



Revista de Fomento Social, 60 (2005), 353-379

RECENSIONES

DERECHO COMPARADO

AJA, E. Y DÍEZ, L., Coord. (2005), *La regulación de la inmigración en Europa*, Barcelona, Colección de Estudios Sociales, núm. 17, Obra Social de la Fundación "la Caixa", 313 págs.

Se trata de una obra de Derecho comparado sobre el tema referido en el título. Los autores (Kay Hailbronner, Philippe de Bruycker, François Julián-Lafarrière, Paulo Bonetti, Satvinder S. Juss, Giorgio Malinverni, Pablo Santaolaya, Andreu Olesti) son todos prestigiosos profesores en sus propios países y en el ámbito europeo. El libro consta de una Introducción sobre el fenómeno de la inmigración y su acotación al terreno del Derecho, un estudio de la normativa jurídica de cada uno de los países, y un capítulo final dedicado a la Unión Europea. Los países estudiados son: Alemania, Bélgica, Francia, Italia, Reino Unido, Suiza y España.

Ya resulta iluminador el concepto de inmigración que nos proporciona el mismo Prólogo del libro, escrito por el Director de la Obra Social de "la Caixa", José F. de Conrado y Villalonga: "La inmigración, entendida como desplazamiento de población trabajadora desde un país en desarrollo y con escaso trabajo a otros países más desarrollados que necesitan mano de obra". Queda claro, desde el principio, que la inmigración analizada en el libro es la económico-social. Y también es interesante la valoración que se hace de la misma: "constituye un fenómeno social universal, de efectos positivos para todos en cuanto beneficia a los dos polos de la inmigración, el país de origen y el país de destino".

La Introducción, escrita por los Coordinadores, sitúa la inmigración europea en el contexto general de la emigración, existente en todas las latitudes del planeta y todas las épocas históricas, pero con características distintas: periodo histórico, causas que la generan, etc.

Muy distinta es la emigración que formó los Estados Unidos de América y la que se produce ahora en Europa.

En Europa se han producido, en el siglo XX, dos oleadas de inmigraciones. Una primera, con destino a Alemania, Francia, Bélgica, Reino Unido, Holanda... y procedente de los países periféricos de la propia Europa: Italia, Grecia, España, Portugal y Yugoslavia, aunque también de Marruecos y Turquía y, en el caso de Inglaterra, desde la India, y en el de Francia, del Caribe y África. Se produce desde el final de la Segunda Guerra Mundial hasta los años 1973–1974, en que se corta radicalmente por la “guerra del petróleo” y la crisis económica. La segunda oleada se produce en las décadas de los 80 y 90 y se continúa, hasta el momento, en los primeros años del S. XXI. Lo más significativo de la misma es que los antiguos países periféricos de Europa se convierten en países receptores y que la procedencia se extiende a los países de la antigua Europa del Este y a algunos países latinoamericanos y africanos.

Los motivos que impulsan los movimientos migratorios hacia Europa se han extendido, multiplicado y diversificado en los últimos años –por causas que genéricamente se aluden con el fenómeno de la globalización– y las diferencias entre los países receptores se han difuminado. Una nota diversificada, sin embargo, la primera y segunda oleada: la intención de retorno al país de origen, en la primera, y la vocación de permanencia en el país de llegada, en la segunda.

Diferencia aparente y semejanza de fondo. A primera vista, parecen existir

grandes diferencias entre la regulación de la inmigración en los países del centro y los del sur y entre todos estos y los países nórdicos. Sin embargo, cuando la inmigración alcanza el porcentaje del 8%–10%, que es la media en la mayoría de los países europeos, aunque menor en los países nórdicos, los rasgos esenciales y la regulación de la inmigración no son tan diferentes. Las diferencias fundamentales se refieren a la existencia o no de contingentes, al volumen de inmigración en situación irregular, a la participación o no en el sistema de Schengen.

Al analizar con atención las líneas fundamentales de las normas de inmigración de los distintos Estados europeos, se observa una orientación general común: su pieza básica es la obtención del permiso de trabajo, que lleva aparejada la del permiso de residencia, a partir de la contratación en el país de origen. La gran diferencia entre los trabajadores nacionales y extranjeros está en que éstos últimos no pueden trabajar sin permiso de trabajo, que se gestiona en el país de origen, lo que genera el círculo vicioso de la inmigración irregular. Tanto en este supuesto como en la reagrupación familiar, la concesión del visado en el país de origen es el principal medio de control de la inmigración.

Otra característica común es la intervención en la contratación del criterio de preferencia a favor del desempleado nacional o del comunitario, o del extranjero con permiso. Dentro del sistema de contratación en origen, la mayor diferencia está en la existencia o ausencia de un contingente o cuota anual de trabajadores inmigrantes.

La normativa, en casi todos los países, se parece también en las condiciones exigidas para la concesión del permiso de residencia: primero temporal, seguido de renovaciones y, generalmente a los cinco años, permanente o indefinido. Es también común la vinculación del permiso de residencia permanente a la existencia de medios de vida suficientes (en Francia y Alemania, la obtención de tal permiso está también condicionada al conocimiento de la lengua y de su sistema legal).

En el ámbito de las infracciones y sanciones, los objetivos generales de la política sancionadora son bastante comunes: la expulsión se vincula a la infracción de las normas de extranjería y, en la mayoría de países, la expulsión se configura como pena alternativa o adicional a la comisión de determinados delitos. Aunque existan diferencias (en Francia, la expulsión se reserva a las infracciones de orden público, en algunos países existen modalidades menores que gradúan las sanciones, también varía la duración en centros de detención que aseguren la expulsión, la existencia de la figura devolución-retorno para responder a la entrada ilegal, etc.), muchas de ellas son más bien nominales y tienen una repercusión más teórica que práctica.

Existen, finalmente, diferencias superiores entre los Estados, pero son más fácticas (políticas, sociales...) que jurídicas. La principal sería la existencia o no de una vía general para la llegada como trabajador extranjero, que en algunos países no existe, y en caso de haberla si funciona o no mediante la técnica del contingente. Más reales y significativas son las diferencias entre los primeros

países receptores y los segundos en cuanto al volumen de extranjeros en situación irregular y su conexión con la economía sumergida. Esa situación explica la existencia o no de regularizaciones extraordinarias y masivas, que muestran el fracaso de la legislación y generan nuevos problemas.

Debilidad constitucional de los derechos de los inmigrantes. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento que define los valores democráticos aplicables a los grandes sectores sociales y vincula a todos los poderes públicos para lograr su cumplimiento. Ahora bien, las constituciones vigentes apenas se refieren a la inmigración. Esa debilidad deja un espacio excesivo al legislador ordinario y al gobierno, permitiendo que la legislación sobre la inmigración se convierta en objeto de lucha electoral y partidista. La ausencia de normas constitucionales ha conducido a la intervención de los tribunales constitucionales para reducir las limitaciones de los derechos de los extranjeros realizadas en países como España, Francia, Alemania, Italia o Bélgica. Aunque se reconozcan los derechos esenciales de la persona, se rechaza la igualdad en la extensión de otros derechos fundamentales y se deja a la voluntad de los parlamentos y gobiernos los derechos de los inmigrantes que requieren la puesta en marcha de políticas públicas específicas.

Los derechos laborales de los extranjeros en situación regular son los mismos que tienen los trabajadores nacionales en todos los Estados (estudiados). En casi todos los Estados, la política se orienta hacia la equiparación en terrenos como la educación, la sanidad, las ayudas para la vivienda, etc. Incluso se abre

una fase de reconocimiento de derechos mínimos a los inmigrantes en situación irregular (atención médica elemental, educación de los niños, etc.).

La dimensión de las diferencias y su efecto discriminatorio depende más de la tradición cultural y la cultura democrática que de la configuración legal. En muchos países es frecuente el cambio de normas y su provisionalidad, la abundancia de disposiciones ambiguas que dejan un amplio margen de apreciación a los funcionarios, o se trata de disposiciones, órdenes e instrucciones de mínimo rango, o hay un retraso sistemático en la resolución de los expedientes administrativos. Todo ello repercute en la inseguridad jurídica y precariedad de los trabajadores extranjeros y sus familias. Estos aspectos merecen una crítica muy seria, porque contradicen el principio de legalidad, esencial al Estado democrático. No puede haber parámetros distintos para la actividad del funcionario cuando se dirige a un trabajador nacional o a un extranjero, ni puede haber un concepto diferente de arbitrariedad para uno y para otro, sin que padezca la democracia.

En cuanto a los derechos políticos, aunque se trata de una evolución lenta y desigual, la tendencia es hacia la igualdad. Pero sigue siendo abismal la diferencia respecto al derecho de sufragio. La mayoría de los países estudiados niega el derecho de voto a los extranjeros, tanto en su vertiente activa como pasiva, en todo tipo de elecciones. En los años sesenta se abrió el primer reconocimiento al sufragio de los extranjeros en las elecciones municipales, pero la esperanza de que el derecho de voto se extendería a las generales se ha visto

truncada. EL Consejo de Europa aprobó el 5 de febrero de 1992 un convenio sobre participación de los extranjeros en la vida pública local, que proponía reconocer el derecho de sufragio en el ámbito local después de cinco años de residencia regular. El convenio entró en vigor en 1997, tras la aprobación de cuatro Estados miembros, pero sólo unos pocos, de los más de cuarenta que lo integran, lo han ratificado (Suecia, Dinamarca, Islandia, Noruega y Países Bajos), prácticamente los mismos que habían reconocido el derecho al voto con anterioridad. Algunos pequeños avances se observan últimamente en Suiza y Bélgica. En la primera, aunque no se reconocen a los extranjeros derechos políticos en el ámbito federal, los cantones pueden reconocer estos derechos en los comicios locales, y así efectivamente lo han hecho tres cantones. En Bélgica, el derecho al voto está garantizado recientemente, siempre que los extranjeros cumplan dos condiciones: comprometerse a respetar la Constitución, las leyes belgas y el Convenio Europeo de Derechos Humanos y tener residencia establecida de manera ininterrumpida durante los cinco años anteriores.

La Constitución europea como perspectiva. La política de inmigración no formaba parte de las competencias originarias de la CEE, ni siquiera, en el principio, de la UE. La tendencia a una política común de inmigración se ha desarrollado a través de otros elementos de decisión comunitaria y la colaboración entre gobiernos de algunos Estados: la libre circulación de personas, el Acuerdo de Schengen, el Tratado de Ámsterdam. Este último, sobre todo, establecía un

plazo (que ha cumplido en Mayo de 2004) para la adopción, entre otras, de medidas relativas a garantizar la ausencia de controles en las fronteras internas y el establecimiento de normas comunes sobre entrada por las fronteras externas, estancias de periodos superiores a los tres meses y modelo común de visado, para conseguir un espacio de libertad, seguridad y justicia. Aunque se han aprobado algunas normas generales, el procedimiento normativo por unanimidad, la conversión de la norma en un mínimo común normativo al preexistente en los Estados y el carácter consultivo de la intervención del Parlamento europeo, se ha tratado más de conjugar los intereses en juego de los ministros del Interior y de una negociación entre Estados que de estrategias generales.

En el proyecto de Tratado Constitucional de la Unión Europea, aunque continúan las ambigüedades, hay un cambio importante en el procedimiento normativo: será el legislativo ordinario, con decisión por mayoría cualificada en el Consejo y la codecisión con el Parlamento europeo. Se comunitariza plenamente la normativa y gran parte de las políticas de inmigración, salvo la fijación eventual del contingente que cada Estado desee mantener. Al mismo tiempo que se formulan estos objetivos ambiciosos, el proyecto de Tratado Constitucional no dice casi nada de los derechos ni del estatuto jurídico de los trabajadores provenientes de terceros países y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión ignora su existencia. La nueva Constitución europea sólo se refiere a la inmigración como competencia y políticas públicas, pero apenas la contempla en los derechos y libertades

y ni siquiera en las orientaciones de los principios rectores.

Las referencias son mínimas: “condiciones laborales equivalentes”(15.3), protección frente a expulsiones colectivas, que quedan prohibidas, y frente a la devolución, expulsión o extraditación que signifique riesgo de pena de muerte, tortura o trato inhumano (19), posibilidad de dirigirse al Defensor del Pueblo y de ejercer el derecho de petición (43 y 44) y posibilita la concesión de libertad de circulación y residencia para los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro (45.5). El estatuto jurídico de los inmigrantes de terceros países, y en concreto el reconocimiento de sus derechos, tendrá que transitar respecto a la Constitución el largo camino recorrido respecto a las Constituciones de los Estados: comparación con los nacionales para ser tratados, primero, como personas, después como trabajadores y parte de las clases populares y quizá, al final, como ciudadanos.

Capítulos dedicados a cada país. El Volumen dedica un capítulo a cada uno de los países estudiados. Siguiendo un esquema semejante, el lector puede encontrar elementos comparativos sobre la primera entrada, los mecanismos para la obtención de permiso de trabajo y residencia, las graduaciones del permiso de residencia, las infracciones y las sanciones impuestas. También los derechos y la participación política que en cada país se conceden. Sería prolijo resumir aquí el contenido del capítulo dedicado a cada país. Quienes no dispongan de demasiado tiempo, pueden conformarse con los resúmenes que sobre el país se realizan al final de cada estudio.

El capítulo dedicado a la Unión Europea elabora una buena síntesis de la regulación de la inmigración que afecta a todos los Estados miembros, centrándose en el régimen general de extranjería que se está configurando en la Unión Europea, esencialmente referido a la migración económica de carácter asalariado, y a los instrumentos más relevantes diseñados para controlar la inmigración irregular.

El estudio hace un recorrido por la “admisión de los nacionales de terceros estados” (no residentes en un Estado miembro, residentes en un Estado miembro), y “la reagrupación familiar”. De los no residentes en un Estado miembro, analiza los requisitos de la admisión para acceder y ejercer una actividad económica por cuenta ajena, la expedición, duración y renovación del permiso de residencia, el contenido jurídico: los derechos del nacional del tercer Estado admitido. De los residentes en un Estado miembro, analiza el concepto de residente de larga duración, el contenido jurídico del estatuto de residente de larga duración –el derecho de residencia en otro Estado miembro, los derechos de residentes de larga duración–, la pérdida del estatuto de residente de larga duración.

Respecto a la reagrupación familiar, analiza la determinación de las nociones de reagrupante y de su familia, las condiciones para ejercer la reagrupación familiar, el contenido jurídico de los derechos concedidos a los beneficiarios de reagrupación familiar y las sanciones: la denegación de la entrada y la pérdida del derecho de residencia.

En cuanto a los instrumentos de

control de la inmigración irregular, se analizan en ese capítulo final las siguientes circunstancias: La represión de la entrada, circulación y estancia irregulares –para lo que es necesaria la armonización de las nociones de ayuda a la entrada, circulación y estancia irregulares; la determinación de las sanciones aplicables; el caso específico de las sanciones a transportistas; la situación del nacional del tercer Estado objeto de tráfico ilícito–. Igualmente, se analiza la cooperación de los Estados miembros en la expulsión de los nacionales de terceros Estados: reconocimiento mutuo de las decisiones de expulsión y la asistencia entre los Estados miembros.

El capítulo finaliza con una serie de consideraciones y reflexiones finales, que resumimos a continuación:

1ª. El carácter marcadamente facultativo que tiene el régimen jurídico establecido en la normativa adoptada por la Unión Europea. Puede afirmarse que la normativa de la Unión Europea se aprueba con la intención de dar cabida, o cobijo, a los diferentes regímenes de extranjería ya vigentes en los Estados miembros. Sin embargo, parecen observarse determinadas tendencias unificadoras en la regulación adoptada y en la pendiente de adopción.

2ª. Los derechos que de debieran reconocer a los residentes de larga duración recuerdan a los contemplados para los nacionales de los Estados miembros en el ámbito de la libre circulación de personas; sin embargo, será difícil que la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea sea aplicable a los residentes de larga

duración. El contenido de los conceptos de orden público y seguridad pública se ha visto afectado por la influencia de los atentados del 11 de septiembre y se tiende a incrementar la capacidad discrecional de los Estados para apreciar estos comportamientos.

3ª. En cuanto al derecho a la reagrupación familiar, el texto final de la Directiva, a pesar de tener carácter vinculante, se asemeja en su contenido a una Resolución del Consejo, jurídicamente no vinculante, sobre armonización de políticas nacionales relativas a la reunificación familiar.

4ª. El control de la inmigración irregular, a pesar de la abundante regulación de que ha sido objeto, adolece de falta de aproximación al fenómeno y de fragmentación. Ello supone, por un lado, medidas de endurecimiento, pero, por otro, cierta laxitud. Por ejemplo, el empleo de irregulares no se incluye específicamente en las conductas tipificadas, ni en las circunstancias agravantes, a pesar de que las mismas instancias comunitarias consideran que el empleo de irregulares es una práctica que incita a la inmigración irregular. Igualmente, el tratamiento de la responsabilidad de los transportistas (sobre todo en el caso en que trasladan a solicitantes de asilo o la obligación de los transportistas de hacerse cargo de la persona trasladada) ha sido objeto de serias críticas.

En nuestra opinión, el volumen supone una aportación muy positiva y valiosa para el conocimiento de la situación de la regulación de la inmigración en Europa. Las informaciones relativas a los países estudiados, permiten la respuesta a preguntas habituales a la hora de abordar

el fenómeno migratorio: ¿Qué se hace en otros países? ¿Cómo han resuelto este tema los países con más experiencia en la inmigración? ¿Tiene la Unión Europea una política y una regulación común de la inmigración? Precisamente, la respuesta a esas preguntas, deja al lector ante un panorama poco alentador: en ciertos temas, cada país de la Unión Europea hace lo que quiere, puede o sabe hacer. La experiencia de otros países se refiere a un tipo de inmigración que hace a esa experiencia no del todo aprovechable para la situación actual. Y, lo más grave, la Unión Europea no ha establecido hasta el momento una política común y coordinada ante la inmigración. Como en otros muchos temas, el respeto a la tradición y al modo de proceder de cada Estado miembro –mucho más en el caso de Estados no miembros– permite que las Resoluciones, no vinculantes, e incluso las Directivas, vinculantes, adolezcan en esta materia de tal generalidad que permiten a cada Estado miembro seguir haciendo lo que crea más conveniente. Sin embargo, la necesidad de una política común y de una coordinación de todas las medidas relativas al fenómeno migratorio es cada vez más sentida.

Si el carácter informativo, aunque no sólo, del Volumen es su mayor aportación, en ella misma encontramos una cierta debilidad. Precisamente la diversidad de situaciones, que no son, como los autores de la Introducción señalan, tan diferentes en el fondo, hubiera hecho más necesario el atenerse en esa información a parámetros comparables. Hubiera sido deseable la confección de una tabla comparativa. Pero ello hubiera exigido un esquema de desarrollo de la información sobre

cada país, más homogéneo (es cierto que hay cierta homogeneidad y que los temas tratados son semejantes en todos los estudios y la perspectiva jurídica es la común). Pero, por ejemplo, no de todos los países estudiados se da una información cuantitativa y referida a la misma fecha del número de inmigrantes, quizá incluso su división entre comunitarios y no comunitarios, su proporción respecto a la población total y los países de origen en cada caso. Tampoco, y es sólo otro ejemplo, los requisitos para la adquisición de la nacionalidad del país receptor no están explícitos en todos los estudios. Por supuesto, y esta ausencia es más explicable, tampoco se hace una estimación de la población inmigrante irregular en cada uno de los países.

Pese a esas pequeñas ausencias, que tal vez no sean sino deseos de un lector, el contenido del Volumen, repetimos, es de gran utilidad, no sólo por la información, sino por la visión crítica y la formulación de propuestas constructivas que contiene. Animamos vivamente a su lectura, no sólo a los técnicos del Derecho, sino a todas las personas interesadas, desde múltiples perspectivas, por el fenómeno de la inmigración.

Rafael Yuste

CASTELLS, J.M., HURTADO, J. MARGENAT, J.M. (Eds.) (2005), *De la dictadura a la democracia. La acción de los cristianos en España (1939-1975)*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 532 págs.

Este libro recoge los trabajos presentados al Primer Congreso de la Dictadura a la Democracia “Los cristianos en la lucha por la democracia. España/ Sevilla 1939-1975”, celebrado en Sevilla en Marzo de 1999, por iniciativa del Área de Cultura del Ayuntamiento de Sevilla y el Centro Pedro Arrupe de la Compañía de Jesús. El riesgo de este tipo de ediciones es incluir trabajos muy heterogéneos y a veces claramente alejados del tema del congreso, no es el caso de este libro; una buena selección de los participantes y, suponemos, una acertada disciplina de los temas aceptados han llevado a un original que cubre casi en su totalidad el análisis de la “acción de los cristianos”.

Los editores han sido José M^a Castells, José Hurtado y J.M. Margenat; este último es el responsable de la “Introducción”; especialista de la historia de esta época ha dibujado el marco histórico en el que se desarrollaron las “acciones” de aquellos católicos que pudiéramos incluir en la “izquierda”.

Los que hemos vivido aquella época, somos conscientes que grupos relevantes de cristianos tuvieron un papel importante, no sólo en la oposición intelectual al régimen, sino también en las actividades, clandestinas claro está, de oposición que facilitaron más tarde la transición a la democracia. Acostumbrados a subrayar el apoyo de