

**LOS REGÍMENES ESPECIALES DE EXTRANJERÍA
EN LA LEY ORGÁNICA 7/1985, DE 1 DE JULIO***

Ramón Viñas Farre

*Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
Facultad de Derecho. Universidad de Barcelona*

* Texto de la Ponencia desarrollada en las *II Jornadas sobre Derecho de Extranjería: especial referencia a Canarias*, celebradas en las Palmas de Gran Canaria el día 25 de abril de 1996. El texto ha sido revisado en el momento de su publicación.

SUMARIO:

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. BREVE EXPOSICIÓN DE LA EXTRANJERÍA Y DE LAS SITUACIONES PRIVILEGIADAS EN ESPAÑA HASTA EL AÑO 1985.
- III. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, EXTRANJERÍA Y REGÍMENES ESTABLECIDOS POR LA LEY ORGÁNICA 7/1985, DE 1 DE JULIO.
 - 3.1 *Principios rectores del Derecho de extranjería después de la Constitución de 1978 y entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio.*
 - 3.2 *Regímenes especiales por razón de las actividades a desarrollar: exención del permiso de trabajo.*
 - 3.3 *Regímenes especiales por razón del origen del trabajador. ¿Privilegios o preferencias?. Mención especial de los andorranos, personas originarias de Gibraltar y de los peruanos y chilenos.*
 - 3.4 *Extranjeros indocumentados: documentación, residencia y trabajo.*

I. INTRODUCCIÓN

Para situar el tema y con el fin de lograr una mejor comprensión de la legislación actualmente vigente, creemos conveniente recordar algunos puntos de la normativa anterior. Ello podrá servir para entender el alcance del cambio experimentado y sus causas. Hemos de decir que todos los temas de estas Segundas Jornadas sobre Derecho de Extranjería son muy oportunos, ya que tenemos un nuevo Reglamento de la Ley de Extranjería, de 2 de febrero de 1996, en vigor desde el 23 de abril, que presenta una estructura y una sistemática más coherentes que el anterior del año 1986¹. Habremos de preguntar si el nuevo Reglamento aporta alguna novedad sobre los regímenes especiales². Y la respuesta será positiva, en el sentido de que el nuevo Reglamento ha introducido modificaciones de procedimiento en el expediente del visado de residencia para realizar actividades contempladas en algunos de los supuestos objeto de comentario. Como cuestión previa, conviene precisar que al hablar de *regímenes especiales* no nos ceñimos única y exclusivamente al contenido de los artículos 22 a 24 de la Ley Orgánica 7/1985 (L.O.E.). Partimos de la base de que existe, en primer lugar, un *régimen general de extranjería* y, en segundo lugar, una serie de *situaciones especiales*, algunas de privilegio, otras de preferencia y situaciones especiales por su excepcionalidad. En todas ellas tenemos en cuenta el trabajo de los extranjeros en España³, de ahí que incluyamos las situaciones de excepción

1 Comenta SAGARRA I TRIAS:

“El resultado es un buen instrumento para que el Estado pueda llevar a cabo, bajo ciertos criterios de seguridad, legalidad y respeto a las obligaciones internacionales que tiene asumidas, una correcta y eficaz política de extranjería, que tenga presentes a los extranjeros, inmigrantes o no, como sujetos del derecho y a los que se les garantice en todo momento un trato acorde con los derechos que toda persona tiene garantizada en nuestro ordenamiento”

(“El nuevo Reglamento de la Ley de Extranjería de 2 de febrero de 1996”, *R.E.D.I.*, 1996, p.470).

2 Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985 (*B.O.E.* de 23 de febrero de 1996).

a la obligación de obtener permiso de trabajo, es decir los supuestos del artículo 16 de la L.O.E.

I. BREVE EXPOSICIÓN DE LA EXTRANJERÍA Y DE LAS SITUACIONES PRIVILEGIADAS EN ESPAÑA HASTA EL AÑO 1985

La legislación española sobre extranjería de mediados del siglo XIX destacaba por la exigencia de que los extranjeros fueran inscritos en dos tipos de Registros. Según el Real Decreto de 17 de noviembre de 1852, los extranjeros, que se clasificaban en : transeúntes y domiciliados, debían inscribirse en los Registros o Matrículas de los Gobiernos civiles y, además, en los Registros de los Consulados de su nacionalidad. La no inscripción comportaba efectos jurídicos⁴. Los extranjeros domiciliados podían ejercer el comercio al por mayor y al por menor en las mismas condiciones que los españoles. Los extranjeros transeúntes, sólo el comercio al por mayor⁵.

A partir de los años treinta, la regla base para que un extranjero, mayor de catorce años, pudiera ejercer un oficio o empleo asalariado, manual, técnico, artístico, pedagógico o de dirección o de gestión, era que tenía que estar provisto de un contrato de trabajo, visado por los organismos competentes y registrado por el Servicio de Colocación, y además proveerse de una “Carta de Identidad Profesional”, que concedía el Ministerio de Trabajo. Los extranjeros que trabajasen por cuenta propia tenían que proveerse también de la “Carta de Identidad Profesional”. La posesión de dicho documento era considerada como título de legítima residencia en España⁶. Dicha regla base estuvo, desde un principio, some-

3 Por ser objeto de otras Ponencias, se dejan de lado los temas sobre asilo, refugio y ciudadanos de un Estado Miembro de la Unión Europea.

4 El artículo 12 establecía: “No tendrán derecho a ser considerados como extranjeros en ningún concepto legal, aquellos que no se hallen inscritos en la clase de transeúntes o domiciliados en las matrículas de los Gobiernos de las provincias y de los cónsules respectivos de sus naciones. Las inscripciones se renovararán en el caso de pasar el extranjero de la clase de transeúnte a la de domiciliado” (*Ministerio de Estado. Colección Legislativa*, t. LVII, en *Aranzadi, Diccionario de Legislación*, nº 8292, de ahora en adelante *A.D.L.*). La exigencia de la inscripción será recordada en diversas ocasiones, lo cual indica que no se cumplía bien dicha formalidad. Mencionemos la Real Orden de 3 de octubre de 1895, el Real Decreto de 19 de septiembre de 1901, la Real Orden de 18 de diciembre de 1902. Una aplicación práctica de lo dicho lo encontramos en la Sentencia del T.S. de 28 de enero de 1854, al afirmar que el conocimiento de la causa correspondía al Juzgado de Primera Instancia de Sevilla y no al Juzgado de Extranjería de Andalucía, porque el Sr. Bernardini no había acreditado, como debía “la inscripción en los libros del gobierno civil de la provincia, que exige el art. 12 del Real Decreto de 17 de noviembre de 1852, para que los extranjeros puedan ser considerados legalmente tales” (*C.L.J.C.*, vol.2, p. 57).

5 Los artículos 4 y 5 del Real Decreto de 17 de noviembre de 1852 daban el concepto de extranjero domiciliado y de transeúnte. Se entendía que un extranjero estaba domiciliado si tenía casa abierta, o residencia fija o prolongada por tres años, y bienes propios o industria y modo de vivir conocido en territorio nacional. Los transeúntes no tenían su residencia fija en el Reino.

6 El Decreto de 29 de agosto de 1935 sobre colocación obrera de trabajadores extranjeros desarrollaba los requisitos de la Carta de Identidad Profesional, su duración, renovación y las sanciones aplicables. Toda la normativa quedaba sujeta al principio de *reciprocidad*, ya que el artículo 11 disponía: “Tanto en la concesión como en la renovación de cartas de identidad profesional, el Ministerio habrá de tener en cuenta la legislación que sobre el trabajo de extranjeros rige en los países de origen de los peti-

tida a una serie de excepciones, como las previstas en el artículo 9 del Decreto de 29 de agosto de 1935, que no la exigía a las personas que viniesen a España a hacer estudios en algún Centro de enseñanza oficial o privado. Los admitidos a título de practicantes temporales en el comercio o la industria, los residentes en España por más de cinco años, o los casados con española o que tuviesen prole española, sólo habían de solicitar la revisión o la renovación de la Carta de Identidad, que sería otorgada gratuitamente en estos casos⁷. Posteriormente, se excluyó a los sacerdotes y religiosos extranjeros de la obligación de proveerse de la Tarjeta de Identidad Profesional, siempre que estuviesen en posesión de la correspondiente Cédula de Identidad, expedida por el Consejo Superior de Misiones y viniesen a España a incorporarse a Comunidades Religiosas con residencia en España⁸. El caso de los argentinos era otra excepción a la regla general, porque el Decreto de 16 de abril de 1948 les eximió de la obligación de obtener la mencionada Tarjeta, al ser equiparados a los españoles a todos los efectos laborales y de previsión social⁹.

España careció desde el Real Decreto de 17 de noviembre de 1852, de una norma que, con pretensión de generalidad, recogiese, formulase y sintetizase los principios que debían informar la situación de extranjería, como reconoce el Preámbulo de la L.O.E. Como consecuencia, hubo una proliferación de disposiciones de distinto rango que regulaban la materia de extranjería. De la numerosa y dispersa normativa interesa citar: Decreto 1870/1968, de 27 de julio, sobre régimen de empleo, trabajo y establecimiento de extranjeros en España¹⁰, que se complementaba con la Ley 29/1968, de 20 de junio, que modificaba las exacciones por expedición de permisos de trabajo a súbditos extranjeros¹¹; Real Decreto 1874/1978, de 2 de junio, que regulaba el procedimiento de concesión y renovación de los permisos de trabajo y permanencia y de las autorizaciones de residencia, que introdujo la importante novedad de que la solicitud del permiso de residencia debía hacerse

cionarios, a fin de establecer en lo posible un trato de reciprocidad, de forma que cuando aquella legislación exceda en rigor a la vigente en España, se apliquen a los solicitantes los mismos preceptos a que serían sometidos los españoles en dichos países, y en el caso de que esa legislación sea menos rigurosa que la vigente en España, se procure que los solicitantes beneficien de análogas facilidades a las concedidas a los españoles en esos mismos países" (A.D.L., nº 8303). Por falta de estricta reciprocidad de hecho, se exigía la carta de trabajo a los uruguayos, a pesar de la existencia del Tratado de paz y amistad, celebrado entre España y el Uruguay, el 19 de julio de 1870 y ratificado en 1882 (Cfr. Resolución de la Dirección General de Empleo, de 13 de julio de 1962, en Aranzadí, *Nuevo Diccionario de Legislación*, nº 12568, de ahora en adelante A.N.D.L.).

7 La Orden de 5 de enero de 1938 declaró nulas y sin efecto las Cartas de Identidad Profesional concedidas y renovadas por el Ministerio de Trabajo "así como los documentos que con posterioridad al 18 de julio de 1938 hubiesen sido expedidos por autoridades de territorio no liberado relacionados con el trabajo de extranjeros en España" (A.D.L., nº 8306).

8 Orden de 31 de diciembre de 1945 (Ministerio de Trabajo, B.O. 25 enero 1946, en A.D.L., nº 18358).

9 A.D.L., nº 18360.

10 B.O.E. de 14 de agosto de 1968. Se establecía, como regla básica, la exigencia de un permiso de trabajo para el extranjero que quisiera desempeñar una actividad lucrativa (art. 4). Al respecto, cfr. HERRERO RUBIO, A.: "El permiso de trabajo de los extranjeros en España", *Estudios de Derecho internacional público y privado. Homenaje a Sela Sampil*, vol. II, Oviedo, Ser. Pub. Universidad, 1970, pp. 1005-1019.

11 B.O.E. de 21 de junio de 1968.

simultáneamente a la de trabajo¹²; Orden de 4 de octubre de 1979, que regulaba la concesión de los permisos de trabajo de validez restringida a extranjeros¹³; Real Decreto 1031/1980, de 3 de mayo, que derogó el de 2 de junio de 1978, regulaba el procedimiento administrativo para la concesión de los permisos de trabajo normales, los permisos preferentes y especiales y los permisos de validez restringida¹⁴.

Había una serie de excepciones a la regla general. Así, atendiendo al país de procedencia, la Ley 118/1969, de 30 de diciembre, sobre igualdad de derechos sociales de los trabajadores de la Comunidad Iberoamericana y Filipina empleados en territorio nacional¹⁵, y la Orden de 15 de enero de 1970 establecieron que no era exigible el permiso de trabajo para nacionales de países hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos; bastaba la inscripción en el libro-registro a efectos estadísticos, documentándolos con una tarjeta al respecto¹⁶. Esta exención suponía una diferencia importante respecto de los demás extranjeros, pero ello no eximía de la obligación de obtener el visado, en su caso, y el permiso de residencia, con el fin de residir legalmente en España. También estaban exentos del pago de la tasa para la expedición del referido documento, exención que abarcaba igualmente a los alemanes, austríacos e italianos¹⁷. Por Ley 58/1980, de 15 de noviembre, se estableció el régimen laboral y de seguridad social de los trabajadores de Guinea Ecuatorial residentes en España, que los equiparaba a los trabajadores españoles¹⁸.

12 B.O.E. de 10 de agosto de 1978. El artículo 3 establecía: "La autoridad laboral resolverá otorgando o denegando el permiso de trabajo solicitado, que se formalizará en el documento unificado reglamentariamente establecido, previos los informes correspondientes y, en todo caso, el de la Delegación Regional de Comercio y el de la Oficina de Empleo, que deberán evacuarse en el término de diez días. Dicha autoridad remitirá el documento unificado a la Jefatura Superior o Comisaría Provincial de Policía a efectos de expedición de la autorización de residencia, todo lo cual se notificará al solicitante. En todo caso, el periodo de validez de ambos permisos será el mismo".

13 B.O.E. de 8 de octubre de 1979.

14 B.O.E. de 31 de mayo de 1980.

15 B.O.E. de 31 de diciembre de 1969. En el texto de la Ley se destaca la necesidad de "articular con todas las garantías legales, una efectiva comunidad social iberoamericana y filipina". Recordemos aquí que el Consejo de la Hispanidad en 1941 propuso y defendió la figura del *miembro de la hispanidad*, categoría intermedia entre la de nacional y extranjero (Cfr. al respecto: ADROHER BIOSCA, S.: "Los iberoamericanos en el Derecho español", *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 1996, pp. 1867-1904). Conviene tener presente que la preferencia o privilegio puede venir de los viejos Tratados de reconocimiento, paz y amistad, entre España y las antiguas colonias americanas o de los Convenios de doble nacionalidad (Cfr. ALVAREZ RODRIGUEZ, A.: *Nacionalidad y emigración*, Madrid, 1990, esp. p. 119 y ss.).

16 El artículo 4 de la Orden de 15 de enero de 1970 decía: "A efectos estadísticos y de control, las Empresas que emplean trabajadores de las referidas nacionalidades vienen obligadas, antes de que el trabajador inicie su actividad laboral, a registrar tales contrataciones en la Delegación de Trabajo correspondiente, debiendo consignarse en estos registros, nacionalidad, categoría profesional y remuneración del trabajador contratado" (B.O.E. de 26 de enero de 1970). Sobre estas disposiciones, cfr. AZNAR SANCHEZ, J.: "Exención de permiso de trabajo a los iberoamericanos", *R.E.D.I.*, 1970, pp. 104-106.

17 *Instrucción conjunta de los Ministerios de Interior y de Trabajo y Seguridad Social*, de 27 de mayo de 1983. Se trataba de una Instrucción de desarrollo del Real Decreto 1031/1980, de 3 de mayo, y de adaptación "a la reiterada y reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 2-11-82 y 5-11-82, entre otras, dictadas por la Sala Tercera del citado Alto Tribunal)".

III. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, EXTRANJERÍA Y REGÍMENES ESTABLECIDOS POR LA LEY ORGÁNICA 7/1985, DE 1 DE JULIO

3.1 Principios rectores del Derecho de extranjería después de la Constitución de 1978 y entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio.

Respecto de los principios rectores de la extranjería, la C.E. equipara, como regla general, españoles y extranjeros en orden a los derechos y libertades públicas. Este es el sentido del artículo 10 C.E. al hablar de la “dignidad de la persona”, sin establecer restricciones respecto al país de origen de las personas. El artículo 13 C.E. admite la posibilidad de excepciones, ya que después de decir que los “extranjeros gozarán en España de las libertades públicas”, hace reserva de lo establecido en los “tratados y la ley”. La remisión que realiza el artículo 13 C.E. no supone desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros en relación a los derechos y libertades públicas, como afirman varias Sentencias del T.C.: Sent. de 23 de noviembre de 1984 (2ª Sala), Sent. de 30 de septiembre de 1985 (Sala 2ª), Sent. de 7 de julio de 1987 (Pleno). Pero en cuanto a su contenido, son de configuración legal¹⁹. Por lo tanto, el artículo 13 C.E. reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de extranjeros, pero respetando los principios constitucionales. Junto a la excepción del artículo 13 C.E., otros artículos establecen eventuales discriminaciones entre nacionales y extranjeros, así hay una serie de preceptos reservados expresamente a los “ciudadanos” o a los “españoles”, p.e. art. 19 C.E.: libertad de residencia y de circulación.

En cuanto a los derechos privados, hemos de remitirnos al artículo 27 C.c. y al artículo 15 C.com. El artículo 27 C.c. equipara el extranjero al español en cuanto a la actitud para ser titular de los derechos civiles. Quedan excluidos los derechos políticos, administrativos y laborales. Aquella igualdad ha ido resquebrajándose con el paso del tiempo, en virtud de la reserva a la ley y a los tratados. En ocasiones, el principio de igualdad puede dejar paso al principio de reciprocidad, como afirma la Sentencia del T.S. de 29 de octubre de 1951²⁰.

18 B.O.E. de 22 de noviembre de 1980.

19 Leemos en la Sentencia del T.C. de 23 de noviembre de 1984 que los extranjeros gozarán de “las libertades que garantizan el presente título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley, de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros, siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados -dentro de su específica regulación- de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal”

(B.J.C. nº 44, 1984, p. 1404). Sobre el tema, cfr. entre otros,

ARROYO MONTERO, R.: “La nueva normativa de extranjería en España”, *Revista General de Derecho*, 1987, pp. 4229-4258;

PEREZ VERA, E.: Comentario al artículo 13.1 de la C.E., en *Comentarios a las leyes políticas, Constitución Española de 1978*, t. II, Madrid, 1984, pp. 234-250;

SAGARRA I TRIAS, E.: *Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, Barcelona, 1991.

20 Cfr. IRIARTE ANGEL, J.L.: “Los derechos civiles de los extranjeros en España (el art. 27 del Código civil)”, *La Ley*, 1988, p 59 y ss.

España, país emisor de emigrantes, se convierte básicamente en receptor de emigrantes desde hace unos años. La llegada de extranjeros va en aumento, por lo que se hace necesaria una nueva legislación que regule la situación de los extranjeros, muchos de ellos en situación irregular. La promulgación de la L.O.E. inicia una nueva etapa en la materia de extranjería²¹. Si bien la L.O.E. entró en vigor a los veinte días de su publicación en el B.O.E., la Disposición Transitoria Segunda concedió un plazo inicial de tres meses para que los extranjeros regularizaran su situación, plazo que ha sido prorrogado en varias ocasiones. La publicación y entrada en vigor de la L.O.E. trajo consigo un gran revuelo entre la colonia de extranjeros que vivían en España, puesto que una parte de ellos se convirtieron en ilegales y, en consecuencia, privados de los derechos que el Ordenamiento confiere a los extranjeros, siendo, a partir de aquel momento, objeto de expulsión. Estos temores fueron denunciados por los medios de comunicación, pero también tuvieron un papel destacado los jueces, magistrados y abogados, entre ellos el Colegio de Abogados de Barcelona, los cuales elevaron la petición de que fueran modificados algunos puntos de la Ley, los que atentaban contra los derechos humanos y la seguridad jurídica. El Defensor del Pueblo haciendo uso de sus derechos y teniendo en cuenta las quejas y denuncias que corporaciones y particulares habían hecho, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra algunos artículos de la L.O.E.

La L.O.E. y el Reglamento intentan establecer un sistema de permisos de trabajo que den seguridad y estabilidad al extranjero, pero el sistema de concesión está en función de la situación nacional de empleo y de otros fines e intereses del Estado. No obstante, se prevén algunas preferencias, unas de tipo absoluto, como la concesión del permiso de trabajo sin tener en cuenta la situación nacional de empleo, otras de carácter relativo, que la Administración debe valorar, y otras son discrecionalidades en la tramitación administrativa. Observamos el establecimiento de un *régimen general* para los extranjeros que solicitan permiso de trabajo y autorización de residencia y pertenecen a países no miembros de la U.E. Su regulación corresponde a la L.O.E. y al N.R.E. Pero el *régimen general* será el excepcional, normalmente, y los *regímenes diferenciados, privilegiados o especiales*, los más frecuentes.

3.2 Regímenes especiales por razón de las actividades a desarrollar: exención del permiso de trabajo.

De acuerdo con el artículo 16 de la L.O.E., quedan exceptuados de la obligación de proveerse del permiso de trabajo, para el ejercicio de las actividades que motiva la excepción, una serie de supuestos, que seguidamente analizaremos. Interesa destacar que la exención del permiso de trabajo en estos supuestos está configurada en la L.O.E. en términos absolutos. El artículo 33 del anterior Reglamento y el artículo 71.3 del N.R.E. facultan al Ministerio de Asuntos Sociales, de acuerdo con los

21 Cfr. BORRAS RODRIGUEZ, A.: "La ley orgánica de los extranjeros y libertades de los extranjeros en España y su Reglamento", *El inmigrante extranjero entre nosotros*, Madrid, 1987, pp. 60-78; CARDONA TORRES, J.: *Régimen laboral de los extranjeros en España*, Barcelona, 1985; MIQUEL CALATAYUD, J.A.: *Estudios sobre Extranjería*, Barcelona, 1987; SAGARRA I TRIAS, E.: "La actual regulación del Derecho de extranjería en España", *Revista Jurídica de Catalunya*, 1987, pp. 103-147.

Ministerios de Asuntos Exteriores , de Interior y de Trabajo , para determinar las condiciones que ha de cumplir las personas mencionadas en el artículo 16 de la L.O.E. “ a efectos de poder considerarlas exceptuadas de la obligación de obtener permiso de trabajo”. Se indica también que el tiempo en que se encuentren exceptuadas de la obligación del permiso de trabajo “no será tenido en cuenta como periodo trabajado en España a efectos de la concesión de permisos de trabajo en condiciones más ventajosas”²². En el supuesto de los *artistas*, la Dirección General de Migraciones, el 25 de noviembre de 1988, dió unos criterios sobre expedición de permisos de trabajo a artistas extranjeros en espectáculos públicos. El Apartado IV estaba dedicado a “Artistas exceptuados de la obligación de proveerse de permiso de trabajo”. Con posterioridad, el Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría del Gobierno promulgó la Orden de 26 de julio de 1989, que fijaba las normas generales y de procedimiento en relación al reconocimiento de las situaciones de excepción a la obligación de obtener permiso de trabajo²³.

Después de la aprobación del N.R.E. había que adecuar al mismo la regulación contenida en la Orden de 26 de julio de 1989, especialmente en lo referente al visado de residencia. También la experiencia había aconsejado deslindar las actividades del artículo 16 de la L.O.E. de las que están sujetas a un permiso de trabajo y de las situaciones de residencia no lucrativa. De ahí la importancia de la Orden de 8 de mayo de 1997²⁴, que contempla la exención de la obligación de proveerse de permiso de trabajo en los supuestos incluidos dentro del artículo 16 L.O.E., siempre que se cumplan las condiciones y soliciten ser documentados de conformidad con lo establecido en la Orden, es decir se exige el reconocimiento de la excepción. Cuando no concurren los requisitos señalados en la Orden, el artículo 1 dispone que será aplicable lo dispuesto, con carácter general, en la L.O.E. y en el N.R.E. respecto de los extranjeros “que quieran residir en España, para realizar actividades lucrativas o no”. Los supuestos del artículo 2 de la L.O.E., referentes a Agentes Diplomáticos, Funcionarios Consulares y Funcionarios de Organizaciones Internacionales quedan excluidos del ámbito de aplicación de la normativa objeto de comentario. Seguidamente veremos los supuestos contemplados en el artículo 16 L.O.E., con los requisitos establecidos para cada uno de ellos en la Orden de 8 de mayo de 1997 para exceptuarlos de la obligación de obtener permiso de trabajo.

- a. Técnicos y científicos extranjeros invitados o contratados por el Estado. Tienen la consideración de Técnicos y Científicos los profesionales extranjeros que por sus conocimientos, especialización, experiencia o práctica científicas son invitados o contratados por el Estado español para el desarrollo de una actividad o programa técnico, científico o de interés general. Se equipara a los mismos los Licenciados en Medicina o Cirugía que realicen en España estudios de especialización.

22 Artículo 71.4 N.R.E.

23 B.O.E. de 28 de julio de 1989.

24 B.O.E. de 13 de mayo de 1997.

En este último supuesto se exige haber obtenido el título de Licenciado español o la homologación del título extranjero²⁵.

b. Profesores extranjeros invitados o contratados por una Universidad española. El ámbito del supuesto no presenta dificultades importantes. Se trata de docentes extranjeros, en posesión de la titulación académica adecuada, que han sido invitados por Universidades españolas y que van a desarrollar tareas lectivas en España²⁶.

c. Personal directivo o profesorado extranjero de instituciones culturales o docentes dependientes de otros Estados, o privadas, de acreditado prestigio. Se trata de extranjeros que ocupan cargos de dirección o docencia y limitan su actividad en instituciones culturales o docentes extranjeras, de carácter estatal, mixtas o privadas, radicadas en España. En el caso de instituciones dependientes de otro Estado, los estudios y títulos expedidos habrán de tener validez y ser reconocidos por los países de los que dependan. Si se trata de instituciones privadas, es necesario que la entidad y las actividades hayan sido oficialmente reconocidas y autorizadas y los diplomas o títulos tengan renombre internacional²⁷.

d. Funcionarios civiles o militares de Administraciones estatales extranjeras. Entran dentro de su ámbito de aplicación, los funcionarios civiles o militares de Administraciones extranjeras, que hayan sido designados por sus respectivos Estados para realizar en España actividades, en virtud de acuerdos de cooperación con la Administración española. Quedan excluidos del supuesto los Agentes Diplomáticos, Funcionarios Consulares y Funcionarios de Organizaciones Internacionales, del artículo 2 de la L.O.E.²⁸.

e. Corresponsales de medios de comunicación extranjeros. Tienen esta consideración los profesionales de la información al servicio de los medios de comunicación extranjeros que desarrollen su actividad en España. Han de estar debidamente acreditados como corresponsales o como enviados especiales²⁹.

f. Miembros de misiones científicas internacionales. Se trata de extranjeros que forman parte de una misión científica internacional que se desplaza a España para realizar actividades de estudio o investigación, programadas por un organismo o agencia internacional y autorizadas por las autoridades competentes del Estado³⁰.

25 Art. 16.a L.O.E.; art. 2 Orden de 1997.

Todo lo referente a los Licenciados en Medicina y Cirugía se encuentra en el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero.

26 Art. 16.b. L.O.E.; art. 3 Orden de 1997.

27 Art. 16.c. L.O.E.; art. 4 Orden de 1997.

28 Art. 16.d. L.O.E.; art. 5 Orden de 1997.

29 Art. 16.e. L.O.E.; art. 6 Orden de 1997.

30 Art. 16.f. L.O.E.; art. 7 Orden de 1997.

g. Ministros, religiosos o representantes de las diferentes Iglesias y Confesiones. Para que una persona sea incluida dentro de este supuesto habrá que tener, en primer lugar, la condición de Ministro del culto, Religioso o Representante de las distintas Iglesias o Confesiones, habiendo profesado o realizado los estudios requeridos para ello; en segundo lugar, que la Iglesia o Confesión a la que pertenezca esté debidamente inscrita en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia; en tercer lugar, que las actividades a desarrollar sean estrictamente religiosas. Quedan fuera del supuesto contemplado, los Ministros, Religiosos o Representantes que pretendan realizar actividades retribuidas, aunque se correspondan con la misión de su Iglesia o Confesión. También el caso de las personas vinculadas con una Orden, Confesión o Religión que aún no hayan profesado, como estudiantes, postulantes, novicios y asociados³¹.

h. Artistas que vengan a España a realizar actuaciones concretas que no supongan una actividad continuada. Se incluyen dentro del supuesto las personas que de forma individual o colectiva se desplacen a España para realizar una actividad artística, directamente ante el público o destinada a la grabación para su difusión ante el mismo, en cualquier medio o local. Las actividades mencionadas no podrán superar cuatro días continuos de actuación o veinte días de actuación discontinua en un periodo de doce meses³².

2.3 Regímenes especiales por razón del origen del trabajador. ¿Privilegios o preferencias?. Mención especial de los andorranos, personas originarias de Gibraltar y de los peruanos y chilenos.

La L.O.E. y el Reglamento configuran una situación de extranjería privilegiada a los nacionales de países iberoamericanos, filipinos, ecuatoguineanos, sefardíes, andorranos y originarios de Gibraltar, cuando pretendan realizar una actividad laboral o profesional (art. 23 L.O.E.). El Preámbulo de la L.O.E. destaca que la razón de ser de dicha preferencia obedece a supuestos de identidad o afinidad cultural. Realmente, más que un privilegio, se trata de una preferencia, por supuesto discrecional de la Administración. Además, las personas mencionadas no figuran entre las que tienen preferencia a trabajar “sin considerar la situación nacional de empleo” del art. 77 del N.R.E., por lo que todo puede quedar reducido a meras palabras testimoniales y simbólicas³³.

31 Art. 16. g. L.O.E.; art. 8 Orden de 1997.

32 Art. 16.h. L.O.E.; art. 9 Orden de 1997.

33 La Sentencia del T.S., Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, Sección Séptima, de 7 de marzo de 1991, deniega la solicitud de concesión de un permiso de trabajo a una súbdita de la República Dominicana, por aconsejarlo así la situación nacional de empleo, a juicio de la autoridad laboral. Sobre el trato preferencial, cfr. ALVAREZ RODRIGUEZ, A.: “Régimen jurídico de algunos iberoamericanos en el ordenamiento español”, *La Ley*, Suplemento de Comunidades Europeas, 30 de noviembre de 1990, pp. 4-8; MIQUEL CALATAYUD, J.A.: “El régimen preferencial en materia de extranjería y los nacionales iberoamericanos”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1993, p. 875 y ss.

En principio, los componentes del mencionado colectivo, mayores de dieciséis años de edad, que deseen fijar su residencia en España para ejercer en ella cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena, han de obtener el permiso de trabajo y residencia, como cualquier extranjero. Ahora bien, el artículo 18.3.f. L.O.E. les reconoce una *preferencia* para la obtención del permiso de trabajo, por cuenta propia o ajena y, en su caso, para la renovación del mismo. Para las personas originarias de Gibraltar se especifica que esa preferencia abarca las actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta ajena. El artículo 77 del N.R.E. dispone que se valorará como factor preferencial para la concesión de permisos de trabajo, el pertenecer a este colectivo, y el artículo 79 N.R.E. reduce a dos años el periodo de trabajo exigido para obtener un permiso de clase C o E, siempre que fuesen titulares de un permiso de tipo B o D (renovados). Los nacionales iberoamericanos, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos, sefardíes y personas originarias de Gibraltar no vienen obligadas al pago de las tasas correspondientes por la expedición de permisos de trabajo (art. 23 L.O.E.), pero esta excepción no abarca las tasas que han de pagar las empresas.

En determinadas circunstancias, los andorranos y las personas originarias de Gibraltar están exceptuadas de la obligación de obtener el permiso de trabajo. Comenzando con las personas originarias de Gibraltar, el artículo 16.j. L.O.E. contempla la excepción cuando pretendan realizar en España una actividad lucrativa, laboral o profesional por cuenta propia. Respecto de los andorranos, en determinadas circunstancias no necesitan proveerse del permiso de trabajo, con lo que gozarán de un verdadero régimen de extranjería privilegiado. Se trata del supuesto de la Disposición Adicional 2ª de la L.O.E.:

“No obstante lo establecido en la presente Ley, los ciudadanos andorranos tendrán los mismos derechos y obligaciones que los españoles en orden al ejercicio de su profesión u oficio en España, siempre que las titulaciones académicas necesarias para dicho ejercicio hubiesen sido expedidas como consecuencia de estudios realizados en centros del sistema educativo español”.

Se trata, ciertamente, de un régimen de excepción, destinado a fortalecer los vínculos culturales con el Principado de Andorra. El único requisito ineludible es que el título académico habilitante haya sido expedido en centros del sistema educativo español. En el supuesto, los andorranos no tendrán necesidad de homologar su título, que dé validez oficial a efectos académicos, ni será necesario reconocer el título a efectos profesionales. En la práctica, las autoridades competentes españolas habían ignorado el contenido de la mencionada Disposición y habían exigido el permiso de trabajo. La Primera Sentencia que puso orden en esta materia fue la del Tribunal Superior de Catalunya, de 27 de abril de 1990, que en el Fundamento de Derecho III destaca que Doña N.M.C.,

ciudadana andorrana, obtuvo el título de Licenciatura en Medicina y Cirugía en la Universidad Autónoma de Barcelona, expedido por el Ministro de Educación y Ciencia, en nombre de Juan Carlos I, Rey de España, “por lo que resulta improcedente no ya sólo la solicitud, sino también la consiguiente concesión o denegación del permiso de trabajo, al trabajar la recurrente como otorrinolaringóloga en el Hospital de Bellvitge *Príncipes de España*, es decir, en un trabajo totalmente acorde con el título habilitante expedido como consecuencia de estudios realizados en un centro del sistema educativo español...”. La decisión fue apelada por el Abogado del Estado ante el Tribunal Supremo, por lo que las actuaciones fueron remitidas a la Sala de lo Contencioso Administrativo. El Letrado del Estado solicitó después que se le tuviera apartado y desistido del Recurso, con lo que la Sentencia quedó firme al no presentarse el correspondiente Recurso de Súplica dentro del plazo³⁴.

Supuso también una novedad en el Ordenamiento jurídico español la posibilidad de que los andorranos pudiesen acceder a determinadas funciones públicas, ámbitos reservados a los españoles. El número 2 de la Disposición Adicional 2ª de la L.O.E., especifica que se autoriza al Gobierno “para establecer los requisitos y condiciones en que los ciudadanos andorranos puedan prestar servicios en ámbitos propios de la función pública española radicados en el territorio de Andorra”. Es una excepción al acceso de funciones públicas en España, pero hay una limitación en cuanto a los destinatarios: “andorranos”, y al ámbito de aplicación territorial: “territorio andorrano”. Se tiene en cuenta que al Estado español -como al Estado francés- se le han confiado algunos servicios públicos en Andorra, que en estos momentos se reducen a educación y correos. Los andorranos pueden, pues, acceder a la función pública española, y no simplemente como contratados, sino desarrollar funciones con la categoría de funcionarios públicos, siempre y cuando no suponga ejercicio de autoridad, ya que entonces iría en contra de la Constitución española. Todo lo referente a los andorranos puede evolucionar en un sentido u otro después de la Constitución de 1993. Todo dependerá de los acuerdos entre el nuevo Estado andorrano y los Estados vecinos, así como de las exigencias comunitarias sobre trabajo y trato de los ciudadanos comunitarios en el Principado de Andorra.

Hemos dicho que la L.O.E. derogó las disposiciones especiales sobre equiparación de derechos de los iberoamericanos y filipinos con los españoles en cuanto a trabajo, pero por medio de Convenios internacionales o por aplicación de la cláusula de la nación más favorecida pueden resultar privilegiados los nacionales de algunos de estos países. Es el caso, por lo menos, de los peruanos y chilenos. El artículo 7 del Convenio de doble nacionalidad con Perú, de 16 de mayo de 1959, y el artículo 7 del Convenio de doble nacionalidad con la República de Chile, de 24 de mayo de 1958, establecen:

34 Un comentario de la Sentencia realizado por el autor del presente trabajo, en *R.E.D.I.*, 1991-1, pp. 186-189.

“Los españoles en el Perú (en Chile) y los peruanos (chilenos) en España que no estuvieren acogidos a los beneficios que les concede este Convenio, continuarán disfrutando los derechos y ventajas que les otorgan las legislaciones peruana (chilena) y española, respectivamente. En consecuencia, podrán especialmente: viajar y residir en los territorios respectivos; establecerse donde quiera que lo juzguen conveniente para sus intereses, adquirir y poseer 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. El ejercicio de estos derechos queda sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejercitan”.³⁵

El T.S. en varias ocasiones ha indicado que los ciudadanos peruanos y chilenos, si bien han de proveerse de permiso de trabajo, su concesión *es imperativa*, por aplicación de los mencionados Convenios. No es un obstáculo la frase con la que terminan ambos artículos 7: “el ejercicio de estos derechos queda sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejercitan”, porque aquí, dice el T.S., “no se trata de una simple remisión desde el Convenio a la legislación española, como ocurre con 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...se incluye un contenido propio y específico, y no sólo una abstracta remisión a la legislación de los Estados firmantes”³⁶.

La suspensión temporal del Canje de Notas de 14 de abril de 1959 sobre supresión de visados entre España y Perú puede aportar algunas complicaciones en el tema del trabajo de los peruanos en España, ya que el mencionado Canje de Notas de 1959 establecía la no necesidad de visado consular para entrar y permanecer en España. Ahora, con la suspensión temporal del Canje de Notas de 1959, a partir del 15 de febrero de 1992, confirmado a partir del 14 de febrero de 1994, se exige visado consular español a los peruanos para entrar, transitar o permanecer en España³⁷. El nacional peruano que quiera trabajar en España habrá de pedir el correspondiente visado, cuya concesión “es un acto administrativo y

35 El artículo 8 del Convenio de doble nacionalidad con Ecuador, de 4 de marzo de 1964, está en la misma línea que los de Chile y el Perú.

36 Sentencia del T.S., Sala Tercera, Sección Séptima del Contencioso Administrativo, de 1 de julio de 1991. En el mismo sentido, entre otras, Sentencias del T.S. de 7 de julio de 1990, 15 de noviembre de 1990, 19 de noviembre de 1990, 23 de febrero de 1991, 5 de marzo de 1991, 19 de abril de 1991. La Sentencia del T.S. de 27 de julio de 1992 añade que “hay que distinguir 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 peruano, el que viene sometido a la legislación española, sumisión a ella que, por lo demás, también afecta, y del mismo modo, a los ciudadanos españoles”. La Sentencia del T.S. de 18 de febrero de 1991 afirma lo mismo para el caso de los chilenos.

37 “Continuación de la suspensión temporal del Canje de Notas de 14 de abril de 1959 sobre supresión de visados entre España y Perú” (B.O.E. de 16 de febrero de 1994).

no un acto de trámite o mera formalidad”, como afirma la Sentencia del T.S. de 30 de septiembre de 1992. De ahí, que por la vía de la exigencia del visado, se pondría fin a una situación de verdadero privilegio para trabajar en España³⁸.

3.4 Extranjeros indocumentados: documentación, residencia y trabajo.

El artículo 22 de la L.O.E., que inicia el Título V dedicado a *Regímenes especiales*, contempla el caso del *extranjero indocumentado*, el cual “después de practicada la pertinente información, podrá excepcionalmente obtener en los términos que reglamentariamente se determinen, un documento identificativo que acredite su inscripción”. Hasta la entrada en vigor del N.R.E., a los extranjeros que manifestaban no poder ser documentados por las autoridades de ningún país, una vez practicada la pertinente información, se les expedía un documento identificativo, que acreditaba su inscripción en las dependencias del Ministerio del Interior. Se trataba, pues, de una simple Cédula de Inscripción de Extranjeros, que contenía todos los datos de un Permiso de Residencia, como el NIE, datos personales y lugar del domicilio. Dicho documento no prejuzgaba la nacionalidad del individuo. Su vigencia era de un año, al principio. Era renovable por periodos sucesivos hasta un máximo de cinco años. El titular quedaba autorizado a residir en España durante el periodo de validez del mismo.

Los artículos 63 y 64 del N.R.E. declaran la forma de proceder en el caso de los extranjeros indocumentados. En primer lugar, hay que presentar la petición, personalmente y por escrito, en la Comisaría General de Extranjería y Documentación de la Dirección General de la Policía o en una Jefatura Superior, Comisaría Provincial o Comisaría Local de Policía. El interesado deberá aportar los documentos que posea, aunque estén caducados, y acreditará que no puede ser documentado por la Misión Diplomática u Oficina Consular correspondiente, si concurriese esa circunstancia, por cualquier medio que permita dejar constancia del requerimiento efectuado. En segundo lugar, una vez realizada la información inicial, si el extranjero quiere permanecer en territorio español, se le otorgará por el Gobernador Civil (o el Subdelegado correspondiente) un documento de identificación provisional, que le habilita a permanecer en España por tres meses. Completada la información, se dispondrá la inscripción en una Sección Especial del Registro de Extranjeros y se le dotará de una cédula de inscripción en un documento impreso, que deberá renovarse anualmente. En tercer lugar, al extranjero al que le haya sido concedida la Cédula de Inscripción, podrá solicitar el correspondiente permiso de residencia. La misma L.O.E. ya preveía la concesión de permisos de trabajo a los extranjeros inscritos, que seguirán los trámites ordinarios, pero sin necesidad del visado y teniendo en cuenta la situación especial de aquellas personas, lo que debería favorecer un cierto trato

³⁸ La jurisprudencia del T.S. sobre un posible derecho a la exención del visado es contradictoria. Si bien en la Sentencia del T.S. de 13 de mayo de 1993 se afirma que procede la excepcionalidad de concesión de visado en virtud del Tratado de doble nacionalidad entre España y Perú, en la Sentencia de 20 de diciembre de 1994 se dice que la concesión de la exención del visado está condicionada a la concurrencia de circunstancias excepcionales, pero no lo son la mera condición de iberoamericano (en el caso, una súbdita peruana).

preferencial. Como complemento, a los extranjeros indocumentados se les podrá expedir un título de viaje con destino a los países que se especifiquen. Su vigencia quedará expresada en el mismo documento.

Después de la Orden de 7 de febrero de 1997 por la que se regula la tarjeta de extranjero³⁹, dictada para unificar todos los documentos de los extranjeros (Tarjeta de Extranjero) que residan en España por tiempo superior a tres meses “conforme al régimen general de extranjería, al comunitario o al de asilo”, las características de los documentos a expedir a los indocumentados quedan bajo su ámbito de aplicación. Por ello, la Tarjeta de Extranjero estará integrado por un *documento base*, de carácter interno, compuesto de tres cuerpos unidos entre sí con utilidades diferenciadas, como son la información, archivo y resguardo; un *documento personal*, de carácter externo, que será entregado a su titular, con un formato muy parecido al actual D.N.I español (dimensiones de 85,6 x 54 x 0,6 milímetros).

39 B.O.E. de 15 de febrero de 1997.