

# ESTUDIOS

## Los nuevos dilemas de la vieja Europa. El reto de la inmigración

M.<sup>a</sup> Luisa ESPADA RAMOS

Sólo en una tierra en la que los espacios de los Estados hayan sido perforados y deformados tipológicamente y en la que el ciudadano sepa reconocer al refugiado que él mismo es, es pensable hoy la supervivencia política de los hombres  
(Giorgio Agamben)

### INTRODUCCION

Desde esta primera línea quisiera explicitar las razones de distinta índole que me han llevado a plantearme la realización de este trabajo. Y debo de confesar que no me ha movido a ello un puro interés científico por realizar una investigación de corte académico. Ha sido más bien una cierta desazón personal ante la situación precaria que numerosos seres humanos soportan dentro de Europa, junto a la autosatisfacción de nosotros, los europeos, por estar viviendo una experiencia de civilización avanzada, en la que concertamos nuestras individualidades a la búsqueda de un progreso, pero un progreso con exclusión e incluso con rechazo de los que no pertenecen al club del bienestar. Me inquieta que en esta Europa integrada sean pocos los que ponderen los costes y beneficios de estos graves desajustes y que sean pocas las voces jurídicas que cuestionen las soluciones arbitradas o los vacíos respecto a graves problemas sociales. Esto es lo que está ocurriendo ante la inmigración, cuyo tratamiento político y jurídico está dañando a aquellos que no pertenecen al contexto privilegiado de los socios comunitarios.

Busco abiertamente niveles de coherencia de Europa con sus presupuestos históricos, con sus valores civilizadores y también con sus intereses económicos. Porque, en principio, el Tratado de la Unión Europea, en su artículo K.2.1, dispone que las cuestiones a las que se refiere el artículo K.1 —las de los extranjeros— se tratarán en el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales dentro de una concepción de su universalidad que ha sido propia (tópica o utópicamente) de Europa.

No ignoro que ante la inmigración hay opciones opuestas. Una es aquella tradicional para la que el Estado es quien regula, ordena y controla la presencia de los extranjeros en su territorio. Se trata en su

caso de una protección y garantía de mínimos, pero anclada en las viejas historias de cada Estado europeo. Otra es la que hoy promueve que la Unión europea regule y armonice políticas y leyes estatales diversas. Asimismo, prevé una posible progresión integradora en ámbitos de interés y de decisión. Con ello, se dice, habría un mayor control comunitario. Ciertamente esto podría ser así. No obstante, la cuestión es si ese control es en sí mismo bueno, o su bondad dependerá de que sirva para la salvaguarda y protección de los derechos de «cualquier ser humano», o tal vez sirva sólo para la protección de los intereses económicos del Mercado interior.

Evidentemente, un hecho es incuestionable: ante la creciente o fuerte inmigración del Sur y del Este hacia a Europa, hecho que plantea problemas de diferente naturaleza y alcance, ha habido una dispersión de actuaciones jurídicas y políticas. Tales actuaciones han sido en su mayoría de control, restricción, rechazo e incluso de autodefensa, como si se tratase de una amenaza vital para los europeos. Por ello me propongo hacer un análisis crítico y valorar la priorización de intereses que revelan esas actuaciones políticas y normativas. En la construcción jurídica está en juego el modelo de organización social, económica y política que la Europa comunitaria está promoviendo como paradigma de convivencia para el siglo XXI.

### 1. UN PROBLEMA REAL: LA INMIGRACION HACIA EUROPA

Los flujos migratorios son un hecho real, acrecentado en nuestro momento histórico por factores demográficos, de supervivencia material, por condiciones medioambientales, por la escasa productividad de la tierra, el acaparamiento de recursos por las sociedades industriales avanzadas y que produce

inestabilidad en los sistemas políticos y económicos y reaviva rescoldos de guerras, exterminios, éxodos etcétera. Hay evidentemente causas macroestructurales del sistema internacional, pero con una especificidad y gravedad singular según la región geopolítica de la que proviene o hacia la que se orienta el flujo humano. J. P. Garson<sup>1</sup> habla de mundialización y regionalización del fenómeno migratorio, porque a niveles diferentes todos los continentes están afectados. Es en Africa donde se concentran la mayor parte de refugiados actuales, sobre todo de Etiopía, Sudán y Somalia. Asia y Oriente Medio constituyen polos importantes de emigración e inmigración, los suministran Sri Lanka, India, Pakistán, Bangladesh, Tailandia, Filipinas, Malasia, Singapur, Indonesia y un largo etcétera. Europa aparece como el continente más residual, pero en el que mayor alarma social se ha suscitado<sup>2</sup>. Aunque este trabajo va estar referido a la Europa comunitaria, no es Europa sin embargo la parte del mundo más afectada por las masas de desheredados, ni con mayores riesgos de pérdida de identidad cultural o histórica por el fenómeno migratorio. No obstante, sí es el área en el que las respuestas están jurídicamente más articuladas y las prácticas de contención evidencian mayor eficacia y contundencia en su control y a veces rechazo<sup>3</sup>.

La singularidad del problema en Europa deriva de las secuelas de una desgarrada historia de guerras y de colonialismos no bien resueltos, que atraen a los europeos del Este, y a las gentes del Sur<sup>4</sup>. Unos vienen tras el espejismo de las libertades aireadas como señas de identidad europea, otros siguen el rastro de sus propios recursos naturales y económicos. También se alentaron las venidas con invitaciones de liberación política y en otros casos invitando a compartir el proceso de industrialización a cambio de una oferta de empleo precaria. El problema actual es diferente, porque que la inmigración pretende ser permanente e integrarse incorporando también establemente sus propias tradiciones familiares y culturales.

Este proceso implica importantes cuestiones que desbordan el estricto análisis jurídico. Pero el objeto de este trabajo no es estudiar la totalidad de las perspectivas, sino únicamente estudiar los referentes sociales, económicos y políticos, con algunas alusiones a aspectos jurídicos, como expresión de la situación crítica que está viviendo y va a vivir Europa<sup>5</sup>. Tratamos de hacer valoraciones sobre unos

fenómenos sociales que no son separables de las soluciones jurídicas que se han estado dando a los extranjeros no-comunitarios en la Comunidad Europea.

De entrada se puede afirmar que los inmigrantes que llegan o van a llegar del Este, que es una cuestión aún por ver, se presentan como una amenaza virtualmente presente a partir del fin del comunismo real y la caída del muro de Berlín. El representante soviético en la OIT preveía 40 millones de parados y el Instituto de documentación de Trieste sobre la Europa Oriental situaba las cifras de 1995 entre 13 a 16 millones. La evolución de los procesos de democratización implicaba riesgos de nacionalismos violentos con desplazamientos humanos y diásporas centradas en Rumanía, Bielorrusia, Ucrania, Yugoslavia, Armenia, Azerbaiyán, etc.<sup>6</sup>. No obstante, los anuncios intempestivos y alarmistas de finales de 1990 sobre las «oleadas masivas» de la Europa pobre hacia la Europa rica, han dejado paso a análisis socioeconómicos y demográficos más precisos. J.C. Chesnais, en un informe de 1990 para el Consejo de Europa, señalaba tres causas que funcionarán interdependientemente: la inmigración étnica a la búsqueda de reagrupación, las descomposición política de viejos Estados a la búsqueda de la Nación/Estado con éxodos masivos, y el espejismo de Occidente rico para una enorme mano de obra en paro estructural<sup>7</sup>. Es una novedad un tanto problemática para la vieja Europa, porque muchos de estos inmigrantes no llegan desde la absoluta pobreza o no llevan auestas una cultura y etnias diferenciadoras que quieran conservar. «Es verosímil pensar que la Comunidad constituirá en los próximos años el espacio de evolución privilegiada de poblaciones en movimiento hacia el Oeste en posición intermedia entre los refugiados políticos y los migrantes económicos»<sup>8</sup>. En cierta medida es como si Europa toda deseara reconducir su inestabilidad histórica hacia una normalización generalizada. El pasado inmediato nos reclama coherencia y lealtad. Los costos son parte de la deuda para con la otra parte de Europa que ahora debe ser parte de nuestro presente.

Por ello, en cierta medida esta corriente migratoria se nos presenta como prioritaria para compartir recursos, ordenar nuestras opciones de ayuda social y económica y nuestras políticas de cooperación internacionales. En este sentido son Alemania e Italia las que fuerzan inicialmente a orientar el esfuerzo

<sup>1</sup> J. P. Garson: «Migrations Internationales: faits, chiffres, politiques», en *L'Observateur de l'OCDE*, núm 176, julio 1992, pág. 19.

<sup>2</sup> Vid. J. P. Garson y A. Puyroyen: «Migrations: le nouvelle donné», en *L'Observateur de l'OCDE*, núm. 192, 1995, pág. 8.

<sup>3</sup> El sentimiento de alarma es paradójico. Como pone de relieve G. Tapinos, la inquietud no guarda proporción con los efectivos implicados. Considerando la CEE, entre una población total —dice— de 345 millones de personas, el efectivo extranjero se eleva a menos de 13 millones, de los cuales ocho millones provienen de países no comunitarios, lo que representa, respectivamente el 4 y el 2,5 por 100 de la población total, exceptuando los casos particulares de Luxemburgo e Irlanda, donde la proporción de extranjeros se sitúa entre el 1,5 y el 9 por 100. En el resto, entre los años 1950-1990, los solicitantes de asilo y la inmigración clandestina han aumentado los efectivos, pasando aproximadamente de 1,5 a un 4 por 100 de la población total. G. Tapinos:

*Inmigración e integración en Europa*, Ed. Itenera de la Fundación Paulino Torras Domènech, Barcelona, 1993, págs. 18-20.

<sup>4</sup> Ab. Belbahr: *Inmigración et situations postcoloniales*, Ed. L'Harmattan, París, 1987.

<sup>5</sup> Vid. B. Ghosh: «Tendances de la Migrations mondiales», en *Le Courier ACP*, Communauté Européenne, núm 12946, págs. 40-79.

<sup>6</sup> Referencia recogida de C. Goybet: «Le manque d'une politique de l'immigration», *Rev. Marché Commun*, núm 351, oct. 1991, pág. 687.

<sup>7</sup> Vid., J. C. Chesnais: *Les migrations d'Europe de l'Est vers l'Europe de l'Ouest: de l'histoire à la prospective*, Consejo de Europa, Estrasburgo, 1990, pág. 25.

<sup>8</sup> Assane Ba: «Inmigración e inmigrantes en la Europa comunitaria», en *Anuario CIDOB*, Barcelona, 1992, pág. 155. También, E. Agamben, *La Comunità che viene*, Ed. Mondadori, Milán, 1993.

europeo hacia Polonia, Hungría, Albania y Yugoslavia. En el Consejo Europeo de Hanover de 1988 el canciller alemán H. Kohl insta a iniciar unas líneas de actuación en materia de flujos migratorios, pidiendo por primera vez informes a la Comisión sobre problemas de integración, entrada e inserción social<sup>9</sup>. No obstante, la integración económica y social inicialmente puede generar un deterioro social y económico. Los procesos de democratización van a reclamar algo más que el aliento político de luchar por las libertades<sup>10</sup>. Estos pueblos van a reclamar la entrada en los países vecinos, empleo, igualdad en las condiciones de vida, escolarización, normalización social y política, etc. La Europa comunitaria no tiene ni razones ni legitimidad para decir no<sup>11</sup>.

Con relación al Sur, el fenómeno migratorio hacia Europa sigue respondiendo a las mismas causas estructurales conocidas y al reclamo de mano de obra no cualificada y dispuesta abandonar sus lugares de origen a cambio de precarias condiciones de vida<sup>12</sup>. La pobreza es la explicación general, si bien el factor demográfico agrava la situación y está conduciendo sobre todo a África a una situación límite<sup>13</sup>. A largo plazo este fenómeno es más preocupante que las corrientes del Este, porque es mayor el número de países con carencias estructurales y con un grave desbordamiento demográfico. La clandestinidad es la característica generalizada de estos hombres que buscarán sobrevivir en la marginación, en getos y en el silencio, pero que intentarán entrar en Europa con fronteras o sin ellas<sup>14</sup>. Es cierto que estos supuestos no han sido previstos por las reglas consuetudinarias del asilo o por la Convención de Ginebra de 1951 sobre refugio, pero comparto la posición de un sector doctrinal que entiende que son supuestos de asilo e igualmente legítimos de proteger. Comparto también la tesis de que tal desbordamiento del asilo «responde a una inversión brutal de las corrientes migratorias que han tenido por efecto dirigir una parte de los flujos tradicionales de inmigración hacia las únicas posibilidades todavía ofrecidas: la solicitud de asilo u la inmigración familiar»<sup>15</sup>. No obstante, *L'Observateur de l'OCDE*, en su número 176, de julio de 1992, ponía de relieve como las entradas a título de inmigración y de reagrupación familiar predominan en la mayor parte de los países de la OCDE y sobrepasan claramente, en valor absoluto, los flujos de solicitantes de asilo, salvo en Suecia. Señala, no obstante, que en los años 93-94 los flujos de auténticos solicitantes de asilo podrían aumentar en razón de los conflictos étnicos

y religiosos y de nacionalismos en los que están inmersos viejos pueblos europeos<sup>16</sup>. Lo cierto es que la inmigración será un hecho en progresión incuestionable, porque sus factores estimulantes nacen en el contexto de una estructuración social y económica mundial y son exógenos a la propia Europa y, por tanto, en principio están fuera de su control.

Considerando las macro tendencias hacia Europa, está claro que los mecanismos de los movimientos migratorios están cambiando. Hasta no hace mucho, los flujos migratorios hacia Europa estaban regulados por las necesidades económicas de los países de acogida. En la actualidad son principalmente factores socio-económicos y políticos de los países de origen los que impelen la salida. Una descripción puramente instrumental puede presentar la siguiente situación.

1. El factor económico empuja inmisericordemente: pobreza/inmigración es una ecuación de supervivencia.
2. Las comunicaciones favorecen las entradas ilegales por la posibilidad de cielos y mares abiertos.
3. Los medios de comunicación de masas tienen la virtualidad de desarrollar la percepción de otros mundos exteriores que aparecen con una seducción universal. Estimulan la libertad de movimientos e incluso aumentan localmente las tensiones sociales y políticas presionando por emigrar.
4. Los factores sociales (evolución demográfica y contactos familiares e incluso no familiares) aumentan el potencial migratorio. Así, el crecimiento de la población en países de bajos ingresos es un dato objetivo que se produce por la interacción recíproca de la pobreza, la falta de «educación», la inestabilidad social y humana. Tales situaciones impulsan a buscar salidas, curiosamente hacia núcleos urbanos de alto nivel de vida. La inmigración también es impulsada por un factor peculiar: los inmigrantes legales crean especiales relaciones con otros inmigrantes clandestinos y con otros conciudadanos en sus países de origen y crean expectativas o retroalimentan el fenómeno de la búsqueda de salidas económicas y laborales. Los propios grupos de inmigrantes constituyen un referente del fomento de la inmigración, incluso al margen de su estabilidad o temporalidad, de su legalidad o ilegalidad.
5. La inmigración familiar es otro dato. En un

<sup>9</sup> Respuesta que se da con el Programa de la Comisión para la integración social de inmigrantes de terceros países. Residentes permanentes y legales en Estados miembros. Doc. SEC (89) 924 final 22.

<sup>10</sup> Vid. G. Gomel y S. Rebecchini: «Migrazioni in Europa: andamenti, prospettive, indicazioni di politica economica», *Terzi di Discussione del Servizio di Studi, Banca d'Italia*, núm. 161, febrero, 1992, págs. 30-34. También, Henry de Lary: «Les problèmes de l'immigration dans l'Europe de demain», en *Revue Française des affaires sociales*, diciembre 1992, pág. 197.

<sup>11</sup> H. Z. Layton: «El desafío político de la inmigración para los Estados Europeos occidentales», en *Debats*, v. 28, 1989, págs. 124-129; y Elvira Posada: «La inmigración, piedra de toque de la democracia», en *Mientras Tanto*, v. 55, 1993, págs. 65 y ss.

<sup>12</sup> Vid. N. Federic: «Les causes des migrations internationa-

les», en *L'incidence des migrations internationales sur les pays en développement*, OCDE, Paris, 1989, pág. 115 y también, G. Gomel y S. Rebecchini (1992), *op. cit.*, págs. 8-9.

<sup>13</sup> Vid. D. Blot: «Démographie et politiques migratoires», en *L'Observateur de l'OCDE*, núm. 163, 1990, págs. 21 y ss.

<sup>14</sup> Mientras que en Europa el crecimiento de la población será estacionario, en Asia se duplicará; en América Latina se triplicará y puede cuadruplicarse en África, en este sentido los trabajos de prospección realizados por el WorldWatch Institute y recogidos en *Vital Signs 1992*, ed. L. Starke, London 1992, y en especial el trabajo de Lester R. Brown: «Population Growth Sets Record», págs. 76 y 77. Y también en publicación del mismo Instituto, la obra anual sobre: *State of World 1993*, London 1994.

<sup>15</sup> Ba Assane, *op. cit.*, *Anuario CIDOB*, 1992, pág. 156.

<sup>16</sup> *L'Observateur de l'OCDE*, núm. 192, 1995, *cit.*, pág. 18.

tiempo pasado los inmigrantes eran principalmente trabajadores jóvenes, sin vínculos conyugales, que provenían de las áreas más avanzadas de su país, con niveles educativos y capacidad productiva superior al resto de sus gentes, y con carácter temporal. Posteriormente, es gente casada con necesidades más profundas que precisan alargar sus períodos de estancia y ello hace inevitable la llamada a la reunificación familiar. En esta fase la reunificación familiar conlleva un aumento considerable de la población extranjera con pretensión de permanencia. La permanencia y estabilidad en las situaciones sociales, educativas y económicas en cierta medida inducen un proceso de institucionalización étnica o grupal para la optimización de las situaciones legales o mejor para la defensa de la «carencia» de derechos<sup>17</sup>. También cuenta como factor añadido la relativa feminización de la población extranjera inmigrante con pretensiones de acceso al mundo laboral.

6. Los factores políticos en los países de origen alimentan la inmigración. Unas veces es la presión social la que impulsa a los gobiernos a alimentar las salidas. Otras la necesidad de divisas remitidas desde el exterior para posibilitar la financiación del desarrollo interno. Quizás habría también que contabilizar como otro factor político los nacionalismos con sus depuraciones de todo tipo, las guerras, las deportaciones, el éxodo obligado de quienes tienden a transformarse *de facto* en mano de obra en paro y que ha de alimentarse.

En cualquier caso, lo que me parece evidente es que la inmigración no es un problema exclusivamente económico, sino sobre todo humano y como tal suscita reacciones en la sociedad y reclama soluciones políticas. Pero cuando el fenómeno migratorio es un hecho que implica gravemente a toda una realidad socio-económica, regional y local, las soluciones no pueden improvisarse bajo la presión de circunstancias puntuales. Requiere una previsión a medio y largo plazo. La experiencia de Europa lo evidencia. Ante los flujos migratorios crecientes desde el Este y Sur, no ha habido aún una respuesta estructurada. Por ello Europa está dedicada en estos momentos a atajar el problema con corta-fuegos. La consecuencia es la existencia de desajustes, tanto en los niveles convivenciales como en el ámbito estrictamente económico.

## 2. LAS SECUELAS SOCIALES Y POLITICAS DE LA INMIGRACION EXTRACOMUNITARIA

Algunas consecuencias de estos fenómenos mi-

gratorios se van ya constatando: el racismo y la xenofobia, la criminalización en el trato policial y administrativo, la inducción indirecta a un rechazo social, la getización, la creación artificial de nuevas minorías de naturaleza económica sin posibilidades de un estatuto protector, entre otras.

Etienne Balibar hace una afirmación que compara: «Europa no es cualquier cosa que se construye de forma más o menos rápida, más o menos fácil, es un problema histórico sin ninguna solución preestablecida. Las migraciones y el racismo forman parte de los elementos de este problema»<sup>18</sup>.

La inmigración es ante todo un problema social, político y jurídico. La ausencia de un correcto tratamiento en estos tres niveles conlleva la demolición de las formas democráticas de convivencia<sup>19</sup> y además impide una percepción normalizada del problema en la opinión pública y población civil y hace nacer las reacciones de racismo y xenofobia. El racismo y la xenofobia —decía Enrique Barón en la presentación del Informe Ford— nacen del temor y de la inseguridad individuales por lo que respecta al futuro y son alimentados por el desempleo y la pobreza<sup>20</sup>.

No comparto en su totalidad esta valoración, pero sí en lo que tienen de identificación de la actitud de los europeos ante los extranjeros inmigrantes y ante una desinformación de las dimensiones reales del problema. Se han alimentado miedos e inducido larvadamente a actitudes defensivas y de rechazo.

La generalidad de las políticas de extranjería de los países europeos en la última década han estado orientadas hacia la restricción en los permisos de entrada y permanencia de los no-comunitarios. Se han adoptado normativas restrictivas sobre asilo, o se han modificado aquellas que encerraban cierta generosidad, como ha ocurrido con la legislación francesa, con el artículo 16 de la Constitución alemana o con la ley española de 1984, y se ha reconducido la protección a un refugio técnico, que como es sabido es una garantía de mínimos. Han disminuído las ayudas sociales a extranjeros legales y prácticamente se ha imposibilitado la reunificación familiar<sup>21</sup>. Para ello se han dado las argumentaciones de seguridad, contención, alarma de «invasión», «boat full», etc., que han ido generando un clima de hostilidad hacia lo extranjero, pero hacia el extranjero pobre. Este clima está promoviendo una «cierta legitimidad» para unas políticas que tienden a cerrar a Europa contra *natura*, porque no es ésta la versión de la historia de Europa autotransmitida desde Europa<sup>22</sup>.

Esto ocurre aunque no se reconozcan abiertamente con actuaciones racistas y reacciones sociales de una xenofobia larvada contra extranjeros. Si estas peculiaridades se articulan discriminatoriamente desde la mayoría con un poder de control social, suele llegarse a una valoración negativa para

<sup>17</sup> G. Gomel y S. Rebecchin (1992), *op. cit.*, Banca d'Italia, pág. 19.

<sup>18</sup> E. Balibar, «Razzismo e politica. La crisi dello Stato-nazione nell'Europa multirazziale», en *Il passaggio*, año III, núm. 6, 1990, pág. 12.

<sup>19</sup> Balibar E: *Les frontières de la démocratie*, Ed. La Découverte, París, 1992, págs. 79 y 169.

<sup>20</sup> Informe Ford sobre las conclusiones de la Comisión de in-

vestigación del racismo y la xenofobia, presentado al Parlamento europeo en 1990. Oficina de publicaciones de las Comunidades europeas, Luxemburgo, 1991.

<sup>21</sup> Vid. Th. Hammar (ed.): *European immigration Policy: a Comparative Study*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985.

<sup>22</sup> Vid. Sami Nair: *Le regard des vainqueurs. Essai sur l'usage de l'immigration en temps de crise*, Ed. Grasset, París, 1992.

la minoría «diferente». Estas políticas son racismo, aunque no estén apoyadas en motivos de raza o etnia, sino en un rechazo exponencial sustentado en el poder social, económico o político, que es el que dicta la normalización y regulación de las situaciones sociales<sup>23</sup>. Incluso puede expresarse con menor intensidad a través de reservas y prejuicios parcialmente no expresados. En la sociedad europea se podría afirmar que el racismo y la xenofobia se nutren de una actitud de no querer dar nada: no compartir la riqueza ni el bienestar, no admitir cambios en las formas de vida en común, o sea no compartir la articulación convivencial, sino imponer un modelo. Así, todo lo que no es «normal» es rechazado de manera tendencial como problema. Para ello se destacan los problemas sociales planteados por los extranjeros, o la criminalidad inducida por las condiciones de pobreza y marginación (imputables al parecer a ellos mismos y a sus hábitos). Se lamenta un sinnúmero de desventajas económicas, sobrecargas sociales y la disputa por los puestos de trabajo, desde luego no los competitivos que no entran en cuestión, porque se trata de mano de obra extranjera no cualificada. Se subraya también la dificultad de entender y compartir culturas y modos sociales que chocan con nuestras costumbres, que deben de ser preservadas como exigencia de pervivencia cultural e histórica<sup>24</sup>.

En el contexto de este trabajo me interesan unas formas de racismo que están conectadas con la inmigración. No obstante no se puede olvidar que el racismo es parte de la historia de Europa, que por dos veces en el pasado e incluso en el presente ve convulsionada su «paz europea» por nacionalismos de exclusión y depuración étnica. La trágica realidad de la ex Yugoslavia evidencia la falta de tolerancia, junto con la violación grave de los derechos humanos. Sin embargo, hoy aflora un nuevo racismo de corte social asentado sobre la discriminación de segmentos —pobres— de población extranjera y alimentado por penosas condiciones laborales y sociales. Es una situación nueva porque, según Etienne Balibar, fundamentalmente se trataría de un «racismo sin razas»<sup>25</sup>. La causa de la violencia y el rechazo no es estrictamente el componente étnico, sino la concurrencia al mundo del trabajo, la concurrencia a los bienes y recursos económicos, la concurrencia permanente a compartir las condiciones de vida de Europa desde la pretensión de la multiculturalidad. Que todo esto constituye formas actuales de racismo fue reconocido por la Segunda Conferencia mundial para combatir el racismo y la discriminación racial, celebrada en Ginebra en agosto de 1983. En el punto 26 de su Declaración final y Programa de acción se requiere a los Estados a que aseguren que sus prácticas legislativas, administra-

tivas y de otra índole no supongan discriminaciones para los inmigrantes trabajadores y sus familias.

En este momento, en Europa la inmigración económica suscita un racismo estructural e institucional. Esto es, hay efectos discriminatorios en la organización social y económica de las relaciones con el inmigrante no comunitario. Y de igual modo hay efectos discriminatorios jurídicos y políticos en el modo de normativizar su estatuto jurídico y en las posibilidades —residuales— de gozar de sus derechos civiles y políticos. A este nivel, las actitudes racistas se personifican en la estructura de poder. Europa, una «supranacionalidad» que no es Estado, justifica este modelo regulador como una exigencia de la construcción europea, pero sin un soporte democrático. Excluye de la construcción política y social a un contingente significativo la población trabajadora extranjera, que contribuye esencialmente a la dinámica económica del desarrollo y de la elevación del nivel de vida, objetivo del artículo 2 del Tratado de la CEE.

Estos modos de actuación generan en las relaciones humanas una segunda modalidad de rechazo que es calificada por Javier de Lucas como racismo «concurrential» o de competencia, «que tiene como motor la defensa del control simbólico y material sobre el territorio y las fuentes de riqueza»<sup>26</sup>. Inducen, según este autor, hacia un racismo adicional, con una progresiva alarma social, que permitiría desarrollar prejuicios y potenciaría paulatinamente conflictos y discriminaciones. En definitiva, una dinámica de perversión social que legitimaría la construcción de la llamada «Europa fortaleza», asentada sobre la idea de defensa de valores, civilización/cultura, recursos y un modelo de vida social y de nivel económico. En este sentido, Europa ha ido generando sentimientos de «emergencia social: la presencia de extranjeros queda equiparada a otras alarmas o patologías, como la criminalidad o la droga. De esta forma el racismo aparece como un subproducto con cierto fundamento»<sup>27</sup>.

Este tipo de explicación del racismo social y convivencial no es el factor de mayor riesgo, porque se sitúa a un nivel emocional que inteligentemente puede reorientarse. Existen otra serie de causas cuyos efectos discriminatorios son más profundos y de mayor perdurabilidad. Son aquellas razones que se presentan como inherentes a la construcción de la Europa supranacional y que —se dicen— son condición *sine qua non* de rentabilidad económica, cohesión social y de protagonismo mundial. Me refiero a aquellas exigencias que conllevan discriminación explícita y que son requisitos de la construcción de la identidad eurocomunitaria: así es el fortalecimiento de la diferencia europea, el aunar señas de identidad frente a lo no europeo, y la equívoca y ambi-

<sup>23</sup> Vid. Roy Oliver: «Les immigrés dans la ville. Peut-on parler des tensions ethniques?», en *Esprit*, mayo de 1993, pág. 41.

<sup>24</sup> Vid. Jäger, del Instituto de investigaciones lingüísticas y sociales de Duisbourg: «Thèses sur les causes et les formes du racisme en République fédérale d'Allemagne», en *Forum des émigrants*, 1993, núm. 3, págs. 14-15. En similar sentido la afirmación de Sami Naïr, cuando refiriéndose a la experiencia francesa afirma que «les minorités immigrées ne véhiculent pas une culture capable de s'imposer dans le champ culturel français ou as-

sez forte pour le diversifier autrement que de façon folklorique», en *Le regard des vainqueurs. Essai sur l'usage de l'immigration en temps de crise*, Paris: Ed. Grasset, 1992, pág. 120.

<sup>25</sup> Balibar E: *Les frontières de la démocratie*, 1992, *op. cit.*, pág. 809.

<sup>26</sup> J. de Lucas: *Europa: ¿convivir con la diferencia? Racismo, nacionalismo y Derechos de las minorías*, Madrid: Ed. Tecnos, 1992, pág. 42.

<sup>27</sup> J. de Lucas (1992), *op. cit.*, pág. 43.

gía propuesta formalizada ya en el artículo 8 del TUE de la *ciudadanía de la Unión*. Esta categoría jurídico/política podría —si se pierde la perspectiva de los derechos del hombre— articular situaciones jurídicas y políticas basadas en la desigualdad y en la discriminación porque excluye expresamente a los no comunitarios. Además se está produciendo sin la legitimación democrática expresada por «el pueblo europeo», sino articulada por los Estados sin el referendo democrático.

El concepto de *ciudadanía europea* está conectado con la Europa política y concretamente con la articulación de derechos cívicos y políticos específicos. La ciudadanía europea es concurrente con la nacionalidad, pero teleológicamente va a institucionalizar estatutos privilegiados, dentro de los cuales no estarán los extranjeros. Así, según Balibar, «el derecho vuelve a ser un privilegio y la libertad un estatuto»<sup>28</sup>. La consecuencia inmediata será institucionalizar la exclusión y consecuentemente la existencia de minorías desprotegidas, «colonizadas interiormente» y abocadas a la getización<sup>29</sup>.

Existirán discriminaciones y recortes en los derechos laborales, sociales y económicos y habrá limitaciones en sus derechos fundamentales, derivadas de su no pertenencia política. Habrá cercenamiento de sus derechos culturales y de identidad. Por tanto estas situaciones conllevan violencia estructural y generan conflictos sociales. La inseguridad estará servida y se referirá a estos grupos de riesgo cuyas condiciones sociales y económicas se consideran como inductoras de inestabilidad. A su vez ello consolida una visión criminalizada de estos grupos y justificaría un tratamiento policial riguroso. La condición de «legalidad» estará presente de manera relativa y desigual en la sociedad europea<sup>30</sup>. De este modo la ilegalidad «por ley» fuerza a la clandestinidad y hace surgir la imagen de delincuencia. Pero sobre todo serán «ilegales por ley», no por los comportamientos lesivos a la convivencia o contra bienes jurídicos fundamentales. La percepción colectiva será de riesgo social, de inseguridad, de necesidad de cerrar los círculos y excluir a los elementos de posible perturbación. De ahí al racismo y a la xenofobia hay un paso, porque ya la sociedad está naturalmente instalada en las percepciones emocionales. Nace una «ideologie sécuritaire»<sup>31</sup>. Sami Naïr destaca «el carácter global del malestar que transforma al inmigrante en mercancía política y los presenta como aquellos cuya existencia comporta el mínimo de seguridad y por tanto fuente principal de inseguridad»<sup>32</sup>. También para Balibar no es la «diferencia» del inmigrante la causa de su exclusión social, sino el estatuto subordinado y bajo vigilancia, su régimen

administrativo, que legitiman y alimentan la discriminación y la desconfianza de la que es objeto. En este sentido afirma lo siguiente: «...un apparato di sicurezza che genera insicurezza: vale a dire un apparato amministrativo, poliziesco e giudiziario destinato a proteggere una parte della popolazione, mentre ne accresce i rischi per un'altra parte, senza che la linea di demarcazione tra i due "gruppi", le due "popolazioni", si possa mai tracciare in modo netto, esattamente là dove bisognerebbe lo fosse»<sup>33</sup>.

El avance del racismo en Europa es un hecho de perfiles renovados, porque aparece con unas nuevas formas calificadas anteriormente de «racismo sin raza» en sentido estricto, o «racismo antiinmigración», dirigido contra el extranjero trabajador, su familia y su descendencia. Hay hoy una especificidad con respecto a otras situaciones históricas<sup>34</sup>. Según Balibar, en la Europa comunitaria se está dando en relación al racismo un paso que va del estereotipo «biológico» al estereotipo «cultural»<sup>35</sup>. Ante estos hechos la Europa comunitaria no ha sabido aún dar una respuesta contundente y por tanto está inserta en contradicciones y dilemas. El Parlamento Europeo no pudo conseguir la aprobación del informe de la «Comisión de investigación sobre racismo y xenofobia», dirigido por Glyn Ford en 1990. Sólo aprobó un proyecto de resolución por 188 votos a favor, 146 en contra y 18 abstenciones, en el que pidió a la Comisión Europea, al Consejo de Ministros y a los Estados miembros que consideren las 77 recomendaciones que incluye el informe<sup>36</sup>. En otro contexto, los ministros de trabajo de la CE excluyeron a los inmigrantes de terceros países del texto de la resolución adoptada en el contexto de la cooperación en materia de relaciones laborales.

La falta de respuesta está vinculada al vacío de una política de inmigración comunitaria y este vacío es suplantado por actuaciones puntuales de parcheo, que «renferme en soi un germen de discrimination»<sup>37</sup>. El Consejo Europeo de Maastrich en su última sesión adoptó una declaración sobre el racismo y la xenofobia sin haber sabido concretar los términos de una acción comunitaria coherente. Por el momento las actuaciones diversas son gestos políticos importantes, pero sin referente normativo<sup>38</sup>. La timidez y las contradicciones sumergen a la Europa comunitaria en dilemas frente a su historia. Así la opción se platea entre crear una Europa de las libertades o una Europa de remozado capitalismo, apoyando una ficción manipulada de los derechos del hombre. Balibar vuelve insistir sin ningún tipo de paliativos que ha aparecido un fenómeno terrible, «el racismo europeo» y afirma que «no se trata sólo de analogías, sino de fenómenos institucionales, acele-

<sup>28</sup> E. Balibar (1992), *op. cit.*, pág. 12.

<sup>29</sup> Vid. R. Wolfrum: «The Emergence of "New Minorities" as a Result of Migration», en *Peoples and Minorities in International Law*, E. Aartinus Nijhoff, Dordrecht, 1993, pág. 153.

<sup>30</sup> En este sentido J. de Lucas, al diferenciar civilización y cultura en relación a la universalidad de los derechos del hombre, en *El desafío de las fronteras*, Madrid, Ed. Temas de hoy, Madrid, 1994.

<sup>31</sup> E. Balibar (1992), *op. cit.*, pág. 69.

<sup>32</sup> Sami Naïr, citado por Serge Halimi en *Le Monde diplomatique*, abril de 1992, pág. 22.

<sup>33</sup> E. Balibar (1992), *op. cit.*, págs. 66-67, y también en *Il passaggio* (1990), *op. cit.*, pág. 17.

<sup>34</sup> E. Balibar (1990), en *Il passaggio*, *op. cit.*, pág. 11.

<sup>35</sup> E. Balibar (1990), en *Il passaggio*, *op. cit.*, pág. 16.

<sup>36</sup> Vid. Informe G. Ford: Comisión de investigación del racismo y la xenofobia, Parlamento europeo, Oficina de publicaciones de las Comunidades europeas, Luxemburgo, 1991.

<sup>37</sup> D. Evrigenis: «Europe: les comptes de la xénophobie ordinaire», en *Liberation*, 8-11-1985, pág. 6.

<sup>38</sup> Vid. Pétros N. Stangos. «La lutte de la Communauté contre le racisme et la xénophobie», en *Revue du marché commun*, núm. 354, 1992, pág. 17 y ss.

rados en la construcción europea exterior y sostenidos por una visión ideal de Europa. Porque en efecto, dice, la discriminación está inscrita en la naturaleza de la Comunidad Europea, porque determina en sus Estados miembros dos categorías de extranjeros con derechos desiguales. El desarrollo de la estructura política de la Unión Europea encuentra dificultad en el problema de la libertad de circulación, en el control de las fronteras, en los derechos sociales, lo que no puede sino acentuar esa tendencia hacia la diferencia entre comunitarios y extracomunitarios, con lo cual el conflicto estaba latente y hoy es explícito<sup>39</sup>. Así, Europa es un proceso en construcción, no preestablecido, donde las inmigraciones y el racismo forman parte de los elementos de esta construcción. Habrá, pues, que dilucidar los dilemas que plantean y las opciones de su avance histórico.

### 3. LOS DILEMAS DE LA VIEJA EUROPA

#### a) Coherencia histórica o retórica de la solidaridad

Como diría Josef Fontana en su obra «Europa ante el espejo», la vieja Europa se enfrenta a sí misma reflejada en el espejo de su historia, de sus mitos y de su propia imagen adulterada. Fontana habla de una galería de espejos deformantes que han permitido al europeo afirmar su superioridad sobre el salvaje, el primitivo y el oriental. Es la base en que se fundamenta la concepción de la historia de su «civilización» y su «progreso» y con la que explica sus éxitos<sup>40</sup>. Compatiendo esta metáfora, creemos que el presente plantea un dilema a Europa: o bien le obliga a construir la realidad de hoy en coherencia con las imágenes proyectadas en tantos espejos o pasar a desmitificar tópicos de filosofías, éticas o retóricas.

Ante la inmigración, Europa ha de ser coherente a dos niveles: con su realidad socio-económica y con los medios que utilizó para su construcción y con los principios de su historia civilizadora, amantes de los derechos humanos y de la igualdad<sup>41</sup>.

En principios no se puede olvidar que Europa llamó a la mano de obra extranjera para lanzar su proceso de industrialización después de la 2.ª Guerra mundial. Una mano de obra no cualificada, que abarató sus costes como un beneficio bruto y sin contrapartidas excesivas, porque el Mercado común excluyó de los beneficios de la política social a los trabajadores de Estados no-miembros. Además en otros momentos alentó su llegada como arma dialéctica frente al Este mostrando la generosidad de un mundo en libertad. Hoy no se pueden ignorar estos hechos ni se puede argumentar en sentido contrario. La coherencia de los actos propios debe ser una teoría de la práctica política y democrática. En

gran medida el inmigrante contribuyó a nuestro proceso de desarrollo económico y al compromiso con la libertad y la democracia y por tanto no se le pueden negar una participación en los beneficios subsiguientes.

Pero hay una otra dimensión de congruencia, que es con los presupuestos ideológicos y éticos de la civilización cristiana occidental: el respeto de los derechos humanos y de la igualdad. Históricamente hemos emitido la imagen de Europa como paradigma de civilización por su respeto a los derechos y libertades fundamentales del hombre. Europa era el modelo mundial a exportar. Por tanto sería exigible hoy abundar en la categoría universal de *hombre* para no restringir aquellos derechos fundamentales con esas argucias de la teoría política que permiten distinguir entre derechos del hombre y derechos fundamentales derivados de un vínculo jurídico específico, configurado políticamente, como es la ciudadanía<sup>42</sup>.

De igual modo habría que desvelar el discurso de la *solidaridad*. Un sentimiento filantrópico que induce a compartir, a abrir generosamente las puertas con los desfavorecidos «en la medida de nuestras posibilidades», porque el equilibrio político y económico —dicen— hay que mantenerlo como garantía de no conflictividad social. Pues bien, este discurso me parece maligno si no se da el tránsito de los «sentimientos y remitimos a una cuestión de derechos». «La solidaridad tiene como referente la concesión graciosa, de acto de caridad, reclama gratitud y permanece como un acto privado. El derecho engendra deberes, obligaciones que quedan registradas en el reino de lo público como un compromiso de los ciudadanos»<sup>43</sup>. En este sentido estimo que Europa tiene obligaciones para con los inmigrantes a los que ha de reconocerles derechos y no meras concesiones graciosas. Por tanto ha de articular legislativa, administrativa y políticamente el ejercicio de la igualdad sin discriminación.

Ahora bien, la igualdad entre diferentes exige un esfuerzo complementario de articulación social y jurídica. Por ello la problemática de la inmigración nos sitúa en la necesidad de una integración expresamente concebida y articulada. No cabría esperar una integración espontánea, normalizadora, cuando las condiciones económicas, laborales y sociales inducen a la competición por recursos económicos y de medios de vida, y cuando las circunstancias macroestructurales inducen a comportamientos de exclusión<sup>44</sup>. Se precisan actos de intervención política y de intervención normativizadora.

Así se plantea un nuevo dilema: integrar o asimilar a la cultura dominante. Sería en este último supuesto el pago por el derecho a participar. Se trata de un dilema, porque integración o no-integración son categorías que difieren en contenido y grado de afectación sobre las relaciones intersubjetivas. Los

<sup>39</sup> E. Balibar (1990), *Il passaggio*, op. cit., pág. 11.

<sup>40</sup> J. Fontán: *Europa ante el espejo*, Colec. Crítica, Ed. Grijalbo-Mondadori, Barcelona, 1994, pág. 150.

<sup>41</sup> También en este sentido, J. Habermas: «Alemania y la "fortaleza" Europa», en *El País*, Suplemento Temas de nuestra época, 15 de julio de 1993, pág. 5.

<sup>42</sup> En este sentido, J. P. Hocke: «Refugiés et migrations: de la

derive Européenne à l'urgence d'une action en accord avec les valeurs proclamées», en *CADMOS*, v. 50, 1990, pág. 89.

<sup>43</sup> Vid. F. Rodríguez Balls: «¿Qué hacer con la inmigración», en *El País*, sábado 13 de nov. de 1993, pág. 4.

<sup>44</sup> Miles R y Thränhardt (eds.): *Migration and Integration: the Dynamics of Inclusion and Exclusion*, London, 1995.

costos son de intensidad variable según la posición de los sujetos. Agnes Heller, en un artículo sobre «Diez tesis sobre la inmigración», aclara como existen una reglas domésticas que establecen las condiciones mínimas para la vida en común, pero éstas serían de un contenido mínimo y por tanto exigen diferenciar en el esfuerzo por la convivencia, el nivel de las reglas de la civilización, el nivel de la cultura y el nivel de las reglas de la identidad. En relación a las reglas de la civilización, correspondería al extranjero tener que asumir el respetar las leyes, los usos no escritos de mínimos sociales y el contribuir al bienestar. Son estas las reglas de civilización. La integración no obligaría a asumir reglas de la cultura: la poesía, la religión, las costumbres religiosas o étnicas, las expresiones de historia compartida, etc. «Si uno confundiera la cultura con la civilización, posiblemente rechazaría a los angeles del Señor si desearan inmigrar»<sup>45</sup>. Y añade: «La actitud realmente responsable consiste en distinguir correctamente entre el mínimo de civilización (las normas domésticas), por un lado, y la diferencia cultural, por otro.» Por tanto hay que aceptar a la recíproca, la no afectación de las diferencias mutuas. La compensación entre ambos grupos sociales (nacionales e inmigrantes extranjeros) en orden a la convivencia y el sostenimiento del paradigma de la coherencia, es un nivel de gran respeto, en una contrapartida sinalagmática de obligaciones simétricas. En similar sentido afirma J. Habermas: «El Estado de Derecho sólo pueda exigir a los inmigrantes la aculturación política»<sup>46</sup>. Por tanto hay que rechazar la propuesta de la asimilación entendida como «la absorción completa de los inmigrantes por parte de la sociedad receptora, de manera que éstos vayan perdiendo los rasgos diferenciales y en último término la propia identidad»<sup>47</sup>.

La integración comporta aspectos jurídicos, económicos, culturales y políticos. Presupone una «política de integración» que ha de materializarse sobre todo en relación a la vivienda, a la educación y al empleo y pretende proteger al inmigrante de discriminaciones, ataques o agravios raciales. Ahora bien, no es una actuación única de los poderes públicos, sino que reclama una actitud concurrente de la población espontánea o progresivamente inducida. La integración implica un grado mayor de intensidad, cuando, como ocurre en Europa, en sí misma ya supone una realidad social compleja y plural, que además hoy, ha de aceptar también factores externos de multiculturalidad. La integración vendría facilitada o incluso garantizada por una política multicultural en orden a problemas endógenos ya experimentados, que a mayor abundamiento facilitarían a los extranjeros no-comunitarios a conservar sus propios valores, convicciones y sus señas de identidad<sup>48</sup>.

«El problema de la integración se plantea, desde ahora, en términos distintos. En efecto, la alternati-

va no se sitúa entre el retorno de los extranjeros y el establecimiento definitivo en el país de acogida, sino que está entre la conservación de su *status* de extranjeros y la integración. Esto no depende solamente de las modificaciones de las características y de la composición de la población extranjera, sino también de las transformaciones y de la situación actual de las sociedades de acogida»<sup>49</sup>. Pero no se trata de soluciones locales, sino que en la construcción europea la cuestión de la integración tiene que plantearse en relación al conjunto de pueblos y Estados europeos<sup>50</sup>. Si la libertad de circulación y el libre establecimiento no es para los extranjeros no-comunitarios, y la ciudadanía europea tampoco, el esfuerzo por paliar las consecuencias negativas ha de ser construir la integración positiva en todo el conjunto europeo y no sólo con relación al país de acogida.

Frente a esta evolución, ¿qué política de integración se ha de instrumentar? «Una verdadera política de integración debe poder conducir a una participación creciente de los inmigrantes en las instituciones de la sociedad y a corto plazo la supresión de toda marginalización... Todos los ámbitos de la vida estarán involucrados: los derechos sociales, la libertad de culto, la participación en la vida política, suprimir el hándicap de la infracualificación; asegurar la igualdad de oportunidades sin que haya otras razones que las de la contribución a los intereses y bienes colectivos»<sup>51</sup>. Y aún así, yo hablaba de una integración positiva que exigiría dar un paso más en orden a medidas específicas de discriminación positiva, de desigualdad compensatoria, que llegaran a absorber en su momento las diferencias de origen y de situación. Es ésta una propuesta arriesgada porque violenta «los principios de organización y los modos de vida de las sociedades de acogida»<sup>52</sup>. Y plantea otros dilemas: la superación de la contradicción entre derechos del hombre y ciudadanía europea y el sentimiento de inquietud e inseguridad en el proceso de creación de la Europa política sin transformarla en una fortaleza, ante las exigencias del Mercado interior.

## b) Derechos humanos o derechos de la ciudadanía

La Europa comunitaria tiene ante sí otro reto inmediato: por una parte, ha de interiorizar en sus principios jurídicos y en su práctica política el compromiso por los derechos humanos tal como son entendidos en la Europa occidental; y por otra, ha de construir una ciudadanía europea que no contradiga en sí misma el contenido inalienable de tales derechos. Esta no es tarea fácil por la falta de compromiso en los Tratados constitutivos y el vacío subsiguiente en el Derecho derivado.

Hasta muy recientemente no se explicita la refe-

<sup>45</sup> A. Heller: «Diez tesis sobre la inmigración», en *El País*, sábado 30 de mayo de 1992, pág. 14.

<sup>46</sup> J. Habermas (1993) en *El País*, art. cit., pág. 4.

<sup>47</sup> G. Tapinos (1993), *op. cit.*, pág. 42.

<sup>48</sup> G. Tapinos (1993), *op. cit.*, pág. 41.

<sup>49</sup> G. Tapinos (1993), *op. cit.*, pág. 22.

<sup>50</sup> G. Tapinos (1993), *op. cit.*, pág. 31.

<sup>51</sup> Vid. Ba Assane: «Inmigración e inmigrantes en la Europa comunitaria», en Anuario *CIDOB*, 1991, Barcelona, 1992, pág. 164.

<sup>52</sup> G. Tapinos (1993), *op. cit.*, pág. 22, y H. Hassner: «Le immigration problème révolutionnaire», en *Esprit*, v. 7, 1992, pág. 96.

rencia a la protección y garantía de los derechos humanos en el espacio comunitario. Es el Tribunal de Justicia de las Comunidades el que se refiere tímidamente al Convenio Europeo de derechos y libertades fundamentales de 1950, como el sistema de protección común entre los Estados miembros y, por tanto, como Derecho subsidiario. Se comienza así a completar esta laguna por vía jurisprudencial. Originariamente se regulaban sólo determinados derechos económicos derivados de las «libertades comunitarias» y de los postulados del Mercado común<sup>53</sup>.

En 1988, el Parlamento Europeo comenzó a elaborar, sin suerte hasta el momento, una Carta Europea de Derechos fundamentales<sup>54</sup> y comienzan a estudiarse propuestas para encontrar una vía de conciliación entre la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo y el Tribunal de Justicia Comunitario. Recientemente, en el Tratado de la Unión Europea se produce una recepción expresa y formal, al disponer su artículo K.2,1 que:

«las cuestiones a que se refiere el artículo K.1 se tratarán en el respeto del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950...».

Se podría afirmar que a partir de este momento queda incorporado formalmente al ordenamiento jurídico comunitario un conjunto normativo sobre derechos humanos y también queda incorporada toda la jurisprudencia del Tribunal de derechos humanos de Estrasburgo al amparo del Convenio de Roma de 1950<sup>55</sup>. No obstante, en el contexto de la construcción europea y con relación a los Derechos humanos, cuando se trata concretamente de la protección de los inmigrantes extranjeros, es preciso señalar la diferenciación que se hace entre derechos humanos y derechos fundamentales, que significa un límite y mengua de los derechos del *hombre extranjero*.

Cuando el referente de protección es la categoría genérica de derechos humanos, se trata de exigencias universales de orden moral pero sin obligatoriedad expresa por la falta de positivización jurídica. Si tales categorías de derechos universales están referidas a los extranjeros, se formularán por el legislador estatal o comunitario, en cuyo caso el alcance de tales derechos estará limitado a esa formulación

positiva. De aquí que para los derechos de los extranjeros, el derecho humano a la existencia, como pudiera ser y lo es el derecho a emigrar, queda configurado como un derecho limitado por los intereses del legislador estatal. Esto es, la supervivencia, las condiciones dignas de vida y de trabajo para garantizar la subsistencia y los derechos de la familia y otros tantos derechos humanos serán en el fondo categorías morales. Sólo sería exigibles dentro de los límites y con los contenidos formulados por el legislador. Será a partir de ese momento cuando *puedan* pasar a ser conceptualizados como derechos fundamentales, pero con el costo de sacrificar su universalidad y de restringir su alcance. Como se comprenderá, tal tratamiento de los derechos implica un costo alto y un riesgo inmenso para el «hombre-inmigrante-extranjero». No obstante, es preciso señalar que los Convenios internacionales sobre derechos humanos, universales o regionales, están positivizados por el Derecho Internacional consuetudinario o el convencional, y representan un consenso universal sobre mínimos éticos y jurídicos. Muchos de ellos forman parte de los sistemas jurídicos internos a nivel constitucional y la jurisprudencia internacional e interna confirman su obligatoriedad<sup>56</sup>.

La mayoría de tales derechos están universalmente reconocidos y positivizados. Por tanto, diferenciar, dentro de tales derechos humanos, entre ciudadanos-nacionales y extranjeros-inmigrantes es desvirtuar el avance logrado en la internacionalización de la protección y garantía de los derechos del hombre. Es además seguir perpetuando la tesis de que Derecho obligatorio no es más que aquel que emana del legislador estatal. Si esto lo reproduce Europa, contradice el significado revolucionario, si lo fuere, de la integración jurídico/política y de la supranacionalidad.

J. Habermas utiliza un símil de Rawls para reforzar el derecho fundamental del inmigrante extranjero a buscar la seguridad de vida y de bienestar. La propuesta de Rawls giraba en torno a la «situación imaginaria», esto es, a qué reglas se darían si nadie supiera qué posición concreta iba a tener en la estructura final de una sociedad. Con el «velo de la ignorancia» y en la «posición originaria» el hombre, cualquier hombre, tendría el derecho a emigrar porque tal derecho formaría parte del sistema de libertades básicas, ya que podría resultar esencial para el propio plan de vida<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> Vid. un estudio extenso y detallado sobre los derechos fundamentales en los textos comunitarios, elaborado ya hace años por Jr. L. Marcoux: «Le concept de Droits fondamentaux dans le Droit de la Communauté Economique Européenne», en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1983, núm. 4, en especial págs. 693 y ss. También A. Tomás Fernández: «La adhesión de la Comunidad Europea al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos. El intento de solución del problema de los derechos humanos en el ámbito comunitario», en *Revista de Instituciones Europeas*, v. 12, 1985, pág. 701. Gaja G: «Aspetti problematici della tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario», *Rivista di diritto internazionale*, v. 71, 1983, pág. 574 y ss. Mancini F: «Le développement des Droits fondamentaux en tant que partie du Droit Communautaire», *Cursos de la Academia de Derecho Europeo*, ed. Instituto Europeo de Florencia, v. 1, 1990, pág. 27 y ss. Y con referencia al Tratado de la Unión Europea véase también, E. Pérez Vera: «El Tratado de la Unión Europea y los Derechos Humanos», en *Revista de Instituciones Europeas*, v. 20, núm. 3, 1993, pág. 459 y ss.

<sup>54</sup> Declaración de los Derechos y Libertades fundamentales de la Unión Europea», Proyecto de informe. Comisión de asuntos Institucionales, 4 de noviembre de 1988. Ponente señor De Gucht.

<sup>55</sup> En este sentido Marcoux: *op. cit.*, pág. 691. Hay sentencias muy significativas de la evolución jurisprudencial del TJCE. Inicialmente, la sentencia en el asunto *Stauder c. City of Ulm*, TJCE, (1970) y publicada en 1979; sucesivamente, entre otras, las relativas a los asuntos *internationale Handelsgesellschaft MbH c. Einfuhr-Und Voratsstelle*, TJCE, 1970, *Nold KG c. Commission CEE*, TJCE 1974; el asunto *Rutili c. Ministro del interior* TJCE (1974); Asunto *Liselotte Hauer c. Land Theinland Pfals* TJCE (1980) y el sucesivo apoyo en el Convenio de Roma de 1950, a partir del asunto *National c. Panasonic* TJCE (1980).

<sup>56</sup> Vid. «Esodi di massa e diritto internazionale», en *Rivista di Diritto Internazionale*, v. 75, 1992, pág. 903.

<sup>57</sup> J. Habermas: *Ciudadanía política e identidad nacional*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 1993, pág. 91.

Por todas estas razones, cabría interrogarse acerca del alcance de Europa. ¿De qué habla Europa? No es un Estado democrático, con una constitución que consagre los derechos fundamentales. Pero acude al Convenio de Roma para obtener un marco formal y positivo de referencia, que es la formalización internacional de los derechos humanos, y a continuación rebaja esa concepción de derechos universales, comenzando a perfilar un estatuto de ciudadanía europea excluyente.

No es gratuita la cuestión de si Europa está construyendo un fenómeno nuevo sobre símbolos abstractos o una renovación de los presupuestos del Estado/Nación. Giorgio Agambem señala que «en el sistema del Estado/Nación, los denominados derechos inalienables del hombre se encuentran desprovistos de toda tutela en el momento mismo en el que ya no es posible configurarlos como derechos del ciudadano de un Estado»<sup>58</sup>. Y afirma aún más rotundamente que «un estatuto estable del hombre en sí es inconcebible en el derecho del Estado-Nación»<sup>59</sup>. Por ello, Europa está dentro de una grave contradicción o ante un dilema a resolver, al menos que se esté alumbrando un concepto de ciudadanía más compleja. En este sentido y desde una exigencia progresista, E. Balibar afirma que todos los derechos del hombre debieran ser derechos políticos y referidos a una ciudadanía ilimitada. Por tanto, todos los hombres deberían tener un derecho también ilimitado a la ciudadanía. Esto supondría impulsar la democracia a sus límites, creando e imaginando derechos nuevos o derechos viejos pero llevados más allá de la política establecida. Supondría no hacer acepciones de personas o de condiciones, sino un proceso histórico de extensión de los derechos a toda la humanidad<sup>60</sup>. En este sentido, Giorgio Agambem hace una propuesta imaginativa al proponer que se podría considerar a Europa no como una imposible *Europa de las naciones*, de la que ya se vislumbra a breve plazo la catástrofe, sino como un espacio *aterritorial* o extraterritorial, en el que todos los residentes de los Estados europeos (ciudadanos y no-ciudadanos) estarían en una condición de éxodo o de refugio y el estatuto de europeo significaría el *estar en éxodo*. El espacio europeo marcaría de esta forma una exclusión irreductible entre el nacimiento y la nación, en el que el viejo concepto de pueblo podría reencontrar un sentido político, contraponiéndose al de nación, que lo ha usurpado hasta ahora indebidamente<sup>61</sup>.

El dilema por tanto es hacia dónde vamos: ¿nos dirigimos hacia una diferenciación cada vez más clara entre la situación jurídica, política y cultural de los ciudadanos europeos y la de los demás?, ¿o se intenta crear una nueva concepción de la ciudadanía

que convierta a los extranjeros que deseen permanecer en el espacio europeo en ciudadanos respetados y dotados de derechos fundamentales?<sup>62</sup>. Por tanto, ¿vamos hacia una Europa de diferentes situaciones y privilegios o hacia una Europa de ciudadanos iguales?<sup>63</sup>. La respuesta a estas interrogantes ha de venir de un seguimiento atento de la práctica política y de la normativa subsiguiente en relación al Tratado de la Unión Europea. Esta práctica será especialmente significativa con respecto a la segunda parte del Tratado, artículos 8, 8 (A,B,C,D,y E), y artículo 9: *Ciudadanía de la Unión*. No obstante, hay que tener muy claro que un desarrollo progresista sólo se logrará si se consigue el respeto absoluto de los derechos humanos de *todos los hombres*. Por ello, si Europa es algo más que un mercado habrá de diseñar expresa y formalmente un *política de derechos del hombre*. Es evidente que no me refiero al concepto técnico en Derecho comunitario de «política común», sino a un compromiso político de los Estados-miembros y de las Instituciones, de ir plasmando la primacía y la formalización de los derechos del hombre en los textos constitucionales europeos, en la dinámica del derecho derivado, en los aspectos concretos de las políticas sectoriales y decididamente en la jurisprudencia comunitaria<sup>64</sup>. Es una política de realización, de su puesta en práctica. Esto implica ruptura, porque ha de romper, según Balibar, los límites de la democracia para forzarlos hacia adelante sin formas definidas ni precisas, sólo con una voluntad imaginativa de recrear nuevas dimensiones para el hombre y porque eso mismo exige ruptura con patrones establecidos<sup>65</sup>.

Tiene también algo de revolucionario, porque rompe con el esquema tradicional de derechos. Es evidente que no hablo de derechos fundamentales constitucionalizados, sino de la categoría más general de los derechos inalienables de *todos los hombres* en cualquier situación en la que se hallaren. Por ejemplo, la libertad hoy no puede existir sin la igualdad, por tanto habrá que limitar ventajas, privilegios, derecho de propiedad, etc. Por tanto, habrán de reconstruirse algunas categorías jurídicas con siglos de existencia y determinadas por una concepción chovinista, esto es, hecha desde un Estado y para los súbditos de un Estado<sup>66</sup>.

La ciudadanía es una de esas categorías a redefinir necesariamente. Históricamente es constatable que «en la práctica, la forma de exclusión más importante, por su extensión, es la que viene asegurada por la distinción entre *Hombre y Ciudadano*». De Lucas argumenta que se puede ser más o menos hombre en la medida en que se es más o menos ciudadano y quien no es ciudadano no es un hombre completo<sup>67</sup>. Es una sustracción discriminatoria que no tiene más justificación que una histórica

<sup>58</sup> G. Agambem: «Más allá de los derechos del hombre», *El País*, suplemento *Temas de nuestra época*, jueves 15 de julio de 1993, pág. 2.

<sup>59</sup> G. Agambem: *ibidem*, art. cit., pág. 3.

<sup>60</sup> E. Balibar (1992), *op. cit.*, págs. 247-248.

<sup>61</sup> G. Agambem: art. cit., *El País*, 15 de julio de 1993, pág. 4.

<sup>62</sup> Véase O'Leary, S.: «The relationship between Community citizenship and the Protection of Fundamental Rights in Community Law», en *Common Market Law Review*, v. 32, 1995/2, págs. 519 y ss.

<sup>63</sup> Sami Nair: «Europa, el derecho y los inmigrantes», en *El País*, 29 de agosto de 1994, pág. 10.

<sup>64</sup> En este sentido son interesantes las aportaciones sucesivas de Weiler, J. y Lockhart, N.: «Taking "Rights Seriously": the European Court and its Fundamental Rights Jurisprudence», (Part I) y (Part II), en *Common Market Law Review*, v. 2, 1995, núms. 1 y 2, págs. 51 y 579 respectivamente.

<sup>65</sup> E. Balibar (1992), *op. cit.*, pág. 245.

<sup>66</sup> E. Balibar (1993), *op. cit.*, págs. 250 a 263.

<sup>67</sup> J. de Lucas (1994), *op. cit.*, págs. 46 y 118-119.

pertenencia política, en todo caso aleatoria y no significativa. Únicamente es determinante cuando existe sobre la base de una opción libre asentada en vivencias sociales, económicas y políticas de un hombre, en una coyuntura y espacio concretos. Esta condición puede darse y se da con respecto a residentes no-comunitarios.

La Ciudadanía es también un concepto abstracto referido al vínculo jurídico/político con un Estado, por el hecho de la nacionalidad o la nacionalización. Una abstracción concretada en un estatuto de derechos que sitúan a unos individuos en una posición de privilegio, con respecto a las posibilidades y las opciones de otros hombres que comparten con él la realidad cotidiana, y que sin embargo son tenidos como diferentes y diferenciados<sup>68</sup>.

El vínculo de la nacionalidad posibilita la protección internacional a través de la protección diplomática y determina el estatuto privado de la persona, el reconocimiento y garantía de los derechos civiles y políticos y por tanto la protección jurídica de su Estado. Tanto internacional como internamente la condición de nacional/ciudadano coloca al hombre bajo la cobertura protectora de un Estado. En una sociedad estructurada según el modelo de Estado/Nación la mediatización de los derechos de los individuos por el Estado es total y por tanto las situaciones humanas se debilitan cuando se sale de la órbita de ese esquema de funcionamiento jurídico y político. El no-nacional de un Estado es negativamente definido como extranjero y esto conlleva automáticamente una situación de desigualdad legal y una dependencia ante la discrecionalidad de la Administración. Iguales consecuencias se van a producir en el contexto comunitario, porque a partir del Tratado de la Unión Europea sólo pueden ser considerados extranjeros en sentido estricto los no-comunitarios<sup>69</sup>. Evidentemente la ciudadanía europea no supone una sustitución de la ciudadanía francesa, española, italiana u otra, sino más bien una acumulación de dos niveles de protección y, en cierta medida, de goce de derechos. Tampoco se sustituyen los poderes de los Estados miembros en materia de nacionalidad, ni se trasladan tampoco competencias a la Comunidad sobre los no-nacionales<sup>70</sup>. No obstante, no es menos cierto que contiene un diseño de estatuto diferenciador, y una reserva de derechos exclusivos, derivado todo ello de la identidad política europea.

Este estatuto de ciudadanía —aún en estadio precario de desarrollo— no es predicable de los no-comunitarios: residentes legales, asilados, refugiados, apátridas o clandestinos. El artículo 8/2 del Tratado de la Unión establece que:

«Los ciudadanos de la Unión serán titulares de los derechos y sujetos de los deberes previstos en el presente Tratado.»

Cuando se analiza el contenido de este artículo

en conexión con el artículo 8A/1, se aprecia que son derechos fundamentales comunitarios, el derecho de libre circulación y el de libre residencia, sin más límites que las exigidas por el propio Tratado, y en cuanto tales son derechos de los ciudadanos europeos. Como lo son también el derecho de elegibilidad política del artículo 8B/1, y el de petición del artículo 8D en conformidad con el artículo 13 8D. En en él se contempla un derecho de petición al Parlamento Europeo cuando se afectan intereses privados en el ámbito de la Comunidad. De igual modo se puede pedir una intervención del defensor del Pueblo Europeo en virtud del artículo 13 8E, con la pretensión de cierto control de la actividad de las Instituciones comunitarias a excepción del TJCE. E incluso se diseña una protección diplomática comunitaria, frente a la lesión de personas y bienes en el contexto de las relaciones estrictamente internacionales. Finalmente, el Consejo, ciertamente por unanimidad, podrá desarrollar estos derechos y recomendar su adopción a los Estados miembros.

Este concepto de ciudadanía europea no tiene un contenido similar al de ciudadanía estatal. Aunque su alcance es menor sigue manteniendo una funcionalidad maligna y es contradictorio con el ideal europeo que busca la supranacionalidad y es heredero de la universalidad de los derechos del hombre. Por tanto, podemos expresar ciertas reticencias con respecto a esta evolución.

La ciudadanía conlleva distinguir entre los derechos del hombre y los derechos del ciudadano y estos últimos adquieren el carácter de fundamentales al estar conectados al funcionamiento de un sistema político y jurídico determinado. Por ello afirma De Lucas<sup>71</sup>, que esta distinción y sus consecuencias prácticas son la exclusión «natural» de los extranjeros de esos derechos fundamentales. Evidentemente esto no es una situación sin importancia, porque esa protección jurídica de los derechos del hombre deriva en definitiva de que son exigencias morales universales, ideas reguladoras o deberes de ética civil. No obstante, otros afirman su debilidad porque para ser eficaces necesitan el revestimiento del vínculo jurídico (la nacionalidad) en el contexto de un Estado, por origen o naturalización voluntaria.

No se trata, pues, de una situación neutra, porque «la ciudadanía no es sólo un *status*, sino sobre todo una relación de fuerzas entre individuos, grupos y Estado»<sup>72</sup>. Esa relación es débil o desigual para ciertos colectivos, como los inmigrantes extranjeros. Esta situación de desigualdad y de discriminación se intentará legitimar democráticamente a favor de la mayoría. De este modo se conformará por exclusión una minoría desprotegida y sin *status*. Por eso, la ciudadanía en su significado tradicional es valorada como un privilegio malsano, como una cobertura de desigualdades a perpetuar, y no como una categoría protectora o incluso, como se quiere valorar en el contexto de la Europa comunitaria, «revo-

<sup>68</sup> Vid. D. M. Mill: *Etrangers de quel Droit*, Press Universitaires de France, París, 1985.

<sup>69</sup> Vid. M.<sup>a</sup> Luisa Espada Ramos: «Inmigración y asilo en el Tratado de la Unión Europea», en *Revista de Estudios Constitucionales*, núm. 86 (nueva época), 1994, págs. 71 y ss

<sup>70</sup> En este sentido Closa, C.: «Citizenship of the Union and nationality of Member States», *Common Market Law Review*, v. 32, 1995/2, págs. 487 y ss.

<sup>71</sup> J. de Lucas (1994), *op. cit.*, págs. 117 y ss.

<sup>72</sup> J. de Lucas (1994), *op. cit.*, pág. 123.

lucionaria». Pero la pregunta es: revolucionaria, ¿con respecto a qué? Porque no cuestiona las consecuencias formales de la desigualdad y no remueve los contenidos sustantivos para impedir la estratificación y la institucionalización de dos clases de situaciones humanas: hombres sin atributos o sin derechos fundamentales y otros sujetos jurídicos y políticos con plenos derechos.

Por eso creemos que es aquí donde está la contradicción europea: hacer una propuesta novedosa de una ciudadanía política supranacional, pero a la vez construirla bajo el modelo y con las consecuencias de la nacionalidad política tradicional. Se piensa en unas situaciones en las que el hombre europeo rebasa las fronteras, para después encerrarlo en otro contexto en el que las garantías democráticas no se pueden dar para todos los que habitan y trabajan en Europa. Para Etienne Balibar, es ésta una cuestión del «aspecto político de la estructura discriminatoria del área europea». Para él, independientemente de las fronteras oficiales, existen *de facto* individuos que son ciudadanos y otros que son sujetos: pero si los primeros son ciudadanos de un Estado inexistente, los segundos no pueden ser mantenidos en la práctica en una situación absoluta de no-derecho, salvo recurriendo a formas de violencia organizada. Para él sólo sería subsanable si está referida a un derecho a la participación política para *todos*, al derecho de control democrático y a la igualdad cultural. En resumen, cree que en conjunto una política democrática en Europa carece de base institucional y por tanto concluye con una previsión negativa: «Ogni Stato non è necessariamente democratico: ma un non-Stato, per definizione, non può essere reso democratico»<sup>73</sup>.

Así pues, el dilema sería construir algo nuevo desbordando los parámetros tradicionales, corriendo el riesgo histórico de crear una ciudadanía compleja y multicultural como nuestra propia realidad. Esta categoría vendría impulsada por la idea del hombre transnacional y la mejora global de su existencia concreta. Su justificación sería lo que Habermas califica como los deberes universales de los Estados, deberes que traspasan las fronteras estatales y sin un objetivo utilitarista, deberes que se distinguen de las obligaciones especiales de los Estados, como obligaciones referidas a la propia nacionalidad jurídico-administrativa<sup>74</sup>. Frente a esta propuesta el concepto tradicional de ciudadanía es inservible. Por tanto, si la categoría de ciudadanía europea está ya creada en el Tratado de la Unión Europea, habría que extender su titularidad *ratione personae* y ampliar su contenido *ratione materiae*, bien por vía de la revisión del Tratado, o por medio de la jurisprudencia comunitaria. El instrumento puede ser el principio interpretativo del efecto útil a los fines de los objetivos comunitarios. Complementariamente, la Ciudadanía Europea se adquiriría desde el momento en que se verifica la participación efectiva en la sociedad de acogida. A partir de ahí el individuo debe disponer

de todos los derechos del ciudadano en calidad de derechos humanos<sup>75</sup>. Por tanto, el nexo residencia legal sería determinante y el hecho de tener el centro de vida social en un Estado miembro, las únicas condiciones para el goce efectivo de derechos. Se podrá afirmar con E. Balibar, que «a unos nuevos ciudadanos, una nueva ciudadanía»<sup>76</sup>. Sería un tratamiento análogo al que ya hizo y hace el Tribunal Internacional de Justicia a la hora de determinar la nacionalidad efectiva como condición para la protección diplomática.

El artículo 9 del Tratado de la Unión Europea prevé la posibilidad de «completar los derechos previstos en la presente parte y recomendar su adopción a los Estados miembros con arreglo a sus respectivas normas constitucionales». Evidentemente esto beneficiará sólo a los súbditos de los Estados miembros que son los únicos contemplados en el artículo 8 sobre la «Ciudadanía de la Unión». Por ello la primera exigencia es, como hemos dicho, la extensión de la titularidad sin exclusiones, incluso por puro realismo. Como afirma De Lucas<sup>77</sup>, en Europa la inmigración tiene ya un carácter estructural, es un hecho social y económico global que fuerza a replantear la situación como un problema interno de la Comunidad. La limitación de los derechos a un segmento importante de la población trabajadora europea es una incongruencia del propio sistema. Ahora bien, no se trata de crear una ciudadanía política más o menos remozada o maquillada. Se trata de dos cuestiones sustantivas: profundizar en la participación social y política en todos los ámbitos relacionales en los que vive —el inmigrante/extranjero— y de los que depende su existencia en plenitud y dignidad; y potenciar también la ciudadanía social. Esto es, a través de la intervención de los poderes públicos impulsar la integración e inducir su aceptación en la población autóctona. Evidentemente esto requiere la intervención de los Estados, porque la ciudadanía política y jurídica es siempre una construcción artificial. Así, se parte de «un cierto tipo de hombre, un cierto modelo de derechos y deberes para cristalizar a nivel de individuo las relaciones sociales constitutivas de una sociedad»<sup>78</sup>. Es, por tanto, una opción histórica. Quizás actualmente la oportunidad de Europa está en partir de un nuevo modelo de relaciones políticas y sociales que aleje definitivamente las discriminación latente en su construcción. «En teoría la ciudadanía no es más que una igualdad entre individuos independientemente de su condición social... por ello se podría utilizar este tópico para articular un concepto útil para desmontar la práctica»<sup>79</sup>. Este podría ser la igualdad. Aceptar la igualdad como principio motor exige una práctica jurídico-política diversificada y compleja. Así, y entre otras cuestiones, se podrían señalar las siguientes:

1. Eliminar la expulsión de los inmigrantes, asilados o refugiados como objetivo de las políticas legislativas y sociales. Sólo se deben rechazar coactivamente a aquéllos que perturban

<sup>73</sup> Vid. E. Balibar (1990), *op. cit.*, en *Il passaggio*, págs. 18-19.

<sup>74</sup> J. Habermas (1993), *op. cit.*, pág. 89.

<sup>75</sup> Vid. Sami Nair: «Europa: el derecho de los inmigrantes», en *El País*, 29 de agosto de 1994, pág. 10.

<sup>76</sup> E. Balibar (1992), págs. 65 y ss.

<sup>77</sup> J. de Lucas: «Desafío...», *op. cit.*, pág. 128.

<sup>78</sup> E. Balibar (1992), *op. cit.*, pág. 100.

<sup>79</sup> E. Balibar (1992), *op. cit.*, pág. 103.

ban el orden público y la seguridad nacional, o atentan contra de valores de la comunidad política. No sería, pues, razón suficiente ser extranjero-inmigrante o «ilegal por ley» para denegar derechos y garantías fundamentales.

2. El reconocimiento efectivo de la diferencia y la articulación de medidas materiales de toda índole para un ejercicio pacífico e integral de la propia identidad. No se trataría de buscar la especificidad jurídica o social de tales situaciones humanas, sino de establecer un conjunto de derechos *de todos y para todos*, posibilitando su ejercicio mediante medidas de discriminación positiva en orden a la igualdad material.
3. El reconocimiento del derecho a buscar trabajo en igualdad con los nacionales de los Estados miembros sin «prioridad comunitaria». Es evidente que esto exige constatar previamente que, dadas sus condiciones precarias de capacitación hay que posibilitar la inserción laboral y la formación profesional. Incluso exigiría una superación de los propios parámetros internos, para considerar la situación de determinados segmentos de población extranjera con especiales problemas, como serían la juventud, la mujer y colectivos de ciertas edades con dificultades de acceso al mercado de trabajo.
4. La libre circulación que conlleva el derecho de libre residencia sin limitación por cuotas, o confinamientos de interés social. Esta exigencia no puede estar determinada por el interés del poder económico o político, que tratan de supeditar la libertad de la persona y del núcleo familiar.
5. La justiciabilidad de sus derechos, a través de las leyes y vías jurisdiccionales y de recursos para la defensa de sus derechos y libertades fundamentales. Hasta el presente los inmigrantes extranjeros han sido objeto del interés judicial, pero prioritariamente por su situación de clandestinidad o ilegalidad, y por la incriminación de delincuencia o riesgo social. Pero desde luego no ha sido la defensa y garantía de sus derechos la que ha entrado en juego directamente.

En el ámbito comunitario, el Capítulo VI del Tratado de la Unión Europea contiene las disposiciones relativas a «la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior». Pero este conjunto de disposiciones cae fuera del control del Tribunal de Justicia comunitario por ser esferas de cooperación intergubernamental. Sin embargo, es paradójica la indefensión humana que comporta. Sus artículos amalgaman el tratamiento de los problemas de la inmigración, asilo y extranjería, con aquellos otros de la delincuencia internacional, tráfico de drogas y terrorismo. Se diseña un mecanismo de coo-

peración intergubernamental para estos asuntos de «interés común», que va a trascurrir, en todos los supuestos, por al ámbito de la cooperación policial prioritariamente, como así ha sido a partir de la experiencia del Grupo de Trevi y de los acuerdos de Schengen. Por tanto, ni por la vía de las actuaciones internas se han aumentado los mecanismos de garantía judicial<sup>80</sup>, ni son viables por la vía comunitaria, porque estas cuestiones son ámbitos políticos de expresa exclusión judicial.

En resumen, podríamos afirmar rotundamente que Europa ha de contar con las minorías migratorias como parte de nuestro presente y de nuestro futuro, y ha de hacerlo por razones históricas, por una justificación moral y por una necesidad política de abolir fronteras interiores y de exclusión que castigan a «nuestro tercer mundo a domicilio»<sup>81</sup>. No obstante, la extensión de la ciudadanía más allá de los límites nacionales no se puede hacer según las formas tradicionales de la pertenencia y del equilibrio entre el individuo y el aparato del Estado. La dialéctica entre *contrato* y *estatuto*, o entre sujeto y ciudadano —afirma Halimi— no es suficiente hoy. Existe una opinión doctrinal importante que sostiene que la ciudadanía hay que construirla a partir de la dialéctica participación-pertenencia. J. Habermas afirma en este sentido que una ciudadanía ampliada es un *continuum* que se comienza a perfilar. Europa habrá de diseñar una política liberal de inmigración y no podrá atrincherarse en el derecho a la autoafirmación de una forma de vida cultural y económica privilegiada<sup>82</sup>. No se puede limitar la inmigración según las necesidades económicas del país receptor, sino que habrá necesariamente que hacerlo teniendo en cuenta los criterios que sean aceptables para todos los afectados<sup>83</sup>, a menos que se esté perfilando el diseño de una fortaleza: esto es, construir Europa desde la seguridad y para la salvaguarda de un Mercado interior. No obstante, esta explicación entra en contradicción con las exigencias de un mercado eficaz porque tales restricciones limitan uno de sus factores de producción: el trabajo humano. Se trataría pues de un nuevo dilema, proteger el espacio económico o liberalizar los factores de un mercado libre.

### c) Seguridad europea o abolición de fronteras: la lógica del Mercado interior

La inmigración, el aumento de peticiones de asilo, la previsión alarmista de éxodo masivo desde el Este y las secuelas de racismo y xenofobia, sumadas a las causas estructurales de la crisis económica mundial y la inclinación tendencial del paro sitúan la construcción europea ante un nuevo dilema: garantizar prioritariamente la seguridad y a la vez abolir las fronteras para la realización del Mercado interior.

<sup>80</sup> Véase al respecto mi trabajo, «El Derecho de asilo a revisión: los costes de la coherencia con Europa», en *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid, año II, num. 3, págs. 157 y ss.; y con respecto a la dimensión comunitaria, Vicenzi, Chr.: «Cooperation in Aliens Law: The Implications for Individual Rights», y también Weiler, J. H. H.: «Thou Shalt Not Oppress a Stranger: On the Judicial Protection of the Human Right of Non-EC Nationals- A cri-

tique», ambos en *Free Movement of Persons in Europe*, TMC Asser Instituut, ed. Martinus Nijhoff, The Hague, 1993, págs. 227 y 248 respectivamente.

<sup>81</sup> Serge Halimi: «L'immigration au miroir des échecs de la gauche», en *Le Monde Diplomatique*, abril, 1992, pág. 22.

<sup>82</sup> J. Habermas (1993), en *El País*, art. cit., págs. 6-7.

<sup>83</sup> J. Habermas (1993), en *El País*, art. cit., pág. 5.

La opinión pública europea, por inducción o por deducción, tiene una percepción de amenaza social y económica. Se teme por una pérdida de cohesión política y social. Se excluye a los no-comunitarios de la convivencia normal y de los logros de la política social, pero a la vez, ante el resultado de marginalización y aparición de getos, se temen tensiones sociales y se teme a la potencial violencia que estas situaciones necesariamente comportan. En el terreno económico se suscita alarma por una competencia que afectaría a empleos y sueldos, amenazando la prosperidad y la progresión en los niveles de vida<sup>84</sup>.

La imagen del extranjero-inmigrante-enemigo avanza como una idea sentida y racionalizada, porque se piensa que es «nuestra propiedad» y nuestro modelo de vida los que están siendo afectados. Ante esto, Europa construye una muralla de normas, de prohibiciones, y de exigencias administrativas. No obstante, el problema, como afirma J. Fontana, «no es sólo que la muralla oprime y coarta a los que se refugian tras de ella, sino que su utilidad defensiva es escasa»<sup>85</sup>. No se podrá detener la migración masiva, porque ésta nace de las necesidades que en muchas ocasiones han sido los costos de nuestro desarrollo y de las propias políticas de los Estados industrializados.

Los Estados iniciaron la búsqueda de soluciones a través de los Ministerios de Interior y de la cooperación intergubernamental, como fueron el Grupo de Trevi y los actuaciones derivadas de los convenios Schengen. El sistema comunitario no acierta a articular soluciones políticas y jurídicas equilibradas, porque no hay una política clara, ni el sistema de reparto de competencias permite superar aún los ámbitos reservados a la soberanía de los Estados. Por tanto, la inquietud social se ha instalado incluso de forma institucional y así aparece recogida lamentablemente en textos, como puede ser el artículo 100 C/2 del Tratado de la Unión Europea cuando dispone:

«... si se diera una situación de emergencia en un tercer país, que supusiera un riesgo de súbita afluencia de nacionales de dicho país a la Comunidad, el Consejo podrá, por mayoría cualificada, sobre la base de una recomendación de la Comisión, establecer, durante un período que no supere los seis meses, el requisito de visado para los nacionales de dicho país».

El concepto de seguridad europea es nuevo, en cuanto a sus referentes sociales y económicos, y diferente de lo que tradicionalmente<sup>86</sup> se ha entendido como seguridad y defensa. El concepto tradicional está recogido en el Tratado de Maastrich bajo la rúbrica del Título V, «Disposiciones relativas a la Política Exterior y de Seguridad común».

La construcción del concepto de seguridad en relación al problema de la inmigración y el asilo está referido a la exigencia de proteger el espacio económico europeo y de unificar las políticas nacionales sobre inmigración, asilo y concesión de visados. Es, por tanto, una seguridad referida a *intereses*, que en realidad nada tiene que ver con la afectación de modelos de vida, de valores o de identidad histórica. Los motivos reales de estas políticas estatales y de cooperación intergubernamental son los temores a la pérdida de bienestar, a la disminución de prestaciones sociales que puede imponer la necesaria igualación social de comunitarios y no-comunitarios, a la nivelación de salarios y a la inevitable realidad de tener que compartir los recursos<sup>87</sup>. De aquí, las políticas de cuotas de admisión, la generalización de un tratamiento restrictivo para todas las situaciones de extranjería, incluido el asilo que como alguien dijera, es hoy un «asilo menguante y una protección deslizante».

Junto a ello está también la argumentación sesgada de que lo extranjero (inmigrante no-europeo) genera conflictividad, derivada de sus modos de vida, baja escolarización, desempleo de los jóvenes, incapacidad de asimilación a la mayoría cultural, lo cual engendra un rechazo próximo al racismo y a la xenofobia. Por ello, quedan justificadas políticas restrictivas para el control de la convivencia social y del orden público. Es paradójica esta argumentación porque invierte la carga de la prueba, liberando de sospecha racista a los europeos. Sin embargo, la práctica comunitaria lo ha asumido así y, en base a ello, se justifican toda suerte de medidas restrictivas sobre el goce de las libertades constituyentes de Europa, como fueron la libre circulación, igualdad de trato y la no discriminación. Es ésta una realidad constatable que contraviene las exigencias y la dinámica del Mercado interior, porque restricciones cualitativas pueden distorsionar su funcionamiento.

En conjunto, el Derecho originario y el Derecho derivado han sido insuficientes en el desarrollo progresivo de tales principios. Es en las decisiones del TJCE donde se se aprecia una tímida equiparación de tratamiento entre comunitarios y no comunitarios, sobre todo en materias de política social y seguridad social<sup>88</sup>.

No obstante, de momento tales decisiones fueron y son una gota de agua en el desierto de la creciente intervención intergubernamental, que aleja las soluciones de lo que sería una política comunitaria integrada. Los acuerdos de cooperación intergubernamental, tales como los de Schengen de 14 de junio de 1985 y el de aplicación de 19 de junio de 1990, suprimen gradualmente los controles en las fronteras de los Estados, traspasándolos a las fronteras exteriores de la Comunidad, específicamente en relación a los extranjeros de terceros países. También

<sup>84</sup> Vid. G. Ph. Tapinos (1993), *op. cit.*, pág. 23.

<sup>85</sup> J. Fontana (1994): *Europa ante el espejo*, *op. cit.*, pág. 155.

<sup>86</sup> Vid. II.SS.: «Mass Migration and International Security», *Strategic Survey 1990-91*, London: Ed. Brassey's, 1991.

<sup>87</sup> Vid. J. West: «International Migration and European Security: an Exploration», Comunicación presentada de la 1.ª Conferencia de la EUPRA, Florencia, 8-10 de noviembre de 1991, *espc.* pág. 17 a 22

<sup>88</sup> Vid. J. H. H. Weiler: «Thou Shalt not Oppress a Stranger on the Judicial Protection of the Human Rights of Non-EC Nationals- A critique», en *European Journal of International Law*, v. 3, 1992/1, págs. 65 y ss., y también, W. Alexander: «Free Movement of Non-EC Nationals. A Review of the Case-Law of the Court of Justice», en *European Journal of International Law*, v. 3, 1992/1, págs. 54 y ss.

existe un Convenio sobre control de las fronteras exteriores de la Comunidad, aún por adoptar. A ellos se uniría el Convenio de Dublín —diferente en su temática pero próximo en sus finalidades— sobre asilo de 15 de junio de 1990. Este conjunto de tratados han sido calificado como el banco de pruebas, mediante el que se quiere experimentar la virtualidad del Mercado interior. Se ha adelantado experimentalmente la abolición de trabas internas, pero rodeando a la Comunidad con el máximo de dispositivos de defensa y control de su espacio económico.

Para ello se prevén también otra serie de actuaciones complementarias y de evidente contenido de seguridad, como son la cooperación policial y judicial, la armonización de las políticas de visados y condiciones de entrada en el territorio de cada Estado miembro, el intercambio de informaciones e informatización de datos personales relativos a inmigrantes extranjeros y asilados<sup>89</sup>. Se podría afirmar que este conjunto de tratados constituyen un intento de frenar de un solo golpe la inmigración, impidiendo la entrada de quienes no lleven un visado en regla. No se dan excepciones para solicitantes de asilo o refugiados, ni tan siquiera por razones humanitarias. Es el concepto de Europa fortaleza aplicado a una especie de ensayo a escala menor, pero que están modelando la inmediata construcción de Europa<sup>90</sup>.

Las modificaciones y complementos que introdujo el Acta Unica Europea confirman la tendencia a reforzar el espacio europeo y a restringir la presencia de extranjeros/trabajadores, la libre circulación de personas no-comunitarias (legales), así como el derecho de residencia, todo lo cual lleva indudablemente a la desigualdad de trato para alcanzar la plena integración laboral y social<sup>91</sup>. Estas medidas no son neutras, sino que partieron de una valoración sobre la dificultad de compatibilizar una admisión generalizada de mano de obra extranjera con la propuesta de desarrollo integrado que Europa se ha trazado y con la consecución del pleno empleo.

Este planteamiento es para algunos autores paradójicamente contrario a la lógica del Mercado interior. Así, Th. Hoogenboom argumenta que los no-comunitarios «legales» representan junto con sus familias un potencial de trabajo y de consumidores próximo a los diez millones de personas. Restringir su presencia y su actividad dentro del espacio de la Unión, y de los Estados miembros, es contrario a los objetivos del artículo 2 del Tratado de Roma de la CEE, porque si en cualquier mercado laboral se imponen estatutariamente restricciones sobre personas económicamente activas, se introducen rigideces e ineficacias. No se puede frenar la libertad de trabajo, movimiento y residencia, porque ello conduciría a frustrar objetivos esenciales. En el caso del Derecho comunitario —afirma el mismo autor—

corromperá definitivamente principios de la Comunidad<sup>92</sup>.

La política de seguridad «económica» emprendida por los Estados europeos y por la misma Comunidad, contradice también el postulado de la integración. Si el Mercado interior fuese únicamente un concepto económico, sería razonable articular unos controles estrictos de sus disfunciones. Pero si es algo más, si el esfuerzo de integración de medios, objetivos y decisiones, es alcanzar algo más que intereses económicos, resulta especialmente contradictorio justificar las medidas que limitan derechos y oportunidades de un sector de población trabajadora. El acceso a las instituciones sociales, al trabajo, vivienda, educación, etc., es difícil de conseguir para los no-comunitarios. Parece como si «las sociedades de acogida estuvieran interesadas en el trabajo, pero no en sus trabajadores»<sup>93</sup>. El resultado es, como afirma Th. Hoogenboom, la existencia de grupos de inmigrantes, gravemente vulnerables, con un futuro incierto, soñando con el retorno pero sabiendo que sus hijos no encontrarán salida ni a la integración ni a su vuelta al país de origen.

Se restringe la inmigración y se refuerzan las condiciones de entrada, permanencia, reunificación familiar, trabajo del cónyuge e hijos, etc. La inmigración se percibe como una amenaza y desde luego no es un factor positivo de integración. El factor humano, incluso desde perspectiva de la producción, será conflictivo. No es un elemento positivo en la dinámica de progresión positiva del Mercado interior hacia la elevación del nivel de vida, trabajo y del pleno empleo. Operará como una distorsión social y también económica. Como afirma este mismo autor, tal política será decididamente antidemocrática y contraria a los Tratados de París y Roma. De igual modo se puede entender que contradice a la parte programática del Acta Unica y los postulados del Tratado de la Unión Europea, en los que el compromiso con el Convenio Europeo de derechos del hombre y con la Carta Social Europea aparece expresamente formulado.

Ciertamente es preciso reconocer que el modelo de relación que contiene el Tratado de la Unión es la cooperación intergubernamental y que avanzar hacia una comunitarización es poco viable aún. No obstante, y puesto que el compromiso de la integración progresiva es irreversible y unitario, no se puede seguir avanzando en ámbitos económicos y congelar el avance en las cuestiones que afectan a las dimensiones humanas. Europa ha de resolver el dilema de los derechos del hombre/ciudadano, promoviendo que todos aquellos que participan en su construcción se integren a partir de una igualdad real. Si no somos capaces de cambiar el rumbo, estoy segura que lo lamentaremos, pero será un lamentamiento tan tardío como inútil.

<sup>89</sup> Vid. mi trabajo sobre «Inmigración y asilo en el Tratado de la Unión» (1994), *op. cit.*, pág. 85.

<sup>90</sup> Vid. Ogata Sadako (Alto Comisario de Naciones Unidas para los refugiados): «Refugees and asylum seekers: a Challenge to European immigration policy», en *Towards a European Immigration Policy*, Ed. Philip Morris Institute, Bruxelles, 1993, págs. 7 y ss.

<sup>91</sup> Vid. J. J. J.: «Schute Schengen: its meaning for de free movement of Persons in Europe», en *Common Market Law Review*, v. 28, 1991, núm. 3, pág. 549.

<sup>92</sup> Th. Hoogenboom: «Integration into Society and Free Movement of Non-Nationals», en *European Journal of International Law*, v. 3, 1992/1, pág. 41.

<sup>93</sup> Th. Hoogenboom (1992), *op. cit.*, pág. 42.