

DR 29 1400

Bienvenidos. Aquí comienza el tiempo dedicado al mundo del derecho. Para esta noche tenemos preparados varios temas que espero capten su atención.

El primero de ellos se centrará en el análisis del derecho de extranjería, con especial referencia a la ley de extranjería, sus rasgos más característicos y al tratamiento que se da a los derechos fundamentales de los extranjeros en España. Para ello contaremos con la profesora de Derecho Internacional Privado Marina Vargas. Seguirá un estudio sobre la justicia penal española, su necesidad de reforma y un análisis crítico de uno de sus elementos, la prisión provisional.

De todo ello nos hablará el catedrático de Derecho Procesal Vicente Jiménez Cendra. También nos ocuparemos de la filosofía del derecho como concepto histórico, con el profesor titular Narciso Martínez Morán. Y por último cerraremos con una entrevista a la profesora de Derecho Civil María Teresa Bendito Cañizares para que nos hable del derecho de familia, del matrimonio y la situación de las parejas griegas.

Esta es nuestra propuesta para esta noche. Empezamos con el primer tema que hemos anunciado, el estudio del derecho de extranjería. El 23 de enero de este año entró en vigor en España una nueva ley de extranjería y en el mes de julio el Consejo de Ministros aprobó su reglamento de ejecución.

Sabemos que España se ha convertido en un punto más, no es el único, de recepción de inmigrantes en la Unión Europea y que el crecimiento sostenido de la población de extranjeros en nuestro país es uno de los datos más llamativos de los últimos años. El derecho internacional privado es uno de los sectores del ordenamiento jurídico español que también toma en consideración el tratamiento que en España se da a los extranjeros. En este primer programa de la Revista de Derecho nos vamos a ocupar del derecho de extranjería, saber en qué consiste y los diferentes regímenes de ordenación que hay establecidos.

Para ello se encuentra con nosotros la profesora de Derecho Internacional Privado Marina Vargas. Muy buenas noches y bienvenida. En primer lugar nos podría comentar de qué se ocupa el derecho de extranjería en España.

Y cómo se ordena en nuestro sistema la extranjería. Pues sí, antes de nada quisiera señalar que cuando estemos hablando en este programa de extranjeros nos estamos refiriendo solamente a los nacionales terceros estados no miembros de la Unión Europea, es decir, aquellos que no poseen la ciudadanía de la Unión. El extranjero habitualmente se define por el rasgo negativo, es decir, aquel que no tiene la nacionalidad propia.

Por tanto lo que constituye el presupuesto del derecho de extranjería son las diferencias de regulación que el derecho interno establece con fundamento en que se posea o no se posea la propia nacionalidad. Conviene señalar que el derecho de extranjería tiene un carácter heterogéneo. Su regulación jurídica en principio se lleva a cabo mediante normas materiales,

es decir, normas directas que son ajenas al método conflictual.

Y estas normas además se encuentran distribuidas o no agrupadas en un único texto normativo. Por eso es importante retener, y esto quiero insistir, que el derecho de extranjería en España se articula en torno a dos regímenes jurídicos diferentes. Por un lado, el régimen aplicable a los nacionales de los estados miembros de la Unión Europea, y por otro lado el régimen general referido a los extranjeros no comunitarios.

A este régimen es al que nos vamos a referir durante nuestra conversación. No obstante, quiero hacer referencia a que el régimen comunitario tiene también una normativa específica en concreto en nuestro país. Está comprendido en el Real Decreto 766 de 1992, de fecha 26 de junio.

Para cerrar esta pregunta, quisiera decir finalmente que el derecho de extranjería tiene una dimensión predominantemente interna. Esto quiere decir que depende en gran medida del derecho estatal, salvo ciertas obligaciones impuestas a los estados por el derecho internacional público y también por el derecho comunitario europeo. Entonces, la Comunidad Europea entra a regular la materia de inmigración.

¿Podría comentarnos en este aspecto la repercusión que para España tiene su pertenencia a la Unión Europea? Sí, en efecto, es muy importante esta pertenencia. Como saben, la mayoría de los oyentes, con la entrada en vivo del Tratado de Ámsterdam en el año 97, se han comunitarizado las cuestiones relativas a las políticas de visado, de asilo, de inmigración y a otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas en el espacio europeo. Esto se contempla en el título cuarto del Tratado de la Comunidad Europea.

¿Qué quiere decir esto? Pues que la política migratoria de la Unión Europea incide en la ordenación autónoma o interna de esta misma política en cada estado miembro. El artículo 61 del Tratado de la CEE es la base jurídica que autoriza al Consejo a adoptar medidas, y estas medidas las debe adoptar en un plazo de cinco años a partir de la entrada en vivo del Tratado. En concreto, los artículos 62 y 63 contemplan las medidas específicas y es interesante destacar que el Tratado aborda esta regulación, estos aspectos, contraponiendo la ausencia de controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores con las medidas de control en el cruce de las fronteras exteriores.

Y aquí quiero hacer hincapié en que el Tratado incorpora el acervo Schengen. Como ustedes saben, el Acuerdo Schengen o el Tratado Schengen del año 93, perdón, del año 85 en vigor para España, desde el 90, establece una amplia serie de medidas destinadas a lograr la supresión de controles internos y otras medidas destinadas a establecer controles externos. Es decir, la frontera exterior queda condicionada por las decisiones que adopte la comunidad en virtud del Acuerdo Schengen, acuerdo que vincula no a todos los países de la Unión Europea, como ustedes saben.

Concretamente, el cruce de fronteras exteriores, los visados, las condiciones de circulación de

los extranjeros, los permisos de residencia y las listas de admisibles y no admisibles. De hecho, en virtud de este Acuerdo Schengen ya se han dictado dos reglamentos sobre visados y el último de mes de marzo de este año que establece una lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la exigencia de visados. Pues en esas medidas Schengen se han incorporado al Tratado, forman parte del *acquis communautaire*, es decir, del acervo comunitario y obligarán a los futuros estados que se incorporen, con las excepciones de Irlanda, Gran Bretaña y Dinamarca, que tienen un régimen especial, es decir, pueden entrar o pueden salir en virtud de un acuerdo especial con ellos.

Hasta la fecha, además, se han desarrollado varias iniciativas por parte de la Comisión para crear una posible ley europea de inmigración y asilo, propuesta que se va a tratar el próximo mes de octubre en una conferencia especial que se ha organizado bajo los auspicios de la presidencia de la Unión Europea. Además, estas iniciativas se adoptan de conformidad con las peticiones del Consejo de Tampere del año 99. Quiero que retengan bien este consejo porque los acuerdos de Tampere son compromisos políticos inspirados en el principio de que la libre circulación de personas en el espacio europeo debe garantizarse a todos aquellos que residen en Europa.

La idea es llegar a establecer una equiparación entre los nacionales comunitarios y aquellos residentes que pertenecen a otros países. En consecuencia, como la Unión Europea ha asumido mayores competencias en estas materias, podremos decir que a medio plazo la política española en materia de inmigración será, salvo muy pequeñas peculiaridades, la política común diseñada por la Unión Europea. Y todos los problemas que hemos visto en relación con la llegada de extranjeros a España suscitan, como usted sabe, mucho interés y preocupación en nuestra sociedad.

¿Nos podría hablar de los rasgos más característicos de la nueva ley de extranjeros? Pues sí. Como ya hemos dicho antes, el derecho de extranjería en España se articula en torno a dos regímenes diferentes, el comunitario y el general. El primer régimen se encuentra condicionado por las normas dictadas por la propia comunidad y, en el segundo caso, el régimen presenta un carácter marcadamente interno, pero también fuertemente condicionado por las medidas que en materia de visados, asilos, refugio y inmigración que acabamos de referir, dicta la comunidad, donde se encuentra regulado el régimen general en la Ley Orgánica 4.2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que fue reformada por la Ley 8.2000 de 22 de diciembre.

En desarrollo reglamentario de esta ley se dicta el 20 de julio del año 2001 y el presente año el Real Decreto 864 barra 2001. Pues bien, el ámbito de aplicación de esta normativa se circunscribe a aquellos nacionales de países terceros no miembros de la Unión Europea y la ley establece minuciosamente los requisitos para la entrada, para la permanencia, para la expulsión y también para el ejercicio de una actividad remunerada relativa al trabajo de estas personas. También recoge la ley los derechos fundamentales de los extranjeros en España y el modo de ejercicio de los mismos, además pretende dar respuesta o respuesta al problema de

los flujos migratorios mediante una serie de medidas destinadas a la integración social de los inmigrantes.

Pues bien, solamente quisiera hacer en este momento una pequeña llamada de atención sobre este último punto de la integración social con algunos datos estadísticos. ¿Y por qué? Pues porque los datos estadísticos ponen de relieve la coexistencia de una cierta rigidez entre la normativa frente a la fuerte presión migratoria y esta rigidez es lo que ha ocasionado que se hayan creado unas enormes bolsas de extranjeros irregulares en nuestro país que han ocasionado o que han generado la necesidad de reformar la normativa en materia de extranjería. Una cifra muy representativa en el año 1981 según datos del Ministerio del Interior habían en España 198.042 extranjeros comunitarios y no comunitarios.

En el año 2000 la cifra es de 938.783, casi un millón. Como resultado del proceso de regularización del año 2000 casi 250.000 personas presentaron solicitud de regularización. De esas peticiones un poco menos de 200.000, con 437.000 recibieron una respuesta favorable, 82.000 fueron denegadas, 6.200 fueron archivadas.

Las denegadas fueron revisadas de oficio por el propio Ministerio como consecuencia de la entrada en vigor de la nueva ley 4.200 reformada por ley 8.200 y tras esa revisión 61.000 expedientes obtuvieron documentación. Pese a esta repesca todavía permanecen en España una bolsa de 30.000 inmigrantes ilegales que están en situación de ser expulsados. Con estos datos lo que queremos resaltar es que lo más llamativo de la nueva regulación es la referencia a la integración social de los extranjeros como un objetivo esencial de la política legislativa en materia migratoria.

Y este objetivo, en mi opinión, no se comparece con las limitaciones al ejercicio de derechos fundamentales de los extranjeros que establece la propia ley. Y esto necesariamente merece un juicio negativo con independencia de la decisión que en su momento adopte el Tribunal Constitucional ante los recursos que se han planteado contra esta normativa. Escuchamos constantemente en los medios de comunicación la discusión sobre los derechos fundamentales de los extranjeros y los derechos que la ley de extranjería les concede.

¿Clarifica la nueva ley de extranjería los derechos de los extranjeros en España? Bueno, es una buena pregunta y la respuesta es bastante difícil. En mi opinión, la ley intenta una ordenación sistemática de los derechos fundamentales de los extranjeros en España por una razón muy sencilla, porque responde al mandato constitucional de desarrollo del artículo 13.1 de la Constitución. Se trata de una ley orgánica que concierne al desarrollo legal de derechos fundamentales y de libertades públicas que están reconocidos en la Constitución y tiene una importante marca internacional, que son los textos de derecho internacional sobre protección de derechos humanos y todos los convenios y tratados que en la materia España tiene suscritos y que nos vinculan.

La ley en su exposición de motivos hace referencia a los acuerdos o a los compromisos políticos de Tamper, a los que me he referido anteriormente, que pretenden garantizar un trato justo a

aquellos nacionales de terceros países que se encuentren legalmente en el territorio de los Estados miembros. Pues bien, el artículo 13 de la ley de extranjería sigue la misma redacción que el artículo 13.1 de la Constitución y dice que los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el título 1 de la Constitución, pero en los términos establecidos en los tratados internacionales, en esta ley y en las leyes que regulan el ejercicio de cada uno de ellos. ¿Qué quiere decir esto? Pues quiere decir que la ley va enumerando los derechos fundamentales de los extranjeros en su título 1º, en los artículos 4 al 22.

En algunos casos le reconoce ciertos derechos a todos los extranjeros que se encuentren en el territorio español, sin perjuicio de cuál sea su situación, regular o irregular. En otros casos los limita o los restringe en función de la situación migratoria en que se encuentre. Y finalmente hay derechos que niega de forma rotunda porque se trata de aquellos derechos que solo pertenecen a los españoles por razón de la nacionalidad.

Pues bien, yo creo que la respuesta a su pregunta hay que hacerla tomando en consideración la doctrina del Tribunal Constitucional, que ya se pronunció en una sentencia muy conocida de 23 de noviembre del año 1984. El Tribunal Constitucional nos dice que todos los extranjeros, por lo que hace a los derechos de los mismos, tienen los derechos proclamados en la Constitución, porque estos derechos son, sin excepción en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal. Pero también nos dice el Tribunal Constitucional que hay derechos que corresponden igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para todos.

Que hay derechos que no pertenecen de forma en absoluto a los extranjeros porque son los que reserva el artículo 23 de la Constitución a los españoles. Y que hay otros derechos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo que dispongan los tratados y las leyes. Ahí sí que es admisible, dice el Tribunal Constitucional, una diferencia de trato con los españoles en cuanto al ejercicio.

Pues bien, el problema estriba en cómo modular esas limitaciones, esas diferencias. Y el propio artículo 53.1 de la Constitución nos dice que cuando se legisla en materia de derechos fundamentales ha de hacerse respetando el contenido esencial de los derechos y de las libertades. Eso quiere decir que el legislador cuando legisla en materia de derechos fundamentales no tiene una potestad omnipotente ni absoluta, sino que debe siempre respetar ese estrecho vínculo que existe entre los derechos fundamentales, la Constitución y la legitimidad democrática.

El problema con esta ley de extranjería al limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales es que roza la esfera de aquellos derechos que afectan a la dignidad humana. Y ciertamente parece que se ha extralimitado en el ejercicio de la potestad. No obstante, como he dicho antes, la decisión final la tiene el Tribunal Constitucional.

Vamos a concluir, profesora Vargas, este tema que realmente es muy interesante y, por supuesto, siempre de actualidad, dando una especie de sugerencia, su resumen de lo que nos ha contado, que nos va a servir a todos los que hemos estado escuchando para reflexionar y

también a los alumnos para que sepan dónde tienen que incidir en el estudio de esta materia. Básicamente quisiera transmitirle a los alumnos de la UNED, de Derecho Internacional Privado, que cuando aborden el estudio del derecho de extranjería que se contempla en la lección décima, en el tema décimo de la unidad didáctica número uno, retengan tres ideas. La primera, que existen dos regímenes jurídicos, como he dicho, diferentes, uno para los ciudadanos comunitarios y otro general para los extranjeros no comunitarios.

Que recuerden que el régimen comunitario está condicionado por las normas de derecho comunitario derivado que han sido traspuestas a la normativa española, en concreto el Real Decreto 766 del 92, y que tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, la materia de inmigración, es decir, todo lo referente al entrar en el territorio de la Unión por las fronteras exteriores, a la obtención de visados, a los requisitos para la residencia, las normas sobre asilo y refugio, y también a la reagrupación familiar, han sido comunitarizadas, y por eso la política migratoria de los Estados miembros ha de acompañarse a las medidas comunitarias que se dictan en la materia. Y en cuanto al régimen general, que está contenido en esta Ley Orgánica 4.2000 reformada por Ley 8.2000, en la unidad didáctica se trazan de una manera muy clara los rasgos generales de la normativa, que se refieren tanto al ámbito de aplicación personal, es decir, a quienes afecta esta ley, como a su ámbito de aplicación material, es decir, cuáles son sus contenidos. Por tanto, creo que la comprensión no será demasiado difícil.

También quiero decir que no se han incorporado en la unidad didáctica las disposiciones del reglamento de ejecución de la ley, porque se trata de un extenso y un complejo cuerpo normativo de normas administrativas de carácter de derecho público, cuya memorización, desde luego, no pretendemos, y que pueden consultarse fácilmente ante un caso concreto. Pues hemos dedicado estos primeros minutos de la revista de Derecho a ver los rasgos generales y característicos del derecho de extranjería con la profesora del Departamento de Derecho Internacional Privado, Marina Vargas, a quien agradecemos mucho que haya estado con nosotros estos primeros minutos. Muchísimas gracias a ustedes.

UNED, la universidad más cerca de todos, en Radio 3. La justicia penal española necesita una profunda reforma, un nuevo código procesal penal. Las exigencias de una sociedad democrática y es preciso que esta justicia penal sea más rápida. Vamos a hablar a continuación con uno de estos expertos, el Catedrático de Derecho Procesal de la UNED, Vicente Jimeno Sendra, sobre el panorama actual de nuestra justicia penal y de uno de sus elementos, la prisión provisional.

Buenas noches y bienvenido. Buenas noches. Profesor Jimeno, antes de introducirnos en el comentario del tema de esta noche, creo que quiere comentar algunas novedades que hay respecto a la bibliografía.

Más que novedades, yo diría noticias que creo que van a ser muy bien recibidas por parte de nuestros alumnos, porque los dos volúmenes del derecho procesal penal se han reducido a uno solo. Queremos no atosigar excesivamente al alumnado y pensábamos que el derecho

procesal penal era excesivamente amplio, porque tenía una extensión superior a las 900 páginas. Entonces hemos hecho una edición abreviada, resumida, que yo quisiera que no sobrepasara las 400 páginas.

Hemos hecho una reducción de temas, seleccionando aquellos que es inexcusable que un futuro abogado, juez o fiscal, no conozca relativos naturalmente a la justicia penal. De manera que deben los alumnos esperarse a la hora de adquirir nuestro manual de procesal penal a mediados del mes que viene, en que la editorial Cole sobre el 15 del mes próximo publicará un manual llamado Lecciones de Derecho Procesal Penal. Se mantendrá vigente el anterior, Derecho Procesal Penal, el volumen extenso, pero para los alumnos de la UNED, sin perjuicio de que puedan utilizar este otro más extenso de consulta, el manual que se adecua al programa, que por cierto tendremos que rehacer y reducir sensiblemente el número de lecciones, es, como digo, se titula Lecciones de Derecho Procesal Penal, publicado asimismo por la editorial Colex, la primera edición del año 2001, concretamente aparecerá, como he dicho antes, a mediados de este mes, del mes de octubre.

La otra parte de la asignatura, del Derecho Procesal 2 al Derecho Procesal Administrativo, sigue vigente el mismo manual, efectuado con la colaboración de don Pascual Salas Sánchez, que como sabemos fue presidente del Tribunal Supremo y del Consejo, Víctor Moreno, y quien les habla. Pues vamos a entrar en el tema que teníamos previsto para esta noche, si no tiene que hacer ninguna aclaración más, que sea interesante para los alumnos. Usted ha hablado de una reducción considerable del temario, y aparte de que considera que es muy extensa, a lo mejor tiene otra motivación, ya hablaba de la posibilidad de comentar, analizar la posible reforma que necesite el proceso penal, ¿no? Sí, bueno, esto sería lo más importante.

La relación que tiene es que nuestra Ley de Justiciamiento Criminal, que es del año 1882, ha sido objeto de tantas reformas que ha complicado excesivamente la justicia penal. Tenemos un sinfín de procesos declarativos, el sumario ordinario, el abreviado con dos modalidades, el juicio de faltas, etcétera, con regulaciones distintas. Nos encontramos ante una selva procedimental en el ámbito de la justicia penal, que hace que los jueces pierdan un poco tiempo en la calificación de la noticia criminis y en su reconducción al procedimiento penal adecuado.

La justicia penal española está realmente envejecida, no responde a las exigencias de una sociedad democrática y necesita una profunda reforma. Hay que hacer un nuevo código procesal penal. Esta es la única asignatura pendiente que tiene el gobierno español y que ahora puede hacer, con posterioridad al pacto de la justicia, con posterioridad al compromiso de las principales formaciones políticas, en reformar una justicia que no se conesta con las exigencias de nuestra Constitución.

Una justicia excesivamente retribucionista, que hace de la pena privativa de libertad el eje de la política criminal cuando el nuevo código penal ha desplazado la pena privativa de libertad, el nuevo código penal de 1995, y la ha sustituido por las penas privativas de derechos. Tenemos

instrumentos criminógenos, como es la prisión preventiva, la prisión provisional, con respecto a la cual sea suficiente recordar aquí que el Tribunal Constitucional se ha planteado una autocuestión de inconstitucionalidad. Esperemos que no se solucione con anterioridad a la reforma que tiene que hacer el Poder Legislativo, porque se imaginan ustedes poner en libertad a todos los presos preventivos en España, la inseguridad ciudadana que provocarían.

De manera que es urgente y necesario hacer esa reforma de la justicia penal. El año pasado también la ONU hizo un informe desfavorable sobre la justicia española por cuanto no instaura no conocer la segunda instancia. No hay un sistema tampoco de recursos que garantice ese derecho a un proceso justo que han de tener todos los españoles.

Por tanto, hay que hacer una profunda reforma de la justicia penal, de la misma manera que se ha hecho ya una meritoria reforma del proceso penal de menores. Este año hemos estrenado también una ley procesal penal del menor, la Ley 5.2000, que entrará en vigor al igual que la Ley de Juiciamiento Civil, en enero de este año, y que está inspirada por otra filosofía. El proceso penal ya no puede ser sólo un instrumento para aplicar penas privativas de libertad.

Un proceso penal en una sociedad democrática tiene que aplicar el dios plenario del Estado y restablecer el derecho a la libertad del inocente, pero tiene sobre todo que solucionar los conflictos, los dos conflictos importantes que hay en un proceso penal. El conflicto entre el delincuente y el Estado y la sociedad, y entre ese delincuente y la víctima. Y esos conflictos se han de solucionar rápidamente.

Hay que tutelar o estimular la pronta reparación, la puntual y pronta reparación del perjudicado, y hay que evitar que el sistema penal español sea un sistema criminógeno, en donde por cualquier infracción penal los jueces puedan dictar una medida tan excepcional como ha de ser la prisión preventiva. La prisión provisional está regulada con unos presupuestos meramente cuantitativos. Si el delito es grave, el juez tiene que decretar inmediatamente la prisión provisional, y esto el Tribunal Constitucional ha dicho que es inconstitucional.

Está diciendo el profesor Jiménez que es necesaria una reforma de la ley de enjuiciamiento criminal de este proceso penal. Eso significa que es necesaria, pero que no se está haciendo, no hay ni siquiera un borrador o un anteproyecto. No hay de momento todavía nada.