

DR 29 781

La revista de Derecho se despide este curso con un coloquio en torno a los aspectos más importantes de la polémica ley de extranjería en España. La gran injusticia social y económica que impera en el Tercer Mundo, añadida a la inestabilidad política, tiene como consecuencia un flujo masivo de movimientos migratorios de los habitantes de estos países hacia los denominados países ricos. Europa, y más concretamente la Unión Europea, es el destino de numerosos emigrantes, y España se ha convertido para muchos en la puerta de entrada a este mundo mejor y, teóricamente, más justo y que ofrece igualdad de oportunidades.

Así, nuestro país, en un corto periodo de tiempo, pasó de tener un gran número de migrantes a ser receptor de inmigrantes. El artículo 13 de nuestra Constitución dice 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. Pero el desarrollo legal de este precepto, es decir, la actual ley de extranjería, no tuvo lugar hasta 1985, siendo una ley bastante polémica que incluso llevó al defensor del pueblo a recurrir determinados preceptos ante el Tribunal Constitucional.

Y es precisamente en esta hora y media que tenemos, y con la ayuda y colaboración de nuestros invitados, que trataremos de analizar diversos aspectos de esta ley que pueden ser conflictivos, como, por ejemplo, las figuras de expulsión y devolución que, a título informativo, en el año 1986, hubo 1.497 expulsiones y 21.229 devoluciones. También analizaremos si esta ley de extranjería es, como dicen algunos, una ley racista. Damos ya la bienvenida a nuestros invitados de este último programa de Revista de Derecho, con el que cerramos las emisiones radiofónicas del presente curso académico 1993-94.

En primer lugar, saludamos a don Honorio Manuel Velasco Maillo, catedrático de Antropología de la Facultad de Filosofía de nuestra universidad. Buenas tardes. Hola, buenas tardes.

Don Pablo José Ibáñez López Pozas es funcionario de la Secretaría del Parlamento Europeo, licenciado en Derecho por la Universidad Complutense y licenciado en Derecho Comunitario Europeo por la Universidad Libre de Bruselas. Buenas tardes y bienvenido. Muchas gracias.

Contamos también con la presencia de don Julio García López, doctor en Derecho y profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad Complutense de Madrid. Muy buenas tardes. Hola, buenas tardes.

Nuestro siguiente invitado, don Miguel Gómez-Gene, es becario del Ministerio de Educación y Ciencia, adscrito a la Cátedra de Derecho Internacional Privado de la UNED. Buenas tardes. Hola, buenas tardes.

Y el último invitado es conocido de nuestros alumnos, ya que es profesor titular de Derecho Internacional Privado de nuestra universidad y participa muy a menudo en esta revista de Derecho. Nos referimos a don Pedro Pablo Miralles Sangro. Buenas tardes y bienvenido.

Buenas tardes. Si les parece bien, y para centrar el tema de este coloquio, la ley de extranjería en España, podríamos hacer brevemente un poco de historia de la evolución de la legislación en materia de derecho de extranjería. Es decir, cuál ha sido la evolución de la legislación anterior a la Constitución de 1978 hasta la actual ley.

El profesor Miralles podría contestar a esta pregunta. Pues sí, en cuanto a la evolución reciente del derecho de extranjería en España, está claro que el punto de referencia básico hemos de situarlo en la Constitución de 1978. Y basta con citar cómo empieza el artículo 13 de nuestra Constitución cuando nos dice 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.

Esto es un texto de 1978, vigente, plenamente vigente, que nos sitúa muy bien en el tiempo. Con anterioridad al 78, el derecho de extranjería en España se caracterizaba por estar enormemente disperso a lo largo de todo el ordenamiento jurídico, las competencias eran confusas entre los diferentes ministerios, los decretos se dictaban de forma muy descoordinada, de forma muy asistemática, con las órdenes ministeriales ocurría lo mismo, e incluso con las circulares, muchas veces se aplicaban circulares que los ciudadanos no tenían acceso a ellas, no tenían conocimiento. En definitiva y en resumen, yo me atrevería a caracterizarlo por una enorme dispersión y una desconexión y descoordinación evidente en todo el ordenamiento jurídico respecto a los extranjeros, al derecho de extranjería.

La perspectiva que se nos abre con la Constitución en 1978, como acabo de citar de este primer párrafo del artículo 13, era sin duda esperanzadora, se abría la posibilidad de poner en orden nuestra legislación de extranjería. Pero las cosas no son como siempre queremos, incluso como en este caso la Constitución quería. ¿En qué sentido? En el sentido de que por las circunstancias políticas del país, el desarrollo de los acontecimientos políticos, la peculiar transición de la dictadura de democracia en España, condujo a que el desarrollo legal del mandato constitucional consistente en que mediante una ley se regulase el derecho de extranjería, no pudo tener lugar hasta 1985.

Durante todo el periodo de UCD transcurrió el tiempo sin que el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo pudiesen llegar a un acuerdo, a un consenso, a una fórmula de entendimiento para poner en orden esta legislación de tanta importancia para nuestro derecho. Y bien en 1985 y de forma un tanto forzada, no voy a repetir ahora el desarrollo de toda la tramitación parlamentaria de esta ley, los oyentes y los alumnos de la UNED lo recordarán perfectamente, de forma un poco forzada, se aprueba la ley orgánica 7.1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Una ley enormemente polémica, tan polémica que dio lugar a que el defensor del pueblo, en aquel momento el profesor de universidad, don Joaquín Ruiz Jiménez, recurriese ante el Tribunal Constitucional determinados preceptos de la ley.

El Tribunal Constitucional se pronunció posteriormente y anuló algunos preceptos de esta ley, otros que impugnó el defensor del pueblo, no se aceptaron, no se anularon, y en cualquier caso disponíamos ya de una ley controvertida, pero de un instrumento jurídico que nos permitía

poner en orden nuestra casa en materia de derechos de extranjeros. Eso, todo lo que he dicho hasta ahora, sería un aspecto. El otro aspecto es que también en el 78 ya había una idea clara de que España formaba parte de Europa, y que, como tal, habían desaparecido las trabas que durante el franquismo había para nuestra incorporación, y en la propia Constitución hay una cierta previsión de lo que entonces era nuestra futura incorporación a la entonces Comunidad Europea, hecho que se produjo el 1 de enero de 1986.

Es decir, que a partir de ese momento, la perspectiva del derecho de extranjería en España era doble. Por una parte, la legislación interna, el desarrollo de nuestra normativa interna, que tuvo lugar en 1985, de forma controvertida, pero tuvo lugar, y, de otra parte, que a partir del 1 de enero de 1986, todo el acervo jurídico comunitario, todo el conjunto de normas de derecho comunitario, se incorporaban a nuestro derecho como tal derecho interno. De ahí el que la perspectiva era mucho más amplia, mucho más completa.

Esto, yo creo que a lo largo del coloquio y de este debate, pues se va a poner de manifiesto en varias ocasiones, pues reflejaba también algo que ocurría en nuestra sociedad, pues España tradicionalmente había sido un país que enviábamos mano de obra, normalmente barata, hacia el extranjero, eso, a finales de los años 70, ya había desaparecido, y España, por su propio desarrollo sociopolítico y económico, pues empezaba a recibir mano de obra extranjera, y entonces, digamos que ni la sociedad estaba preparada suficientemente, o, aunque sí estuviese preparada, no era suficientemente consciente de la nueva problemática de la extranjería y del derecho de extranjería, ni nuestro ordenamiento jurídico tampoco. De tal forma que, y perdón si me extiendo en esta primera intervención, que tiene algo de carácter introductorio, al menos esa es mi intención, de una parte, en lo que se refiere al aspecto jurídico, pues pienso que todavía hoy se está haciendo un esfuerzo para adaptar el ordenamiento jurídico español a la realidad social interna y comunitaria europea de la que formamos parte. Y eso ocurre no ya desde la perspectiva jurídica, sino también desde el punto de vista social.

La sociedad española todavía hoy se está adaptando a esa nueva situación, y es donde nos surgen problemas, problemas jurídicos, problemas jurisdiccionales, problemas sociales, problemas de todo tipo. Yo, de esta forma, es como caracterizaría ese nuevo derecho de extranjería, en el cual entiendo yo que vamos a hacer más de una crítica, pero en cualquier caso las críticas por ello son sanas, y que también podemos desde aquí aportar algunas vías de solución para los problemas que todavía hoy tenemos y padecemos. De todos los invitados, el único que no es jurista es el profesor Honorio Velasco, que es antropólogo.

¿Podría darnos su visión de este aspecto, de esta materia que estamos tratando, como la ley de extranjería? ¿Cuál es la situación social de España? Sí, tiene que ser necesariamente breve. Por cierto, que no tomo como un cumplido eso de no ser jurista. Más bien, para mí es un honor el hecho de participar con todos vosotros en un debate de este tipo.

En particular porque comprenderán que para un científico social y un antropólogo en particular, un antropólogo social, la cuestión de la pluralidad cultural, de las características de

las sociedades modernas como plurales, como culturalmente plurales, es un problema que nos llega muy de cerca. Y que, además, invita a una participación en los debates y en la reflexión desde distintos puntos. No siempre se hace, esa es la verdad.

No siempre se hace, pero debiera de hacerse, pienso. Bueno, yendo al grano, simplemente por apuntar algunos rasgos, me gustaría subrayar algunas palabras que ya mi buen amigo Pedro Pablo Miralles ha apuntado. Parece que estas sociedades modernas que consideramos en proceso de cambio desde hace tiempo, aún no han completado el cambio y no sabemos cuándo lo van a completar.

Y no me refiero a los aspectos institucionales o jurídicos, sino fundamentalmente a los aspectos de la interacción social, a los aspectos de las relaciones de convivencia y a lo que se supone que hay detrás. Es decir, las normas y los valores internalizados en las personas que rigen esos comportamientos. ¿Hasta dónde esas normas y valores han sido cambiados? ¿Están en proceso de cambio? ¿Y hasta cuándo va a durar este cambio de forma que alcanzamos una especie de, no voy a decir de ideal, pero más o menos de sociedad deseada, caracterizada por la comprensión mutua, por la tolerancia y por la convivencia? En principio parece que el futuro está lejano, porque los conflictos en el presente son cotidianos, son suficientemente frecuentes para que no señalen una y otra vez que ese proceso de cambio no se ha terminado y que no sabemos hasta cuándo va a durar.

Me gustaría apuntar lo que para nosotros es una paradoja. Se ha producido en las sociedades modernas, voy a decir mejor, contemporáneas, por una parte, lo que todo el mundo caracteriza como una apertura, porque respecto a las sociedades tradicionales, son cerradas las sociedades modernas, contemporáneas se muestran abiertas, vamos a decir, doblemente abiertas, también como señalaba el señor Pablo Miralles, por un lado por la salida del territorio hacia otros países, por migraciones laborales o de otro tipo, y por la recepción de gentes de fuera. La paradoja está en que frente a esta supuesta característica más o menos relevante de apertura de la sociedad moderna, a la vez se han producido movimientos, nosotros decimos, de reafirmación de las identidades territoriales, locales o regionales o incluso nacionales.

Una reafirmación. ¿En qué se nota esta reafirmación? En muchas cosas, entre otras cosas, si no es baladí, la revitalización de lo que llamamos los viejos rituales, es decir, las fiestas, por ejemplo, la revitalización de las fiestas, al amparo de, vamos a decirlo así, de los viejos símbolos, las sociedades modernas vuelven otra vez a definirse nosotros somos así, una y otra vez. Y esto que en principio parece estar apuntando a una especie de redimensionalización de la cohesión interna, pues claro, en principio no se asocia, pero parece que tiene que ver con una especie de actitud larvada, de dificultad, de modificación de las viejas normas y los valores que deberían de llevar a una verdadera apertura.

O en todo caso, no parece que hayamos encontrado la forma de compaginar ambas cosas. Es decir, la forma de mantener nuestra identidad, nuestras identidades y, al mismo tiempo, situarnos dentro de unas relaciones de tolerancia, de verdadera apertura, hasta considerarnos

dentro del sentimiento y dentro de la comprensión de una relación de igualdad con cualquier otra persona venida de otro territorio, como se supone que nos gustaría a nosotros que nos trataran cuando fuéramos a otro lugar. El centro de la problemática para mí está en esta cuestión.

Es decir, en la contradicción o en la paradoja que se ha producido en las sociedades modernas entre apertura y, vamos a decirlo así, énfasis y reafirmación de las identidades locales o territoriales. El profesor Ibáñez López Pozas podría darnos una visión desde lo que es el marco europeo, ya que él es especialista en Derecho Comunitario. ¿Cómo es el derecho de extranjería dentro de la Comunidad Económica Europea? Muchas gracias.

En principio, quizá hemos superado el enfoque exclusivamente desde el punto de vista del derecho. Nos acercamos cada vez mucho más a un concepto horizontal, a una política horizontal, no a soluciones sectoriales. Y este carácter multidisciplinar se ve, por ejemplo, en la comunicación que ha presentado la Comisión de las Comunidades Europeas en el Pleno del Parlamento Europeo, celebrado en abril, en la cual los dos comisarios que llevan esta área de política, el comisario Flynn y el comisario Vanni de Arkirafi, han presentado por primera vez una política o un proyecto de política global, en el cual se compagina la actuación interna para mejorar la integración de las poblaciones inmigrantes y el conocimiento que tenemos, teóricamente, de los pobladores autóctonos de estas personas y de su contribución positiva a nuestra sociedad, con acciones en los países de origen de estas personas, acciones pendientes a reducir, a canalizar los flujos de inmigración que se producen o bien por desequilibrios graves, desequilibrios económicos, bien por la situación política, inestabilidad, violación de derechos humanos, etc.

Creo que hemos superado el enfoque exclusivamente jurídico, buscar soluciones jurídicas a un problema que es básicamente un problema humano, es el problema, en estos momentos, prioritario para la construcción europea, puesto que, como se acaba de indicar, nos está produciendo una paradoja, teóricamente estamos más abiertos, pero vemos renacer fenómenos como el fascismo, el nacionalismo exacerbado, etc. Estos fenómenos, hay que recordar, son contrarios a la idea básica de la construcción europea. La construcción europea nace como reacción al fascismo, a la guerra mundial, al nazismo.

Entonces, para la construcción europea, para el avance del Tratado de Unión Europea, es básico respetar sus tradiciones, la naturaleza que dio origen a la construcción europea y crear una Europa más abierta, más solidaria, más justa. Esto no quiere decir que las puertas vayan a abrirse para todo el mundo y que Europa vaya a ser el paraíso terrenal. Se trata de tener un flujo canalizado, permitir a aquellas personas que podemos recibir que vengan, permitir que las personas tengan capacidad de volver a su país, porque, si no, produciríamos una verdadera fuga de cerebros.

Aquellas personas que son los más lanzados de su pueblo son aquellos que van a dejar su rutina y van a intentar el salto al más allá. Y lo que interesa es que no solo vuelvan recursos

económicos a los países de origen, sino que vuelvan estas personas con la preparación, con los contactos, con la experiencia que han adquirido. Se trata, en una palabra, de replantear el fenómeno de la inmigración, integrarlo dentro de la construcción europea como una política más, una política que, insisto, no va a ser una política sectorial, sino una política horizontal que participará de instrumentos financieros específicos, por ejemplo, para la formación, de acciones de discriminación positiva para favorecer la integración, sobre todo en las segundas generaciones de inmigrantes, y de acciones también de política exterior, con instrumentos financieros específicos para ayudar a los países que, en un momento determinado por una crisis coyuntural, producen una gran avalancha de población que quiere salir de población inmigrante.

Creo que la situación a la cual vamos a hacer frente hoy, y estamos ya haciendo frente, se podría ilustrar con el ejemplo de Albania. Estoy seguro que todos ustedes se acuerdan del famoso éxodo de albaneses hacia Arribi. Los albaneses, cuando llegaban a Italia, todos decían más o menos lo mismo, queremos ir a Dallas.

El fenómeno de la televisión, del mundo sin fronteras, del exportar un modelo cultural determinado de sociedad de consumo, etc., con el avance de los medios de comunicación social, ha hecho que un idealizado modelo de éxito europeo esté al alcance de cualquiera. Modelo que no tiene, desgraciadamente, nada que ver o muy poco que ver con la realidad cotidiana de estas personas, una vez que están aquí. Sin embargo, la mera ilusión de que Dallas está a la vuelta de la esquina, provoca masas incontroladas saltando a los barcos, abandonando todo, dejando todo atrás.

Hay que evitar estos fenómenos que no favorecen en absoluto a la integración europea, a la construcción europea, y no favorecen en absoluto a los países de origen. Creo que esas son las líneas en las cuales nos vamos a mover en el futuro. Quizá, para indicar otro ejemplo que creo que puede ser muy gráfico, empezamos a tener el mismo concepto con respecto a los problemas de extranjería que tenemos ya con respecto a los problemas de contaminación del medio ambiente.

No existen soluciones nacionales válidas. Existen soluciones comunes válidas. Hay que buscar un enfoque común y hay que buscar un enfoque multidisciplinar.

No se trata de más sanciones, no se trata de construir una muralla, se trata de buscar otro tipo de actuación y para conseguirlo hace falta no solo la participación del derecho, sino la participación de otros sectores de las ciencias sociales y de la economía. Profesor Julio García, como especialista en derecho internacional privado, ¿podría hacer una reflexión sobre esta materia que estamos tratando, el derecho a la extranjería en España? Intentaré no ser excesivamente técnico y desde luego lo que se puede señalar en relación con la ley de extranjería jurídicamente es que tenemos aquí una normativa donde evidentemente el poder discrecional entregado a la administración para su aplicación, entregado al Ejecutivo, básicamente al Ministerio de Interior, es tremendo, es un poder que se observa, por ejemplo,

en el empleo absoluto de conceptos jurídicos indeterminados en la ley de extranjería, se observa fundamentalmente en las sanciones previstas en la ley de extranjería, las más graves evidentemente son la sanción de expulsión y la de devolución más graves porque evidentemente lesionan el derecho fundamental de la persona a la libre circulación y a la libre elección de residencia, digo, se observa cómo estas figuras, tanto la expulsión como la devolución, son utilizadas de modo absolutamente discrecional y desprovisto de garantías jurídicas por las autoridades, propiamente por el Ministerio del Interior, que es con mucho el poder principalmente implicado en la administración de esta ley de extranjería. Se puede observar, por ejemplo, que en la famosa sentencia por la que se resolvió el recurso del defensor del pueblo contra la ley de extranjería, se dejó, no obstante, se consideró válido por nuestro Tribunal Constitucional uno de los artículos más polémicos de esta ley de extranjería, el 26.2, que reglamenta precisamente la expulsión gubernativa.

Lo observamos también en la otra figura, en la figura de la devolución, que es con mucho la más utilizada para proceder a expulsar extranjeros del territorio español. En esta figura de la devolución, artículo 36.2, ni siquiera hay la garantía de que se instruya un expediente administrativo. No es que no haya ya control judicial, es que ni siquiera, repito, se instruye un expediente.

Y podemos observar, de acuerdo a los datos suministrados por el defensor del pueblo en sus informes anuales, cómo esta devolución es con mucho la figura más utilizada, todavía más que la expulsión. Por ejemplo, en datos de 1986, se observa que frente a 1.497 expulsiones, se efectuaron 21.929 devoluciones. Donde, ya digo, se procede, sin más, a la conducción del extranjero fuera del territorio nacional por orden directa de la Dirección General de la Seguridad del Estado o del gobernador civil de la provincia, más frecuentemente, sin, repito, ninguna garantía judicial, ni tampoco se instruye, como he señalado antes, ningún expediente administrativo.

Habría que preguntarse, simplemente, y con esto me finalizo, habría que preguntarse cuáles son las razones de esta discrecionalidad total de la administración, de esta vejatez que ha conseguido colocar a los extranjeros en una situación tremendamente complicada en cuanto su inseguridad jurídica es absoluta. Digo que habría que ver cuál es la razón de algo que muchas veces no se dice en público, porque políticamente no parece muy correcto señalarlo. Y esto es el fenómeno, me estoy refiriendo, en concreto, al hecho, porque es un hecho, de que la inmigración ilegal, en realidad, es más beneficiosa, por emplear un término, es más beneficiosa y más interesante para las economías de los países desarrollados que la inmigración legal.

Esto da lugar a situaciones de hipocresía, a situaciones un tanto esquizoides, que la sociedad debe enfrentar sin miedo, sin problema, y debe decidir realmente qué es lo que se persigue con la política de extranjería. Un poco a colación de lo que acaba de decir el profesor García López, me gustaría hacer una pregunta general a todos, y es si consideran que la ley de extranjería puede provocar racismo, porque en algunos medios progresistas esta ley ha sido calificada como un retroceso por criminalizar la inmigración. ¿Quién habla primero? El profesor

Miralles, venga.

Sí, yo creo que la respuesta, en mi opinión, está clara. Sí puede provocar racismo, sí puede provocar conductas y actitudes racistas, discriminatorias y xenófobas. Evidentemente que este no es el propósito de la ley, ni el propósito de nuestro legislador, pero sí es la consecuencia de este texto tan forzado que se aprobó en el 85.

Y en este mismo orden de cosas, en relación con lo que señalaba el profesor Julio García ahora mismo, con el artículo 26.2 de la ley orgánica de extranjería. Bueno, queramos o no, y somos juristas y somos los primeros obligados a mantener una postura y una actitud crítica cuando sí corresponda, este artículo 26, que fue impugnado por el defensor del pueblo, fue consagrado por nuestro tribunal constitucional. Y evidentemente que yo, como jurista, a mí me enseñaron cuando estudié, cuando entré en la universidad en primero de derecho, que todo lo que sea mantener más de 72 horas privado de libertad a una persona que es una monstruosidad jurídica muy distante y muy ajena al Estado de derecho.

Bueno, pues con una fórmula tan peculiar como el internamiento en centros especiales para extranjeros sometidos a posible medida de expulsión, pues aparece la privación de libertad que no detención. Yo no sé dónde está la diferencia y el tribunal constitucional a mí no me lo ha aclarado. Hasta 40 días de estos extranjeros que están sometidos a posibles medidas de expulsión.