

LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS EN EUROPA: UNA VISIÓN COMPARADA*

Gianluca Bascherini**

Traducido del italiano por Francisco Javier Durán Ruiz

SUMARIO

- 1.- *Introducción*
- 2.- *1880-1970: el siglo breve de las migraciones de masas*
- 3.- *El giro de los años setenta*
- 4.- *El fin del orden bipolar y la construcción del espacio europeo*
- 5.- *La tendencia a la anticipación de la intervención característica de las políticas migratorias más recientes*
- 6.- *Conclusiones*

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo pretende examinar, mediante una comparación diacrónica y sincrónica, una serie de momentos y figuras particularmente relevantes en las políticas migratorias europeas, nacionales y comunitarias, con la finalidad de poner de relieve algunos elementos y acciones.

La elección de un acercamiento comparado, diacrónico y sincrónico, no se orienta a una reconstrucción puntual de experiencias concretas en

* Este trabajo tiene su punto de partida en los materiales que conforman la parte primera del Curso de Derecho Público comparado de la inmigración que el que aquí escribe imparte desde hace algunos años en la Facultad de Derecho de Perugia. La restricción de las referencias normativas, jurisprudenciales y bibliográficas viene de la elección de mantener el discurso que caracteriza el núcleo original de este trabajo.

** Investigador de Derecho Constitucional. Universidad de la Sapienza de Roma.

razón de cómo se han desarrollado en el tiempo y en el espacio, sino más bien a proponer una visión genealógica¹ en torno a algunos momentos y figuras particularmente relevantes en la cuestión de las políticas migratorias europeas. El período de tiempo que hemos tenido en cuenta va desde finales del siglo XIX hasta la actualidad. Los países a los que hemos prestado atención son Inglaterra, Francia, Alemania e Italia. Obviamente, podríamos haber trabajado con otros períodos, o investigar otras experiencias. Existen, por supuesto, los límites de espacio característicos de este trabajo que obligan a seleccionar los temas que se abordarán, pero antes aún se trata de evitar el hábito de reseñas acríicas que terminan legitimando lo existente².

He centrado mi atención en estos países en primer lugar por las diferencias que caracterizan sus respectivas historias en materia de políticas de inmigración, y por las relaciones entre éstas y las dinámicas en cuanto a la ciudadanía y los derechos, y, en segundo lugar, por el papel que sus diversas experiencias en el campo de las migraciones han desempeñado en la dinámica que en este ámbito se ha articulado a nivel comunitario. En cambio, entre las razones que hacen útil un enfoque histórico para los temas objeto de este estudio, se encuentra en primer lugar la convicción de que una visión en el largo plazo puede hacer más sencillo investigar críticamente la evolución de tales políticas y al mismo tiempo comprender su naturaleza dinámica y conflictual, poniendo de relieve la complejidad, las continuidades y las rupturas, e individualar al mismo tiempo las alternativas a determinadas prácticas sociales y jurídicas que generalmente son asumidas como «naturales»³.

¹ Donde por «genealogía» se entiende, según M. FOUCAULT, *Nietzsche, la genealogía, la historia*, en ID., *Microfísica del poder. Interventi politici*, Einaudi, Turín, 1977, pp. 29 y ss, una «proveniencia» más que una «delimitación»: un intento de «historia del presente», según un movimiento anacrónico que volviendo atrás explica el presente a través del pasado, complicando la trama de dicho presente.

² Como bien ilustra Max Weber, son los intereses cognoscitivos y éticos propios del estudioso de cuestiones humanas, y no una propiedad intrínseca del objeto de estudio, los que reducen la infinita sucesión espacio-temporal al ámbito de la investigación científica y teórica. V. ID., *il senso della «avalutatività» delle scienze sociologiche ed economiche*, en ID., *Il metodo delle scienze storico-sociali*, Einaudi, Turín, 2003, pp. 241 y ss.

³ Intentar una lectura de tales dinámicas que –moviéndose desde esa coordenada «preciosa, sutil y compleja» que es el *tempo*– pueda no sólo iluminar la raíz de los discursos y de las prácticas jurídicas en esta materia, sino también evidenciar la historicidad de estos procesos y las tensiones a las que hoy en día las realidades migratorias someten a las construcciones en materia de ciudadanía y derechos así como a las estrategias de protección a las que tales construcciones se refieren. Historiar, por lo tanto, para «multiplicar el trajín entre las urgencias que nos asaltan en este fin de milenio y la tradición de la que recibimos los conceptos, el

Un posible punto de partida de análisis puede situarse en la crisis del Estado liberal que marca la transición entre los siglos XIX y XX y dentro de la cual se elaborarán las primeras políticas migratorias en sentido moderno. Se apuntará poco después a esa destacada cima de la historia europea de las migraciones que fue la crisis económica de mediados de los años setenta en el siglo XX, que marcará una primera convergencia de las diferentes políticas nacionales de inmigración y el punto de inicio de la «europeización» de estas políticas. Seguidamente lanzaremos una mirada sobre los cambios producidos en las políticas migratorias entre finales del siglo breve y el paso al tercer milenio. La caída del muro de Berlín inducirá a los países de acogida europeos a limitar las entradas no sólo de trabajadores inmigrantes, sino también de refugiados y solicitantes de asilo. Al mismo tiempo, con la puesta en marcha del sistema Schengen y, en materia de asilo, del Convenio de Dublín, comienza a tomar cuerpo un dispositivo fronterizo en gran parte inédito que, creando un espacio europeo, rediseña los mecanismos nacionales y supranacionales de control de fronteras y de gestión de la inmigración y del asilo, comenzando un proceso de externalización y deslocalización en tema de control de los extranjeros que sigue actualmente en funcionamiento.

Los años a caballo entre los siglos XX y XXI dejan como registro, sin embargo, en el ámbito de las políticas de migración un inédito énfasis en las temáticas centradas en la seguridad y utilitaristas que tradicionalmente han caracterizado a la inmigración. Dos temáticas, sin embargo, que sólo aparentemente entran en contradicción entre ellas, ya que en realidad son coherentes con la conversión de las políticas migratorias en un laboratorio para el ensayo de estrategias para la reducción de los derechos. En conclusión, apuntaremos algunos de los aspectos más críticos de las cons-

vocabulario, los axiomas básicos y las creencias naturales o intocables»; no con la finalidad de «volverse hacia el pasado ... para sostener que este vuelva a interpretarse siempre en los mismos términos y ni siquiera para encontrar en la historia justificaciones para el mantenimiento de los equilibrios actualmente existentes sino [para] mirar al presente y al futuro sin dogmas apriorísticos», aceptando que «el derecho no es una experiencia cerrada sobre sí misma y que el jurista no está llamado sólo a una obra de reconocimiento de las verdaderas intenciones de los diversos sujetos legitimados a manifestar voluntades imperativas», sino más bien a una continua reflexión crítica «sobre el significado valorativo de aquellos principios, sobre las eventuales exigencias de su modificación, sobre la posibilidad de diversas modificaciones interpretativas de las mismas». Las citas arriba mencionadas han sido extraídas respectivamente de: F. BRAUDEL, *Posizioni della storia*, en ID., *Scritti sulla storia*, Bompiani, Milán, 2001, p. 31, J. DERRIDA y A. DUFOURMANTELLE, *Sull'ospitalità*, Baldini e Castoldi, Milán 2000, p. 64 y A. A. CERVATI, *A proposito di metodi valutativi nello studio del diritto costituzionale*, en *Diritto pubblico* 2005, p. 726.

trucciones desarrolladas en el espacio europeo en materia de inmigración, algunas de las más recientes dinámicas de trabajo en esta materia y las perspectivas que en este ámbito podrían abrirse en el futuro.

2. 1880-1970: EL SIGLO BREVE DE LAS MIGRACIONES DE MASAS

La crisis entre el siglo XIX y el XX puede ser un interesante punto de partida de nuestro análisis ya que es en este período cuando empiezan a tomar forma las políticas de migración modernas de los países europeos con una inmigración más destacada, políticas que permanecen en su globalidad bastante inmutables durante casi un siglo, si bien evidentemente con sus propias dinámicas internas en función de las circunstancias económicas y políticas. Este cambio de siglo aparece marcado por una profunda transformación de los modos de producción y una asunción por parte de los poderes públicos de las dinámicas económicas, del trabajo asalariado y de la movilidad de los trabajadores, y por otra parte, de una redefinición de las relaciones internacionales y las relaciones entre los Estados y los territorios: la expansión del colonialismo, la expansión del Estado-nación en Europa, la explosión de la cuestión de los refugiados y las minorías.

2.1. *La inmigración*

En este paso de los ordenamientos monoclasistas decimonónicos a los ordenamientos pluriclasistas del siglo XX la figura del «migrante» se sitúa al lado de la de «extranjero»⁴ y esto repercutirá sensiblemente sobre la elaboración tanto del derecho como de otras ciencias sociales, algunas de las cuales justamente en estos años sufren evoluciones decisivas⁵. Se ha

⁴ De que el concepto de inmigración se afirma en la esfera pública y en el léxico de las ciencias sociales a partir de finales de siglo da testimonio por ejemplo el hecho de que en el *Grand Dictionnaire universel du XIX siècle* de Larousse, publicado por primera vez entre 1865 y 1876, este término apareciese sólo a finales de los años '80.

⁵ Allí donde de hecho la figura del «extranjero» nos lleva a un estatuto fundamentalmente individual, a un marco en el que el sujeto de referencia está constituido por el individuo singular, el término «inmigración», en cambio sugiere sobre todo desplazamientos colectivos y tendencialmente duraderos. Además, en lo que respecta a los saberes sociales dentro de los cuales se afirman tales conceptos, mientras el primero hace referencia principalmente a la esfera de lo jurídico, el segundo sin embargo trae a colación a una amplia gama de saberes científicos –sobre todo económicos y estadístico-demográficos– y al mismo tiempo muestra los límites de las regulaciones liberales de la condición de extranjero y la necesidad de intervenir no sólo sobre el ingreso

dicho que la figura del inmigrante se coloca junto a la del extranjero, en el sentido de que la primera no sustituye a la segunda, sino que contribuye a articular posteriormente el campo de la no-ciudadanía en una serie de figuras para las cuales existen códigos (también normativos) diferentes según se entrelacen censo y nacionalidad⁶.

A este respecto son emblemáticas las experiencias francesa y alemana. Francia y Alemania serán las primeras en Europa que ponen en marcha políticas de inmigración laboral en sentido moderno, orientadas por tanto a regular el ingreso, la residencia y el retorno de los trabajadores extranjeros ya no como una cuestión individual, sino en masa. Tales experiencias por otra parte muestran claramente como las políticas migratorias en el período de la crisis del Estado liberal constituyeron un importante componente de las diversas elaboraciones nacionales en materia de nacionalidad y de la asunción global por parte de los ordenamientos jurídicos de las dinámicas económicas y del trabajo asalariado. Las primeras políticas migratorias, en Europa, se desarrollan paralelamente a los primeros núcleos de políticas laborales y de protección social y los ordenamientos de aquel momento se encomendaron a fondo en el intento de reducir los movimientos de producción a la categoría de factor productivo y circulante según los distintos intereses nacionales y a un instrumento, entre otros, de una descompresión parcial del conflicto social que caracterizaba a los distintos países.

De la importancia de las políticas de inmigración que Francia y Alemania desarrollan entre el siglo XIX y XX da testimonio el hecho de que es en estos años cuando toman forma las pautas de gestión de la migración que caracterizarán durante mucho tiempo a estos países: el asimilacionismo

y la salida, sino también sobre la residencia y más genéricamente sobre la gestión y el tratamiento de estos desplazamientos de población.

⁶ En el caso italiano por ejemplo las normas dedicadas al extranjero en los Códigos penales y las leyes de seguridad pública –que incluían al extranjero entre las «clases peligrosas» para la sociedad y en la práctica dejaban íntegramente a la discrecionalidad de la administración su ingreso, residencia y retorno– podían tranquilamente convivir con la aparente universalidad que caracterizaba al Código Civil italiano de 1865 (el cual, respecto a las codificaciones coetáneas que, siguiendo el Código de Napoleón, declinaban sobre la base de la reciprocidad la condición civil de los extranjeros, disponía que «el extranjero es admitido a disfrutar los derechos civiles atribuidos a los ciudadanos» (art. 3)), coherentemente con el trato típico del liberalismo decimonónico que, ligando condición social y condición jurídica, juega la partida de la inclusión sobre el tablero del censo más que sobre el de la ciudadanía, y esto vale tanto para el derecho al voto como para la libertad de circulación, donde las fronteras y sus controles se hacen sentir para las clases populares mientras para la burguesía nacional estas son, salvo excepciones, poco menos que una formalidad.

francés y el sistema alemán del «Gastarbeiter», dos modelos de gestión de la inmigración suficientemente destacados como para ser recordados fácilmente y que han influenciado fuertemente el desarrollo de sus normativas en materia de nacionalidad. Desde finales del siglo XIX la política migratoria alemana manifiesta esta aspiración de una inmigración temporal y de ver en cada inmigrante un «trabajador invitado» que más pronto o más tarde regresará a su país de origen, negando el carácter permanente del fenómeno migratorio con la finalidad de garantizarle un «uso» flexible y convierten en prácticamente imposible para estos individuos el acceso a la nacionalidad. Por su parte las razones que mueven la opción asimilacionista francesa son en primer lugar las demográficas, inspiradas por la idea de seleccionar una inmigración útil en el plano ocupacional, asimilable, es decir proveniente de países étnica, religiosa y culturalmente próximos a Francia, y «naturalizables», integrables en la ciudadanía⁷.

Aquí, más que una reconstrucción puntual de dichas políticas, interesa más bien poner de relieve algunas analogías entre estas dos experiencias jurídicas de la inmigración tan distantes; analogías que dan testimonio del marco valorativo y organizativo en el que estas políticas se desarrollan y que han dejado huellas duraderas en las culturas jurídicas, más que en las concretas normas en esta materia que se han dado en el sucesivo desarrollo del derecho europeo de las migraciones.

Estas primeras políticas se caracterizan de hecho por un gobierno público/privado del fenómeno: el reclutamiento y la gestión de la mano de obra inmigrante se deja, en las coyunturas expansivas, a los grandes empresarios y al mercado y el Estado interviene en las coyunturas econó-

⁷ Sobre esta primera fase del derecho migratorio francés v. p.ej. D. LOCHAK, *Étrangers: de quel droit?*, PUF, París, 1985 especialmente pp. 152 y ss., G. NOIRIEL, *Le creuset Français. Histoire de l'immigration XIXème-XXème siècle*, París, 1988, pp.88 y ss.; P. WEIL, *La politique française d'immigration*, en *Pouvoirs*, 47, 1988, espec. pp. 48 y s.; J.-P. DE GAUDEMAR, *La mobilisation générale*, París, 1979, pp. 60 y ss. y V. VIET, *La France immigrée. Construction d'une politique, 1914-1997*, París, 1998, pp. 32 y ss. Sobre las políticas migratorias alemanas, por su parte, v. p.ej. K. J. BADE, *L'Europa in movimento Le migrazioni dal Settecento ad oggi*, Laterza, Roma-Bari 2001. pp. 230 y ss. y P. KAMMERER, *Germania: un secolo di politica migratoria*, en P. BASSO y F. PEROCCO (dirs.), *Gli immigrati in Europa. Diseguaglianze, razzismo, lotte*, Milán, 2003, pp. 164 y ss. Sobre las relaciones que ligan las políticas migratorias de estos países a las respectivas elaboraciones en materia de nacionalidad me limito aquí a señalar los trabajos de R. BRUBAKER, *Cittadinanza e nazionalità in Francia e Germania*, il Mulino, Bolonia, 1997. pp. 220 y ss. y S. SASSEN, *Migranti, coloni, rifugiati*, Feltrinelli, Milán, 1999, pp. 57 y ss. Para profundizar más en relación con las políticas migratorias que se desarrollaron en estos países entre los siglos XIX y XX y para posteriores indicaciones bibliográficas consiéntase la remisión a G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Nápoles, Jovene, 2007, pp. 84 y ss.

micas negativas en funciones de cierre, o bien cuando el reclutamiento directo se revela insuficiente. En este marco la ley cumple dentro del conjunto un papel bastante marginal en lo que se refiere a regular el estatuto jurídico global del inmigrado. Los acuerdos bilaterales son un instrumento principal de estas políticas⁸, que a menudo prevén el reclutamiento «in loco» de forma separada mediante agencias específicas organizadas por las patronales nacionales necesitadas de trabajadores extranjeros, mientras que internamente esta materia se gestiona a nivel esencialmente administrativo, reduciendo al mínimo las actuaciones jurisdiccionales y articulando una serie de dispositivos de policía frente a los extranjeros y control de las fronteras destinados a garantizar el control de esta población en términos de orden público así como el encauzamiento de esta mano de obra al puesto de trabajo para el cual ha sido «importada», para evitar por lo tanto rupturas unilaterales del contrato de trabajo a la búsqueda de mejores condiciones laborales⁹.

2.2. Refugiados y minorías

También en materia de refugiados y minorías los años entre finales del siglo XIX y el primer conflicto mundial marcan una transición destinada a incidir profundamente sobre el desarrollo posterior de la cuestión.

⁸ Tales acuerdos constituirán hasta mediados de los años '70 en el siglo XX el principal instrumento de intervención para incentivar y organizar un flujo consistente de trabajadores en los países de destino. Por otra parte, gracias a esta tipología de acuerdos, los países de origen podían, proporcionalmente a la fuerza de trabajo que ofrecían, esgrimir como medio de presión en las confrontaciones con los países de destino la eventual interdicción a la inmigración de sus propios ciudadanos. Esto explica también la elevada cantidad de tratados bilaterales y de convenciones a través de las cuales algunos países conseguían obtener un trato más favorable para sus trabajadores emigrados, garantizando dichos tratados la igualdad de condiciones entre trabajadores extranjeros y nacionales y la reciprocidad de los derechos. Aunque tal contexto de «legalidad internacional» no bastará para encauzar ni las discriminaciones contra los trabajadores extranjeros ni una destacada inmigración espontánea, no regulada.

⁹ V. a este respecto Y. MOULIER-BOUTANG, *Dalla schiavitù al lavoro salariato*, Roma, Manifestolibri, 2002, pp. 11 y ss. Estos intentos de adecuar la inmigración a las contingentes exigencias socio-económicas nacionales si, por una parte, conducirán a una estratificación de la clase obrera fuertemente dual, con un nivel superior formado por las élites trabajadoras nacionales y uno inferior constituido en gran parte por trabajadores extranjeros sustancialmente privados de derechos, por otra parte se revelarán ineficaces en el control y la gestión de la fuerza de trabajo inmigrada, determinando más una separación –según *cleavages* relativos al origen, como en el caso francés, o el área de ocupación, como en el caso alemán– entre una inmigración regulada y una no regulada, esta última a menudo prevalente en términos numéricos y que, si bien más o menos tolerada, más o menos discriminada según las circunstancias económico-ocupacionales, conseguía sobre todo en las fases de crecimiento económico regularizar su propia posición y estabilizar su propia residencia y, en el caso francés, obtener la nacionalidad en el transcurso de una generación como máximo.

La idea de nación –que en la primera mitad del siglo XIX contenía en sí misma la imagen de una comunidad horizontal de pueblos, al menos tendencialmente iguales entre sí– a partir del último cuarto de siglo tiende a decaer hacia una nacionalismo agresivo y dirigido a la estabilización de las estructuras sociales dominantes y a la legitimación de un «sacro egoísmo» en la proyección y la defensa de los intereses nacionales en el exterior. En este contexto, la cuestión de los refugiados aparece prevalentemente en escena como fenómeno de masas: los refugiados ya no serán los agitadores de las revueltas de los primeros años del siglo XIX europeo, sino parte de las «minorías», de las poblaciones expulsadas de sus territorios de origen, tras pasar regiones enteras de un Estado a otro, fundamentalmente a causa de la caída de los imperios austro-húngaro y otomano, de las guerras balcánicas de 1912-1913 y de la emancipación de Polonia y de los países bálticos del control de los zares¹⁰.

Cambia por lo tanto la misma figura del refugiado¹¹ y el elemento que diferencia las expulsiones de grupos enteros de sus zonas de residencia que se producen en aquellos años respecto a los fenómenos similares que reaparecen «no es la pérdida de una patria, sino la imposibilidad de encontrar una nueva»; el Estado-nación creó una serie de comunidades cerradas dentro de las cuales tales masas de individuos se convirtieron en inasimilables por razones de organización política y como consecuencia aquellos que se encontraban excluidos de tales comunidades se encontraban también excluidos «de toda la familia de las naciones, de la humani-

¹⁰ Si la presión de los movimientos constitucionales y nacionales de la primera mitad de siglo había creado el refugiado perseguido en razón de lo que había hecho, la era de los Estados-naciones y de los conflictos mundiales produce una constelación de «minorías» y por lo tanto masas de refugiados/perseguidos en razón de aquello que eran. Cambia además el origen social de los que pasan a este grupo y las condiciones de vida de los refugiados tienden a acercarse más y más a las de los trabajadores migrantes: los que se desplazan ahora son los más pobres, por lo que, en los países de destino, irán a mezclarse con los autóctonos que se habían hecho urbanitas por expulsión del circuito productivo agrícola, entre la naciente clase obrera y el proletariado urbano.

¹¹ El mismo concepto de *exilio*, a partir de ese momento, cambia de significado y se acuñan nuevos términos, por ejemplo *apátrida*, o adquieren un nuevo significado, como en el caso de *refugiado*. Hasta el siglo XIX de hecho el término *refugiado* se empleaba, en Francia y en Inglaterra, esencialmente para designar a los protestantes franceses proscritos tras la revocación del Edicto de Nantes y, a veces, a los *émigrés*, los nobles huidos de la Francia de la Revolución. La lengua alemana, hasta mediados del siglo XIX, no tenía un término correlativo para designar a los refugiados –el término *Flüchtling* aparecerá sólo tras el primer conflicto mundial y el propio término *Heimatlos*, que por otra parte se refería a categorías específicas de prófugos apátridas, se impone sólo a partir de 1870–. Sobre este temas, puede verse más en S. SASSEN, *Migranti* op. cit., p. 43.

dad»¹². En tal contexto, por otra parte, se desarrollará progresivamente la visión estereotípica de una Europa dividida en dos: madura y civilizada la occidental, inmune al fenómeno de las minorías, percibido como algo de tipo patológico; inmadura e imperfecta la balcánica y oriental, cuyo ovillo de razas, lenguas y religiones la situaría en una situación similar a la de los países colonizados¹³.

Será tras la Primera Guerra Mundial cuando mute la postura de los Estados en relación con estos movimientos de población y cuando la cuestión de los refugiados regrese al orden del día de la agenda política interna e internacional, registrándose un nuevo interés de los Estados por definir y controlar quién es refugiado: el Alto Comisionado para los Refugiados, creado en 1921 en el seno de la Sociedad de las Naciones, pondrá en marcha una política de convenios internacionales para la solución de las cuestiones más urgentes en esta materia¹⁴. La multiplicación de las reivindicaciones provenientes de las minorías étnico-nacionales y el fracaso de la política convencional así como del proyecto global de la Sociedad de las Naciones –que entendía la cuestión de los refugiados como una consecuencia directa de la guerra, y por lo tanto como una condición temporal,

¹² H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo. II: l'imperialismo*, cap. 9. *Il tramonto dello stato nazionale e la fine dei diritti umani*, ed. Comunità, Milán, 1978, pp. 406 y s.

¹³ A este respecto resulta paradigmática, limitándonos a recordar un jurista italiano, la posición de Attilio Brunialti que, escribiendo sobre la «cuestión danubiana» coloca a los Estados balcánicos fuera de Europa: portadores de una historia cultural distante de la idea nacional que caracterizaría la historia de las potencias europeas occidentales, y «condenados a sufrir una imperfecta aplicación de los principios del derecho». A. BRUNIALTI, *La questione danubiana e la conferenza di Londra*, en *Nuova Antologia*, II serie, XLII, pp. 329 y ss. La cita referida se encuentra en la página 353.

¹⁴ Entre estas convenciones merece recordarse la de 5.7.1922, mediante la que se instituyó el «pasaporte Nansen», un documento identificativo y de viaje que debía expedirse a todos aquellos que habían sido privados de la nacionalidad para poder abandonar su propio Estado de origen y alcanzar un Estado para refugiarse. El sistema además falló por la escasa colaboración entre los Estados y por el defecto de base que lo caracterizaba: no introdujo un principio general de libre circulación para los refugiados, sino que se limitaba a acordar la expatriación de los refugiados de poblaciones concretas objeto de las específicas convenciones interestatales. En este sentido debe tenerse también presente que esta masa de refugiados viene a constituir un posterior elemento de disgregación, desde el momento en que «la desnacionalización se convierte en un arma eficaz de la política de los gobiernos totalitarios y la incapacidad constitucional de los estados nacionales europeos de garantizar a los perseguidos los derechos humanos más elementales permitió a aquellos gobiernos imponer en el exterior sus propios criterios» H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo* op. cit., p. 374. Sobre la inadecuación de los tratados internacionales estipulados en aquel momento como instrumento para la tutela de los derechos de estos individuos y más en general sobre la creación de estados nacionales en la Europa oriental con la finalidad de mantener el *status quo* en la zona, *ibídem*, pp. 376 y ss.

y que centró los esfuerzos en la repatriación de éstos en sus regiones de origen étnico y no de origen efectivo— inducirán un comportamiento muy distinto hacia los refugiados en la segunda postguerra.

2.3. *La experiencia colonial*

Los hilos que ligan las actuales realidades migratorias europeas a la historia colonial del continente no son únicamente aquellos que aún hoy señalan buena parte de las rutas migratorias, conectando a los países de origen y de destino de tales flujos, y que nos hacen no quedarnos en la experiencia colonial, sino salir a la búsqueda de alguna improbable continuidad entre el derecho colonial de entonces y las actuales regulaciones de la inmigración, así como apuntar la importancia que ha tenido aquella experiencia en la construcción a largo plazo de las identidades y de las culturas jurídicas, nacionales y europea. Son el decisivo nexo entre centro y periferia y las retroacciones a la experiencia colonial en el espacio metropolitano las que dan utilidad a la profundización en el derecho colonial para la comprensión de las múltiples cuestiones que nos asaltan en el presente, a partir de las políticas migratorias actuales, que expresan una cultura jurídica que aún se resiente de aquella «mirada sobre el otro» que se desarrolló en las lógicas de dominio que caracterizaron a las experiencias coloniales¹⁵.

Tomar en consideración la aportación de las experiencias coloniales en la historia de las políticas migratorias europeas puede por lo tanto ayudar a reflexionar críticamente sobre algunas dinámicas actuales del derecho comunitario de la inmigración, que traiciona esta impronta colonial en la articulación de estatutos de ciudadanía diferenciados y ampliamente administrativizados, en particular en lo que concierne a la tutela de los derechos y sus relativas garantías procedimentales y jurisdiccionales, pero sobre todo en la persistente inclinación a construir las relaciones con los países de emigración sobre la base de la subyugación y de la explotación,

¹⁵ Esta visión de la experiencia colonial y de las relaciones metrópoli/colonias constituye una de las aportaciones más interesantes de los llamados estudios *postcoloniales*. Entre las voces más representativas de esta aproximación: G. CH. SPIVAK, *Critica della ragione postcoloniale*, Roma, Meltemi, 2000; D. CHAKRABARTY, *Provincializzare l'Europa*, Roma, Meltemi, 2004. Herramientas para acercarse a estos filones de estudio pueden encontrarse en: A. LOOMBA, *Colonialismo/postcolonialismo*, Roma, Meltemi, 2000 y R. GUHA y G. CH. SPIVAK, *Subaltern Studies. Modernità e (post)colonialismo*, Ombre Corte, Verona, 2002.

abriéndose o cerrándose al que viene de «fuera» exclusivamente sobre la base de los propios intereses¹⁶.

La cuestión colonial representa un momento particularmente revelador del papel que el derecho ha desempeñado en la construcción a largo plazo de la identidad nacional y su sujeto portador: en la elaboración discursiva del canon nacional y cívico, pero también en la definición del límite «físico y epistemológico»¹⁷, que separa el espacio metropolitano de aquel colonial y a los sujetos que lo habitan.

El colonialismo moderno, sobre todo de los países de la Europa continental, pondrá de manifiesto crudamente los condicionamientos espacio-temporales del Estado de Derecho: éste expresa una modernidad connotativa del espacio y el tiempo de Europa, mientras que por su parte las colonias viven en una temporalidad arcaica¹⁸, y esta escisión espacio-temporal legítima en las colonias lógicas y prácticas de dominio inadmisibles en la madre patria y reconducibles más bien a ordenamientos premodernos¹⁹, en los cuales el ejecutivo recupera un poder de reglamentación que en el territorio metropolitano había sido erosionado al menos en parte por la llegada del Estado de Derecho.

A los fines de nuestro discurso interesa por otra parte subrayar el papel primordial que el derecho desempeñó en la definición de los sujetos

¹⁶ Una visión *colonial* que se trasluce en el «nacionalismo metodológico» que caracteriza las teorías más difundidas y las prácticas en materia migratoria. No sólo la entrada y la salida se calibran esencialmente sobre las contingentes exigencias de los países de destino, sino que también las medidas y las regulaciones en materia migratoria expresan en el fondo un esquema profundamente teleológico, donde lo que cuenta verdaderamente es la *conclusión* de la experiencia migratoria, la integración en nuestros códigos de esa *excepción* que es el inmigrante.

¹⁷ E. SAID, *Cultura e imperialismo. Letteratura e consenso nel progetto coloniale dell'Occidente*, Gamberetti, Roma, 1998, p. 359.

¹⁸ Se confirma por lo tanto en este terreno el peso que tuvo en las representaciones jurídicas de la experiencia colonial la pareja conceptual progreso-civilización y la legitimación del colonialismo mediante su misión civilizadora. Tal civilización además en las construcciones jurídicas coloniales se difiere constantemente a un futuro indefinido, y se adoptará una estrategia de reconocimiento y valorización de las diferencias culturales asumiéndolas como un «diafragma insuperable y al mismo tiempo (...) como un instrumento dirigido a la perpetuación de la subyugación (...). Una vez más, el filtro del dominio transforma las diferencias en sometimiento». Así, P. COSTA, *Pagina introduttiva*, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* n. 33/34 (2004/2005), *L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale tra otto e Novecento*, 6.

¹⁹ Para Santi Romano, por ejemplo, «la misma relación que en el antiguo Estado patrimonial existía entre príncipe y Estado, aparece hoy entre metrópoli y colonia. Para este autor «el derecho colonial (...) se refiere a poblaciones de civilización menos desarrollada que la europea, para las cuales es compatible un gobierno similar al vigente para nosotros en épocas más antiguas, y en cambio no sería posible adoptar los principios del moderno constitucionalismo»— S. ROMANO, *Corso di diritto coloniale*, Roma, Athenaeum, 1918, pp. 104 y 167, respectivamente.

coloniales, de los ciudadanos y de los súbditos en tales territorios²⁰. Las raíces coloniales de las teorías en materia de ciudadanía y de las políticas migratorias que se han desarrollado en lo largo del tiempo resulta particularmente evidente en la experiencia británica, donde por otra parte la inmigración no ha sido tematizada, a diferencia de Francia o Alemania, en términos de reclutamiento de fuerza de trabajo extranjera, sino más bien como una cuestión de «minorías étnicas», consecuencia de la tradición imperial.

La inconsistencia de la categoría «estado» en la experiencia jurídica inglesa ha dado cuerpo a una noción abierta y permeable de «citizenship» que ha permitido a su vez lazos duraderos imperiales y post-imperiales haciendo que durante mucho tiempo la entrada en territorio británico de los inmigrantes provenientes de las colonias y de los «dominions» de la «Commonwealth» no estuviese subordinada al respeto de los procedimientos de control de la inmigración y fuese incluso acompañada por la rápida adquisición de derechos ligados a la ciudadanía. Entre los siglos XVII y XVIII la noción de ciudadanía toma forma a partir no de una idea abstracta de «nationality», sino en torno a la idea de fidelidad, de «allegiance»: ese vínculo que liga al soberano tanto a los «british subjects» como a los «aliens» residentes en el territorio de la Corona y que se construía en razón de la utilidad recíproca, como una relación de intercambio en virtud de la cual el rey garantizaba protección y el «subject» o el «alien» se obligaban a la fidelidad²¹; una fidelidad lógicamente distinta de la requerida

²⁰ En la experiencia italiana, por ejemplo, los sujetos coloniales estaban regulados por una serie de estatutos de garantías y derechos parciales, definibles, más que por sí mismos, en la comparación entre las condiciones de ciudadano o súbdito de una determinada colonia y la de ciudadano de la metrópoli, variando el estatuto de los residentes en las colonias dependiendo de las distintas colonias (y del grado de civilización que a aquellas se reconociese) y de su procedencia. Mientras en la madre patria las teorías sobre el Estado de Derecho venían, si bien fatigosamente, guiando el paso de *súbditos* a *ciudadanos*, en las realidades coloniales se continuará generalizadamente utilizando la categoría de súbdito para definir la condición jurídica de los colonizados y en este terreno el fascismo señalará una cima asignando un peso decisivo al parámetro racial al construir y diversificar las categorías de ciudadanos y de súbditos. Sobre la condición jurídica de los sujetos coloniales consiéntase el reenvío a G. BASCHERINI, *Ex oblivione malum. Appunti per uno studio sul diritto coloniale italiano*, pendiente de publicación en los *Studi in Onore di Angel Antonio Cervati*, espec. parr. 5 y ss.

²¹ Sin pretender reconstruir aquí los desarrollos pluriseculares que en la experiencia inglesa ven imbricarse el discurso de la ciudadanía a las teorías sobre la comunidad nacional y la sociedad civil, así como a las dinámicas relativas a la afirmación de la forma de gobierno parlamentaria, hay que recordar que en dicha experiencia la noción de súbdito, a diferencia de la experiencia continental, alude en realidad a la idea de hombre libre propia de la sociedad estamental medieval, que se reforma en las revoluciones antiabsolutistas del 1600. Sobre la

al súbdito y al extranjero, pero entre las dos no existía una separación rígida, dado que una duradera y exclusiva «allegiance» podía conducir al «alien» a convertirse en «subject» mediante los diversos procedimientos de naturalización que se sucedieron en el tiempo²². En dicha experiencia constitucional se registra un intercambio recíproco entre admisión en la «citizenship» y disfrute/ejercicio de los derechos/deberes cívicos: la ciudadanía es el presupuesto de estos derechos/deberes, éstos presumen la incardinación en aquella y la «allegiance» es el anillo ético de conjunción entre las dos dimensiones²³.

Concluyendo esta primera parte, se puede decir que nacionalismo, imperialismo y positivismo estatalista concurrieron en la construcción de un sistema de relaciones entre ordenamiento estatal y «no-ciudadanos»

importancia de la *allegiance* en el derecho británico en materia de ciudadanía y condición del extranjero insiste particularmente ya W. BLACKSTONE en sus *Commentaries on the Laws of England*, v. espec. el cap. 10 del libro I («*Of People, Whether Aliens, Denizens or Natives*»). Sobre la contribución que el iluminismo escocés realizó a las teorías de la ciudadanía entre la segunda mitad del siglo XVII y los primeros lustros del siglo XVIII, teorías por otra parte conectadas estrechamente a los desarrollos de la formas de gobierno parlamentaria y a la articulación de la noción de *civil society*, baste aquí recordar las repetidas alusiones al concepto de *citizenship* que caracterizan el trabajo de A. FERGUSON, *An Essay on the History of Civil Society* (1767), Cambridge University Press 1999, espec. pp. 149 y ss., pero véase también la lección de 17 de marzo de 1763 de A. SMITH, *Jurisprudence or Notes from the Lectures on Justice, Revenue and Arms* (trad. Italiana dirigida por R. Pesciarelli) *Lezioni di Glasgow*, Milán, Giuffrè, 1989, espec. pp. 386 y ss.

²² La primera regulación importante en materia de ciudadanía se encuentra en la *Naturalization Act* de 1870, que constituyó la primera respuesta de la administración británica a las nuevas relaciones con los *british subjects* residentes en aquellas colonias que rápidamente se convirtieron en otros tantos *Dominions*. Esta ley y una nutrida jurisprudencia confirmaron la prerrogativa regia en materia de entrada de los extranjeros en el Reino Unido, una prerrogativa que no raramente, como reconoció la propia jurisprudencia, podía pasar la frontera y convertirse en arbitrio (*Schmidt v. Secretary of State for Home Affairs* y era ya 1969) y dicha latitud discrecional del ejecutivo en materia de entrada y salida de los extranjeros del territorio británico fue confirmada por la *Alien Immigration Act* de 1905. No será hasta la *British Nationality and Status of Aliens Act* de 1914 y la sucesiva *Alien Restriction (Amendment) Act* de 1919 cuando se positivice la distinción entre *alien* y *British subject* y las modalidades de adquisición de tal condición por nacimiento (si se nacía en territorio británico y, fuera del mismo, si se nacía de padre ciudadano británico), y por matrimonio (la mujer extranjera la adquiriría al contraer matrimonio con un ciudadano británico y la mujer británica la perdía si contraía matrimonio con un ciudadano extranjero).

²³ *Allegiance* que, por otra parte, como revela A. TORRE, *Cittadinanza, immigrazione e condizione degli stranieri nel Regno Unito*, en *Dir. pubbl. comp. eu.* 2003, pp. 782 y ss., ha constituido la principal norma de reconocimiento en materia de ciudadanía en la práctica hasta la *British Nationality Act* del 1981 y que ahora parece gozar de una segunda juventud tras la adopción de la *Nationality, Immigration and Asylum Act* de 2002 sobre la cual volveré más adelante.

–tanto dentro como fuera del territorio nacional– constituido por una serie de estatutos jurídicos más o menos próximos a la condición de ciudadano de forma directamente proporcional al censo y a la «vecindad cultural» de los individuos. Por una parte, y gracias también a la institución de la reciprocidad y a la discrecionalidad con que se practicaba la naturalización, para los extranjeros provenientes de las burguesías occidentales se diseñaban, en la madre patria y en las colonias, tratamientos jurídicos muy próximos a los de los ciudadanos nacionales; por otra parte, para los habitantes de las colonias así como para los trabajadores migrantes y para los refugiados, se establecieron estatutos jurídicos elaborados prevalentemente mediante decretos gubernativos y fuertemente reducidos en términos de garantías procedimentales y jurisdiccionales. Estatutos reforzados y legitimados mediante la construcción de retóricas culturales de la exclusión que rápidamente desembocaron en el racismo y en la violencia.

De la revisión de este siglo breve de la inmigración emerge además un elemento que sin embargo normalmente se relega de los análisis que, concentrándose sobre el derecho vigente de la inmigración, no tienen en cuenta la perspectiva histórica de estas cuestiones. Se trata de la importancia de aquella inmigración que hoy se tiende a definir como ‘irregular’. Hoy, incluso entre los juristas, se tiende a considerar la inmigración ‘irregular’ un fenómeno patológico, pero reciente, derivado del incremento cuantitativo de los flujos migratorios dirigidos hacia Europa que se ha producido en los últimos lustros. Una visión retrospectiva de los sucesos migratorios del siglo XX europeo, por una parte, muestra que tal fenómeno no es ni patológico ni reciente: un importante componente de entradas irregulares ha existido siempre y ha encontrado, más o menos hasta mediados de los años setenta, estrategias y vías de integración social y laboral; por otra parte, olvidar la importancia de aquella inmigración conduce a un doble error de perspectiva. Por una parte se olvida el papel que las migraciones han jugado históricamente dentro de las luchas por los derechos y la ciudadanía que han acompañado a la inclusión dentro de la ciudadanía de la clase trabajadora a partir de la crisis del Estado liberal del siglo XIX; por otra parte sin embargo se termina invirtiendo de tal modo la causa y el efecto, que se llega a crear por parte del derecho, a partir de la mitad de los años setenta, la figura del clandestino como respuesta a la crisis de aquellos años, que es crisis de un modelo productivo (el llamado fordista) y no sólo el agotamiento de una coyuntura hasta ese momento expansiva. El conflicto de la irregularidad que desde ese momento asumirá más y más importancia dentro de las normas europeas sobre la inmigra-

ción, nacionales y comunitarias, lejos de reducir sustancialmente el componente no regulado de la inmigración, termina por constituir un mecanismo de recolocación de tal población en un contexto social y productivo en profunda transformación y caracterizado por una radical precariedad; un mecanismo dentro del cual los ordenamientos europeos atribuyen todavía a la inmigración una función de comodín, variable dependiendo de las circunstancias socio-económicas del lugar y del momento.

3. EL GIRO DE LOS AÑOS SETENTA

El decenio a caballo entre los años sesenta y setenta marcó un momento de giro en las políticas migratorias europeas, mostrándose su inadecuación respecto de las dinámicas iniciadas, «extra muros», por la descolonización y el aumento de la migración hacia Europa e, «intra muros», por el agotamiento de la fase de crecimiento económico que caracterizó los «Treinte gloriosos» y, más en general, por la crisis del modo fordista de producción²⁴. En estos años los diversos modelos de gestión de la inmigración en auge en los países europeos con mayor crecimiento de la inmigración entran en una crisis que conducirá a una drástica limitación de las entradas²⁵ y la inmigración, como ocurrió con ocasión de crisis precedentes, se convierte al mismo tiempo en una cuestión de orden público y de contienda electoral, agitada también ahora por fuerzas políticas de reciente formación y de clara inspiración xenófoba que construirán sobre los peligros de la inmigración sus fortunas y terminarán por condicionar sensiblemente el debate en esta materia.

Se abre ahora una fase de profunda transformación de los procesos migratorios y de la estrategias de gestión de tales procesos que, no obstante la diferencia de las respectivas historias migratorias y de las políticas

²⁴ Se rediseñan las directrices de los movimientos migratorios y nuevos países europeos, empezando por aquellos que miran al Mediterráneo, se convierten en destinos de la inmigración (de la nueva, pero también de la de retorno, como en el caso italiano). Y junto a las rutas migratorias, cambiarán los factores desencadenantes de las migraciones y la composición de ésta: crece la importancia de las migraciones por reagrupación y al mismo tiempo, no son tanto las condiciones que caracterizan a los países europeos las que atraen a los inmigrantes, sino las condiciones de vida en los países de origen las que inducen a la emigración.

²⁵ A este propósito K. J. BADE, *L'Europa in movimento* op. cit., 349, evidencia que «si sobre las políticas migratorias y de integración los diversos países marchaban en un orden disperso, en la multiplicidad de medidas restrictivas de la inmigración se delineó sin embargo por primera vez un consenso unánime sobre la necesidad de poner a punto las defensas –primer paso histórico que (...) terminaría dando luz a la idea de la «Europa fortaleza»».

perseguidas hasta el momento, conducirá a una progresiva convergencia de las políticas migratorias de los países europeos con una inmigración más destacada: aumentan los límites a la entrada de nuevos trabajadores inmigrantes, se fomenta el retorno voluntario, pero es también en estos años cuando se registran los primeros reconocimientos importantes de derechos sociales y familiares de los inmigrantes que residen de forma regular y cuando toman forma, junto con las políticas tradicionales «de» la inmigración las primeras políticas «para» la inmigración. Contemporáneamente, es en este período cuando comienza, si bien a nivel embrionario y estrictamente intergubernamental, una comunitarización de las políticas migratorias y que, entre el nivel nacional y el nivel comunitario comienza a tomar cuerpo aquella lógica «binaria» que aún determina las políticas migratorias europeas, caracterizada, por una parte, por la limitación de las entradas y la lucha contra la irregularidad y, por otra, por la puesta en marcha de vías parciales de integración social para los inmigrantes que alcanzan a conseguir y a mantener una condición de residencia regular.

3.1. *La convergencia de las políticas nacionales de la inmigración*

3.1. a) Alemania

También en la postguerra en Alemania el refrán es siempre el mismo: «Deutschland ist kein Einwanderungsland», pese a seguir siendo el país europeo con el mayor número absoluto y porcentual de inmigrantes. Entre los años cincuenta y sesenta, pese a las entradas masivas de refugiados procedentes de la Alemania del Este y de los países de más allá del telón de acero, se retoma el reclutamiento de fuerza de trabajo inmigrada y se vuelve a mantener la tesis de la naturaleza provisional y coyuntural de dicha presencia y a centralizar las decisiones en la importancia de la mano de obra y de los controles relativos a su entrada²⁶. Se puede prácticamente decir que hasta el año 2005 Alemania no ha tenido en la práctica una regulación federal de la inmigración destinada a regular dicho fenómeno de forma global, sino únicamente una serie de normativas relativas al

²⁶ En 1955, con dicho objetivo se crea la *Bundesanstalt für Arbeit* que estipulará acuerdos bilaterales con países de emigración (Italia, España, Portugal, Grecia, Turquía, Yugoslavia, Marruecos, Túnez) y que constituirá un importante instrumento para ajustar la presencia de trabajadores inmigrantes a las exigencias coyunturales de la economía alemana. Sobre las políticas migratorias alemanas entre la segunda postguerra y la mitad de los años setenta vid. P. KAMMERER, *Sviluppo del capitale ed emigrazione in Europa: la Germania federale*, Milán, Mazzotta, 1976, espec. pp. 102 y ss.

reclutamiento de trabajadores extranjeros temporalmente residentes a los que se reconocían los derechos sociales estrictamente necesarios y que eran excluidos de cualquier perspectiva de integración y de acceso a la nacionalidad. Una negación, por otra parte, a la que se contraponen la sensible apertura del ordenamiento alemán en materia de derecho de asilo²⁷.

La «Ausländergesetz» de 1965 se inserta en la tradición alemana dándole continuidad en materia de políticas migratorias. Esta normativa, revisada en 1990 y en 1993, concibe la inmigración de trabajadores como recurso temporal según la marcha del mercado de trabajo nacional (sólo para los trabajadores comunitarios se prevé la posibilidad de un permiso de residencia independiente de la situación del mercado de trabajo nacional). El permiso de trabajo es una variable dependiente del permiso de residencia, y por lo tanto pierde su validez con la de éste, y el permiso de residencia se otorga y eventualmente se amplía sobre la base de valoraciones ampliamente discrecionales de la administración, orientada por una

²⁷ Hasta 1993, de hecho, un ciudadano extracomunitario que quisiese entrar en Alemania como trabajador no podía alegar más que un interés legítimo sometido a una valoración ampliamente discrecional por parte de la Administración para obtener después un estatuto que sólo tras mucho tiempo y con notables dificultades le permitía acceder a algunos derechos sociales. Si el mismo ciudadano invocase sin embargo su derecho subjetivo al asilo habría conseguido entrar de manera mucho más ágil —su petición no conllevaba prácticamente valoración discrecional de la administración ni en el plano objetivo (por ejemplo en relación con la situación del país de origen) ni tan siquiera en el subjetivo, a cerca por tanto del requirente singular— y habría obtenido un tratamiento bien distinto en el plano del *welfare*. Sobre la base de la versión originaria del art. 16.2 GG, *cualquier* extranjero que se hubiese presentado en las fronteras alemanas y se hubiese declarado como perseguido político habría disfrutado: del derecho a entrar y a permanecer en Alemania hasta que concluyese el procedimiento de examen de su petición; del derecho a un examen completo y exhaustivo de su solicitud por parte de la administración, y eventualmente de la posibilidad de recurrir en los diversos grados de la justicia administrativa y también al recurso individual (*Beschwerde*) ante el Tribunal Constitucional; y del derecho, en tanto se demorase tal procedimiento, a ser alojado y mantenido por parte del estado alemán; también las prestaciones sociales de las que éstos habrían disfrutado eran prácticamente las mismas que el ordenamiento reconocía a los ciudadanos alemanes. Por otra parte si hasta los años ochenta las solicitudes de asilo permanecen en términos globales bastante contenidas, entre los años ochenta y noventa su número aumenta sensiblemente, ampliándose los plazos del procedimiento, multiplicando los recursos a los tribunales administrativos y al tribunal constitucional e incrementando el gasto social dedicado a esta cuestión, aumento que indujo, primero, a limitar progresivamente las posibilidades de acceso al asilo y al contenido de tal derecho actuando sobre las normas ordinarias que regulan el procedimiento de examen de la solicitud y el tratamiento reconocido al solicitante de asilo (*Asylverfahrensgesetz* e *Bundessozialhilfegesetz*) pero manteniendo el largo y complejo procedimiento de examen de la solicitud, y, posteriormente, a la reforma constitucional de 1993, sobre la cual v. *Infra* parr. III.1.2.

parte a responder a las demandas de la economía nacional y por otra parte a considerar a los extranjeros como un problema de orden público²⁸.

Este modelo de gestión de la fuerza de trabajo inmigrada entra en crisis a mediados de los años setenta, con la liberalización del mercado de trabajo en la Comunidad Europea y con la maduración del derecho a la residencia y a la reagrupación adquiridos por la mayor parte de los trabajadores inmigrantes, cuando se registra el fracaso de las medidas que hasta ese momento se habían adoptado para hacer frente a la estabilización de la presencia de inmigrantes (como por ejemplo la llamada «rotación obligatoria» y los incentivos a la repatriación previstos por la «Rückkehrförderungsgesetz» de 1983) y se evidencia la ausencia de una política para la integración de los inmigrantes residentes. En estos años por lo tanto se activa en Alemania la política de la doble vía, intentando por una parte una integración social parcial de los inmigrantes residentes desde hacía ya tiempo, y por otra desincentivar nuevas entradas (si bien se continúa con un reclutamiento seleccionado y excepcional) e incentivar los retornos. Al mismo tiempo toma forma un multiculturalismo imprevisto y no deseado y se difunde la percepción de que quizás la barca estuviese ya demasiado llena²⁹ y se debiesen impedir nuevas llegadas de inmigrantes. En un contexto como éste la cuestión migratoria se convierte rápidamente en uno de los temas electorales predilectos por parte de la derecha xenófoba y cambia también la percepción social de los titulares del derecho de asilo, vistos cada vez más como inmigrantes «camuflados»³⁰.

3.1. b) Gran Bretaña

En Gran Bretaña serán las dinámicas inducidas por las descolonización las que vuelvan a poner en discusión la centralidad de la «allegiance»

²⁸ Se podía terminar expulsado por recurrir a la asistencia social para sí mismo o para sus familiares, por ser condenado incluso por delitos muy leves y en el caso de que el extranjero pueda constituir un peligro para la seguridad del Estado y para su «ordenamiento fundamental democrático y liberal» (arts. 18 y 21 GG). Discrecionalidad que además, dada la estructura federal alemana, conducía a una política migratoria muy diversa entre *Land* y *Land* que evidencia la importancia del papel desempeñado por los jueces para intentar limitar al menos en parte la amplitud de tal discrecionalidad. Para indicaciones sobre tal jurisprudencia remitimos a G. MANGIONE, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale tedesco*, Milán, Giuffrè, 1999, p. 27 y s.

²⁹ V. H. M. ENZENSBERGER, *La grande migrazione*, Turín, Einaudi, 1993. p. 16 y ss.

³⁰ Sobre las políticas migratorias alemanas de estos años v. K. J. BADE, *Europa in movimento* op. cit., pp. 340 y ss.; P. KAMMERER, *Germania: un secolo di politica migratoria* op. cit., p. 169 y ss.; L. MELICA, *Lo straniero extracomunitario*, Giappichelli, Turín, 1996, pp. 98 y ss.; G. MANGIONE, *Il diritto di asilo* op. cit. pp. 23 y ss.

en la construcción de la ciudadanía y a marcar, en la segunda postguerra, el derecho de extranjería, llevando a una progresiva alineación con las teorías y las prácticas continentales en este ámbito, a partir de una redefinición de las categorías en las que tradicionalmente se distinguían los «british subjects» y los «aliens». Será tras los años sesenta y setenta del siglo XX cuando se culmine la fase descendente de la parábola histórica del «British subject» y se adopten las primeras limitaciones a la inmigración, caracterizándose las normas por la predisposición a establecer instrumentos cada vez más generalizados de control y por la progresiva descomposición de la figura del «british subject» en subcategorías destinatarias de tratamientos diversos en materia de inmigración y ciudadanía.

La «Commonwealth Immigrants Act» de 1962, intentando poner freno a la inmigración sin detrimento de los compromisos hacia los «british subjects» titulares de pasaporte británico, excluyó del reconocimiento automático del derecho de residencia a los «british subjects» que no hubiesen nacido en el Reino Unido y por primera vez tales «subjects» se encontraron sometidos a los procedimientos de control de entrada en el Reino Unido, mientras será la posterior «Commonwealth immigration act» de 1968 la que extienda por su parte tales limitaciones a los «subjects» titulares de pasaporte británico³¹.

La «Immigration Act» del '71 y la «Nationality Act» de 1981 marcaron un pasaje importante de la experiencia británica en materia de inmigración y ciudadanía. Con la «Act» de 1971 se derogaron las normas vigentes hasta el momento y se subdividieron los «british subjects», dependiendo de los lazos que mantuviesen con el territorios del Reino Unido, en «patrial» y «not patrial», es decir, entre quienes disfrutaban de un derecho automático de establecimiento en el Reino Unido y aquellos otros para los cuales

³¹ Ambas normativas fueron aprobadas bajo la presión de dos andanadas sucesivas de inmigrantes motivadas por las descolonización: la primera pretendía hacer frente al incremento del flujo migratorio proveniente de India, Pakistán y las Indias Occidentales, la segunda a la inmigración de masas procedente de Kenia de *british subjects* de origen asiático que tras la independencia del país (1963) habían elegido conservar la ciudadanía británica y trasladarse al Reino Unido. Por otra parte, las políticas migratorias inglesas de estos años se muestran bastante contradictorias, ya que a esta tendencia a limitar la inmigración contraponen la adhesión inglesa a la Convención de Ginebra sobre el *estatuto* de los refugiados que imponía a los países aceptar en su territorio a aquellos refugiados procedentes a menudo de sus ex colonias, las cuales habían ratificado mientras tanto el fracaso de la exportación a ultramar del «modelo westminster». Sobre tales normativas v. p. ej.: A. GEDDES *The Politics of Migration and Immigration in Europe*, Londres, SAGE, 2003, pp. 29 y ss.; G. CLAYTON, *Textbook on Immigration and Asylum Law*, Oxford University Press, 2006; M. PHELAN, *Immigration Law Handbook*, Oxford University Press, 2007.

podía limitarse la entrada en la isla sobre la base de la normativa de extranjería³², mientras que la «Act» de 1981, pese a eliminar la distinción «*patrial*/*non-patrial*» por los problemas de aplicación a los que había dado lugar³³, rediseña, con la finalidad de poner una barricada a futuras oleadas migratorias, las reglas de acceso a la ciudadanía del Reino Unido reduciendo los elementos de «*ius soli*» y excluyendo del derecho automático de establecimiento en el Reino Unido a todos aquellos que previamente habían disfrutado de tal derecho en virtud del nexo que unía al territorio en que habían nacido con la corona británica.

También en el Reino Unido, por lo tanto, será durante los años setenta cuando las teorías y las prácticas desarrolladas en materia migratoria desde finales del siglo XIX sean puestas de nuevo en tela de juicio radicalmente. Esta transición, que en la Europa continental se gestiona bajo el sello del cierre a la inmigración de trabajadores, en la experiencia inglesa se manifiesta más bien en un agotamiento de la raíz imperial y colonial de la idea de «*British subject*», que hasta el momento había permitido –por razones tanto demográficas como económicas– el acceso al territorio del Reino Unido a los individuos provenientes de la «*Commonwealth*» dando así forma a la particular cuestión del multiculturalismo británico. Las reformas producidas en aquel período introducen por otra parte en los saberes y en las prácticas inglesas en materia migratoria y de ciudadanía la división entre ciudadanos y extranjeros típica del derecho europeo continental, volviendo a acercar en cierto modo el derecho británico en esta materia al

³² La distinción entre *patrial* y *non-patrial* sobre la base de la relación entre *subject* y territorio (entre los factores que determinaban la atribución de la calificación de *patrial* se encuentran: el nacimiento en el territorio; ser descendiente hasta el segundo grado o haber sido adoptado por un sujeto nacido en el reino; una residencia al menos quinquenal y, para las mujeres, la existencia de una relación conyugal con un *patrial*, una discriminación por razón de género ésta que continuó por otra parte caracterizando la regulación migratoria inglesa hasta los años 80, cuando intervino en este tema el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con la Sentencia *Abdulaziz, Cabales e Balkandali vs UK* del 1985) reconduce a la segunda categoría buena parte de la migración proveniente de los territorios asiáticos y sobre todo africanos del ex imperio inglés, que constituyen tradicionalmente la voz principal de la inmigración dirigida a Inglaterra. Y estos individuos, que hasta pocos años antes de la ley sobre la ciudadanía eran equiparados a ciudadanos ingleses autóctonos se encuentran ahora asimilados a la condición de extranjeros, de *aliens* cuya entrada y residencia se regula por la *immigration law*.

³³ Numerosas controversias jurídicas pusieron de manifiesto la discrecionalidad con la que el *Home Office* dio aplicación a la *Act* de 1971 y las contradicciones de dicha norma, y más aún cuando se pone en relación con la política de regulación de flujos; v. por ejemplo, BEVAN, *Development of British Immigration Law*, Londres, Routledge, 1986, pp. 259 y s. y S.S. JUSS, *Rule-making and the Immigration Rules. A Retreat from Law?*, en *Statute Law Review*, 1992, espec. pp. 154 y ss.

de los demás países europeos. Serán como veremos la entrada del Reino Unido en la Comunidad Europea y la inserción dentro de su ordenamiento de una concepción de los derechos de la persona como tal y no en cuanto a súbdito de Su Majestad –piénsese en la suscripción de la Carta de Niza y en la adopción de la «Human Rights Act» de 1998– las que vuelvan a poner en cuestión la aproximación británica a las políticas migratorias³⁴.

3.1. c) Francia

En Francia, tras la segunda guerra mundial, se promulgará la «Ordonnance» 2. 11. 1945, actualmente en vigor tras una treintena de modificaciones y revisiones, con la cual, persistiendo exigencias demográficas y ocupacionales, se volvía al proyecto asimilacionista anterior a la guerra con vistas a la estabilización y la inclusión en la ciudadanía de los inmigrantes más fácilmente integrables³⁵. A partir de los años setenta comienza a reducirse la inmigración europea y a aumentar la proveniente de sus ex colonias norteafricanas y asiáticas, y permanecen junto a la inmigración regular, en buena parte reclutada aún directamente en los principales países de emigración a través de «l'Office national d'immigration» (O.N.I.), importantes llegadas de inmigrantes indocumentados que conseguían sin demasiadas dificultades encontrar un trabajo y, dado que el permiso de residencia y el contrato de trabajo, «ex» «Ordonnance» del '45, eran distintos, cuando estos inmigrantes topaban con controles policiales, si tenían un empleo eran rápidamente regularizados. Hasta los años se-

³⁴ Así de nuevo A. TORRE, *Cittadinanza, immigrazione* op. cit., pp. 793 y ss. Respecto de las políticas de integración que se venían articulando en ese momento, nos limitamos aquí a recordar, por un lado, el declinar de dichas políticas de integración en el marco de los mecanismos de tutela de las *ethnic minorities* articulado por las normas en materia de lucha contra la discriminación, directa e indirecta, y, por otra parte, como, en la experiencia inglesa, la atribución de la ciudadanía a los inmigrantes provenientes de sus colonias, si bien no ha evitado que persista la discriminación social y económica, ha constituido en cualquier caso una importante posibilidad de participación política para los inmigrantes y para sus descendientes, los cuales, por otra parte, dada la concentración territorial de las diversas comunidades de inmigrantes, consiguen, particularmente en la política local, influir sobre las decisiones y elegir sus propios representantes. Sobre tales políticas v. L. MELICA, *Lo straniero extracomunitario* op. cit., pp. 60 y ss. y U. EREL y S. JEFFERYS, *Immigrati e minoranze etniche in Gran Bretagna*, en P. BASSO y F. PEROCCO (dir.), *Gli immigrati in Europa* op. cit., pp. 253 y ss.

³⁵ Recordemos que la adquisición automática por *ius soli* de la ciudadanía francesa se remontaba a una ley de junio de 1889 y sólo a principios de los años noventa, coincidiendo con la *Grande Reforme* de las leyes Pasqua, se intervendrá sobre dicho automatismo imponiendo a los hijos nacidos en Francia de padres inmigrantes que manifiesten, al cumplimiento de la mayoría de edad, la intención de adquirir la ciudadanía francesa.

tenta, por lo tanto, las políticas migratorias francesas se vertebran sobre dos elementos principales: importación de mano de obra y asimilación. Tal programa sin embargo ha funcionado sólo en parte, no sólo al superponerse una inmigración espontánea a la regular, sino también en lo que concierne al proyecto asimilacionista. De hecho no sólo no faltaron reacciones racistas incluso en relación con los inmigrantes considerados culturalmente más «cercaños», reacciones que se agravaron sensiblemente ante la inmigración magrebí y asiática que se desarrolla a partir de los años sesenta, sino que las propias investigaciones de los historiadores que se han ocupado del tema, muestran que el mismo modelo republicano de asimilación toma cuerpo en la III República como un modelo de integración de las clases populares francesas, jugando justamente la baza de la xenofobia y del mantenimiento de un estatus de inferioridad para los inmigrantes, construido a partir de la idea de «misión civilizadora» que retrotrae a las aventuras coloniales francesas³⁶.

En Francia, por lo tanto, como en Alemania, es la crisis de 1973 la que conduce a los primeros cierres de fronteras a la inmigración de trabajadores y al reforzamiento de los dispositivos de «policía de los extranjeros», y es en este contexto en el que aparecen los «sans papiers», el irregular destinado a permanecer como tal, desde el momento en que no funciona ya el mecanismo antes apuntado de ‘regularización permanente’ en virtud del cual la legalidad del empleo permitía la regularización de la residencia. También de la noche a la mañana se acompañan a dicha clausura de fronteras las primeras políticas embrionarias de integración de la población inmigrada regularmente residente, mediante el reconocimiento de la reagrupación familiar, de derechos sociales y de la participación sindical, reconocimiento en ocasiones anticipado por importantes pronunciamientos judiciales, como por ejemplo el «arrêt GISTI» de 8. 12. 1978, con el que el Consejo de Estado reconocía el derecho de los extranjeros a «mener une vie familiale normale». Establecidas mediante circulares, estas restricciones a la inmigración de trabajadores encontrarán después en la «loi» Bonnet de 1979 una primera codificación legislativa, que hará más difícil la entrada, aumentará los supuestos de expulsión e introducirá las primeras hipótesis de «retention administrative». A partir de este momento las reformas en esta materia siguen prácticamente los cambios de mayorías y, aún tocando las nuevas normas puntos fundamentales de la regulación, prácticamente en ningún caso se producirán turbaciones de las normas precedentes, tendiendo las nuevas mayorías a conservar aquellas partes

³⁶ Insiste en este aspecto G. NOIRIEL, *Le creuset français* op. cit., pp. 341 y ss.

de la regulación precedente en torno a las cuales se había creado un cierto consenso político-social³⁷.

3.2. *El momento intergubernamental*

En estos años se articulan también nuevos instrumentos internacionales en materia migratoria- p. ej. la Convención de la OIT sobre los trabajadores migrantes de 1975, que da testimonio de la intención de construir un régimen europeo de las migraciones, así como del clima restrictivo prevalente en aquel entonces³⁸, pero serán sobre todo las dinámicas en el ámbito comunitario las que marquen los progresos que retrospectivamente han sido más relevantes.

Este es el tiempo de los «grupos ad hoc» sobre inmigración, que se agotará en la segunda mitad de los años 80, cuando, con los Convenios de Schengen y Dublín, se ponga en marcha la comunitarización de las políticas migratorias que aún hoy continúa y que tendrá una primera e importante etapa con el Tratado de Maastricht, cuando estas formas de cooperación interestatal en materia migratoria se incluyen en parte dentro del marco institucional de la Unión, si bien dentro del «tercer pilar», respecto al cual va a predominar netamente un enfoque intergubernamental e institucionalmente flexible.

No será hasta el Tratado de Ámsterdam cuando las cuestiones migratorias, o mejor algunos importantes sectores de éstas, se incluyan dentro de las competencias propiamente comunitarias, aunque esto no signifique una renuncia total a los mecanismos intergubernamentales. Desde mediados de los años setenta comienza un período en el que se comienza a distinguir en el mercado europeo entre trabajadores extranjeros comunitarios y extracomunitarios, reconociendo solamente a los primeros los derechos atribuidos a los ciudadanos del Estado en el que trabajan³⁹, y se inicia, ante la crisis de las políticas migratorias nacionales tradicionales, una cooperación intergubernamental que dará vida a los primerísimos esbozos de las políticas migratorias comunitarias.

³⁷ Sobre la Ordonnance del '45 y las reformas de las políticas francesas que hemos apuntado aquí nos limitaremos a remitir a los trabajos de D. LOCHAK, *Étrangers* op. cit., pp. 155 y ss. y de F. JULIEN-LAFERRIÈRE, *Droit des étrangers*, París, Puf, 2000, pp. 23 y ss.

³⁸ V. el preámbulo, donde se afirma la «necesidad de evitar un aumento excesivo y descontrolado o no regulado de los movimientos migratorios».

³⁹ Coherentemente con las dinámicas migratorias existentes en el continente europeo entre los años cincuenta y sesenta del siglo XX, el Tratado CECA y el CEE dedicaban una atención notable a los movimientos de fuerza de trabajo *dentro* del mercado común.

Dentro de esta gradual convergencia de las políticas migratorias nacionales, la progresiva articulación de las políticas migratorias comunitarias constituye por lo tanto al mismo tiempo la causa y el efecto, y esta compleja interacción entre la toma en consideración de lo comunitario y la defensa de las prerrogativas nacionales ayuda a comprender algunas de las constantes más significativas que han marcado las dinámicas comunitarias en materia migratoria, partiendo de la dialéctica entre método intergubernamental y método comunitario, desarrollada obviamente de maneras y con equilibrios diversos en el transcurso del tiempo⁴⁰.

4. EL FINAL DEL ORDEN BIPOLAR Y LA CONSTRUCCIÓN DEL ESPACIO EUROPEO

El final de los años ochenta, con la caída del muro de Berlín y la puesta en funcionamiento del sistema Schengen, constituyó un período relevante en las políticas migratorias comunitarias. El final del orden bipolar y las nuevas modalidades bélicas que marcaron las relaciones internacionales indujeron a los países europeos de destino de las migraciones a

⁴⁰ Tras una serie de resoluciones del Consejo en la segunda mitad de los años sesenta –orientadas a favorecer una mayor igualdad de trato entre trabajadores comunitarios y no comunitarios– y de algunas comunicaciones de la Comisión –que indicaban los ámbitos en los cuales habría debido iniciarse una armonización de las políticas migratorias nacionales y que articulan por vez primera esa lógica binaria a la que hemos hecho referencia anteriormente– la Decisión 85/381 caracterizó un intento más decidido de articular una política migratoria comunitaria. Con ella la Comisión apuntaba al establecimiento de un procedimiento preliminar y de concertación entre los Estados miembros «sobre políticas migratorias en relación con los terceros Estados». Este intento de la Comisión encontró la oposición de los Estados miembros entonces más afectados por la inmigración extracomunitaria. Alemania, Francia, Países Bajos, Dinamarca y Reino Unido recurrieron ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para anular la Decisión, afirmando la falta de competencia de la Comisión, *ex art. 118 TCE*, para adoptar actos vinculantes y negando la reconducción de la materia inmigración a las materias incluidas en dicho artículo. El TJCE, en su Sentencia de 9 de julio de 1987 –asunto *Repubblica Federale di Germania et al. c. Commissione*– acogió las razones de los recurrentes respecto de la imposibilidad de adoptar actos vinculantes por parte de la Comisión sobre la base del art. 118, pero también acogió las razones de la Comisión en lo que concierne a la posibilidad de reconducir significativos sectores de la política migratoria a las políticas sociales a las que se refería el artículo en cuestión, dada su conexión con el funcionamiento del mercado comunitario de trabajo, terreno de indiscutible competencia comunitaria. Sobre estos primeros intentos de afirmar una competencia comunitaria en materia migratoria v. p.ej. L. MANCA, *L'immigrazione nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milán, 2003, pp. 22 y ss. y S. GIUBBONI, *Immigrazione e politiche dell'Unione europea: dal Trattato di Roma alla Costituzione per l'Europa*, en *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali* 2/2005, pp. 209 y ss.

intentar limitar la entrada no sólo de trabajadores inmigrantes, sino también de refugiados y solicitantes de asilo; al mismo tiempo, con Schengen tomó forma un dispositivo de confinamiento en gran parte inédito que rediseña los mecanismos nacionales y supranacionales de control de las fronteras e inicia un proceso aún hoy en funcionamiento de «externalización» de dichos controles.

4.1. *Europa y seguridad*

Este doble contexto establece por diversas razones las coordenadas dentro de las cuales han tomado forma a partir de los años noventa las políticas en materia de inmigración y asilo de los países europeos y puede al mismo tiempo ayudarnos a comprender la lógica binaria que caracteriza tales políticas, así como la intersección en ellas de codificaciones globales impuestas por las etapas del proceso de integración europea y el amplio espacio dejado a los ejecutivos en la actualización y en la concreción de tal estatuto según una orientación basada en la seguridad, cuando no en razones de emergencia, de las cuestiones ligadas a la inmigración y su control.

En relación con «Europa», es a partir de los Convenios de Schengen y Dublín cuando se inicia la comunitarización de las políticas migratorias, que sigue en marcha hoy, y tuvo un importante eslabón con el Tratado de Ámsterdam, en el que importantes cuestiones ligadas a la inmigración se incorporarán dentro de las competencias comunitarias, si bien sin abandonar totalmente los mecanismos intergubernamentales

Los años posteriores a Ámsterdam conocerán un notable desarrollo de iniciativas que a su vez constituirán el punto de referencia de las opciones que en materia migratoria marcarán el Tratado Constitucional Europeo, y lo que hoy queda de él; iniciativas marcadas por importantes límites, debidos tanto al contexto temporal en que éstas se desarrollarán (el 11 de septiembre de 2001 incidirá sensiblemente en este terreno), como a las opciones metodológicas que las caracterizarán. Sobre la Carta de Niza me limito a recordar que si por una parte es innegable que aparece marcada por una tendencial universalidad y apertura –gracias a la cual la casi totalidad de los derechos de ciudadanía «se transforman en derechos... de todos aquellos que residen en el territorio de uno de los Estados miembros⁴¹»– es también cierto, por otra parte, que las normas de la misma que

⁴¹ En este sentido J. LUTHER, *Le frontiere dei diritti culturali in Europa*, en G. ZAGREBELSKY (dir.), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Laterza, Roma-Bari 2003, p. 224.

afectan más directamente a los inmigrantes no diseñan más que pálidas e incompletas formas de tutela⁴². En relación a lo que debía convertirse en el Tratado Constitucional Europeo, incluso dentro de dicho texto avanza rápidamente la armonización y la cooperación en materia de policía y de controles mientras que quedan pendientes las políticas en materia de integración de los extranjeros, bloqueadas en un mínimo común denominador por la defensa por parte de los Estados de sus propias prerrogativas en dicha materia y aprobadas al coste de importantes modificaciones, a veces hasta terminar cambiando el plan del que se partía⁴³.

La cuestión de la relación entre «libertad» y «seguridad» ha vuelto a ocupar la escena de forma preponderante en relación directa con el aumento de las solicitudes de prestación de servicios públicos y tras nuevas y dramáticas emergencias de orden público. De ello da testimonio, por ejemplo, la importancia que se le ha vuelto a dar en los tratados constitutivos comunitarios y en las constituciones más recientes⁴⁴. Este retorno

⁴² El art. 15.3 en materia de trabajo de los inmigrantes en situación legal, se limita a ofrecer una «cláusula de igualdad formal», olvidando la compleja maraña de causas que, en las relaciones sociales y económicas concretas, obstaculizan el establecimiento de condiciones de trabajo equivalentes entre nacionales e inmigrantes. La Carta además veta las expulsiones colectivas (art. 19), y reconoce el derecho de asilo (art. 18), confundiendo además entre el derecho de asilo y el estatus de refugiado, optando por otra parte por una noción bastante restringida y un *standard* mínimo de tutela que deja fuera a los denominados refugiados *de facto*. Mejor consideración merecen entre las normas interesantes para los inmigrantes los artículos dedicados a los derechos de reunión y de asociación incluso sindical (art. 12), a la prohibición de discriminación (art. 21) y a la libre circulación y residencia (art. 45).

⁴³ Es el caso por ejemplo de la Directiva en materia de reagrupación familiar, COM(2003)86, sobre la cual v. *Infra*, pero retrasos y vaciamientos de contenido similares afectan a las propuestas avanzadas por la Comisión en materia de asilo, lucha contra las discriminaciones y en general al conjunto de las políticas comunitarias en materia de inmigración regular y derechos de los ciudadanos «residentes de larga duración», de terceros países (v. a este respecto las COM(2003)109 y COM(2001)386).

Sobre el desequilibrio a favor de los *security issues* tras el 11 de septiembre de 2001, v. J. NIESSEN, *Five Years of EU Immigration and Asylum Policy-making under the Amsterdam and the Tampere Mandates*, espec. pp. 14 y ss. que puede encontrarse en la URL: <http://migpolgroup.socialchange.net.au>. Para U. ALLEGRETTI, *Il senso d'Europa nel progetto della Convenzione*, en *Dem. Dir.* 2/2003, 103, el marco de conjunto que surge de la regulación de las funciones comprendidas en el *Espacio de libertad, seguridad y justicia* es «poco alentador»: «el acento se pone no tanto sobre las garantías liberales (...) cuanto (...) sobre la necesidad de seguridad». Un *espacio* que se extiende sobre un terreno muy delicado, que pone en el mismo conjunto objetivos bastante dispares, que comparten un nerviosismo, una obsesión de seguridad «sugerida (...) por un sentimiento de miedo poco noble».

⁴⁴ Veáanse por ejemplo el art. 5 CEDH, los arts. 2 y 29 del TUE, el art. 61 del TCE (relativo a la creación de un «espacio de libertad, seguridad y justicia»), el art. 6 de la Carta de Niza y los arts. 2 de la Constitución Suiza de 1999 y 5 de la Constitución Polaca de 1997.

a la idea de seguridad revela sobre todo un carácter dinámico, el cual «implica no sólo una protección de los bienes jurídicos existentes fundamentada en las reacciones relacionadas con las agresiones que a aquellos se causan, sino la garantía de la continuidad en el tiempo del disfrute de derechos y de expectativas de futuro, a través de la «prevención» de las necesidades vitales»⁴⁵, dinamicidad aplicable no sólo al campo de los derechos prestacionales, sino también, y más aún, al campo de las libertades civiles, donde por otra parte surgen siempre más ingerencias por parte de los poderes públicos en la esfera individual de la libertad y de los derechos, y donde esta connotación dinámica se conecta con una ampliación de los espacios y de los sistemas de control público sobre la esfera privada.

La preocupación por la seguridad en los procesos migratorios constituye un importante componente de tales dinámicas. El inmigrado, en dicho contexto se convierte en cuestión de orden público por excelencia, sujeto/objeto de dispositivos normativos y limitaciones de los derechos y las libertades; sobre las migraciones convergen de hecho cuestiones sociales no resueltas –desequilibrios demográficos, paro, crisis del «welfare» y de la participación política– a las que se añaden las dificultades en la búsqueda de una identidad europea compartida y el regreso a escena de guerras y terrorismos legitimados por fundamentalismos culturales opuestos. Todos ellos son factores que, de varias formas y en distinta medida, terminan por amasar la complejidad de la sociedad y de las relaciones entre identidad y cultura a favor de descripciones polémicas, que transforman al «otro» en «enemigo» legitimando la extensión de instrumentos de vigilancia permanente, terminando por transformar el poder en la gestión de las inquietudes.

Son emblemáticas a este respecto las normas en materia de seguridad y de lucha contra el terrorismo adoptadas tras el 11 de septiembre de 2001, que tienen entre sus sujetos preferentes a los inmigrantes y a sus descendientes⁴⁶, pero lo que aquí nos interesa es sobre todo aquel dere-

⁴⁵ P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, en P. RIDOLA y R. NANIA (dirs.), *I diritti costituzionali*, II ed. Giappichelli, Turín, 2006, p. 144.

⁴⁶ Sobre tales normas nos limitamos aquí a señalar la diversidad de las posiciones que expresan: A. BENAZZO, *L'emergenza nel conflitto tra libertà e sicurezza*, Giappichelli, Turín, 2004; G. DE VERGOTTINI, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, il Mulino, Bolonia, 2004; J.C. PAYE, *La fin de l'État de droit. la lutte antiterroriste de l'état d'exception à la dictature*, La Dispute, París, 2004. Sobre el tema, veáse además el debate que en las páginas del *Yale Law Journal* de 2004 han mantenido B. ACKERMAN, *The Emergency Constitution in Yale Law Journal*, 2004, 1029-1091 (trad. it., Meltemi, Roma 2005) y L. TRIBE y P. GUDRIDGE, *The*

cho especial de los inmigrantes que ha tomado forma progresivamente en el espacio europeo en los años noventa y que se caracteriza por expulsiones cada vez más apresuradas, gestionadas con gran discrecionalidad por la administración y que raramente pueden suspenderse, por un mecanismo de tutela jurisdiccional «auxiliar» reducido a convalidar formalmente las decisiones administrativas, y por la difusión de los lugares de retención como piedra angular de la gestión de los procesos migratorios y en particular de la población inmigrada «excedente»⁴⁷.

4.2. Las políticas migratorias nacionales de los años noventa

4.2. a) La inmigración

En este período nos iremos separando cada vez más de la lógica binaria que marca las políticas migratorias de mediados de los años '70. Si, por una parte, las normas tenderán a acentuar la lucha contra la inmigración clandestina por medio de normativas cada vez más agresivas de control de las entradas y ejecución de las expulsiones –es en este período cuando se difunden formas de ejecución coactiva de las expulsiones e hipótesis de internamiento en centros creados «ad hoc», y en este campo es donde se registrarán los mayores progresos en la comunitarización de esta materia–, por otra hay que reconocer que en estos años se registran importantes avances, a menudo jurisprudenciales más que legislativos, en

Anti-emergency Constitution en *ibi* 1801-1870. Sobre la tematización como emergencia que caracteriza a las normas que regulan la inmigración en Italia desde hace veinte años hasta hoy permítaseme remitir de nuevo a G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali* op. cit., pp. 136 y ss.

⁴⁷ Los primeros supuestos «modernos» de detención administrativa de extranjeros para su expulsión aparecen, como se ha apuntado, en Francia en la Ley *Bonnet* de 1979. Con la entrada en vigor del Convenio de Schengen en 1990, y pese a que Schengen no preveía tales centros, insistiendo más bien en hacer efectivos los diversos mecanismos de retorno, se comenzarán a establecer en varios Estados miembros los primeros lugares expresamente destinados a retener a los inmigrantes cuya expulsión estaba prevista. Nos limitamos aquí a recordar, en lo concerniente a la duración de la retención, que Reino Unido y Holanda no ponen un límite de duración; después se va desde los 18 meses de Alemania, a los 6 meses en Austria, 5 en Bélgica, 3 meses en Grecia, dos meses renovables en Suecia, 8 semanas en Irlanda, 60 días en Italia y Portugal, 40 días en España, 32 días en Francia (desde 2003), y a los 28 días de Dinamarca. Sobre las dinámicas más recientes que se vienen articulando a este respecto en el Espacio Europeo v. *Infra* IV.1. Sobre la difusión de tales centros en Europa v. p. ej.: B. NASCIMBENE (ed.) *Expulsion and Detention of Aliens in the European Union Countries*, Giuffrè, Milán, 2001; D. BIGO (dir.), *Circuler, enfermer, éloigner: zones d'attente et centres de rétention aux frontières des démocraties occidentales*, en *Cultures & Conflits* n. 23 (2002) y J. VALLUY (dir.), *L'Europe des camps. La mise à l'écart des étrangers*, en *Cultures & Conflits* n. 57 (2006).

el terreno del reconocimiento de derechos sociales y familiares a los inmigrantes, en particular de aquellos con residencia legal, al menos en aquellos países que hasta el momento se habían mostrado como los menos dispuestos a integrar a los inmigrantes residentes en su territorio, como Alemania, y en aquellos de inmigración reciente como Italia. En este marco, el reconocimiento de los derechos sociales de la población inmigrante legalmente residente se ha movido a partir de dos directrices principales: calificar tales derechos como fundamentales y por lo tanto que ostentan «todos» y no sólo los «nacionales» (es el caso, p. ej. de los derechos en materia de asistencia sanitaria y educación), mientras que para los derechos reconducibles más directamente a las esfera del trabajo, su atribución a los extranjeros se ha realizado sobre la base del reconocimiento de la igualdad de los trabajadores nacionales y extranjeros.

En «Francia» es la «Grande Reforme» de 1993 –con el endurecimiento del régimen de policía de los extranjeros por una parte y con la centralidad que en tal reforma asume el «*étranger résident*» como sujeto de una integración parcial que justo en razón de dicha aspiración se convierte en destinatario de restricciones y controles que van más allá de un cierto grado de control respecto de los extranjeros– la que hace remitir en el ordenamiento francés la lógica binaria que mezcla régimen de policía de los extranjeros destinado a reducir cuando no a anular la inmigración ‘irregular’ y el desarrollo de vías parciales de integración para aquellos extranjeros que consiguen obtener y conservar un permiso de residencia⁴⁸.

En Alemania en 1990 se reforma la ley de extranjería de 1965 que confirma la política de la doble vía y oficializa las prácticas que se habían ido desarrollando en el ámbito administrativo y judicial⁴⁹. Esta regulación si

⁴⁸ La Ley n. 1027 de 1993 (llamada segunda ley Pasqua) –que intentó un rediseño global del estatus jurídico del extranjero, intento al que el *Conseil constitutionnel* ha puesto importantes límites con la Dec. n. 325 de 13.08.1993– ha reescrito la normativa migratoria francesa en torno a tres nudos principales: redefiniendo los títulos de entrada y residencia, los requisitos y las condiciones del asilo y de la reagrupación familiar; intensificando los controles y endureciendo las sanciones por violar las normas de extranjería; y en fin repensando la disciplina de las expulsiones para asegurar una mayor efectividad de estas medidas. Para un análisis más articulado de dicha reforma y de sus sucesivos ajustes por las *lois v. Debré* (1997) y *Chevènement* (1998), v. *ex multis* F. JULIEN-LAFERRIÈRE, *Droit des étrangers* cit., 32 ss. y M. CALAMO SPECCHIA, *Lo status di straniero in Francia: contraddizioni e limiti di una nozione incompresa*, en *Dir. pubbl. comp. eu.* 2003, espec. pp. 683 y ss.

⁴⁹ Ya en estos años, Alemania anticipa una tendencia a la deslocalización y a la externalización en materia de entradas y expulsiones que en los años sucesivos marcará también las políticas del resto de países europeos. Además de establecer por primera vez en Europa el mecanismo de las sanciones a los transportistas, y los criterios de los «terceros estados seguros» y de los

por una parte convertirá en aún más incierta y precaria la presencia de los inmigrantes extracomunitarios en Alemania –multiplicando los permisos de residencia y manteniendo una serie de cláusulas generales en materia de orden público, disponibilidad de medios de sustento y fidelidad al ordenamiento liberal y democrático, que concurren a hacer precaria la permanencia– por otra parte prevé por primera vez una posibilidad de acceso a la ciudadanía para los trabajadores inmigrantes (tras quince años de residencia), apertura que se confirma por la ley sobre nacionalidad de 1999 que introdujo en el ordenamiento alemán importantes elementos de «ius soli»⁵⁰.

En Italia, hasta la Ley n. 943 de 1986, en materia de extranjeros estaban vigentes aún las normas del título V del Texto único de seguridad pública de 1931, la normativa de derecho internacional incorporada en leyes internas, y sobre todo un amplio elenco de normas administrativas que completaban y adaptaban la insuficiente legislación existente⁵¹. Esta

«países de origen seguros», Alemania, de hecho, es el primer país que estipula acuerdos de readmisión y que pone en marcha centros de retención fuera de sus propias fronteras, en países de los que provienen o por los que transitan inmigrantes que se dirigen directamente a su territorio. Sobre estas primeras prácticas alemanas de deslocalización de los centros de internamiento v. H. DIETRICH, *regime di controllo delle frontiere e nuove migrazione nell'Europa di Schengen. Il caso tedesco*, en S. MEZZADRA y A. PETRILLO (dir.), *I confini della globalizzazione. lavoro, culture, cittadinanza*, Manifestolibri, Roma, 2000, pp. 123 y ss. e ID., *Campi profughi ai nuovi confini esterni*, en S. MEZZADRA (dir.), *I confini della libertà. Per un'analisi politica delle migrazioni contemporanee*, Deriveapprodi, Roma, 2004, pp. 109 y ss.

⁵⁰ Para esta normativa, un niño nacido en Alemania es alemán si: a) uno de sus progenitores ha residido legal e ininterrumpidamente en Alemania durante al menos 8 años; b) si uno de sus progenitores tiene un permiso de residencia permanente o de larga duración (*Aufenthaltsberechtigung* o *Aufenthaltsurlaubnis*). En caso de doble nacionalidad el niño deberá optar por una de las dos nacionalidades al cumplir la mayoría de edad. Además tiene el derecho a la nacionalidad alemana el que disfrute de un permiso de residencia permanente durante ocho años o uno de larga duración, no depende de la asistencia social, no ha sido sancionado, acepta la parte fundamental de la Constitución y no milita en asociaciones consideradas contrarias a ella, renuncia a su antigua nacionalidad y demuestra poseer conocimiento suficiente de la lengua alemana. Además hijos y mujeres/maridos de ciudadanos alemanes *pueden* obtener la ciudadanía después de cuatro años (los hijos de menos de 16 años también tras 3 años). Sin embargo el matrimonio con un ciudadano/a alemán/a no da automáticamente derecho a la nacionalidad. Sobre estas reformas v. ARNOLD y D. BIERMAN, *La disciplina dell'immigrazione in Germania*, en *Diritto pubblico comparato europeo* 2003, pp. 644 y ss. y V. PLACIDI, *Sviluppi nella disciplina tedesca in materia di cittadinanza*, en *Quaderni costituzionali*, 2003, espec. pp. 101 y ss.

⁵¹ La Ley 943, que incorpora el Convenio de la OIT n. 143 de 1975 sobre el trato a los trabajadores migrantes, introdujo dos importantes novedades en el derecho italiano de extranjería: la igualdad de derechos entre trabajadores italianos y trabajadores extranjeros y el reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar para los trabajadores extranjeros con residencia legal. Esta ley no preveía sin embargo una nueva regulación de la expulsión, respecto a la del

aglomeración normativa se reveló inadecuada frente al progreso de la construcción europea, pero sobre todo frente a las profundas transformaciones que provocó la inmigración hacia Italia entre finales de los años ochenta y principios de los noventa. A estas transformaciones, y a las obligaciones derivadas de la adhesión al acuerdo de Schengen, intentará responder la Ley n. 39 de 1990 (llamada Ley Martelli) con la que se preparará una primera regulación tendencialmente orgánica de la inmigración⁵². Pero también esta normativa evidenció pronto sus carencias, y será tras producirse diversas crisis internacionales que empujaron nuevos inmigrantes hacia Italia cuando, en el curso de los años noventa, una serie de decretos leyes aportarán ajustes a dicha regulación (admitiendo la entrada de trabajadores temporales, pero sobre todo intentando hacer más efectivo el sistema de expulsiones), hasta la reordenación de la materia realizada con el «Texto único de la inmigración» adoptado mediante el Decreto legislativo n. 286 de 1998, reordenación necesaria por el avance del proceso de comunitarización de las políticas migratorias y marcado por la lógica binaria que es el principal resultado de este proceso⁵³.

T.U.L.P.S. ni una programación global de las entradas, previendo más bien un sistema de determinación de las entradas puntuales sometido de forma previa a la verificación de la ausencia de trabajadores italianos y comunitarios.

⁵² Sólo después de la entrada en vigor de la Ley «Martelli» Italia pudo concluir las negociaciones de adhesión al Convenio de Schengen, al haber satisfecho con tal normativa dos de las condiciones establecidas por los promotores del Convenio: a) la eliminación de la reserva geográfica que puso Italia a la Convención de Ginebra de 1951; b) la introducción en el ordenamiento italiano de un conjunto de disposiciones en materia de control de la entrada, residencia y salida de extranjeros extracomunitarios, poniendo así las bases normativas para integrar a Italia en el sistema multilateral de control de las fronteras exteriores y del territorio común. Con esta normativa se regularon además: el reconocimiento del estatus de refugiado; una programación anual de los contingentes de entrada por motivos de trabajo; la regulación de las entradas no debidas a causas laborales; la obligatoriedad del visado; una redefinición global de las medidas de repatriación; una nueva regularización; y la perspectiva de una progresiva integración socio-económica de los trabajadores «en regla», a partir de la concesión de permisos de residencia de duración progresivamente mayor. Sin embargo, después de esta regulación seguía sin modificarse (y así continua aún hoy) el derecho de asilo, faltaban procedimientos para la admisión de trabajadores temporales, la normativa sobre la reagrupación familiar era escasamente coherente con el resto de materias y resultaba aún inadecuado el conjunto de las medidas en materia de derechos sociales.

⁵³ La aprobación de la Ley 40 de 1998, base del posterior texto único, permitió la «puesta en funcionamiento» del Convenio de Schengen en territorio italiano. En el plano de los contenidos nos limitamos aquí a poner de relieve que tal codificación de la materia, reproduce y actualiza con importantes innovaciones, las restricciones a las entradas y el endurecimiento de las expulsiones introducido con los decretos de mediados de los años noventa, y al mismo tiempo establece dentro de un marco legislativo orgánico el reconocimiento, operado en primer lugar por la jurisprudencia, de importantes derechos civiles, sociales y culturales de los inmigrantes. Para

4.2. b) El asilo

En este período, como hemos apuntado, comienza una tendencia a limitar la inmigración no sólo de los trabajadores sino también de los refugiados y los solicitantes de asilo. A partir de los años noventa, de hecho, el derecho de asilo tal como se incluye en las constituciones de la segunda postguerra, pierde o al menos reduce su condición previa esencial, su contenido mínimo: el derecho de entrada que diferenciaba la condición del solicitante de asilo de la de otros extranjeros. A finales del siglo XX, se registra un progresivo debilitamiento de la regulación constitucional del asilo que caracterizó las constituciones de la segunda postguerra⁵⁴, que definían el asilo fundamentalmente en términos de derecho subjetivo del no nacional, favoreciendo una visión internacionalista de dicha institución (que había caracterizado ya el constitucionalismo liberal del siglo XIX), para la cual es un estatuto «otroyé» (otorgado) que se mueve en el ámbito de la teoría de la soberanía de los estados y que da vida no tanto a un derecho del individuo como a un privilegio que se le otorga discrecionalmente según las contingentes circunstancias políticas nacionales de orden interno e internacional.

En el ámbito institucional, de las relaciones entre los distintos niveles de Gobierno, esta cuestión representa un momento de elaboración combinada entre los niveles nacional y comunitario de una regulación de la materia –un momento de circulación «multinivel» de normativas y prácticas– y al mismo tiempo un momento decisivo de la construcción de un espacio europeo en lo que se refiere a las relaciones entre este espacio y aquellos que intentan acceder a él a título diverso. Se registra a partir de este un período una tendencia de los legisladores nacionales a hacer referencia a las normas en vigor en el plano comunitario para la legitimar opciones de reducción del asilo, tendencia que pasa por la articulación y la sucesiva difusión de una serie de limitaciones, en parte acordadas a nivel comunitario y en parte reconducibles a una circulación osmótica de prácticas nacionales, como p. ej. la articulación de una amplia gama de hipótesis de protección humanitaria «ad hoc»; el ya mencionado principio del «tercer Estado seguro» es una interpretación restrictiva de la Convención de Ginebra de 1951.

profundizar más en estas dinámicas normativas remitimos a G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali* op. cit., pp. 160 y ss.

⁵⁴ Que a su vez lo tomaron prestado de aquel constitucionalismo democrático que tiene sus principales precedentes textuales en las cartas jacobinas de finales del siglo XVIII, en algunas constituciones de 1848 y de principios del siglo XX como la mejicana o la de Weimar.

En el transcurso de los años noventa por lo tanto la progresiva comunitarización de las políticas en materia de asilo ha conducido en los distintos Estados miembros a reformas orientadas a reducir el asilo a un mero componente de las políticas de gestión y control de la inmigración y a una potenciación del derecho de asilo y de los mecanismos de tutela que a él se conectan —y ello pese al repetido reconocimiento por parte de jueces nacionales, constitucionales y no constitucionales, de la naturaleza fundamental y preceptiva de tal derecho—. Una debilitación operada sobre todo a través de una notable (y culpable) confusión entre las instituciones del asilo y del refugio en las regulaciones de esta materia a nivel nacional y comunitario, las cuales bajo el título de asilo reconocen sin embargo el estatuto de refugiado dada la mayor amplitud potencial del primero respecto del segundo. A esta confusión le ha acompañado la aparición de una serie de formas específicas de protección internacional humanitaria creadas a partir de las emergencias concretas y caracterizadas por su temporalidad y por un menor grado de protección y, aún más recientemente, se viene afirmando, como veremos, una tendencia a la gestión «in loco» de las crisis humanitarias, para evitar que estas produzcan nuevas oleadas de refugiados y solicitantes de asilo hacia Europa.

Al mismo tiempo, a fines de hacerlos más rápidos y selectivos, se han reformado los procedimientos para el reconocimiento de la condición de «asilado/refugiado», que aparecen cada vez más administrativizados, caracterizados por una sensible reducción de su posible tutela jurisdiccional y de una cada vez mayor difusión de la hipótesis del internamiento del solicitante de asilo/refugio. Son emblemáticas una vez más las reformas realizadas a principios de los años noventa en Gran Bretaña, Francia y Alemania, dirigidas a reducir el estatus jurídico ligado a dicho reconocimiento —sobre todo confundiéndolo con el estatus de refugiado— y a limitar las posibilidades de acceso al derecho de asilo haciendo más estrictos los procedimientos para su reconocimiento y reduciendo las posibilidades de recurso.

En Francia, la revisión constitucional de 1993 en materia de asilo⁵⁵ resulta paradigmática del regreso a una configuración anfibia del derecho de asilo —derecho del individuo y prerrogativa del estado— a la que hemos hecho referencia «supra», y contemporáneamente resume bien las dinámicas institucionales a las que esta materia ha dado vida en aquel período

⁵⁵ Que retoma sustancialmente las previsiones en esta materia que caracterizaron a la Ley Pasqua del mismo año, que habían sido declaradas inconstitucionales por el *Conseil constitutionnel* con la ya referida decisión n. 325 de 1993.

de tiempo: entre jueces y legisladores, pero también entre el nivel comunitario y el nivel nacional⁵⁶.

En Alemania será la reforma constitucional en materia de asilo de 1993 la que reabra la polémica de la apertura a los solicitantes de asilo que caracterizó la segunda postguerra. Partiendo de criterios como los terceros Estados seguros y los Estados de origen seguros⁵⁷ y el reparto de los costes a nivel europeo («Lastenverteilung»), la reforma limita el acceso al asilo haciendo más estrictos los procedimientos para su reconocimiento

⁵⁶ V. de nuevo M. CALAMO SPECCHIA, *Lo status di straniero* op. cit., pp. 693 y ss. donde subraya como, tras la reforma del asilo coexisten «para un derecho, dos nociones»: un derecho *individual a solicitar asilo*, que emerge del IV párrafo del Preámbulo (de 1946), y un derecho *estatal a conceder el asilo*, ex art. 53-1, c. 2. A esta confusión pondría en parte remedio el *Conseil constitutionnel* –v. p. ej. las Decs. 97-389, 97-394 y 98-399– articulando una serie de principios en esta materia en base a los cuales tomarían cuerpo tres situaciones jurídicas subjetivas distintas: una ex Preámbulo de 1946, la del perseguido «*en raison de son action en faveur de la liberté*» al que la OFPRA (*Office français de protection des réfugiés et apatrides*) reconoce el *status* de refugiado; la del refugiado a efectos de la Convención de Ginebra de 1951; y la de quien, no pudiendo recurrir a las figuras anteriores, ve amenazadas en su país de origen su libertad o sus derechos y puede por lo tanto disfrutar del llamado «asilo territorial». Sobre la revisión constitucional francesa de 1993 y sobre la jurisprudencia del *Conseil* en materia de asilo v. además M. BENVENUTI, *Il diritto di asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padua, Cedam, 2007, p. 80 y p. 212 y s. respectivamente, donde evidencia críticamente la estrategia de «neutralización» del asilo constitucional que está tras dicha reforma y la posterior jurisprudencia constitucional así como la confusión entre dicha institución y el estatus convencional de refugiado.

⁵⁷ Tales criterios consisten en considerar idóneos para prestar las garantías necesarias a efectos de protección internacional a algunos de los países de origen o de tránsito de los solicitantes de asilo o refugio, para poder reenviarles a estas personas. Tal instrumento fue rápidamente copiado en otros países de la UE, y en poco tiempo muchos países de los confines mediterráneos y orientales de la Unión fueron declarados terceros Estados seguros, transformando de esa manera ese cinturón de Estados en un cordón sanitario encargado de «interceptar» a los solicitantes de asilo que se dirigiesen hacia Estados de la UE. Las críticas a tal mecanismo se han concentrado sobre la atribución de dicha calificación a Estados que no presentan condiciones y culturas de protección de los derechos particularmente avanzadas, y que en este sentido quizás no podría ni siquiera considerarse que sus ordenamientos jurídicos son democráticos en el sentido de la «vieja Europa». También en relación con estos países milita a favor de una lectura con *manga ancha* de los presupuestos legitimantes del asilo una especie de duda razonable respecto la hipótesis de derogación de emergencia de los derechos y la conciencia de que los derechos más fundamentales (justo los que legitiman una solicitud de asilo), no están asegurados ni siquiera en las democracias más avanzadas; que ni siquiera dichos ordenamientos son inmunes a los riesgos de un uso inadecuado de los Estados de emergencia y de las restricciones a los derechos y a las libertades que en tales situaciones toman consistencia y a veces estabilidad. Por otra parte, que se conceda asilo a individuos procedentes de países en los cuales las libertades fundamentales son conculcadas «por efecto de 'emergencias' que no tienen el carácter de mera provisionalidad» es una hipótesis ya contemplada por ejemplo por P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bolonia, 1984, p. 35.

y reduciendo las posibilidades de recurrir. La reforma fue avalada por el Tribunal Constitucional federal con tres sentencias que se distanciaban claramente de la jurisprudencia precedente en esta materia y que reinterpretan la regulación nacional del asilo en el marco de una regulación comunitaria de la materia que entonces había sido puesta en funcionamiento sólo en parte y que debía ser estimulada también por la propia reforma constitucional alemana en este ámbito⁵⁸.

También en Gran Bretaña entre los años ochenta y noventa los solicitantes de asilo se convierten en objetivo privilegiado de la polémica, siendo definidos cada vez más frecuentemente como «bogus»: falsos refugiados, trabajadores inmigrantes camuflados. Una primera reforma de la materia se produjo con la «Asylum and Immigration Act» de 1996, que configuró un sistema rápido de preselección de solicitudes de asilo con la finalidad de descartar aquellas manifiestamente infundadas, redujo los derechos de «welfare» ligados al reconocimiento de tal derecho y extendió los controles y las hipótesis de detención de los solicitantes de asilo, a menudo durante largos períodos y sin control judicial.

Posteriormente, la «Nationality, Immigration and Asylum Act» de 2002, además de endurecer los procedimientos y condiciones necesarios para la obtención del asilo y a hacer más selectivos los de obtención de la nacionalidad, excluyó la posibilidad de trabajar de los solicitantes de asilo durante el examen de su solicitud, y redujo sus espacios y posibilidades de integración⁵⁹.

⁵⁸ Sobre tal reforma y sobre la jurisprudencia constitucional que la acompañó v. MANGIONE, *Il diritto di asilo* op. cit., pp. 97 y ss.

⁵⁹ Dicha normativa prevé una serie de tests de verificación de la *active citizenship* del extranjero centrados en las competencias lingüísticas, las aptitudes ocupacionales, el conocimiento del *english way of life* y la disponibilidad para interiorizar los estándares. En estos tests se ha puesto de manifiesto la potencial discriminación que suponen para categorías como mujeres, ancianos, o sujetos con un bajo nivel de instrucción. La *Act* además introduce nuevos supuestos de delitos por violación de las leyes de extranjería y de asilo, nuevos poderes para las fuerzas policiales y limitaciones del *habeas corpus* para los extranjeros sospechosos de terrorismo (que van desde la inversión de la carga de la prueba a la introducción de elementos del método inquisitivo, y a numerosas hipótesis de limitación preventiva por ejemplo de las libertades personal, de circulación y de opinión). Además, dicha regulación prevé la instauración de centros de acogida en áreas extraurbanas, la prestación *in loco* de la enseñanza para los menores y de los servicios de asistencia social; se prevé además una política de «dispersión» de los requirentes de asilo, dirigida a alejar a estos individuos (bajo pena de la pérdida de los *voucher* y/o del derecho a la vivienda) desde las principales ciudades hacia centros menores.

Dicha «Act», además, si por una parte, como ya se ha dicho, parece poner sobre la mesa de nuevo aquella «allegiance» que durante mucho tiempo marcó las políticas inglesas de ciudadanía e inmigración, por otra, reelaborando la imagen del ‘extranjero en la patria’, del «enemy alien», reconduce importantes partes de la regulación migratoria a aquellas normativas de emergencia caracterizadas por una amplia noción de terrorismo, por severas medidas preventivas y represivas y por un drástico debilitamiento de los derechos y de las garantías para los individuos sospechosos de terrorismo, que han marcado durante mucho tiempo las cuestiones de Irlanda del Norte y más recientemente la «Terrorism Act» de 2000 y la «Antiterrorism, Crime and Security Act» de 2001⁶⁰.

5. LA TENDENCIA A LA ANTICIPACIÓN DE LA INTERVENCIÓN CARACTERÍSTICA DE LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS MÁS RECIENTES

En el terreno de las políticas migratorias, los años a caballo entre los siglos XX y XXI se caracterizan por una mayor acentuación de aquellas preocupaciones por la seguridad que se habían afirmado en los años precedentes; al mismo tiempo parece ponerse en boga una visión declaradamente utilitarista de los fenómenos migratorios que en cierto modo concluye la etapa del referido cierre a la entrada de nuevos trabajadores producida a mediados de los años setenta. Parece retomarse una inmigración laboral fuertemente caracterizada por la selección de trabajadores útiles y apetecibles para el mercado europeo de trabajo: una reapertura que, además de reducir al inmigrante a la fuerza de trabajo potencial que representa, parece apuntar, por otra parte como un siglo atrás, al reclutamiento de varones célibes mediante una sensible reducción de las posibilidades de reagrupación familiar y de una integración que pueda llamarse efectivamente tal.

En las normativas europeas más recientes, nacionales y comunitarias, tales tematizaciones a un tiempo securitarias y utilitaristas del fenómeno migratorio, se acompañan de una creciente tendencia –ya en vigor desde hace tiempo, como se ha visto en países como Alemania y Gran Bretaña– a deslocalizar y externalizar estos componentes de las políticas migratorias,

⁶⁰ Piénsese, por ejemplo en la institución del juramento de nacionalidad dentro de una formal *citizenship ceremony*, en las nuevas hipótesis de *immigration offences* y en la modificación de importantes garantías procesales que dicha normativa prevé. Sobre dicha *act*. vid. A. TORRE, *Cittadinanza, immigrazione* cit., 797 ss. G. CLAYTON, *Textbook* op. cit., pp. 385 y ss. y M. PHELAN, *Immigration Law* op. cit., pp. 303 y ss.

confiándolos tanto a terceros Estados como a sujetos privados. Una tendencia de la que da testimonio, en materia de «policía de los extranjeros», la transferencia de los dispositivos de control fuera del espacio europeo, en particular a los países de tránsito último de los inmigrantes, y, en el campo del reclutamiento de trabajadores y de las políticas de «integración», la puesta en marcha de cursos de formación en los países de origen de los inmigrantes, para facilitar el reclutamiento «in loco» de trabajadores «útiles», así como de los cada vez más difundidos «tests de ciudadanía» y «cartas de valores» a las que el inmigrante es llamado a adherirse y que deberían constituir una especie de resumen de la cultura occidental sobre los derechos.

5.1. *Externalizar y deslocalizar*

En las regulaciones más recientes en materia de policía migratoria la actitud «preventiva» se ha traducido en impulsos a la externalización y a la deslocalización de los dispositivos de policía migratoria que tienen importantes consecuencias en materia de derechos de los inmigrantes y de la tutela de los mismos. Con Schengen, se tomó la vía de una especie de disociación del control de los movimientos migratorios de los confines de las fronteras estatales. El confín se ha convertido en una frontera móvil, capaz de desplazarse bien lejos del espacio europeo, anticipando la selección y la gestión de los potenciales inmigrantes lo más cerca posible de los lugares de origen.

Una primera forma de externalización de los controles fronterizos es aquella que, mediante la introducción de la obligación de visado y la delegación de los controles en las compañías de transporte, ha implicado, a partir de comienzos de los años noventa, a una serie de sujetos privados en el control de las migraciones con destino en el espacio europeo. En este período de tiempo, a dicha externalización de los controles se ha sumado una deslocalización, es decir una transferencia de los mismos más que a los sujetos privados, a Estados externos al espacio europeo, en cuanto a candidatos a entrar en la UE o simplemente por encontrarse en las rutas migratorias hacia Europa (es el caso p. ej. de los países del África mediterránea). En primer lugar el respeto de los parámetros que caracterizan al denominado «acervo» de Schengen han sido impuestos progresivamente a los países candidatos a ingresar en al Unión y se ha solicitado a dichos países que adecuen sus normativas en materia migratoria a los estándares euro-

peos⁶¹. En segundo lugar se utilizan cada vez más, entre los medios para luchar contra la inmigración ilegal, los acuerdos de readmisión y de cooperación policial inicialmente estipulados bilateralmente entre los países europeos y los Estados de origen y tránsito de la inmigración⁶², que en tiempos recientes la Comunidad Europea se ha comprometido a concluir en primera persona y que marcan una diferencia significativa respecto a los acuerdos de asociación y cooperación estipulados desde comienzos de los años sesenta por las Comunidades Europeas con países limítrofes de los que provenían importantes contingentes de inmigrantes⁶³.

⁶¹ Sobre la recepción del *acervo* de Schengen por parte de los nuevos Estados miembros de la UE de Europa oriental (Polonia, Bulgaria y Rumania) y sobre el consiguiente endurecimiento «por inducción» de tales normativas v. E. RIGO, *Europa di confine. Trasformazioni della cittadinanza nell'Unione allargata*, Meltemi, Roma, 2007, pp 7 y 117 y ss.

⁶² Los acuerdos de cooperación en materia de policía se basan en el envío de hombres y medios a los países de origen y tránsito de los inmigrantes con la finalidad de ayudar a las policías locales en la lucha contra la inmigración ilegal (v. p. ej. el Reglamento CE 377/2004 del Consejo de 19 de febrero de 2004 relativo a la institución de una red de funcionarios de enlace de la inmigración). Los acuerdos de readmisión por su parte se dirigen a facilitar el retorno de los inmigrantes expulsados a los países de los que provienen. Estipulados por primera vez entre Alemania y Polonia en 1993, se han firmado posteriormente acuerdos similares entre diversos Estados miembros y los Estados de origen y tránsito de los inmigrantes y posteriormente entre los nuevos Estados miembros de la Europa centro-oriental con sus vecinos del Este. Tales acuerdos en general prevén financiación, suministro de equipo y cursos de formación para el personal de los países de origen de los inmigrantes, y al mismo tiempo la previsión de cuotas reservadas en los flujos migratorios establecidos por los países firmantes y el acceso a fondos de cooperación al desarrollo. Estas formas de cooperación condicionada fueron ratificadas, a nivel comunitario, por el Consejo Europeo de Sevilla de junio de 2002, después de que en el de Tampere (junio de 1999), al definir las líneas programáticas para la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, se hubiesen indicado cuáles eran las líneas preferentes para la lucha contra la inmigración ilegal: una política de repatriación que hiciese hincapié en la asistencia a los países de origen y de tránsito para favorecer los retornos voluntarios (punto 26), y la estipulación con tales países de acuerdos de readmisión que tuviesen como signatario europeo no a los Estados miembros singularmente, sino a la misma Comunidad Europea (punto 27). La confirmación y el refuerzo de tales planteamientos ha venido de parte del Programa de la Haya para el reforzamiento de la libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea de noviembre de 2005 (doc. cons. 16054/04 JAI 559), que prosigue y consolida para el quinquenio 2005-2010 la acción puesta en marcha, también en este ámbito, en Tampere.

⁶³ Mientras los acuerdos de cooperación y de asociación reconocían a los ciudadanos de estos Estados «externos» una serie de ventajas en materia de circulación, trabajo y derechos sociales que podían por una parte favorecer la integración de estos inmigrantes y al mismo tiempo contribuir a reducir los factores que motivan la emigración (o al menos favorecer la migración temporal), los recientes acuerdos de readmisión se caracterizan por una idea bien diferente de cooperación, la cual en la práctica se revela como un instrumento de presión para obligar a los países extracomunitarios a ponerse al servicio de las políticas migratorias comunitarias: presión que algunas veces (y es el caso de los países candidatos a adherirse a la UE) comporta la posibilidad de entrar a formar parte del club europeo, y en otros (como es el caso de los países del África septentrional) se conecta con la apertura o el cierre del grifo de la ayuda al desarrollo.

Este proceso de transferencia de los controles afecta también al asilo y a la condición de refugiado a través de instrumentos como el criterio del «tercer Estado seguro» y la creación en los países de tránsito de zonas de protección internacional donde ofrecer ayuda humanitaria y eventualmente de «centros» donde mantener a los potenciales solicitantes de asilo o refugio y examinar sus solicitudes antes de entrar en el espacio europeo⁶⁴.

Dinámicas similares de extroversión de los controles confinatorios, en los últimos años, están afectando también a los lugares de «internamiento» de los inmigrantes en situación «irregular» que van a ser expulsados («zones d'attente», centros de permanencia temporal, centros de identificación), que en tiempos recientes se intenta transferir, o al menos exportar a aquel cinturón de Estados de apoyo al sur y al este que constituyen la última etapa de las migraciones dirigidas hacia Europa⁶⁵.

Una decisiva confirmación de tal dirección se ha producido recientemente (junio de 2008) con la adopción por el Parlamento Europeo de la

⁶⁴ Vid. por ejemplo, la propuesta inglesa de enero de 2003 en el Consejo de la UE, *New international approach to asylum processing and protection*, que proponía la creación de *regional protection areas* en los países de origen de los solicitantes de asilo, o en países limítrofes, donde reenviar a aquellos a los que se les denegase la solicitud de asilo, pero que no pudiesen ser devueltos a sus países de origen, y la puesta en funcionamiento en dichas áreas de *transit progressing centres* donde mantener a los que soliciten asilo en Europa y examinar sus solicitudes. Vid. además la Comunicación de la Comisión Europea COM (2003)315, *Hacia regímenes de asilo más accesibles, equitativos y mejor gestionados*, que se articula en torno a la cooperación con los países de tránsito, condicionada a que éstos se conviertan en «terceros estados seguros», a «procedimientos de entrada protegida» (con la finalidad de garantizar «la posibilidad para un ciudadano de un tercer estado de presentar una solicitud de asilo o de otra formas de protección internacional al país de acogida potencial, pese a permanecer fuera del territorio de éste último, y de obtener una autorización a su entrada en caso de que la solicitud sea acogida»), y a un «programa de reasentamiento» en el espacio europeo (dirigido a la «transferencia de refugiados de un primer país de acogida a un segundo, generalmente un país desarrollado, en el cual puedan beneficiarse de las garantías de protección, entre ellas la residencia legal, y de las perspectivas de integración y de autonomía»). Aún siendo menos brutal que la precedente propuesta inglesa, la Comunicación se caracteriza por la misma lógica y ha sido objeto de fuertes críticas por parte de las ONGs que trabajan en este campo y por parte del Parlamento Europeo (v. la Resolución 2004/2121 (INI) de 15 diciembre de 2004, *Resolución sobre el procedimiento de asilo y la protección en las regiones de origen*).

⁶⁵ Si en Europa no se ha alcanzado aún un acuerdo sobre un *outsourcing* (externalización) de los centros de internamiento, diversos Estados miembros desde hace tiempo apuntan en esta dirección. Es el caso como hemos visto, por ejemplo de Alemania, pero también de Italia. Sobre los acuerdos recientemente estipulados por Italia con Egipto, Túnez y Libia, y en particular sobre este último v. P. CUTTITTA, *I confini d'Europa a Sud del Mediterraneo. Strumenti e incentivi per l'esternalizzazione dei controlli*, en P. CUTTITTA y F. VASSALLO PALEOLOGO (dirs.), *Migrazioni, frontiere, diritti*, ESI, Nápoles, 2006, pp. 16 ss. y pp. 30 ss.

Propuesta de Directiva «relativa a normas y procedimientos comunes aplicables en los Estados miembros al retorno de nacionales de terceros Estados residentes ilegalmente». La denominada «directiva de retorno» cierra un período quinquenal de trabajo orientado a la armonización de las normativas europeas en materia de expulsión y detención de inmigrantes irregulares que confirma las dos velocidades a las que viajan en el panorama europeo las dos partes de la regulación de las políticas migratorias, armonizando la represión de la «irregularidad» migratoria sin haber aún establecido una base de reglas comunes para la inmigración «regular».

Sobre la guía de las directivas precedentes en materia de asilo y reagrupación familiar, esta directiva, lejos de compendiar las mejores prácticas en este ámbito, se alinea con los estándares mínimos de los países miembros determinando una armonización por lo bajo que, aún dejando a cada Estado la posibilidad de mantener las normas más favorables que caracterizan muchas de las legislaciones nacionales en esta materia, podrá fácilmente constituir el pretexto para posteriores endurecimientos de estas normas.

En el plano de los contenidos, el modelo es el alemán: largos períodos de detención (hasta un año y medio), sistemática prohibición de entrada de cinco años para los expulsados y débil protección contra expulsiones y detenciones. La directiva además permite no sólo la retención de los solicitantes de asilo hasta el examen de su solicitud, sino también la detención y la expulsión de menores y de otros sujetos «vulnerables» y otro aspecto particularmente alarmante de la directiva se refiere a la posibilidad que contempla de devolver a los inmigrantes a países de tránsito.

No obstante las mejoras aportadas durante su tramitación al texto originariamente presentado por la Comisión⁶⁶, sigue siendo un texto que en muchos aspectos está en evidente contradicción con lo previsto en las cartas de derechos internacionales y constitucionales y con los principios afirmados por los tribunales europeos, destinado a favorecer una criminalización de los inmigrantes y a generalizar una política de reclusión y expulsión de los extranjeros en situación irregular que deja una amplia discrecionalidad a las administraciones y a los jueces en la tarea de garantizar al menos una tutela mínima de los derechos⁶⁷.

⁶⁶ COM(2005) 391, respecto a la cual por ejemplo, se ha ampliado parcialmente la gama de «sujetos vulnerables» para los cuales la Directiva introduce no una prohibición de expulsión o detención, sino sólo una serie de derechos posteriores en el ámbito de dichos procedimientos.

⁶⁷ La Directiva fija la duración máxima del internamiento en seis meses, renovables por otros doce, al igual que la regulación alemana, donde sin embargo la hipótesis de una renovación similar

5.2. A la búsqueda de trabajadores «útiles»

Entre las iniciativas comunitarias más recientes que dan fe de esta reapertura a la inmigración de trabajadores «útiles» y de la tendencia en la práctica a una limitación de la posibilidad de la reagrupación familiar, podemos recordar aquí el «Libro Verde» «sobre el planteamiento de la UE sobre la gestión de la inmigración económica» y la Directiva 2003/86.

Sin detenernos en los méritos de cada una de las propuestas incluidas en el «Libro verde», sorprende el tono general de este documento, que se caracteriza por una visión decididamente cauta y pragmática, que si por un lado puede contribuir a reducir la sobrecarga ideológica ligada a la discusión política de este fenómeno en los distintos contextos nacionales, termina además alimentando una visión neo-utilitarista de las migraciones y de las políticas referidas a ellas. La principal finalidad del «Libro verde» es la de «identificar las principales problemáticas y eventuales opciones para una legislación comunitaria en materia de migración económica». Según tal documento, una política migratoria comunitaria puede desarrollarse sólo progresivamente, a través de un acercamiento horizontal y mediante la

es decididamente excepcional. Transferida esta previsión al espacio europeo abre las puertas a una detención «de control» destinada no a internar a las personas por el «tiempo estrictamente necesario para organizar su expulsión», como en el caso francés, sino a legitimar una generalización de prácticas ya existentes en algunos países y consistentes en la reclusión de los extranjeros incluidos durante el examen de sus solicitud de asilo o de permiso de residencia. Ese peligro se manifiesta firmemente a los países de la Europa mediterránea y oriental que constituyen las puertas de entrada a Europa y donde se han desarrollado sistemas de detención «a la llegada», cuyas condiciones han sido repetidamente denunciadas por los organismos internacionales y donde la detención sirve, además de para la expulsión —como en los países del norte de Europa— para la identificación de los inmigrantes que entran en el espacio europeo y para el examen de las eventuales solicitudes de asilo o de refugio. Además, la generalidad con que la Directiva admite la prohibición de entrada por cinco años para quien ha sido expulsado, no sólo facilita una indiscriminada imposición de esa «doble pena» a la que tanto el Tribunal de Estrasburgo como los tribunales nacionales han puesto importantes límites, sino que corre el riesgo al mismo tiempo de incrementar la clandestinidad en lugar de reducirla. En definitiva, razonando sobre los acuerdos de readmisión y de cooperación, hemos puesto ya de relieve como la expulsión hacia terceros Estados distintos a los de origen, se traduce en una especie de encargo de los procedimientos de repatriación a países donde a menudo están en cuestión los más elementales derechos humanos, mediante acuerdos de cooperación entre las policías, cuya práctica va mucho más allá de las reglas constitucionales y comunitarias y se desarrolla sin que exista control jurisdiccional de ningún tipo, y acuerdos de cooperación al desarrollo marcados por aquella «condicionalidad migratoria» que liga la concesión de ayudas económicas a estos países y/o de cuotas de entrada para sus ciudadanos a su compromiso de luchar contra la inmigración dirigida hacia Europea. Sobre tal Directiva vid. p. ej. A. ALGOSTINO, *La direttiva «rimpatriti»: la fortezza Europa alza le mura*, en www.forumcostituzionale.it

adopción de técnicas reconducibles al denominado «método abierto de coordinación». El «Libro verde» reconstruye los cambios que en materia migratoria se están produciendo en el espacio europeo y que, para sus redactores, requieren pasar a una «governance» más flexible de la inmigración, bajo la impronta de notables controles y limitaciones, en particular en la primera fase de la residencia, pero sobre todo a una completa funcionalización de la inmigración respecto de las contingentes exigencias de los mercados nacionales de trabajo; de derechos de los trabajadores migrantes se habla sólo en el penúltimo párrafo del «Libro verde», reconociendo los progresos parciales realizados en el espacio común en materia de igualdad entre nacionales y extranjeros en el disfrute de algunos derechos sociales, mientras que falta sin embargo un reconocimiento del más amplio contexto jurídico internacional en el que debería avanzarse toda propuesta relativa a la inmigración económica en la Unión Europea⁶⁸.

La Directiva 2003/86, relativa al derecho a la reagrupación familiar, que habría debido constituir el punto de llegada de la primera fase de comunitarización de las materias ligadas a las migraciones que se decidieron en Ámsterdan, encontró obstáculos a lo largo de todo el procedimiento para su adopción que se reflejan en la distancia entre lo que proclama en sus premisas y su débil contenido. Llama la atención la diferencia entre la conciencia de la importancia que tiene la reagrupación familiar para contribuir «a crear una estabilidad sociocultural que facilita la integración (...) permitiendo (...) promover la cohesión económica y social» (Cons. n. 4) y la solución adoptada, que concede una armonización limitada y de escaso contenido, que deja a los Estados la libertad de transponer o no las partes que han dado lugar a las mayores controversias (categorías de familiares que pueden ser reagrupados, requisitos para la solicitud, trato a los familiares reagrupados), que reconoce a los nacionales extracomunitarios un derecho a la reagrupación familiar más limitado que el de los ciudadanos comunitarios y que termina por penalizar a los sujetos más débiles entre los interesados: las mujeres y los menores. Una Directiva marcada por lo tanto por una concepción normativa eurocéntrica de la familia, coherente con las legislaciones nacionales que reducen los dere-

⁶⁸ El Libro verde no hace referencia, por ejemplo a las convenciones y al resto de instrumentos relevantes en esta materia a nivel internacional, mientras que podrían producirse avances útiles en esta dirección por la ratificación por parte de los Estados de la Unión de la recordada Convención de la ONU de 1990 sobre la protección de los derechos de los trabajadores migrantes y de los miembros de sus familias, ratificación que por otra parte ha solicitado tanto el Parlamento Europeo con la Resolución de 24 de febrero de 2005, como el Comité Económico y Social Europeo con su Dictamen de 30 de junio de 2004 (SOC/173).

chos de la esfera familiar de los inmigrantes, ya sea incluyendo en las «cuotas» las entradas por reagrupación, ya sea limitando las categorías de familiares que pueden ser reagrupados y por lo tanto reduciendo el derecho a la reagrupación y la tutela más plena de la unidad familiar sólo a los miembros de la familia nuclear (cónyuge e hijos menores) y al mismo tiempo fragmentando el reconocimiento de los derechos del resto de participantes en las relaciones familiares en un montón de «relaciones afectivas», que pueden valorarse más o menos dependiendo de la discrecionalidad del legislador⁶⁹.

Entre las recientes normativas nacionales que mejor expresan esta renovada visión utilitarista de los procesos migratorios se pueden recordar: la reforma realizada en la legislación migratoria italiana con la Ley 189/2002 (denominada Ley Bossi-Fini); las reformas introducidas en la normativa francesa en esta materia por las llamadas Leyes Sarkozy de 2003 y 2006; y la nueva ley alemana de extranjería.

La Ley italiana 189/2002, aún limitándose a modificar el texto único anteriormente vigente, ha marcado un decisivo cambio en la regulación de la inmigración y del asilo, acentuando los componentes represivos –p. ej. extendiendo los supuestos de internamiento y su duración, así como los supuestos de ejecución coactiva y de exigibilidad inmediata de la expulsión, y limitando además las garantías jurisdiccionales a este respecto– y precarizando asimismo las condiciones de residencia: reduciendo la duración de los permisos de residencia y permitiendo su renovación por una duración igual a la del permiso precedente, en contra de esa vía de integración que se articulaba a partir de un progresivo aumento de la duración del permiso de residencia, limitando las posibilidades de reagrupación familiar y reintroduciendo la verificación preventiva de la no disponibilidad de trabajadores italianos o comunitarios que en la práctica se había demostrado

⁶⁹ Podría esperarse algo más a cerca de la autonomía del permiso de residencia del familiar reagrupado respecto del permiso del cónyuge residente, que podría constituir en la práctica un factor eficaz de autonomía para las mujeres inmigrantes. En lo concerniente a los menores, la Directiva parece diversificar la condición jurídica del menor en fases de edad caracterizadas por una tutela progresivamente menor (*Consid.* 12, art. 4, espec. apdo. 2, art. 6.4) y al mismo tiempo degradar de derecho subjetivo a interés legítimo el derecho del menor a la reagrupación (art. 8.2). Además la Directiva reconoce a los estados la posibilidad de limitar la reagrupación de los hijos menores tenidos por el residente con «otro cónyuge» –en caso por lo tanto de matrimonios polígamos– (art. 4.4) como una forma de sancionar en los hijos lo que se entiende como una deficiencia cultural de los padres, en total contradicción con lo que ha sido el difícil camino que ha conducido al reconocimiento de los derechos de los hijos naturales. Sobre tal Directiva v. G. SIRIANNI, *Il diritto degli stranieri all'unità familiare*, Milán, Giuffrè, 2006, pp. 34 y ss.

inaplicable a la vez que inocua. Sin embargo es la institución del «contrato de residencia» la que –ligando la duración del permiso a la del contrato y dando forma a una figura única de contrato de trabajo subordinado, construida sobre la base de ser uno de los contrayentes un trabajador extracomunitario– traduce legislativamente esa debilidad que ya de hecho caracteriza la posición de los trabajadores comunitarios y representa mejor la aspiración que guía esta normativa de hacer depender la presencia de inmigrantes de las exigencias del mercado de trabajo nacional.

La Ley «Sarkozy II» de 24 de julio de 2006 marca una clara discontinuidad respecto de la historia del derecho migratorio francés. Bajo el lema de «poner fin a la inmigración sufrida y promover una inmigración escogida», rediseña restrictivamente el sistema de permisos de residencia y las previsiones en materia de vida familiar y derechos de los menores⁷⁰, y pretende sustituir la inmigración por reagrupación familiar –que a día de hoy es en esencia la inmigración francesa– por una inmigración de trabajadores útiles y seleccionados, tanto para tareas cualificadas como para trabajos genéricos⁷¹.

⁷⁰ Se limitan los casos de expedición de pleno derecho del permiso de «vida privada y familiar», que en 1997 había sustituido al permiso de residencia restringiendo su contenido y expectativas, a fin de limitar posteriormente las ya reducidas posibilidades de salir de la irregularidad de que podían disponer los irregulares tras diez años de residencia habitual, atribuyendo por otra parte a los gobernadores un amplísimo poder discrecional en esta materia y haciendo por lo tanto posibles de este modo diferencias relevantes entre un departamento y otro. La Ley además endurece, incluso respecto a la normativa de 2003, los controles sobre los matrimonios mixtos y atribuye al cónyuge extranjero un permiso aún más limitado que anteriormente. La nueva Ley establece aún más requisitos para la reagrupación familiar, atribuyendo también aquí poderes ampliamente discrecionales a los gobernadores. Los solicitantes deben adaptarse a los «principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República», pese a no estar claro quien deberá valorar su conformidad con tales principios enunciados de manera no exhaustiva por la jurisprudencia constitucional sobre el *bloque de constitucionalidad* (monogamia, igualdad entre hombre y mujer, respeto a la integridad física de mujeres y niños, respeto a la libertad de matrimonio, asiduidad en la asistencia a la escuela, respeto de las diferencias, aceptación de la laicidad), e incluso aquí se pone de manifiesto como, en el caso de los extranjeros, una serie de derechos, libertades y garantías sufren un giro autoritario convirtiéndose en objeto de una imposición, de un deber de respeto.

⁷¹ Sin llegar al detalle de los dispositivos que la ley prevé para adaptar el ingreso de trabajadores a las exigencias del mercado francés de trabajo –que en general diseñan un sistema bastante próximo al que sistema italiano del contrato de residencia– hay que poner de manifiesto que procede paralelamente al desmantelamiento del Código del Trabajo ya en vigor desde hacía algunos años (y como es evidente no sólo en Francia): el establecimiento paralelo de contratos de trabajo y de permisos de residencia de duración reducida. Para los trabajadores temporales se prevé un permiso para trabajo temporal de duración trienal, pero que no permite trabajar más de seis meses al año, impone el mantenimiento de una residencia habitual fuera de Francia y

Análogo intento de seleccionar una inmigración de trabajadores atractivos caracteriza la nueva regulación alemana de la inmigración, que entró en vigor tras un largo y complejo proceso en 2005. Ésta ha introducido entre las condiciones para el ingreso un buen conocimiento de la lengua alemana y previsto la creación de un nuevo departamento federal («Bundesamt für Migration und Flüchtlinge») competente para fijar periódicamente las cuotas de inmigrantes admisibles introduciendo al mismo tiempo un sistema de puntos sobre la base del cual realizar la selección, y competente también para agilizar las repatriaciones, promover medidas de integración y mantener los registros de la población inmigrada residente.

No debemos olvidar tampoco que con dicha regulación Alemania ha tomado conciencia del carácter estructural de la presencia de inmigrantes, dando a la vez forma a un marco normativo más articulado en materia de residencia e integración de los inmigrantes con residencia legal, a los cuales la ley de 1999 recuérdese, abrió por primera vez las puertas del acceso a la nacionalidad.

Dicha reforma reduce los títulos de residencia a dos tipos: el permiso de residencia de duración determinada («Aufenthaltserlaubnis»), que puede obtenerse por diversas circunstancias (trabajo, formación, reagrupación, motivos humanitarios), y el permiso de residencia de duración indefinida («Niederlassungserlaubnis»); elimina una serie de limitaciones al acceso al trabajo que se establecían anteriormente para algunas categorías de inmigrantes (solicitantes de asilo, familiares reagrupados); y redefine las normas sobre reagrupación facilitando la inmigración de todo el núcleo familiar, pero obstaculizando discutiblemente las reagrupaciones posteriores de los hijos de más de doce años de edad.

6. CONCLUSIONES

El marco esbozado y, en particular, sus desarrollos más recientes, inducen al pesimismo: la inmigración de cuestión de orden público está pasando a convertirse en una cuestión de in/seguridad nacional: la belicización del control de las entradas en el espacio europeo produce víctimas⁷², pero

priva a dichos trabajadores de la protección social los meses en que no están autorizados a trabajar. Para los trabajadores cualificados la ley introduce sin embargo el permiso de residencia «competencias y talentos», que establece un canal preferente para la entrada del trabajador y de su familia, que no estará sujeta al procedimiento ordinario para la reagrupación.

⁷² Las cifras hablan de cerca de 13.000 muertos documentados y otros 5.000 estimados entre el 1988 y el 2007, a los que deben sumarse, y es previsible que sean muchas, las víctimas

no reduce los porcentajes de irregularidad y clandestinidad, mientras que las políticas de integración reflejan cada vez más claramente su debilidad y su subordinación a los intereses nacionales a corto plazo.

El Consejo de Justicia y Asuntos Internos de la Unión Europea, reunido en Bruselas el 25 de septiembre de 2008, ha dado su aprobación al «Pacto europeo sobre la inmigración y sobre el derecho de asilo» propuesto por la presidencia francesa de la Unión y que viene a confirmar la tendencia securitaria y utilitarista que hemos mencionado anteriormente⁷³, y esto mientras el Parlamento Europeo, votando en pleno la resolución anual sobre el estado del espacio de libertad, seguridad y justicia ha aprobado una enmienda del Partido popular europeo que suprime la invitación a la Comisión contenida en la resolución a considerar el voto en las elecciones europeas y en las municipales a los inmigrantes con permiso de residencia de larga duración como un instrumento de integración.

El propio título escogido para este trabajo parece finalmente engañoso. Parece difícil hablar de «políticas» migratorias y hablar en plural. «Política» es una palabra que sugiere una participación al menos tendencial de los distintos sujetos implicados, mientras que las políticas migratorias europeas se caracterizan muy por el contrario por la total exclusión de una de las partes en juego. Al mismo tiempo, parece difícil hablar de «políticas», en plural, vista la insistencia con la que, tanto a nivel nacional como comunitario, se golpea obsesivamente sobre la tecla del control de la presencia y de la gestión del alejamiento y vista la potente pretensión disciplinar de la que las materias migratorias han sido objeto por parte de las instituciones europeas, comunitarias y nacionales, vocación confirmada por el papel que en tales regulaciones juega la irreal y artificial distinción entre una inmigración «regular» y una «irregular»: una distinción que termina por inducir la percepción de que los inmigrantes se dividan –por sí mismos y no «ex lege»– en regulares e irregulares, en buenos y malos.

de las que no ha quedado rastro. En agosto de 2008, sólo en el canal de Sicilia murieron 270 inmigrantes. Fuente *Fortress Europe*.

⁷³ Entre los objetivos del «Pacto»: una regulación de la inmigración legal «calibrada» en función de las necesidades y la capacidad de acogida de cada Estado miembro; el establecimiento de un procedimiento común simplificado y de un «permiso azul» para atraer trabajadores extracomunitarios altamente cualificados; limitaciones a las reagrupaciones sobre la base de las posibilidades de acogida; fin de las regularizaciones masivas, admitiendo no obstante excepcionalmente regularizaciones individuales por motivos humanitarios u económicos; endurecimiento de la lucha contra la inmigración clandestina y reforzamiento de los controles en las fronteras exteriores de la Unión Europea; creación de un partenariado global con los países de origen y de tránsito de los inmigrantes basado en los mecanismo de «condicionalidad migratoria» antes apuntados.

La figura del inmigrante cada vez se vuelve más compleja y menos reconducible a las categorías que para ella escogen los países de destino. No sólo es cada vez más difícil distinguir a un trabajador migrante de un sujeto que por distintos motivos se ha fugado de su propio país, sino que hoy, que la presencia de inmigrantes constituye un dato estructural del espacio europeo, esa lógica binaria que ha caracterizado las políticas migratorias europeas de los últimos lustros muestra de forma cada vez más evidente sus propios límites y su artificialidad, constituyendo «una de las más elocuentes representaciones de cuánto puede incidir una calificación normativa sobre las oportunidades de vida de un ser humano igual a otro ser humano»⁷⁴.

La naturaleza dinámica y conflictual de las cuestiones migratorias –que hemos intentado evidenciar en estas páginas– ponen en tela de juicio las teorías de la dogmática estatista en materia de nacionalidad, territorio y fronteras, y contribuyen a poner de relieve la radicalidad de los interrogantes que la inmigración plantea a nuestros ordenamientos en el terreno de los derechos, del pluralismo y de la democracia: no se agota la dinámica de la migración en los conflictos en el acceso a la nacionalidad y sus derechos estrictamente, sino que tiene la capacidad de cambiar en profundidad el significado y el contenido históricamente afirmado de los términos ciudadanía y derechos, y de poner de relieve las dificultades que encuentran hoy en día estas construcciones jurídicas para responder de forma adecuada a las necesidades de protección que provienen de la realidades migratorias actuales. Una dinámica y una conflictividad, por lo tanto, que derivan sobre todo del hecho de que las cuestiones migratorias afrontan cuestiones destinadas a permanecer abiertas por mucho tiempo: las nuevas dimensiones de las libertades personales, la centralidad que asumen hoy las posibilidades de circulación dentro de los factores de estratificación social, las crisis y las transformaciones del «welfare» y de la representatividad y el encuentro entre identidad cultural y culturas diferentes.

Los límites del espacio europeo no distinguen ya netamente entre ciudadano y extranjero, sino que articulan una serie de figuras parciales (comunitario, extracomunitario, neocomunitario), provocando una fragmentación del modelo unitario de la ciudadanía que se acompaña de una confirmación del problemático nexo entre nacionalidad y participación política: mientras que para los ciudadanos comunitarios la ciudadanía «polí-

⁷⁴ Así, S. NICCOLAI, *Straniero*, en M. AINIS (dir.), *Dizionario costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2000, p. 543.

tica» se desconecta de la nacionalidad, para los ciudadanos de terceros países tiende sin embargo a reforzarse en clave excluyente el vínculo entre pertenencia nacional y participación política, y la misma distancia entre los dos grupos se registra en lo concerniente a las posibilidades de circular y de trabajar dentro del espacio europeo.

La inmigración desde este punto de vista parece constituir un «Unheimlich» de la ciudadanía comunitaria, algo que le es de alguna manera familiar y que al mismo tiempo es objeto de una remoción, de una radical expulsión de sí misma. Esta «perturbación» se refiere a la posibilidad de circulación de los trabajadores y de sus familiar que no sólo está en la base de la construcción europea sino que también ha contribuido a dar un cierto tinte social a la ciudadanía que el espacio europeo expresa (piénsese p. ej. en los orígenes de la institución de la reagrupación familiar, en los acuerdos de asociación y en la jurisprudencia a la que estos acuerdos han dado lugar).

En este marco las migraciones plantean desafíos políticos de gran importancia a la integración europea y a la ciudadanía que se viene articulando dentro de dicho espacio. Estos individuos no están dentro o fuera de la ciudadanía europea, sino que se encuentran más bien en el límite de ésta y, al mismo tiempo, en el centro de las dinámicas de su transformación. Tales dinámicas comportan riesgos pero también potencialidades; la reivindicación de los derechos que las migraciones promueven en el ámbito de la ciudadanía, desde este punto de vista, parecen confirmar la vitalidad de esta figura, siempre que ésta sea contextualizada (por lo tanto historizada y no absolutizada) y sobre todo que se abra a las controversias que se le plantean desde estos movimientos de personas.

Las migraciones y las luchas por los derechos a las que éstas se conectan, desde este punto de vista, ponen de manifiesto por tanto que la ciudadanía es una frontera en movimiento: el resultado de un proceso a través del cual se redefinen continuamente sujetos, grupos, intereses, derechos y equilibrios de una sociedad; muestran que un discurso constitucional sobre los derechos y el orden social no puede construirse ya a partir de un análisis de posiciones jurídicamente determinadas, cristalización a nivel individual de las relaciones sociales que constituyen una sociedad, sino que debe pensarse más bien como «reflexión crítica sobre un movimiento continuo»⁷⁵. Las migraciones por lo tanto aparecen como un

⁷⁵ En este sentido E. BALIBAR, *Le frontiere della democrazia*, Manifestolibri, Roma, 1993, p. 51.

multiplicador de «interacciones democráticas», de interlocuciones, de interacciones y de conflictos en el terreno social y político que a su vez activan «procesos públicos de discusión, deliberaciones y aprendizaje a través de los cuales las reivindicaciones de los derechos universales sean respondidas y contextualizadas, invocadas y revocadas, dentro de las instituciones políticas y jurídicas así como en la esfera pública». Procesos que «no sólo transforman los significados consolidados en un sistema político, sino que modifican también la autoridad de los precedentes» y que, en el plano de la pertenencia, se convierten en «el lugar de una política generadora de derechos a través de la cual el «demos» puede afrontar la discrasia entre el contenido universalista de la premisas constitucionales y las paradojas de la cerrazón democrática»⁷⁶. El inmigrante, en otros términos, como subjetividad que activa prácticas que vuelven a poner en discusión las teorías consolidadas en materia de ciudadanía, derechos y democracia, reabriendo las dinámicas más allá de las configuraciones institucionales llevadas a cabo históricamente y proporcionándoles sabiduría nueva»⁷⁷. La creciente presencia inmigrada en el espacio europeo da cada vez más cuerpo a lo que F. Michelman define como «jurisgenerative politics»⁷⁸, esto es, a controversias entre los derechos y las instituciones que proyectan nuevos modelos de interacción política y dentro de los cuales los otros se convierten en nuestros partners hermenéuticos a través de la reapropiación y la reinterpretación de nuestras instituciones, experiencias constitucionales y tradiciones culturales.

Tornasol de las posibilidades de encuentro y desencuentro que caracterizan nuestras sociedades, la inmigración se revela como un terreno de particular tensión entre derechos, territorio y dignidad, donde se ponen de manifiesto las aporías y los límites de estas construcciones jurídicas que

⁷⁶ Así, S. BENHABIB, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Raffaello Cortina ed., Milán, 2006, p. 15 y s.

⁷⁷ Las migraciones por lo tanto como aquello que M. FOUCAULT, en *Iluminismo e critica* (trad. it. Donzelli, Roma, 1997) define como una «posición crítica» en relación con determinadas estrategias de gobierno de los sujetos, posición que no es un instrumento intelectual que sea prerrogativa de una clase elegida sino más bien una «forma de vida» que caracteriza la autonomía ética de un individuo, una experiencia práctica en la que concebir el ejercicio de la libertad. Al Gobierno —entendido por el filósofo francés en sentido semánticamente amplio, como un arte práctico capaz de «estructurar el campo de acción posible de los otros» (*Le sujet et le pouvoir*, en ID., *Dits et écrits II, 1976-1988*, II ed. Gallimard, París, 2001, 1055) — le hace de contrapunto ese modo de ser de la subjetividad, esa «postura peculiar del sujeto» que es la crítica, ese «arte de no ser gobernados *de este modo*, en nombre de estos principios, en vista de tales objetivos y a través de tales procedimientos (*Iluminismo e critica* op. cit. p. 37).

⁷⁸ F. MICHELMAN, *Law's Republic*, en *Yale Law Journal* 1988, pp. 1493 y ss.

tienen que ver con las cuestiones que actualmente plantea la inmigración. Un terreno en el cual tanto los derechos como la dignidad tienen que ceder el paso al límite cuantitativo: a las «cuotas», a la contención del gasto social, a la tutela de las creencias mayoritarias, a la exclusión del voto. La radicalidad y la urgencia de las cuestiones que la inmigración plantea a los ordenamientos europeos en el terreno de los derechos y de la dignidad, nos empujan a preguntarnos sobre el mantenimiento en el plano de las garantías de las teorías jurídicas en materia de dignidad, ciudadanía y derechos; a buscar otras posibles lecturas de la dignidad y de las posibilidades de tutela, lecturas que abren «la vía a un uso nuevo y distinto de las garantías constitucionales», que las hagan capaces de responder a exigencias humanas hasta hoy inéditas, pero no por ello menos fundamentales⁷⁹.

La inmigración hoy lanza desafíos inéditos a las democracias de los Estados constitucionales, las interroga profundamente sobre sus posibilidades de apertura y su naturaleza plural y social. La centralidad de este actor social ayuda a entender por qué los procesos migratorios constituyen hoy uno de los principales laboratorios de experimentación y aplicación de las estrategias regulatorias de la ciudadanía en Europa y al mismo tiempo un punto de transición obligado para cualquier discurso sobre la ciudadanía y los derechos que quiera tener en cuenta «la calidad de los procesos de comunicación» a la luz de las transformaciones que provocan en las subjetividades sociales. La inmigración por lo tanto se nos presenta como un terreno privilegiado para indagar, entre los pliegues de los ordenamientos y de las sociedades europeas, «los itinerarios de reforzamiento» o de debilitamiento de la legislaciones y las jurisprudencias comunitarias y nacionales en materia de derechos; la capacidad de estos ordenamientos de seguir el desenvolvimiento concreto de las relaciones y de los conflictos entre las diversas exigencias, de poner en valor los contenidos más des-

⁷⁹ A la dignidad y a otras cláusulas similares se confían actualmente importantes perspectivas de desarrollo del derecho constitucional, siempre no se vaya a la búsqueda «de un catálogo definitivo de derechos fundamentales» o de «un sistema de principios constitucionales normativos (...) rígidos e (...) inmutables», sino que más bien se profundice en el contenido de tales valores «no sobre la base de una hermenéutica fundada exclusivamente sobre la exégesis de los testimonios normativos y sobre la *Versteinerung* (...) sino a través de una individualización del fundamento de los valores constitucionales que resultan de la dialéctica real de los acontecimientos»; sin introducirnos «en principios normativos inmodificables, las concepciones éticas de los protagonistas de las experiencias constitucionales del siglo XIX y del XIX», sino manteniendo vivo «el debate y la sensibilidad colectiva sobre los contenidos éticos del derecho constitucional». Así, A. A. CERVATI, *Studio del diritto costituzionale, cultura e impegno etico dei giuristi*, en *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Giappichelli, Turín 2005, I, pp. 699 y s.

tacados de las diversas culturas constitucionales, sobre la base de las experiencias y los valores éticos y sociales que históricamente las caracterizan y «orientar pragmáticamente su lectura, con referencia a situaciones concretas, pero también privilegiando la tutela de los sujetos más débiles»⁸⁰.

RESUMEN

Este artículo realiza un profundo análisis del desarrollo de las políticas migratorias en Europa desde 1880 hasta la actualidad, centrándose especialmente en las normas dictadas por Francia, Inglaterra, Alemania e Italia. Se detiene en la regulación de los principales temas relacionados con la inmigración: el control de fronteras y la regulación de flujos migratorios, las condiciones de adquisición de la ciudadanía y el trato a los refugiados y las minorías.

Destaca especialmente la influencia de la experiencia colonial en las políticas migratorias actuales, así como la progresiva convergencia de estas políticas en Europa, caracterizada por la restricción cada vez mayor de la entrada de inmigrantes, la lucha contra la irregularidad y la integración al menos parcial de los inmigrantes con residencia legal. Para el autor, la comunitarización de estas materias en los últimos tiempos refuerza una visión utilitarista de la inmigración y una obsesión por la seguridad que restringe los derechos de los inmigrantes, especialmente de los refugiados y los solicitantes de asilo, a la que se contrapone una tendencia jurisprudencial tendente a proteger sus derechos fundamentales y a equiparar sus derechos en el ámbito laboral.

PALABRAS CLAVE: Derecho comparado, Europa, políticas migratorias, ciudadanía.

ABSTRACT

This article takes a deep analysis of the development of migration policies in Europe from 1880 until the present, focusing especially on rules issued by France, Britain, Germany and Italy. It focuses on the regulation of the main issues related to immigration: border control and regulation of migration flows, the conditions for acquiring citizenship and the treatment of refugees and minorities.

⁸⁰ F. CERRONE, *La cittadinanza e i diritti*, en P. RIDOLA y R. NANIA (dirs.), *I diritti costituzionali* op. cit., p. 349.

It underlines the influence of the colonial experience in current migration policies, as well as the gradual convergence of these policies in Europe, characterized by increasingly restricting the entry of immigrants, the fight against the irregularity and at least partial integration of immigrants with legal residence. For the author, communitarization of these subjects in the recent past strengthens a utilitarian view of immigration and an obsession with security that restricts the rights of immigrants, especially refugees and asylum seekers. By the other side, there is a jurisprudential tendency to protect their fundamental rights and equate their rights in the workplace.

KEY WORDS: Comparative Law, Europe, immigration policies, citizenship.