

Derechos fundamentales y normativa sobre inmigración  
en el marco de la Unión Europea

*Fundamental rights and immigration regulation  
under the European Union*

Albert NOGUERA FERNÁNDEZ  
Universidad de Extremadura (España)

albertnoguera@unex.es

Recepción: Mayo 2012  
Aceptación: Septiembre 2012

## RESUMEN

El acceso de la población inmigrante a los derechos fundamentales constituye, ya desde hace algunos años, uno de los grandes debates que están encima de la mesa en Europa. El presente trabajo hace un análisis de la situación de exclusión de acceso a los derechos en la que se encuentran los inmigrantes en el marco de la Unión Europea y de sus Estados miembros. Además, la nueva retórica y práctica generalizada de los gobiernos europeos, así como las últimas medidas adoptadas en el marco de la Unión Europea sobre la persecución, represión y expulsión de los inmigrantes en el proceso de retorno a sus países de origen, no parece revertir esta situación, más bien al contrario. Esta comunicación analizará la evolución de la normativa sobre inmigración en el contexto de la Unión Europea, analizando en detalle la misma y planteando posibles alternativas para construir otra Unión Europea donde los derechos de todas las personas, independientemente de su país de nacimiento, estén garantizados.

Palabras clave: Unión Europea, Derechos fundamentales, inmigración.

Clasificación JEL: K33, K00.

## ABSTRACT

The access of immigration population to fundamental rights is, for some years, one of the great debates that are on the table in Europe. This paper analyzes the exclusion of access to rights which are the immigrants into the European Union and its Member States. In addition, the new rhetoric and widespread practice of European governments and the latest measures taken in the framework of the European Union about the persecution, repression and expulsion of immigrants in the process of returning to their countries of origin, not appears to reverse this situation, quite the contrary. This paper analyzes the evolution of immigration law in the context of the European Union, analyzing in detail the same and considering possible alternatives to build another European Union where the rights of all people, regardless of country of birth, are guaranteed.

**Keywords:** European Union, Fundamental Rights, immigration.

**JEL classification:** K33, K00.



## 1. INTRODUCCIÓN

Una Constitución no sólo es un texto jurídico, no sólo establece instituciones, procedimientos jurídicos y normas, una Constitución establece también un nuevo contexto cultural, nuevas representaciones simbólicas, es expresión de una nueva manera de auto-representación cultural de un pueblo (Häberle, 1998: 46-47).

Las sociedades europeas actuales, nuestras sociedades, adquieren su forma actual como comunidad jurídico-cultural con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa de 1789. Si bien, seguramente, existieron también tradiciones y experiencias pre-revolucionarias que colaboraron en conformar nuestra modernidad<sup>1</sup>, parece haber unanimidad en aceptar el hecho de que la Declaración francesa de 1789 es el punto de apoyo sobre el que se establecen y proyectan los paradigmas político-culturales o jurídico-culturales base que, actualmente, nos son propios, incluidos tanto los del liberalismo como los del socialismo<sup>2</sup>.

Entre muchos otros<sup>3</sup>, uno de los aspectos que 1789 introdujo, como parte de este nuevo marco cultural, fue el reconocimiento de la dignidad humana como premisa antropológica y de los derechos humanos universales como producto inevitable de ello. Ahora bien, desde 1789 hasta nuestros días, ha tenido lugar en Europa, en materia de derechos, lo que podemos llamar una doble trayectoria opuesta paralela:

- a) *Una trayectoria progresiva* (para los ciudadanos nacionales europeos).
- b) *Una trayectoria regresiva* (para los inmigrantes).

En primer lugar, 1789 constituyó, en términos de dogmática constitucional, un límite o garantía cultural de *statu quo* con determinados contenidos irrenunciables para el futuro Estado constitucional liberal (supremacía de la Constitución, separación de poderes, dignidad humana-derechos fundamentales). Estos elementos constituyen una barrera cultural que no permite el paso atrás<sup>4</sup> y fundan los elementos básicos a partir de los cuales se ha producido el avance constitucional progresivo durante los últimos dos siglos (Häberle, 1998: 46-47). Por ejemplo, la noción de dignidad humana y el postulado de *fraternidad* de 1789, como base de la lucha y reconocimiento de derechos sociales en el siglo XX.

Con los límites infranqueables y fundamentándose en los postulados ético-sociales de 1789 (*libertad, igualdad y fraternidad*), diversos sujetos colectivos han conseguido, a través de sus luchas sociales, el reconocimiento constitucional de nuevos derechos, produciéndose, en consecuencia, un proceso acumulativo, de ampliación y complementación de derechos para los nacionales europeos que atraviesa los últimos dos siglos<sup>5</sup>. Un proceso, además, no acabado sino abierto en su evolución a la aparición

de nuevos derechos<sup>6</sup>. Sin embargo, y en segundo lugar, este proceso de acumulación o sedimentación progresiva de derechos desde 1789 en adelante, no se da para el caso de los inmigrantes. Aquí el proceso es a la inversa. En la Declaración francesa de 1789, todos los derechos fundamentales, con la única excepción de los derechos políticos, fueron proclamados inicialmente, como derechos “universales”, reconocidos a todos en cuanto a “personas” y no en cuanto “ciudadanos”.<sup>7</sup> Dicha proclamación tenía un valor abiertamente ideológico. Los revolucionarios de 1789 hablaban de *droits de l’homme* y no de *droits du citoyen* para atribuirles un mayor carácter de universalidad e igualdad.<sup>8</sup>

La evolución posterior del constitucionalismo, tanto nacional como europeo, no ha caminado sin embargo en este sentido. A partir de la noción de “ciudadanía” introducida por Thomas H. Marshall, en su ensayo *Citizenship and social class* (1950) (Marshall, 1998), como *status* al que se asocian *ex lege* todos los derechos (derechos civiles, derechos políticos y derechos sociales), muchos de los procesos de constitucionalización de derechos, especialmente del siglo XX, incurrieron en lo que podemos denominar una “ciudadanización de los derechos”, al incorporar gran parte de los derechos civiles, políticos y sociales dentro del ámbito de influencia de un modelo de ciudadanía que vacía de contenido la noción de atribución universal de personalidad como título de atribución y otorga estos sólo a aquellos que poseen la “ciudadanía” del país en cuestión.<sup>9</sup> Este es un proceso que se produce también en el marco de la normativa o derecho constitucional europeo.

78

Es por esta razón que hablo de un procedimiento regresivo de vaciamiento de derechos para los inmigrantes desde 1789 (Noguera, 2011: 53-78). Como señala Ferrajoli, la ciudadanía constituye hoy el último factor de discriminación y la última reliquia premoderna de las diferenciaciones por status. Como tal, se opone a la universalidad e igualdad de los derechos fundamentales proclamada en 1789 (Ferrajoli, 2009: 97-124).

## 2. LA CREACIÓN DE UN DERECHO DE EXCEPCIÓN Y DE SU LEGITIMACIÓN SOCIAL

Desde la Directiva 2001/40/CE del Consejo, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, de mayo de 2001, hasta la aprobación en junio de 2008 por el Parlamento Europeo de la Directiva de retorno<sup>10</sup>, se ha gestado el proceso de involución que sobre los derechos humanos se viene produciendo en la Unión Europea desde que el miedo a la inmigración irregular se incardinó en sus instituciones (Silveira, 2009: 117).

En las tres últimas décadas, la inmigración ha aparecido en la agenda política y en las encuestas de opinión como uno de los principales problemas sociales (Tsoulaka, 2005: 161-192; Bigo, 2004: 90-127). Se trata sin duda, en gran parte, de un problema



construido a base de metáforas por las instituciones, medios de comunicación y normas jurídicas.<sup>11</sup> El hecho de crear un grupo de riesgo, implica encontrar un “chivo expiatorio” útil sobre el cual atribuir la carga y culpa de los problemas sociales. Desde un punto de vista socio-económico, a la inmigración se le imputa el aumento del desempleo, el desarrollo de la economía sumergida, la crisis de bienestar y el deterioro del paisaje urbano, así como una amenaza contra los valores occidentales de Democracia y Derechos Humanos (Barbero, 2010: 16-17). Como dice Wacquant los inmigrantes son los enemigos convenientes, es decir una especie de “símbolo y receptor de todas las angustias sociales” (Wacquant, 2001: 203).

La construcción de este miedo a la inmigración irregular, construir la inmigración como categoría peligrosa y por tanto, como prototipo jurídico sobre el que hay que actuar, es el elemento que permite hacer aceptable socialmente, legitimar socialmente, la aplicación sobre los inmigrantes de un Derecho especial basado en normas distintas o, incluso, en la suspensión de las normas de la democracia y el Estado de derecho (especialmente en la rama procesal-penal), que serían socialmente inaceptables si tuvieran como destinatario cualquier otro grupo social.

Como señala Héctor Silveira, el trato jurídico especial sobre los inmigrantes se da en dos formas distintas: en primer lugar, por qué tanto los Estados como la Unión Europea consideran que los derechos de las personas deben ser reconocidos no a cualquier ser humano sino sólo a sus “ciudadanos” y, en segundo lugar, como consecuencia de las leyes y medidas específicas que los Estados y la UE elaboran para regular, controlar y sancionar a los “no-ciudadanos” (Silveira, 1998).

79

### *2.1. La identificación ciudadanía-nacionalidad*

En primer lugar, observamos como durante las décadas de 1980 y 1990 hemos asistido, fruto de la llamada mundialización neoliberal, a transformaciones de gran envergadura. El cambio en el modelo productivo, es una. Otra, es la eclosión de grandes olas migratorias de ciudadanos de los países del sud hacia los países del norte, por motivos económicos.

Pero sin embargo, desde el punto de vista jurídico se produce un fenómeno curioso, que es el hecho de que todos estos cambios en nuestra realidad cotidiana se producen, en la mayoría de países de Europa y también en España, sin que se haya realizado ninguna modificación en la Constitución, que permanece, formalmente, sin modificaciones, de manera que desde el punto de vista estrictamente jurídico positivo se puede seguir hablando de un constitucionalismo propio de un Estado social fordista o industrial (De Cabo, 2010: 100-102) y de una sociedad étnico-cultural homogénea.

Lo anterior provoca que, los textos constitucionales, sin modificación alguna, continúen manteniendo, actualmente, la identificación entre nacionalidad y ciudadanía propia del

constitucionalismo tradicional del siglo XX, lo cual coloca el tema de la inmigración en el área de la extranjería y, en consecuencia:

1. El extranjero es una condición de la persona que se opone a la del nacional de un Estado determinado y a su vez, la nacionalidad tiene como inmediata traducción política la condición de ciudadanía de ese Estado-Nación. Es, por tanto, la ley quien define al extranjero en oposición a las condiciones de nacionalidad y ciudadanía (Baylos, 2009: 13).
2. Los derechos de ciudadanía se confieren en exclusiva a quienes tienen la condición de nacionales de un país, en el sentido que son derechos confinados en el espacio estatal-nacional de referencia y que en él deben ser gozados por los respectivos ciudadanos de cada Estado<sup>12</sup>.

De esta manera, los inmigrantes están excluidos del acceso a muchos de los derechos de ciudadanía al que tienen acceso los nacionales<sup>13, 14</sup>.

Al igual que en la esfera nacional, la identificación ciudadanía-nacionalidad se ha trasladado también a la normativa de la Unión Europea donde la esfera pública está reservada sólo para los ciudadanos miembros de las distintas comunidades nacionales. En el Tratado de la UE se crea una ciudadanía de la Unión, que es complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional. A su vez, se considera “ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembros” (art. 17.1 TUE). Por su parte, la declaración no. 2 adjunta al Tratado de la UE establece que la nacionalidad de un Estado miembros se determina únicamente con arreglo a las normas de nacionalidad del Estado miembro de que se trate. Esto ha sido confirmado por el Tribunal de Justicia de UE.<sup>15</sup> Ello supone la creación de un status jurídico dual entre ciudadanos (europeos) y extranjeros.

80

## 2.2. *La regulación, control y represión sobre los no-ciudadanos*

Los últimos episodios de expulsión masiva del país, por parte del gobierno francés, de ciudadanos rumanos, en un intento del Presidente Nicolás Sarkozy por atraer los votos de los votantes del Frente Nacional en las próximas elecciones presidenciales, son un claro ejemplo de la nueva retórica y práctica generalizada de los gobiernos europeos (Cassen, 2010: 3) que han convertido el control y la represión sobre la inmigración irregular en uno de los ejes centrales de sus políticas.

Son varios los mecanismos que las legislaciones de los Estados miembros han establecido para poder crear un sistema de control sobre los inmigrantes. En el caso de España, este es un sistema en el que participan varios organismos de la administración como la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, la Tesorería General de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de Estadística. Estos organismos deben facilitar el acceso directo a los ficheros en los que obren datos de los extranjeros, y sin que sea



preciso el consentimiento de los interesados (Disposición Adicional quinta. LO 2/2009, de 11 de diciembre, de Reforma de la LO4/2000). Asimismo, la disposición Adicional Séptima de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, habilita que la Dirección General de Policía pueda acceder a los datos de inscripción de los extranjeros inscritos en los padrones municipales para la exclusiva finalidad del ejercicio de las competencias establecidas en la Ley de Extranjería sobre control y permanencia de los extranjeros en España.<sup>16</sup>

Por lo que respecta a los mecanismos propios de la Unión Europea destaca el llamado Sistema de Información Schengen (SIS), un macrofichero policial que permite disponer de descripciones de personas y de objetos, con ocasión de controles en las fronteras, aduanas y controles de policía. La base de datos SIS está en Estrasburgo y a ella tienen acceso todos los Estados parte. Cada parte contratante dispone de una oficina SIRENE (*Supplementary Information Request at the National Entry*) cuya finalidad es la preparación de expedientes para la introducción de datos en el SIS, intercambio de información adicional y servir de órgano de comunicación bilateral con las SIRENE de otros países.

Además, como señala Wacquant, la utilización de la policía, los tribunales y las cárceles se han convertido en los ejes centrales de las políticas de inmigración en la Unión Europea. Esto se ha traducido, primero, en un incremento masivo y rápido de la sobre-encarcelación de los extranjeros en las prisiones y cárceles, superior en diez países de Europa a la sobre-encarcelación que sufren los negros, en relación con los blancos, en Estados Unidos. Segundo, esta sobre-encarcelación no está producida por el aumento de la criminalidad entre los inmigrantes, sino por su “etiquetamiento” y confinamiento selectivo (Wacquant, 2009). Y, por último, Europa ha asistido a una rápida proliferación de las llamadas “zonas de espera” y de “centros de retención” en los que se ha incrementado el número de extranjeros sin papeles que son mantenidos bajo arresto en las fronteras o de aquellos inmigrantes que esperan su deportación en *vuelos charter especiales*<sup>17</sup> que implican una vulneración clara tanto del cuarto Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como del artículo 19 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que establece que se “prohíben las expulsiones colectivas” y que “nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que se corra el riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes” (Wacquant, 2009a: 144).

### 3. HACIA UNA EUROPA DE LAS PERSONAS Y LOS DERECHOS

Frente a esta postura, la construcción de una Europa de las personas y los derechos pasa necesariamente por el pleno reconocimiento y justiciabilidad, en el Tratado de la UE, de un sistema europeo de protección de derechos humanos que abarque sin distinción a todas las personas, independientemente de su nacionalidad o situación administrativa.

Este reconocimiento implicaría, teniendo en cuenta el principio de primacía del derecho comunitario sobre el derecho estatal, una nacionalización del derecho internacional de los derechos humanos en el interior de los Estados miembros, actuando no como un mero complemento a la parte dogmática de las Constituciones estatales sino como condicionamiento del ejercicio de todo el poder público, principalmente, en dos aspectos.

Primero, en el aspecto de establecer obligaciones a los poderes ejecutivo y legislativo nacional. El reconocimiento, de plenos derechos para todas las personas, sin distinción, en el derecho primario europeo, supondría una obligación para los Estados miembros de asegurar la satisfacción de los mismos para todo ser humano en el interior de su territorio.

Y, segundo, en el aspecto de establecer obligaciones al poder judicial, en su función de garantía de las obligaciones de los Estados en el cumplimiento de los derechos. Dada la primacía del derecho comunitario, su violación no sólo constituye un supuesto de responsabilidad internacional del Estado, sino, también la violación de las obligaciones mismas del Estado, teniendo los jueces estatales la obligación de garantizar su cumplimiento y, en su defecto, el Tribunal de Justicia de la UE.

## 82 BIBLIOGRAFÍA

BARBERO, I (2010): “Las transformaciones del Estado y del Derecho ante el control de la inmigración”. *Ikuspegi. Observatorio vasco de inmigración*. Bilbao.

BAYLOS, A. (2009): “Inmigración y derechos sindicales”. *Bomarzo*. Albacete.

BIGO, D. (2004): “Criminalisation of “Migrants”: The Side Effect of the Will to Control the Frontiers and the Sovereign Illusion”: *Irregular Migration and Human Rights: Theoretical, European and International Perspectives*. B. BOGUSZ, R. ChOLEWINSKI, A. CYGAN y E. SZYSZCZAK (eds.) *Leiden. Martinus Nijhof Publisher*.

de CABO, C: (2009). “Dialéctica del sujeto, dialéctica de la Constitución”. *Trotta*. Madrid.

CASSEN, B: (2010). “Crisis moral, social y política en Francia. El presidente de los ricos en aprietos”. *Le Monde Diplomatique (en español)*. Núm. 179. Septiembre.

DALY, M. (2002): “Acces to social rights in Europe”. *Consejo de la Unión Europea*. Estrasburgo.





- FERNÁNDEZ TOMÁS, A. (2002): “La carta de derechos fundamentales de la Unión Europea”. *Tirant lo Blanch*. Valencia.
- FERRAJOLI, L. (2009): “Derechos y garantías. La ley del más débil”. *Trotta*. Madrid.
- GARCÍA MANRIQUE, R. (2004): “Los derechos de ciudadanía en la Carta Europea de Derechos”. *Justicia, migración y derecho*. L. MIRAUT (ed.). Dykinson. Madrid.
- GARCÍA VÁZQUEZ, S. (2007): “El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España”. *Tirant lo Blanch*. Valencia.
- HÄBERLE, P. (1998): “Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional”. *Trotta*. Madrid.
- JULIOS-CAMPUZANO, A. (2004): “La paradoja de la ciudadanía. Inmigración y derechos en un mundo globalizado”. *Justicia, migración y derecho*. L. MIRAUT (ed.) Dykinson. Madrid.
- de LUCAS, J. (1994): “El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural”. *Temas de hoy*. Madrid.
- MARSHALL, T.H. (1998): “Ciudadanía y clase social”. *Alianza*. Madrid.
- NOGUERA, A. (2011): “Constitución del trabajo e inmigración irregular: una articulación necesaria para el reconocimiento de los derechos humanos”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*. No. 26. Lex Nova.
- PEÑA FREIRE, A.M. (1997): “La garantía en el Estado constitucional de derecho”. *Trotta*. Madrid.
- PISARELLO, G. (2007): “Los derechos sociales y sus garantías”. *Trotta*. Madrid.
- PODGÓRECKI, A. (1991): “Towards a Sociology of Human Rights”. V *Laws and Rights. Proceedings of the International Congress of Sociology of law for ninth Centenary of the University of Bologna*. . FERRARI (ed.). Giuffré. Milán.
- SILVEIRA, H.C. (1998): “La Unión Europea, los refugiados y los inmigrantes ilegales, sans papiers, clandestini...”. *Mientras tanto*, no. 73. Barcelona.
- SILVEIRA, H.C. (2009): “Estado expulsores y semi-personas en la Unión Europea”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. No. 43. Universidad de Granada. 2009.
- TSOULAKA, A. (2005): “Looking at migrants as enemies”. *Controlling frontiers: free movement into and within Europe*. D. BIGO y E. GIULD (eds.) Aldershot. Ashgate Publishing.
- WACQUANT, L. (2001): “Parias urbanos. Marginalidad en la ciudad a comienzos del Milenio”. *Manantial*. Buenos Aires.

WACQUANT, L. (2009): “Deadly Symbiosis: Race and the Rise of Neoliberal Penalty”. *Polity Press*. Cambridge.

WACQUANT, L. (2009a): “Extirpar y expulsar: sobre la gestión penal de los inmigrantes postcoloniales en la Unión Europea”. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. No. 43. Universidad de Granada.

## REFERENCIAS

<sup>1</sup> La revolución norteamericana y la Declaración de derechos de Virginia de 1776, por ejemplo, influyó, sin duda, de manera determinante en la propia Declaración francesa de 1789 y en nuestro nuevo sistema cultural.

<sup>2</sup> Los Estados socialistas que han existido apenas podrían ser inimaginables sin la fecha de 1789. El vocablo socialismo aparece en Europa hacia 1830, concretamente en Inglaterra, vinculado a las propuestas de reforma social de Robert Owen, y en Francia entre los discípulos de Henri de Saint-Simon. La idea surge como reacción a dos experiencias que acaban por entrecruzarse: una política, la revolución francesa y la Declaración de 1789; otra socio-económica, la revolución industrial. El socialismo nace en el fragor revolucionario de los años 1789-1799, implícito en el afán de libertad, igualdad y fraternidad que la revolución proclama. A lo largo de todo el s. XIX los socialistas mantienen fija la mirada en esta década revolucionaria e interpretan las revoluciones vividas, la de 1830, la de 1848, la Comuna de París en 1871, hasta las revoluciones rusas de 1905 y 1917, dentro de los módulos de la revolución francesa. El socialismo es así producto directo de la Revolución francesa y, por tanto, heredero directo del racionalismo y del espíritu democrático de una parte de la Ilustración.

<sup>3</sup> El carácter escrito de las constituciones, la idea de codificación y de la positivación del derecho, la doctrina del poder constituyente del pueblo, procesos de elaboración y reforma de la constitución, la separación de poderes, el concepto de Ley-voluntad general, la República como forma de Estado y la idea del Estado-nación. (Häberle, 1998: 76-77).

<sup>4</sup> El paso del Estado legislativo al Estado constitucional presupone la afirmación del carácter normativo de las constituciones que pasarán a integrar una plano de juridicidad *superior, vinculante, indisponible e infranqueable, en línea de principios*, para todos los poderes públicos (Peña Freire, 1997: 59).

<sup>5</sup> A diferencia de lo que señala el criterio histórico de clasificación de derechos, o *tesis de las generaciones de derechos*, que también habla del reconocimiento de derechos como un proceso histórico a largo plazo, aquí parto de la base que el reconocimiento constitucional progresivo de derechos no se produce de manera lineal por generaciones de derechos (derechos civiles primero, derechos políticos segundo, derechos económicos, sociales y culturales, tercero, y derechos colectivos por último), sino que se trata de un procedimiento un tanto más complejo y desordenado (para una crítica a la concepción de reconocimiento lineal propia de la tesis de las generaciones de derechos, ver: Pisarello, 2007: 19-25).

<sup>6</sup> Se trataría de los denominados por A. Podgórecki como “crippled Human Rights” que, a diferencia de los “complete Human Rights”, son meramente verbales, existen en el nivel de las



demandas de los sujetos colectivos pero todavía son ignorados por los aparatos legales oficiales, todavía no han sido positivizados (Podgórecki, 1991: 421). Sobre esta visión que defiende la imposibilidad de operar con categorías cerradas de derechos ver también: DALY, 2002: 25-26.

<sup>7</sup> “Los hombres” (y no los ciudadanos), dice el art. 1 de la Declaración de 1789, “nacen libres e iguales en derechos”; y el art. 2 habla de “derechos naturales e imprescriptibles del hombre”, identificándolos con “la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”; mientras que los arts. 7, 8, 9 y 10 incorporan para todos ellos la garantía del *habeas corpus*, las restantes garantías penales y procesales y la libertad de pensamiento. Existe tan sólo una clase de derechos - los derechos políticos- que son atribuidos por el art. 6 al individuo en cuanto *ciroyen*: “el derecho a concurrir personalmente o por medio de representante a la formación” de la ley como “expresión de la voluntad general”, y el de “acceder a todas las dignidades, puestos y empleos públicos sin otra distinción que la de sus virtudes y la de sus talentos” (Ferrajoli, 2009: 100).

<sup>8</sup> Evidentemente los revolucionarios franceses de 1789 podían hacer esto sin asumir mayores costes, ya que no era previsible, en la época, que hombres y mujeres del Tercer Mundo pudieran llegar a Europa y reclamar que esas declaraciones de principios fueran realizadas en la práctica. En todo caso, se estaba produciendo el fenómeno inverso: eran los europeos quienes, después de la conquista del Segundo Mundo, se preparaban a conquistar el planeta entero. (FERRAJOLI, 2009: 116).

<sup>9</sup> Como uno de los ejemplos más recientes de ello, encontramos la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (UE), de 7 de diciembre de 2000, incorporada en el Tratado de Lisboa de 2007. Esta, edifica, al igual que los sistemas internos de los Estados parte de la Unión, todo un sistema jurídico sobre la existencia de una desigualdad, o si se quiere de una discriminación, basada en la nacionalidad, entre los nacionales de los Estados miembros y los terceros Estados. Dicho principio aparece en la Carta de modo inverso a como lo acabo de exponer, con el objetivo de confundir falazmente a los que la leyeran de manera no detenida. Así, el art. 12 afirma: “En el ámbito de aplicación del presente tratado (...) se prohibirá toda discriminación por razón de nacionalidad”. Pero conviene señalar que el ámbito de aplicación del tratado, a esos efectos, viene limitado tan sólo a los beneficiarios del sistema, es decir, a los nacionales de un Estado miembro que deseen beneficiarse de alguno de los derechos creados a su favor en la carta. De modo tal que el sistema impide discriminar entre italiano y franceses, pero obliga a discriminar entre italianos y senegaleses, por ejemplo (Fernández Tomás, 2002: 36). La carta dedica su capítulo V a los “derechos de ciudadanía”.

Este capítulo recoge un conjunto de derechos que, a diferencia de los establecidos en otros capítulos, su titularidad corresponde sólo a los ciudadanos de la Unión. De acuerdo con este, son derechos exclusivos de los ciudadanos europeos el derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento europeo (art. 39), a ser elector y elegible en las elecciones municipales (art. 40), a la libertad de circulación y residencia (art. 45) y a la protección diplomática y consular (art. 46). En cuanto al derecho de acceso a los documentos de las instituciones europeas (art. 42), de acceso al Defensor del Pueblo (art. 43) y de petición ante el Parlamento europeo (art. 44), aparte de a los ciudadanos de la unión, se reconocen también para aquellas personas físicas y jurídicas que sean residentes o tengan su domicilio social en un Estado miembro, pero no para los inmigrantes en situación irregular. Fuera del Capítulo V, en el Capítulo II dedicado a las “Libertades”, cuando se establece “la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro”, el art. 15.2 restringe la titularidad de esta libertad a “todo ciudadano de la Unión”, con lo cual parece que esta libertad debería estar dentro del Capítulo V y no del II. No obstante tampoco debemos hacer mucho caso de esta ubicación, ya que la Carta en general no tiene una estructura demasiado coherente, el derecho a una buena

administración (art. 41), por ejemplo, cuya titularidad se reconoce textualmente a “toda persona”, está ubicado dentro del Capítulo V, cuando por coherencia de estructura debería ir en otro lugar.

En resumen, lo que nos interesa aquí es ver como aquello que podemos considerar los derechos claves de la ciudadanía europea: las libertades de circulación, residencia y trabajo, tienen restringida su titularidad a los ciudadanos europeos, hecho con el cual no se busca sino impedir el establecimiento en territorio europeo de los inmigrantes pobres (García Manrique, 2004: 283-284).

<sup>10</sup> Me refiero a la aprobación, el 18 de junio de 2008, la Resolución Legislativa del Parlamento europeo, de los “procedimientos y normas comunes para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio” (PG\_TA-PROV (2008) 0293), más conocida como Directiva de Retorno, o de la “vergüenza”.

<sup>11</sup> “En el discurso sobre la inmigración no comunitaria se insiste en que la gran afluencia de migrantes a Europa, cuya presión se mantendrá e incluso aumentará en el futuro, así como la presencia de un gran número de inmigrantes caracterizados por una vasta distancia cultural, provoca y agudiza “problemas sociales” como la crisis económica, la inseguridad ciudadana, el desempleo, el acceso a una vivienda digna, el fracaso escolar, la crisis fiscal de la seguridad social, la formación de guetos o bolsas de pobreza, el deterioro de barrios y ciudades y, en suma, de la convivencia ciudadana” (Barbero, 2010: 16).

<sup>12</sup> Incluso cuando un ciudadano extranjero demuestra que en su espacio “natural” de ciudadanía no puede ejercitar los derechos que le corresponderían en función del reconocimiento universal de los derechos, puede lograr que se le permita residir legalmente en otro país en virtud de un denominado derecho de asilo, pero no ejercitar en él los derechos de ciudadanía de los que ha sido despojado en su espacio nacional de origen (BARBERO, 2010: 13-14). (Sobre ello, ver también: Julios-Campuzano, 2004: p. 305; y De Lucas, 1994: 43-45).

<sup>13</sup> Esta relación excluyente entre nación, ciudadanía y extranjería se atenúa mediante la noción de residencia continuada en un determinado lapso temporal. La permanencia en el espacio nacional de un extranjero le permitirá acceder a alguno de los derechos de ciudadanía. Pero también la residencia es una noción que se administra desde la legalidad estatal-nacional de forma gradual y se autoriza legalmente, excluyendo cualquier adquisición de esta cualidad por la mera voluntad de las personas (Baylos, 2009: 14).

<sup>14</sup> En el Estado español, los derechos y libertades de los extranjeros están divididos por la jurisprudencia y la doctrina en cuatro grupos. A partir de lo establecido en el ordenamiento jurídico, especialmente en el art. 13 C.E. y 27 del Código Civil, el Tribunal Constitucional, desde la sentencia 107/1984, ha venido elaborando una doctrina que distingue entre varios tipos de derechos en relación a su aplicación a los extranjeros (García Vázquez, 2007: 43).

En primer lugar, los extranjeros tienen reconocido, por mandato constitucional, los derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que son considerados inviolables por ser “imprescindibles para la garantía de la dignidad humana” (derecho a la vida y a la integridad física y moral; a la libertad religiosa y de culto de los individuos; a la libertad y a la seguridad; a la asistencia jurídica gratuita; etc.). Todos ellos, pertenecen a las personas en cuanto a tal pero “no constituyen una lista cerrada y exhaustiva” (STC 236/2007, F.J.3º). Son derechos “que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos” (STC 107/1984, F.J.3º). En segundo lugar, además de los derechos inherentes a la dignidad humana, los extranjeros tienen los derechos que la C.E. les reconoce directamente y que son los del art. 13.1 C.E. El legislador no puede negar, por tanto, estos derechos a los extranjeros aunque “puede establecer condicionamientos adicionales respecto a su ejercicio por parte de aquellos, si bien ha de respetar,



en todo caso, las prescripciones constitucionales” (STC 236/2007, F.J.4º). Por no respetar este contenido esencial de los derechos, el TC declaró inconstitucionales varios artículos de la LO 4/2000, entre ellos los que regulaban los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga. En tercer lugar, están los derechos que no son atribuidos directamente por la C.E. pero que el legislador “puede extender a los no nacionales, aunque no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles” (STC 94/1993, F.J.4º). Entre estos derechos están el trabajo, la salud, a percibir una prestación de desempleo y, con matizaciones, el de residencia y circulación en España.

La ley y los tratados podrán “modular” o “atemperar” el ejercicio de estos derechos por parte de los extranjeros pero sin llegar a establecer diferencias injustificables con los españoles (STC 236/2007, F.J.4º). Y, por último, están los derechos a que no tienen acceso los extranjeros por ser considerados ajenos a su condición e inherentes a la situación de ciudadanos, como son los derechos de participación política, y de acceso a funciones y cargos públicos (derechos vinculados al art. 23 C.E.)

Esta diferenciación entre derechos y su regulación específica en su aplicación tiene su fundamento en la C.E., fundamentalmente en el art. 14, que proclama que sólo los españoles “son iguales ante la ley” (Silveira, 2009: 123-125).

<sup>15</sup> Esta dualidad ha sido criticada por el Comité Económico y Social (CES) en su *Dictamen sobre la incorporación a la ciudadanía de la UE* (2003/C 208/19). Según afirma el CES en este informe, la ciudadanía europea “debe superar la simple suma de los nacionales de los Estados miembros, para construir una ciudadanía política, de carácter plural, integradora y participativa”.

<sup>16</sup> Esta habilitación entra en contradicción con el art. 22.2 de la Ley 15/99, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal, que establece que la policía puede acceder a los datos personales pero sólo con el fin claro y determinado de prevenir “un peligro real para la seguridad pública y para la represión de las infracciones penales” (art.22). (Sobre todo ello, ver: Silveira, 2009: 126).

<sup>17</sup> La inauguración de este tipo de expulsiones mediáticas tuvo lugar con el famoso vuelo charter de los 101 de Mali, enviado el 18 de octubre de 1986, inmediatamente después de la victoria legislativa de los conservadores en un esfuerzo por seducir al creciente electorado del Frente Nacional en Francia. Esta política fue respaldada después por los gobiernos socialdemócratas de Edith Cresson y Lionel Jospin. A finales de los noventa, diversos países europeos cooperaron para agrupar a sus deportados en aviones fletados conjuntamente y para descargarlos en Senegal, Mali, Zaire, Rumanía y China.

