

DR 29 163

Hola, buenas noches. A partir de este momento y hasta las nueve y media de la noche podréis escuchar Revista de Derecho. Como sabéis, todos los viernes a esta misma hora dedicamos 80 minutos al análisis, al comentario y a la actualidad del mundo jurídico.

Estás en un tiempo de radio de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Este viernes la Revista de Derecho va dirigida a los alumnos de quinto curso de carrera. Hoy, 23 de enero, estos serán los contenidos que compondrán nuestra revista.

Comenzaremos con un tema de Derecho Internacional Privado, el derecho español de extranjería. Hablarán de ello Pedro Pablo Miralles y doña Lisa Pérez Vera, catedrático de la asignatura y rectora de la UNED. Seguirá un tema de civil cuarto.

Charlaremos con doña María Dolores Díaz Zambrona sobre la curatela. Y finalizaremos con un tema de procesal 2. El profesor don José Almagro Nosete continuará con la exposición del recurso de apelación. Las asignaturas de quinto curso, Derecho Internacional Privado, civil cuarto y procesal 2, compondrán esta noche revista de Derecho.

Vamos a dar paso ya al primer tema de esta noche. Los profesores Pedro Pablo Miralles y Elisa Pérez Vera hablarán del derecho español de extranjería. Vamos a hablarles hoy del derecho español de extranjería, cuyo contenido se explica en la adenda de las unidades didácticas de reciente publicación que estará en los centros asociados a su disposición.

Profesora Pérez Vera, como primera pregunta le diría que por qué ha sido necesario editar esta adenda de las unidades didácticas. La respuesta yo creo que nos la proporcionan dos textos legales. Con posterioridad a la publicación de la ley de extranjería que es del año 85, se aparecieron en el mes de mayo y en el mes de junio dos reales decretos por los cuales se desarrolla por una parte el régimen sobre entrada, permanencia y trabajo de ciudadanos de estados miembros de las comunidades europeas y por otra el reglamento de ejecución de la ley orgánica del 85 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

Y aunque un reglamento en principio no tiene por qué modificar el sentido general de una normativa, evidentemente la matiza y la matiza en algunos extremos de forma sustancial. En consecuencia la publicación de la adenda obedece al deseo de que ustedes dispongan de la normativa reciente en materia de extranjería, la que está en vigor y que por tanto es la que ustedes si alguna vez tienen problemas, no como extranjeros supongo, o por lo menos en una mayoría de casos, sino como asesores jurídicos en relación con el régimen de los extranjeros en nuestro país, conozcan toda la normativa legal que les es aplicable. Bien, bueno, entonces ante esta nueva normativa, la ley de extranjería, el reglamento de desarrollo y después mencionaba el decreto referente a los ciudadanos de países comunitarios.

Yo le preguntaría antes de entrar más a fondo en el tema, si es que hay un trato diferente respecto a los extranjeros ciudadanos de países de la Comunidad Europea y los extranjeros que

no lo son, en las líneas generales nada más. En efecto hay una gran diferencia y es que desde el momento en que España accede, se adhiere a las comunidades europeas, ha aceptado de forma explícita el poner en común junto con los otros estados comunitarios los principales factores que intervienen en la formación del mercado y obviamente los principales factores que intervienen en la formación de un mercado son por una parte las mercancías, de ahí que se garantice la libre circulación de mercancías, los servicios, los capitales y también las personas. Indudablemente en la medida en que entre dentro de los objetivos de este mercado común que pretende alcanzar las comunidades europeas, el régimen jurídico de los trabajadores comunitarios, bien sean por cuenta propia, bien sea por cuenta ajena, ese régimen jurídico es diferente del régimen jurídico de los extranjeros que no son comunitarios, es decir que pertenecen a cualquier país que no sea de los que integran las comunidades europeas.

Bueno, luego tendremos oportunidad de volver sobre este tema de los ciudadanos comunitarios. Le preguntaría para orientar en líneas generales a los alumnos para abordar el estudio de esta unidad didáctica, cuáles serían las directrices básicas de la ley orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, la llamada ley de extranjería y del decreto de ejecución de la misma. Antes, si me permite, antes de entrar en el tema de cuáles son las características básicas de nuestra ordenación interna, es decir, de nuestra legislación, yo creo que hay que insistir en otros dos aspectos previos, es decir, esta es una materia, la materia en general, el derecho de extranjería en que el ámbito de libertad, de ordenación de cada sistema jurídico es muy amplio.

Los estados tienen una libertad muy grande a la hora de establecer sus directrices, sus leyes aplicables a los extranjeros. No obstante, esta no es una libertad ilimitada, hay limitaciones que vienen impuestas por el derecho internacional público, son obligaciones internacionales, unas de carácter general, piensen en lo que significa en esta materia toda la normativa sobre protección internacional de los derechos humanos y, por otra parte, la normativa convencional ad hoc que, en muchos casos, en nuestro país ha firmado, se ha adherido a convenios internacionales en que, de alguna forma, se modifica el régimen jurídico de los extranjeros. De entre estos convenios, en mi opinión, el más importante, y creo que eso ofrece poca discusión, es precisamente el aludido tratado de adhesión a las comunidades europeas en que se modifica de forma sustancial, pero no es el único convenio.

Tenemos convenios que se refieren a libertad de establecimiento, por ejemplo, el convenio hispano-alemán que, al mantenerse, dibuja un doble régimen respecto de los ciudadanos comunitarios de la República Federal Alemana, que en unos casos podrán optar por el régimen diseñado en el tratado bilateral, en otros, y como en principio es más favorable siempre el régimen comunitario, optarán por el régimen comunitario. Pero no sólo con países europeos, tenemos convenios internacionales en materia de seguridad social, tenemos convenios con muchos países, muchos de ellos americanos, también en materia de doble imposición, también, aparte de los tratados de establecimiento, tenemos convenios sobre todo en el marco de la Organización Internacional del Trabajo, en que el régimen aplicable a los trabajadores extranjeros nos viene de alguna forma delimitado. Pero dentro de estas grandes directrices

que, como digo, realmente no coartan excesivamente la libertad de los Estados, las características básicas que diseña tanto la Ley de Extranjería de 1985 como el Real Decreto por el que se desarrolla el reglamento de ejecución de esta ley, yo la sintetizaría en los siguientes términos.

En primer lugar, toda esta normativa obedece un mandato constitucional. El mandato constitucional contenido en el artículo 13, apartado primero de la Constitución Española de 1978, a cuyo tenor los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley. Esta es una norma que se puede criticar y, de hecho, personalmente yo esa crítica la he realizado en más de una ocasión.

En primer lugar, porque el punto de partida adoptado no es el de la asimilación, se parte de la idea de que tiene que existir una ley que garantice el respeto de esos derechos, que la mayoría de los presupuestos, además, son derechos humanos internacionalmente protegidos. Y, en segundo término, desde otra óptica, también se ha criticado el que omitiera toda referencia al derecho internacional general. En realidad, esta es una crítica más formal que real.

La Constitución incorpora también en el artículo 10.2 una norma por la cual todas las normas referentes, todas sus disposiciones referentes a los derechos humanos deben de ser, a los derechos fundamentales, libertades fundamentales, perdón, deben de ser interpretados a la luz de los textos internacionales y, muy concretamente, de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Entonces, en primer rasgo, se trata de una normativa que lo que hace es desarrollar una norma constitucional. En segundo lugar, supone toda esta nueva normativa un claro esfuerzo de sistematización de un sistema del que lo menos que se puede decir es que era disperso.

Se puede añadir que, además, era heterogéneo, porque el rango normativo de las disposiciones iba desde el real decreto o decreto, en ningún caso era ley, hasta circulares de difícil acceso para los extranjeros o para los abogados españoles que asesoraban a los extranjeros y que, además, suponían un solapamiento de concepciones inspiradas en principios, pues, muy diversos. Piensen que el decreto de base es un decreto, era, perdón, un decreto de 1974, por tanto anterior a la transición democrática. Después hay decretos del 76, decretos del 78.

Indudablemente, esto suponía un régimen, desde el punto de vista jurídico, de muy difícil interpretación y que atentaba, en mi opinión, a un principio básico del derecho, que es la seguridad, la seguridad jurídica. Era difícil de interpretar. Ahora mismo, yo creo que esta es una de las grandes virtudes de la nueva normativa.

La normativa, al contrario, con la nueva regulación del derecho de extranjería, se intenta establecer una auténtica política de extranjeros. La normativa anterior podía ser extraordinariamente insegura y, por tanto, podía decirse que en nuestro país, como en tantos otros, desgraciadamente este es un mal general, el extranjero estaba en manos de la decisión

policial, mucho más que de la decisión judicial. Y esto no es bueno, no es bueno para la protección de los derechos humanos.

Ahora bien, no existía una política de extranjeros. De hecho, el número de situaciones irregulares que ha tenido y que tienen todavía que subsanarse a la luz del derecho actual de extranjería demuestra que aquel sistema al que se podría tachar, en algunos casos, de arbitrario, siempre de discrecional, que ese sistema, a pesar de sus defectos, no garantizaba una eficaz política de extranjero, entendiendo por política de extranjero el establecimiento de unas medidas que permitieran al gobierno, a cada gobierno o al estado, si ustedes lo prefieren, el saber cuántos extranjeros había en España, en qué situación jurídica, procedentes de qué países, etcétera, etcétera. Realmente la situación era absolutamente irregular.

Yo creo que con la actual normativa se intenta establecer un control más eficaz de los extranjeros existente en nuestro país, desde el momento en que se establece un registro general de extranjeros a los que se dotará de un número personal único y exclusivo de carácter secuencial y sin ninguna significación. Yo he de confesar que esta especie de numeración de los extranjeros, puedo comprender el sentido de control que tiene, no me gusta excesivamente, creo que puede coartar principios básicos que, desde aquí, me gustaría que se defendieran con entusiasmo. En cuarto lugar, la ley precisa los términos en que se ejercerá la potestad sancionadora de la administración por el incumplimiento de las normas en materia de extranjería y esto es importante porque en la normativa anterior, esta era una de las normas, era una de las posibilidades que podían generar una expulsión inmediata de extranjeros sin ningún tipo de justificación adicional.

El que ahora mismo esto pueda seguir haciéndose de forma más o menos encubierta, creo que, en todo caso, no puede disminuir el mérito de la normativa y, como ven, estoy subrayando más méritos que defectos, luego tal vez tengamos tiempo de hablar de los defectos. El mérito de una normativa en que, en principio, las violaciones a las normas en materia de extranjería son sancionadas con sanciones económicas y no, por tanto, con la expulsión. En algún caso, pueden ser una causa de expulsión, pero en casos muy determinados y muy concretos, pero en la mayoría de los casos a lo que se conduce la sanción que lleva aparejada una violación de una norma del derecho de extranjería que no sea fundamental, como puede ser el estar trabajando sin tener permisos de trabajo.

Esa es una norma fundamental dentro del sistema de nuestra normativa interna de extranjería. En los demás supuestos, repito, son sanciones económicas. Por último, yo creo que hay que destacar en la ley, sobre todo en la ley porque el reglamento no incide en este tema, la preocupación por dotar a los extranjeros de las adecuadas garantías jurídicas.

En este sentido, resulta esencial el reconocimiento genérico de que los extranjeros gozarán en España de la protección y garantías establecidas en la Constitución y las leyes, lo dice la ley, así como normas específicas que imponen, por ejemplo, que las resoluciones gubernativas adoptadas en relación a los extranjeros habrán de adaptarse y notificarse de acuerdo con los

requisitos exigidos por la ley de procedimiento administrativo, así como la consagración de los posibles recursos contra estas decisiones, tanto en vía administrativa como en vía jurisdiccional. Me he extendido mucho, pero es que realmente la preguntilla se las traía. Vamos a ver, entonces, tenemos por una parte que con la nueva ley de extranjería digamos que se ha procedido a una mayor y mejor ordenación.

No existe la dispersión normativa anterior a esta ley. En definitiva, mayor garantía y seguridad jurídica para los extranjeros que estén en España. Pero antes hablábamos de la Comunidad Económica Europea.

España forma parte de la Comunidad desde a partir del 1 de enero, con efectos desde el 1 de enero de este año 1986, y el 11 de junio de este año el Boletín Oficial del Estado publicaba un real decreto sobre entrada, permanencia y trabajo en España de ciudadanos de Estados miembros de las comunidades europeas. ¿Cuáles son las características, el tratamiento, más que las características, el tratamiento que los ciudadanos de la comunidad van a obtener, van a tener en España, teniendo en cuenta que hay un periodo transitorio que va hasta los años 90, si mal no recuerdo, hasta 1992 y en algunos aspectos incluso algo más tarde, ¿no? ¿Qué beneficios van a tener los ciudadanos comunitarios que estén en España durante este periodo transitorio? Y si se podría hablar de que realmente hay un trato de favor o un cierto trato privilegiado respecto a los extranjeros que no sean miembros de la Comunidad Europea. Evidentemente, esto creo que ya lo hemos apuntado los dos en distintos momentos, efectivamente el trato de favor existe y sobre todo va a existir una vez terminado el periodo transitorio.

El periodo transitorio, aunque en el acta de adhesión de España se sitúa en el 92, salvo para Luxemburgo en que el régimen de reciprocidad se extiende hasta el 96, a partir del 90 será reconsiderado, a partir de 1990 será reconsiderado por los órganos comunitarios para establecer si es necesario llegar hasta el 92, se pueden introducir algunas modificaciones o establecer el sistema definitivo. En fin, el régimen transitorio, tal vez sea empezar por lo que en este momento ocurre, el régimen transitorio significa que a los ciudadanos comunitarios, a determinados ciudadanos comunitarios ya se les va a aplicar un trato de favor, a determinados ciudadanos comunitarios que son aquellos que tienen una relación o que tenían una relación previa con España, previa a la firma del acta de adhesión normalmente, porque en algunos casos hay distintas fechas, se habla de acta de adhesión o de entrada en vigor, si ustedes lo piensan es distinto y puede suponer una aplicación temporal diferente, piensen que el acta de adhesión se firma el 12 de junio del 85, mientras que la entrada en vigor es de 1 de enero del 86, hay seis meses, es un juego en el que si el tema se les plantea en un bufete, ustedes deben de tener en cuenta. Ante todo el régimen especialmente favorable para los trabajadores, para los ciudadanos comunitarios, se traduce en el régimen de trabajo, esto es lógico si piensan que la comunidad económica europea es ante todo un mercado común, pretende ser ante todo un mercado común, luego es la fuerza, la mano de obra, la fuerza trabajo, el mecanismo, el componente trabajo dentro de la formación del mercado el que se facilita por la libertad de circulación y la libertad de circulación de personas.

En este sentido aparte del régimen especial de los trabajadores fronterizos que creo que bueno es realmente pequeño para los trabajadores por cuenta ajena en quienes que a los que les sea aplicable este régimen transitorio pueden solicitar los permisos de trabajo y de residencia de la dirección provincial del Ministerio de Trabajo junto con el documento que les permitió la entrada etcétera y en principio tienen derecho a obtener tanto el permiso de trabajo como el permiso de residencia, pero me estoy refiriendo a unos trabajadores muy concretos a los que ya tenían esa relación previa con nuestro país, respecto de los que ya es directamente aplicable el régimen definitivo son los trabajadores por cuenta propia, es decir los trabajadores que tienen o bien ejercen profesiones liberales en que en realidad sería prestación de servicios o que tengan negocio etcétera, el trabajador por cuenta ajena el que tiene el régimen transitorio este limitado a esta fecha y se sigue distinguiendo entre permiso de trabajo y permiso de residencia en este periodo transitorio pero hay un derecho a obtenerlo, esto ya es algo, eso es algo importante y además hasta pueden trabajar incluso sin haber obtenido la notificación de que han tenido el permiso de trabajo, cosa que es también importante porque respecto del resto de los ciudadanos extranjeros, respecto de los extranjeros no comunitarios esto no es así.