de un proceso articulado en aras a lo previsto en la Ley 62/1978 y cuya porción resolutoria coincide en un todo con la de la sentencia antes indicada dimanante de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca.

En base a lo dicho, podría pensarse que esta praxis jurisprudencial, en definitiva, sumamente incentivadora de lo postulado por el artículo 7, objeto de constante alusión, había prosperado de modo general a nivel de jurisprudencia «menor», pero ello no era así, porque ya en el mismo año 1988, otra sentencia de fecha 29 de octubre, también dimanante de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, sentó justamente lo contrario que las anteriores, precarizando así lo previsto por el pluricitado artículo 7, todo ello en méritos a lo que asimismo sostuvo la STS de 5 de marzo de 1991, que en apelación confirmó integrante el *dictum* de la antes mencionada de 29 de octubre de 1988, tal como tendremos ocasión de exponer algo más tarde.

Hasta aquí lo previsto por la jurisprudencia de este tipo que se ha ocupado de la exégesis del precepto objeto de análisis, jurisprudencia a la que le cabe el mérito de haber despertado el interés por esta temática, y que ha tenido su seguimiento en la del TS, órgano que ha consolidado al respecto una línea jurisdiccional que con razón puede considerarse de innovadora, integradora y ponderada, innovadora porque se basa en una interpretación original y ciertamente *sui generis* de los apremios ordinamentales cobijados en el artículo 7, objeto de comentario, integradora porque llega a unas conclusiones optimizadoras de su significado que a buen seguro no se hubieran alcanzado sin el *imperium* de tan Alto Tribunal, ponderada, porque tales conclusiones, aun inscribiéndose en la aludida línea de maximización del precepto discutido (o sea, del plurimencionado artículo 7) se hallan muy alejadas de los planteamientos igualitaristas a ultranza —y ello utópicos— de las SS antes referidas de 23 de mayo de 1988 y 7 de noviembre de 1989, línea jurisdiccional que a mi juicio parte de las siguientes premisas: a) el artículo 7 del Convenio de Doble Nacionalidad entre España y Chile (y el correlativo con el Perú) acreditan «per se» un valor incuestionable, no materializando el mismo un puro mecanismo de remisión

a la Ley interna; b) el ejercicio de los derechos consignados en el apartado 2 del artículo 7 de los aludidos Convenios (entre ellos el de residir laboral o extralaboralmente en España) debe modularse por lo que establece el Acuerdo de Supresión de Visados y la normativa doméstica, pero sólo en parte, tal como tendremos ocasión de exponer, premisas que nos van a servir de asideros especulativos para la adecuada comprensión de las sentencias que voy a explicitar.

a'b) *Relación de sentencias del TS con incidencia en este orden de cuestiones*

Pueden considerarse como tales las que a continuación vamos a recensionar, distinguiéndolas en dos grandes grupos, según que afecten a los peruanos o a los chilenos (sin que hasta el presente se haya dictado ninguna en relación con los ecuatorianos). Veamos:

a" a) *Afectantes a los chilenos*

1) Sentencia de 21 de mayo de 1990 (Sala 3.^a Sección 7.^a).—En ella se desestima el recurso de apelación interpuesto por la representación legal de la Administración contra la de instancia procedente de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Territorial de Santa Cruz de Tenerife, en la que se revisó la legalidad de una denegatoria dimanante de la Dirección Provincial de Trabajo de dicha ciudad afectante a un súbdito chileno y motivada por la existencia de trabajadores españoles en paro en la categoría solicitada, todo ello en razón a lo prescrito en los entonces vigentes Decreto 1870/68 y Real Decreto 1031/80, de 3 de mayo.

En tal sentencia, y en su Fundamento de Derecho primero, único que nos interesa, se dice literalmente que:

«Recurre en apelación contra la sentencia dictada en primera instancia que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto, el representante legal de la Administración, quien fundamenta su recurso en la sola alegación de que el artículo 7 del convenio hispano-chileno de 24 de mayo de 1958, a su juicio, no ampara la pretensión adversa, ya que el permiso interesado en ésta se refiere al desarrollo de un trabajo por cuenta ajena, mientras que el mencionado convenio internacional al hablar de "oficios y profesiones"* se está refiriendo al desempeño de los mismos por cuenta propia como deriva de la utilización del verbo "ejercer", alegación impropia pues el precepto citado, en su segundo párrafo, al estar concebido en los términos de que los españoles en Chile y los chilenos en España

pueden ejercer oficios y profesiones en las mismas condiciones que los nacionales, no distingue entre oficios y profesiones por cuenta propia o ajena, reconociéndose el derecho al trabajo sin ningún condicionamiento y la palabra "ejercer" tiene la acepción de trabajar o practicar los actos propios de un oficio o profesión, sin distinción alguna; tampoco obsta a la concesión verificada que el tercer párrafo del precepto comentado establezca que "el ejercicio de estos derechos queda sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejecutan", ya que con ello se está refiriendo, en el supuesto de trabajadores por cuenta ajena, a las normas laborales del país en que se lleva a cabo el trabajo, sobre jornada, horario, descanso, concertación, etc.».

Por otra parte, y teniendo en cuenta que la sentencia que acabamos de evidenciar confirma la recurrida en apelación, entiendo que es útil aludir también a esta última, siendo así que sin su conocimiento careceríamos de una de las claves de esta historia jurisdiccional, interés, por otra parte, acrecido, dado que la doctrina sentada por la sentencia de instancia que vamos a literalizar (en parte) ha trascendido, dado su interés, a un número considerable de otras ulteriores, incluyéndose entre éstas algunas procedentes del propio Tribunal Supremo, sentencia que en su tarea revisora de la denegatoria administrativa aludida reza literalmente en su Fundamento de Derecho segundo, que:

«Aunque la Ley de Extranjería de 1 de julio de 1985 deroga la de 30 de diciembre de 1969, que con carácter general equiparaba a efectos laborales a los trabajadores hispano-americanos con los españoles, tal derogación no puede hacerse extensiva a los Tratados internacionales de que sea parte España, como afirma el artículo 3 de aquélla, los cuales únicamente lo serán por los medios previstos en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho Internacional, al imponerlo así el artículo 96 de la Constitución».

Tras esta aproximación a lo que podría calificarse de teoría general sobre la vigencia de los Instrumentos de pacción internacionales, de la que se extrae la vigencia sin fisuras en el día de hoy de los que estamos barajando en el curso de estas observaciones (y cuya beligerancia en el sector normativo de la extranjería queda expresamente corroborada por el artículo 3 de la LOE), el Tribunal de Instancia pone de manifiesto, adentrándose ya directamente en el quid de la litis sometida a su jurisdicción que:

«El artículo 7 del convenio de 24 de mayo de 1958, celebrado entre España y Chile, señala en su párrafo 2 que los españoles en Chile y los

chilenos en España (aunque no gocen de doble nacionalidad) podrán especialmente ejercer oficios y profesiones en las mismas condiciones que los nacionales. Tal equiparación hace inviable una negativa a la concesión de permiso de trabajo a tales extranjeros a pretexto de paro entre españoles, pues ello equivaldría a darles un tratamiento discriminatorio, cuando realmente el ordenamiento jurídico en este sector quiere que sean iguales. A lo razonado no se opone el último párrafo del indicado artículo 7, en donde se indica que el "ejercicio de estos derechos queda sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejercitan", ya que una cosa es la concesión del derecho, para el cual como se dijo, no hay limitaciones, y otra su ejercicio que deberá someterse —no sólo ellos sino también los nacionales— a las normas laborales españolas sobre jornadas, horarios, descanso, concertación, etc.»

A la vista de estos pronunciamientos, confirmados en su integridad por la STS antes indicada, es decir, la de 21 de mayo de 1990, es evidente la potenciación que experimenta el artículo 7, objeto de permanente referencia, ya que en obsequio a su tenor los iberoamericanos quedan hurtados a los impedimentos que supone para ellos la alegación de la situación nacional de empleo como causa impeditiva de sus demandas laboral-residenciales en España, tanto si es en relación con los permisos de trabajo por cuenta ajena como si lo son por cuenta propia (cual era el caso en el debate jurisdiccional objeto de comentarios), hurtamiento que implica el atribuir un contenido específico al meritado precepto, aunque tal contenido no llega a «devorar» la aplicación de la normativa común, siendo así que del contexto de la sentencia glosada resulta evidente la exigencia de que el extranjero en cuestión obtenga el pertinente permiso de trabajo, circunstancia que viene a drenar cualquier tipo de entusiasmo equiparador entre españoles y extranjeros al efecto.

De todos modos, el dato de que tal exigencia quede incólume no empece en absoluto el que las sentencias referidas —la de instancia y la del TS que la confirmó— se conviertan en los polos de toda una manera de entender las cosas, ya que las mismas son al propio tiempo revolucionarias y equilibradas porque sin su decisión al respecto, los iberoamericanos concernidos hubieren quedado totalmente al margen del régimen preferencial concebido por el artículo 38 del RLOE, siendo así que este artículo no les menciona en absoluto; equilibradas porque las supradichas sentencias adoptan una actitud equidistante entre las posiciones maximalistas y las depredadoras de la virtualidad del artículo 7, distanciándose de éstas en no considerar que el precepto en cuestión sea un puro compendio de principios generales necesitados en cualquier caso del apoyo que ha de serle prestado por la normativa doméstica sobre extranjería en su integridad (con lo que tales

iberoamericanos permanecerían totalmente alejados del indicado artículo 38 RLOE) y difiriendo de las primeras, o sea, de las incentivadoras a ultranza del más que pluricitado artículo 7 por el hecho de que las mismas parten de la necesidad de que el extranjero concernido obtenga el permiso de trabajo de rigor, circunstancia que evidentemente desequipara su posición jurídico en su eventual cotejo con la del español, siendo así que éste se halla totalmente sustraído a tal exigencia.

Concluyendo con este compendioso análisis de las sentencias referidas, tengo que resaltar el dato de que éstas no agotan, ni mucho menos, toda la problemática que se concita en torno al potencial significado del artículo 7, siendo así que las mismas no hacen la más mínima alusión al tema de si los extranjeros beneficiarios de su virtualidad quedan dispensados «per se» de la necesidad de obtener el visado especial de residencia que les exige el pertinente acuerdo de supresión de visados y la normativa común española sobre la materia, omisión que también afecta a toda la fenomenología conectada con la eventual obtención de la dispensa del mismo, exoneración que podría, en su caso, fundarse en la vigencia del plurimencionado artículo 7, considerando como razón excepcional a valorar el hecho de acreditar el postulante la ciudadanía chilena.

2) Sentencia, también de 21 de mayo de 1990, del TS (Sala 3.^a, Sección 8.^a)—En esta sentencia, que es revocatoria de la anteriormente indicada, procedente de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, de 23 de mayo de 1988, se aborda, precisamente, una de las cuestiones omitidas por la anteriormente recensionada, punto que es el relativo a si los beneficiarios del sistema instrumentado por el artículo 7, objeto de constante alusión, quedan exceptuados de la necesidad de obtener el visado consular de residencia que con carácter general les es demandado por el correspondiente acuerdo de supresión de visados y por la preceptiva doméstica «ad hoc», surgiendo, aunque de forma bastante más errática, el tema relativo a la eventual dispensa gubernativa del mismo, sintetizándose el componente fáctico de la historia jurisdiccional entrañada en el Fundamento de Derecho primero, según el cual:

«Doña Blanca Ester R. A. de nacionalidad chilena, provista de pasaporte chileno familiar en que se incluye a sus dos hijos de once y cuatro años de edad, en el que consta su visado del Consulado Español en Santiago de Chile que la autoriza para realizar tres entradas en España, permaneciendo en este país durante noventa días, solicitó exención de visado consular que hace extensivo a sus dos hijos, presentando copia de acta notarial suscrita por el esposo de su hermana, domiciliados ambos en Palma de Mallorca, comprometiéndose a sufragar las necesidades económicas de la misma y de sus hijos en España, contestando el delegado del Gobierno en la Comunidad

Autónoma de las Islas Baleares que de la documentación que acompaña no acredita que concurran en su persona las razones que de acuerdo con el artículo 5.4 del Real Decreto 1119/86 que aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, que justifiquen la exención de visado que solicita, debiendo tramitar su obtención conforme al artículo 12 de la Ley Orgánica, resolución mantenida al resolver el recurso de reposición».

Tal es el relato fáctico y administrativo del *thema decidendi* a heterocomponer judicialmente, narración de la que se desprenden: a) Que la súbdita chilena interviniente había entrado en España con sus dos hijos menores, en virtud del pertinente visado consular obtenido exclusivamente con finalidades turísticas; b) Que se adentró en la irregularidad administrativa al permanecer en nuestro país por más tiempo del autorizado; c) Que con el objetivo de subsanar tal irregularidad solicitó la exención del visado consular al delegado del Gobierno correspondiente, y d) Que éste rechazó en todas las instancias, la pretensión deducida al efecto, reconduciendo el tema a la legislación común, desconociendo el posible efecto subsanatorio *per se* (o permitiente de una ulterior convalidación administrativa) derivado del artículo 7, objeto de permanente análisis en este trabajo, aplicando a rajatabla al caso controvertido las instrucciones incorporadas a la Circular interpretativa antes dicha de 1 de julio de 1988, dimanante, tal como apuntamos anteriormente, de los Ministerios de Asuntos Exteriores, Interior y de Trabajo y Seguridad Social, disposición que al componer el elenco de supuestos en los que es factible la dispensa gubernativa del visado consular de residencia omitido, no hace ningún tipo de alusión a los iberoamericanos amparados por los respectivos Convenios de doble nacionalidad.

En base a las susodichas premisas, se dictó la Sentencia de Instancia recurrida en apelación, refiriéndose a este evento el Fundamento Jurídico segundo de la que nos ocupa, que sienta literalmente que:

«Interpuesto recurso contencioso-administrativo, la Sala de esta jurisdicción de Palma de Mallorca, por Sentencia de 23 de mayo de 1988, en atención a que según el artículo 13 de la Constitución, los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el título I de la misma en los términos que establezcan los Tratados y las Leyes y dentro de esta perspectiva el artículo 7 del Convenio de doble nacionalidad de España con la República de Chile de 24 de mayo de 1958 que dice: “Los españoles en Chile y los chilenos en España que no estuvieren acogidos a los beneficios que les concede este Convenio continuarán disfrutando los derechos y ventajas que les otorguen las legislaciones chilenas y españolas respectivamente; en consecuencia, podrán especialmente: viajar y residir en los territorios respectivos, establecerse donde quiera que lo juzguen conve-

niente para sus intereses, adquirir y poseer toda clase de bienes muebles e inmuebles; ejercer todo género de industria; comerciar tanto al por mayor como al por menor; ejercer oficios y profesiones gozando de protección laboral y Seguridad Social y tener acceso a autoridades de toda índole y a los Tribunales de Justicia, todo ello en las mismas condiciones que los españoles"; y de otro, que la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y el Reglamento de ejecución de la misma aprobado por Real Decreto 1119/86, de 26 de mayo, regulan la situación de "mera estancia" que normalmente no puede superar los noventa días, así como la "residencia" que supone la obtención de un permiso cuya validez máxima, con sus prórrogas, no puede exceder de cinco años, salvo en supuestos de arraigo especial —art. 13.1.6)— que por sus características de situación más estable obliga a considerarlas circunstancias concurrentes, estableciendo el artículo 3.3 que "lo dispuesto en la presente Ley se entenderá en todo caso sin perjuicio de lo establecido en las Leyes especiales y los Tratados internacionales en los que sea parte España".

La sentencia de instancia continúa diciendo que una interpretación de la anterior normativa conduce a estimar el recurso porque es evidente que los ciudadanos chilenos no precisan en España de autorización para residir, ya que disfrutan de todos los derechos que les reconoce el artículo 7 del Convenio de forma indefinida, no estando sujetos, en consecuencia, a las limitaciones temporales y requisitos establecidos con carácter general sobre extranjeros, por lo que no habrá de reconocer a la recurrente y a sus hijos menores, los derechos enunciados en la normativa especial fijada por el Convenio, tesis que reproduce la mantenida por la Sala del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1982 y que aunque es anterior a la Ley Orgánica 7/85, de no seguir dicha interpretación se vulnerarían los artículos 19 y 33 de nuestra Constitución».

Teniendo a la vista el texto de la sentencia de instancia (y recurrida por la representación legal de la Administración) llama poderosamente la atención la firmeza con que se defiende en la misma la que puede considerarse como virtualidad máxima del artículo 7, objeto de análisis, alcance en obsequio del cual se produce una equiparación absoluta entre los chilenos y los españoles en cuanto a las facultades residenciales que unos y otros pueden ejercer sobre el territorio nacional hasta el punto de que ni siquiera necesitan proveerse de la autorización de residencia, hecho que determina el que las cuestiones relacionadas con tal obtención devengan absolutamente irrelevantes, calificativo que se pueda aplicar a los temas conectados con la consecución del visado consular para residir y a la dispensa, en su caso, del mismo.

Es tal el grado de potenciación aludido que el mismo no podía prosperar. Por ello, el TS (conociendo en apelación), tras poner de relieve en su

Fundamento Jurídico tercero la normativa a aplicar, y determinados matices de su aplicación («Entrando a conocer el recurso de apelación interpuesto por el Abogado del Estado, ha de tenerse en cuenta que el artículo 4 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, que reguló los derechos y libertades de los extranjeros en España, establece que los mismos gozarán de los reconocidos en el Título I de la Constitución Española en los términos establecidos en dicha Ley y en las que regulan el ejercicio de cada uno de ellos, por lo que el derecho reconocido a los españoles en el artículo 19 de la Constitución habrá de ser interpretado en cuanto a los extranjeros en función de lo establecido en la citada Ley Orgánica, en lo que aquí respecta en los artículos 12 y siguientes, distinguiendo entre los visados de estancia y residencia») se encarga en desmontar el dispositivo resolutorio de la sentencia recurrida diciendo literalmente en su Fundamento Jurídico cuarto que:

«No puede producir los efectos que pretende la parte recurrente y establece la sentencia recurrida, el Convenio de doble nacionalidad de España con la República de Chile de 24 de mayo de 1958, porque no es de aplicación automática, puesto que está condicionado a la concesión de la segunda nacionalidad en la forma prevista por la legislación que esté en vigor en cada uno de los países, surtiendo plenos efectos a partir de la fecha en que se hayan practicado las inscripciones de los chilenos en España, gozando desde entonces de la plena condición jurídica de nacionales, sin que sea aplicable el artículo 7 en que se apoya la sentencia para estimar el recurso, porque remita sus derechos y ventajas a los que otorgue la nacionalidad española; porque la locución contenida en dicho artículo referente a que los chilenos en España que no estuvieren acogidos a los beneficios que les concede este Convenio "continuarán disfrutando de los derechos y ventajas que les otorgue la legislación española", se refiere a aquellos que en el momento de la aprobación del convenio estuvieren residiendo en España y además porque el Canje de Notas de 22 y 25 de abril de 1959 sobre supresión de visados a los súbditos de Chile, posterior por tanto en el tiempo al Convenio de doble nacionalidad, exime a estos de la obtención del visado —punto 2 del Acuerdo— para entrar y permanecer en España sin necesidad de visado consular por períodos no superiores a tres meses, siempre que estén provistos de pasaporte válido expedido por las autoridades competentes de su país y —punto 3— que en el caso de que estas personas hubiesen entrado en el país del que son extranjeros sin visado y desearan prolongar su estancia más de tres meses, deberán solicitar el permiso correspondiente de las autoridades del país en que se hallen, autorización que las referidas autoridades podrán conceder o no, y en su apartado 4, que la formalidad del visado consular es necesaria para los españoles

y chilenos que entren respectivamente en territorio chileno y español para una estancia superior a tres meses o con el ánimo de establecer allí su residencia o dedicarse al ejercicio de una profesión, remunerada o no».

Acabando con su tarea de desmontaje de la «ratio decidendi» de la sentencia apelada, la que nos ocupa sentó en su Fundamento Jurídico quinto que: «En atención a lo expuesto, a que las dos Sentencias de este Tribunal de 6 de octubre de 1982, aún referidas a extranjeros, se refieren a cuestiones distintas a la aquí debatida; a que como argumenta el Abogado del Estado, carecen de actualidad por haberse dictado con anterioridad a la citada Ley Orgánica de 1985 y a que la sentencia se limita genéricamente a atribuir al acto administrativo impugnado la supuesta lesión de los artículos 19 y 33 de la Constitución sin exponer las razones por las que estima dicha lesión, procede con estimación del recurso interpuesto revocar la sentencia apelada sin expresa declaración sobre costas».

Tal es el cuerpo de doctrina que fluye de la decisión del TS que acabamos de recensionar, resolución que se inscribe en la línea interpretativa más inflexible que pueda propiciarse al respecto y cuya clave de bóveda consiste en la inaplicabilidad del contenido del artículo 7 debatido en cuanto estatuyente de un régimen peculiar —aunque parcial— de extranjería, régimen cuya beligerancia se rehúsa en base a la serie de consideraciones con que se teje la urdimbre asertiva de la sentencia en cuestión, observaciones algunas francamente discutibles, tales como aquella referida a que los derechos y ventajas atribuidos por la legislación española, se refiere sólo a aquellos chilenos que se hallaren residiendo en España en el momento de la aprobación del Convenio que nos ocupa, discurso que de admitirse daría entrada en este orden de cuestiones a una doble categoría de ciudadanos de tal nacionalidad, dependiendo la envergadura de su concreto *status* jurídico en España de un hecho tan contingente como es el de la fecha concreta en que se inició su residencia en nuestro país (dato, por otra parte, cuya relevancia no es dable constatar en méritos a una interpretación mínimamente coherente del tenor literal del indicado artículo 7).

Tampoco me parece de recibo de la sentencia comentada el que en la misma se diga que el Convenio que nos ocupa no es de aplicación inmediata, puesto que su concreta virtualidad se halla condicionada a la obtención de la segunda nacionalidad en la forma que tal Instrumento prevé, afirmación que de prosperar daría al traste con todo el proceso de potenciación de su eficacia que, en mayor o menor medida, se viene postulando para aquellos ciudadanos nacionales de los países firmantes que no adven-gan —porque no quieran o no puedan— a la condición de doble nacionales.

En realidad, la revocación de la sentencia recurrida era fácilmente justificable con sólo poner en evidencia su carácter contradictorio con lo

previsto en el apartado 3 del propio artículo 7, objeto de constante alusión, pudiendo utilizarse también —como argumentó *a fortiori*— el contenido del Acuerdo de supresión de visados entre España y Chile, argumento a la postre utilizado (aunque atribuyéndole una relevancia superior a la verdaderamente acreditada) por la sentencia que acabamos de recensionar, resolución que por méritos propios merece el calificativo de singular en el orden judicadorio que estamos contrastando.

3) Sentencia del TS de 13 de diciembre de 1990.—En esta sentencia, y en relación con otra anterior de instancia (que fue revocada) por la que se confirmaba una **denegatoria** administrativa del correspondiente permiso de trabajo postulado por un súbdito chileno, se dijo, en su Fundamento Jurídico único, lo siguiente:

«Un súbdito chileno, residente en España desde 1974, con contrato laboral suscrito con empresa distribuidora de prensa, dado de alta en la Seguridad Social, con anterioridad y en la actualidad, puede recabar la concesión de Permiso de Trabajo, invocando para ello la aplicación del artículo 7 del Convenio de 24 de mayo de 1958, ratificado por Instrumento de 28 de octubre, como Tratado internacional en que ha tomado parte España, aplicable según el artículo 3 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio. Toda la cuestión consiste en determinar si el ámbito, extensión y contenido del mentado artículo 7 del referido Convenio permite que el recurrente pueda trabajar en España, para lo cual debe sentarse el principio general contenido en el citado artículo 7, del que se deduce que los chilenos en España, aunque no hayan adquirido la doble nacionalidad —que es el supuesto de **autos**— continuarán disfrutando los derechos y ventajas que otorgue la legislación española, entre ellos —en su consecuencia, dice el **precepto**— el de ejercer oficios y profesiones, gozando de protección y seguridad social en las mismas condiciones que los nacionales, es decir, que los españoles. Esto es así, porque el referido Tratado está vigente y no ha sido denunciado por ninguna de las partes contratantes y porque es norma específica, respetada por la nueva Ley de extranjería, que no puede derogarlo; lo decisivo es que los chilenos pueden especialmente viajar y residir en España aunque no estén acogidos a los beneficios del Convenio, establecerse donde **quiera** que lo juzguen conveniente para sus intereses, todo ello en las mismas condiciones que los nacionales; por reciprocidad y en aplicación del mentado artículo 7, a los españoles les ocurriría igual en Chile y así podrán hacer lo mismo en las mismas condiciones que los chilenos: es decir, contrariamente a lo que se sostiene en la sentencia apelada, lo determinante es situarse en las mismas condiciones que los españoles —en las que se encuentra el recurrente— por lo que ha de estarse a lo que disponga la legislación con respecto a los extranjeros, como si el Convenio

no existiese o estuviese denunciado, sino que lo importante es que tanto los españoles como los chilenos, respectivamente, en cada una de estas dos naciones, han de recibir, los chilenos en España y los españoles en Chile, el mismo trato que los respectivos nacionales; entender lo contrario es desconocer la equiparación de trato, respectivamente, de que gozan los chilenos en España y los españoles en Chile, en las mismas condiciones que sus respectivos nacionales; en su consecuencia no se admite la tesis sustentada por la sentencia recurrida al desestimar el recurso interpuesto, por lo que procede acoger la apelación con obligada revocación de la misma, todo ello sin apreciar motivos de los que dan lugar a una condena en costas en ninguna de ambas instancias».

Las claves sobre las que se sustenta la congruencia del sentir decisorio de la sentencia objeto de mi presente comentario son, a mi juicio, las siguientes: *a)* La vigencia sin tacha del Convenio de doble nacionalidad de España con Chile; *b)* La consideración de que el artículo 7 del mismo dispone de un contenido propio y no estrictamente remisorio; *c)* Tal contenido se identifica en gran parte con el establecimiento de un régimen de equiparación absoluta entre españoles y aquellos chilenos no acogidos a la doble nacionalidad convencional que el mismo Instrumento articula; *d)* Tal absolutividad equiparativa no llega hasta el punto de considerar que tales chilenos queden al margen de la necesidad de obtener el permiso de trabajo, aunque su discernimiento puede arroparse del paradigma de la obligatoriedad de su comprensión para la Administración española, y *e)* La falta de abordaje por dicha sentencia de las cuestiones más conflictivas en este orden de magnitudes y que son aquéllas que hacen alusión a si el extranjero en cuestión debe ser dispensado de la necesidad de obtener el visado consular de residencia o en el caso contrario, su nacionalidad chilena puede suponer para él un privilegio —en cuanto aspecto excepcional a valorar— a los efectos de conseguir la exención gubernativa de tal visado.

4) Sentencia del TS de 4 de marzo de 1991.—En el curso de las observaciones que han antecedido hemos hecho referencia a una Sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 29 de octubre de 1988, en la que se ventiló la justeza de una denegatoria dimanante de la Delegación de Gobierno de las Islas Baleares, por la que se rechazó la pretensión de una postulante de nacionalidad chilena dirigida a la obtención de un documento no regulado en la legislación especial de nacionalidad y extranjería en virtud del cual se reconociesen los derechos de la misma a residir en España en base a lo previsto en el artículo 7, objeto de constante atención, denegatoria a la postre confirmada por la indicada sentencia, que fue a su vez apelada, apelación a la que puso término la sentencia del Tribunal Supremo que acabamos de mencionar y a cuya glosa voy a destinar las

líneas siguientes, apuntando al efecto que centra adecuadamente el debate procesal a conocer el Fundamento Jurídico primero de la calendada sentencia al afirmar, «ad litteris», que:

«Las cuestiones a examinar en el presente recurso se contraen en definitiva a cuál es la interpretación correcta en Derecho del artículo 7 del Convenio de Doble Nacionalidad entre España y la República de Chile y cuáles son los términos en que dicho Convenio otorga derechos a los españoles en Chile y a los chilenos en España.

Pues en definitiva, si el Convenio internacional citado otorgase los derechos que la recurrente pretende le sean reconocidos, ningún precepto de nuestro ordenamiento se opone a que se le expidiese un documento como el que solicitó de la Delegación de Gobierno en las Islas Baleares, aún tratándose de un documento no previsto en la legislación de nacionalidad y extranjería. Antes al contrario, el artículo 70 de la Ley de Procedimiento Administrativo establece que toda persona natural o jurídica puede elevar instancias a las autoridades y obviamente al resolver dichas instancias las autoridades pueden dictar un acto administrativo válido, aunque no sea un acto típico expresamente previsto en una norma, con tal de que el contenido de dicho acto se ajuste a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y sea adecuado a sus fines, según el artículo 40 de la citada Ley».

Tras el aludido centraje del objeto procesal del recurso de apelación sustanciado, el TS emprende su tarea revisora poniendo de manifiesto cuáles van a ser los dispositivos normativos a considerar en el curso del debate jurisdiccional emprendido, señalando taxativamente al respecto, en el Fundamento de Derecho segundo, que:

«Para pronunciarse sobre la aplicación del Convenio a que se refiere el Fundamento Jurídico anterior debe partirse de los artículos correspondientes de la Constitución, es decir, del artículo 13 que reconoce a los extranjeros las libertades y derechos de los españoles en los términos que establezcan los Tratados internacionales y la Ley, y el artículo 96 que dispone que los Tratados internacionales, válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente, forman parte del ordenamiento interno.

A la vista de dichos preceptos, y habida cuenta de la válida celebración y publicación oficial del Convenio de Doble Nacionalidad con Chile, para determinar si nuestro ordenamiento otorga los derechos que la parte actora pretende le sean reconocidos, es preciso estar a lo que dispone el Convenio citado y la Legislación española sobre la materia».

Tras esta sintética puesta de manifiesto de los materiales normativos a considerar de forma convergente, el TS, en el Fundamento Jurídico siguien-

te, o sea, el tercero, entra decididamente en «harina» interpretativa señalando que:

«Esta necesidad de interpretar conjuntamente el Convenio y la Ley interna podría plantear problemas interpretativos si hubiese contradicción entre ellos, pero no sucede así en el supuesto a que se refiere el presente recurso. Antes bien, un estudio de los preceptos pertinentes al caso conduce a la conclusión de que lo aplicable es la legislación interna.

En efecto, el artículo 7 del repetido Convenio de Doble Nacionalidad con Chile otorga diversos derechos a los chilenos residentes en España que no disfruten de la doble nacionalidad, pero en cuanto al ejercicio de estos derechos remite en su inciso final “a la legislación del país en que tales derechos se ejerciten”. Por otra parte, la legislación interna sobre nacionalidad y extranjería constituida por la Ley Orgánica 7/85 y su Reglamento aprobado por Real Decreto 1119/86, aun dando preferencia a ciertos efectos a los ciudadanos de países iberoamericanos como, por ejemplo, a efectos de obtención del permiso de trabajo, establece en el artículo 3 de la Ley Orgánica que lo dispuesto en el texto legal se entenderá sin perjuicio de las leyes especiales y tratados.

Pero como el caso es que el convenio con Chile se remite precisamente a la legislación interna, es indudablemente ésta la que resulta de aplicación».

Tal es el conjunto de reflexiones que como soporte motivador de la decisión que va a seguir expone el TS, observaciones orientadas a poner de manifiesto la inanidad del artículo 7 que estamos viendo desde el punto de vista ordinamental, siendo así que éste no es sino un puro apunte remisorio a la legislación interna, que es, en suma, la que va a gobernar toda esta problemática, remisión excluyente que viene a vaciar de sentido específico el tenor literal del precepto en cuestión, que se convierte así, por obra y gracia de esta sentencia, en una pura declaración de principios sin ninguna beligerancia práctica, resultando así totalmente neutralizado el criterio equiparador consignado en el último inciso del apartado segundo del más que citado artículo 7 del Convenio de Doble Nacionalidad celebrado entre España y Chile.

Así pues, y en méritos a todo lo que acabamos de explicitar, no cabía otra solución jurisdiccional que la que cristalizó en el Fundamento Jurídico cuarto de la sentencia materia de esta glosa, pasaje contenedor del fallo que sienta literalmente que:

«Por tanto, el ejercicio de los derechos que la recurrente pretende le sean reconocidos debe efectuarse sometiéndose a lo dispuesto en la legislación española sobre nacionalidad y extranjería, por lo que procede deses-

timar el recurso y confirmar la sentencia recurrida», conclusión judicial que resulta totalmente congruente con el tejido de reflexiones antes literalizadas y que parte de la idea de que la remisión a la normativa interna que impone el último apartado del precepto cuya investigación nos ocupa (en cuanto tuteladora del ejercicio de los derechos que el indicado precepto enumera) acredita un carácter totalizador, abarcante por completo de la regulación de tal faceta ejercitativa en sus dos anteriores modalidades dichas, o sea, aquélla que atañe a sus concretos presupuestos de procesalidad y la que disciplina sus singulares alternativas de funcionamiento, una vez ya en plena activación, regulación, pues, por la normativa interna que acantona el contenido del más que citado artículo 7 en lo puramente remisivo, carente por ello de cualquier significado normador ex proprio.

5) Sentencia de 4 de diciembre de 1991.—En esta sentencia, de la que fue ponente el magistrado CONDE MARTÍN DE HIJAS, se abordó, en línea con otra de 23 de febrero del mismo año (que tuvo idéntico ponente), el tema que nos preocupa, partiendo de la situación fáctica materializada en una denegatoria administrativa relativa a un permiso de trabajo postulado por un súbdito chileno, basándose su sentido decisonal (negativo, tal como hemos indicado) en «no quedar justificada la necesidad o conveniencia para el empleo y la economía nacional» del permiso solicitado (y denegado), todo ello de conformidad con lo establecido por el artículo 18 de la LOE, señalándose en la mencionada denegatoria, «que no se da ninguna de las circunstancias que el artículo 18.2 de la Ley 7/1985 recoge para favorecer la concesión del permiso de trabajo solicitado», sin que desvirtúe lo expuesto la concurrencia en el solicitante de la preferencia establecida en el artículo 18.3.) de la Ley 7/1985, ya que el mismo es de aplicación en caso de concurrencia de solicitantes, cuando todos ellos reúnen los presupuestos para la concesión del permiso de trabajo, cosa que no sucede en el caso enjuiciado».

Tal es la ratio de la historia jurisdiccional que encarna en el procedimiento que culmina con la sentencia materia de comentario, resolución que únicamente nos interesa en lo que atine al tema relativo al valor que deba atribuirse al artículo 7 del Convenio objeto de permanente referencia, descartándose el análisis de otros componentes de la misma que apuntan a los restantes puntos conformadores del objeto procesal sometido a debate.

Pues bien, arrancando de este previo confinamiento especulativo, tengo que poner de relieve que frente a la imputación procedente del Tribunal «a quo» absolutamente minusvalorador del alcance del artículo 7, objeto de análisis («se rechaza la petición del justiciable, entre otras razones que no vienen ahora a cuento, porque "el Convenio invocado, en cuanto hace referencia a los súbditos de los dos países que no adquieran la doble nacionalidad, se remite a la legislación respectiva", por lo que "no basta la mera invocación del Convenio internacional de doble nacionalidad para justificar

la procedencia de la concesión del permiso de trabajo, y la anulación de las resoluciones recurridas, sino que habrá de estarse a lo que establezca, y establece, la legislación española»), la sentencia sometida a nuestra presente consideración efectúa una defensa —enérgica y fundamentada en su concepción— del valor intrínseco o «per se», y no puramente remisivo (y mucho menos programático) del artículo objeto de constante imputación asertiva, señalando «ad litteris», en su Fundamento Jurídico cuarto (que reproduce en lo esencial la *vatio decidendi* recogida en la antes dicha Sentencia de 23 de febrero de 1991) que:

«En cuanto a la segunda de las alegaciones apelatorias, debe también aceptarse la tesis del apelante de la inmediata fundamentación de su derecho en el artículo 7 del Convenio de doble nacionalidad con Chile, y en la intrascendencia de la situación nacional de empleo en este caso, cuestión sobre la que ya existe una reiterada jurisprudencia de esta Sala, que aquí debe reiterarse (SSTS de 21-5, 1-6, 7-7 y 19-11-1990, 23-2 y 4-3-1991).

La Ley Orgánica 7/1985, en su artículo tercero, establece que "lo dispuesto en esta Ley se entenderá en todo caso sin perjuicio de lo establecido en las Leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que sea parte España", lo que implica salvar la eficacia de estos Tratados. En el Convenio que nos ocupa, y en su artículo 7, se consagra inequívocamente el derecho de los chilenos en España (y de los españoles en Chile) a ejercer todo género de industrias y "ejercer oficios y profesiones gozando de protección laboral y de la Seguridad Social".

No se trata de una simple remisión desde el Convenio a la legislación española, como ocurre en otros convenios, y en cuya técnica normativa, al cambiar la legislación española, pueden cambiar los derechos de los extranjeros concernidos por el Convenio, sino que en el Convenio internacional con Chile se incluye un contenido propio y específico, y no sólo una abstracta remisión a la legislación de los Estados firmantes. Es en ese contenido propio, respetado por el artículo 3 de la LO 7/1985, en donde radica el título del derecho que el actor reclama, y el que exigía el otorgamiento del permiso solicitado, cuya negación por tanto resulta contraria a derecho y nula, conforme a lo dispuesto en el artículo 48.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, debiéndose declarar así, según lo dispuesto en el artículo 84.a) de nuestra Ley Jurisdiccional, con el consiguiente éxito de la apelación contra la sentencia recurrida, y revocada ésta, del recurso contencioso-administrativo que por ella se desestimó.

El dato de que el artículo 7 del Convenio, tras la enunciación de los derechos que consagra, se cierre con la expresión de que "el ejercicio de estos derechos quedará sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejerciten", en modo alguno tiene el sentido que le atribuye la

sentencia apelada, debiendo distinguirse entre la titularidad del derecho a trabajar en España y el ejercicio de ese derecho, siendo sólo este último, y no el derecho mismo en su atribución al ciudadano de Chile, el que viene sometido a la legislación española, sumisión a ella que, por lo demás, también afecta a los ciudadanos españoles.

Dada la titularidad del derecho a trabajar en España en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles, el condicionamiento de su ejercicio por la legislación española debe suponer la necesidad de proveerse del permiso de trabajo (art. 15 de la LO 7/1985 y 33 de su Reglamento); pero su otorgamiento para la autoridad laboral resulta imperativo por exigencias del Convenio referido».

En relación con esta sentencia, tengo que evidenciar que la misma supuso un hito muy importante en la racionalización de las cuestiones debatidas, siendo notable su instrumentación de una especie de teoría general sobre esta temática cuyas claves son, a mi juicio, las siguientes: *a)* El artículo 7 resulta plenamente operativo en sede del Derecho español de extranjería, suponiendo el mismo, considerado en aras a lo que postula el artículo 3 de la LOE, un repunte de excepción en este orden de cosas; *b)* Tal precepto, el pluricitado artículo 7, confiere un *status* singular a los súbditos chilenos que no quieran o no puedan prevalerse de su eventual condición de doblenacionales, *status* cuya funcionalidad se centra en el foro de la extranjería; *c)* Tal *status* no abarca todo el complejo entramado de posibilidades (y los presupuestos para su ejercicio) que el meritado ordenamiento articula, es decir, no es totalizador de la regulación de las aptitudes capacitativas del indicado extranjero, sino que debe coordinarse, a fin de suplir sus más que evidentes lagunas, con lo que la normativa común sobre el particular postula; *d)* El meritado *status* especial sólo resulta legítimo en la medida en que el Convenio de doble nacionalidad con Chile acredite un contenido normativo propio y específico, hecho que la Sentencia da por cierto; *e)* Tal atribución implica, «per se» y consecuentemente, el que el pluricitado artículo 7 no sea una mera recopilación de principios generales y tampoco un mero apunte remisivo a la normativa doméstica (la que sea o pueda ser en el futuro); *f)* De todos modos, también el alcance remisivo del instrumento en cuestión (y por ende de su artículo 7) es evidente, siendo por ello necesario armonizar el meritado contenido propio con el de las normas comunes sobre la extranjería, y *g)* Tal coordinación la efectúa la sentencia que nos ocupa, reconociendo dos exigencias plurales, la que afecta al nacional chileno de que se trate, a obtener el permiso de trabajo (lo cual supone la detentación por su parte del correspondiente visado de residencia laboral) y la que incumbe a la Administración a concedérselo, y ello sin valorar a tales efectos la situación nacional de empleo.

6) Sentencia de 25 de febrero de 1992.—Esta resolución, cuyo ponente es el mismo que el de la anterior, reproduce, aunque con matices, la argumentación potenciadora de la que acabamos de comentar (siendo también comunes los supuestos fácticos de ambas) incentivación que opera en obsequio a la consideración de que el súbdito chileno de que se trata se halla amparado por el artículo 7, objeto de constante referencia, y que en base a ello el permiso de trabajo que postula no le puede ser denegado en razón a la situación nacional de empleo, tesis, en suma, que es la única que parece consolidada en este orden de cosas, siendo al efecto de reseñar que la misma, que resulta formulada por primera vez de forma expresa en la STS comentada precedentemente, recibió un fuerte espaldarazo por la posterior de 8 de febrero de 1992, de la que merece destacarse sobre el particular, por su carácter lineal y apodíctico, el último apartado de su Fundamento Jurídico segundo, en el que puede leerse que:

«En consecuencia, dada la titularidad del derecho del ciudadano chileno a trabajar en España en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles, el condicionamiento de su ejercicio por la legislación española debe suponer la necesidad de proveerse de permiso de trabajo —art. 15 de la Ley Orgánica 7/85 y art. 33 de su Reglamento— pero su otorgamiento por la Autoridad Laboral resulta imperativo por razones del Convenio de Doble Nacionalidad con Chile de 24-5-1958, ratificado por Instrumento de 28-10-58».

Esta es la postura jurisdiccional que enseñoorea también la sentencia que estamos ahora comentando, resolución que si bien es cierto que se limita a reproducir planteamientos asertivos anteriormente enunciados en las sentencias precedentes que la misma menciona en el apartado primero de su Fundamento Jurídico primero («Son reiteradas las sentencias de esta Sala, desde la de 21-5-1990 [entre otras, aparte de ésta, las de 1-6, 7-7, 19-11-1990, 23-2-1991 y 8-2-1992, que en aplicación del artículo 7 del Convenio de doble nacionalidad con Chile, y del Perú, han sostenido la tesis de que dicho precepto consagra directamente el derecho de los súbditos chilenos y peruanos a trabajar en España con la consecuente obligación de las autoridades laborales españolas a otorgarles el correspondiente permiso de trabajo para el ejercicio de su derecho») ofrece la novedad de confinar el objeto procesal a heterocomponer judicialmente en sus justos límites, que son los estrictamente laborales, conectados con el ordenamiento de extranjería, sin permitir extravasaciones adventicias, y así, frente a la súplica de la recurrente en el sentido de que le fuera concedido por la vía jurisdiccional emprendida el permiso de residencia, la sentencia en cuestión rechaza tal petitum —por extravagante—, señalando al respecto, literalmente, en el apartado «in fine» de su Fundamento Jurídico primero que:

«No procede, sin embargo, aceptar la súplica referida al permiso de residencia y peticiones a ella ligadas, que desbordan el marco de la resolución administrativa recurrida, a la que debe contraerse la respuesta jurisdiccional».

a)b) *Afectantes a los peruanos*

En relación con esta categoría de extranjero, también amparados en sus pretensiones laborales a ejercer en nuestro país por el correspondiente Tratado de Doble Nacionalidad (de 15 de mayo de 1959, ratificado por Instrumento de 15 de diciembre del mismo año) se puede percibir la misma línea jurisdiccional que la que ejerce imperio sobre los súbditos chilenos, situación de analogía que en última instancia nos evitaría efectuar su recensión, sin embargo, y a fin de conseguir la máxima claridad sobre la materia (y facilitar al propio tiempo la labor del lector) voy a recensionar, aunque en clave de síntesis, las sentencias de mayor impacto sobre los puntos debatidos en el curso de estas consideraciones y que tengan como prístinos destinatarios a los indicados súbditos peruanos.

1) Sentencia de 7 de julio de 1990.—En esta sentencia se pone fin a la apelación planteada por la parte demandante respecto de otra procedente de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Barcelona de 8 de febrero de 1989, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución administrativa denegatoria del permiso de trabajo solicitado por el recurrente, fundándose la apelación, aparte de en determinados fallos procedimentales del expediente instruido «ad hoc» y en la carencia de suficiente motivación de la resolución dicha, en la efectiva infracción por parte de la sentencia recurrida del Tratado de doble nacionalidad antes aludido, tema que es el único que nos acucia y cuya alegación determinó que el Tribunal Supremo dijese en el Fundamento Jurídico cuarto de su sentencia, apartados dos y tres (únicos que nos interesan) que:

«"No es acertada la escueta argumentación de la sentencia apelada en este punto, según la cual el Convenio citado no tiene mayores efectos que la mera remisión a la Ley Orgánica 7/1985". Lo que hace esta en su artículo tercero ("Lo dispuesto en esta Ley se entiende en todo caso sin perjuicio de lo establecido en las leyes especiales y en los Tratados Internacionales en los que sea parte España") es salvar la eficacia de los Tratados y Convenios Internacionales, por lo que, si según estos, el súbdito extranjero tiene reconocido el derecho a trabajar en España, ese derecho no resulta recortado por la Ley Orgánica.

En el Convenio de doble nacionalidad que nos ocupa, y en su artícu-

lo 7, se consagra inequívocamente el derecho de los peruanos en España (y de los españoles en Perú) a ejercer todo género de industria y "ejercer oficios y profesiones gozando de protección laboral y de seguridad social". No se trata de una simple remisión desde el Convenio a la legislación española, como parece indicar la sentencia apelada, en cuya técnica normativa al cambiar la legislación española cambian en la misma medida los derechos de los extranjeros, cual ocurre en otros Convenios internacionales, sino que en el Convenio con el Perú se incluye un contenido propio y específico, y no una abstracta remisión a la legislación de los Estados firmantes. Es en ese contenido propio, respetado en su eficacia por el artículo 3 de la LO 7/85, en donde radica el título del derecho que el recurrente reclama, y el que exigía el otorgamiento del permiso solicitado, cuya negación, por tanto, resulta contraria a derecho y nula».

Vemos, pues, que la línea jurisdiccional de la sentencia cuya «ratio decidendi» acabamos de exponer en lo que nos interesa, se orienta de forma inequívoca a la potenciación de la virtualidad del artículo 7 del Convenio de doble nacionalidad concertado entre España y el Perú, optimización de efectos que viene de la mano del recalcamiento del contenido propio y específico del mismo, dato que excluye la posibilidad de que éste sea estrictamente programático o remisivo, alternativa que vendría a vaciar de virtualidad *ordinamental* el tenor del artículo 7 que estamos viendo, reflexiones que en cualquier caso deben completarse con las que al encuentro de la Sentencia del TS de 21 de mayo de 1990 (Sala 3.^a, Sección 7.^a) deje escrito en las páginas precedentes.

2) Sentencia de 15 de noviembre de 1990.—Sobre la base de una contienda jurisdiccional prácticamente idéntica a la que motivó la sentencia anterior, el TS en ésta pone de relieve lo que antes aludimos en cuanto elemento racionalizador de la sentencia anteriormente comentada, es decir, que el Convenio de doble nacionalidad entre España y Perú acredita un contenido propio y específico de donde emerge el derecho de los peruanos para trabajar en España en idénticas condiciones que los españoles. Tesis que es, en suma, la misma que la que gobierna la motivación de la sentencia primeramente dicha, es decir, la de 7 de julio de 1990, y que también tuvo su seguimiento en otra ulterior de 19 de noviembre de 1990 (de idéntico tenor racionalizador que las que acabamos de evidenciar).

3) Sentencia de 24 de enero de 1991.—En esta sentencia se debatió la justeza de otra dimanante de la Audiencia Nacional, de fecha 14 de abril de 1989, confirmatoria del contenido de una resolución dictada por el gobernador civil de Barcelona, por la que se expulsó del territorio nacional al recurrente, súbdito peruano, aludiendo a los ingredientes fácticos del debate jurisdiccional seguido al efecto el Fundamento de Derecho primero de la sentencia que nos ocupa, pasaje en el que se lee que «El recurrente entró

en España el 8 de marzo de 1979, sin que hasta el 11 de octubre de 1985 intentase siquiera obtener autorización de residencia hasta que en esta fecha pretendió su regularización, cuando había sido ya expulsado con anterioridad el 28 de febrero de 1985. Por resolución de 18 de julio de 1988, del gobernador civil de Barcelona, obrando por delegación, se acordó su expulsión del territorio nacional, fundándose en lo previsto en el artículo 26.1-a y f de la LO 7/1985, de 1 de julio, por carecer de la documentación adecuada y de medios de vida lícitos».

Con independencia de otros aspectos de la sentencia que no nos interesan ahora, es de hacer notar que el recurrente, aparte de invocar en su favor el principio de presunción de inocencia por lo relativo a la imputación administrativa de que el mismo no disponía de medios lícitos de vida para costear su estancia en España, manifiesto que el Tratado de doble nacionalidad al que venimos haciendo mérito, y concretamente su artículo 7, legitimaban su permanencia en nuestro país, alegaciones que sirvieron para centrar los términos del debate de la forma delineada por el Fundamento tercero («Es evidente, y así lo ha declarado el Tribunal Constitucional, que aparte los derechos que corresponden por igual a cualquier ser humano, otros como los de la libertad de residencia y circulación reconocidos en el artículo 19 de la Constitución, sólo pueden disfrutarlos los extranjeros en los términos establecidos por la Ley y los Tratados, y el artículo 6 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, solamente reconoce aquellos derechos a los extranjeros "que se hallen legalmente en territorio español". Por esta razón no es posible reputar no ajustado a Derecho por estos motivos, un acto como el recurrido, que precisamente se funda para acordar la expulsión en que el recurrente carece de la adecuada documentación y no se ha hallado legalmente en España desde que entró en el territorio nacional [hace casi once años] sobre todo si a ello se une el hecho de que no se le conozcan [ni haya acreditado] poseer medios lícitos de vida en España y la, cuando menos aparente, negligencia que supone la falta de renovación de los citados documentos. Pero, además, porque cuando intentó regularizar su situación existía ya una orden de expulsión. Ello, aparte de los antecedentes penales») de la sentencia apelada.

Tras esta puesta de manifiesto de la justeza de la orden de expulsión decretada, la misma sentencia aborda el punto relativo al valor que deba ofertarse «ad casum» al artículo 7 del Convenio que estamos debatiendo, cuestión en la que incide directamente el «dictum» de su Fundamento de derecho quinto, que predica literalmente al efecto que:

«La invocación del artículo 7 del Convenio de 26 de mayo de 1959, de doble nacionalidad con Perú, no modifica las consideraciones expuestas. El

mismo regula, fundamentalmente, el régimen de adquisición de la nacionalidad española o peruana para los ciudadanos españoles o peruanos, y el artículo 7 se refiere a aquellos que no se hubieran acogido a esos beneficios, estableciendo que continuarán disfrutándolos, singularmente a que “podrán viajar y residir en los territorios respectivos, establecerse donde quiera que lo juzguen conveniente, etc.”, lo cual significa un amplio reconocimiento de derechos; pero lo que el Tratado evidentemente no autoriza es que esos derechos puedan ejercitarse al margen de cualquier exigencia reglamentaria en orden a su ejercicio, regulación y documentación y, sobre todo, sin documentación alguna que lo acredite. La posibilidad de viajar, residir y establecerse significa que no podrán ser privados de estos derechos pero no que se les exime de obtener la autorización correspondiente al efecto, que es la que en concreto legaliza los términos de la estancia. Y esta autorización e incluso el documento de identificación personal es lo que falta al recurrente. Por eso, se repite, no puede estimarse contrario a derecho el acuerdo de expulsión tampoco desde este punto de vista».

Teniendo a la vista los pronunciamientos de la sentencia recurrida, el TS los acepta en su integridad, limitándose a decir respecto al tema que nos interesa, en el inciso último del Fundamento de Derecho primero, que:

«Los derechos que otorga el artículo 7 del Convenio de doble nacionalidad con Perú, de 26 de mayo de 1959, ratificado el 15 de diciembre siguiente, los peruanos que no hayan obtenido la doble nacionalidad se hallan sujetos a lo establecido en las respectivas legislaciones, por lo que los peruanos que no hayan obtenido la doble nacionalidad únicamente podrán invocar en España, de acuerdo con el citado convenio, los derechos que expresamente les reconozca la legislación española».

A la luz de los planteamientos interpretativos que emergen de las indicadas SS (la del Tribunal «a quo» y la de su confirmatoria del TS) resulta obvia la siguiente conclusión: fuera de las pretensiones residenciales laborales, el contenido del convenio es estrictamente remisivo por lo tocante al ejercicio de los derechos de estancia en nuestro país a desplegar en su caso por los beneficiarios del *status* especial de extranjería instrumentado por el artículo 7 que estamos analizando, hecho que determina una profunda desequiparación efectiva entre los españoles y tales extranjeros, desigualdad que queda establecida con toda su crudeza, y ello pese a lo postulado en sentido contrario —y **genéricamente**— por el inciso último del apartado 2 del pluricitado artículo 7, objeto de debate, desaparificación que cristaliza en la evidencia de que tales extranjeros sólo pueden entrar y estar en nuestro país acomodándose a lo prescrito en la normativa interna común

sobre extranjería, exigencia de la que, como es lógico, quedan totalmente hurtados los españoles.

4) SS de 4 de marzo y 19 de abril de 1991.—En estas dos SS, en las que se dilucidó la legalidad de otras dos dimanantes de la Audiencia Territorial de Barcelona, confirmatorias de las correspondientes denegatorias procedentes de la Administración laboral relativas a sendos permisos de trabajo oportunamente postulados por dos súbditos peruanos, el TS, de la mano de un único ponente (el señor SÁNCHEZ ANDRADE Y SAL) sentó, en lo concerniente al valor del artículo 7 que nos preocupa, la doctrina cuya formulación literal es la siguiente:

«Esta Sala, en sus Sentencias de 7 de julio y 19 de noviembre de 1990, dictadas en supuestos de denegaciones de permisos de trabajo a súbditos peruanos, aplicando las prescripciones contenidas en el artículo 7 del Convenio celebrado por el Gobierno español con la República del Perú el 16 de mayo de 1959, Convenio que, ratificado el 15 de diciembre de 1959, su observancia respalda el artículo 3 de la Ley Orgánica 7/85 de los Derechos y Libertades de los extranjeros en España, ha declarado el derecho de los peruanos a obtener permiso de trabajo en España "para ejercer oficios y profesiones", declaración que en aras del principio de unidad de doctrina, reconocido en el artículo 102 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, conduce a la estimación del presente recurso, sin que proceda hacer una especial condena en costas».

En obediencia a esta «ratio decidendi» es evidente que en lo sucesivo el aludido principio operará como un freno para la adopción de sentencias contradictorias con la línea jurisdiccional ya consolidada, y que es aquella que imposibilita a la Administración para denegar el permiso de trabajo instado por un súbdito peruano, alegando la situación nacional de empleo, circunstancia pues, que ha convertido el trámite concesional al respecto en una pura fórmula, teniendo en cuenta que al respecto la Administración laboral ha sido desapoderada de la importante función de control sobre el particular, convirtiendo su acto decisorio de discrecional en absolutamente reglado (y de discernimiento positivo obligatorio).

5) Sentencia de 1 de julio de 1991.—En esta sentencia se revisó la actuación jurisdiccional de la Audiencia Territorial de Barcelona, órgano que manteniéndose terne en su actitud de minusvalorar los efectos del Convenio que nos ocupa, volvió a fallar en contra de un justiciable peruano que reclamaba contra la denegatoria de su permiso de trabajo dimanante de la Dirección Provincial de Trabajo y SS de Barcelona mediante su sentencia de 30 de enero de 1989, efectuándose en la del TS que nos ocupa (que revocó la apelada a la que acabamos de referirnos) la elaboración de un

esbozo de teoría general sobre el particular, resultando el mismo de lo postulado al efecto por los distintos Fundamentos de Derecho contenidos en tal sentencia, diciéndose así en el segundo que:

«Según la doctrina sentada por este Tribunal, la Ley Orgánica 7/85, en su artículo 3 deja a salvo la eficacia de los tratados en la materia que nos ocupa —SS 19-11-1991 y de 23-2-1991, ésta dictada en la Apelación 1454/89—, según la cual el Convenio mencionado en el fundamento anterior (in fine) en su artículo 7 establece con claridad el derecho de los peruanos en España a ejercer todo género de industrias y "ejercer oficios y profesiones gozando de protección laboral y de Seguridad Social", con reciprocidad para los españoles en Perú. Así pues, no estamos ante un reenvío a la legislación española, como se dan en otros convenios, en los que el cambio de normas en España o en el país con el que convino altera el contenido de los derechos reconocidos a los ciudadanos de cada país. Por el contrario, el Convenio Perú-España de 1959 contiene contenidos normativos propios, aparte de genéricas remisiones a la legislación de los Estados contratantes. Precisamente, el contenido sustantivo propio es el que salva el artículo 3 de la Ley Orgánica 7/85 y el que rige en el artículo 7 del convenio que otorga un derecho al trabajo de cada ciudadano del país firmante en el otro Estado, de modo que la negativa al permiso de trabajo solicitado no es ajustada a derecho y en consecuencia nula conforme al artículo 48.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo por conculcar una norma contenida en el Convenio que mantiene como derecho interno la Ley Orgánica 7/85».

A través de este pasaje, el TS, mediante la autorizada pluma del ponente de la sentencia, señor don LUIS ANTONIO BURÓN BARBA, pone de manifiesto las piezas fundamentales de su hilo considerativo y que son: a) La vigencia actual, pese a la adopción ulterior de la LOE, del Convenio que nos ocupa; b) El contenido de éste es mixto, propio y espciado por un lado, y remissivo a la legislación interna por otro; c) Tal contenido propio es el que instrumenta, a través del artículo 7 del pluricitado Convenio, la detentación por parte de los peruanos beneficiarios del mismo del derecho al trabajo en España, derecho que no puede ser desconocido, salvo incurrir en ilegalidad por la Administración actuante, si bien, ello no exonera al extranjero en cuestión de la exigencia de demandar el permiso de trabajo consiguiente.

Tras este bloque de reflexiones de propedeútica básica sobre el particular, el TS se aventura a la intelección de lo más espinoso del meritado artículo 7, es decir, a la atribución de sentido al reenvío que a través de su último apartado se efectúa a la legislación del país de situación, diciéndose literalmente al efecto en el Fundamento de Derecho tercero, que:

«Ciertamente, el artículo 7 del Convenio termina con la frase siguiente: "el ejercicio de estos derechos queda sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejerciten". Esta frase examinada en la sentencia apelada en el Fundamento II en relación a la totalidad del texto analizado, induce al Tribunal "a quo" a desatender el artículo 3 de la Ley Orgánica 7/85, en virtud quizá de un doble reenvío —de la Ley 7/85 al tratado conforme al artículo 3 y devolución del tratado a las leyes españolas según la frase antes *acotada*— que no puede operar en buena técnica interpretativa, porque en realidad no hay devolución que valga para resolver un conflicto de leyes sino una referencia a las modalidades del ejercicio de los derechos. Así lo especifica la Sentencia de 21-5-90, trasladable a este caso, aunque recayera sobre un ciudadano chileno, por partir de presupuestos idénticos: "... con ello se está refiriendo, en el supuesto de trabajadores por cuenta ajena a las normas laborales del país en que se lleva a cabo el trabajo, sobre jornada, horario, descanso, concertación, etc."»

En base a este tejido de consideraciones resulta evidente cuál es el parecer del TS al efecto, entendimiento de la cuestión que se asienta sobre las siguientes «perchas» especulativas: a) El vocablo «ejercicio» utilizado por el artículo 7, objeto de constante alusión como modulador de los derechos que el propio precepto articula debe entenderse, en cuanto reenviado a la legislación interna, en una sola de sus dos posibles versiones, es decir, aquella que atina a las concretas condiciones de su practicidad una vez que tales derechos se encuentran ya en condiciones de activación, descartándose que tal remisión sirva para regular los presupuestos de procedibilidad de los mismos, tesis, sin embargo, que admite el matiz de su falta de absolutividad, toda vez que en la misma sentencia objeto de recensión se parte de la base de la legitimidad del reenvío a la normativa interna en lo concerniente a uno de los aspectos de tal procedibilidad, y es el relativo a la necesidad que acredita el extranjero recurrente de proveerse del permiso de trabajo, si bien, y esto es precisamente lo más sustancioso de la sentencia que nos ocupa, el mismo no podrá ser rehusado alegando la situación nacional de empleo, tesis que resulta evidente del último Fundamento de Derecho de dicha sentencia que reza literalmente que:

«De acuerdo con lo anteriormente expuesto llegamos a la conclusión de que en efecto, los ciudadanos peruanos deben proveerse de permiso de trabajo —art. 15 de la Ley Orgánica 7/85 y 33 del **Reglamento**— pero la concesión es imperativa por lo dispuesto en el Convenio, procediendo por tanto la estimación del recurso de apelación y revocación de la sentencia apelada, sin que se aprecien motivos que aconsejen especial pronunciamiento sobre costas».

6) Últimas sentencias sobre el particular.—Como colofón de este glosario elemental de la jurisprudencia, al respecto procedo a la enumeración de las últimas sentencias que inciden sobre el «quid» pretensional objeto de debate, sentencias que voy simplemente a citar porque las mismas lo único que hacen es reincidir, sin aportar novedades, en los comportamientos jurisdiccionales anteriormente descritos, reiterando así la línea decisoria ya señalada, sentencias que son, en suma, las de 18 de julio de 1991, revocatoria de la de instancia procedente de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Territorial de Valencia de 6 de octubre de 1989, la de 25 de abril de 1992, revocatoria de la de instancia dimanante de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de 27 de febrero de 1990 y la de 27 de julio de 1992.

3. RECOPIACION DE LAS CLAVES JURISPRUDENCIALES «AD HOC»

Aun a riesgo de incurrir indebidamente en actitudes expositivas ya explicitadas, voy a destinar este epígrafe al oportuno acopio de aquellas ideas-guías de todo el comportamiento jurisdiccional sobre la materia a fin de facilitar la tarea del lector, ideas que a mi juicio son las siguientes:

A) Los convenios de doble nacionalidad en general y los celebrados con Chile y Ecuador en particular, se hallan plenamente vigentes, sin que la promulgación de la LOE y normas de desarrollo de la misma haya impactado lo más mínimo en el indicado dato de su vigencia, beligerancia actual salvada, además, por la propia LOE a través de lo estipulado en su artículo 3.

B) Partiendo de la meritada vigencia en el día de hoy de los Convenios dichos, el problema se centra en la determinación de su concreta virtualidad actual, punto que debe examinarse a la luz de su interpretación y la de la normativa internacional y doméstica relacionada con el mismo, tema que nos lleva al punto clave consistente en la precisión del significado de sus sendos artículos 7.

C) Tal precepto, ampliamente aludido (y literalizado) en las páginas precedentes, tras efectuar una atribución genérica y especial de determinados derechos, se remite, en cuanto al potencial ejercicio de los mismos, a la legislación interna de los respectivos países de situación, introduciendo en estas áreas el problema cardinal de cuál sea el significado y alcance de tal remisión.

D) En síntesis y en teoría, tal reenvío puede revestirse del paradigma de lo absoluto o de lo relativo, alternativa cuya concreta entrada en juego va a depender de si el mismo regula todas las facetas adheridas a tal

ejercicio o solo alguna de ellas, cabiendo también posiciones más o menos sincréticas. Si se admite la primera hipótesis, el contenido de los Convenios que estamos viendo resulta carente por completo de sentido, convirtiéndose automáticamente en una mera declaración de intenciones o de principios generales (incluida la atribución de derechos que se contiene en los indicados artículos 7), de triunfar la segunda de las posibles interpretaciones, los chilenos, peruanos (y en su caso, los ecuatorianos) advendrían de facto a la condición de pseudonacionales, condición más matizada si prosperan las antes mencionadas, en cuanto posibles, soluciones sincréticas.

E) Descendiendo a lo concreto, la postura jurisdiccional que hemos recensionado a grandes rasgos parte del hecho de que los Convenios de doble nacionalidad que estamos considerando acreditan, a través de sus sendos artículos 7, un contenido mixto, en parte propio y específico y en parte remisivo, delimitándose sus respectivos confines de la siguiente manera: El contenido propio gobierna la atribución en sí del derecho de que se trate, derecho, cuyo título es, pues, el *meritado* contenido. El ejercicio de los mismos en las condiciones de igualdad con los españoles que postula el apartado 2 de los pluricitados artículos 7 debe ser disciplinado de todo plural, es decir, tanto desde el propio tratado como desde estrategias ordenancistas internas. Desde el propio tratado porque en méritos al mismo y a la pluricitada igualdad impuesta por su artículo 7, los chilenos y peruanos no pueden ver obstaculizada su pretensión a trabajar en España en atención a la situación nacional de empleo (circunstancia que provoca en suma la inclusión de estos en el repertorio de extranjeros privilegiados que pormenoriza el artículo 38 del RLOE). Desde vertientes reglamentistas internas en lo concerniente a: 1) necesidad de obtener, tal como postulan los respectivos Convenios sobre supresión de visados celebrados entre España y los respectivos países y la preceptiva interna *ad hoc*, el pertinente visado consular *ad hoc*; 2) la necesidad de conseguir, si tal visado no se ostentase previamente, la dispensa gubernativa del mismo por la vía diseñada por el artículo 5.4 del RLOE, dispensa respecto de la cual no se instrumenta ningún trato de favor en los convenios de doble nacionalidad de los que estamos hablando, no considerándose la situación como excepcional a estos efectos por el mero hecho de que el extranjero en situación irregular (por no disponer del consiguiente visado consular de residencia para trabajar o no) acredite la nacionalidad chilena o peruana; 3) la necesidad de solicitar, aportando la documentación imprescindible *ad casum*, el consiguiente permiso de trabajo, cuyo otorgamiento, en cuanto a lo netamente adjetivo, se rige en su integridad por la preceptividad estrictamente doméstica (aunque su concesión sea obligatoria para la Administración, sin que ésta pueda valorar al respecto la situación nacional de empleo (como tampoco lo puede hacer en los casos explicitados en el antes mencionado artículo 38 RLOE)

y 5) la necesidad de obtener, de conformidad con las normas comunes, la correspondiente autorización de residencia, credencial respecto de la cual la beligerancia de los Convenios que estamos viendo, a la luz de la jurisprudencia reseñada es nula.

Recapitulando, y a modo de colofón y síntesis, toda la línea jurisprudencial a la que hemos hecho alusión, que resulta ya consolidada incluso a los efectos de lo previsto en el artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa (y que acredita un evidente carácter declarativo por lo tocante a la concesión de los permisos de trabajo inicialmente denegados por la Administración) lo único que ha conseguido en este ámbito es integrar el artículo 38 del RLOE en el sentido de incluir en él mismo a los súbditos extranjeros chilenos y peruanos, integración impuesta, pues, por *autoritas* de la jurisprudencia y que viene a colmar la falta de atención reglamentaria de tales supuestos, pese a que el artículo 18 LOE se refiere como categorías de extranjeros protegibles a los iberoamericanos en general.

4. REPERCUSIONES DE LA NORMATIVA COMUNITARIA EN ESTE ORDEN DE COSAS

A mi juicio, la potenciación de los derechos de estancia de los nacionales comunitarios va a ir en detrimento de las facultades homólogas que sobre los países integrados en la CEE puedan ejercitar los extranjeros «comunes», circunstancia que en gran medida va a incidir sobre la regulación de los respectivos ordenamientos sobre extranjería. De todos modos, entiendo que éstos no perderán su soberanía al respecto hasta el punto de que un artículo como el 38 del RLOE quede desprovisto de sentido y, siendo ello así, y teniendo en cuenta que el régimen jurisdiccional que hemos reseñado no repercute en modo alguno en el sistema de visados, es obvio que el mismo no tiene por qué verse afectado por las disposiciones comunitarias que sobre el particular puedan adoptarse en el futuro.

Sin embargo, ello tiene una excepción, y es cuando el trámite para la obtención del consiguiente permiso de trabajo se desencadena hallándose el extranjero de que se trate en su país (o en otro que no sea España) supuesto en el que el desenlace del mismo tendrá que ser positivo si el postulante es un chileno o peruano, positividad que se materializara en la concesión del consiguiente visado consular que deberá ser discernido al extranjero en cuestión a fin de que pueda penetrar y residir en el territorio nacional; caso, repito, que en principio podría quedar afectado por la aludida normativa comunitaria de concesión de visados.

JOSÉ ANTONIO MIQUEL CALATAYUD
Registrador de la Propiedad