

Propuesta teórica y metodológica para el estudio comparado del Derecho de inmigración

por

ELIA MARZAL

Profesora de Derecho Constitucional

Facultad de Derecho-ESADE. Universidad Ramon Llull

SUMARIO

LA PERSPECTIVA.

EL INSTRUMENTO.

LAS CATEGORÍAS DE ANÁLISIS.

EL MÉTODO.

LOS PAÍSES CONSIDERADOS Y SUS RESPECTIVOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS.

DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ANÁLISIS Y ESTRUCTURA.

El proceso de concesión de protección a los extranjeros, así como la explicación de sus causas, constituyen cuestiones que han sido objeto de un debate largo e intenso. La progresiva consolidación en los países de acogida de un estatus de los extranjeros parece en efecto contradecir la tendencia restrictiva iniciada con la crisis del petróleo de 1973, y que en la mayoría de países occidentales finalmente se tradujo en el principio general de rechazo de toda nueva llegada. Un principio éste que además habría de verse progresivamente reforzado por la construcción de la Unión Europea y por el efecto exclusivo que esta construcción comporta frente a los nacionales de terceros Estados. Esencialmente, los temores expresados ante el fenómeno de la inmigración por parte de los Gobiernos o, incluso, por un amplio sector de la

población de las sociedades de acogida, no hacían previsible el tipo de derechos que han acabado siendo reconocidos (1).

Se han propuesto análisis muy distintos de este fenómeno. Desde posiciones posmodernistas y globalistas se ha argumentado, por ejemplo, que el movimiento internacional de protección de derechos humanos, tal y como se consolida e institucionaliza tras la Segunda Guerra Mundial, ha sido determinante en la evolución del estatus de los extranjeros en los sistemas nacionales. Desde esta perspectiva, las constituciones nacionales constituirían un reflejo de esa influencia internacional, e instituciones jurisdiccionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) habrían tenido un impacto revolucionario en las prerrogativas soberanas y tradicionales de los Estados. Más aún, de acuerdo con algunas de estas teorías, la influencia de esa corriente internacional habría implicado la transformación de nociones fundamentales tales como la de ciudadanía. Estas teorías entienden que esa influencia ha llevado a la emergencia de un tipo posnacional de ciudadanía, que se basaría en una concepción humanitaria y universalista de la persona, en vez de en los vínculos territoriales con el Estado. En última instancia, esta nueva ciudadanía emergente explicaría el reconocimiento progresivo a los extranjeros de un estatus prácticamente equivalente al disfrutado por los nacionales, independientemente, por tanto, de su nacionalidad (2).

Otras teorías, en cambio, interpretan menos positivamente el impacto final del Derecho internacional, y sostienen que esta influencia es como mucho sólo indirecta. Consideran que es más bien la utilización por los Estados del discurso internacional de derechos humanos, como modo de auto-legitimación ante la comunidad internacional, lo que en realidad lleva a la evolución de los sistemas nacionales (3). En este sentido, serían principalmente las circunstancias internas de cada país las que determinan la asunción o no de

(1) Con relación a esta cuestión, muchos sociólogos y politólogos llegan a conclusiones parecidas: la incapacidad de los Estados de controlar la inmigración tras el aumento del desempleo en Europa. Véase, por ejemplo, CORNELIUS, Wayne A., MARTIN, Philip L., y HOLLIFIELD, James F., *Controlling immigration, a global perspective*, California, San Diego, Stanford University Press, 1994; o HOLLIFIELD, James F., *Immigrants, markets, and states: the political economy of postwar Europe*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1992. En este último, HOLLIFIELD analiza cómo el desarrollo del mercado libre y de los derechos humanos ha impedido, o al menos complicado, políticas gubernamentales de freno total de la inmigración.

(2) Véase SOYSAL, Yasemine, *Limits of citizenship*, Chicago, Chicago University Press, 1994. Con relación al impacto de la inmigración en la ciudadanía, véase también JOPPKE, Christian, «How immigration is changing citizenship», en *Ethnic and Racial Studies*, 22, 4, págs. 629-652, 1999, en el que el autor realiza una comparación entre Alemania, Gran Bretaña y los Estados Unidos de América.

(3) Véase, por ejemplo, GUROWITZ, Amy, «Mobilizing international norms: domestic actors, immigrants, and the Japanese State», en *World Politics*, 51, 413-45, 1999, quien se refiere para su análisis al caso de Japón.

las normas internacionales, en función, en definitiva, de un planteamiento gubernamental instrumentalista de esas normas (4).

De hecho, algunos de estos análisis más bien descartan el impacto real de los mecanismos internacionales, y se centran en cambio en el proceso interno por el que se confiere protección a los extranjeros (5). Desde su perspectiva, es el razonamiento concreto seguido en cada uno de los Estados de acogida lo que ha hecho posible la emergencia de una protección para los extranjeros, y lo que en realidad explica las diferencias entre modelos nacionales migratorios (6).

(4) Véase también, en este sentido, RUIZ FABRI, Hélène, «Droits de l'Homme et souveraineté de l'État: les frontières, ont-elles été substantiellement redéfinies?», en *Mélanges en l'honneur de Michel Fromont. Les droits individuels et le juge en Europe*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2001. RUIZ FABRI plantea la cuestión de si la emergencia progresiva del discurso internacional de derechos humanos ha comportado un co-relativo debilitamiento de las prerrogativas soberanas de los Estados. En opinión de esta autora, tal correlación no es todavía observable. Bajo la reivindicación de los mecanismos internacionales subyace la idea de que los Estados no pueden asegurar, por sí solos, la protección de los derechos humanos y de que, más aún, pueden incluso dificultarla. Sin embargo, de acuerdo con RUIZ FABRI, la imposición de límites a las prerrogativas estatales no va a significar necesariamente una mejor protección de los derechos humanos. Para lograrlo, resultaría necesario introducir medidas adicionales. Según RUIZ FABRI, más que derogar la idea de la soberanía estatal, deberíamos reformularla.

(5) Véanse, entre otros, GUIRAUDON, Virginie, «International Human Rights norms and their incorporation: the protection of aliens in Europe», en *EUI working papers of the European Forum*, núm. 98/4, 1998; de la misma autora, «The Marshallian triptych re-ordered: the role of courts and bureaucracies in furthering migrant social rights», en *EUI working papers of the European Forum*, núm. 99/1, 1999; y JOPKE, Christian, «The Legal-Domestic Sources of Immigrant Rights: the United States, Germany, and the European Union», en *Comparative Political Studies*, 34, 4, 339-366, 2001.

(6) Véase SCHNAPPER, Dominique, *L'Europe des immigrés: essai sur les politiques d'immigration*, Paris, Bourin, 1992, para una comparación entre diferentes modelos de inmigración desde la perspectiva del trasfondo histórico y político de los países de acogida. Se trata, en última instancia, de una reflexión sobre cómo la historia de cada nación y el proceso de construcción de la identidad nacional condicionan esencialmente la definición de las políticas de inmigración. Igualmente sugerente, en este sentido, resulta la interpretación de BRUBAKER de las políticas actuales de inmigración y de los modelos de nacionalidad, que realiza a partir de una reconstrucción histórica y sociológica de la idea del Estado-nación (BRUBAKER, Rogers, «Einwanderung und Nationalstaat in Frankreich und Deutschland», en *Der Staat*, 1-30, 1989). Fundamentalmente, BRUBAKER construye su tesis a partir de los casos de Francia y Alemania, como representativos de dos paradigmas que corresponderían, respectivamente, a las tradiciones del *ius soli* y del *ius sanguinis*. De acuerdo con esta interpretación, mientras que la definición de Francia de la ciudadanía expresa una concepción política e igualitaria de la nación, en la que cada individuo puede llegar a ser miembro de la comunidad mediante un acto de voluntad, en el caso de Alemania, la concepción prevalente de la nación es más bien una de tipo etno-cultural, según la cual la comunidad se origina en una serie de rasgos comunes y objetivos predeterminados. Sin embargo, otros análisis históricos más recientes contestan hoy la tesis de BRUBAKER, cuestionando la existencia real de estos modelos opuestos del *ius sanguinis* y del *ius soli*, tal y como en principio representan Alemania y Francia, respectivamente. Véase, en este sentido, GOSEWINKEL, Dieter, «Staatsbürgerschaft und Staatsangehörigkeit»,

Pero el aspecto principal de estas últimas interpretaciones es la disección causal y analítica a la que proceden, así como la importancia que esencialmente confieren a la existencia de mecanismos concretos de protección. Aspecto éste que las aleja de la abstracción que en cambio caracteriza a las teorías sobre el impacto del discurso internacional de derechos humanos (7).

La idea que origina este artículo también sigue este razonamiento (8). El tipo de investigación que a continuación propongo no es tanto el análisis de la respuesta legal por parte de los Estados al fenómeno —económico y social— de la inmigración, como la reconstrucción de su proceso de formulación. Y para ello, lo que aquí planteo es centrarse en una de sus dimensiones fundamentales: la jurisprudencia de los tribunales nacionales. El análisis jurisprudencial, además de mostrar la definición final de los derechos del inmi-

en *Geschichte und Gesellschaft*, 21, 4, 533-556, 1995, y FAHRMEIR, Andreas K., «Nineteenth-century German citizenship: a reconsideration», en *The Historical Journal*, 40, 3, 721-752, 1997.

(7) Se han planteado diferentes hipótesis en este sentido. Por ejemplo, según GARY Freeman, la consolidación del estatus de los extranjeros no debería interpretarse como signo de debilidad o incapacidad de los Estados liberales de controlar la inmigración, sino simplemente como reflejo de las dinámicas políticas internas, las cuales, en el caso de Estados Unidos, se encuentran cada vez más dominadas por los grupos de *lobby* (FREEMAN, Gary P., «Modes of immigration politics in liberal democratic Status», en *International Migration Review*, 29, 4, 881-913, 1995). Sin embargo, tal y como interpretado por Christian JOPPKE, esta explicación no es válida para Europa, donde esos mecanismos de adopción de decisiones no tienen la misma fuerza que en Estados Unidos. En los países europeos, más que los instrumentos políticos e internacionales, son los instrumentos jurídicos internos de protección los que en definitiva han hecho posible la extensión de derechos a los extranjeros (JOPPKE, Christian, «Why liberal states accept unwanted immigration», en *World politics*, 50, 2, 266-293, 1998). Esta protección es percibida por James HOLLIFIELD como un mecanismo indirecto de regulación de la inmigración por los Estados (HOLLIFIELD, James F., «The politics of international migration: How can we “bring the State back in”?»), en BRETTELL, Caroline B. y HOLLIFIELD, James F. (eds.), *Migration Theory. Talking across disciplines*, New York and London, Routledge, 2000). Asimismo, según Virginie GUIRAUDON, es más probable que se concedan derechos a los extranjeros si son las instancias judiciales o burocráticas (alejadas de la arena política y del debate electoral) las competentes para ello (GUIRAUDON, Virginie, *The Marshallian triptych re-ordered...*, cit.; de la misma autora, *Les politiques d'immigration en Europe: Allemagne, France, Pays-Bas*, Paris, L'Harmattan, 2000). GUIRAUDON propone un análisis del proceso de construcción del estatus de los extranjeros que rompe con el esquema tradicional consagrado por MARSHALL, y que estructuraba la definición de este estatus en tres estadios consecutivos: derechos civiles, políticos y sociales (MARSHALL, T. H., *Class, citizenship and social development*, New York, Doubleday, 1965). Para una crítica de este esquema tradicional, véase además FERRAJOLI, Luigi, «Dai diritti del cittadino ai diritti della persona», en ZOLO, Danilo (ed.), *La cittadinanza, appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, Laterza, 1994).

(8) La propuesta metodológica y teórica que se realiza en este trabajo ha sido objeto de una investigación doctoral en el Instituto Universitario Europeo de Florencia, en la que, efectivamente, analicé el proceso jurisprudencial de constitucionalización del Derecho de inmigración (Elia MARZAL, «Constitutionalising Immigration Law», en *Managerial Law Review*, vol. 48, núms. 1-2, 2006).

grante —es decir, una vez reformulados por la intervención judicial—, permite examinar la política legislativa subyacente, así como la base normativa y la práctica administrativa de la que los jueces parten en su razonamiento y que a menudo corrigen.

La reformulación de la norma jurídica es inherente a la función judicial de decir, de declarar el Derecho, de acuerdo con el contexto material en el que la norma va a ser aplicada. Desde esta perspectiva, el análisis de la jurisprudencia prácticamente permite un análisis sociológico del Derecho. Lejos de limitarse a determinadas nociones e instituciones jurídicas, hace además posible el examen de los problemas jurídicos que se plantean a partir de las circunstancias sociales concretas. En este sentido, este trabajo no propone describir los diferentes sistemas jurídicos nacionales, sino más bien la integración de estos sistemas en sus respectivas realidades sociales. Se plantea, en definitiva, la posibilidad de analizar el proceso activo de elaboración, por parte de la sociedad, de respuestas normativas a nuevos fenómenos emergentes.

Así, en última instancia, la jurisprudencia es el instrumento que permite la consideración —si bien indirecta e implícita— de los diferentes niveles de influencia en este proceso. Y el estudio de la jurisprudencia que aquí se plantea pretende pues reflejar, y hasta cierto punto integrar, las diferentes teorías y explicaciones sobre la emergencia de un estatus de los extranjeros. En cierto modo, también aspira a tratar de comprobar su validez. En la medida en que la asunción por el Derecho de un razonamiento específico es lo que le confiere efectos positivos (es decir, protección), el Derecho representa en este estudio el filtro a través del cual los diferentes elementos implicados adquieren impacto real, y el razonamiento jurídico la expresión de los criterios seguidos en la aplicación de ese filtro.

La importancia del papel de los jueces en la construcción del estatus jurídico de los inmigrantes es en realidad algo progresivamente advertido y analizado por la doctrina científica. No sólo ha sido así en el ámbito del Derecho, donde la evaluación de la contribución judicial forzosamente representa una necesidad más obvia y general, sino también, y de manera más significativa, en el terreno de la ciencia política (9).

En efecto, durante las últimas décadas de consolidación del fenómeno migratorio, el Derecho de extranjería ha sufrido importantes transformaciones en la mayoría de países occidentales, y son los jueces y tribunales los que han representado un elemento clave en estos cambios. De modo significativo, esto

(9) Véanse, entre otros, GUIRAUDON, Virginie, *Les politiques d'immigration en Europe...*, cit.; JOPPKE, Christian, *The Legal-Domestic Sources of Immigrant Rights...*, cit.; NEUMAN, Gerald L., «Immigration and judicial review in the Federal Republic of Germany», en *New York University. Journal of International Law and Politics*, 23, 5, 35-85, 1990; y LEGOMSKY, Stephen H., *Immigration and the judiciary: law and politics in Britain and America*, Oxford, Clarendon Press, 1987.

también ha sido así en países en los que los tribunales no están llamados a desempeñar un papel de tal trascendencia.

En último término, una explicación a esta preeminencia judicial sólo podemos hallarla yendo más allá del terreno más estrictamente jurídico. La controversia y las presiones políticas que suscita el fenómeno migratorio y, concretamente, la organización de su recepción en los países de acogida, son lo que parece explicar el papel predominante de los jueces y tribunales en este ámbito, en tanto que menos vulnerables que el poder legislativo a este tipo de presiones.

LA PERSPECTIVA

En este trabajo propongo centrarse en el estatus jurídico de los extranjeros, tal como resulta de la intervención de los tribunales. Sin embargo, lo hago desde una perspectiva concreta: la del fenómeno denominado como de constitucionalización o, en otras palabras, de progresiva expansión de la justicia constitucional. Desde este punto de vista, la consolidación, por los tribunales, de un cuerpo de derechos de los extranjeros vendría a expresar la confluencia de dos cuestiones subyacentes principales: el fenómeno (jurídico) del constitucionalismo moderno y la igualmente moderna (pero económica) realidad de las migraciones masivas.

El fenómeno de constitucionalización representa un estadio más en la evolución del constitucionalismo. Más allá de los esquemas tradicionales del constitucionalismo decimonónico, en el que las constituciones eran fundamentalmente concebidas como límites a los poderes gubernamentales, pero también como instrumentos para crear, organizar y autorizar a esos mismos poderes a fin de establecer el Estado liberal, el constitucionalismo moderno sitúa al individuo en el centro de sus objetivos e intereses. La protección de los derechos de la persona pasa así a ser directriz de las constituciones modernas, las cuales contienen hoy todas un catálogo de derechos fundamentales, así como eficaces mecanismos de garantía de esos derechos.

A diferencia del constitucionalismo americano, basado en un concepto «lockeniano» del Estado consistente en un sistema de prerrogativas limitadas, y en el que el Estado desempeña el papel de moderador entre los diferentes grupos sociales, el constitucionalismo europeo decimonónico concibe el Estado como la última fuente de Derecho y justicia. Así, mientras que en la tradición americana, los derechos humanos son entendidos como derechos preconstitucionales que limitan toda autoridad estatal, y a la Constitución se le confiere la consecuente fuerza normativa, en el pensamiento europeo, el legislador continuó representando el poder supremo. El poder constituyente tenía en realidad una obligación moral de introducir en la constitución derechos fundamentales y mecanismos efectivos de protección contra posibles abusos por el poder eje-

cutivo (10). Pero esta obligación no era controlada por ninguna autoridad pública. De hecho, el establecimiento de estas garantías jurídicas no se logró en Europa hasta la creación de los tribunales constitucionales tras la Segunda Guerra Mundial, cuando éstos se erigen como instrumento clave para garantizar la realización del nuevo marco jurídico-político (11).

En la tradición europea, el Derecho público es entendido como una jerarquía de normas que se desarrollan a partir de las constituciones. Tal como concebido por Kelsen, este orden jerárquico de normas jurídicas es lo que ofrece las bases para el establecimiento de la jurisdicción constitucional en la Europa continental (12). El nuevo sistema resultante, caracterizado por el principio de supremacía normativa de la constitución y por la autoridad encargada de asegurar su respeto —el juez constitucional— es, en efecto, lo que ha conferido pleno significado al fenómeno de constitucionalización.

La constitucionalización implica la subordinación del sistema jurídico y de la organización tradicional de los poderes políticos a una nueva lógica. La concepción tradicional del sistema legal como compuesto de diferentes ámbitos de Derecho, más o menos independientes entre sí, ha dado lugar a una concepción del ordenamiento jurídico como unidad, en la que el Derecho constitucional representa la última fuente jurídica y la fuerza unificadora entre los diferentes ámbitos.

Con la constitucionalización, por tanto, no es sólo el objeto del Derecho constitucional lo que ha sido alterado. Tal como su propio término implica, estos nuevos principios tienen ahora una dimensión y un alcance nuevos. Superan los límites estrictos del Derecho constitucional, penetrando toda rama jurídica que pueda ser relevante para la dignidad humana. Los derechos pre-existentes pasan así a ser derechos constitucionales. Es decir, límites que no pueden ser transgredidos, ni tan siquiera por el propio Derecho.

En este contexto, las jurisdicciones ordinarias dejan de estar supeditadas a las leyes, al transformarse gradualmente su rol con el desarrollo de la jurisdicción constitucional. Los tribunales son progresivamente percibidos como actores políticos, influyendo tanto a legisladores como a administraciones (13). Su papel preciso es el de proteger el ordenamiento jurídico de leyes

(10) FLEINER, Thomas, «Comparative constitutional law and administrative law», en *Tulane Law Review*, 75, 4, 929-940, 2001, pág. 931.

(11) Para un análisis histórico-jurídico de la diferente evolución que tiene lugar en Francia y en Estados Unidos a la hora de establecer mecanismos que aseguren la supremacía normativa de la Constitución, véase BLANCO VALDÉS, Roberto, *El valor de la Constitución: separación de poderes, supremacía de la ley y control de constitucionalidad en los orígenes del Estado liberal*, Madrid, Alianza Editorial, 1995.

(12) KELSEN, Hans, *General theory of norms*, Oxford, Oxford University Press, 1991.

(13) Para un análisis de esta transformación desde la perspectiva de la ciencia política, véase, por ejemplo, KENNEY, Sally J.; REISINGER, William M., y REITZ, John C., *Constitutional dialogues in comparative perspective*, New York, St. Martin's Press, 1999.

y otras normas contrarias a la constitución (14). Representan los actores principales en el fenómeno de constitucionalización, y el instrumento a través del cual esos principios nuevos se imponen en el ordenamiento jurídico, asegurando su respeto por las demás autoridades.

La constitucionalización, en definitiva, no podía dejar de tener un impacto en el ámbito de la inmigración. Precisamente, por la condición de humanidad de los extranjeros. El fenómeno de inmigración, en sus rasgos y dimensiones actuales —económico y de masas— emerge como una fuerza importantísima en todo el mundo, como un elemento estructural en casi todos los países industrializados, la mayoría de los cuales han pasado a constituir sociedades plurales y multiétnicas.

No obstante, una paradoja caracteriza la sociedad de hoy respecto de la inmigración: al mismo tiempo que la economía global genera progresivamente intensos flujos migratorios desde los países en desarrollo a los países desarrollados, crea por otro lado condiciones en estos últimos que fomentan la aplicación de políticas migratorias restrictivas (15). Más aún, la inmigración se convierte en un fenómeno que transforma radicalmente las bases sobre las que se concibieron los Estados modernos, y que hace así imprescindible la definición de nuevas premisas que den cuenta de la existencia de un grupo cada vez más significativo de residentes permanentes no nacionales en los territorios de esos países, así como del significado nuevo y flexible adquirido por las fronteras.

La inmigración parece así plantear uno de los desafíos más importantes a la capacidad de adaptación de los ordenamientos jurídicos occidentales y, de hecho, al propio fenómeno de constitucionalización. Pone de algún modo a prueba la realidad de la pretendida expansión de los principios de protección de la persona, así como del correspondiente discurso internacional de derechos humanos. Expresa, en definitiva, la necesidad de superar los límites inherentes a la idea de «nacional», así como las dificultades que lo «no nacional» plantea para el razonamiento jurídico tradicional.

EL INSTRUMENTO

En aquellas áreas que afectan a la dignidad de la persona, el fenómeno de constitucionalización representa la superación de los límites del Estado nacio-

(14) STONE SWEET, Alec, «Constitutional dialogues: protecting human rights in France, Germany, Italy and Spain», en KENNEY, Sally J., REISINGER, William M., y REITZ, John C. (eds.), *Constitutional dialogues in comparative perspective*, New York, St. Martin's Press, 1999, pág. 31.

(15) MASSEY, Douglas S., «International migration at the dawn of the twenty-first century: the role of the state», en *Population and Development Review*, 25, 2, 303-322, 1999, pág. 312.

nal constitutivos del Derecho moderno. Con la introducción de la perspectiva de derechos fundados en la dignidad de la persona, que no reconoce fronteras, la constitucionalización juridifica el espacio económico de las migraciones masivas, a fin no sólo de que éste pueda, sino de que deba ser regulado por el Derecho.

Dos instrumentos jurídicos son pensables para romper esos límites del espacio nacional, y garantizar así protección al margen de la nacionalidad. Los salidos de la acción legislativa del poder legislativo, que crea la norma, y los salidos de la acción jurisdiccional del poder judicial, que interpreta la norma, pero que, a su modo, también la recrea o, incluso, la crea. Es sin embargo la lógica interna de la intervención judicial, fuerte ante el caso concreto, más que el instrumento legislativo, débil ante los rasgos específicos del fenómeno migratorio, la que aparece como especialmente adecuada para moldear el Derecho a las exigencias que plantea la inmigración. En último término, la flexibilidad de la intervención judicial es lo que hace de los tribunales un instrumento normativo de una excepcional potencialidad.

La insuficiencia del instrumento legislativo queda patente en la serie de temas que caracterizan el fenómeno de inmigración: los límites más arriba mencionados de la esfera nacional, las complejidades inherentes al espacio público internacional, la soberanía del poder político que afirma sus prerrogativas discrecionales ante los extranjeros o, en definitiva, la dificultad de utilizar la abstracción del Derecho en casos en los que los valores emergen de los propios fundamentos del ordenamiento jurídico. De hecho, hasta la intervención de los tribunales, la protección conferida a los extranjeros era meramente temporal, al depender esencialmente del poder discrecional administrativo, en el que el legislador en muchas ocasiones había acabado delegando *de facto* su papel.

En definitiva, pues, el juez remedia la falta de soluciones jurídicas precisas y definitivas. Permite la emergencia de derechos absolutos, limitando de este modo la precariedad estructural que caracteriza la posición jurídica de los extranjeros. Y el juez lo hace en un doble movimiento. De avance, ante la ausencia de criterios jurídicos, y de repliegue, una vez que gracias a él, a su audacia creativa, el legislador hace suyas esas normas adelantadas. El juez parte de unas bases previas —constitucionales, legales, o incluso reglamentarias— y va definiendo, matizando y reformulando esas primeras respuestas normativas, hasta establecer como absolutos unos derechos del extranjero, por el simple pero crucial hecho de empezar a hacer valer la circunstancia constitucional. Es así como el Derecho, a través del juez, y ante un supuesto real de desprotección, debe dar forma y contenido preciso a ese en principio abstracto movimiento de constitucionalización.

LAS CATEGORÍAS DE ANÁLISIS

Para poder dar cuenta de la confluencia de estos dos fenómenos (constitucionalización e inmigración), lo que aquí propongo es presentar la construcción progresiva del estatus jurídico de los extranjeros por parte de los tribunales a través de una categoría específica de derechos, creada para tal fin. Se trata de la doble categoría de derechos precarios y emergentes, que en su dualidad pretende expresar la tendencia oscilante y dividida de los tribunales ante el tema de la inmigración.

El calificativo «precario» lo utilizo aquí para expresar el tipo de derechos que resultan de la confirmación judicial de la premisa fundamental estatal en la esfera de inmigración: la no existencia de un derecho de entrada y de permanencia. Estas dos posibilidades quedan en efecto supeditadas a las prerrogativas discrecionales de los Estados que, de acuerdo exclusivamente con los intereses generales y públicos, pueden concederlas mediante un acto de gracia o simplemente denegarlas. Así, los derechos de los que los extranjeros pueden de otro modo disfrutar cuando han sido admitidos en el territorio quedan directamente subordinados a la obtención de esta autorización administrativa, es decir, el permiso de entrada y de permanencia.

Del mismo modo, en la medida en que depende exclusivamente de los intereses de los Estados soberanos, el disfrute de los derechos obtenidos por la residencia (es decir, una vez admitidos) puede finalizar en cualquier momento, dado que la amenaza de la expulsión no cesa. En este sentido, con el término «precario» se intenta indicar la naturaleza de los derechos que los tribunales configuran en el ámbito de la inmigración. Lo relevante no es que se deniegue un eventual derecho de entrada y de permanencia —lo que al fin y al cabo sencillamente representaría una falta de derecho—, sino que de esa denegación deriven consecuencias prácticas determinantes, en tanto que el tipo de protección que puede en todo caso concederse a los extranjeros es en todo momento revocable. Por tanto, la noción de precariedad, tal y como está empleada en este trabajo, en última instancia designa las resoluciones de los tribunales que directa o indirectamente confirman la premisa fundamental sobre la que se construye el Derecho de inmigración; es decir, la soberanía de los Estados.

Por su parte, el calificativo «emergente» expresa esa otra (aunque contradictoria) tendencia de los tribunales a reconocer, bajo el impulso de la constitucionalización, una serie de derechos que limitan progresivamente la así denominada precariedad. En un principio, esta tendencia se manifiesta al exigírseles a los Estados el respeto de una serie de requisitos a la hora de hacer efectiva la premisa de precariedad; en otras palabras, su derecho a rechazar a los extranjeros no deseados. Y, más adelante, al directamente cuestionarse la propia legitimidad de esta premisa.

En definitiva, estos derechos son calificados de «emergentes» en tanto que no hallan su fuente o justificación última en los textos parlamentarios, tal y como en lógica jurídica estricta sería exigible. Simplemente, derivan de la aplicación por los tribunales de los principios constitucionales de protección de los derechos fundamentales, y a pesar, incluso a veces, de los criterios legales y administrativos que regulan la situación de los extranjeros. Los derechos emergentes, por tanto, se originan en el choque entre el Derecho y el juez.

Así pues, se trata de una doble categoría que indica la oscilación y la disyuntiva presente en la jurisprudencia de los tribunales. Expresa, en definitiva, la dualidad fundamental característica del estatus jurídico del inmigrante; un estatus dividido en su condición ambivalente de no nacional y de persona.

El fenómeno de constitucionalización pone el acento en la segunda de estas dos condiciones. Precisamente, la emergencia de un estatus constitucional (o, más bien, de los derechos calificados como emergentes) a través de la acción de los tribunales inmersos en esta dinámica, parece demostrar el impacto de este fenómeno. Sin embargo, este impacto no es ilimitado. Las dificultades intrínsecas del proceso de definición del estatus jurídico —lento y contradictorio— quedan, en efecto, de manifiesto en la lógica de esta doble categoría.

EL MÉTODO

De acuerdo con la perspectiva que propongo en este trabajo —el fenómeno de constitucionalización—, así como con el tipo de teorías que consideran que los factores determinantes del reconocimiento de protección a los extranjeros son nacionales, el método que aquí planteo es el comparado. Concretamente, el del análisis de los ordenamientos jurídicos de Alemania, Francia y España, para tratar así de elucidar el proceso específico de construcción del estatus jurídico de los extranjeros y el papel en él desempeñado por los tribunales.

En este sentido, el uso del método comparado refuerza el objetivo perseguido en último término con el análisis jurisprudencial: la observación de los elementos en funcionamiento en un sistema determinado, más que la obtención de definiciones abstractas. Esto último sería, en cambio, el fin del método dogmático, basado en un razonamiento analítico de los marcos normativos de que se trate (16). En contraste con lo que vendría a ser una concepción

(16) SACCO, Rodolfo, «Legal formants: a dynamic approach to comparative law», en *The American Journal of Comparative Law*, 39, 1, 1-34, 1991, págs. 25 y 26.

estática del Derecho, tanto el instrumento judicial como el comparado conducen a un análisis dinámico de los ordenamientos jurídicos.

De hecho, el examen de la jurisprudencia representa una cuestión natural para el comparativista. Así, en muchos países, el uso del método comparado se ha visto acompañado de una mayor atención lograda por la jurisprudencia. En palabras del comparativista Rodolfo SACCO, «el Derecho comparado es una ciencia histórica que se ocupa de lo real». De este modo, el uso de esta disciplina ha llevado a reconsiderar el papel de la jurisprudencia. En definitiva, los comparativistas examinan los modos en que los actores jurídicos intervienen en los distintos ordenamientos, de acuerdo con reglas específicas y categorías generales. En cierto modo, por tanto, el Derecho comparado vendría a ofrecer un sustituto a la epistemología jurídica, renovando los fundamentos del conocimiento jurídico y ofreciendo nuevos modos de plantear innovaciones en la ciencia jurídica (17).

Esencialmente, los comparativistas han reiniciado el análisis de las fuentes jurídicas, tratando con ello de identificar cada uno de los elementos que influyen en el proceso de creación del Derecho y que dan forma a su regulación y vida. En este sentido, el examen de la jurisprudencia tampoco asegura, por sí mismo, una comprensión de un sistema jurídico. Para ello es necesario tomar en consideración todos los factores que pudieran determinar el modo en que los casos van a ser resueltos en el futuro próximo. Resulta, por tanto, fundamental considerar los diferentes tipos de influencias a las que están sometidos los jueces. Los jueces pueden, por ejemplo, verse influidos por la existencia en la sociedad de un debate general relativo a cuestiones como la inmigración. Asimismo, los factores de influencia pueden responder al tipo de perfil de los jueces. Así, una persona nombrada juez tras una carrera de méritos académicos tenderá a conceder más importancia a la doctrina científica que un juez que sólo ha ejercido el Derecho desde su vertiente práctica (18).

En definitiva, pues, el instrumento judicial permite un tipo de planteamiento comparado que, además de mostrar las diferentes respuestas dadas por los ordenamientos jurídicos nacionales, reflexiona sobre las posibles soluciones a nuevos fenómenos como el de la inmigración. En cierto modo, al analizar el proceso activo de formulación de respuestas, trata también de

(17) SACCO, Rodolfo, «One hundred years of comparative law», en *Tulane Law Review*, 75, 4, 1159-1176, 2001, págs. 1170-1171. Además, tal como sostiene este autor, «los comparativistas podrían comprender sin las dificultades del realismo jurídico. Precisamente, el método fáctico nos pide que reconozcamos los actos del juez como Derecho. Los comparativistas entienden este punto de vista muy bien. Si el método realista nos les basta, es porque los comparativistas atribuyen importancia al bagaje cultural de los jueces y quieren identificar, bajo las circunstancias, el elemento que pudiera neutralizar ese bagaje» (pág. 1171; la traducción es mía).

(18) SACCO, Rodolfo, *Legal formants...*, cit., págs. 23-24.

proponerlas, lo que a menudo es considerado uno de los objetivos del Derecho comparado.

Existen, de hecho, distintos esfuerzos por justificar el Derecho comparado desde su utilidad práctica. Una inmediata la representaría, por ejemplo, la posibilidad de lograr uniformidad entre los diferentes sistemas jurídicos nacionales. En el ámbito de la inmigración, en el que se están realizando intentos importantes por uniformizar las diferentes respuestas nacionales a este fenómeno, las influencias recíprocas entre los países y, por tanto, esta dimensión del Derecho comparado, resultan directamente relevantes.

La globalización es, en efecto, un desafío bien conocido en el mundo de hoy, que con su desarrollo está causando la integración de los ordenamientos jurídicos nacionales, a través de la celebración de tratados y el establecimiento de organizaciones internacionales. La cuestión que así se plantea es la de si los sistemas jurídicos tradicionales están preparados para este tipo de desarrollo o si, en cambio, van más bien a dificultarlo (19).

En este sentido, el planteamiento comparado se adaptaría a este tipo de sociedad actual cada vez más globalizada, en la que los ordenamientos jurídicos tienden hacia una convergencia en las soluciones ofrecidas. Los tribunales representarían así el mecanismo que hace posible una uniformidad progresiva, y que al mismo tiempo evita las rigideces y obstáculos en cambio inherentes a otros tipos de transposición de soluciones e instituciones jurídicas. En cierto modo, constituyen un mecanismo implícito de aproximación entre posiciones jurídicas divergentes, en la medida en que permiten una modificación gradual de las respectivas premisas originales.

Asimismo, además de lograr uniformidad, el Derecho comparado puede resultar útil en el momento en que modelos jurídicos son trasplantados. Ello adquiere especial significado en el caso de España, en tanto que país en el que los parámetros constitucionales y democráticos han sido asumidos mucho más recientemente que en otros países, y en el que el fenómeno de la inmigración constituye una realidad nueva. España se vuelve así hacia la experiencia y las fórmulas adoptadas por sus países vecinos. En efecto, desde el fin del franquismo, diferentes instituciones y reglas jurídicas extranjeras han sido adoptadas en España, lo que hace imprescindible un conocimiento en profundidad de tanto las reglas e instituciones extranjeras tomadas prestadas, como del propio sistema jurídico español.

Ésta es, de hecho, la razón principal que justifica el análisis del caso español, teniendo en cuenta que su relevancia, tanto en lo relativo al número como a la importancia de las sentencias sobre inmigración, ha sido hasta hace pocos años más bien limitada. Una de las cuestiones que se trataría así de observar es el modo en que los tribunales españoles han actuado respecto

(19) FLEINER, Thomas, *Comparative Constitutional Law*, cit., pág. 929.

de países con años de experiencia en el ámbito de la inmigración y de práctica constitucional, como son Francia y Alemania. Se trata, en otras palabras, de ver si el razonamiento de los tribunales españoles puede ser explicado por la influencia de sus países vecinos o si, en cambio, dichos tribunales no se muestran en realidad permeables a factores externos de influencia.

Desde esta perspectiva, este tipo funcionalista de planteamiento comparado prácticamente representa un método clínico, consistente en un procedimiento en tres fases —análisis, diagnóstico y tratamiento—, que en último término facilita la propuesta de soluciones para problemas determinados. En este sentido, este tipo de metodología difiere del objetivo originario del Derecho comparado, y que esencialmente vendría a ser la descripción de los sistemas analizados (20).

Por encima de todo, sin embargo, el Derecho comparado persigue, como otras ciencias, la adquisición de conocimiento (21). Estudia distintos sistemas jurídicos a fin de establecer en qué medida son parecidos o diferentes. Alemania, Francia y España pueden ser así analizadas, en tanto que representantes de tipos concretos de experiencia y de planteamiento ante el fenómeno de la inmigración y, al mismo tiempo, de diferentes tipos de ordenamientos jurídicos en los que se fundamentan los respectivos razonamientos y mecanismos de intervención de los tribunales.

LOS PAÍSES CONSIDERADOS Y SUS RESPECTIVOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

A diferencia de los países considerados tradicionalmente como países de inmigración (originados y fundados en este fenómeno), la mayoría de los países europeos han rechazado considerar la inmigración como un elemento determinante de su identidad nacional o de sus políticas. De hecho, la percepción de este fenómeno ha empezado a cambiar sólo recientemente, a medida que estos países se han ido mostrando activos en la definición de políticas de inmigración.

No obstante, diferencias importantes son aún observables entre estos Estados, tanto en el tipo de experiencia y de planteamiento de la inmigración, como en el tipo de políticas adoptadas, lo que a su vez expresa una concep-

(20) Véase la sección sobre metodología en ANCEL, Marc, *Utilité et méthodes du droit comparé*, Neuchâtel, Éditions Ides et Calendes, 1971, donde el autor sostiene la necesidad de adaptar el método de análisis en función del objeto de análisis. El planteamiento funcionalista, como método luego desarrollado en el Derecho comparado, representaría este objetivo.

(21) Véase SACCO, Rodolfo, *Legal formants...*, cit., crítico con los esfuerzos por legitimar la disciplina jurídica comparada desde su utilidad práctica.

ción propia del fenómeno, así como, en última instancia, una proyección externa de la imagen que esos países construyen de sí mismos.

Alemania representa un caso particular. A pesar de siempre haber negado categóricamente su condición de país de inmigración, es paradójicamente el Estado que más inmigración ha recibido desde el final de la Segunda Guerra Mundial. Esta tensión es efectivamente el rasgo que con mayor contundencia caracteriza el caso alemán. Una explicación a este hecho puede tal vez hallarse en la conjunción entre, por un lado, un pasado histórico traumático —que fuerza el establecimiento de una política de asilo flexible y generosa— y, por otro, una afirmación reiterada del carácter temporal del fenómeno migratorio, que lleva a la definición de la política migratoria en torno a la noción de *Gastarbeiter*.

Sin embargo, estas dos dimensiones, aparentemente contradictorias, han convergido progresivamente. El altísimo número de solicitudes de asilo recibidas en Alemania —y que alcanza sus máximos entre los años 1991 y 1992— acabó provocando importantes tensiones políticas que llevaron, en 1993, a la reforma constitucional del derecho de asilo. Al mismo tiempo, la posición oficial del Gobierno respecto del sistema temporal y de rotación de recepción de trabajadores inmigrantes —los *Gastarbeiter*— fue finalmente matizada, una vez se asumió que el principio de «estricta rotación» no favorecía los intereses ni de los inmigrantes ni de los empleadores. El Gobierno empezó entonces a considerar la necesidad de integrar a los ya residentes permanentes. La aprobación en 1990 de una nueva Ley de Extranjería, redactada a la luz del sistema del «trabajador huésped», expresó esa necesidad de cambio. Pero a pesar de ello, las autoridades alemanas han seguido insistiendo en la especificidad del caso alemán. Esencialmente sostienen que el modelo de identidad alemán se basa en rasgos comunes y distintivos que hacen necesaria una preservación especialmente atenta de la homogeneidad de su población. Una nueva reforma de la ley que parece matizar esta postura es la iniciada en el 2002, la cual quedó sin embargo paralizada tras la declaración, por parte del *Bundesverfassungsgericht*, de la inconstitucionalidad de su procedimiento de aprobación, y que fue finalmente culminada en el 2004.

Francia constituye el modelo opuesto. El de un Estado que ya en el último tercio del siglo XIX pasó a ser un país de inmigración y asilo, mucho antes, por tanto, que cualquier otro país europeo. Su pronta revolución industrial y demográfica, que además no significó un éxodo masivo rural hacia las conglomeraciones urbanas, habría de provocar necesariamente la llegada de extranjeros para compensar ese déficit francés. Francia inmediatamente estableció así un régimen de inmigración liberal, presidido por los principios republicanos. No obstante, con la aparición de los primeros signos de crisis económica en el siglo XX, y especialmente tras la Primera Guerra Mundial, este régimen fue progresivamente endurecido. La definición de un marco

normativo general no habría de plantearse hasta después de la Segunda Guerra Mundial, cuando el país de nuevo se hallaba necesitado de mano de obra. El Gobierno procedió entonces a la redacción de un borrador de una norma general, en la que introducía nuevos incentivos para la llegada de extranjeros, al mismo tiempo que establecía los principios generales de regulación de la recepción de los inmigrantes. El borrador, en 1945, de la *Ordonnance relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, así como del *Code de la nationalité*, perseguían este objetivo: la definición de una estructura normativa general y completa.

Asimismo, los lazos mantenidos con las antiguas colonias aseguraban un flujo intenso de llegadas al territorio francés. Pero la política francesa de inmigración se complicó con el conflictivo proceso de descolonización durante los años cincuenta y sesenta, lo que dio lugar a una clase especial de inmigrantes protegidos, prácticamente ciudadanos franceses.

Por tanto, a diferencia del debate controvertido en Alemania, la realidad de la inmigración nunca fue contestada en Francia. Sin embargo, en última instancia, Francia tampoco puede ser incluida entre los países considerados como de inmigración. En efecto, tal categorización no puede extraerse del tipo de tratamiento dispensado en Francia a este fenómeno. Elementos tales como la política, cada vez más restrictiva, puesta en práctica por el Gobierno francés, especialmente tras la crisis económica de principios de los años setenta, la falta de un programa de orientación general, ilustrado por las oscilaciones constantes de política en función de la composición cambiante del Gobierno, o la ausencia incluso de una política específica para la integración de los extranjeros residentes, indican todos ellos una falta de visión global en el país con relación a esta cuestión.

Especialmente significativo en este sentido es el sistema republicano francés de integración que, a diferencia del alemán, aspira a la absorción de todo recién llegado mediante un sistema generoso de naturalizaciones. A pesar de ser un sistema que, en principio, permite la recepción de todos los extranjeros, lo hace sólo bajo la condición de que el recién llegado se haga francés. Ello, en sí mismo, implica la eliminación de todo tipo de distinción y particularismo, lo que a su vez, en definitiva, revela una comprensión sólo parcial de dicho fenómeno. La siguiente reflexión de Dominique SCHNAPPER resulta pertinente en este sentido (22): «La tradición de la integración “a la francesa”, que consiste en integrar a los extranjeros en torno a los valores “republicanos”, transformándolos progresivamente en ciudadanos, ha cultivado una ideología nacional del arraigo y de la eternidad francesa que impedía reconocer el hecho de la inmigración».

(22) SCHNAPPER, Dominique, *L'Europe des immigrés...*, cit., pág. 12 (la traducción es mía).

Por su parte, respecto de Alemania y Francia, España representa el caso de un país que se ha incorporado solo recientemente al fenómeno de la inmigración. Como otros países del sur de Europa, España ha presenciado un desarrollo muy rápido de la inmigración durante los años ochenta y noventa, aunque factores muy distintos han influido en esta transformación (23). De hecho, muchos de sus rasgos todavía le caracterizan como país de emigración, dado el número aún elevado de españoles en el extranjero. En todo caso, el fin del franquismo y la adhesión de España a la Comunidad Económica Europea introdujeron a este país en una realidad completamente nueva y que comprendía el fenómeno de la inmigración.

La aprobación de la Constitución de 1978 inauguró un nuevo marco fundamental que impuso un razonamiento distinto a los poderes públicos, lo que, lógicamente, también afectó al ámbito de la inmigración. Entre las diferentes reformas normativas consecuentemente iniciadas, dos merecen ser destacadas: la Ley de Asilo de 1984 y la Ley de Extranjería de 1985, que esencialmente reflejan la incorporación de España a las Comunidades Europeas, en la medida en que en el planteamiento español de esta cuestión influyó la realidad de la inmigración en el resto de países europeos. En efecto, ello podría dar cuenta de la adopción en España de una norma restrictiva, como es la Ley de Extranjería de 1985, para la regulación de la entrada y permanencia de extranjeros en su territorio, antes incluso de que la inmigración llegara a ser sentida en la sociedad española. En cambio, el enfoque del asilo se vio más bien condicionado por el propio pasado político inmediato, lo que comportó que se estableciera una política generosa de asilo en 1984, que sin embargo habría de verse posteriormente endurecida con la reforma de 1994.

Asimismo, Alemania, Francia y España representan diferentes modelos de sistemas jurídicos, que dan así lugar a formas distintas de intervención por parte de los tribunales. En contraste con lo que ocurre en el sistema francés, por ejemplo, los tribunales alemanes y españoles intervienen de acuerdo con una estructura muy sistemática y exhaustiva de derechos fundamentales y garantías jurídicas. En el caso de España, esa estructura abstracta de derechos que establece

(23) La inmigración en el sur de Europa es percibida como constitutiva de un modelo específico. «Tanto los tipos geográficos como los mecanismos la diferencian de migraciones europeas anteriores: el asentamiento de europeos en el nuevo mundo, la migración masiva de trabajadores mediterráneos migrantes hacia la Europa industrial durante las décadas de la posguerra, o la inmigración de personas desde antiguos territorios coloniales en el Caribe, África y Asia del Sur»... «Los nuevos flujos de inmigración hacia la Europa mediterránea deben ser entendidos en el contexto de la globalización, politización e “ilegalización” de la migración...», así como dentro del modelo de desarrollo económico y social del sur de Europa» (KING, Russell, «Southern Europe in the changing global map of migration», en KING, Russell; LAZARIDIS, Gabriella, y TSARDANIDIS, Charalambos (eds.), *Eldorado or fortress?: migration in Southern Europe*, New York, St. Martin's Press, 1999, pág. 19; la traducción es mía).

la Constitución de 1978 refleja, en parte, la experiencia constitucional de otros países europeos, y en buena medida se inspira en la Ley Fundamental alemana. Esencialmente, la Constitución Española adopta la conceptualización alemana de los derechos fundamentales como principios objetivos, lo cual, a su vez, requiere una interpretación del sistema constitucional como unidad.

El razonamiento seguido por los tribunales franceses es, en efecto, completamente distinto. A diferencia de Alemania y España, Francia no cuenta con un catálogo estructurado de derechos fundamentales, sino con una serie de textos históricos a los que los tribunales acuden para progresivamente reconocer aquellos derechos considerados como especialmente relevantes para la protección de la persona. Este planteamiento es el que prevalece en el Derecho administrativo francés, una rama jurídica esencialmente jurisprudencial, construida a partir del control que los tribunales ejercen sobre la Administración. Su perspectiva fundamental es así empírica, determinada por la necesidad práctica de proteger al individuo frente a la Administración. Los tribunales administrativos franceses desarrollan los principios que guían su intervención a partir de la situación concreta con la que se ven confrontados, tratando así de ofrecer soluciones concretas y técnicas.

En este sentido, los límites impuestos en el Derecho francés a la Administración tienen principalmente origen en las técnicas judiciales de control de legalidad, y no en cambio en un cuerpo sistemático de principios como los que contienen los textos constitucionales de Alemania o España. Y desde esta perspectiva, el Derecho administrativo francés tiene mucho más en común con el tipo de razonamiento característico de los sistemas de *common law*, que con continentales como el alemán o el español.

En efecto, la exigencia metodológica del análisis jurisprudencial debería llevar a una revisión de los sistemas tradicionalmente empleados en Derecho comparado para la clasificación de los sistemas jurídicos. Mientras que en Derecho comparado suele distinguirse entre sistemas de *common law* y Derecho continental, indicando con esta distinción el rol fundamental que el precedente judicial juega en los sistemas (anglosajones) de *common law*, el análisis de Derecho público comparado que aquí se propone pretende evidenciar la importancia de la jurisprudencia también en sistemas habitualmente considerados como de Derecho continental. El caso del Derecho público francés es paradigmático en este respecto. Y en este sentido, el uso del método jurisprudencial debería conducir a una relativización de esas grandes divisiones consagradas en Derecho comparado y que sin embargo sí sirven para agrupar sistemas de Derecho privado.

La estructura jurisdiccional en estos países también es distinta. Mientras que un rasgo fundamental de Francia es la división jurisdiccional entre el *juge judiciaire* y el *juge administratif*, tanto en Alemania como en España los tribunales contencioso-administrativos forman parte de un orden jurisdiccio-

nal único y están mucho más directa y jerárquicamente supeditados que en Francia a los criterios que dicta la jurisdicción constitucional (24). Si bien los tribunales de lo contencioso-administrativo alemanes y españoles tienen su propio margen de apreciación y de iniciativa, están en todo caso obligados a seguir las directrices sentadas por los respectivos tribunales constitucionales.

En Francia, en efecto, el papel del *Conseil Constitutionnel* es menor, y su establecimiento en este país ha resultado mucho más controvertido que en otros sitios. En un país como Francia, donde la primacía de la ley es entendida como la expresión directa de la voluntad soberana de la nación y el pilar fundamental del sistema jurídico y político, se consideró que la introducción de un control semejante sobre el Parlamento podía dar lugar a un *gouvernement des juges*. Si bien sí se acabó haciendo competente al Consejo Constitucional para verificar la conformidad de las leyes con la Constitución, constituyéndolo así en el órgano jurisdiccional encargado de formular la postura oficial en materia de inmigración, las posibilidades que tiene de intervenir siguen siendo sin embargo muy escasas. Su único mecanismo de intervención es en realidad el recurso (previo) de inconstitucionalidad, mediante el cual el *Conseil* controla la conformidad con la Constitución de las leyes antes de que éstas sean promulgadas (25). En este sentido, la jurisprudencia del Consejo de

(24) Para una comparación entre los mecanismos de protección de derechos fundamentales en estos países, véase STONE SWEET, Alec, *Constitutional dialogue*, cit., así como, entre otros, ROUSSEAU, Dominique, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, 1992.

(25) No obstante, las posibilidades de intervención del *Conseil* han ido aumentando. Un paso fundamental en este sentido fue la reforma constitucional de 1974, con la que se amplió el ámbito de sujetos legitimados para interponer este recurso. Desde la reforma, además de los sujetos originalmente designados para ello (las dos cabezas del ejecutivo y del poder legislativo), el recurso lo pueden también presentar sesenta diputados o sesenta senadores, lo que en efecto altera sustancialmente las atribuciones del *Conseil*. Pero, en definitiva, en Francia, la introducción con el Consejo Constitucional de un control sobre el Parlamento suscitó un encendido debate, y su legitimidad fue siendo admitida sólo gradualmente. De hecho, el Consejo no fue concebido para la protección de derechos fundamentales, sino para preservar el equilibrio de poderes que había sido redefinido en 1958 entre el ejecutivo y el legislativo. Tal y como se ha mencionado más arriba, en 1958 tampoco se pudo establecer un catálogo de derechos fundamentales, por la dificultad, igualmente planteada en 1946, a la hora de decidir qué derechos incluir. La solución fue también la misma que en 1946: la referencia a un texto histórico, la Declaración de 1789, en el que quedaban representadas las libertades clásicas (los derechos civiles y políticos), complementado, a su vez, por la dimensión social que el Preámbulo de 1946 ya incorporaba y al que el Preámbulo de 1958 también se remite. Sin embargo, con este reconocimiento indirecto de derechos no se pretendía establecer un catálogo vinculante para los poderes políticos, sino tan sólo un listado de derechos meramente declarativo y orientativo. La incorporación material de un catálogo de derechos a la Constitución ha sido algo posterior y obra precisamente del *Conseil Constitutionnel*. En su fundamental Decisión de 16 de julio de 1971, el Consejo integró el Preámbulo de la Constitución de 1958 en el parámetro de control de la constitucionalidad de las leyes, reconociendo así su carácter vinculante, e incorporando asimismo indirectamente la Declaración de 1789 de dere-

Estado, la jurisdicción materialmente competente en el área de la extranjería es, en definitiva, la decisiva. Y la distribución de roles entre el Consejo Constitucional y el Consejo de Estado en efecto representa una característica fundamental del sistema jurídico francés.

De este modo, a diferencia de Francia, tanto Alemania como España (en cuanto que la experiencia alemana fue en buena parte reproducida en España) representan casos paradigmáticos de constitucionalización, en la que los tribunales ordinarios están implicados, junto con los respectivos tribunales constitucionales, en la elaboración de sentencias constitucionales. La capacidad de un tribunal constitucional de facilitar la constitucionalización y de controlar la intervención de los tribunales ordinarios depende de la existencia de recursos constitucionales, los cuales existen en Alemania y España pero no en cambio en Francia (26).

Sin embargo, ese menor papel del *Conseil Constitutionnel*, respecto del desempeñado por los tribunales constitucionales de Alemania y de España, se ve en cierto modo compensado por el rol creativo del *Conseil d'État*, sin

chos del hombre, el Preámbulo de la Constitución de 1946, y la categoría de «principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República» en el denominado «bloque de constitucionalidad», conjunto éste de disposiciones utilizables para medir la legitimidad constitucional de las leyes. En todo caso, el papel del *Conseil Constitutionnel* sigue siendo limitado si lo comparamos con el de homólogos suyos europeos como el *Bundesverfassungsgericht* alemán o el Tribunal Constitucional español, los cuales ejercen un control permanente de constitucionalidad sobre las leyes, las disposiciones normativas o los actos del Estado con fuerza de ley.

(26) En efecto, el control de constitucionalidad es mucho más amplio en Alemania y España que en Francia. Como en España, en Alemania existe un control abstracto de constitucionalidad (*abstrakte Normenkontrolle*) que legitima a ciertos órganos federales y de los Länder a cuestionar tanto disposiciones normativas federales como estatales ya vigentes (véase el art. 93.I.2 de la *Grundgesetz* o Ley Fundamental, así como los arts. 76 a 79 de la *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht* —Ley sobre el Tribunal Constitucional Federal—). Asimismo, y de nuevo a diferencia de Francia, tanto en España como en Alemania existen mecanismos de control indirecto de la constitucionalidad de las leyes o normas con fuerza de ley. Así, cuando un órgano judicial considera en algún proceso que la norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo puede ser contraria a la Constitución, ese juez o tribunal puede plantear su duda ante el Tribunal Constitucional (véanse, respectivamente, el art. 163 CE y los arts. 35 a 37 de la LOTC, sobre la cuestión de inconstitucionalidad, así como el art. 100 LF y los arts. 80 a 82 de la *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*, en los que se regula el denominado *konkrete Normenkontrolle*). De este modo, la posibilidad de control judicial de las leyes y de las normas con rango de ley es permanente en estos dos países. Pero aún más determinante en este sentido resulta la posibilidad, igualmente reconocida en ambos países, de que los particulares acudan al Tribunal Constitucional en relación con la violación de derechos fundamentales por actos de poderes públicos. De hecho, la actividad del Tribunal Constitucional, tanto en Alemania como en España, está prácticamente consagrada a la resolución de este tipo de recursos (el Recurso de Amparo y el *Verfassungsbeschwerde*, regulados respectivamente en el art. 53.2 CE y en los arts. 41 a 58 de la LOTC, así como en el art. 93.I. 4a y 4b LF y en los arts. 90 a 95 de la *Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*).

equivalente en cambio en esos otros dos países. Si bien la importancia del razonamiento concreto e inductivo es indiscutible en el Derecho administrativo francés, la dimensión abstracta también está implícita en la jurisprudencia francesa. En gran medida, el control judicial de legalidad está basado en una serie de principios y derechos fundamentales que los tribunales asumen como previos a las prerrogativas administrativas. En este sentido, el planteamiento final de los tribunales franceses es también de naturaleza mixta. Aunque la protección que éstos confieren, se basa en un control de legalidad efectivamente empírico, la jurisdicción contencioso-administrativa francesa aplica en su intervención y, de hecho, crea con ella, principios generales —los *principes généraux du droit*—, los cuales representan la principal fuente no escrita del Derecho administrativo francés. Son enunciados y desarrollados por el juez administrativo y vinculan a la Administración.

La situación en Francia es así mucho más compleja (27). En realidad, en ese país, los principios generales proclamados por los tribunales en el ámbito de la inmigración son el resultado de la participación conjunta de las dos jurisdicciones principalmente competentes, cada una de ellas a través de categorías y de mecanismos de intervención propios. Estos son los *prin-*

(27) Sobre la relación entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la constitucional, véase VEDEL, Georges, «Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil Constitutionnel», en *Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992. En él, el autor analiza la influencia del *Conseil d'État* en el *Conseil Constitutionnel*, contraponiéndolo a lo que ocurre en otros ordenamientos, en los que el Tribunal Constitucional tiene un papel mucho más determinante. El *Conseil Constitutionnel*, en efecto, representa una institución particular en el Derecho comparado, en gran parte condicionada por las propias circunstancias históricas y políticas. Véanse, al respecto, ZILLER, Jacques, y PONTTHOREAU, Marie-Claire, «The experience of the French Conseil Constitutionnel: political and social context and current legal-theoretical debates», en SADURSKI, Wojciech (ed.), *Constitutional justice, east and west: democratic legitimacy and constitutional courts in post-communist Europe in a comparative perspective*, Lancaster, Kluwer Academic Publishers, 2002; VROOM, Cynthia, «Constitutional protection of individual liberties in France: the Conseil Constitutionnel since 1971», en *Tulane Law Review*, 63, 265-334, 1988; y STONE SWEET, Alec, *The birth of politics in France: the Constitutional Council in comparative perspective*, Oxford, Oxford University Press, 1992. Véanse, asimismo, ROUSSEAU, Dominique, «Les grandes avancées de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel», en *Mélanges, Jacques Robert, Libertés*, Paris, Montchrestien, 1998; BLANQUER, Jean-Michel, «Bloc de constitutionnalité ou ordre constitutionnel?», en *Mélanges, Jacques Robert, Libertés*, Paris, Montchrestien, 1998; FAVOREU, Louis, «L'influence de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel sur les diverses branches du droit», en *Itinéraires-Études en l'honneur de Léo Hamon*, Paris, Économica, 1982; así como otros dos trabajos del mismo autor: «Le droit constitutionnel, droit de la constitution et constitution du droit», en *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 1, 71-89, 1990, y «La constitutionnalisation du droit», en *Mélanges R. Drago*, Paris, Économica, 1996. Todos ellos representan las diferentes posturas adoptadas en el debate que en Francia suscita la introducción del Consejo Constitucional. Para un análisis comparado más general sobre los mecanismos de protección de derechos fundamentales, véase también, LÓPEZ PINA, Antonio, *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*. Alemania, España, Francia e Italia, Madrid, Civitas, 1991.

cipes fondamentaux reconnus par les lois de la République, en el caso del juez constitucional, y los *principes généraux du droit*, en el del administrativo (28). Existe una cada vez mayor interacción entre esas jurisdicciones, lo que lleva a ámbitos de actuación también progresivamente entrelazados (29).

En última instancia, por tanto, lo que en este trabajo propongo observar es si la existencia de estructuras jurídicas tan distintas condiciona la protección finalmente conferida a los extranjeros o si, en cambio, derechos similares son desarrollados a través de mecanismos distintos de protección.

DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ANÁLISIS Y ESTRUCTURA

De acuerdo con la existencia de estructuras jurisdiccionales y jurídicas distintas en cada país, así como con la caracterización hecha más arriba del fenómeno de constitucionalización, resulta necesario analizar la jurisprudencia de diferentes jurisdicciones. Es decir, la jurisprudencia de tribunales cons-

(28) Para un análisis de la categoría de los *principes généraux du droit* en el ámbito de la extranjería, véase PIERUCCI, Christophe, «Les principes généraux du droit spécifiquement applicables aux étrangers», en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 37, 1 (La police des étrangers et la CEDH), 7-32, 1999, en donde el autor examina la creación, por parte del juez administrativo francés, de una subcategoría de esos principios en lo relativo a los extranjeros. En opinión de este autor, esa subcategoría refleja la relación entre normas nacionales e internacionales, así como la participación del juez administrativo en el proceso de creación del Derecho, tanto desde la perspectiva del Derecho constitucional y el denominado fenómeno de constitucionalización, como del Derecho internacional. Su análisis se centra en los refugiados y en la extradición. Según PIERUCCI, el *Conseil d'État* acude en definitiva al Derecho internacional, a fin de dar respuesta a cuestiones para las que en Francia no existe una norma específica. Pero de este modo, el Tribunal acaba utilizando el Derecho internacional para legitimar la creación de *principes généraux du droit*. Asimismo, desde la perspectiva del Derecho administrativo francés como Derecho jurisprudencial, véase el análisis de GENEVOIS, Bruno («Sur la hiérarchie des décisions du Conseil d'État statuant au contentieux», en *Mélange René Chapus, Droit Administratif*, Paris, Montchrestien, 1992), en el que el autor trata de definir el valor de esos principios generales y de los criterios subyacentes en la jurisprudencia del *Conseil d'État*, así como de establecer una jerarquía entre ellos.

(29) Especialmente significativa desde esta perspectiva es la sentencia Koné, en la que, a propósito de una extradición, el *Conseil d'État* se refirió por primera vez a los *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, una categoría normalmente aplicada por el *Conseil Constitutionnel* (CE, Ass., arrêt 3 juillet 1996, Koné). Para un análisis de la sentencia, véase LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G.; DELVOLVÉ, P., y GENEVOIS, B., «Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (CE, Ass., arrêt 3 juillet 1996, Koné)», en LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G.; DELVOLVÉ, P., y GENEVOIS, B. (eds.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, Dalloz Sirey, 2001. En realidad, el *Conseil d'État* se refirió a esta categoría de principios a fin de poder pronunciarse respecto de normas internacionales, dado que éstas únicamente pueden interpretarse a la luz de los parámetros constitucionales. Ello, en todo caso, significó una importante corrección a la tradicional división competencial entre el *Conseil Constitutionnel* y el *Conseil d'État*.

titucionales y ordinarios, al estar en cierto modo todos ellos bajo el impulso de la constitucionalización. De hecho, los tribunales constitucionales no son los actores principales en este proceso. A pesar de ser ellos los expresamente encargados de asegurar la expansión de los principios constitucionales, otros tribunales están implicados de manera muy significativa en dicho proceso.

En este sentido, la selección de la jurisprudencia debe hacerse de acuerdo con las estructuras nacionales respectivas y con el papel mayor o menor desempeñado por estas jurisdicciones en cada caso. Esencialmente, sin embargo, este trabajo que propongo habría de centrarse en las jurisdicciones constitucionales y administrativas, competentes materialmente estas últimas en el ámbito de la inmigración, en la medida en que éste representa un campo de prerrogativas públicas.

Asimismo, las sentencias también deben seleccionarse de acuerdo con la dimensión específica de la inmigración que aquí propongo examinar: la de los criterios reguladores de la concesión de permisos de entrada y de permanencia. Estos criterios expresan las prerrogativas discrecionales de los Estados y son determinantes del Derecho de inmigración. De este modo, lo que en definitiva pretendo mostrar son los límites impuestos progresivamente a estas prerrogativas estatales mediante la intervención de los tribunales. En otras palabras, la emergencia de una protección de los extranjeros, centrándome sin embargo para ello en los aspectos de esta protección que afecten a la premisa fundamental sobre la que se construye el Derecho de inmigración; es decir, a la no existencia de un derecho de entrada y de permanencia.

Por este motivo, pretendo restringir el objeto de análisis a las migraciones económicas y de masas, y excluir, en cambio, otro tipo de migraciones como, por un lado, la de los extranjeros que emigran (o circulan) a otro país sencillamente a fin de llevar sus vidas de modo distinto en otro sitio, y no forzados, por tanto, por factores económicos, sino simplemente motivados por razones personales; por otro, la de los extranjeros que emigran (o escapan) a sitios donde poder vivir, ya que no pueden hacerlo libremente en la estructura jurídica y política del país que abandonan. De acuerdo con esta delimitación negativa del tema, el estudio que propongo ha de centrarse en los nacionales extracomunitarios que emigran a Alemania, Francia y España por motivos económicos.

A fin de mostrar la evolución del razonamiento de los tribunales relativo a la entrada y permanencia de los extranjeros, lo que aquí propongo es seguir una estructura determinada a la hora de presentar las resoluciones judiciales, y mantenerla además a lo largo de todo el trabajo. Esencialmente, con ella pretendo indicar cómo los tribunales parten en su razonamiento de la denegación del derecho de entrada y de permanencia, introducen sin embargo algún tipo de protección para los extranjeros, y llegan incluso en ocasiones a cuestionar esa premisa fundamental inicial. En efecto, la evolución seguida por los tribunales no es completa, ya que la coexistencia entre dos dimen-

siones fundamentales siempre está presente: la ausencia de un derecho de entrada y de permanencia —en tanto que se trata exclusivamente de una prerrogativa discrecional del Estado— y, ello no obstante, la concesión de protección a los extranjeros, en atención a su condición humana.

En este sentido, la estructura dada al razonamiento de los tribunales no sólo responde a criterios cronológicos. Aunque el material judicial debe seleccionarse y elaborarse siguiendo la evolución gradual de las resoluciones judiciales, la presentación de las sentencias en esta investigación ha de ser el resultado de la combinación de diferentes principios lógicos.

Asimismo, no pretendo que las sentencias de los tribunales supranacionales sean analizadas en el contexto de la construcción del Derecho de inmigración por parte de los tribunales. Dicha construcción, que sería el objeto de la primera parte de este trabajo, es planteada como constitutiva de un proceso nacional, al haber tenido los tribunales supranacionales una competencia limitada en este respecto. La jurisprudencia supranacional sería así sólo examinada en la segunda parte de este estudio, en la que se analizan los elementos supuestamente implicados en este proceso. De este modo, el examen de la jurisprudencia supranacional es aquí sólo secundario, en tanto que con él se trata únicamente de determinar si esa jurisprudencia ha representado, sin embargo, un factor de influencia en el razonamiento nacional.

Los dos tribunales supranacionales así relevantes son el TEDH y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE), y lo que aquí propongo es presentar sus construcciones lógicas en paralelo, a pesar de que las premisas desde las que cada uno interviene en el área de inmigración son muy distintas. Mientras que el TEDH goza de competencia territorial y está así facultado para intervenir a fin de garantizar el respeto de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo a cada persona que se encuentra bajo su jurisdicción, el TJCE tiene una competencia limitada respecto de los nacionales extracomunitarios, quienes en principio quedan fuera del ámbito de los objetivos inmediatos de la Unión Europea. La realización de estos objetivos ha llevado, sin embargo, al TJCE a defender una interpretación teleológica del Derecho que progresivamente ha expandido su esfera de competencia. En este sentido, el estudio de la influencia supranacional trataría de mostrar los diferentes tipos de impacto que estos dos tribunales han podido tener, mientras que al mismo tiempo intentaría reflejar el desarrollo inesperado que estas respectivas bases competenciales pueden comportar.

Así, este análisis que propongo se hallaría dividido en dos partes principales. La primera parte estudiaría el proceso progresivo de concesión de protección a los extranjeros, distinguiendo, a su vez, entre derechos precarios y emergentes como los dos aspectos de esta evolución. Analizaría por separado los casos de Alemania, Francia y España, y concluiría con un breve resumen de los rasgos fundamentales observados respecto de la protección

finalmente garantizada a los extranjeros en estos tres países. Esencialmente, a la vez que será posible observar una tendencia a la convergencia en los resultados obtenidos, asimismo se podrá constatar diferencias en los modos de lograr estos resultados similares.

Estos diferentes estadios de análisis estarían organizados según una misma estructura lógica, a fin de ofrecer una pauta para la comparación que permita analizar si los tribunales nacionales siguen una evolución parecida, y destacar al mismo tiempo las diferencias entre estos países.

La segunda parte intentaría representar una evaluación de los resultados logrados en la primera parte, al tratar de construir el proceso de concesión de protección a los extranjeros. Trataría así de analizar, de un lado, los elementos y las causas determinantes de este proceso y, de otro, las similitudes y diferencias observadas entre los procesos nacionales. Estos dos objetivos se pueden perseguir de modo simultáneo a través del examen de los tres elementos siguientes: la jurisprudencia supranacional, los mecanismos internos de protección de derechos fundamentales, y las características inherentes al instrumento judicial, como responsables en sí mismas de la emergencia de una protección para los extranjeros.

En efecto, mientras que a través del primero y del último de estos tres elementos (la influencia supranacional y la naturaleza del instrumento judicial, respectivamente) trataría, en última instancia, de ofrecer una explicación a la existencia de una convergencia entre los países en la protección finalmente conferida a los extranjeros, con el segundo de estos factores (los mecanismos internos de protección de derechos fundamentales) intentaría en cambio elucidar las diferencias observadas en los modos de conferir dicha protección. Se trata de interpretar tales diferencias a la luz de los sistemas nacionales de protección analizados y de las respectivas estructuras jurídicas generales de las que los tribunales parten en su razonamiento.

Asimismo, como en la primera parte del trabajo, el estudio de la segunda parte también seguiría la misma estructura. En su análisis, se iría de los derechos precarios a los emergentes, tratando así, en último término, de re-interpretar el razonamiento de los tribunales desde la perspectiva cambiante de los posibles elementos de influencia en este proceso.

Esencialmente, la idea central expresada con esta estructura es la dualidad fundamental que caracteriza el razonamiento de los tribunales. Aunque éstos aceptan la soberanía de los Estados respecto de la entrada y permanencia de los extranjeros en el territorio nacional, afirman sin embargo los derechos que corresponden a los extranjeros en atención a su condición de humanidad, hasta el punto de acabar confiriendo en ciertas ocasiones un derecho de entrada y permanencia. La concesión de esta protección es, no obstante, sólo indirecta y justificada por las circunstancias concretas de cada caso, sin llegar a eliminar completamente la premisa denominada como de precariedad.

RESUMEN

DERECHO DE INMIGRACIÓN

Este artículo pretende ser una propuesta teórica y metodológica para el estudio comparado del Derecho de inmigración. La inmigración representa hoy un elemento estructural en casi todos los países industrializados y, en última instancia, un fenómeno que transforma radicalmente las bases de los Estados modernos, al expresar la necesidad de superar los límites inherentes a la idea de «nacional», así como las dificultades que lo «no nacional» plantea para el razonamiento jurídico tradicional. La propuesta que aquí se realiza parte, efectivamente, de la constatación de esa transformación: los mecanismos de protección de derechos han acabado haciendo posible la consolidación de un estatus jurídico-constitucional de los extranjeros que no parecía previsible a la luz de la tendencia restrictiva iniciada con la crisis económica de 1973. Así, lo que este artículo propone no es tanto el análisis de la regulación existente en materia de inmigración, como del proceso de construcción progresiva de esa protección de los extranjeros. Y para ello plantea acudir al instrumento judicial (fuerte ante el caso concreto y flexible para poner remedio a la falta de soluciones jurídicas precisas y definitivas), al método comparado (que además de mostrar las diferentes respuestas dadas por los ordenamientos nacionales, reflexiona sobre los diferentes caminos seguidos para llegar a soluciones en muchas ocasiones muy parecidas en su resultado), así como a dos categorías conceptuales (los derechos precarios y emergentes, que reflejan la tendencia oscilante y dividida de los tribunales ante el fenómeno de la inmigración).

ABSTRACT

IMMIGRATION LAW

This article endeavours to give a theoretical and methodological proposal for the comparative study of immigration law. Immigration today is a structural element in almost all industrialised countries, and ultimately it is a phenomenon that is radically transforming the foundations of modern states, because it expresses the need to overcome the inherent limits in the idea of «national» as well as the difficulties that the «non-national» poses for traditional legal reasoning. The proposal furnished here in fact begins by stating the transformation: Mechanisms for the protection of rights have finally made possible the consolidation of a legal/constitutional status for foreign citizens that could hardly have been foreseen in the light of the restrictive tendency that began with the economic crisis of 1973. So, what this article proposes is not so much an analysis of existing regulations on immigration, as an analysis of the gradual process of construction of this protection for foreign citizens. And to do so, the article suggests using the judicial instrument (strong in the case at hand and flexible to address the lack of precise, definitive legal solutions), the comparative method (which in addition to showing the different responses given by different countries' legislation, reflects on the different paths taken to reach solutions whose result is often very similar), and two conceptual categories (precarious rights and emerging rights, which reflect the wavering, divided tendency of courts in response to the phenomenon of immigration).

(Trabajo recibido el 08-06-08 y aceptado para su publicación el 10-07-08)