

Inmigración, racismo y xenofobia: la respuesta del derecho comunitario*

Carlos D Espósito**

- Sumario: 1. Introducción. / 2. ¿Una política de inmigración europea? /
3. Definición del problema normativo: competencias estatales y comunitarias en materia de racismo y xenofobia. /
4. La respuesta institucional de la Unión Europea frente al racismo y la xenofobia. /
5. Las medidas internas adoptadas por los estados miembros para combatir el racismo y la xenofobia: el caso español. /
6. Conclusiones y propuestas normativas. / Bibliografía.

[I.J.J.B.P. —¿Entonces la solución está en el cosmopolitismo? J.L.B. —Sí, yo lo creo y trato de ser cosmopolita. Evidentemente, debo muy poco a los esquimales o al Congo; pero, en realidad, hago cuanto puedo por ser digno de la Universidad del Mundo. Creo que el mundo es natural y espontáneamente cosmopolita. Son los gobiernos, los Estados, los que insisten en las diferencias.

Entrevista de Jean Pierre BERNÉS a Jorge Luis BORGES "Sobre literatura y latinidad", *La Nación*, 14 de junio de 1987.

[2] Polonius -My lord, I will use them according to their desert. Hamlet - God's bodkin, man, much better! Use every man after his desert, and who shall 'scape whipping? Use them after your own honour and dignity. The less they de serve, the more merit is inyour bounty. Take them in.

William SHAKESPEARE, *Hamlet*, final del segundo acto.

1. Introducción

El objeto del presente estudio es el análisis de la actividad normativa de la Unión Europea en materia de racismo y xenofobia, un ámbito de preocupación permanente sobre un fenómeno que no es estático¹

y que en la actualidad ha alcanzado niveles de gravedad alarmantes en algunos casos.² En concreto, nuestra atención se dirigirá a la **respuesta jurídico- normativa** europea frente a ese fenómeno; respuesta que precisa, por supuesto, una referencia a la "política de inmigración europea", razón por la cual se ofrece una definición preliminar y necesariamente breve de la cuestión. La necesidad de conectar

* El presente trabajo se enmarca dentro de un proyecto muy amplio sobre inmigración, racismo y xenofobia, auspiciado por el Instituto Ortega y Gasset, y fue dirigido por el Profesor Dr. A. Remiro Brotons. Me gustaría agradecer los comentarios a versiones anteriores de este trabajo realizados por Marisa Fernández Esteban, Luis Rodríguez Abáscaj y Aurelia Alvarez Rodríguez.

** Universidad Autónoma de Madrid.

1. Martin EVANS, "Languages of Racism Within Contemporary Europe", en Brian JENKINS y Spyros A. Soros, *Nation and Identity in Contemporary Europe*, Londres: Routledge, 1996, p. 42 y ss.

2. Últimamente, coincidiendo con estos hechos, ha aparecido una serie de trabajos sobre racismo y xenofobia entre los que cabe nombrar a los reunidos en el libro de Bernd BAUMÜARTL y Adrián FAVELL (eds.), *New Xenophobia in Europe*, Londres. La Haya, Boston, 1995, un libro que contiene información sobre las actitudes xenófobas y racistas en todos los países europeos, no sólo de la UE y sirve para reflejar el interés por un problema real. Véase también T. BJÓ-GÓ y R. WITTE (eds.), *Racist Violence in Europe*, Londres: Macmillan, 1993.

racismo e inmigración se hace evidente cuando observamos los diversos fenómenos racistas que se producen en Europa desde 1989, ya que éstos tienen un alto contenido de sentimiento anti-inmigración. En efecto, como lo ha mostrado entre otros Martin Evans,³ los motivos para esta conexión pueden explicarse al menos por tres causas: primero, porque por diversas causas, entre las que están las crisis económicas, las mayores facilidades de viaje, etcétera, se ha producido un gran incremento de inmigrantes, legales e ilegales, y asilantes que desean vivir en Europa occidental; segundo, porque tras la finalización de la guerra fría se ha abierto un nuevo frente de inmigración que proviene de Europa del este, y tercero, porque últimamente han proliferado algunos grupos nacionalistas de ultraderecha que han erigido a la inmigración en una amenaza para sus identidades nacionales.⁴

Como puede comprobarse a primera vista, hemos limitado nuestro campo de estudio a un contexto jurídico bien determinado, la Unión Europea. Sin embargo, ello no quiere decir que ese ámbito no se vea influenciado por uno más amplio, el internacional, y uno más concreto, el nacional. Al contrario, las normas de derecho internacional general nos brindarán un marco adecuado para el tratamiento de los problemas de igualdad y discriminación a nivel na-

3. Martin EVANS, "Languages of Racism Within Contemporary Europe", *supra* nota 1, p. 44. Véase también en el mismo volumen Mark MITCHEL y Dave RUSSELL, "Immigration, Citizenship and "the Nation-State in the New Europe", pp. 54 y ss.
4. Esta constatación no significa ni que los partidos nacionalistas de ultraderecha hayan conseguido apoyos importantes en sus países, ni tampoco que sus diatribas contra todo tipo de inmigración se basen sobre datos indiscutibles sino sólo que las agendas políticas y sociales de los estados europeos tienen como una de sus preocupaciones principales a la inmigración y que este ámbito de discusión está pervadido por las ideas de estos partidos hasta ahora minoritarios.

Abreviaturas

CDE	Cahiers de Droit Européen
CMLRev,	Common Market Law Review
EJIL	European Journal of International Law
ELR	European Law Review
GJ	Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia
GYIL	Germán Yearbook of International Law
Harv. Int'l L.J.	Harvard International Law Journal
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
HRLJ	Human Rights Law Journal
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
PE	Parlamento Europeo
RAP	Revista de Administración Pública
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
RIE	Revista de Instituciones Europeas
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
Yale L.J.	Yale Law Journal
YEL	Yearbook of European Law

cional y europeo. Ese marco, no obstante debe completarse con una legislación nacional mucho más perceptible para la gente. ¿Se extiende esta premisa al nivel comunitario europeo? ¿Tiene competencias la Unión Europea para adoptar normas concretas sobre racismo y la xenofobia directamente aplicables en los estados miembros? ¿Puede el Tribunal de Justicia de las comunidades europeas controlar el cumplimiento de normas discriminatorias en relación con la raza o el color como lo hace respecto de la discriminación de nacionales comunitarios sobre la base del artículo 6 TCE? ¿Cómo afecta el principio de subsidiariedad los procesos de concentración legislativa en el ámbito comunitario en materia de racismo y xenofobia? ¿Cuáles son las medidas que los estados miembros deben adoptar como consecuencia del debate comunitario europeo? Estas y otras preguntas son las que trataré de indagar en las páginas que siguen. Con ese fin hemos ordenado el trabajo de la siguiente manera: primero, según lo anunciado, señalaremos los rasgos principales de la "política de inmigración europea" según sus vertientes comunitaria, intergubernamental y nacional. A continuación se definen, con todos los problemas que esta tarea plantea, el reparto de competencias entre las instituciones comunitarias y los estados miembros en la regulación de la inmigración, el racismo y la xenofobia. Una vez establecidos los contornos de dichas competencias en el contexto del Tratado de la Unión Europea, procederé a analizar la actividad normativa de las instituciones comunitarias y los procesos, el marco y los instrumentos jurídicos que posibilitan y delimitan la operatividad normativa de esas instituciones y de los estados miembros. También se dedicará un espacio para observar las repercusiones que ese complejo normativo e institucional tiene en los ordenamientos de los estados miembros, con especial referencia al caso español. Por último, presentaremos una visión de conjunto de los temas estudiados con algunas conclusiones planteadas de forma problemática.

2. ¿Una política de inmigración europea?

El debate sobre la inmigración en general, por lo tanto también en Europa, afecta cuestiones tan importantes y tan variadas como la identidad, la asimilación, la integración, la autonomía personal frente a la comunidad nacional, los derechos fundamentales, la soberanía nacional, la unidad familiar, la libertad de asociación, el sistema fiscal, la educa-

ción, los servicios sociales, la seguridad, el mercado laboral, la responsabilidad del Estado, los derechos humanos protegidos internacionalmente, las relaciones exteriores y un largo etcétera. Es por eso que ciertos autores, siguiendo a Mauss, califican al fenómeno de la inmigración como "un hecho social global"⁵ De esta manera se comprende también que la definición de la política de inmigración europea despliegue sus consecuencias, para bien o para mal, sobre los ámbitos del racismo y la xenofobia⁶ una visión mezquina, puramente económica de la inmigración será muy distinta de otra más comprensiva, es decir, también social, cultural y educativa de la cuestión.⁷ Lo que parece innegable en todo análisis es que la nueva dimensión multicultural y multiracial de Europa exige un entendimiento adecuado de los problemas que plantea⁸. En un nivel normativo, el tratamiento de estos temas y de cualquier estrategia antidiscriminatoria mínima-

mente efectiva, según lo ha explicado Forbes,⁹ debe considerarse desde las perspectivas de los principios (ética), las normas jurídicas antidiscriminatorias (prescripciones) y las prácticas igualitarias (procesos). En este trabajo daremos por supuesto que las normas jurídicas antidiscriminatorias suponen una determinada concepción ética,¹⁰ en la medida que establecen el concepto de igualdad sin atender a distinciones fundadas en rasgos como la raza o el sexo, y me concentraré en las prescripciones jurídicas antidiscriminatorias en la Unión Europea: competencias para adoptarlas, procesos, instrumentos de decisión. Sin embargo, en tanto que una determinada política de inmigración **puede**, aunque no necesariamente debe, afectar las decisiones legislativas en materia de antidiscriminación, debemos indagar sus líneas maestras. Por consiguiente habrá que plantear la pregunta por la existencia de una política migratoria europea y, en su caso, por su contenido.

La respuesta a la pregunta por una "política de inmigración europea" debe ser reconstruida a través de la investigación en diversas decisiones y documentos comunitarios y estatales,¹¹ que no necesariamente guardan coherencia interna ni tampoco responden en la mayoría de los casos a una reguía-

5. Así Javier de LUCAS, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a la sociedad plural*, Madrid, Temas de Hoy, pp. 128-129. También Sami NAIR en su intervención sobre "La respuesta francesa ante la inmigración: la crisis de la legitimidad republicana" en el Seminario organizado por la Fundación Ortega y Gasset bajo el nombre "Los desafíos políticos de las migraciones", 9 y 10 de mayo de 1996.
6. Si bien el asilo ha sido excluido de nuestro objeto de estudio específico, cabe no obstante observar el cambio en la consideración política del mismo, ya que de una aceptación casi incondicional del derecho de asilo como una excepción muy clara a las políticas restrictivas de inmigración, al menos en el sentido teórico, pero también en el práctico (por ejemplo en la Alemania de postguerra hasta la reforma constitucional de 1994, legitimada definitivamente por la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán de junio de 1996), se ha pasado al análisis del abuso del derecho de asilo. Sobre la reforma del derecho de asilo en Alemania véase, por todos, A. ZLMMERMANN, *Das neue Asylrecht*, Heidelberg, Springer, 1994.
7. Cfr. sobre la función retórica del concepto de igualdad el libro de Peter WESTEN, *Speaking of Equality. An Analysis of the Rhetorical Forcé of "Equality" in Moral and Legal Discourse*, Princeton, Princeton University Press, 1990.
8. Sobre el problema del multiculturalismo véase en general el trabajo de E. LAMO DE ESPINOSA, "Fronteras Culturales", en el libro editado por el mismo autor, *Culturas, estados, ciudadanos*, Madrid, Alianza, 1995 pp. 13-79. Para Emilio Lamo "lo característico de la situación actual es la coexistencia en el mismo espacio social y geográfico de individuos pertenecientes a culturas diversas que las practican en esos espacios". Esto es "espacios sociales multiculturales" (p. 54). Detrás de este dato debe distinguirse, como bien lo hace nuestro autor, entre los significados descriptivo y normativo de multiculturalismo; en este último sentido, el multiculturalismo se presenta como un proyecto político que propugna "el respeto a las identidades culturales, no como reforzamiento de su etnocentrismo sino al contrario, como camino, más allá de la mera coexistencia, hacia la convivencia, la fertilización cruzada y el mestizaje" (p. 18). Por supuesto, esta definición es sólo el comienzo de un problema mayor: los límites del multiculturalismo. Sin embargo, este problema no obsta para decir que el multiculturalismo como teoría normativa no es un ideal utópico ni radical. Al contrario, como dice Rex, "el ideal práctico de una sociedad multicultural igualitaria no constituye una doctrina radical, revolucionaria ni utópica, y que por lo tanto es susceptible de ser puesto en práctica en el marco actual del estado-nación" (J. REX, "La metrópoli multicultural: la experiencia británica", en la misma obra, pp. 202-203).

9. Ian FORBES, "Institutionalising Anti-Discrimination in Europe", en A.G. HARGREAVES y J. LEAMAN (ed.), *Racism, Ethnicity and Politics in Contemporary Europe*, Reino Unido, 1995, p. 193 y ss.
10. Algunos autores preferirán adjetivar está ética con palabras como "diferencia" (como en el caso de la teoría feminista) o "reconocimiento" (como lo hace Charles TAYLOR en su "The Politics of Recognition", en Ch. TAYLOR et. al., *Multiculturalism: Examining the Politics of Recognition*, Princeton N.J., Princeton University Press, 1994). Sin embargo, la palabra "diferencia", tan extendida en la filosofía política contemporánea, puede crear confusión desde un punto de vista analítico. En efecto, si mediante la palabra diferencia se quiere reflejar la contraposición de ideas sobre los límites de la tolerancia de cursos de acción coherentes con una cultura determinada en un medio en el que conviven varias culturas cuyos presupuestos rechazan moralmente los cursos de acción señalados, entonces bien podríamos seguir hablando de conflicto. Es verdad que las teorías radicales de la democracia usan la palabra diferencia con la intención de dar poder a los que no lo tienen y de mostrar que la falta de poder corrompe y que la falta absoluta de poder corrompe absolutamente. Sin embargo, también es cierto que a través de una política de la diferencia se ha tratado de imponer una teoría racista de la identidad nacional, como está demostrado en el discurso del líder del Frente Nacional Jem-Marie Le Pen, que suele hablar de un derecho a la diferencia con el propósito de excluir a los inmigrantes. Sobre el problema de la identidad y la diferencia desde la perspectiva de la teoría política véase: William CONNOLLY, *Identity/Difference*, Ithaca, Cornell University Press, 1989. En relación con las consignas exclusionistas de Le Pen y otras similares véase Martin EVANS, *supra* nota 1, p. 45 y ss.
11. Véase Mark MITCHEL y Dave RUSSELL, "Immigration, Citizenship and the Nation-State in the New Europe", *supra* nota 3, pp. 54-80. Para el caso español, véase el sugerente trabajo de A. ALVÁREZ RODRÍGUEZ, "Diseño de la política migratoria de España como territorio de Schengen", en AA. VV., *Alternativas a una política de inmigración*, Madrid, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, 1996, pp. 17-49.

ción normativa de carácter internacional.¹² Todos

estos documentos tienen un gran punto de confluencia en la llamada cooperación de "segunda generación" establecida en el Tratado de la Unión Europea,¹³ generada a su vez por la cooperación de "primera generación", que tuvo su gran impulso en el objetivo de alcanzar la libertad de circulación de las personas.¹⁴ Este efecto impulsor proviene del hecho de que la comunidad no tenía competencias originarias en materias de inmigración sino sólo aquellas derivadas del artículo 8A TCE, a partir de cuyo objetivo de lograr el mercado interior, un espacio sin fronteras en el que la libertad de circulación de las personas se encuentre garantizado, comenzaron a establecerse diversas estructuras informales para tratar ciertos temas ligados a dicho objetivo¹⁵. Por supuesto, la eliminación, de las *fronteras interiores* implicó la creación de la idea de *fronteras exteriores*, que tiene como consecuencia directa unas medidas de control mucho más restrictivas respecto de las personas de nacionalidad no comunitaria.¹⁶ Esas medidas confirman una postura restrictiva respecto de la inmigración, que se corresponde con una estrategia conocida como "la fortaleza europea" (Fortress Europe) y que se basa tanto en factores internos comunitarios (seguridad, crisis del Estado de bienestar, etc.) como en facto-

12. Es justo preguntarse por las coordenadas marcadas por el derecho internacional general en materia de derecho migratorio, pero la verdad es que salvo en lo que se refiere a cuestiones ligadas a derechos humanos básicos y a categorías definidas como refugiados, ese ámbito normativo sólo últimamente ha comenzado una reflexión discursiva sobre estos problemas. Véase Rüdiger WOLFRUM, "International Law on Migration Reconsidered Under the Challenge of new Population Movements". GYL, vol. 38, 1995, pp. 191 y ss. Véase también Michael BANTON, *Internacional Acción Against Racial Discrimination*, Oxford, Clarendon Press, 1996, que pone énfasis en el derecho internacional en relación con la discriminación racial.
13. Sobre la estructura del TUE en general, véase A. MANGAS MARTÍN, "El Tratado de la Unión Europea: Análisis de su estructura general", *Gaceta Jurídica de la CE y la competencia*, núm. D-17, pp. 13-62; U. EVERLING, "Reflections on the Structure of the Union" 29 *CMLRev.* (1992) 1053-1077; D. CURTIN, "The Constitutional Structure of the Union: a Europe of Bits and Pieces", 30 *CMLRev.* (1993) 17-69.
14. Art. 7A TUE (antiguo art. 8A TCEE, introducido por el AUE): "El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado". Énfasis añadido. Véase también arts. 8A y 48 y ss. TUE. En doctrina, véase P. JIMÉNEZ DE PARGA MASEDA, *El derecho a la libre circulación de las personas físicas en la Europa comunitaria*, Madrid, Tecnos, 1994; M.I. LIROLA DELGADO, *Libre circulación de personas y Unión Europea*, Madrid, Civitas, 1994.
15. LOBKOWICZ, W. de, "Intergovernmental Cooperation in the Field of Migration - From the Single European Act to Maastricht", en J. MONAR y R. MORGAN (eds.), *The Third Pillar of the European Union*, Bruselas, 1994, pp. 101 y ss.
16. Medidas que ya estaban indicadas en las propuestas legislativas del Libro Blanco sobre el Mercado Interior (1985).

res externos internacionales (colapso del sistema soviético, incremento de los refugiados y potenciales asilados, etc.).

Las estructuras de cooperación de primera generación, es decir, informales y puramente intergubernamentales¹⁷, en materia de inmigración¹⁸ tienen su origen en la reunión de Ministros de Interior y Justicia de 1986 convocada por la presidencia británica del consejo, de donde surge la creación del "Grupo Ad Hoc de inmigración". Luego, en la presidencia española de 1989, se hicieron grandes progresos mediante la decisión de elaborar un convenio con el fin de determinar el estado miembro responsable de examinar las solicitudes de asilo y también con el Documento de Palma.¹⁹

Este proceso tuvo un impulso muy significativo en el Consejo Europeo de Luxemburgo de 1991, donde el Canciller Kohl propuso el estudio de la comunitarización del derecho de asilo y la inmigración. Además, pidió que los Ministros encargados de los asuntos de inmigración elaboraran un programa de trabajo sobre estas cuestiones que fuera más allá de los problemas relativos al cruce de fronteras interiores. Este programa fue eficazmente realizado por el Grupo Ad Hoc de Inmigración y fue aprobado por los ministros en la cumbre de La Haya de noviembre de 1991. En el ámbito de la inmigración el programa proponía: a) la armonización de las políticas sobre admisión por razones como la reunificación familiar, el empleo o incluso por motivos humanitarios; b) una posición común sobre la cuestión de la inmigración ilegal, incluyendo principios comunes en materia de expulsión que garanticen los derechos de los expulsados; c) la armonización de políticas nacionales sobre admisión de nacionales de terceros países con propósitos laborales, incluyendo el examen de la situación de los nacionales que han sido residentes en un estado miembro por largos periodos y donde han tenido acceso al mercado laboral. Estas son las bases que luego serían aceptadas en el Título VI del TUE.

17. Recordemos que el AUE contenta dos declaraciones sobre la condición estatal y soberana de las competencias en materia de control de la inmigración proveniente de terceros estados y cooperación de los estados miembros respecto de la entrada, circulación y residencia de nacionales de terceros estados.
18. Es necesario hacer la distinción, porque en general deberíamos remontarnos hasta el Consejo Europeo de Roma, de 1 y 2 de diciembre de 1975, para buscar el origen de las reuniones informales de ministros de interior, que luego se constituiría en el Grupo de Trevi.
19. Sobre, este documento véase A. BOIXAREU CARRERA, "Los trabajos del grupo de coordinadores para la libre circulación de personas: el "Documento de Palma", GJ, B-48, 1989, pp. 3-11.

En efecto, el Tratado de Maastricht institucionaliza una forma de cooperación de "segunda generación" contenida en el Título VI del TUE, conocido como el Tercer Pilar del TUE. Bajo el próximo epígrafe analizaré con mayor profundidad la naturaleza jurídica e institucional del Tercer Pilar; ahora, en cambio, sólo me referiré a la regulación de la inmigración en el artículo K. 1.3 del TUE, cuyo texto establece cuáles son los ámbitos de cooperación europea en el contexto de la política de inmigración. Dice así:

"La política de inmigración y la política relativa a los nacionales de terceros acerca de:

- a) las condiciones de acceso al territorio de los Estados miembros y de circulación por el mismo de los nacionales de terceros Estados;
- b) las condiciones de estancia de los nacionales de los terceros Estados en el territorio de los Estados miembros, incluido el acceso al empleo y la reagrupación familiar;
- c) la lucha contra la inmigración, la estancia y el trabajo irregulares de nacionales de terceros Estados en el territorio de los Estados miembros".

A partir de la definición de estos ámbitos de **interés común**, y conducidos por la situación internacional y la situación interna de la UE y sus estados miembros, se puede afirmar que si bien no existe una política oficial de inmigración de la UE, sí hay líneas de concordancia entre sus estados miembros, que conservan en gran medida las competencias sobre dicha política de inmigración. Esas medidas tienen dos vértices: por un lado, el objetivo de la libertad de circulación en el territorio de la unión; por otro lado, un cúmulo de medidas compensatorias de restricción de la inmigración en las fronteras exteriores de la unión, que se fundamentan en criterios económicos, sociales, políticos o de seguridad ciudadana. En este sentido, por ejemplo, un autor relativamente crítico como Javier de Lucas ha sostenido que los objetivos de la UE en materia de política de inmigración son estabilidad social de la población extranjera, adecuación estricta entre admisión y coyuntura socio-laboral, criterios restrictivos y, en definitiva, la aplicación de la filosofía de Schengen.²⁰ Dados estos hechos, los estados, que se ven ante la alternativa de optar por dos tipos de medidas,²¹ extensión de la ciudadanía (naturalización, doble nacionalidad, **ius soli**) o equiparación de ciu-

20. Javier de LUCAS, *supra* nota 5, p. 150. Por supuesto, la filosofía de Schengen tiene dos vertientes: la ampliación de libertades y el síndrome de «fortaleza europea».

21. Javier de LUCAS, *supra* nota 5, pp. 137-138.

dadanos y **denizens** (ciudadanos intermedios), tienden a preferir la segunda porque conlleva una necesaria medida compensatoria de restricción de la inmigración en las fronteras. Esta reacción, como observa Llobera,²² es asimismo producto de un hecho político reciente (¿recurrente?) de Europa occidental que ya señalé en la introducción: la "aparición (de) un tipo de nacionalismo reactivo y xenófobo, como resultado de la presencia creciente de poblaciones inmigradas (en parte inmigrantes económicos, en parte refugiados políticos) que a menudo son diferentes en cuanto a religión, raza, lengua y cultura".

Antes de pasar al estudio de la estructura institucional y los medios y métodos de decisión en las materias que nos incumben, cabría hacer otra aclaración en relación con los sujetos susceptibles de discriminación a través de acciones racistas o xenófobas. En efecto, por lógica me estoy refiriendo a los extranjeros inmigrantes,²³ especialmente a aquéllos que no posean una nacionalidad comunitaria, aunque sin excluir necesariamente a los nacionales comunitarios que compartan con los inmigrantes una situación caracterizada por la vulnerabilidad. Es esta una nota que, sin embargo, no resulta aplicable a otros temas de esta misma investigación, como el asilo y la inmigración²⁴ en general. En relación con inmigración, debemos también tener en cuenta una delimitación que tiene un origen histórico y normativo: por efecto de la regulación del artículo 7A TUE, parte del problema inmigratorio general está ya regido por este artículo, como por ejemplo la Convención sobre Fronteras Exteriores;²⁵ en cambio, como lo explica Nanz,²⁶ "debido a estas razones históricas, la armonización de la política de inmigración ha sido entendida en el sentido de que cubre la entrada y permanencia en las áreas que no

22. J.R. LLOBERA "Estado soberano e identidad nacional en la Europa actual", en E. LAMO DE ESPINOSA (ed.), *supra* nota 8, pp. 127-149, en la página 138.

23. Por inmigrante se entiende, de forma muy general, una persona que llega a un país y reside en él por más de tres meses, hecho que le obliga a solicitar un permiso de residencia.

24. La inmigración se refiere a la entrada en un país de una persona o un grupo de personas que tienen la intención de permanecer más de tres meses en él, independientemente de que luego deseen volver a sus países de origen.

25. Sobre este proyecto de Convenio (COM(93) 684 final, de 10 de diciembre de 1993, publicado en el DOCE C 11, de 15.11.1994, pp. 6- 15), aún no firmado principalmente por la falta de entendimiento de España y el Reino Unido sobre su aplicación en el territorio de Gibraltar, véase D. O'KEEFFE, "The New Draft External Frontiers Convention note and the Draft Visa Regulation", en MONAR y MORGAN (eds.) *supra* nota. 15, pp. 135-149.

26. K.P. NANZ, "The Harmonization of Asylum and Immigration Legislation Within the Third Pillar of the Union Treaty - A Stocktaking", en MONAR y MORGAN (eds.), *supra* nota 15, pp. 123-133, en la página 130.

caigan bajo el Convenio de Fronteras Exteriores, en otras palabras entrada y permanencia por un periodo mayor a tres meses o para propósitos específicos". Asimismo hay que tener en cuenta la categoría de ciudadanos²⁷ europeos creada por el TUE (artículo 8) y su contraposición con los no ciudadanos europeos, que se refleja especialmente en la implementación de la libre circulación de personas.²⁸

3. Definición del problema normativo: competencias estatales y comunitarias

En este apartado trataré de buscar cuáles son las bases jurídicas por las que las comunidades europeas (frente a, o conjuntamente con, los estados) pueden actuar en materia de racismo y xenofobia. Como en el caso ya tratado de la inmigración, a través de un análisis de las normas comunitarias nos encontraremos con ámbitos competenciales de la comunidad directa o indirectamente relacionados con los problemas discriminatorios, como es el caso de la libre circulación de personas, el mercado interior, la educación, la cultura, etcétera. Sin embargo, es claro que el combate del racismo y la xenofobia pertenece primordialmente a la soberanía estatal y también a la cooperación intergubernamental definida en el Título VI del TUE, denominado «Cooperación en ámbitos de justicia e interior». Ello no ha impedido hasta ahora que la comisión, por ejemplo, proponga al consejo adoptar decisiones sobre racismo y xenofobia sobre la base del artículo 235 TCE, como lo demuestra el ejemplo de la comunicación de la comisión sobre el racismo, la xenofobia y el antisemitismo y propuesta de decisión del consejo por la que se declara 1997 Año Europeo contra el Racismo.²⁹ Por lo tanto, aquí también se reproduce esa

tensión entre soberanía estatal y poderes comunitarios, tan característica de la historia de la organización internacional que conocemos ahora como UE. En consecuencia, tras una breve introducción general al problema de las competencias comunitarias estudiaremos el tercer pilar del TUE. Todo ello nos permitirá referirnos con mayor conocimiento de causas a las medidas de las Instituciones comunitarias en materia de racismo y xenofobia en el próximo epígrafe.

3.1 Principios generales de atribución y distribución de competencias

La distribución de competencias entre las comunidades europeas y sus estados miembros es muy compleja. Desde un punto de vista general,³⁰ podemos decir que la misma está regida, igual que ocurre en todas las organizaciones internacionales, por el principio de las competencias atribuidas,³¹ modulado a su vez por el principio de los poderes implícitos y por la cláusula de extensión de la competencia prevista en el artículo 235 TCE cuando los objetivos previstos en el Tratado no hallen la necesaria correspondencia de poderes, todo ello en el respeto del principio de proporcionalidad.³² En particular, las competencias concretas habrá que determinarlas caso por caso en relación con las disposiciones materiales de los tratados constitutivos de las comunidades europeas, que establecen específicamente diversos tipos de competencias; competencias de control y competencias de acción, que a su vez pueden ser exclusivas de las comunidades europeas o compartidas con los estados miembros. Estas últimas, en especial tras la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, habrán de interpretarse bajo el prisma del principio de subsidiariedad," se-

27. Sobre ciudadanía europea véase D.J. **UÑAN NOGUERAS**, "De la ciudadanía europea a la ciudadanía de la Unión", *Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea y de la Competencia*, D-17. 1992. pp. 63 y ss., del mismo autor "Ciudadanía de la Unión Europea" en *La aplicación judicial del derecho comunitario*, Madrid, Civitas, 1993, pp. 271 y ss. Cabe subrayar que la conexión entre ciudadanía y nacionalidad ha sido reafirmada antes que minada por la nueva concepción de ciudadanía europea. Sobre esto véase Mark **MITCHELL** y Dave **RUSSELX**, "Immigration, Citizenship and the Nation-State in the New Europe", *supra* nota 3, p. 55. Véase también David **CESARANI** y Mary **FULBROOK** (eds.), *Citizenship, Nationality and Migration in Europe*, Londres y Nueva York, Routledge, 1996.
28. T. **HOOGENBOOM**, "Integration into Society and Free Movement of Non-EC Nationals", *EJIL*, vol. 3, 1992, pp. 38-39. Sobre la libre circulación de personas en el mercado común véanse autores citados en la nota 14.
29. COM(95) 653 final, de 13.12.1995.

30. Véase, por todos, el capítulo XIII (Competencias de las Comunidades Europeas), redactado por la profesora A. Mangas Martín en A. MANGAS MARTÍN y D.J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, McGraw-Hill, 1996. Véase también Gerd WINTER (ed.), *Sources and Categories of European Union Law*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996 y especialmente "Reforming the Sources and Categories of the European Union: A Summary", pp. 13-65.
31. Art. 3B TCE, primer párrafo: "La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna".
32. Art. 3B TCE, tercer párrafo: "Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado".
33. Sobre el principio de subsidiariedad existe una bibliografía inmensa. Recientemente ha aparecido un estudio muy completo de J. M. AREILZA CARVAJAL, "El principio de subsidiariedad en la construcción europea", *REDC*, vol. 45, 1995, pp. 53 y ss.; y otro de M. FERNÁNDEZ ESTEBAN, *El principio de subsidiariedad*, Madrid, McGraw-Hill, 1996. Una nota informativa muy útil puede consultarse en J. DIEZ-HOCHLEITNEK y C. MARTÍNEZ CAPEVILA, *Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 30-36.

La necesidad de conectar racismo e inmigración se hace evidente cuando observamos los diversos fenómenos racistas que se producen en Europa desde 1989, ya que éstos tienen un alto contenido de sentimiento anti-inmigración.

gún ha sido definido en el artículo 3B TCE: "En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario".

El TUE establece una estructura nueva mediante la creación de la unión europea.³⁴ Esta estructura ha sido descrita con un símil arquitectónico de un templo de estilo griego sostenido por tres pilares. La fachada común para todos sus elementos está constituida por el Título I del TUE, que contiene las normas comunes de la UE, es decir, los artículos A- F sobre la constitución de la UE, sus objetivos y su constitución. El primer pilar consiste en los tratados constitutivos de las comunidades europeas reformados por el TUE. El segundo y tercer pilar, conocidos como pilares intergubernamentales para distinguirlos del citado pilar comunitario, contienen las "políticas o formas de cooperación" (artículo A TUE) y están reguladas en los títulos V (Política exterior y de seguridad común) y VI (Cooperación en ámbitos de Justicia e Interior) del TUE. Es fundamentalmente, aunque no únicamente, dentro de este último contexto, el de la CAJL, donde halla su expresión nuestro tema de estudio. A continuación presento un estudio del Tercer pilar.

3.2 La Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior

3.2.1 Naturaleza jurídica, objeto y principios del Tercer pilar

El Tercer pilar del TUE tiene, como ya hemos adelantado, una naturaleza jurídica intergubernamental. Es por lo tanto similar al Segundo pilar y difiere del Primer pilar comunitario, porque a ellos no se les aplican espontáneamente los principios fundamentales del derecho comunitario (primacía, aplicación directa, etcétera). Además, las decisiones que se adopten en su seno no pueden instrumentalizarse a través de los medios jurídicos previstos en el artículo 189 TCE, ni están sometidos automáticamente al control del TJCE. Por todo esto, algunos autores han afirmado que estaríamos ante una especie de soft law, gobernado por los principios del derecho internacional público.³⁵ El objeto del Título VI del TUE es regir la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior (artículo K TUE). Para ello, los estados han acordado someter a esta cooperación algunos ámbitos materiales definidos en el artículo K.I: la política de asilo, las normas que rigen el cruce de personas por las fronteras exteriores de los estados miembros y la práctica de controles sobre esas personas, la política de inmigración y la política relativa a los nacionales de terceros estados en los términos explicados más arriba,³⁶ la lucha contra la toxicoma-

34. Véase *supra* nota 13. También V. CONSTANTINESCO, "La structure du traité instituant l'Union européenne, CDE, 1993, pp. 251 y ss. Una opinión contraria a la mayoritaria que concibe al Tratado de la Unión como un templo con tres pilares es la que mantiene J.H.H. WEILER en "Neither Unity nor Three Pillars-The Trinity Structure of the European Union", en J. MONAR *et al.* (eds.), *The Maastricht Treaty on European Union. Legal Complexity and Political Dynamic*, European University Press, 1992.

35. P.Ch. MÜLLER-GRAF, "The Legal Basis of the Third Pillar and Its Position in the Framework of the Union Treaty", *CMLR*, 1994, p. 495. El autor califica a las normas del Tercer pilar como "legal sandstone" para diferenciarlas de las contenidas en el Primer pilar, a las que se refiere como "solid legal granite". Un paralelismo interesante, es el expresado por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en su famosa sentencia de 12 de octubre de 1993, en cuyo punto B hace una distinción parecida en relación con lo que es y no es derecho comunitario.

36. Véase *supra* sección 1.

nía, la lucha contra la defraudación internacional, la cooperación judicial en materia civil y penal, la cooperación aduanera y la cooperación policial. Todos estos ámbitos materiales de cooperación ya estaban operando informalmente en un sentido análogo al que nos referíamos cuando explicábamos la evolución de la cooperación en materia de inmigración. La novedad está en la institucionalización de estas prácticas cooperativas y, en algunos casos, la posibilidad que brinda el propio TUE para convertir lo que es intergubernamental en comunitario a través del procedimiento conocido como pasarela.

El Título VI del TUE participa de los objetivos y principios de la Unión Europea. En relación con los objetivos habrá que atender a los dictados del artículo B TUE, que además de referirse a la promoción de un progreso económico y social equilibrado y sostenible, a la afirmación de la identidad europea en el ámbito internacional, al reforzamiento de la protección de los derechos e intereses de los nacionales comunitarios y a la conservación íntegra del acervo comunitario, contiene asimismo una mención expresa de la cooperación en materia de justicia e interior.³⁷ El artículo K.I hace referencia a "los fines de la Unión, en particular la libre circulación de personas".

Los principios que rigen el Tercer pilar son los definidos en el propio TUE. A los ya citados principios de atribución de competencia, proporcionalidad y subsidiariedad, debemos agregar también el principio que obliga al respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales del artículo F, con la particularidad en este caso del artículo K.2.1: "Las cuestiones a las que se refiere el artículo K. 1 se tratarán en el respeto del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, y de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951, y teniéndose en cuenta la protección concedida por los estados miembros a las personas perseguidas por motivos políticos". El principio de respeto a los derechos humanos, según como se interprete, puede adquirir una dimensión de gran importancia. Recordemos, aunque volvamos sobre ello cuando veamos la contribución del TJCE en relación con las materias que nos ocupan, que el citado Tribunal viene sosteniendo desde antes de la entrada en vigor del TUE que

37. Sobre los problemas de interpretación de esta norma véase el comentario de D. SIMON en V. CONSTANTINESCO, R. KOVAR y D. SIMON, *Traite sur l'Union Européenne*, París, Economica. 1995, pp. 61 y ss.

haría respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales dentro del ámbito del derecho comunitario. En consecuencia, si pensamos en su potencialidad, podemos preguntarnos, como lo hace Twomey,³⁸ por la utilidad del artículo K.2 en relación con el déficit democrático del Título VI en general. Asimismo, el compromiso del K.2 puede ser tan alto como la montaña cuando pensamos que los mayores interesados en su cumplimiento son los nacionales de terceros estados (el llamado Estado Miembro 16) y los individuos que quieren entrar en el territorio de la unión. Ya sabemos que el asilo y la inmigración están fuera del CEDH, pero el derecho de la convención ha impuesto límites a la actuación de los estados en materia de deportación, expulsión y extradición; esos límites están fundados en el artículo 3 CEDH.³⁹ Recordemos, por ejemplo, el caso Soering. Se trataba de la extradición⁴⁰ por parte del Reino Unido de un nacional alemán a Estados Unidos de América, donde era acusado de un delito que merecía la pena de muerte en ese país. Allí dijo el TEDH que la decisión de un estado parte en la convención de extraditar a un fugitivo puede dar lugar a un problema subsumible bajo el artículo 3 de la convención y generar responsabilidad de ese estado por violación de la convención. Esto ocurriría si se demuestra que la eventual extradición de la persona en cuestión supone un riesgo real de ser sometido a torturas o tratos o castigos inhumanos o degradantes en el estado requirente.⁴¹

38. Patrick M. TWOMEY, "Title VI of the Union Treaty: «Matters of Common Interest» as a Question of Human Rights", en MONAR y MORGAN (eds.), *supra* nota 15, pp. 49-66.
39. Por ej. Soering contra Reino Unido, sentencia de 7 julio de 1989; Vilvarajah contra Reino Unido, sentencia de 30 de octubre de 1991; Cruz Varas contra Suecia, sentencia de 20 de marzo de 1991. Otros casos relacionados con el racismo son: asunto Abdulaziz, Cabales y Balka Dali contra el Reino Unido, sentencia de 28 de mayo de 1985. Sobre el tema véase Ralf ALLEWELDT, *Schutz vor Abschiedutig bei drohenden Folter oder unwenschlicher oder erwiedrigender Behandlung oder Strafe*, Berlin *et al.*, Springer, 1996.
40. Por supuesto, el razonamiento es extensible a la expulsión y a la deportación.
41. Textualmente, el Tribunal dijo que: "In sum, the decision by contracting State to extradite a fugitive may give rise to an issue under Article 3, and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where the substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if extradited, faces a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in the requesting country. The establishment of such responsibility inevitably involves an assessment of conditions in the requesting country against the standard of Article 3 of the Convention. Nonetheless, there is no question of adjudicating on or establishing the responsibility of the receiving country, whether under general international law,

Con ello quiero mostrar que una interpretación extensiva del respeto a las normas de derechos humanos y libertades fundamentales puede tener consecuencias de grave incidencia en materias que no pertenecen exclusivamente a la competencia comunitaria. En este caso, aceptando que las obligaciones de los estados (y de la comunidad) en relación con los derechos humanos no pueden ser evadidas con fundamento en los regímenes normativos vigentes en otros estados terceros. Sin embargo, ello no quiere decir que vayamos tan lejos como para crear derechos subjetivos que traigan su causa en ese tipo de interpretaciones. Al contrario, hay que aceptar, como lo ha puesto de manifiesto Tomuschat, que "el solo hecho de que en algún otro lugar los estándares de derechos humanos sean inferiores que en los estados partes de la convención europea no confiere derechos para permanecer dentro del área de aplicación *ratione territorii* de la Convención si esos derechos no surgen de otras fuentes jurídicas".⁴²

3.2.2 La estructura institucional y el sistema de decisión del Título VI del TUE

Merece subrayarse la vigencia del principio de unidad institucional⁴³ en el ámbito de la cooperación en asuntos de interior y justicia. En efecto, el nuevo artículo C TUE establece claramente que "La Unión tendrá un marco institucional único que garantizará la coherencia y la continuidad de las acciones llevadas a cabo para alcanzar sus objetivos, dentro del respeto y desarrollo del acervo comunitario". En relación con el Tercer pilar hay, sin embargo, ciertas particularidades. En efecto, si procedemos a un análisis de conexiones institucionales,⁴⁴ veremos que el consejo europeo conserva en la materia su papel de impulsor y definidor de políticas generales según lo establece el artículo C TUE.

El consejo, por su parte, tiene una importancia fundamental en el ámbito CAJI, como queda bien claro en la letra de los artículos K.3, K.6., K.8 y K.9. En ellos se dice, en primer lugar, que será en el seno del consejo donde los estados miembros se informarán y consultarán mutuamente sobre las materias de interés común definidas en el artículo K.I. Además, se especifican los poderes del consejo en materia normativa, dándole capacidad para adoptar posiciones comunes, acciones comunes y celebrar convenios análogos a los previstos en el artículo 220 TCE, recomendando adopción de estos últimos a los estados miembros. En relación con su constitución y regulación orgánica, el consejo del Tercer pilar se regula por las mismas normas que el consejo CE: en efecto, salvo en lo referente a sus funciones en la CE (artículo 145), el régimen de votación en la CE (artículo 148) y la capacidad para fijar sueldos, dietas y pensiones de los miembros de las instituciones (artículo 154 TCE), las normas que lo rigen son las mismas, como lo establece el artículo K.8 TUE.

La comisión se rige por lo dispuesto en el artículo K.2 TUE, que la habilita para estar "plenamente asociada" a los trabajos en las materias contempladas en el artículo K.I. Por lo demás, el artículo K.3 le otorga un poder de iniciativa en las materias descritas en los apartados 1 a 6 del K.I., excluyéndola de las demás, que sólo pueden ser impulsadas por los estados.

El parlamento europeo tiene un papel menor en el ámbito de la cooperación en asuntos de justicia e interior. En efecto, el artículo K.6 estipula que el PE debe ser informado regularmente por el consejo y la comisión sobre los trabajos en curso en las materias de interés común del Tercer pilar. Incluso se habla de consultas al PE y de un debido respeto a las opiniones de éste en la materia, lo que unido al poder de formular preguntas o recomendaciones al consejo y la realización de un debate anual terminan por definir la participación del PE en estas materias. Vistos estos datos, la doctrina ha denunciado la pobreza del papel otorgado al PE en el Tercer pilar, con el consiguiente menoscabo del principio democrático y de la transparencia que la unión europea tiene por fin respetar y profundizar. El Tribunal de Justicia no tiene atribuidas competencias en el ámbito material del Tercer pilar. Así lo dispone el artículo L TUE, que al definir las materias susceptibles de control por el TJCE, sólo se refieren al tercer párrafo de la letra c) del apartado segundo del artículo K.3, es decir, a los convenios internacionales que expresamente le otorguen competencia al tribunal. Sin embargo, aparte de las po-

42. Ch. TOMUSCHAT, "A Right to Asylum in Europe", 13 *HRLJ* 257-265 (1992).

43. Sobre el principio de unidad institucional introducido por el TUE, véase J. DIEZ-HOCHLEITNER, "La reforma institucional de las Comunidades Europeas acordada en Maastricht", *GJ*, D-18, 1992, pp. 9 y ss. También .1. BOULOUIS, "A propos des dispositions institutionnelles du Traité sur l'Union européenne", *Revue des Affaires Européennes*, 1992, núm. 4, pp. 5 y ss.

44. La expresión pertenece a Müller-Graf, que en su artículo habla también de conexiones procedimentales y funcionales. Véase P.Ch. MÜLLER-GRAF, *supra* nota 37, pp. 493-510.

sibles habilitaciones convencionales, existe la posibilidad de que el TJCE se pronuncie sobre cuestiones comprendidas en el Tercer pilar de forma indirecta en el momento de analizar problemas que pudieran surgir en el ámbito de materias sometidas a su competencia que estuvieran conectadas sustantivamente con las definidas en el Título VI.⁴⁵ El TUE crea, además, un nuevo órgano en el contexto del Tercer pilar: el Comité de Coordinación. Este comité está definido en el artículo K.4 y, como su nombre lo indica, tiene funciones de coordinación, pero también tiene por misión "formular dictámenes dirigidos al Consejo, a petición de éste o por iniciativa propia; contribuir, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 151 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, a la preparación de los trabajos del Consejo en las materias a que se refiere el artículo K.I, así como en las materias contempladas en el artículo 100 C del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, en las condiciones establecidas por el artículo 100 D de dicho Tratado" (artículo K.4). Esto último, como ha hecho notar la doctrina en general,⁴⁶ puede crear ciertos conflictos de competencia, entre el comité K.4 y el Coreper.

En relación con el sistema de decisión, la regla general del sistema está establecida en el artículo K.4.3, que exige unanimidad en los pronunciamientos del Consejo sobre las materias comprendidas en el Título VI. Esta regla halla excepciones en las cuestiones de procedimiento, donde se aplica la regla de la mayoría; en las acciones comunes cuando el consejo lo decida por unanimidad, cuya adopción se regirá por la mayoría (artículo 148 TCE); y en las medidas de aplicación de los convenios previstos en el K.3.2.c) regidos por la regla de la mayoría de dos tercios.

Los instrumentos específicos del Título VI son: (1) Posiciones comunes, (2) Acciones comunes, (3) convenios. Las **posiciones comunes** son instrumentos con diverso alcance y contenido, que pueden ser utilizados para definir la postura de la UE sobre determinadas materias o para establecer la forma de interpretación adecuada de conceptos jurídicos que afecten materias del Título VI. Así, por ejemplo, la posición común sobre la aplicación armonizada de la definición del término "refugiado" conforme al

artículo 1 de la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados, de 28 de julio de 1951. Existen fundadas dudas sobre el valor jurídico de las posiciones comunes. El profesor Liñán,⁴⁷ con el que coincido, les otorga el valor de obligaciones de resultado.

Las **acciones comunes**, previstas en el artículo K.3.2.b) TUE, deberían diferenciarse de las posiciones comunes por su carácter programático, aunque es difícil decir si en la práctica tendrán un carácter bien distinguido. Por lo pronto, los autores se refieren a ejemplos como la acción común sobre medidas de aplicación del artículo K.I de 25 de septiembre de 1995, para mostrar la particularidad de este instrumento: "un programa de acción, determinando su soporte operativo concreto".⁴⁸ En cuanto a su alcance, no debería ser diferente al que adjudicáramos a las posiciones comunes.

Los **convenios** previstos en el artículo K.3.2.c) constituyen una vía idónea para regular las materias de interés del Título VI, porque respetan en su totalidad las premisas intergubernamentales del Tercer pilar, en el sentido de que todo el peso de la decisión final descansa sobre los estados y sus procesos democráticos de control de la celebración de tratados, y simultáneamente permiten desplegar toda la potencialidad de control jurisdiccional del Tribunal de Justicia, ya que estos instrumentos son susceptibles de ser sometidos a su competencia, tanto en la interpretación como en la solución de controversias sobre su aplicación.

Se debe nombrar también algunos instrumentos que son frecuentemente utilizados para pronunciarse sobre la materia que tratamos y que no hallan enunciación en el Título VI. Ese es el caso de las resoluciones, las recomendaciones y las decisiones, que permiten una gran flexibilidad en los pronunciamientos de las instituciones.

Tanto las posiciones comunes como las acciones comunes deben ser motivadas y publicadas en el DOCE. Los convenios se publican en la serie C del DOCE como "Actos del Consejo por el que se establece un Convenio". Este hecho, suponiendo que los mecanismos del Tercer pilar, fuesen debidamente utilizados, representa un salto cualitativo respecto de la transparencia de las decisiones sobre inmigración, racismo y xenofobia, ya que permiten un control democrático de las mismas que no era

45. Véase *infra* sección 3.2.

46. Véase, por todos, A. MANGAS MARTÍN y D.J. LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, p. 70K.

47. *Ibid.*, p. 710.

48. *Ibid.*

posible cuando esas decisiones eran adoptadas en reuniones ministeriales a puerta cerrada.

3.2.3 El Título VI y otras bases jurídicas para adoptar decisiones sobre inmigración, racismo y xenofobia

En los párrafos anteriores hemos descrito, directa o indirectamente, la tensión competencial que existe entre los estados miembros y las comunidades europeas respecto de algunas materias tradicionalmente sensibles a la soberanía nacional de los estados. Antes de pasar al estudio específico de algunas acciones importantes de las instituciones comunitarias en materia de racismo y xenofobia, es conveniente detenerse en unas breves reflexiones de conjunto sobre las bases jurídicas de decisión comunitaria en dichas materias.

a) En primer lugar, es conocido que la visión tradicional respecto de los problemas descritos en estas páginas reserva el tratamiento de los aspectos jurídicos de los extranjeros a la soberanía estatal.⁴⁹ Esta posición prevalece aún hoy, ya que son los estados quienes tienen la mayor responsabilidad y la obligación de actuar en esta materia. Además, esta posición se ha visto reforzada por la vigencia del principio de subsidiariedad -según su interpretación mayoritaria- en aquellos casos en que hubiera superposición de competencias entre los estados y la comunidad.⁵⁰

b) En segundo lugar, también está ampliamente aceptado que existe la necesidad de actuar conjuntamente frente a los desafíos de la inmigración, el racismo y la xenofobia, como se ha demostrado en materia de asilo tras los acuerdos de Dublin y Schengen.⁵¹

Esa necesidad de aunar esfuerzos tiene un conducto muy adecuado en la estructura prevista en el Tercer pilar. Un contexto que se define como intergubernamental, para destacar la posición subordinada de la comunidad en la decisión normativa que recae sobre las materias allí descritas y, por extensión, sobre otras materias conexas. Es en este sentido en el que cabe reconsiderar nuestra descripción anterior, porque no está totalmente claro ni el significado de la distinción intergubernamental/comunitario, ni su operatividad en un grado de pureza que evite

49. Por ej. Thomas HOOGENBOOM, "Integration into Society and Free Movement of Non-EC Nationals", EJIL, vol. 3, 1992, p. 36.

50. Véase *supra* sección 3.1.

51. Kay HAILBRONNER, "Perspectives of a Harmonization of the Law of Asylum After the Maastricht Summit", CML Rev., vol. 29, 1992, p. 921.

superposiciones y conflictos. En relación con el primer problema, varios autores han llamado a una reconsideración de la distinción entre intergubernamentalismo y comunitarismo. Para Snyder,⁵² por ejemplo, "los aspectos institucionales del Tercer Pilar no pueden describirse adecuadamente en los términos de la distinción entre intergubernamental y supranacional". Y por ello propone la hipótesis de que "la distinción entre intergubernamentalismo y supranacionalismo está perdiendo su relevancia en el contexto de la Unión Europea".⁵³

Esta pérdida de relevancia se demuestra por la creación misma de una estructura nueva como es el Título VI del TUE, pero además también por los diversos tipos de conexiones jurídicas que tiene el Tercer pilar dentro del TUE. Esas conexiones, a las que ya hemos hecho referencia, son de tipo institucional, procedimental y funcional.⁵⁴ Por todo esto, Morgan⁵⁵ propone que "no debemos ser demasiado rígidos en distinguir intergubernamentalismo de supranacionalismo". Además, para este autor se puede hablar de "un área funcional, donde las precondiciones para una conducta integradora, para una conducta comunitaria y para un desarrollo activo sustancial de la Unión Europea pueda ser positivo, a pesar del hecho de que el Tercer Pilar es oficialmente un área intergubernamental". En cualquier caso, como certeramente lo muestra Müller-Graf, nos encontramos ante "una forma desarrollada de cooperación intergubernamental".⁵⁶

c) Con todo, las instituciones comunitarias parecen tener una aproximación ambigua frente al Tercer pilar. Desde un punto de vista favorable a una unión cada vez más estrecha, son conocidos los problemas que presenta la vía intergubernamental: cierta ineffectividad, participación escasa del PE, imposibilidad de control automático por parte del TJCE. La Comisión ha destacado esta insuficiencia en su dictamen sobre la CIG 96,⁵⁷ que hace hincapié en la falta de eficacia y de control

52. F. SNYDER, "Institutional, Development in the European Union: Some Implications of the Third Pillar", en MONAR y MORGAN (eds.), *supra* nota 15, pp. 87 y ss.

53. *Ibid.*, p. 90. Véase también Joseph H. H. WEILER, "The Community System: The Dual Character of Supranationalism", YEL, vol. 1, 1982, pp. 267-306, quien en las páginas 271-273 de este trabajo intenta una redefinición de la dicotomía "intergubernamental/supranacional" a través de las categorías supranacionalismo normativo y supranacionalismo decisorio.

54. Véase especialmente P. Ch. MULLER-GRAFF, *supra* nota 35, pp. 493-510.

55. MONAR y MORGAN (eds.), *supra* nota 15, p. 18, énfasis añadido.

56. MÜLLER-GRAFF, *supra* nota 37, pp. 497 y 499.

57. "Reforzar la unión y preparar la ampliación", Dictamen de la Comisión, COM (96) 90 final, 28.2.1996.

democrático de las decisiones CAJI. El profesor Liñán parte de este carácter de insuficiencia de la CAJI⁵⁸, pero explica también el porqué de la misma: 1) tardía y problemática incorporación a la construcción europea (TUE); 2) amplitud, diversidad e importancia de las materias que alberga; 3) complejidad institucional y de los mecanismos decisorios obligados a operar en la dualidad esta- dos/UE; 4) necesidad de articular instrumentos jurídicos de regulación que respondan al carácter híbrido de la función.⁵⁹

A estas dificultades podríamos añadir con Snyder, que, partiendo de la base de una conexión funcional, cuando hablamos de decisiones en el ámbito del Tercer pilar nos estamos refiriendo a medidas positivas de integración, que suelen presentar muchas más dificultades que las medidas que afectan aspectos negativos de la integración económica.

Debido a esas dificultades y también a una posición ideológica, la comisión ha preferido seguir actuando sobre la base del artículo 235 TCE para proponer decisiones en materia de lucha contra el racismo y la xenofobia. Un claro ejemplo de esta actitud es la propuesta de decisión del consejo por la que se declara 1997 Año Europeo contra el Racismo,⁶¹ sobre la que volveré en las próximas páginas.

4. La respuesta institucional comunitaria

A continuación analizaremos la respuesta institucional comunitaria frente al racismo y la xenofobia en las instituciones políticas (3.1), y luego veremos cuáles son las posibilidades de control jurisdiccional del TJCE en estas materias (3.2).

4.1 Información, reflexión y acción contra el racismo y la xenofobia en el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión

En el Parlamento Europeo nació la preocupación institucional comunitaria por las conductas racistas y xenófobas en la UE. En concreto, 1984 marca el punto de partida con la petición de creación de una comisión de consulta sobre el ascenso del fascismo y del racismo en Europa. De esta comisión, compuesta por 15 miembros presididos por G. Ford (socialista/británico), salió un importante informe sobre el fascismo y el racismo en Europa bajo la dirección de D. Evrigenis (PPE/grecia). La creación de la comisión de investigación, que tuvo su base jurídica en el entonces artículo 95 del reglamento, del PE,⁶² fue impugnada por diputados del PE pertenecientes a grupos de extrema derecha; en concreto, el Sr. Le Pen, actuando en nombre del Grupo de Derechas Europeas, presentó un recurso ante el TJCE con la intención de declarar nula la creación de la Comisión alegando discriminación de su grupo, minoritario frente a la decisión del presidente del PE, Sr. P. Pflimlin, de crear la comisión de investigación sobre el estado del racismo y el fascismo en Europa. Dicho recurso fue declarado inadmisibile por el Tribunal de Justicia, fundamentalmente porque la comisión en cuestión no crea obligaciones para terceros y su constitución es un problema de ordenación interna del parlamento.⁶³

En ese informe se hace una relación de actividades racistas y xenófobas dirigidas contra inmigrantes no comunitarios; además, se propone una "política comunitaria de migraciones", que comprende particularmente el respeto de los derechos y libertades fundamentales, ciertos aspectos de la cooperación política y las políticas de educación, social y cultural. Como lo explicó el ponente, "la investigación se presenta como una obligación moral de toma de conciencia y de vigilancia democráticas"⁶⁴ y se subraya la responsabilidad del PE en el plano de la información, de la reflexión y de la acción en la lucha contra el racismo y la xenofobia. Esa responsabilidad, sin embargo, debe ubicarse en un plano de justificación bien definido, porque como se dice en el

58. Con ese fin cita una frase del dictamen de la comisión sobre la CIG 96: "... remediar las insuficiencias del tratado (TUE) en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior, en particular su falta de eficacia y ausencia de control democrático y judicial, dotándolo de objetivos claros y de instrumentos y métodos apropiados" ("Reforzar la Unión y preparar la ampliación", Dictamen de la Comisión, COM (96) 90 final, 28.2.1996, p 6). Sobre el Tercer Pilar en la CIG 96 véase M. LEPOIVRE, "Le domaine de la Justice et des affaires in- térieures dans la perspective de la Conférence Intergubernamentale de 1996", CDE, 1995, pp. 323-343; también D. VIGNES, "Plaidoyer pur le IIIème pilier". Revue du Marché Commun et de l'Union Eu- ropéenne, niim. 397, 1996, pp. 273-281.

59. MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERAS, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Madrid, McGraw-Hill, 1996, pp. 697-698.

60. F. SNYDER, *supra noU* 52, p. 87.

61. Véase *infra* punto 4.1.

62. Hoy correspondiente al artículo 136 del Reglamento Interno del PE. Véase también la Decisión relativa a las modalidades de ejercicio del derecho de investigación del PE, DOCE L, 113, de 19.5.1995. Estos documentos pueden consultarse en J. DíEZ-HOCHLEH'NHR y C, MARTÍNEZ CAPDEVILA, *supra* nota, 35, §§ 6.2 y 6.3 respectivamente.

63. Ordenanza de 4.6.1986, as. 78/85 (Groupes des droites européennes/ Parlement européen), Recueil 1986, pp. 1753 y ss.

64. Comisión de investigación del ascenso del fascismo y el racismo en Europa. Informe de D. EVRIGENIS, 1985, p. 15.

informe, "parece justificado sugerir que las respuestas a los retos que plantea el objeto de nuestra investigación sólo pueden ser formulados dentro del concepto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales".⁶⁵ En este sentido, "(...) la represión del extremismo político y del racismo no debe sobrepasar los límites de la libertad que debe garantizar un régimen democrático a las personas bajo su jurisdicción".⁶⁶ Por lo tanto, se debe contemplar la función represiva de las conductas racistas y xenófobas como ultima ratio del sistema democrático. Con ello, el Informe demuestra la relevancia que otorga a la lucha intelectual de las fuerzas democráticas contra las antidemocráticas, dentro de un contexto de permanente educación cívica europea y con el objetivo de crear lo que el ponente del informe llamó una "política europea de las relaciones intercomunitarias".⁶⁷

En lo que a este estudio concierne, merecen destacarse una serie de recomendaciones institucionales del Informe Evrigenis: "avanzar en la edificación de un espacio jurídico europeo"; "trabajar en pro de una definición más amplia de las competencias y responsabilidades comunitarias en el área de las relaciones interraciales por medio de una interpretación teleológica de los tratados basada, entre otras cosas, en la búsqueda de la utilidad práctica de las disposiciones correspondientes y de los poderes implícitos de la Comunidad Europea, así como mediante el recurso al procedimiento del artículo 235 del Tratado CEE y, si fuera necesario, mediante la revisión de los Tratados"; "fomentar las iniciativas de la comisión en el ámbito de los problemas señalados en la investigación"; "introducir las cuestiones señaladas en la investigación en el área de interés de los mecanismos para comunitarios, tales como el Consejo Europeo y la Cooperación Política europea"; "contribuir a la elaboración y aprobación de una declaración común de las instituciones políticas comunitarias contra el racismo, la discriminación racial y la xenofobia y en pro de la armonía en las relaciones entre todas las comunidades que viven en Europa conforme al espíritu de la propuesta de la comisión y de la resolución del consejo"; "promover la función del PE como instancia de reflexión, debate y de iniciativa políticos en las materias que afectan al respeto y la consolidación del orden democrático, la lucha contra el racismo y la armo-

nía en las relaciones entre todas las comunidades que se encuentran en Europa".⁶⁸ La declaración que recomendaba el informe fue firmada el 11 de junio de 1986⁶⁹ en ella se comprometían las instituciones y los estados miembros a luchar contra el racismo, la intolerancia y la violencia de que son víctimas personas o grupos de personas por motivos de diferencia racial, religiosa, cultural, social o nacional. Con ese fin también se comprometieron a adoptar las medidas adecuadas para lograr esos objetivos.

Otra de las recomendaciones que se llevaron a la práctica fue la realización de un estudio de euro barómetro sobre el racismo y la xenofobia en la Comunidad Europea.⁷⁰ Los resultados de esta encuesta fueron presentados al PE en noviembre de 1989. En ellos se constata la gravedad del racismo en Europa, ya que uno de cada tres europeos piensa que en su país viven demasiadas personas de otra nacionalidad o raza. Sin embargo, también se nota una actitud favorable a la iniciativa comunitaria para reaccionar frente a los fenómenos racistas. Tras la Declaración común de 1986 se produjeron varios informes del PE relacionados con el tema, entre los que cabe nombrar el Informe Medina Ortega⁷¹ sobre la propuesta de la comisión relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia y el Informe van der Lek⁷² sobre la Declaración común de 1986 y el importante Informe Ford sobre el racismo en Europa de 1990. En relación con el primer informe mencionado, sorprendió a los diputados europeos la consulta del presidente del consejo de 12 de julio de 1988 sobre la propuesta de resolución del consejo, dada la similitud del contenido de la propuesta de resolución con el Informe Evrigenis, que reflejaba la posición del PE.⁷³ El informe del diputado español M. Medina Ortega fue aprobado por unanimidad en la Comisión de Asuntos Jurídicos y de Derechos de los Ciudadanos en noviembre de 1988 y por una importante mayoría en el pleno del PE en febrero de 1989. La crítica más importante del Informe Medina Ortega a la propuesta de reso-

65. *Ibid.*, p. 102.

66. *Ibid.*, p. 90.

67. *Ibid.*, p. 101.

68. *Ibid.*, p. 103.

69. DOCE C 176, de 14.7.1986.

70. Eurobarómetro, núm. especial, "Racism and Xenophobia", noviembre de 1989, Dirección General de Información, Comunicación y Cultura. Estudios, investigaciones y análisis.

71. PE 24. 11.1988, serie A. Doc. A2-0265/88.

72. PE, 11.11.1988, serie A. Doc. A2-0261/88.

73. " Cabe recordar que el consejo también consultó al Comité Económico y Social a través de una carta de 11 de julio de 1988, que respondió con un dictamen firmado por Lady Flather, aprobado el 23 de noviembre de 1988, bastante crítico con la propuesta.

En el Parlamento Europeo nació la preocupación institucional comunitaria por las conductas racistas y xenófobas en la UE. En concreto, 1984 marca el punto de partida con la petición de creación de una comisión de consulta sobre el ascenso del fascismo y del racismo en Europa.

lución del consejo era la falta de mención de bases legislativas de habilitación: para el ponente se deberían haber incluido, además del Acta Única Europea, nombrada por la Comisión, el artículo 220 del Tratado CEE y el artículo 235 del mismo Tratado, con el beneficio de que este último prevé la consulta al PE. Del Informe van der Lek, hecho en nombre de la Comisión de Asuntos Políticos del PE, se debe subrayar su preocupación por los derechos de voto para los migrantes, comunitarios y no comunitarios.

Respecto al Informe Ford, debe decirse que el núcleo del mandato de la comisión de investigación que estuvo en su origen consistía en averiguar las medidas adoptadas por los firmantes de la Declaración común de junio de 1986 en aras de su cumplimiento. En el informe se pudo constatar que el consejo restó importancia programática y normativa a la declaración, considerándola como "una declaración de principios y sólo una base sobre la que trabajar, no queriendo evaluar la información sobre lo que han hecho para llevar a la práctica esta declaración, actuando bajo su propia responsabilidad, los diversos Estados miembros". Sin embargo, el Informe Ford tuvo una gran repercusión y sus recomendaciones⁷⁴ son bien conocidas, aunque no siempre seguidas, por las instituciones y los estados miembros.

74. Véase el punto 7 del informe, que contiene 77 recomendaciones y conclusiones destinadas a las instituciones y a los estados miembros. Cabe subrayarse que entre esas recomendaciones aparecía una que alentaba a la comisión para realizar un informe sobre el estado de las legislaciones nacionales en materia de lucha contra el racismo y la xenofobia que fue llevado a cabo en 1992: *Medios jurídicos para combatir el racismo y la xenofobia*, editado por la Comisión de la CE, Bruselas, 1993. En la citada propuesta de la Comisión de 13.12.1995 se proyecta actualizar este informe periódicamente.

La comisión, por su parte, acepta la responsabilidad primordial de los estados y de los entes regionales y locales en la lucha contra el racismo y la xenofobia.⁷⁵ Pero resalta la necesidad de una respuesta a nivel europeo. En este sentido, la comisión ha tratado, de acuerdo con las recomendaciones del PE, de tomar la *iniciativa* de diversas formas en materia de lucha contra el racismo

y la xenofobia, aunque, como podremos observar, en la mayor parte de las ocasiones ha terminado por aceptar su posición secundaria en la materia.

Una primera muestra de ello es la historia de la Decisión de 8 de julio de 1985,⁷⁶ donde se establecía un procedimiento de comunicación y consulta previas en materia de políticas de migración respecto de terceros países. Su objeto era armonizar la legislación nacional en el campo del derecho de inmigración con el fin de lograr obtener un mínimo grado de coherencia de dichas políticas. La decisión, sin embargo, fue impugnada por Alemania, Francia, Holanda, Reino Unido y Dinamarca, que disconformes con la base jurídica elegida por la comisión para adoptar el acto en cuestión, interpusieron un recurso de anulación de la decisión ante el TJCE. El Tribunal de Justicia analizó (1) si la cooperación entre los estados miembros en el ámbito social regulado en el artículo 118 TCE cubría las políticas migratorias respecto de estados terceros y (2) si la tarea de regular los procedimientos de consulta por parte de la comisión implicaba la posibilidad de adoptar decisiones obligatorias en la materia. En su sentencia de 9 de julio de 1987 llegó a la conclusión de que debía anular la decisión en tanto ésta pretendía imponer resultados concretos a los estados miembros a través de los medios previstos en el artículo 118, que no podía entenderse como una base de competencia para la adopción de normas vinculantes de la comisión que no tuvieran un contenido

75. Véase la comunicación de la Comisión sobre el racismo, la xenofobia y el antisemitismo, de 13.12.1995, *cit.*, p. 3, § 1.2.

76. Decisión de la Comisión 85/381/CEE de 8.7.1985, en DOCE L 217/25 de 14.8.1985.

meramente procedimental.⁷⁷ La decisión fue modificada para adaptarse a los dictados del TJCE.⁷⁸ Posteriormente, como dato destacable en esta relación de actos y actitudes institucionales, cabe hacer una mención de la resolución relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia⁷⁹. Esta resolución fue adoptada por el consejo de asuntos sociales y los representantes de los gobiernos de los estados miembros reunidos en el seno del consejo. Uno de sus comentaristas ha subrayado que se trataba de un "gesto político" de la mayor importancia.⁸⁰ Sin embargo, la resolución ha sido criticada por el PE por la exclusión de la referencia a los nacionales no comunitarios y por carecer de carácter vinculante⁸¹. Además, también se criticó la eliminación de la afirmación que sostenía que el racismo y la xenofobia constituían un obstáculo a la libre circulación de personas en la comunidad. En coincidencia con esta línea de críticas, el Informe Ford se expresaba así sobre la resolución: "Todos los Estados miembros calificaron al texto final aprobado de importante paso adelante para eliminar el racismo y la xenofobia entre sus ciudadanos. De hecho, al negarse a incluir en el ámbito de la resolución a los residentes no comunitarios, la resolución aprobada significa un paso atrás, pues claramente va en contra no sólo del espíritu sino también del contenido

de la Declaración común contra el racismo y la xenofobia de junio de 1986".⁸²

77. STJCE de 9.7.87, as. Política migratoria, 281, 283, 284 y 287/85, Rec., p. 3203. La sentencia se desvía bastante de la opinión del Abogado General Mancini, quien sostenía una visión más radical en cuanto a la posibilidad de controlar la inmigración desde terceros estados, ámbito que para Mancini quedaba fuera del ámbito normativo del tratado CEE. Véase el comentario de K.R. SIMMONDS, "The Concertation of Community Migration Policy", *CMLRev*, vol: 25, 1988, pp. 177 y ss. También R. PLENDER, "Competence European Community Law and Nationals of Non-Member States", *ICLQ*, vol. 39, 1990, pp. 605-607 explicando la lectura extensiva o no todo lo restrictiva posible, que el Tribunal de Justicia hizo del artículo 118 TCEE.

78. Decisión de la Comisión de 8 de junio de 1988 por la que se establece un procedimiento de comunicación y consulta previas sobre las políticas de migración en relación con países no miembros (88/384/CEE), en DOCE L 183/35, de 14.7.88.

79. Resolución de 29 de mayo de 1990, 90/C 157/01.

80. P.N. STANCOS, "La Lutte de la Communauté contre le racisme et la xénophobie", *Revue du Marché Commun*, núm. 354, 1992, p. 17.

81. Por supuesto, respecto de la resolución que comentamos también se planteó un problema que ya podríamos calificar como recurrente: su base jurídica. En efecto, como lo pone de manifiesto Stancos en su estudio de la misma (*supra* nota 82, pp. 20-21), la resolución sólo parece encontrar un fundamento válido en el artículo 235 TCE; aunque, el citado autor dice que en este ámbito también debe tenerse en cuenta el artículo 220 TCE.

82. Informe Ford, 8 4.4.2.21.

Volviendo a la comisión, ésta ha fijado sus directrices⁸³ para guiar su acción contra el racismo y ellas se resumen en los siguientes postulados:

- a. "La lucha contra el racismo requiere la cooperación de todos los afectados".
- b. "La prevención debe ser el objetivo clave de toda estrategia contra el racismo".
- c. "Las prioridades deben establecerse sobre la base de la cooperación".
- d. "Al desarrollar sus actividades en este ámbito, la Comisión respetará escrupulosamente el principio de subsidiariedad".

Para llevar adelante su tarea bajo la dirección de estas directrices, la comisión utilizará los medios que tenga disponibles, y en ese sentido dará prioridad a la garantía de la incorporación de medidas adecuadas a los instrumentos de política existentes en ámbitos afines. No es este el espacio para analizar las iniciativas de la comisión en el contexto de cada uno de los instrumentos con que cuenta la comisión para actuar (sea en el empleo, en la educación, etcétera), me interesa, como se ha puesto de manifiesto desde el comienzo del trabajo, observar la posición de la comisión en materia de legislación comunitaria para luchar contra el racismo y demás formas de discriminación. Al respecto, es notorio que los medios previstos en el Título VI antes descrito no suponen un cambio de orientación en las perspectivas de la comisión, que participa en la cooperación en asuntos de justicia e interior tanto como le sea posible, pero a la vez busca medios para actuar a nivel comunitario. Veamos como ocurre esto en la propuesta de un Año Europeo contra el Racismo y también cuál es la posición general de la comisión en la materia.

En la citada propuesta se mencionan diversas, normas del TUE y TCE para apoyar jurídicamente las normas legales que contiene. Entre esas normas cabe señalar: el artículo 2 TCE, que hace referencia a "la elevación del nivel y la calidad de vida"; el artículo B TUE, que tiene entre sus objetivos promocionar el progreso económico y social mediante el fortalecimiento de la cohesión económica y social; el artículo F.2 TUE, que contiene el mandato de respetar los derechos humanos; el artículo 6 TCE, que proscribe la discriminación por razón de nacionalidad. Sin embargo, se un habíamos adelantado al analizar el Tercer pilar,⁸⁴ la base jurídica alegada

83. COM(95), 653 final, p. 8.

84. Véase *supra* 3.2.3.

es el artículo 235 del TCE, que permite a la comunidad actuar cuando sea necesario para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la comunidad, sin que el tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto. Dato que evidencia que para la comisión, en coincidencia con PE, "hay razones para argüir que la lucha contra el racismo y la xenofobia forma parte de los principios del Tratado de la Unión,⁸⁵ que induce a presentar incluso una directiva antidiscriminación.

Las razones de fondo de la postura descrita son explicadas por la comisión diciendo que: "La lucha contra el racismo y la xenofobia es un elemento integrante de todas las políticas que, dentro del pleno respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales, tratan de garantizar la libre circulación de personas dentro de la Comunidad. Se aplica a los trabajadores, migrantes de la comunidad (que pueden ser nacionales de terceros países) pero también a los nacionales de determinados terceros países que, en virtud de acuerdos de asociación, disfrutan del derecho a integrarse en el país de acogida una vez transcurrido un cierto periodo de empleo regular". Por lo tanto, se defiende desde estos puntos de vista unas competencias en todo caso compartidas entre la comunidad y los estados miembros respecto de la lucha contra el racismo y la xenofobia. "En este sentido, la Comisión distingue dos problemas: por un lado, "la necesidad de garantizar la aplicación no discriminatoria de la legislación de la Comunidad" y, por otro lado, "la adopción de un instrumento legislativo de mayor alcance contra la discriminación, ya sea en el cuerpo del Tratado o a través de legislación complementaria". Para el primer núcleo de problemas, la comisión prevé tres opciones principales: (1) incluir una norma que contenga una cláusula general de no discriminación;⁸⁶ (2) adoptar un reglamento con los mismos contenidos; (3) incluir en cada uno de los actos adoptados por las instituciones en sus respectivos ámbitos de competencias una cláusula contra la discriminación inspirada en el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

La comisión prefiere la primera opción y aplica la tercera como solución de mínima⁸⁷. En cuanto a la posibilidad de un instrumento legislativo de gran alcance sobre la discriminación, la Comisión se muestra muy de acuerdo con tal objetivo.

4.2 La muy limitada participación del Tribunal de Justicia en materia de inmigración, racismo y xenofobia

El Tribunal de Justicia, conforme con lo explicado anteriormente,⁸⁸ carece de competencia sobre las materias reguladas en el Título VI, según lo dispone el artículo L TUE. Sin embargo, el Tribunal de Justicia incide sobre las materias que ahora nos preocupan de una forma indirecta. En efecto, el artículo L.b) establece la posibilidad del ejercicio de una competencia derivada de acuerdos convencionales del K.3.2.c) para interpretar y solucionar controversias de acuerdo con las normas de habilitación y, por otra parte, la jurisprudencia de las zonas grises y decisiones indirectamente relacionadas con los ámbitos CAJI también permite tal ejercicio indirecto de la jurisdicción del tribunal. Respecto al primer ámbito, la doctrina presenta las situaciones diferenciadamente según se juzguen derechos que surgen directamente de los acuerdos que otorgan competencias o indirectamente en aquellas ocasiones en que el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre derechos que se derivan de sujetos que no son aquellos sobre los cuales recae la norma de modo inmediato, como por ejemplo aquellos casos en que se discuten derechos de parientes de ciudadanos de un estado miembro que desean reunirse con sus familiares. A continuación presentaremos algunos rasgos sobresalientes del panorama jurisprudencial del Tribunal de Justicia en los ámbitos descritos⁸⁹, con el fin de extraer y conocer ciertos criterios básicos de decisión, sus críticas y eventuales transformaciones.

85. Resolución del PE sobre la comunicación de la comisión sobre las políticas de inmigración y derecho de asilo, de 21.9.1995. Citada por la comisión en su comunicación de 13.12.1995, COM(95) 653 final, p. 20.

86. Propuesta que coincide con la recomendación del Libro Blanco sobre política social y que también se tiene en cuenta en el informe final del grupo de reflexión sobre la CIG 1996.

87. Por ejemplo, el artículo 22 de la directiva "televisión sin fronteras" (89/522/CEE), que compromete a los estados miembros a excluir programas que inciten al odio por razones de raza, sexo, religión o nacionalidad.

88. Véase *supra* 3.2.2.

89. El citado panorama, que en el texto no examinaré sino selectivamente, comprende los casos en que el Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre la situación jurídica de nacionales de terceros estados. Una lista de los mismos debe incluir los siguientes: as. 40/76, Kermaschek, sentencia de 23 de noviembre de 1976, Recueil, 11-1669 (Yugoslavia); as. 65/77, Razanatsimba, sentencia de 24 de noviembre de 1977, Recueil III-2229 (Madagascar); as. acumulados 62 y 63/81, Seco, sentencia de 3 de febrero del 1982, Recueil 11-223; as. acumulados 35 y 36/82, Morson y Jhanjan, sentencia de 27 de octubre de 1982, Recueil-X, p. 3723 (Surinam); as. 283/83, Meade, sentencia de 5 de julio de 1984, Recueil 1984-VII, p. 2631 (EE.UU.); as. 267/83, Dialta, sentencia de 20 de junio de 1985, Recueil 1985-11, p. 568 (Senegal); as. 94/84, Deak, sentencia de 1985,

Los acuerdos que otorgan competencia al TJCE, establecen una relación normativa directa con el sujeto al que se le otorgan derechos y obligaciones según sus normas,⁹⁰ además de los derechos que puedan nacer indirectamente de esa relación jurídica para otros sujetos, como por ejemplo puede ocurrir con ciertos familiares del trabajador que pueden beneficiarse del derecho de reunión. Esos acuerdos, que están previstos en los artículos 228 y 238 TCE,⁹¹ suelen contener una cláusula que prohíbe el trato discriminatorio de los nacionales de terceros estados partes en los acuerdos en el territorio comunitario. El Tribunal de Justicia se ha pronunciado sobre esa materia a través de la vía de habilitación convencional en diversos casos relativos al Acuerdo de Asociación con Turquía, en la Convención de Lomé,⁹² y en el acuerdo de cooperación con Marruecos,⁹³ aunque los casos más interesantes desde el punto de vista jurídico respecto de los temas que nos preocupan han surgido de la aplicación del acuerdo de asociación con Turquía de 1963 y, sobre todo, de la interpretación de su artículo 12, que contiene la promesa de las partes contratantes de establecer de forma gradual la libertad de circulación de trabajadores en sus territorios guiados por los artículos 48, 49 y 50 del TCE. Promesa que, sin embargo, no sólo no ha sido cumplida sino que algunos años después, dado el cambio de las circunstancias migratorias y laborales en Europa,⁹⁴ se

comenzó a hacer evidente el hecho de que no había por parte de los Estados miembros de la CE ninguna voluntad de cumplirla. Un caso significativo en relación con esta realidad llegó ante el Tribunal de Justicia en 1986 y se conoce con el nombre de asunto Demirel.⁹⁵

Los hechos que dieron lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Demirel se producen tras la negativa de Alemania de aceptar la inmigración de familiares de un ciudadano turco que residía y trabajaba legalmente en aquel estado. El Tribunal de Justicia tuvo que decidir si el artículo 12 del acuerdo de asociación antes citado, conjuntamente con el artículo 36 del Protocolo adicional de 1970,⁹⁶ obligaban a la comunidad y sus estados miembros a no crear nuevas restricciones a la libre circulación de trabajadores turcos que se encontrasen trabajando legalmente en un estado miembro y, con especial importancia, si dentro de esta prohibición estaba el derecho a la reunión familiar. El Tribunal de Justicia admitió la categoría normativa vinculante del acuerdo de asociación y de los actos de los órganos creados por el mismo, sin embargo, en relación con las normas concretas bajo examen, sostuvo que las mismas no tenían carácter obligatorio porque eran de un valor programático y no poseían la suficiente precisión como para poder regular la libre circulación de trabajadores turcos de modo directo.

En una sentencia posterior esta visión se vio relativamente suavizada por el reconocimiento del Tribunal de Justicia de derechos subjetivos a los trabajadores turcos dentro del marco del derecho comunitario en el asunto Sevince.⁹⁷ En efecto, si las normas que confieren derechos a los trabajadores turcos son lo suficientemente precisas y aplicables directamente en los estados miembros, entonces, esa virtualidad jurídica debía respetarse por parte de estos últimos respecto de los trabajadores turcos que residan- legalmente en la CE. Esta tendencia más favorable para los trabajadores turcos ha sido seguida por el Tribunal de Justicia en otras ocasiones con posterioridad al asunto Sevince. en-

Recueil 1985-V, p. 1874 (Hungría); as. 131/85 Gül, sentencia de 7 de mayo de 1986 Recueil 1986-V, p. 1573 (Chipriota de origen turco); as. 12/86, Demirel, sentencia de 30 de septiembre de 1987, Recueil 1987-VIII, p. 3719 (Turquía); as. C-113, Rush Portuguesa, sentencia de 27 de marzo de 1990, (Portugal, se incluye en la lista porque en la época de regulación estos empleados portugueses no gozaban de todos los derechos que les corresponden como ciudadanos comunitarios); as. C. 192/89, Sevince, sentencia de 8 de octubre de 1990, Recueil 1990-VIII, p. 3461 (Turquía); as. acumulados C- 297/88 y C-197/89, Dzodzi, sentencia de 18 de octubre de 1990, Recueil 1991-IX, p. 3763; as. C-18/90, Kziber, sentencia de 31 de enero de 1991, Rec. 1991-X, p. 199 (Turquía), as. 370/90, Surinder Singh, sentencia de 7 de julio de 1992, Rec. 1992-VII, p. 4265; as. C-237/91, Kus, sentencia "de 16 de diciembre de 1992, Rec. 1992-X, p. 6781 (Turquía); as. C-355/93, Éroglu, sentencia de 5 de octubre de 1994, Rec. 1994-X, p. 5113 (Turquía); as. C-434/93, Bozkuri, sentencia de 6 de junio de 1995, Rec. 1995-VI, p. 1475 (ciudadano turco en Holanda).

90. Véase W. ALEXANDER, "Free Movement of Non-EC Nationals", *EJIL*, vol. 3, 1992, pp. 53-64.

91. Existe una extensa bibliografía sobre las relaciones exteriores de las comunidades europeas y su vertiente convencional. Véase, en general, J.V. Louis y P. BRÜCKNER, *Re latió ns Ex té rie ures. Le droit de la Communauté Economique Européene*, vol. 12, Ediciones de la Universidad Libre de Bruselas, Bruselas, 1980. Recientemente ha aparecido un excelente trabajo monográfico de I. MACLEOD, I.D. HENDRY y S. HYETT, *The External Relations of the European Communities*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

92. Por ejemplo, el asunto Razanatsimba, *supra* nota 91.

93. Por ejemplo, el asunto Kziber, *supra* nota 91.

94. Véase *supra* sección 1.

95. As. 12/86, Demirel, citado en la nota 91.

96. Este Protocolo adicional, en vigor desde 1972, fijaba un plazo para la implantación de la libertad de circulación comprometida de manera política en 1963, cuya implementación debía ser acordada y regulada por el Consejo de la Asociación.

97. As. C-192/89, Sevince, sentencia de 8 de octubre de 1990, *supra* nota 89.



Comunitarios¹⁰⁰. El profesor Weiler se ha ocupado de esta pregunta constatando que la respuesta ha sido limitada. En efecto, existe un claro compromiso del Tribunal de Justicia de proteger los derechos fundamentales **dentro del ámbito del derecho comunitario**. Sin embargo, como bien se pregunta nuestro autor, no está tan clara la cuestión cuando concretamos aun más ese compromiso y nos planteamos cuáles son los límites de ese ámbito de protección y, más directamente, si comprende los derechos fundamentales de los nacionales de países terceros en casos de racismo y xenofobia. Weiler afirma en su trabajo que en estas materias el TJCE se ha auto limitado en la interpretación de las categorías relevantes sobre la base del contexto normativo obligatorio que legitima su operatividad y también sobre la base de una interpretación restrictiva de los límites impuestos por esas normas. Ahora bien, para el autor es necesario un cambio jurisprudencial que puede ser llevado a cabo "dentro de los límites legítimos de la discrecionalidad judicial y de los cánones clásicos de desarrollo del derecho y la interpretación judicial practicados por el Tribunal de Justicia".¹⁰¹ Esa actitud judicial debe tener una incidencia importante cuando el Tribunal de Justicia ejerza poderes sobre materias dentro de su competencia solapadas con

tre casos que han confirmado la citada línea jurisprudencial están los asuntos *Eroglu*⁹⁸ y *Bozkurt*.⁹⁹

Pero no es exactamente el problema referido al ya pacíficamente aceptado carácter comunitario de las normas convencionales internacionales y a los graves problemas de aplicación que presentan sino a la cuestión más general respecto de los límites jurisdiccionales del Tribunal de Justicia en la protección de los derechos fundamentales de los nacionales no

102. As. C-3 55/93 *Eroglu v. Land Baden-Württemberg*, sentencia de 5 de octubre de 1994, *supra* nota 89. Sobre este caso véase el comentario de M. ZULEEG, *CMLRev.*, vol. 33, 1996, pp. 93-101.

103. As. C-434/93, *Bozkurt*, sentencia de 6 de junio de 1995, citado en la nota 89. Sobre este caso véase el comentario de M. ZULEEG, *CMLRev.*, vol. 33, 1996, pp. 103-112.

100. Joseph H.H. WEILER, "Thou Shalt Not Oppress a Stranger: On the Judicial Protection of the Human Rights of Non-EC Nationals - A Critique", *EJIL*, vol. 3, 1992, p. 69.

101. *Ibid*, p. 70.

ámbitos tocantes al principio de no discriminación y lucha contra el racismo y la xenofobia. La defensa de esta línea jurisprudencial debe dejar claro, sin embargo, que a través de ella no se propugna un activismo judicial irrazonable sino sólo una coherencia con los predicamentos derivados del compromiso de proteger los derechos fundamentales dentro del ámbito del derecho comunitario,¹⁰² teniendo muy especialmente en cuenta los nuevos postulados del Tratado de la Unión sobre la materia.¹⁰³ Además en un ámbito más general, como bien lo subraya Müller-Graff,¹⁰⁴ "no hay restricción de la aplicabilidad del Derecho comunitario y de los poderes del Tribunal de Justicia en el caso de que una decisión tomada en el contexto procedimental del Tercer Pilar violara el Derecho Comunitario". Esto significa, sigue diciendo nuestro autor, que "una decisión del Consejo o una conducta de un Estado miembro que contradiga los requerimientos del Derecho comunitario, no está justificada por el mero hecho de que haya sido tomada en el contexto del Tercer Pilar". Esta misma idea, aunque más general, es expresada por Monar¹⁰⁵ cuando sostiene que el Tercer pilar no limita las competencias del TJCE según están reguladas en los tratados, por lo tanto, cualquier estado miembro y la comisión podrían introducir una demanda de anulación contra una decisión o medida tomada en el ámbito del Tercer pilar que infrinja el derecho comunitario.

Por último, es preciso recordar que el Tribunal de Justicia podría adquirir competencias como consecuencia de la comunitarización de algún ámbito regulado en el artículo K.I a través del mecanismo conocido como la pasarela previsto en el artículo K.9.¹⁰⁶

102. Sobre la discusión general Derechos humanos/Derecho comunitario existe una extensa bibliografía. En general se puede consultar el capítulo sobre "La comunidad y los derechos fundamentales" de R. ALONSO GARCÍA, *Derecho comunitario*, Madrid, Ceura, 1994., pp. 599 y ss. y la extensa bibliografía allí citada. Además, véase G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, "La protección de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en *El defensor del pueblo en el Tratado de la Unión Europea*, Madrid, Universidad Carlos III, 1993, pp. 203 y ss. "

103. Véase el punto .3.2.1. de este trabajo.

104. P. Ch. MÜLLER-GRAFF, *supra* nota 37, p. 500. Para mayor fundamentación, el autor se refiere al mandato del artículo M TUE y al artículo C. 1 TUE.

105. J. MONAR, "The Evolving Role of the Union Institutions in the Framework of the Third Pillar", en MONAR, J. y MORGAN, R. (eds.), *supra* nota 15, p. 82. Véase, sin embargo, el as. C. 167/94, *Grau Gromis*, auto del TJCE de 7 de abril de 1995, Rec. fase. 3/4 de 1995, p. 1019, donde el Tribunal de Justicia se declaró incompetente para interpretar el art. B TUE.

106. Véase *supra* punto 3 y especialmente el trabajo de R. BLEBER, Roland, "Links Between the «Third Pillar» (Title VI) and the European Community (Title II) of the Treaty on European Union", en MONAR y MORGAN (eds.), *supra* nota. 15, pp. 37-47.

5. Las medidas internas adoptadas por los estados miembros

5.1 Estándares mínimos de protección V principios constitucionales

Cabe advertir que no haré un examen de todo el conjunto normativo de protección de los derechos fundamentales que garantizan el principio de igualdad y la no discriminación en los estados miembros de la UE.¹⁰⁷ En efecto, estos principios son susceptibles de un análisis constitucional, internacional, penal o incluso en estadios aún más específicos como pueden ser la vivienda, el empleo, la educación, la libertad religiosa, la discriminación comercial, la participación en elecciones, la salud y la familia entre otros aspectos que reflejan el

"hecho global" que caracteriza el problema de la inmigración¹⁰⁸ y que, por tanto, despliega, sus

consecuencias sobre nuestro interés más específico de la prohibición de discriminación. Nuestro objetivo, en cambio, es exponer el contexto general ineludible en el que se incertan las normas antidiscriminatorias en el ordenamiento jurídico y que no es otro que el delimitado formal y sustantivamente por la Constitución española, que por otra parte refleja en sus contenidos unos principios compartidos por los estados miembros de la UE. Este dato merece una atención particular especialmente en relación con el principio de igualdad.

Independientemente de las múltiples referencias a la igualdad en la Constitución española, la norma clave para la citada delimitación está contenida en el artículo 14, que define el principio de igualdad¹¹⁹ prescribiendo que "Los españoles son iguales ante la ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". Como puede observarse a primera vista, la aparición del término españoles en el texto normativo implica una discriminación y por lo tanto habrá que fundamentar si se justifica, cómo se justifica, a qué derechos se aplica y frente a qué leyes.

107. Sobre el tema véase COMUNIDADES EUROPEAS - COMISIÓN, *Medios jurídicos para combatir el racismo y la xenofobia*, editado por la Comisión de la CE, Bruselas, 1993, que contiene una relación de los instrumentos jurídicos de los estados miembros de la UE contra el racismo y la xenofobia.

108. Véase *supra* sección 2.

109. Sobre el principio de igualdad en la Constitución española existe una amplia bibliografía; para un estudio general, véase E. ALONSO GARCÍA, "El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución Española", *RAP*, 1983, pp. 21-92.

Desde un punto de vista jurídico, filosófico caben diversas posiciones respecto de la justificación de la citada discriminación. Esas posiciones se han visto reflejadas en un interesante debate que se viene produciendo en España y en el que hasta ahora han participado relevantes filósofos del derecho como Manuel Atienza,¹¹⁰ Javier de Lucas,¹¹¹ Alfonso Ruíz Miguel¹¹² y Liborio Hierro.¹¹³ Para Alfonso Ruíz Miguel, la distinción establecida por el principio genérico de igualdad del artículo 14, que sólo está establecido para españoles, es "un rasgo irrelevante en la garantía antidiscriminatoria pese a la apariencia literal" de la norma.¹¹⁴ Ello es así según este autor debido a la letra del artículo 13 CE, que garantiza para los extranjeros, el goce de las libertades públicas contenidas en el título sobre derechos y libertades fundamentales de la Constitución, si bien lo hace "en los términos que establezcan los tratados y la ley" y a la concreción interpretativa del TC realizada esencialmente en la sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, en cuyo fundamento jurídico tercero se sostiene que "aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehúye esta terminología, ciertamente equívoca, (...) aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, (...) tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles".¹¹⁵ Si es posible ese tratamiento desigual en lo que respecta a la "igualdad ante la ley", garantizada por el artículo 14, que no encuentra fundamento normativo en la Constitución para extenderse a los extranjeros.¹¹⁶

Javier de Lucas sostiene que la distinción no sólo es relevante sino que institucionaliza la exclusión.¹¹⁷ Atienza, por su parte, radicaliza aun más la posición contraria a la irrelevancia, ya que para él esa discriminación contradice al principio de dignidad humana y es "pura y simplemente inmoral".¹¹⁸ La forma que Atienza tiene de entender el principio de dignidad, esto es un principio que se construye tomando en cuenta factores que dependan de las acciones voluntarias de los seres humanos y no aquellos que caen, en la bonita expresión de Rawls, en la lotería natural, lo conduce a la citada tesis de la inmoralidad. Esa tesis ha sido criticada con bastante razón por Liborio Hierro, quien cree que la construcción de Atienza contiene dos fallos: primero, no tiene en cuenta que "la distinción nacional/extranjero no es contingente, sino necesaria, para un ordenamiento jurídico universal"¹¹⁹ segundo, la aplicación del argumento de Niño¹²⁰ sobre la definición del principio de dignidad no es correcta porque "el extranjero no es discriminado, en principio, por una condición o circunstancia que nada tenga que ver con su «acción voluntaria» ya que [...] el extranjero es, en términos generales, aquel no-nacional que se sitúa (voluntariamente bajo el ámbito de aplicación del ordenamiento)".¹²¹ Por lo tanto, para Hierro la posición del TC es adecuada a derecho y también tiene una justificación moral, y para fundamentar su tesis se refiere a la clásica dis-

122. Manuel ATIENZA, *Tras la justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*, Barcelona, Ariel, 1993.

123. J. de LUCAS, *El desafío de las fronteras*, supra nota 5.

124. A. Ruíz MIGUEL, "Las huellas de la igualdad en la Constitución", en M. REYES MATE (comp.), *Pensar la igualdad y la diferencia (una reflexión filosófica)*, Madrid, 1995, pp. 109-129.

125. L. HIERRO, "Las huellas de la desigualdad en la Constitución", en M. REYES MATE (comp.), *Pensar la igualdad y la diferencia (una reflexión filosófica)*, Madrid, 1995, pp. 131-150.

126. A. Ruíz MIGUEL, "Las huellas de la igualdad en la Constitución", en M. REYES MATE (comp.), *Pensar la igualdad y la diferencia (una reflexión filosófica)*, Madrid, 1995, p. 121.

127. FJ 3º. Véase también las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional: STC 108/1984, de 26 de diciembre; STC 90/1985, de 30 de septiembre; STC 115/1987, de 7 de julio. En lo que respecta al racismo y la xenofobia cabe recordar aquí que últimamente ha habido un pronunciamiento específico del TC sobre xenofobia y libertad de expresión, donde se condenó a los responsables de "una revista por la publicación de unos tebeos de contenido nazi".

a. STC 107/94, de 23 de noviembre, FJ 2º. Es importante subrayar que el TC no está tratando de buscar una justificación a la discriminación de extranjeros frente a españoles en materia de acceso a un

puesto de trabajo, al contrario, sostiene que "en esta materia nada exige que deba existir la igualdad de trato" (FJ 4º).

117. J. de LUCAS, supra nota 5 p. 115. Este autor va mucho más allá en su libro cuando habla de la institucionalización de la xenofobia en el derecho (p. 152). Ambas citas, siu embargo, causan cierta perplejidad al lector, ya que este autor también sostiene en su libro, que la equiparación restringida, de la que hablaremos inmediatamente en el texto, no es contraria al principio de dignidad y por lo tanto no es inmoral (p. 149). De Lucas, por otra parte, aumenta esa incomodidad ya que por una parte crítica la posición "radical" de Atienza y, por otra parte, hace unas propuestas conclusivas que no se corresponden con la crítica. Liborio Hierro, con razón, acusa a la tesis de Javier de Lucas de autocontradictoria (supra 115, p. 144).

118. M. ATIENZA, supra nota. 112, p. 138.

119. L. HIERRO, supra nota 113, p. 141. Encuentro que esta idea puede ponerse en relación con las ideas de Harina Arendt cuando está vincula libertad, igualdad y con su limitación espacial. Véase Harina ARENDT, *On Revolution*, Londres, 1963, p. 279. En la teoría del derecho comunitario, un destacado autor español ha fundado sus ideas de ciudadanía europea en el concepto de espacio público de H. Arendt, véase los trabajos de D.J. LIÑÁN NOGUERAS citados en la nota 29 de este trabajo.

120. En efecto, Atienza sigue a Niño en la construcción del principio de dignidad. Véase Carlos S. NINO, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989.

121. L. HIERRO, supra nota 113 p. 142. La precaución de Hierro al introducir las palabras "en principio", hacen que su tesis no me parezca equivocada, aunque debo señalar que es aquí donde veo problemas en la crítica de Hierro a Atienza ya que la emigración voluntaria es sólo un tipo de emigración y no necesariamente la de mayor frecuencia.

tinción entre derechos humanos y derechos de los ciudadanos, no como una distinción de carácter ontológica, "sino simplemente como dos grupos de derechos cuya condición de aplicación es distinta", ya que los derechos humanos de los ciudadanos se imputan a personas "en cuanto miembros de una comunidad política jurídica".¹²² Desde un punto de vista estrictamente jurídico, una vez aceptada la tesis defendida el TC en la sentencia citada, hay que atender al artículo 13 de la Constitución, que establece un derecho fundamental de configuración legal, por lo que habrá que tener en cuenta lo que dice la Ley de Extranjería¹²³ para la concreción normativa de los derechos y libertades fundamentales antes aludidos. Sin embargo, como claramente lo ha señalado el TC en su sentencia Ley de extranjería,¹²⁴ el legislador siempre se encontrará limitado en ese desarrollo legal por la idea de dignidad humana antes reseñada. En efecto, como bien lo explica Ignacio Borrajo en un trabajo de análisis jurídico legal y jurisprudencial muy exhaustivo sobre el estatuto constitucional de los extranjeros,¹²⁵ ese límite se encuentra en una combinación de dos fundamentos que se basan en el régimen de los derechos fundamentales establecidos por la Constitución y en los derechos humanos mínimos que define el derecho internacional¹²⁶ y que son obligatorios para España no sólo en un sentido general sino también constitucionalmente por efectos del artículo 10.2 y 13.1 de la Constitución, que se refieren a la Declaración Universal y a los tratados, respectivamente.

122. L. HIERRO, *supra* nota 113, p. 144. Aquí no comentaremos otros aspectos del trabajo de Hierro, no obstante quiero decir que su estudio sobre los problemas de distribución a través de los llamados deberes positivos generales y la conexión que el autor hace con los temas que aquí nos preocupan me parecen muy acertados (p. 145 y ss.).

123. Véase J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y A. ALVÁREZ RODRÍGUEZ, *Legislación básica sobre extranjeros*, Madrid, Tecnos, 4ta. ed., 1996.

124. STC 115/1987.

125. I. BORRAJO INIESTA, "El *status* constitucional de los extranjeros", en *Homenaje a E. García de Enterría*, vol. 2, 1991, Madrid, Civitas, PP-765

126. Sobre el problema de determinar qué derechos humanos son vinculantes y forman ese mínimo común de obligatoriedad según el derecho internacional, véase el trabajo de Louis HENKIN, "The International Bill of Rights: The Universal - Declaration and the Covenants", en R. BERNHARDT y John A. JOLOWICS (eds.), *International Enforcement of Human Rights*, 1987, pp. 1-19. Es relevante, aunque sobradamente conocido, decir aquí que España ha ratificado las convenciones internacionales sobre derechos humanos auspiciadas por las Naciones Unidas y el Consejo de Europa, que hoy se encuentran en vigor; además, en el ámbito regional europeo, España ha hecho declaraciones de aceptación de la jurisdicción del TEDH de acuerdo con los artículos 25 y 46 de la convención.

La Constitución, por lo tanto, se pronuncia por un régimen de equiparación restringida para los extranjeros en el sistema jurídico español, con el límite del estándar mínimo de protección de los derechos humanos y del contenido esencial de los derechos fundamentales.

5.2. La criminalización de las conductas racistas en el nuevo código penal español

Las nuevas condiciones de la evolución política y social en Europa¹²⁷ y los compromisos internacionales¹²⁸ adquiridos han llevado al legislador español a incorporar un nuevo tipo penal para castigar las conductas racistas y xenófobas en el nuevo Código Penal de 1995. Se trata del nuevo artículo 510 Cp. que dice:

1. Los que provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros o una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

2. Serán castigados con la misma pena los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, difundieren informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía.

Además del problema básico sobre la función del derecho penal en la educación social,¹²⁹ existe un problema de prueba bastante serio, ya que es difícil establecer el nexo normativo entre la publicación de ideas nazis, por ejemplo, la motivación que debe guiar al sujeto activo y provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones. En este sentido, por más repulsa que nos cause una publicación como la apología y elogio

127. Véase *supra* punto 2.

128. Véase art. 4 a) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965, en vigor para España desde 1969.

129. Hay quienes dudan que el derecho penal deba cumplir esa función reprimiendo ideas concretas. Véase el comentario de M. CANCIO MELIÁ al artículo 510, en los comentarios al código penal que próximamente aparecerán publicados por la editorial Civitas, citando a G. JACQBS para apoyar la tesis crítica. Agradezco al autor la cortesía de facilitarme sus comentarios a estos artículos del código penal.

"La lucha contra el racismo y la xenofobia es un elemento integrante de todas las políticas que, dentro del pleno respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales, tratan de garantizar la libre circulación de personas dentro de la Comunidad..."

del fascismo que se realiza en un libro publicado por la Universidad de Sevilla llamado **Crónicas extravagantes**, cuyo autor Aquilino Duque elogia las figuras de Franco, Musolini y Pinochet,¹³⁰ no será sencillo incriminar su conducta dentro del tipo del artículo 510.

El ámbito regulador aludido se completa con la norma contenida en el artículo 511, referida a las conductas discriminadoras realizadas por funcionarios, y el artículo 512, que establece una dudosa ampliación del tipo fuera del ámbito del servicio público, es decir al sector privado, que como ha mostrado la doctrina,¹³¹ tendrá una virtualidad casi nula, ya que quedará limitada a los casos en que ya existiese una relación contractual. En efecto, en este último supuesto, hay como en los anteriores un problema de prueba de la motivación discriminadora y además otro problema mayor que es la demostración de la existencia de un derecho subjetivo (a una prestación determinada) de la persona discriminada como requisito de aplicación de la norma.

130. *El País*, 10.5.1996, p. 30.

131. VÉASE EL COMENTARIO AL ART. 510 DE Carbonell Mateu/Vives Antón, EN *COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL*, VALENCIA, TIRANT LO BLANCH, 1995, p. 2006.

Los artículos citados, conjuntamente con la circunstancia agravante genérica del artículo 24 Cp¹³² y una serie de normas antidiscriminatorias del nuevo Código,¹³³ ofrecen al aplicador de las leyes una extensa variedad de medios para luchar contra el racismo y la xenofobia en el ámbito penal.

6. Conclusiones y propuestas normativas

El contexto normativo regulador de la inmigración, el racismo y la xenofobia en la Unión Europea es ciertamente enrevesado y espero que las anteriores reflexiones hayan aclarado en alguna medida ese laberinto legal. Llegados a este punto, me gustaría terminar con una doble consideración.

Respecto de la política de emigración europea, si bien se ha dicho que no hay una política oficial de inmigración comunitaria, se ha podido establecer que existe un consenso en aplicar políticas restrictivas por parte de los estados miembros de la UE. Creo que debemos ser sinceros en este punto y establecer normas claras, ya que es evidente, que los ciudadanos y los nacionales de terceros estados necesitan una política de inmigración europea "pública" en la elaboración rawlsiana del concepto.¹³⁴ En este sentido, yo estaría incluso dispuesto a admitir valores de mercado en la discusión siempre y cuando se expresen como conceptos normativos suficientemente definidos dentro de los límites establecidos por la Constitución y las normas de derecho internacional general y especialmente de derechos humanos. Un ejemplo de esto constituye la propuesta de competir en un mercado de la inmigración con políticas racionales que favorezcan la admisión de inmigrantes sobre la base de criterios profesionales o incluso económicos, como se ejemplifica en el caso de Canadá con su política de inmigración basada en un sistema de puntos para evaluar la capacidad del posible inmigrante y su

132. La misma está redactada en los siguientes términos: "cometer delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación sexual o la enfermedad o minusvalía que padezca".

133. Véase los artículos 161.2, 314, y los citados 510-512. En relación con el genocidio véase los artículos 131.4; 133.2; 451.3.a; 607. Véase también la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva (artículo 4.1) y el artículo 23.4.a LOP.I.

134. J. RAWLS, *A Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1971. Véase también Jeremy, WALDRON, *Liberal Rights*. Collected Papers 1981-1991, Cambridge University Press, 1993, pp. 57-58.

aptitud para invertir en el país de destino.¹³⁵ Un sistema como el canadiense, donde se valoran talentos, capacidades, inversión económica y se dejan de lado aspectos como la raza, el sexo, la religión, la nacionalidad de origen y otras discriminaciones odiosas, puede ser aceptable si va unido y combinado con un sistema generoso de asilo y refugio.

Un problema distinto es el que se presenta con las propuestas legislativas que se están produciendo en Estados Unidos de América, que recortan y hasta proscriben ciertos servicios sociales para los inmigrantes ilegales, como es el caso de la llamada propuesta 187, ideada por el gobernador de California, Pete Wilson.¹³⁶ Hechos como estos muestran lo difícil que es compatibilizar políticas de inmigración duras, como las sostenidas por algunos políticos europeos al estilo de Charles Pasqua, con la lucha contra el racismo y la xenofobia.

En relación con la discriminación por motivos racistas y xenófobos, creo que la respuesta normativa de las instituciones comunitarias no ha sido mella. En efecto, lo más importante, es decir, la capacidad de reacción frente al racismo y la xenofobia¹³⁷ se ha garantizado en la medida de las competencias atribuidas a las comunidades. La voluntad de los estados en el desarrollo de las posibilidades del Tercer pilar y en la comunitarización de los aspectos susceptibles de serlo, es algo que todavía está por verse. Debo decir, sin embargo, que los estudios sobre la situación normativa respecto de la discriminación racista y xenófoba de los ordenamientos jurídicos de los estados miembros han dado resultados bastante buenos desde el punto de vista formal, dato que no asegura, sin embargo, un consecuencialismo práctico concordante con los postulados normativos.

A nivel europeo caben ser consideradas posiciones más fuertes sobre la lucha contra el racismo y la xenofobia.¹³⁸ En este sentido, se ha propuesto la creación de un comisario europeo con responsabilidad específica en la lucha contra el racismo y la xenofobia, secundado por un servicio de la Comisión con personal y poderes necesarios para llevar a cabo sus objetivos. Esta propuesta surge del grupo de presión conocido como Foro de Inmigrantes de la Comunidad Europea, constituido por asociaciones que representan a más de 50 nacionalidades de ciudadanos residentes en los países comunitarios. También se ha sugerido la creación de un tribunal especial para los conflictos surgidos en el contexto de la cooperación en ámbitos de justicia e interior, aunque esta propuesta es menos convincente y muy difícil de conseguir desde un punto de vista político y también jurídico. La propuesta más seria sobre el tema normativo propiamente dicho es la que ha elevado la presidencia irlandesa de la comunidad para el Consejo Europeo de diciembre de 1996. Se propone la introducción de un nuevo artículo 6A al Tratado de la Unión Europea que estipula lo siguiente: "En el ámbito del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar medidas adecuadas para prohibir toda discriminación por motivos de sexo, de origen racial, étnico o social, de religión, de discapacidad, de edad o de orientación sexual".

bibliografía

ACHERMAN, A., R. BIEBER, A. EPINEY, R. WEHNER, *Der Abbau der Grenzkontrolle in Europa*, Munich, C.H. Beck, 1995.

ACNUR, *La situación de los refugiados en el mundo*, Madrid, 1995.

ALEXANDER, Willy "Free Movement of Non-EC Nationals", *EJIL*, vol. 3, 1992, págs. 53-64.

ALONSO GARCÍA, Enrique, "El Principio de Igualdad del Artículo 14 de la Constitución Española", *RAP*, 1983, pp. 21-92.

135. Una propuesta a favor de este tipo de políticas para el caso de EE.UU se encuentra en F.H. BUCKLEY, "The Political Economy of Immigration Policy", *International Review of Law & Economics*, vol. 16, 1996 pp. 81-99.

136. Sobre esto véase el artículo de Rut RUBIO MARÍN, "Inmigración ilegal y ciudadanía nacional", *Claves de Razón Práctica*, núm. 68, 1996, pp. 32-39.

137. Joseph H.H. WEILER, "Thou Shalt Not Oppress a Stranger...". *cit. supra* nota 102, p. 66, donde dice: "It is thus the reaction to xenophobia which matters most". Del mismo autor véase "The Patriarch Abraham, Law and Violence in the Modern Age", en *Rechtsstaat und Menschenwürde - Festschrift für Wertner Maihofer zum 70. Geburtstag*, 1988.

138. Todas, sin embargo, deben considerarse dentro de los límites sugeridos por el Informe Evrigenis (p. 102): "parece justificado sugerir que las respuestas a los retos que plantea el objeto de nuestra investigación sólo pueden ser formulados dentro del concepto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales".

- ATIENZA, M., *Tras la justicia*, Barcelona 1993. En la p. 236 se analizan las sentencias del TC sobre derechos de los extranjeros.
- BAUMGARTL, Bernd y FAVELL, Adrián (eds.), *New Xenophobia in Europe*, Londres, La Haya, Boston, 1995.
- BELLOCH JULLBE, Juan Alberto, "Racismo, xenofobia y extranjería", *Claves de Razón Práctica*, Madrid, 1993, núm. 31, pp. 10-19. foto.
- BIEBER, Roland, "Links Between the «Third Pillar» (Title VI) and the European Community (Title II) of the Treaty on European Union", en Monar y Morgan (eds.), op. cit. pp. 37-47.
- BJÓGO, T. y WLTTE, R. (eds.), *Racist Violence in Europe*, Londres: Macmillan, 1993.
- BLÁZQUEZ RUÍZ, F. Javier, "Derecho humanos, racismo y xenofobia", *Jueces para la Democracia*, núm. 3. 1993, p.45-50.
- BORRAJO INIESTA, Ignacio, "El status constitucional de los extranjeros", en Homenaje a E. García de Enterría, vol. 2. 1991, Madrid, Civitas, pp. 697-766.
- BOSSUYT, M., *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruylant, Bruselas, 1976.
- BUCKLEY, F.H., "The Political Economy of Immigration Policy", *International Review of Law & Economics*, vol. 16, 1996, pp. 81-99.
- BUENO ARUS, Francisco, "La discriminación racial y el Código penal español", *Actualidad Penal*, núm. 6, 1994, pp. 91-116.
- CESARANI, David y Mary FULBROOK (ed.) *Citizenship, Nationality and Migration in Europe*, Londres y Nueva York, Routledge, 1996.
- GLOSE, Paul, *Citizenship, Europe and Change*, Macmillan, Londres, 1995.
- COMUNIDADES EUROPEAS - COMISION, *Medios jurídicos para combatir el racismo la xenofobia*, editado por la Comisión de la CE, Bruselas, 1993.
- CONTRERAS, Jesús, *Los retos de la inmigración: racismo y pluriculturalidad*, Madrid, Talasa, 1994, 248 p. D/GC/392.
- CORKILL, David, "Multiple National Identities, Immigration and Racism in Spain and Portugal", en JENKINS, Brian y Spyros A. SOFOS, *Nation and Identity in Contemporary Europe*, Londres: Routledge, 1996, pp. 155-171.
- DEHOUSSE, R. y WEILER, J.H.H., "EPC and The Single Act: From Soft Law to Hard Law", en M. HOLLAND (ed.), *The Future of European Political Cooperation*, Londres, 1991.
- EVANS, Martin, "Languages of Racism Within Contemporary Europe", en JENKINS, Brian y Spyros A. SOFOS, *Nation and Identity in Contemporary Europe*, Londres: Routledge, 1996, pp. 33-53.
- FORBES, Ian, "Institutionalising Anti-Discrimination in Europe", en A.G. HARGREAVES y J. LEAMAN (ed.), *Racism, Ethnicity and Politics in Contemporary Europe*, Reino Unido, 1995, pp. 192-208.
- GARCÍA MACHO, Ricardo, "El derecho de asilo y del refugiado en la Constitución Española", en Homenaje a E. García de Enterría, vol* 2, 1991, Madrid, pp. 767-797.
- GAUTIER, Y., "Titre VI", en V. CONSTANTINESCO, R. KOVAR, D. SIMON, *Traité sur l'Union Européenne. Commentaire article par article*, París, 1995, pp. 813 y ss.
- GOUTTES, Régis de, "Actualité du Comité des Nations Unies pour l'élimination de la discrimination raciale", *RGDIP*, núm. 1.1992, p. 103-7. (foto)
- HAILBRONNER, Kay "Perspectives of a Harmonization of the Law of Asylum After the Maastricht Summit", *CML Rev.*, vol. 29, 1992, pp. 917-939.
- HALL, Stephen, *Nationality, Migration Rights and Citizenship of the Union*, Dordrecht, 1995.
- HAMMAR, T., *European Immigration Policy*, Cambridge University Press, 1992.
- HENDRY, I.D., "The Third Pillar of Maastricht: Cooperation in the Fields of Justice and Home Affairs", *GYIL*, vol. 36, 1993, pp. 295 ss.
- HIERRO, Liborio, "Las huellas de la desigualdad en la Constitución", en M. REYES MATE (comp.), *Pensar la igualdad y la diferencia (una reflexión filosófica)*, Madrid, 1995, pp. 131-150.
- HOLTERMAN, Thom, "The Legal System Regarding Admission and Residence of Aliens in The Netherlands, Constancies and Trends", ponencia presentada en el Simposio Internacional sobre "La inmigración como problema: retos y soluciones", celebrado en la Fundación José Ortega y Gasset los días 11 y 12 de diciembre de 1995.
- HOOGENBOOM, Thomas, "Integration into Society and Free Movement of Non-EC Nationals", *EJIL*, vol. 3, 1992, págs. 36-52.
- INFORME FORD, sobre el racismo en Europa.
- JACOBSON, David, *Rights Across Borders. Immigration and the Decline of Citizenship*, Baltimore, Londres: The John Hopkins University Press, 1996.
- JENKINS, Brian y Spyros A. SOFOS, *Nation and Identity in Contemporary Europe*, Londres: Routledge, 1996.
- JIMÉNEZ DE PARGA MASEDA, P., *El derecho a la libre circulación de las personas físicas en la Europa comunitaria*, Tecnos, Madrid, 1994.
- LAMO DE ESPINOSA, E., "Fronteras Culturales", en E. LAMO DE ESPINOSA (ed.) *Culturas, estados, ciudadanos*, Madrid, 1995, pp. 13-79.
- LEPOIVRE, M., "Le domaine de la Justice et des affaires intérieures dans la perspective de la Conférence Intergouvernementale de 1996", *CDE*, 1995, pp. 323-343.

- LIROLA DELGADO, Ma. Isabel, Libre circulación de personas y Unión Europea, Civitas, Madrid, 1994.
- LLOBERA, J.R., "Estado soberano e identidad nacional en la Europa actual", en E. LAMO DE ESPINOSA (ed.), Culturas, estados, ciudadanos, Madrid, 1995, pp. 127-149.
- LOBKOWICZ, W. de, "Intergovernmental Cooperation in the Field of Migration - From the Single European Act to Maastricht", en MONAR y MORGAN (eds.), cit. pp. 99-122.
- LUCAS, F. Javier de, El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a la sociedad plural, Madrid, 1994.
- LUCAS, F. Javier de, Europa: ¿convivir con la diferencia?, Madrid, 1992.
- LUCAS, F. Javier de, "Un test para la solidaridad y la tolerancia: el reto del racismo", Sistema, núm. 106, 1992, pp.
- LUCAS F. Javier de, "Un país en tránsito. España ante las exigencias de la Unión Europea y la transformación de la inmigración. Incoherencias e incapacidad de respuesta", copia inédita de la ponencia presentada al seminario "Los desafíos políticos de la inmigración", Fundación Ortega y Gasset, Madrid, 9/10 de mayo de 1996.
- LUCAS, F. Javier de, "Xenofobia y racismo en Europa", Claves de Razón Práctica, Madrid, 1991, núm. 13, junio, pp. 14-26. (foto)
- LUCAS, F. Javier de, "Xenofobia, racismo y unidad europea: sobre la garantía de los derechos fundamentales de los extranjeros", Jueces para la Democracia, Madrid, 1990, núm. lpp. 67-78.
- MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., Instituciones y Derecho de la Unión Europea, Madrid, 1996.
- MERRIT, G. et al., "Towards a European Immigration Policy", 1 Discussion Paper, Philip Morns Institute for Public Policy Research, Bruselas, octubre de 1993, pp. 1-57.
- MITCHELL, Mark y Dave RUSSELL, "Immigration, Citizenship and the Nation-State in the New Europe", en JENKINS, Brian Spyros A. SOFOS, Nation, and Identity in Contemporary Europe, Londres: Routledge, 1996, pp. 54-80.
- MONAR, Joerg, "The Evolving Role of the Union Institutions in the Framework of the Third Pillar", en MONAR J. y MORGAN, R. (eds.), cit., pp. 70-83.
- MONAR, I y MORGAN, R. (eds.), The Third Pillar of the European Union, Bruselas, 1994.
- MÜLLER-GRAF, P.Ch., "The Legal Basis of the Third Pillar, and Its Position in the Framework of the Union Treaty", CMLR, 1994, pp. 493-510. También publicado en J. MONAR y R. MORGAN, op. cit., pp. 21-36.
- NANZ, K.P., "The Harmonization of Asylum and Immigration Legislation Within the Third Pillar of the Union Treaty-A Stoctaking", en MONAR, J. y MORGAN, R. (eds.), The Third Pillar of the European Union, Bruselas, 1994.
- O'KEEFE, David, "The emergence of a european inmigration policy", ELR, 1995, vol. 20, núm. 1, pp. 20-36.
- PESCATORE, Pierre, "Le Parlement face á la Cour", en Le Parlement européen dans l'évolution institutionnelle, Éditions de l'université de Bruxelles, 1989.
- PERCEBAL, José María, Nacionalismos, xenofobia y racismo en la comunicación: una perspectiva histórica, Barcelona, Paidós, 1995, 136 p.
- PLENDER, R., "Competence, European Community Law and Nationals of Non-Member States", ICLQ, vol. 39, 1990, pp. 599-610.
- PLENDER, R, International Migration Law, Londres, 1988.
- POLIAKOV, León, LeMythe Aryen, París, 1971.
- REMIRO BROTONS, A., "Emigración y xenofobia en la Comunidad Europea", en Racismo y Xenofobia, cit., p. 51-77.
- REMIRO BROTONS, A., "Unión Europea: ¿sólo cabezas rapadas contra inmigrantes bravos?", en E. LAMO DE ESPINOSA (ed.), Culturas, estados, ciudadanos, Madrid, 1995, pp. 151-196.
- REX, John, "La metrópoli multicultural: la experiencia británica", en E. LAMO DE ESPINOSA (ed.), Culturas, estados, ciudadanos, Madrid, 1995, pp. 197-224.
- RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, José Luis, "Neofascismo y Xenofobia", Sistema, núm. 92, septiembre, 1989, p. 129-135. (foto).
- RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., Igualdad y discriminación, Madrid, 1986. También sobre la distinción entre igualdad "en" la Ley. Véase STC 49/1982, de 14 de julio y otras.
- RUIZ MIGUEL, Alfonso, "Las huellas de la igualdad en la Constitución" en M. REYES MATE (comp), Pensar la igualdad y la diferencia (una reflexión filosófica), Madrid, 1995, pp. 109-129.
- SIGUAN Miguel, "Las lenguas en la construcción de Europa", en E. LAMO DE ESPINOSA (ed.), Culturas, estados, ciudadanos, Madrid, 199, pp. 103-126.
- SIMMONDS, K.R, "The Concertation of Community Migration Policy", vol. 25, 1988, pp. 177 y ss.
- SNYDER, Francis, "Institutional Development in the European Union: Some Implications of the Third Pillar", en MONAR y MORGAN (eds.), cit., pp. 85-95.
- SNYDER, "Soft Law and Institutional Practice in the European Community", en S. MARTIN (ed.), The Construc-tion of Europe: Essays in Honour of Emile Noel, Dordrecht 1993.

- STANCOS, Pétros N., "La Lutte de la Communauté contre le racisme et la xénophobie", *Revue du Marché Commun*, núm. 354, 1992, pp. 17-21.
- STOREY, "The Right to Family Life and Immigration Case Law at Strasbourg", en 39ICLQ 328-344 (1990).
- SUAY RINCÓN, José, "El principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Homenaje a E. García de Enterría*, vol. 2, 1991, Madrid, pp. 837-892.
- TEITELBAUM, Michael S. y WEINER, Myron, *Threatened Peoples, Threatened Borders. World Migration and U.S. Policy*, Nueva York y Londres, 1995.
- TEMPRANO, Emilio, *La caverna racial europea*, Madrid, Cátedra, 1990, 214 p. E/S-19/5146.
- TIMMERMANS, C.W. A, "Why Do It the Intergovernmental Way? Free Movement of Persons and the División of Powers Between the Community and its Member States", trabajo presentado en la conferencia "Free Movement of Persons in Europe: Legal Problems and Experiences", organizado por el TMC Asser Instituut en La Haya el 12 y 13 de septiembre de 1991.
- TWOMEY, Patrick M., "Title VI of the Union Treaty: «Matters of Common Interest» as a Question of Human Rights", en MONAR y MORGAN (eds.), op. cit., pp. 49-66.
- W.AA., *Alternativas a una política de inmigración*, Madrid, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, 1996.
- W.AA., *Racismo y Xenofobia. Búsqueda de las raíces*, Madrid, Fundación, Rich, 1993.
- W.AA., *Towards a European Immigration Policy*, The Philip Morris Institute 1993.
- VARONA MARTÍNEZ, G., *La inmigración irregular. Derechos y deberes humanos*, Vitoria-Gasteiz, 1994.
- VIGNES, D., "Plaidoyer pur le Illéme pilier", *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, núm. 397, 1996, pp. 273-281.
- WEILER, Joseph H.H., "Neither Unity nor Three Pillars - The Trinity Structure of the European Union", en J. MONAR et al., (eds.), *The Maastricht Treaty on European Union. Legal Complexity and Political Dynamic*, European University Press, 1992.
- WEILER, Joseph H.H., "The Community System: The Dual Character of Supranationalism", *YEL*, vol. 1. 1982, pp. 267-306.
- WEILER, Joseph H.H., "Thou Shalt Not Oppress a Stranger: On the Judicial Protection of the Human Rights of Non-EC Nationals - A Critique", *EJIL*, vol. 3, 1992, pp. 65-91.
- WEILER, Joseph H.H., "The Patriarch Abraham, Law and Violence in the Modern Age", en *Rechtsstaat und Menschenwürde - Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag*, 1988.
- WEILER, Joseph H.H., "The Transformation of Europe", 100 *Yale LJ*. 2403 (1991).
- WOLFRUM, Rüdiger, "International Law on Migration Reconsidered Under the Challenge of new Population Movements", *GYIL*, vol. 38, 1995, pp. 191 y ss.