

DR 29 397

Hola, buenas noches. Bienvenidos un viernes más al Tiempo de Revista de Derecho. Cada semana nos acercamos a vosotros a través de las ondas, con la intención de aclarar, ampliar y orientar en todos aquellos temas jurídicos que os puedan resultar complejos.

La Revista de Derecho es un programa realizado en colaboración con los profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Como sabéis, por cursos anteriores, la programación radiofónica cuenta con una guía de los medios audiovisuales, donde se reseñan con detalle los diferentes espacios que la UNED prepara para sus alumnos de las diferentes facultades. También se enumeran los casetes y videocasetes de producción propia de apoyo al estudio, así como otras informaciones de interés para el alumno.

La parte final de la guía de los medios se dedica a un catálogo de programas radiofónicos emitidos en cursos anteriores, que pueden servir de ayuda a la hora de plantearse el estudio de una asignatura. Estos programas se encuentran a vuestra disposición en los centros asociados. A continuación pasamos a ofreceros un breve avance de los contenidos que tendremos esta noche, primer viernes del mes de diciembre y que corresponden a las materias de quinto curso.

Los primeros minutos estarán ocupados por el Derecho de Extranjería, un tema correspondiente a la asignatura de Derecho Internacional Privado. Los pondrá el catedrático don Pedro Pablo Miralles. Seguirá Derecho Civil 4. El profesor titular don Ramón Durán proseguirá el desarrollo del tema de la Reforma del Derecho de Familia, que inició el viernes 27 de octubre.

Por último, intervendrá el profesor titular don Pablo Saavedra, de Derecho Procesal 2, con el objeto del proceso penal. Iniciamos Revista de Derecho con el primero de los contenidos anunciados. Se trata del Derecho de Extranjería.

El catedrático don Pedro Pablo Miralles, de Derecho Internacional Privado, irá desarrollando diversos puntos de este tema, como sus características, técnicas jurídicas, legislación, régimen jurídico de los extranjeros en España, etcétera, etcétera, que nos llevarán a conocer un poco más lo que significa el Derecho de Extranjería. Lo entrevista a la profesora titular doña Paloma Abarca. Buenas noches.

Profesor Miralles, ¿cuál es la consideración general del Derecho de Extranjería que tiene nuestro ordenamiento jurídico? Muy buenas noches. El Derecho de Extranjería en nuestro ordenamiento jurídico tradicionalmente ha sido muy problemático, en la medida en que, anteriormente a la Constitución y al desarrollo legal de la Constitución de esta materia, se regulaba mediante multitud de disposiciones de diferente rango. Estaba muy dispersa todo el tratamiento del Derecho de Extranjería en nuestro ordenamiento y eso introducía un elemento de inseguridad jurídica muy grande.

Entonces, a partir del 78, es decir, a partir de la entrada en vigor de la Constitución, el panorama cambió radicalmente. ¿Y por qué cambió radicalmente? Por las propias menciones que al Derecho de Extranjería se hace en la Constitución. De una parte, en el artículo 13 del texto constitucional, se establece que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley.

La mención al presente título, como ustedes ven, es el artículo 13, es el título que trata de los derechos y deberes fundamentales. Es decir, que, en principio, los derechos y deberes de los extranjeros que estén en España, que se encuentran en España, están dentro del tratamiento jurídico constitucional de las libertades fundamentales en términos generales. Y, de otra parte, es muy importante, dado que estamos citando la Constitución, no olvidar lo que también se establece en el número 2 del artículo 10 del texto constitucional, en el sentido de que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que en la establecen, si se reconocen, han de interpretarse siempre de conformidad con los instrumentos internacionales que tratan y que regulan los derechos humanos.

En concreto, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, quizá, en el ámbito europeo, el Convenio de Roma de 1950. Bien, partiendo de esta base, todo el tratamiento que antes decía estaba disperso por nuestro ordenamiento, se reguló a través de la ley de extranjería. Ley de extranjería que fue muy polémica en su tramitación porque, al final, resultó que muchas de las expectativas que se habían puesta, como luego vamos a ver a lo largo de este guión radiofónico, pues quedaron en cierta medida frustradas.

¿Por qué? Porque hay una confusión de competencias y, más que confusión de competencias, un exceso de atribución de competencias al Ministerio del Interior, porque muchas de esas competencias deberían estar distribuidas por los diferentes y entre los diferentes departamentos ministeriales, entre las diferentes áreas de la Administración, y esto ha hecho que mucha gente se cuestione realmente hasta qué punto se ha conseguido garantizar los principios jurídicos básicos que en la Constitución se establecen y, por tanto, el elemento de inseguridad jurídica pues también ha hecho acto de presencia. Bueno, incluso el Tribunal Constitucional declaró en su momento la constitucionalidad de la ley de extranjería en algunos extremos. ¿Podría aclararnos un poco este asunto? En efecto.

Tan es así que, por iniciativa del Defensor del Pueblo, se presentó recurso ante el Tribunal Constitucional y, al cabo del tiempo, el Tribunal Constitucional admitió en parte el recurso interpuesto por el Defensor del Pueblo y, en concreto, hay dos preceptos que se declararon inconstitucionales de esta ley de extranjería, como son, de una parte, el artículo 7, cuando al regularse el derecho de reunión de los extranjeros se exigía determinada autorización. Pues bien, el Tribunal Constitucional, en su sentencia, declaró inconstitucional este precepto. Por lo tanto, los extranjeros tienen, en principio y en final, el derecho de reunión para ejercerlo en territorio nacional español.

Y el otro precepto que merece la pena mencionar, que fue declarado inconstitucional, fue en

cuanto al tratamiento del derecho de asociación, que en el artículo 8.2 se admitía la posibilidad de que el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio del Interior, previo informe del Ministerio de Asuntos Exteriores del Ministerio de Asuntos Exteriores, podía acordar la suspensión de las actividades de las asociaciones integradas por extranjeros mayoritariamente. Y esto, el Tribunal Constitucional lo declaró no conforme con el texto constitucional. Y, por lo tanto, digamos que, por lo menos, si no todos los aspectos cuestionables de la ley, al menos algunos han sido suprimidos y, por lo tanto, la ley ha sido mejorada por la labor del máximo tribunal del país, que es el que interpreta nuestra norma fundamental, que es el Tribunal Constitucional.

Cambiando un poco de tema, pero siguiendo con el tema del derecho de extranjería, ¿nos podría explicar qué técnica jurídica se sigue en la regulación de este derecho, del derecho de extranjería? Bueno, en cuanto a la técnica jurídica, digamos que se parte de la base de la consideración del extranjero como aquella persona que no es el nacional, lo mismo que podríamos afirmar que es nacional aquel que no es extranjero, pero digamos que, conforme al artículo primero de la ley de extranjería, se dice en este artículo que se considera extranjero a los efectos de aplicación de la presente ley a quienes carezcan de nacionalidad española. Entonces, en principio, el tratamiento general que recibe es el del reconocimiento de todos los derechos que a los nacionales les corresponde con las limitaciones que en la ley se establece. Todo este principio general del tratamiento del derecho de extranjería deriva del artículo 13 de la Constitución antes mencionado.

Desde el punto de vista del derecho internacional privado, lógicamente, una vez que ustedes ya conocen y han estudiado el derecho de nacionalidad y estudiaron la parte general, pues el tratamiento que recibe desde el punto de vista técnico jurídico y del tipo de normas que se utilizan en derecho internacional privado, pues son normas materiales, normas directas, donde difícilmente se puede acudir al método de conflicto, a la norma de conflicto, a la regulación indirecta, como ustedes bien saben, al método conflictual. ¿Qué más podría significarle a ustedes? Pues, en principio, que en nuestro derecho se ha tenido, en el tratamiento del derecho reciente de nacionalidad en España, se ha tenido una especial consideración de los extranjeros ciudadanos comunitarios a partir y a raíz de la incorporación de España a la comunidad. Estos serían, en principio, las consideraciones generales que ha tenido nuestro legislador a la hora de regular el derecho de extranjería.

Pasemos ahora, profesor Miralles, a hablar del régimen jurídico del extranjero en España. Bien, en cuanto al régimen jurídico de los extranjeros en España, quizá lo más didáctico y pedagógico, y lo más lógico desde el punto de vista jurídico, es seguir la secuencia que el propio trabajador, desde el punto de vista físico y material, tiene desde el momento en que entra en territorio nacional. Entonces, esa secuencia lógica es, en primer lugar, la entrada en territorio nacional, en segundo lugar, en el supuesto de que se establezca su establecimiento y, terminado ese establecimiento, la salida y, excepcionalmente, hay que considerar dentro de lo que podríamos considerar el término de la entrada y el establecimiento, la expulsión, y digo excepcional, como contraposición a la salida, que tiene una connotación más de carácter

voluntario.

Espere un momento, profesor Miralles. Usted ha hablado del trabajador extranjero. ¿Está refiriéndose únicamente al trabajador o se está refiriendo al extranjero en general? No, me estoy refiriendo al extranjero en general.

Bien, porque para más tarde dejaremos el... Sí, perdón. Efectivamente, conviene hacer unas consideraciones especiales respecto al régimen de las relaciones laborales y del trabajador. Me estoy refiriendo a toda persona que sea considerada extranjera por no tener la condición de nacional español.

Entonces, en cuanto a la entrada, los requisitos que se requieren son, de una parte, tener el pasaporte o el título de viaje o la documentación acreditativa de su identidad en regla, tener también el visado para aquellos nacionales de los países a los que se requieren. Respecto al visado, evidentemente, lo que hay que decir es que cada vez se excepciona más la exigencia del requisito del visado y ya son pocos los países en los que España exige el visado, aunque sigue existiendo este requisito. Al mismo tiempo, hay otra serie de requisitos que parecen que son de menor importancia, pero que a veces son trascendentales y que son motivos de rechazo de entrada en territorio nacional, como son la disposición de medios económicos suficientes para sustentarse la persona que entre en España y las personas familiares que entren con él.

Por supuesto que la entrada ha de realizarse a través de los puestos fronterizos especialmente habilitados al efecto y, en principio, estas son las reglas generales en cuanto a la entrada. En cuanto al establecimiento, podríamos considerar tres supuestos distintos. El tránsito, que es cuando el extranjero entra en España por un periodo de tiempo no superior a 30 días.

No se exigen más que los requisitos antes mencionados para la entrada. En cuanto al otro supuesto, el segundo, es el de la estancia no superior a los 90 días, con posibilidad de prórroga. En principio, respecto a esta estancia, lo mismo que respecto al tránsito, no se exigen mayores requisitos que los ya establecidos para la entrada.

Pero cuando, además de entrar, se pretende uno establecer, estamos ante la figura de la residencia. Y en cuanto a la residencia, hay diferentes permisos. Hay un permiso inicial de un mínimo de tres meses y un máximo de dos años.

Los permisos ordinarios de residencia, que son por un tiempo máximo de cinco años, y permisos especiales, que son por periodos que pueden llegar hasta un máximo de diez años. Estos son los diferentes regímenes o supuestos de establecimiento, y podríamos hablar de regímenes especiales, todos aquellos que se refieren a trabajadores, a profesionales, a estudiantes, e incluso también hay regímenes especiales relativos a los asilados, a los refugiados y a los apatrias. Como en este guión radiofónico no vamos a tener tiempo de referirnos a todos ellos, luego, como antes mencionaba usted, profesor Abarca, pues dedicaremos algunos minutos al régimen especial de los extranjeros con los extranjeros trabajadores, en el ámbito de las relaciones laborales.

En cuanto a la salida, bueno, pues simplemente pues hay, de una parte se puede producir el abandono voluntario del extranjero del territorio español, y también esa salida puede limitarse mediante una prohibición del Ministerio Interior, en la medida en que se considere que puede haber, pueden existir posibles responsabilidades de ese extranjero durante el tiempo que ha estado en España, o por periodos que anteriormente hubiese estado en el territorio nacional. Evidentemente también que la salida puede prohibirse por decisión de la autoridad judicial. En cuanto a la expulsión, que es el tema más preocupante en estos momentos en nuestro territorio, en España, por la creciente acogida en nuestro territorio de extranjeros, pues hemos de considerar dos supuestos de expulsión genéricos, de una parte la expulsión judicial, mediante sentencia firme por delitos menos graves, y de otra parte la expulsión gubernativa o administrativa, que requiere la resolución de la Dirección General de la Seguridad del Estado, del Director General de Seguridad del Estado.

Esta medida de expulsión gubernativa también puede ser delegada, como de hecho ha sido delegada en los gobernadores civiles de las provincias, y los procedimientos que puede haber para expulsión son dos. De una parte el procedimiento sumario, o rápido o expeditivo, y de otra el procedimiento ordinario. En cuanto al procedimiento ordinario, los supuestos de expulsión se centran en torno a las personas, a los extranjeros que estén trabajando en nuestro territorio sin los correspondientes permisos, ya sea de residencia, ya sea de trabajo o de los dos al mismo tiempo, porque en realidad, como luego veremos, se tramitan de forma simultánea.

También entran dentro de los supuestos de la expulsión ordinaria la condena en España, la condena penal en España o fuera de España con una pena superior a un año, y también la demora u ocultación intencionada o falsedad en la documentación y en los trámites correspondientes a las autorizaciones requeridas para la estancia en España. En cuanto al procedimiento sumario, digamos que los supuestos que se consideran en la ley son considerados de forma excesivamente genérica, en mi opinión, y así tenemos como supuestos la situación ilegal en España, el estar implicado en actividades contrarias al orden público o a la seguridad, el carecer de medios de vida o incurrir en supuestos de mendicidad y la realización de actividades ilegales. Es decir, que la autoridad gubernativa tiene la obligación desde el punto de vista jurídico de seguridad jurídica que ha de imperar en todo estado de derecho de determinar con precisión cuáles son estos supuestos genéricos en los que puede encontrarse el trabajador, es decir, hay que pasar del plano general al plano concreto, es decir, hay que resolver in casu cada uno de los supuestos de expulsión si queremos garantizar al extranjero todos los derechos que la constitución y la ley de extranjería le garantiza.

Aquí conviene en cuanto al procedimiento sumario hacer una mención, aunque sea muy rápida, al supuesto que la expulsión tiene normalmente siempre el trámite de la detención previa que constitucionalmente no puede superar el término de las 72 horas, término de las 72 horas que puede prorrogarse hasta 40 días, pero no de detención, sino de internamiento en centros especiales de extranjeros que bueno, pues en realidad el problema que se plantea es hasta qué punto esta situación de internamiento de hasta 40 días de los extranjeros sometidos

a expulsión o posiblemente sometidos a la medida de expulsión no entraría en la inconstitucionalidad del precepto que establece que no pueden los extranjeros sometidos a detención por un término superior a la detención gubernativa, por un término superior a las 72 horas. De todas formas esta cuestión tan importante fue sometida por el Defensor del Pueblo ante el Tribunal Constitucional en el recurso interpuesto contra esta ley y el Tribunal Constitucional fue de la opinión de que el internamiento hasta un máximo de 40 días no podría considerarse como detención superior a la ley de extranjeros superior a las 72 horas. Discusión que en mi opinión no es más que una consideración semántica e ideológica, más que político jurídica y que bueno, en mi opinión pues roza sin perjuicio de respetar la decisión del Tribunal Constitucional, roza la propia inconstitucionalidad porque al fin y al cabo al extranjero sometido o posiblemente sometido a la medida de expulsión se le puede estar impidiendo la libertad de movimientos en el amplio sentido de la palabra más allá de las 72 horas y hasta los 40 días.

Estas son en principio las consideraciones generales en cuanto al régimen de los extranjeros en España y por último, bueno, me debería hacer la mención, como antes hice, repetir la mención al régimen especial de los extranjeros comunitarios, los ciudadanos comunitarios que entran en territorio comunitario como es el territorio español desde el 1 de enero de 1986. En principio este ciudadano comunitario, los ciudadanos comunitarios pues basta con que tengan su tarjeta de identificación, su simple tarjeta de identificación nacional para entrar en territorio español y en la medida en que pretendan establecerse en España se les facilita una tarjeta especial por un tiempo de cinco años que puede ser renovable, que puede ser renovable. Respecto a estas situaciones de los ciudadanos comunitarios hay que decir que evidentemente por el principio de no discriminación por razón de nacionalidad que imperan en el derecho comunitario no proceden las medidas de devolución como procedería en los extranjeros que no son comunitarios y bueno, en principio pues dejemos aquí las cosas en cuanto a la consideración del ciudadano comunitario en nuestro derecho a la extranjería porque volveremos sobre ello si nos da tiempo al hablar de las relaciones laborales de los extranjeros en España.

Eso es lo que le iba a preguntar ahora a ver si pasamos ya al régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España. Respecto al régimen de los trabajadores extranjeros en España hay que partir de lo que establece el artículo 15 de la ley de extranjería que nos dice que los extranjeros mayores de 16 años que deseen fijar residencia en España para ejercer en ella cualquier actividad locrativa, laboral o profesional habrán de obtener permiso de trabajo. Este principio general de requisito de permiso de trabajo se excepciona respecto a algunas actividades como puedan ser los científicos y profesores extranjeros invitados o contratados por el Estado o por las universidades, los miembros de las misiones científicas extranjeras que vienen a nuestro país, funcionarios extranjeros que en virtud de acuerdos o en cumplimiento de su trabajo y en virtud de las relaciones que haya con el Estado español vengan a desempeñar algún trabajo o actividad funcional temporal y después está el régimen especial de los andorranos y los gibraltareños a los cuales en principio se les exime de esta necesidad de obtener el permiso de trabajo siempre y cuando estos ciudadanos andorranos tengan la titulación académica correspondiente en centros españoles y respecto a los gibraltareños

cuando la actividad que vayan a desarrollar en España sea por cuenta propia, es decir, en estos dos supuestos se les exige el correspondiente permiso de trabajo.

¿Cuál es el procedimiento? Yo creo que esta es una pregunta muy importante para la gente que nos está escuchando. ¿Para obtener los permisos para poder trabajar un extranjero en España? Evidentemente esto es un problema que en la práctica suscita muchos problemas en la tramitación administrativa para la obtención de estos permisos. De una parte ya hemos visto que el extranjero por tener la condición de extranjero se le exige la obtención del permiso de residencia, pero si ese extranjero quiere trabajar en España además se le exige el permiso de trabajo, es decir, hay un doble requisito de permisos para que el extranjero pueda trabajar en nuestro país.

Para facilitar estos trámites administrativos nuestra legislación regula y establece que los permisos se tramitarán de forma simultánea, es decir, que el extranjero basta con que cumplimente unos impresos y los presente en una sola ventanilla para que se tramiten de forma simultánea tanto el permiso de residencia como el permiso de trabajo. No obstante, en el orden interno del procedimiento de obtención y concesión de estos permisos hay que señalar que el permiso de residencia lo tramita, se tramita a través del Ministerio del Interior y el permiso de trabajo a través del Ministerio de Trabajo, es decir, que aunque el trabajador presenta una única instancia, una única solicitud, esa solicitud se ramifica y se tramita a través de dos ministerios de forma simultánea, es decir, que no se podrá conceder el permiso de trabajo si no es posible conceder el de residencia y viceversa, si no se concede el de residencia no se podrá conceder el permiso de trabajo. Para terminar, profesor Miralles, me gustaría hacerle dos preguntas.

La primera es si existen diferentes tipos de permiso de trabajo para los extranjeros en España y la segunda es, usted ha hablado antes, de que había un régimen especial para los ciudadanos comunitarios en este ámbito. ¿Podría contestar rápidamente, que no nos queda tiempo, estas dos preguntas? Sí, bien, rápidamente dentro de la complejidad que conlleva la respuesta, porque los permisos de trabajo son múltiples, esta es una de las razones por las cuales también creo que no se ha mejorado mucho el sistema anterior y ¿cuáles son los permisos de trabajo? Se numeran por letras, así el permiso de trabajo A, que es para la realización de actividades estacionales o de carácter temporal, que tiene una duración no superior a nueve meses y no es renovable. El permiso de trabajo B, que tiene una validez por un periodo no superior a un año, que es renovable por iguales periodos de tiempo y se concede para un ámbito geográfico determinado.

El tercer permiso de trabajo sería el permiso de trabajo C, que es por una vigencia de cinco años, que permite trabajar en cualquier actividad y ámbito geográfico de nuestro territorio nacional. El permiso de trabajo D, que tiene una duración máxima de un año con posibilidad de prórroga, que se concede para desarrollar trabajos en una localidad determinada de nuestro territorio. Después está el permiso de trabajo E, que tiene una validez de hasta cinco años, que permite, es quizá el más amplio en la medida en que permite el ejercicio de cualquier actividad

por cuenta ajena, sin ningún tipo de limitación geográfica, es decir, en todo el territorio nacional para cualquier tipo de actividad que se realice por cuenta ajena y no solamente es por cinco años, sino que puede renovarse este permiso E. Por último está el permiso de trabajo F, que es para una duración máxima de tres años, que es el que se concede a los trabajadores fronterizos, que son aquellos que por razones de que viven próximos a la frontera española, se les permite realizar alguna actividad laboral del otro lado de la frontera en nuestro territorio y por eso se le considera como trabajador fronterizo y requiere, eso sí, requiere el permiso de trabajo F, que tiene una duración máxima, como digo, de tres años.

Y por último la pregunta que usted me hacía, profesor Abarca, respecto al tratamiento especial de los ciudadanos comunitarios, digamos simplemente que en principio las actividades que tengan que desarrollar los ciudadanos comunitarios durante un periodo no superior a los tres meses con su simple tarjeta de identidad o pasaporte es suficiente para que se les considere su estancia legal y en regla en España, pero para los supuestos distintos existe una tarjeta especial que es la tarjeta de residencia para ciudadanos comunitarios que tiene una validez de cinco años, de hasta cinco años, y que se renueva automáticamente en la medida en que el trabajador comunitario pretenda estar durante más tiempo trabajando en nuestro territorio. Por último, antes de terminar, si tenemos tiempo, quisiera decir que en cuanto a los ciudadanos comunitarios se les exige, eso sí, si bien en principio hay una tendencia a la equiparación absoluta entre ciudadanos comunitarios que no son españoles y españoles, sí se les exige que los títulos profesionales y académicos que tengan y que requieran para el ejercicio en su país sean convalidados o tengan reconocimiento y validez en España. Pues muchas gracias profesor Miralles y hemos terminado.

Buenas noches.