

DR 29 314

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 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 solo 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 no 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 supuestos, 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 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 menos es clara. Por otra parte, 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 existentes 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 principio básico 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, lo que 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 permiso 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, en 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 disponen, 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, si no 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 6 meses ahí en que 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 de 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 es realmente pequeño, para los trabajadores por cuenta ajena, 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, etc., 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 servicio, o que tengan negocio, etc. 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, esto es algo importante. Y además hasta pueden trabajar incluso sin haber obtenido la notificación de que han obtenido 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.

Y en cuanto al régimen definitivo, la verdad es que habrá una tarjeta de identidad, una tarjeta de residencia de ciudadano comunitario, tarjeta de residencia que autorizará a trabajar en España desde el momento en que se obtenga. Esto es un régimen indudablemente mucho más favorable que el régimen anterior, vamos, que el régimen aplicable además al resto de los trabajadores. Por otra parte, se condiciona la tarjeta de residencia a que se sigan realizando las actividades en atención a las que se despidió, pero se considerará que concurre esta circunstancia incluso si el titular está en paro.

Es decir, si está en paro registrado en la oficina del INE en correspondiente. Yo creo que efectivamente existe una diferencia sustancial respecto del régimen anterior. Dejando un poco aparte el tema del régimen especial de los extranjeros comunitarios y volviendo al tema de extranjería en sentido más estricto.

Siempre cuando se habla de extranjería es frecuente que haga acto de presencia el fenómeno de la expulsión de los extranjeros. Antes, al principio, usted hacía referencia de la importancia que tiene en toda esta temática jurídica las garantías jurídicas y los derechos fundamentales de la persona, la aplicación de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, pero siempre cuando se habla de expulsión aparece la cuestión de si se han garantizado estos derechos y estas libertades. La ley es muy exhaustiva en cuanto a las causas de expulsión.

Yo le preguntaría, después de esta reforma, cómo queda el tratamiento del extranjero cuando es expulsado, cuáles son las causas de expulsión y si realmente se ha producido un avance respecto a la situación anterior. Bien, yo creo que sí se ha producido un avance respecto a la situación anterior. Simplemente, como ejemplo, yo le leería, porque lo debo de tener en algún sitio, le leería cuál era la norma que en el Decreto del 74, al que antes me refería, hablaba de la expulsión, en que entre las causas de expulsión, también entre las causas para anular una autorización de residencia, un permiso de residencia, de permanencia, en la terminología anterior, se decía que simplemente que así se considere procedente por la forma de vida del interesado, actividades que desarrolle, conducta que observe, es decir, era una apreciación absolutamente subjetiva y por tanto era muy, muy inseguro para el extranjero.

Ahora mismo existen dos tipos de procedimiento con causas distintas de expulsión. Hay un procedimiento sumario, que se trata de que el extranjero se encuentre en situación ilegal en España, porque no haya obtenido una prórroga de instancia o un permiso de residencia, esté implicado en actividades contrarias al orden público, a la seguridad, o realizar cualquier actividad contraria a los intereses españoles, o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países. Son conceptos genéricos, pero bastante más concretos que aquellos otros a los que me refería antes, y carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad o desarrollar actividades ilegales.

Indudablemente son causas graves, pero es que el procedimiento sumario descrito es terrible, es terrible porque en el plazo de 72 horas se dará cuenta al juez de instrucción, esto es la autoridad gubernativa quien puede decidir la detención preventiva o cautelar, en el plazo de 72

horas se dará cuenta al juez de instrucción, y el extranjero puede quedar hasta 40 días retenido en centros de detención o en locales que no tengan carácter penitenciario. El problema es que en nuestro país no existen esos locales sin carácter penitenciario. De hecho los extranjeros pues o están en las cárceles o están hacinados en las comisarías de policía, esto es extraordinariamente grave.

Esta es una medida que además por pasar el plazo de las 72 horas sin que se le impute ningún delito, realmente ha sido una causa por la cual el defensor del pueblo ha presentado un recurso de anticonstitucionalidad, porque la norma es realmente dudosa. De hecho el reglamento intenta subsanar esta situación y en gran medida lo solucionará, o puede contribuir a que sea menos grave la violación anterior, pero yo considero que esta es una norma que posiblemente debería de reconsiderarse. De hecho señalo, insisto una vez más, el reglamento ha intentado buscar vías que sin salvar la objeción de fondo impidan el que el extranjero pueda estar hasta 40 días en prisión sin que haya ningún delito que le sea imputable.

Nos gustaría seguir tratando con usted profesora Pérez Vera de todos estos temas y cuestiones. También sería muy importante el haber abordado en este guión radiofónico el contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la ley de extranjería. Bien, se nos acaba el tiempo.

Por último una última pregunta que tiene una especial trascendencia en la vida social en relación con el trabajo de los extranjeros en España. Antes se exigía el permiso de trabajo y permiso de residencia. Hoy se sigue exigiendo y se tramita, todos sabemos que se tramita de forma simultánea.

De todas formas, a veces se quejan los extranjeros de que el procedimiento era muy complicado. ¿Realmente se va a producir un avance con el nuevo procedimiento teniendo en cuenta los diferentes permisos y la complejidad de situaciones que contempla la nueva ley y el reglamento? Yo confieso que después de haberle dedicado más de un mes a estudiarme el reglamento ya casi me sé los números de distintos permisos de trabajo que pueden tener los extranjeros. ¿En términos generales cuáles serían? Bueno, se distingue entre trabajadores por cuenta propia y por cuenta ajena.

Los trabajadores por cuenta propia tienen un tipo de permiso, el inicial para una actividad y una localidad determinada. El por cuenta propia más generoso es para cualquier localidad española y por más tiempo. El otro es por un año, este es por cinco años.

Y en cuanto a los trabajadores por cuenta ajena, tenemos por una parte el primer permiso de trabajo que es en principio de un año prorrogable por otros dos. Después el tipo B, que si no me equivoco, y claro, puedo estar perdiéndome por completo, es de cinco años prorrogables y luego el especial que se puede conceder cuando existan causas que lo justifiquen y que demuestren un arraigo claro en nuestro país. Lo que pasa es que a esto se suman los regímenes especiales aplicables a los comunitarios, el régimen especial de los trabajadores

fronterizos, y en una primera aproximación al tema yo comprendo que ustedes se sientan asustados.

Yo creo que si se tranquilizan y empiezan a verlos de uno en uno, verán que hay una especie de secuencia en que después los permisos se van concatenando y se trata de ir estableciendo una mayor vinculación del extranjero con nuestro país. Y el final posiblemente es que si el extranjero lleva 15 años en España haya obtenido la nacionalidad española y deje de ser extranjero. Espero.

Muchas gracias. Muchas gracias. Subtítulos realizados por la comunidad de Amara.org Y llegamos al último de los contenidos.

Se trata de Derecho Procesal II. El profesor de la asignatura, don Pablo Saavedra Gallo, nos hablará del objeto del proceso penal, entre otras cosas.