

¿Pero realmente existe una política europea de inmigración? Dificultades y retos para su concreción *

Dr. Javier A. González Vega

Miembro del IEPC

Profesor Titular de Derecho internacional público y
Relaciones Internacionales de la Universidad de Oviedo

I. INTRODUCCIÓN: ¿ES POSIBLE UNA POLÍTICA EUROPEA DE INMIGRACIÓN?

La mera aproximación a lo que ha de entenderse por políticas en el Derecho comunitario pone de relieve las dificultades para inscribir bajo esa rúbrica a los desarrollos promovidos en la UE y relacionados con la inmigración¹. De un lado, porque con arreglo a una división usual –aunque no siempre convincente– sería necesario ubicar tal política bien en el ámbito de las políticas comunes –aquellas que ya son, o que potencialmente pueden llegar a ser, comunes– bien en el ámbito de las políticas coordinadas, respecto de las que meramente se busca un régimen de coordinación que haga posibles los objetivos de la Comunidad Europea tal como aparecen en el artículo 2 TCE².

Conforme a esta *summa divisio*, las políticas comunes son aparentemente el resultado del sistema político comunitario en el que se encuadran, pero al mismo tiempo constituyen un componente esencial de dicho sistema cuyo funcionamiento y evolución condicionan. Por otra parte, en cuanto a su contenido es importante subrayar que mientras la Comunidad no despliegue todas sus capacidades normativas, es decir, no regule en su totalidad ese ámbito competencial, los Estados miembros siguen conservando –transitoriamente– su poder normativo, aún a sabiendas de que más pronto

* Ponencia presentada en las Jornadas sobre *Codesarrollo y Migraciones. El papel de la cooperación*, organizadas por el IEPC, Oviedo, 6-10 de noviembre de 2006. La presente aportación se inscribe en el marco del proyecto de investigación SEJ2005-07897-C02-02 (“Inmigración y Derechos humanos en Europa: Análisis del modelo normativo de desarrollo del programa de Tampere”) financiado por el MEC (DGI).

¹ Advirtamos que el propio Derecho comunitario adolece de rigor sistemático al abordar lo que conceptúa como “Políticas de la Comunidad” pues las disposiciones del TCE abordan bajo esa misma rúbrica las libertades comunitarias y las políticas *strictu sensu*.

² Cfr. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., GONZÁLEZ VEGA, J.A., FERNÁNDEZ PÉREZ, B., *Introducción al Derecho de la Unión Europea*, 2ª ed., Eurolex, Madrid, 1999, p. 672.

o más tarde se producirá la “comunitarización” de esas competencias³. Por el contrario, las políticas coordinadas constituyen ámbitos de actuación cuya determinación y conducta corresponde en principio a los Estados miembros, pues la autoridad comunitaria no interviene en este contexto con miras a sustituir a las políticas nacionales, sino para armonizar las disposiciones legislativas o reglamentarias internas, coordinar las diferentes políticas de los Estados miembros o incentivar algún género de actuaciones; de suerte que se establece de antemano en el Tratado que una parte del poder corresponde a la Comunidad y otra parte a los Estados miembros -por lo que resulta operativo el principio de subsidiariedad recogido en el artículo 5 TCE, cumpliendo usualmente la primera una función meramente complementaria respecto de las competencias estatales⁴

A tenor de lo expuesto, difícilmente puede merecer el calificativo de política común una política que -como habrá de comprobarse en la presente exposición- establece unas competencias de naturaleza compartida entre la UE y sus Estados miembros y es esencialmente una política de mínimos orientada en la práctica a favorecer la coordinación con aquéllos -en la que conscientemente se sugiere el empleo del Método Abierto de Coordinación (MAC) para sus desarrollos⁵- y algunas de cuyas medidas sólo buscan incentivar concretas actuaciones de los Estados miembros, cuya competencia exclusiva para regular aspectos centrales en materia de política migratoria no es cuestionada en modo alguno.

A mayor abundamiento, resulta poco ajustado a la realidad conceptual como común una política cuyos desarrollos más significativos se verifican prescindiendo -en línea de principio- de la participación de algunos de los Estados miembros, en razón de las técnicas de *opting in* y *opting out* reconocidas a favor de Dinamarca, Irlanda y Reino Unido. En suma, el diseño de “geometría variable” que caracteriza a los desarrollos

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*, p. 673.

⁵ Baste decir que el MAC -u OMC en sus siglas inglesas- ha revelado una muy modesta eficacia pese a considerarse (o, precisamente por ello) una de las técnicas características del “modelo de gobernanza europea”. Al respecto *vid.* ROBLES CARRILLO, M., “La coordinación de políticas nacionales en el marco de la Unión Europea”, *REEI*, núm. 10, 2005, pp. 37-41; ELERA, A. De, “The European Research Area: On the Way Towards a European Scientific Community?”, *European Law Journal*, vol. 12, 2006,

cohonestados con las política de inmigración es un rotundo mentís al pretendido carácter común de dicha política.

En otro orden de cosas, y franqueada esta perspectiva técnica, en la *deconstrucción* del propio concepto de inmigración aflora un nuevo dato: el objeto de regulación -la inmigración- nos sitúa en presencia de flujos que se reconducen a un elemento esencial del proceso de integración europeo -las libertades comunitarias y, en concreto, la libre circulación de personas (incluido el derecho de establecimiento) y la libre prestación de servicios (en este caso con desplazamiento)- con lo cual los intentos por regular –o más bien yugular- la inmigración nos enfrentan a la postre a lo que constituye una negación de las libertades que UE aspira a asegurar⁶. Y ello, sin olvidar que, por otro lado, la regulación de la inmigración nos sitúa ante un planteamiento en el que emerge un doble rasero según se trate de inmigrantes cualificados o no, pues respecto de los primeros los Estados adoptan una política favorecedora de su acogida en abierta competencia entre EEUU y la UE⁷.

Por otro lado, las dificultades que plantea su elaboración no impiden que la definición y concreción de esta política se convierta en un mito recurrente. La razón de ello se cifra en la absoluta necesidad que tiene Europa de encarar el fenómeno y es que como advierte J. RIFKIN “la realidad demográfica sitúa a Europa ante un dilema” pues, de un lado, como es bien conocido, la única forma de enfrentar el declive de la población de la UE –la adhesión de nuevos miembros no deja de poseer un efecto ilusorio que a la postre agravará las tendencias depresivas actualmente existentes- es

pp. 559-574; GATTO, A., “Governance in European Union: A Legal Perspective”, *CJEL*, vol. 12, 2006, pp. 487-516.

⁶ Ya hemos subrayado lo paradójico de tal planteamiento en el marco específico de la UE en nuestra contribución “En torno a *los otros europeos*: Derecho internacional y Derecho europeo ante la inmigración”, en RAMONET, I., CARNERO, C., y otros, *Ética, pluralismo y flujos migratorios en la Europa de los 23*, Eikasía Editorial, Oviedo, 2005, pp. 103-151, en esp. p. 124-125; por lo mismo no es aceptable la visión simplista que cree que el Derecho comunitario no se ha ocupado del fenómeno migratorio hasta tiempos recientes –léase AUE de 1986 (Cfr. ABAD CASTELOS, M., “La política de inmigración en la Unión Europea”, en *Inmigración y Derecho*, (I.C. Iglesias Canle, dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 152)-. Bien al contrario, la libertad esencial que garantiza el Tratado de Roma es la libre circulación de personas –*ergo*, libertad de emigrar e inmigrar-, sólo que tal libertad se garantiza nada más que a los nacionales de los Estados miembros.

⁷ Al respecto *vid.* ZALETEL, P., “Competing for the highly skilled migrants: Implications for the EU Common Approach on Temporary Economic Migration”, *European Law Journal*, vol. 12, 2006, pp. 613-635.

abrir las puertas a millones de nuevos inmigrantes⁸. Pero al mismo tiempo, prosigue este autor, “la cuestión de la inmigración somete al *sueño europeo* a una prueba decisiva” pues si parece fácil hablar de “estimular la diversidad y promover la inclusión”, en cambio resulta bastante más difícil “abrir la propia puerta a unos extranjeros con quienes los nacionales de origen deberán compartir un mismo espacio y destino”, todo lo cual le lleva a concluir que “el éxito o el fracaso del emergente sueño europeo depende, en gran medida, del modo en que la actual generación de europeos aborde las cuestiones de la natalidad y la inmigración”⁹.

Pero además del complejo dilema que han de resolver los europeos, la difícil concreción de la política europea de inmigración deriva en último término de las contradicciones que rodean las tentativas de la propia UE por afrontar tal regulación. Y ello por cuanto, como también señala lúcidamente RIFKIN, al abordar su desarrollo la UE está adoptando medidas enérgicas para reforzar sus fronteras frente a los flujos migratorios, desconociendo los propios perfiles borrosos que caracterizan a las fronteras en el tiempo de la globalización¹⁰; esta dinámica, contradictoria con la lógica transnacional que ha venido alimentando el propio proyecto europeo, revela que la UE

⁸ Se habla de la necesidad de acoger más de 1 millón de inmigrantes al año en el conjunto de la UE para contrarrestar aquellas tendencias y se sostiene que la competitividad de la economía europea pasa necesariamente por incrementar la presencia de mano de obra que sólo puede llegar por vía migratoria. Buena prueba de ello son las estimaciones que actualmente barajan en nuestro país empresarios y sindicatos; necesidad que aún más recientemente confirmaba el actual Presidente del Gobierno, Sr. Rodríguez Zapatero (Cfr. Diario *El País*, Lunes, 16 de octubre de 2006, p. 24).

⁹ RIFKIN, J., *El sueño europeo. Cómo la visión europea del futuro está eclipsando el sueño americano*, (trad. R. Vilà Vernis, T. Fernández Auz y B. Eguibar), Paidós, Barcelona, 2004, pp. 327-328 y 330. En todo caso, no se trata de meras elucubraciones pues tal como confirma un recentísimo estudio la percepción del fenómeno migratorio por la opinión pública europea es en términos globales crecientemente negativa oscilando entre el 50% que se muestra reticente ante la inmigración y el 25% que rechaza frontalmente la idea de una sociedad multicultural, pasando por un 40% que niega el reconocimiento de derechos y libertades (civil rights) a los inmigrantes (Cfr. Bureau of European Public Advisers (BEPA), *European Commission, Migration and Public Perception*, 4 de octubre de 2006, pp. 1 y 14; texto accesible en: <http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/immigration/studies/docs/BEPA_migration_2006_en.pdf>)

¹⁰ No nos resistimos a plantear la cuestión de las fronteras máxime habida cuenta de la reciente y polémica contribución de W. KYMLICKA sobre el particular (Cfr. *Fronteras territoriales. Una perspectiva liberal igualitarista*, (trad. K. Pérez Portilla), Trotta, Madrid, 2006). Apuntemos tan sólo que la “reinención de la frontera sur” de la UE constituye un inequívoco objetivo de la política exterior de la UE a partir de mediados de la década de los 90, pero su resultado no se ha concretado en la erección de una frontera impermeable al modo del extinto “telón de acero” sino en una frontera que operaría como un híbrido –un *limes* al modo romano– pues aunque cerrada para la inmigración y la ciudadanía, se mantendría abierta para las ideas, el comercio y el diálogo (Cfr. ANDERSON, M., BORT, E., *The Frontiers of European Union*, Palgrave, Nueva York, 2001, pp. 141-142).

“está atrapada entre la vieja política de los territorios limitados y la nueva política del espacio global”, de suerte que trata de “encajar las realidades globales, políticas y comerciales que están surgiendo con las constricciones que le imponen sus miembros, unos miembros cuya autoridad y legitimidad está impregnada de territorialidad” y ello pese a que la propia Unión “supone una ruptura con el concepto moderno de territorialidad política”¹¹.

II. LOS MITOS DE LA POLÍTICA EUROPEA DE INMIGRACIÓN

Las contradicciones antevistas, obviamente, se encuentran lejos de ser superadas; no ha de extrañar por ello que los textos programáticos de la pretendida política común reiteren periódicamente unos compromisos políticos de difícil –por no decir, imposible- concreción. Es por ello que la política común de inmigración se conforma ante todo como una dimensión mítica –*ergo*, no histórica- de la Unión Europea-. Pero además, la Política común de inmigración revela una serie de mitos: el “mito del eterno retorno” de unos compromisos políticos que se reiteran de “cumbre” en “cumbre” sin plasmarse en desarrollos jurídicos de envergadura y el “mito de la *completud*”, que sugiere la coherencia y plenitud de unos desarrollos en realidad vagos, dispersos e inconexos.

1.- El eterno retorno: De los compromisos de Tampere (Finlandia, octubre de 1999) a los compromisos de Lahti (Finlandia, octubre de 2006).

Hace 7 años los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la UE, junto con el Presidente de la Comisión –el Consejo Europeo, en suma- se reunían en Tampere (Finlandia, octubre de 1999) para sentar las bases de una política europea de inmigración. Transcurridos 7 años de nuevo en Finlandia –ahora en Lahti- en “reunión informal” los Jefes de Estado y de Gobierno, junto con el Presidente de la Comisión –de nuevo el Consejo Europeo- se reúnen para hablar, entre otras cosas, del tema de la inmigración. No obstante, pese al tiempo transcurrido, son las mismas cuestiones las que afloran en las intervenciones de los distintos participantes. No parece

¹¹ RIFKIN, *El sueño europeo...*, cit., p. 341.

pues que el número 7 haya desplegado efectos taumatúrgicos en unos desarrollos que se sitúan muy lejos aún de una pretendida política común en materia de inmigración.

En efecto, el Consejo Europeo de Tampere (Finlandia, 16-17 de octubre de 1999) habló de construir una “política común de inmigración” como “objetivo prioritario” para el 1 de mayo de 2004. En este orden, se propuso allí la elaboración de una política europea común en materia de asilo e inmigración dado que

“la Unión Europea necesita un enfoque global de la inmigración que trate los problemas políticos, de derechos humanos y de desarrollo de los países y regiones de origen y de tránsito. Para ello es necesario luchar contra la pobreza, mejorar las condiciones de vida y las posibilidades de trabajo, prevenir los conflictos, consolidar los Estados democráticos y garantizar el respeto de los derechos humanos, en particular los derechos de las minorías.”¹²

Más en concreto, en Tampere se convino que comprendería esencialmente cuatro elementos: a) la asociación con los países de origen; b) un régimen de asilo europeo común que debería desembocar a largo plazo en un procedimiento de asilo común y un estatuto uniforme para las personas que obtienen el asilo; c) un tratamiento equitativo para los nacionales de terceros países y d) una gestión más eficaz de los flujos migratorios.

Con posterioridad, el Consejo Europeo de Laeken (Bruselas, diciembre de 2001) dijo que la implantación de la política común en materia migratoria debería establecerse “cuanto antes”. Sin embargo, como advierte J. MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, como suele ocurrir frecuentemente en la UE, la realidad práctica no siempre casa con las previsiones jurídicas de modo que las instituciones han encontrado en determinados ámbitos significativas dificultades para cumplir el calendario previsto¹³. Así, ya en el año 2001 la Comisión alertaba de las dificultades que planteaba el logro de la política

¹² Conclusiones de la Presidencia,

¹³ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “La inmigración y la Unión Europea”, p. 84, en *Inmigración y Ciudadanía. Perspectivas Sociojurídicas*, (J. Martínez de Pisón y J. Giró Miranda, coords.), Universidad de La Rioja, Servicio de Publicaciones, Logroño, 2003.

común de inmigración en los plazos previstos; en ese momento, la Comisión también planteaba el recurso al Método Abierto de Coordinación para la realización de la política común y esbozaba una serie de medidas como objetivos concretos de dicha política¹⁴.

Dicho esto conviene señalar que se han producido desarrollos puntuales, sin embargo, aún no se han resuelto las dificultades que han impedido afrontar abiertamente la definición de esta política y es que, como resalta J. MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, “pervive, en el fondo, la misma dialéctica entre los polos de una conveniencia de actuación europea y una resistencia de los Estados a perder su control sobre la materia de inmigración que ha existido desde que se empezó a construir el mercado único sin fronteras interiores”¹⁵. Y en efecto, basta reparar en las consideraciones formuladas con ocasión de la reunión informal de Lahti para darse cuenta que las reticencias de los Estados siguen aún en pie, pues de nuevo se plantean como soluciones, enfoques y medidas bien conocidas, que, sin embargo, los Estados meramente se avienen a considerar en futuros trabajos a culminar -se dice ahora- en “la próxima cumbre de diciembre”¹⁶.

¹⁴ En efecto, ya la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a un método abierto de coordinación de la política comunitaria en materia de inmigración de julio de 2001 hablaba de elaborar un enfoque global y coordinado de la gestión de las migraciones a nivel nacional; mejorando la difusión de la información sobre las posibilidades legales de entrada en la UE y sobre las consecuencias de la utilización de redes clandestinas, desarrollando servicios de información en los terceros países así como fomentando la cooperación entre los servicios consulares de los Estados miembros y de las autoridades locales. Asimismo proponía reforzar la lucha contra la inmigración clandestina, las actividades de las redes de inmigración clandestina y la trata de seres humanos apoyando el refuerzo de los controles en las fronteras exteriores y la instauración de sanciones efectivas. Igualmente sugería el establecimiento de una política coherente y transparente así como procedimientos de apertura del mercado laboral nacional de los países terceros en el marco de la estrategia europea para el empleo e integrar las cuestiones relativas a las migraciones en las relaciones con los terceros países, y en particular con los países de origen. En este orden, la Comisión proponía instaurar con los terceros países un diálogo global y estructurado en relación también con las cuestiones vinculadas a los derechos humanos y al desarrollo, así como garantizar la elaboración de una política de integración para los nacionales de países terceros que residen legalmente en el territorio de un Estado miembro, sensibilizando a la sociedad civil a la problemática de los emigrantes, previendo medidas de apoyo social y económico, etc. (Cfr. *Doc. COM* (2001) 387 final, 11 de julio de 2001; texto accesible en:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2001/com2001_0387es01.pdf>).

¹⁵ MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, J., “El reto de la inmigración. Sobre la conveniencia de una política común europea al estilo de la prevista en la Constitución Europea”, *RGDE-Iustel*, núm. 11, octubre 2006, s.p.

¹⁶ Cfr. *Presidence finlandaise de l'UE, Transcription de la première conférence de presse organisée à l'occasion de la Réunion informelle des Chefs d'État et de gouvernement à Lahti* <http://www.eu2006.fi/news_and_documents/other_documents/vko42/fr_FR/1161368914040/>

2. El mito de la *completud*: el contenido de la pretendida política común de inmigración.

El análisis de las disposiciones de los Tratados, tanto del TUE como del TCE, pone de relieve la existencia de un cúmulo de disposiciones que sin constituir formalmente el objeto de la pretendida política inmigratoria, interesan sin embargo a la materia revelando el carácter fragmentario y la consiguiente falta de *completud* de ésta.

Así, sin ánimo exhaustivo -y ciñendo nuestro análisis exclusivamente al TCE¹⁷- podemos advertir, por de pronto la relevancia del art. 62 que regula el cruce de las “fronteras exteriores”¹⁸ -dado que las fronteras constituyen el cauce para el tránsito de los flujos migratorios- y en donde se admite el ejercicio concurrente de competencias por parte de la CE y sus Estados miembros, dado que estos últimos conservan la competencia para celebrar acuerdos internacionales con terceros Estados sobre el particular, siempre y cuando respeten las normas adoptadas por la Comunidad en desarrollo de esa disposición y concretadas al día de hoy en el Reglamento CE 539/2001 del Consejo, de 21 de marzo de 2001¹⁹, conforme al cual se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores de la UE y la de aquéllos cuyos nacionales están exentos de dicha obligación siempre que su estancia en la UE no exceda de tres meses. Asimismo, el desarrollo de la política inmigratoria es indisociable de la política de asilo contemplada en el art. 63.1 y 2 TCE y ello porque, como bien advierte GORTÁZAR ROTAECHE, pese a la existencia de desarrollos normativos jurídico-internacionales e internos que abordan específicamente esta materia es difícil trazar una línea divisoria

¹⁷ Sin obviar la relevancia de las disposiciones del “Tercer pilar” relativo a la Cooperación en materia policial y judicial penal (CPJP), es evidente que “el largo camino hacia el redil comunitario” resta trascendencia a los mismos (Cfr. la expresión en MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, J., “La inmigración y el asilo en la Unión Europea: Presente y futuro”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (monográfico sobre “Movimientos migratorios y Derecho”, A. Remiro Brotons, C. Martínez Capdevila, eds.), vol. 7, 2003, p. 93).

¹⁸ Este concepto de frontera exterior es privativo del Derecho de la UE y ha surgido por oposición a las fronteras interiores o fronteras entre los Estados miembros, respecto de las cuales se afirma la libertad en cuanto a su traspaso en favor de las personas físicas situadas “en el interior” de la UE. La especificidad de este concepto comunitario explica la cláusula de salvaguardia que con relación al concepto jurídico internacional de frontera introduce el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, de 29 de octubre de 2004 (*vid. infra*, IV).

¹⁹ DO núm. L 81, 21 de marzo de 2001.

entre la inmigración y las situaciones humanitarias merecedoras de protección internacional inscritas en la “política de asilo”²⁰. Por otra parte, en cualquier caso la estrecha relación entre una y otra se confirma por el hecho de que constituyen la cara y la cruz del genérico fenómeno del movimiento internacional de personas.

Pero además de estos desarrollos, existen otros elementos que condicionan la definición y ejecución de la política europea en materia de inmigración pese a que tampoco forman parte de la misma. Es el caso de la dicotomía entre ciudadano de la Unión Europea –esto es, el nacional de cualquiera de los 25 (27 en el inmediato futuro) Estados miembros²¹- y extranjero, y dentro de esta última categoría la “gradación jurídica” entre los diferentes tipos de extranjeros: privilegiados, semi-privilegiados o no privilegiados, tipología que responde al hecho de gozar sus destinatarios en virtud de “una compleja tríada de dispares elementos” -lazos familiares, ejercicio de actividades profesionales o la existencia de acuerdos concluidos al efecto entre la UE (en puridad la Comunidad Europea), sus Estados miembros y los Estados de origen de estas personas- de un estatuto más o menos próximo al propio de los ciudadanos de la Unión en relación con la libre circulación y la residencia en el territorio comunitario. Como consecuencia, son únicamente los extranjeros no privilegiados los destinatarios por antonomasia de las medidas constitutivas de la sedicente política migratoria de la UE²².

Por último advirtamos que la *completud* de la política migratoria de la UE se ve rotundamente desmentida si se repara en las limitaciones que aquejan a su tutela jurisdiccional –impropia de la pretendida “Unión/Comunidad de Derecho” que la UE aspira a encarnar²³-, pues es indudable que sobre buena parte de sus desarrollos planea

²⁰ GORTÁZAR ROTAECHE, C., “La protección internacional de los solicitantes de asilo y refugiados como supuestos diferenciados del fenómeno general de las migraciones internacionales. Especial referencia al marco legal en la Unión Europea”, en *Un mundo sin desarraigo: El Derecho internacional de las migraciones*, (F.M. Mariño Menéndez, coord.), Libros de la Catarata, Madrid, 2006, pp. 222-223.

²¹ Con carácter transitorio ha de reconocerse la existencia de una diferenciación incluso entre los propios ciudadanos de la UE al no resultar operativas en toda su plenitud las disposiciones en materia de libre circulación de personas respecto de los 10 nuevos Estados miembros por mor de las disposiciones transitorias que acompañan al Tratado de Adhesión de estos Estados (Sobre el particular, *vid.* OLESTI RAYO, A., “La ampliación de la Unión Europea y la libre circulación de trabajadores”, *RDCE*, núm. 19, 2004, pp. 709-750).

²² MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Madrid, Colex, 2002, pp. 171 y 200.

²³ Sobre tal principio nuclear de la UE conforme al cual se afirma la preeminencia del Derecho en su constitución y funciones y el correlativo control jurisdiccional *vid.* ANDRÉS SÁENZ DE SANTA

la duda acerca de su conformidad con las exigencias inherentes al respeto de los derechos fundamentales, cuyo tutela constituye un principio general del ordenamiento comunitario que el Tribunal de Justicia garantiza. Por el momento, sin embargo, dadas las limitaciones que hasta ahora caracterizan el ejercicio de las funciones jurisdiccionales en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el que se inscribe la presunta política europea en materia de inmigración, no se ha afrontado resueltamente la cuestión; con todo, de forma poco tranquilizadora, la reciente Sentencia TJCE de 27 de junio de 2006, *Parlamento c. Consejo* ha venido a confirmar el amplio “margen de apreciación” de los Estados en esta materia y los estrechos cauces por los que puede discurrir el control jurisdiccional²⁴.

III. LOS INSTRUMENTOS DE LA PRETENDIDA POLÍTICA EUROPEA DE INMIGRACIÓN

1.- El acervo en materia de inmigración: una aproximación.

En todo caso, el carácter fragmentario y limitado de los desarrollos constitutivos de la “política europea de inmigración” se confirma con solo echar un vistazo a los exponentes del acervo de la UE en la materia. En este sentido, de acuerdo con las fuentes que ofrece la propia Comisión Europea²⁵, cabe consignar los siguientes:

A) En materia de admisión y estancia:

Un primer conjunto de desarrollos responden a la dinámica armonizadora o de coordinación inherente como hemos advertido a la acción de la UE en materia de inmigración. Dentro de los mismos, aparecen, de un lado, desarrollos adoptados en el marco de la cooperación en asuntos de Justicia e Interior (JAI) –ulteriormente,

MARÍA, GONZÁLEZ VEGA, FERNÁNDEZ PÉREZ, *Introducción al Derecho de la Unión...*, cit., pp. 96-97.

²⁴ As. C-540/03, párrs. 66 y ss. (No publicada en la Recopilación; accesible en < <http://curia.europa.eu/en/content/juris/c2.htm> >).

denominada Cooperación Policial y Judicial Penal (CPJP)- o “Tercer Pilar”. Se trata de la Decisión 94/795/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 1994, sobre una acción común adoptada por el Consejo en virtud de la letra b) del punto 2 del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea relativa a las *facilidades de desplazamiento para los escolares de terceros países que residan en un Estado miembro*²⁶ y de la Decisión Marco de 28 de noviembre de 2002 destinada a reforzar el *marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares*²⁷. Junto a las mismas, aparecen también desarrollos producidos en el marco comunitario en el contexto de la transformación de las competencias del Tercer Pilar: es el caso del Reglamento (CE) n° 1030/2002 del Consejo, de 13 de junio de 2002, por el que se establece un *modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países*²⁸, así como de la Directiva del Consejo 2002/90/CE de 28 de noviembre de 2002 destinada a *definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares*²⁹.

Otros desarrollos, en cambio, buscan establecer unas reglas mínimas entre los Estados miembros en relación con diferentes colectivos de inmigrantes y son susceptibles por consiguiente de dar lugar a la aplicación por los Estados miembros de disposiciones más favorables. Se trata de:

a) la Directiva 2003/109 del Consejo de 25 de noviembre de 2003 sobre la definición del *estatuto de nacionales de terceros países residentes de larga duración*³⁰, en la que -a través de la consabida técnica del Método Abierto de Coordinación

²⁵ European Commission, Justice and Home Affairs, *Acquis of the European Union under Title IV of the TEC and Title VI of the TEU. Consolidated version 2003*; texto accesible en <http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/immigration/acquis/doc_immigration_acquis_en.htm>.

²⁶ DO núm. L 327, 19 de diciembre de 1994.

²⁷ DO núm. L 328, 5 de diciembre de 2002. El plazo para su transposición expiró el 5 de diciembre de 2004.

²⁸ DO núm. L 157, 15 de junio de 2002.

²⁹ DO núm. L 328, 5 de diciembre de 2002. Con idéntico plazo de transposición al texto anterior.

³⁰ DO núm. L 16, 23 de enero de 2004. Para un análisis detenido de sus disposiciones, *vid.* CRESPO NAVARRO, E., “La Directiva 2003/109/CE del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de Terceros Estados residentes de larga duración y la normativa española en la materia”, *RDCE*, núm. 18, 2004, pp. 531-552; LIROLA DELGADO, I., “Los derechos de libre circulación y residencia...”, *cit.*, pp. 178-180; OLESTI RAYO, A., “El estatuto de los residentes de larga duración: Comentario a la Directiva del Consejo 2003/109 de 25 de noviembre de 2003”, en *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 4, mayo 2004, 10 pp. (accesible en <<http://www.iustel.com>>); PÉREZ GONZÁLEZ, C., “La política comunitaria de inmigración y asilo”, en *Tratado de extranjería. Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales*, (A. Palomar García, coord.), Pamplona, Thomson-Aranzadi, 2004, pp. 41-44.

(MAC)- junto a un núcleo de derechos garantizados se contemplan otros cuya concreción queda confiada a la potestad de los Estados miembros. En ella se prevé la adquisición del estatuto de residente de larga duración –que supone la práctica equiparación con los ciudadanos de la Unión³¹- merced a la residencia legal e ininterrumpida durante un periodo de 5 años. A los efectos de obtención de ese estatuto, la Directiva determina asimismo que los nacionales de terceros países deberán acreditar disponer de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad y no han constituir una amenaza para el orden público o la seguridad pública. La adquisición del estatuto de residente de larga duración debe acreditarse por un permiso de residencia, mediante el cual el interesado pueda probar su estatuto jurídico. Por otro lado, la Directiva garantiza el derecho de residencia en otro Estado miembro con fines laborales, bien por cuenta ajena como por cuenta propia, o al efecto de cursar estudios, e incluso de establecerse sin ejercicio de actividad económica alguna. En todo caso, el Estado miembro en el que el residente de larga duración vaya a ejercer su derecho de residencia tendrá la facultad de comprobar que la persona en cuestión reúne las condiciones previstas para residir en su territorio; de otro modo, la expulsión procederá aunque siempre hacia el Estado miembro de origen.

b) la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el *derecho a la reagrupación familiar*³², que establece una serie de criterios comunes para garantizar el derecho a la reagrupación familiar con las miras puestas –afirma su preámbulo- en proteger a la familia de los inmigrantes (y refugiados) y respetar su vida familiar; no obstante, si se repara en la restrictiva regulación contenida en la Directiva

³¹ Excluidos no obstante los derechos políticos previstos en la ciudadanía de la UE, lo que ha movido a la doctrina a hablar de la atribución de una “ciudadanía cívica” (valga la redundancia) por oposición a la política (Cfr. TRIANDAFYLIDOU, A., “Nuevos retos para Europa: Migración, seguridad y derechos de ciudadanía”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, núm. 69, 2004, p. 51).

³² DO núm. L 251, 3 de octubre de 2003. Sobre el particular *vid.* el profuso análisis de VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M.M., “La reagrupación familiar en la Unión Europea: comentario a la Directiva 2003/86”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 4, mayo 2004, 30 pp. (accesible en <<http://www.iustel.com>>), así como las consideraciones expuestas por GÓMEZ CIRIANO, E.J., “La integración: una asignatura pendiente en las políticas migratorias española y europea”, en *Emigración, pobreza y desarrollo*, (J.A. Alonso, ed.), Madrid, Catarata, 2004, pp. 178-180. Por otra parte, la reagrupación familiar de nacionales de terceros Estados respecto de ciudadanos de la unión también se ve garantizada –incluyendo uniones de hecho (cualquiera que sea su orientación sexual) y acaso matrimonios homosexuales- en la Directiva 2004/38/CE (DO núm. L 229, 29 de junio de 2004). Al respecto *vid.* CANDELA SORIANO, M., CHENEVIÈRE, C., “Droit au regroupement familial at droit au mariage du

tal objetivo parece verse defraudado pues de hecho sus disposiciones sólo garantizan el derecho a la reagrupación del cónyuge y los hijos menores de edad, dejando en cambio a la discreción de los Estados un amplio elenco de cuestiones: entre otras, la reagrupación de los ascendientes en línea directa, los hijos mayores solteros, el miembro de la pareja no casada o registrada, así como, en el caso del matrimonio poligámico, los hijos menores de otro cónyuge y del reagrupante³³.

c) la Directiva 2004/114/CE del Consejo de 13 de diciembre de 2004 relativa a los *requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado*³⁴, en la cual pese al objetivo confeso de facilitar la movilidad de los estudiantes nacionales de terceros países que cursen sus estudios en varios Estados miembros, al igual que la admisión de los nacionales de terceros países que participen en programas comunitarios destinados a favorecer la movilidad en o hacia la Comunidad, se anteponen claramente las exigencias de seguridad a los objetivos que dice perseguir; en tal sentido, establece que podrá ser denegada la admisión por razones debidamente motivadas; en particular, en el caso de que un Estado miembro considere, basándose en una evaluación fáctica, que el nacional del tercer país constituye una amenaza potencial para la seguridad o el orden público -lo sería una condena por la comisión de delitos graves así como la pertenencia o el apoyo, pasado o presente, a una asociación que apoye al terrorismo o tenga o haya tenido aspiraciones de carácter extremista. En otro orden de cosas, la Directiva también contempla la concesión de permisos de trabajo a los estudiantes que desean ejercer una actividad económica a través de una “autorización previa”.

citoyen de l'Union Européenne et des membres de sa famille à la lumière de la Directive 2004/38/CE”, *Rev. Trim. Dr. H.*, 2005, pp. 923-953.

³³ Algunas de esas limitaciones –en concreto las susceptibles de establecerse en la reagrupación de mayores de 12 ó 15 años y la imposición de periodos de espera- fueron cuestionadas por el PE, so pretexto de infringir derechos garantizados en el Convenio Europeo para la protección de los derechos fundamentales, el Pacto de derechos civiles y políticos, el Convenio de derechos del niño, la Carta Social europea, e incluso la Carta de Derechos fundamentales de la UE. No obstante, la Sentencia TJCE (Gran Sala), de 27 de junio de 2006, *Parlamento c. Consejo* (as C-540/03) (no publicada aún en la *Recopilación*), no estimó la existencia de las pretendidas violaciones al advertir unos parámetros objetivos en su concreción y un significativo margen de apreciación en poder de los Estados miembros, consustancial al carácter compartido de las competencias afectadas por la directiva (*Cfr.* texto de la Sentencia y de las Conclusiones de la Abogada General, Sra. J. Kokott, de 8 de septiembre de 2005, en <<http://curia.europa.eu/fr/content/juris/c2.htm>>).

³⁴ *DO núm. L 375*, 23 de diciembre de 2004.

d) la Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005 sobre *admisión de investigadores nacionales de terceros Estados*³⁵, en la cual se facilita la admisión y residencia de estas personas y, eventualmente de sus familiares, previa concertación de un “convenio de acogida” con un organismo en el que pretenda desarrollarse la actividad investigadora; en la directiva además se contemplan toda una serie de derechos inspirados por el principio de igualdad de trato (reconocimiento de diplomas, remuneración, Seguridad social, etc.). Conviene resaltar que este instrumento responde al apuntado doble rasero en materia migratoria conforme al cual se favorece el ingreso de profesionales cualificados procedentes del exterior, contribuyendo a mejorar el potencial de la UE como “polo de investigación mundial” pero despoblando de “cerebros” a los países del Sur.

Finalmente, en esta materia la dimensión promocional de la acción de la UE se concreta en una serie de textos de valor puramente recomendatorio³⁶.

B) En materia de expulsión y readmisión:

A diferencia de los desarrollos anteriores, en este caso se trata de manifestaciones que interesan en exclusiva a la inmigración irregular. Comprenden, de un lado, una serie de actos relacionados con los procedimientos de expulsión: la Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países³⁷, la Directiva 2003/110/CE del Consejo sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea³⁸, así como las Decisiones del Consejo 2004/191/CE, de 23 de febrero de 2004, por la que se establecen los criterios y modalidades prácticas para la compensación de los desequilibrios financieros resultantes de la aplicación de la Directiva 2001/40/CE relativa al reconocimiento

³⁵ DO núm. L 289, 3 de noviembre de 2005.

³⁶ Se trata de diferentes Resoluciones, Decisiones y Conclusiones –todas ellas del Consejo de la UE– sobre materias conexas (transmisión de informaciones, prevención de los matrimonios “blancos” o de conveniencia, menores no acompañados, etc.).

³⁷ DO núm. L 149, 2 de junio de 2001.

³⁸ DO núm. L 321, 6 de diciembre de 2003.

mutuo de las decisiones en materia de expulsión de los nacionales de terceros países³⁹ y 2004/573/CE de 29 de abril de 2004, relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión desde el territorio de dos o más Estados miembros de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión⁴⁰, así como de otra serie de heterogéneos actos de naturaleza meramente recomendatoria⁴¹.

En cuanto a los mecanismos de readmisión, los parcos desarrollos producidos en el Derecho derivado se concretan en la Recomendación del Consejo de 30 noviembre de 1994 relativa a un modelo de acuerdo bilateral normalizado de readmisión entre un Estado miembro y un tercer país⁴² y la Recomendación del Consejo de 24 de julio de 1995 sobre los principios rectores que deberán seguirse en la elaboración de protocolos sobre la aplicación de acuerdos de readmisión⁴³; estos textos, sin embargo, como su mismo nombre indica, proponen meras orientaciones a los Estados miembros en relación con los acuerdos de readmisión susceptibles de conclusión con terceros Estados y respecto de las prácticas y protocolos a seguir en los procedimientos de identificación y repatriación.

No obstante, los desarrollos más relevantes en esta materia requieren necesariamente la concertación entre la UE –y/o sus Estados miembros– y los Estados de origen o tránsito de los inmigrantes, haciendo necesaria la conclusión de los correspondientes tratados internacionales; ahora bien, dado que la política convencional de la UE con incidencia en las cuestiones migratorias no se nutre exclusivamente de estos desarrollos, afrontaremos el examen de la cuestión en un apartado específico.

2.- La dimensión externa de las cuestiones migratorias: una aproximación a la política convencional de la UE con incidencia en el tema migratorio.

³⁹ DO núm. L 60, 27 de febrero de 2004.

⁴⁰ DO núm. L 261, 6 de agosto de 2004.

⁴¹ Se trata en este caso igualmente de diferentes actos del Consejo de la UE: 4 Recomendaciones, 2 Decisiones y una Proposición de Plan para combatir la inmigración ilegal y el tráfico de seres humanos en la UE.

⁴² DO núm. C 274, 19 de septiembre de 1996.

⁴³ DO núm. C 274, 19 de septiembre de 1996.

En efecto, al analizar críticamente los esfuerzos para el establecimiento de una política común de inmigración es necesario incidir en los acuerdos concluidos por la UE/CE y sus Estados miembros en los que encuentran proyección las cuestiones migratorias. En este sentido, hay que señalar que algunos de estos desarrollos se remontan a un momento muy anterior a la propia aparición del mito de la política migratoria europea; este es el caso de Acuerdo de Asociación entre la, entonces, CEE, sus Estados miembros y Turquía –que contempla la libre circulación y residencia de trabajadores de esa nacionalidad en el territorio de los Estados miembros de la CEE, como hubo de confirmar el TJCE en algunas significativas decisiones-; asimismo, también tiene significativas implicaciones en la cuestión el Tratado de Oporto de 1993 por el que se establece el Espacio Económico Europeo, toda vez que en virtud del mismo, se amplía la libre circulación de personas a los nacionales de los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA), con la excepción de Suiza, dada su negativa a vincularse por dicho acuerdo⁴⁴. El resultado de estos desarrollos convencionales ha sido el de conformar, como acertadamente advertía MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, un estatuto “semiprivilegiado” para estas personas dentro del sistema comunitario, al asignarles en materia migratoria un estatuto que les aproxima al propio de los nacionales de los Estados miembros de la Unión.

Aún más recientemente, la inmigración y en particular la lucha contra la inmigración irregular posee una indudable proyección en los desarrollos convencionales concertados por la UE. En este sentido, han de mencionarse, en primer término, los acuerdos celebrados por la CE al amparo de la previsión establecida en el art. 63.3.b) TCE sobre “repatriación de residentes ilegales”. En este orden, se han concluido acuerdos con las regiones autónomas chinas de Hong Kong y Macao, así como con Sri Lanka, Albania y la Federación de Rusia, al tiempo que se desarrollan negociaciones para la concertación de acuerdos semejantes con otros Estados⁴⁵.

⁴⁴ Con posterioridad, como era de esperar, también los nacionales de la Confederación Suiza se han beneficiado de este tratamiento privilegiado a través de la conclusión del correspondiente acuerdo.

⁴⁵ Así, se negocian acuerdos con Marruecos y Ucrania, y se prevé la ulterior negociación de acuerdos con la RP China, Argelia, Turquía y Pakistán. En todo caso el contenido de estos acuerdos –de los cuales sólo se hallan en vigor los celebrados con Macao, Hong Kong y Sri Lanka- no es idéntico pues algunos prevén sólo la repatriación de nacionales, excluyendo la readmisión de los extranjeros “en tránsito” (Cfr. PÉREZ GONZÁLEZ, C., “Los diferentes estatutos jurídicos de los migrantes”, en *Un mundo sin desarraigo...*, cit., pp. 213-214).

Pero por otro lado, el tratamiento convencional de las cuestiones migratorias desborda los límites del Título IV del TCE en donde se contemplan aquéllos para poner de manifiesto la “obsesión de la inmigración ilegal” que caracteriza a las actuaciones de la UE y sus Estados miembros. En este sentido, cabe mencionar los Acuerdos de diálogo político y cooperación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros y los Estados de la Comunidad Andina y la Comunidad centroamericana, respectivamente, pues en ellos se contienen sendas disposiciones relativas a lo que de forma un tanto excesiva se califica como cooperación en materia de migración. Sin perjuicio de puntuales diferencias entre el texto de uno y otro acuerdos, se establece en lo que constituye el exponente de una cláusula tipo lo siguiente

Artículo 49. Cooperación en materia de migración. 1. Las Partes reafirman la importancia que otorgan a la gestión conjunto de los flujos migratorios entre sus territorios. A fin de intensificar su cooperación, las Partes entablarán un diálogo de gran alcance sobre todas las cuestiones referentes a la migración, en especial la migración ilegal, el contrabando y el tráfico de seres humanos y la inclusión de los aspectos relativos a la migración en las estrategias nacionales de desarrollo económico y social de las áreas en las que se originan las migraciones, teniendo también en consideración los lazos históricos y culturales existentes entre ambas regiones.

2. La cooperación se basará en una evaluación específica de las necesidades realizada entre las Partes mediante consulta y se ejecutará de conformidad con la correspondiente legislación comunitaria y nacional aplicable. En particular, se centrará en:

- (a) las causas originarias de la migración;
- (b) la formulación y aplicación de leyes y prácticas nacionales en materia de protección internacional tanto para cumplir las disposiciones de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, de su Protocolo de 1967 y de otros instrumentos regionales e internacionales pertinentes, como para garantizar el respeto del principio de "no devolución";
- (c) las normas de admisión y los derechos y la condición de las personas admitidas, el trato justo y la integración en la sociedad de los extranjeros con

residencia legal, la educación y la formación de los migrantes legales y las medidas contra el racismo y la xenofobia;

(d) la elaboración de una política eficaz y preventiva contra la inmigración ilegal, el contrabando de migrantes y el tráfico de seres humanos, incluida la cuestión de cómo combatir las redes dedicadas a tales prácticas y proteger a las víctimas de las mismas;

(e) el regreso, en condiciones dignas y humanas, de las personas que residen de manera ilegal, y su readmisión de conformidad con el apartado 3;

(f) el ámbito de los visados, en lo que concierne a los aspectos de interés mutuo, como los visados concedidos a las personas que viajan por motivos comerciales, académicos y culturales;

(g) el tema de los controles fronterizos, por lo que respecta a los aspectos relacionados con la organización, la formación, las mejores prácticas y otras medidas operativas sobre el terreno y, cuando proceda, la aportación de material.

3. En el marco de la cooperación para impedir y controlar la inmigración ilegal, las Partes acuerdan también readmitir a sus migrantes ilegales. A tal efecto:

- previa petición y sin proceder a más trámites, cada país andino deberá readmitir a todos sus nacionales que se encuentren de manera ilegal en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, proporcionarles documentos de identidad adecuados y poner a su disposición los servicios administrativos necesarios a tal efecto;

- previa petición y sin proceder a más trámites, cada Estado miembro de la Unión Europea deberá readmitir, a todos sus nacionales que se encuentren de manera ilegal en el territorio de un país andino, suministrarles documentos de identidad adecuados y poner a su disposición los servicios administrativos necesarios a tal efecto;

Las Partes acuerdan celebrar, previa petición y a la mayor brevedad posible, un acuerdo por el que se regulen las obligaciones concretas de los Estados miembros de la Unión Europea y de los países andinos en materia de readmisión. El acuerdo abordará también la cuestión de la readmisión de los nacionales de otros países y de las personas apátridas.

A tal efecto, por "Partes" se entenderá la Comunidad Europea, cualquiera de sus Estados miembros y cualquier país andino⁴⁶.

La operatividad de semejante disposición se complementa además con otros desarrollos y mecanismos previstos en tales acuerdos. De un lado, la cláusula evolutiva contenida en el art. 57, respectivamente, con arreglo a la cual:

1. Las Partes podrán acordar mutuamente extender el presente Acuerdo con el objetivo de ampliar y complementar su ámbito de aplicación de conformidad con su legislación respectiva, celebrando acuerdos sobre actividades o sectores específicos a la luz de la experiencia adquirida durante su aplicación.
2. Por lo que se refiere a la aplicación del presente Acuerdo, cualquiera de las Partes podrá hacer sugerencias tendientes a extender la cooperación en todos los ámbitos, teniendo en cuenta la experiencia adquirida durante la aplicación del Acuerdo.
3. No se excluirá de antemano ninguna posibilidad de cooperación. Las Partes podrán recurrir a la Comisión mixta para estudiar las posibilidades prácticas de cooperación en interés mutuo⁴⁷.

De otro, el consabido mecanismo relativo al cumplimiento de las obligaciones convencionales contemplado en el art. 56 y conforme al cual se establece que:

⁴⁶ Art. 49 del Acuerdo de diálogo político y cooperación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la Comunidad Andina y sus Países miembros (Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela), por otra parte, hecho en Roma el 15 de diciembre de 2003. Texto publicado en *BOCG, Sección Cortes Generales*, VIII Legislatura, Serie A, 25 de enero de 2005, núm. 91. El texto, prácticamente idéntico en esta materia, del Acuerdo de diálogo político y cooperación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Panamá, por otra parte, hecho en Roma el 15 de diciembre de 2003 figura publicado en *BOCG, Sección Cortes Generales*, VIII Legislatura, Serie A, 25 de enero de 2005, núm. 90. Adviértase empero que este último incorpora como Anexo el texto de una Declaración unilateral relativa al respeto de la distribución de competencias entre la CE y sus Estados miembros en relación con la eventual conclusión de los acuerdos de readmisión de migrantes ilegales.

⁴⁷ Art. 57 del Acuerdo de diálogo político y cooperación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la Comunidad Andina..., *cit.*

1. Las Partes adoptarán todas las medidas generales o específicas necesarias para dar cumplimiento a las obligaciones que asumen en virtud del presente Acuerdo y velarán por que se adecuen a los objetivos establecidos en este Acuerdo.

2. Cuando una de las Partes considere que la otra Parte ha incumplido alguna de las obligaciones que le impone el presente Acuerdo, podrá adoptar las medidas apropiadas. Antes de hacerlo, deberá facilitar a la Comisión mixta toda la información pertinente necesaria en un plazo de 30 días para que ésta examine en detalle la situación, con objeto de buscar una solución aceptable para las Partes.

Al escoger estas medidas, se deberán seleccionar prioritariamente las que menos perturben el funcionamiento del presente Acuerdo. Estas medidas serán notificadas inmediatamente a la Comisión mixta y serán objeto de consultas en su seno si así lo solicita la otra Parte.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, cualquiera de las Partes podrá adoptar inmediatamente medidas apropiadas de conformidad con el Derecho internacional en el caso de:

(a) terminación del presente Acuerdo no sancionada por las normas generales del Derecho internacional;

(b) incumplimiento por la otra Parte de los elementos esenciales del presente Acuerdo a que se refiere el apartado 1 del Artículo 1.

La otra Parte podrá pedir que se convoque una reunión urgente para reunir a las Partes en un plazo de 15 días a fin de proceder a un examen detallado de la situación con objeto de buscar una solución aceptable para las Partes⁴⁸.

Por otra parte, también la regulación de los flujos migratorios está presente en la relación convencional orientada a la cooperación al desarrollo, tal como revela prístinamente en el abigarrado art. 13 del Convenio de Cotonú de 25 de junio de 2000⁴⁹.

⁴⁸ Art. 56, *Ibid.*

⁴⁹ Establece el art. 13 del Convenio de Cotonú de 25 de junio de 2000, lo siguiente: Artículo 13 Emigración.

1. La cuestión de la emigración será objeto de un diálogo profundo en el marco de la asociación ACP-UE. Las Partes reafirman sus obligaciones y sus compromisos actuales en el ámbito del derecho internacional para garantizar el respeto de los derechos humanos, y la eliminación de todas las formas de discriminación basadas, en particular, en el origen, el sexo, la raza, la lengua y la religión.
2. Las Partes convienen en considerar que una asociación implica, por lo que se refiere a la emigración,

La prolija regulación en él contenida –en la que una significativa relevancia se confiere al concepto de codesarrollo– posee, sin embargo, una operatividad muy reducida, tal

un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en sus territorios, una política de integración que tenga por objetivo ofrecerles derechos y obligaciones comparables a los de sus ciudadanos a favorecer la no discriminación en la vida económica, social y cultural y establecer medidas de lucha contra el racismo y la xenofobia.

3. Cada Estado miembro concederá a los trabajadores procedentes de un país ACP que ejerzan legalmente una actividad en su territorio un trato caracterizado por la ausencia de toda discriminación basada en la nacionalidad con relación a sus propios nacionales en lo referente a condiciones de trabajo, remuneración y despido. Cada Estado ACP, por su parte, concederá a este respecto un trato no discriminatorio comparable a los trabajadores nacionales de los Estados miembros.

4. Las Partes consideran que las estrategias destinadas a reducir la pobreza, a mejorar las condiciones de vida y trabajo, a crear empleos y a desarrollar la formación contribuyen a largo plazo a normalizar los flujos migratorios.

Las Partes tendrán en cuenta, en el marco de las estrategias de desarrollo y la programación nacional y regional, las dificultades estructurales vinculadas a los fenómenos migratorios con el fin de apoyar el desarrollo económico y social de las regiones de origen de los emigrantes y reducir la pobreza.

La Comunidad apoyará, en el marco de los programas de cooperación nacional y regional, la formación de los nacionales de los Estados ACP en su país de origen, en otro país ACP o en un Estado miembro de la Unión Europea. Por lo que se refiere a la formación en un Estado miembro, las Partes velarán por que estas acciones estén orientadas hacia la inserción profesional de los nacionales de los Estados ACP en su país de origen.

Las Partes desarrollarán programas de cooperación destinados a facilitar el acceso a la enseñanza a los estudiantes de los Estados ACP, en particular, mediante la utilización de las nuevas tecnologías de la comunicación.

5. (a) El Consejo de Ministros examinará en el marco del diálogo político las cuestiones vinculadas a la inmigración ilegal con la perspectiva de establecer, cuando proceda, los medios de una política de prevención.

(b) En este marco, las Partes convienen, en particular, en garantizar que los derechos y la dignidad de las personas se respeten en todo procedimiento iniciado para conseguir el retorno de los inmigrantes ilegales a su país de origen. A este respecto, las autoridades interesadas concederán las facilidades administrativas necesarias para el retorno.

(c) Las Partes convienen también en lo siguiente:

i. - cada Estado miembro de la Unión Europea readmitirá y aceptará el retorno de cualquiera de sus propios nacionales que resida ilegalmente en el territorio de un Estado ACP, a petición de este último y sin mediar más trámites;

- cada uno de los Estados ACP readmitirá y aceptará el retorno de cualquiera de sus propios nacionales que resida ilegalmente en el territorio de un Estado miembro de la Unión Europea, a petición de este último y sin mediar más trámites.

Los Estados miembros y los Estados ACP proporcionarán a sus nacionales documentos de identidad apropiados a tal efecto.

Por lo que respecta a los Estados miembros de la Unión Europea, las obligaciones en virtud del presente apartado se aplican solamente respecto a las personas que deban ser consideradas sus nacionales a efectos comunitarios, de conformidad con la Declaración n°2 aneja al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Por lo que respecta a los Estados ACP, las obligaciones en virtud del presente apartado se aplican solamente respecto a las personas que deban ser consideradas sus nacionales según lo dispuesto en las legislaciones nacionales respectivas.

ii. A petición de una Parte, se iniciarán negociaciones con los Estados ACP encaminadas a celebrar, de buena fe y de acuerdo con los principios correspondientes del derecho internacional, acuerdos bilaterales que regulen las obligaciones específicas de readmisión y retorno de sus nacionales. Estos acuerdos incluirán también, si una de las Partes lo considerare necesario, disposiciones sobre la readmisión de nacionales de terceros países y apátridas. Los acuerdos precisarán las categorías de personas afectadas por estas disposiciones así como las modalidades de su readmisión y retorno. Se concederá una asistencia adecuada a los Estados ACP para la aplicación de estos acuerdos.

como revelan los recientes acontecimientos vinculados con la “crisis de los cayucos” en donde se ha hablado muy significativamente de la posibilidad de “reactivar” las previsiones en él establecidas.

Con todo, la política convencional desarrollada no ha resultado suficiente para abordar el fenómeno migratorio; de ahí, que como veremos, los esfuerzos de la UE hayan de ser complementado por los Estados miembros a través de una política convencional autónoma de la que es reveladora muestra la reciente práctica española⁵⁰.

3.- La dimensión operacional: la Agencia Europea de Fronteras (FRONTEX).

Para completar la aproximación a los instrumentos de acción de la UE en materia migratoria hay que mencionar finalmente el papel desarrollado por la Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea (FRONTEX), creada por el Reglamento (CE) nº 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004⁵¹.

Esta agencia tiene como cometido coordinar la cooperación operativa entre Estados miembros en el ámbito de la gestión de las fronteras exteriores, ayudar a los Estados miembros en la formación de los guardias fronterizos nacionales, incluido el establecimiento de normas comunes de formación. Asimismo lleva a cabo análisis de riesgos, hace un seguimiento de la evolución en materia de investigación relacionada con el control y la vigilancia de las fronteras exteriores y asiste a los Estados miembros en circunstancias que requieren un aumento de la asistencia técnica y operativa en las fronteras exteriores, proporcionándoles, llegado el caso, el apoyo necesario para

iii. A efectos del presente artículo, se entenderá por "Partes" la Comunidad, cada uno de sus Estados miembros y todo Estado ACP.

⁵⁰ Sobre el particular nos remitimos al examen efectuado en nuestra contribución “¿Regreso al futuro? La difícil concreción de una política europea de inmigración”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Universitat de Valencia, diciembre 2006.

⁵¹ DO núm. L 349, 25 de noviembre de 2004. La creación de este organismo responde a la actual dinámica de la UE, orientada -como hemos señalado en otro lugar- a favorecer la creación de toda suerte de entidades, merced a la incorporación de técnicas de organización administrativa propias de la administración institucionalizada (Cfr. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, GONZÁLEZ VEGA, FERNÁNDEZ PÉREZ, *Introducción al Derecho...*, cit., p. 269).

organizar operaciones conjuntas de retorno. La Agencia, además, pretende fortalecer la seguridad fronteriza garantizando la coordinación de las acciones de los Estados miembros en la ejecución de medidas comunitarias relativas a la gestión de las fronteras exteriores.

Por otro lado, FRONTEX mantiene estrechas relaciones con otras agencias y organismos de la UE que comparten, en su caso, responsabilidades en el ámbito de la seguridad de las fronteras exteriores (tales como EUROPOL, CEPOL, OLAF, etc.), la cooperación aduanera y la cooperación en controles fitosanitarios y veterinarios, con el fin de fomentar la coherencia general.

IV.- A MODO DE CONCLUSIÓN: LA CONSTITUCIÓN EUROPEA COMO PANACEA PARA LA CONSECUCIÓN DE UNA POLÍTICA EUROPEA DE INMIGRACIÓN

A estas alturas puede parecer ocioso abordar el examen de las disposiciones en materia de inmigración contenidas en el marco del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, de 29 de octubre de 2004 (en lo sucesivo, Constitución Europea o Tratado Constitucional), máxime habida cuenta de que no compartimos la visión de quienes creen ver en la Constitución Europea la solución a todos los problemas que afligen a la UE, incluido el reto de la inmigración⁵². Con todo, ello no impide advertir que algunas previsiones acogidas en dicho texto –vean la luz como tales o en un futuro tratado de enmienda– suponen una parcial superación de la referida dialéctica UE/Estados al aportar significativas modificaciones en la materia. De hecho, el principal avance se derivaría de la desaparición real del tercer pilar extracomunitario -

⁵² Sin ir más lejos, esta “literatura apologética” está bien representada en el discurso sobre el coste de la “no Constitución” de la que es expresiva muestra el reciente artículo de BARÓN CRESPO, E., BRU PURÓN, C., “Nuestro ‘sí’ a la Constitución Europea”, Diario *El País*, miércoles, 19 de octubre de 2006, p. 17, en donde se encarecen las aportaciones del nonato texto constitucional para resolver la cuestión. En cambio, compartimos con P. ANDRÉS, la convicción de que el “texto sigue siendo válido como modelo de análisis sobre la vertebración jurídico-política de la construcción europea” al abordar “los elementos esenciales que han de conformar la UE, proponiendo soluciones que se pueden compartir o no pero que en todo caso proporcionan elementos para la reflexión” (Cfr. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “La constitución Europea: Un análisis desde el Derecho internacional público”, *Cursos de Derecho*

no transformado en un trampantojo como acontece en la PESC-PESD-, de la disolución de algunos elementos fragmentadores existentes en la normativa actual –las excepciones previstas respecto de Reino Unido, Irlanda y Dinamarca-, de la unificación de las técnicas normativas bajo el nuevo sistema de actos diseñado por la Constitución Europea, cuya adopción además habría de ajustarse –en línea de principio- al procedimiento legislativo ordinario –el actual procedimiento de codecisión- y de la eliminación de las particularidades que limitaban hasta ahora el pleno control jurisdiccional en este campo.

En cambio si dirigimos nuestra mirada hacia los aspectos sustantivos, la Constitución aporta escasas novedades lo que no ha de extrañar dado que ya en los trabajos de la Convención Europea que elaboró el proyecto constitucional, las disposiciones del actual TCE (art. 63.3 y 4) eran juzgadas satisfactorias para afrontar el fenómeno pues “abarca(ba)n toda la extensión del campo de la inmigración y refleja(ba)n, por tanto, una ambición adecuada en cuanto al alcance de la acción de la Unión”, de ahí que las propuestas se limitaran a postular la consagración en el tratado constitucional del “objetivo de una política común sobre inmigración” y el establecimiento de “una base jurídica que permit(ier)a a la Unión la adopción de medidas de incentivo y apoyo para asistir a los Estados miembros en sus esfuerzos por fomentar la integración de los nacionales de países terceros que residan legalmente en la Unión”, descartando en lo demás “cambios sustanciales” de las disposiciones pre-existent⁵³. Todo ello, naturalmente, sin perjuicio de las competencias en manos de los Estados.

Como resultado, en lo que es expresión de un huerio voluntarismo la Constitución convierte formalmente en política común la relativa a inmigración (junto con las conexas en materia de controles en las fronteras y asilo)⁵⁴, establece los

internacional de Vitoria/Gasteiz 2005, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2006, p. 21).

⁵³ Convención Europea, Informe final del Grupo X “Libertad, Seguridad y Justicia”, Bruselas, 2 de diciembre de 2002 (04.12), (OR.En), WGX 14, *Doc. CONV 426/02*, p. 5.

⁵⁴ Política común, aunque en un ámbito de competencia compartida entre Unión Europea y Estados miembros como señala el art. I-13.2 del texto constitucional. Por otro lado, como resalta J.C. FERNÁNDEZ ROZAS esta caracterización no impide advertir la subsistencia de un margen muy importante de competencia en materia de extranjería en manos de los Estados miembros con objeto de

principios que deben seguirse para su formulación y ejecución y enuncia como norma general en este ámbito el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, incluido el aspecto financiero⁵⁵. En cuanto a los procedimientos, la Comisión pasa tener el monopolio del derecho de iniciativa legislativa⁵⁶, en tanto que todas las medidas se adoptarán mediante leyes o leyes marco

establecer cupos o contingentes respecto de trabajo asalariado y no asalariado (FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “El espacio de libertad, seguridad y justicia en el proyecto de Convención Europea”, en *Europa ante su Futuro. Una visión desde Euskadi*, Bilbao, Consejo Vasco del Movimiento Europeo, 2004, p. 190. al respecto *vid. infra*). En otro orden de cosas, en cuanto al control de las fronteras exteriores las novedades introducidas por el art. III-265 respecto del art. 62 TCE se concretan en la consagración del concepto de “sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores”, destinado a reforzar en el futuro la cooperación legislativa y operativa, con la perspectiva de una eventual creación de unidades comunes de gestión de fronteras que apoyen a las autoridades nacionales; en la simplificación de las normas sobre visados y permisos de residencia de corta duración, y en el reconocimiento expreso del respeto de la competencia de cada Estado miembro en lo que respecta a la delimitación geográfica de sus fronteras, con arreglo al derecho internacional. Por su parte, en materia de asilo el art. III-266 de la Constitución introduce el concepto de «sistema europeo común de asilo» que, para los nacionales de terceros países, que implica un estatuto uniforme y procedimientos comunes de concesión y retirada de asilo, así como un estatuto uniforme y procedimientos comunes de concesión y retirada de protección subsidiaria. En cambio, respecto a los desplazados en caso de afluencia masiva, no se les atribuye un estatuto uniforme, sino sólo la posibilidad de establecer un sistema común de protección temporal, con arreglo a la Convención de Ginebra. Por otra parte, la importancia del componente externo de la política de asilo se refleja en la norma que permite adoptar medidas de asociación y cooperación con terceros países para gestionar los flujos de personas que solicitan asilo o protección subsidiaria o temporal. En todo caso, estas previsiones no resultan tan innovadoras y se limitan meramente a formalizar en sede constitucional desarrollos pre-existentes: de hecho, en materia de control de las fronteras exteriores ya se encuentra en vigor el ya mencionado Reglamento (CE) 2007/2004 del Consejo de 26 de octubre de 2004 por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras de los Estados miembros de la Unión Europea (DOUE L 349, 25 de noviembre de 2004), en tanto que el sistema de protección temporal resulta ya plenamente operativo como revela en nuestro Estado el Real Decreto 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas (BOE, 25 octubre 2003), conforme al cual se sustituyen las disposiciones correspondientes del Reglamento 203/1995, de aplicación de la Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado referidas a los desplazados (BOE, 2 de marzo de 1995), por una nueva normativa resultado de la transposición de la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, pormenorizando al mismo tiempo los procedimientos que a seguir cuando se actúe en el ámbito de las competencias nacionales (*vid. ARENAS HIDALGO, N.*, “El sistema europeo de protección temporal. El resurgimiento de una renovada acogida territorial como respuesta a los desplazamientos masivos de población”, *REDI*, vol. LV, 2003, pp. 745-777).

⁵⁵ Artículo III-268. Sin duda en este ámbito es factible convenir con MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES en la importancia de la aportación del Tratado constitucional pues el título IV del vigente Tratado CE sólo prevé el principio de «reparto de la carga» para la recepción de refugiados y desplazados en caso de afluencia masiva”, mientras que la Constitución prevé su operatividad en la ejecución de todas estas políticas, incluido el aspecto financiero lo que podría resultar de gran interés para los países que, como España, son destino prioritario de la inmigración ilegal (*Cfr. MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, J.*, “El reto de la inmigración. Sobre la conveniencia de una política común europea al estilo de la prevista en la Constitución Europea”, *RGDE-Iustel*, núm. 11, octubre 2006, s.p.).

⁵⁶ Ello no supone en puridad una novedad toda vez que a la expiración del plazo transitorio de 5 años impuesto por el Tratado de Ámsterdam -a partir del 1 de mayo de 2004- a la Comisión competía en

y por el procedimiento legislativo ordinario, salvo las medidas urgentes en caso de afluencia súbita, para las que sólo se consulta al Parlamento⁵⁷. En coherencia con ello, la mayoría cualificada es ahora la regla operativa en materia de toma de decisiones por parte del Consejo de Ministros.

Por otra parte, la configuración en el texto constitucional de la política común en materia de inmigración (artículo III-267.1) incluye la gestión eficaz de los flujos migratorios, el trato equitativo de los nacionales de terceros países en situación regular, así como la prevención y lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos (en particular, mujeres y niños). Por otra parte, al incluir una disposición que permite explícitamente a la Unión celebrar acuerdos para la readmisión de inmigrantes irregulares (art. III-267.3), la Constitución consolida la evolución iniciada por el Tratado de Ámsterdam de 1997⁵⁸. En todo caso, las novedades más importantes son las relativas a los inmigrantes en situación regular en donde se prevé tanto la adopción de medidas de fomento y apoyo a su integración (con exclusión de toda armonización de las legislaciones nacionales) y se explicita (art. III-267.4) el fundamento jurídico para definir los derechos de los nacionales de terceros países, sin perjuicio, dada la naturaleza compartida de la competencia en materia migratoria, de que los Estados miembros vean garantizadas sus competencias para definir los cupos o contingentes migratorios. En cambio, la Constitución no introduce modificaciones en la materia de lucha contra la inmigración ilegal, ya contemplada en el artículo 63 TCE, excepto la inserción de un nuevo párrafo (III-267.2.d) relativo a la trata de seres humanos; este último inciso, no obstante, no constituye una auténtica innovación sino que es una de las consecuencias de la disolución del tercer pilar en donde desde sus orígenes ya se contemplaban tal suerte de medidas⁵⁹.

exclusiva ya el ejercicio de dicha iniciativa, aunque se vé aún obligada a examinar las solicitudes procedentes de los Estados miembros (art. 67 TCE), limitación que suprime la constitución Europea.

⁵⁷ Empero, ello es ya de por sí un avance pues el art. 64.2 TCE no contemplaba intervención ninguna del PE.

⁵⁸ Sobre aquella práctica incipiente gestada con miras a establecer un “cordón sanitario” en materia migratoria en torno a la UE, *Cfr. JANER TORRENS, D., “Política común de inmigración y acuerdos de readmisión”, Comunidad Europea Aranzadi, 2001, mayo, pp. 29-35.*

⁵⁹ En concreto, en el ámbito de la cooperación intergubernamental en asuntos de justicia e interior –luego CPJP- ya el Tratado de Maastricht (art. K.1 TUE) contemplaba esta materia y lo propio hacía el casi coetáneo acuerdo de Schengen. Para una aproximación a este conjunto de desarrollos, *vid. PÉREZ CEPEDA, A.I., «Instrumentos internacionales en la lucha contra el tráfico de inmigrantes...», cit., pp. 61-64.*

En último término, para juzgar la importancia real de estas aportaciones basta reparar en el hecho de que aún sin Constitución, sus previsiones ya han encontrado concreción en numerosos actos de la UE. Y es que como lúcidamente señala un profundo conocedor del tema “los contenidos específicos y las medidas previstas” en aquella “son en general aquellos contenidos y medidas ya establecidos en la Unión Europea” sólo que “mejor sistematizados”, dado que “en la mayoría de los casos, la Unión Europea ha venido haciendo acopio normativo de cuanto se explicita en el Tratado”⁶⁰. Siendo así, el cumplimiento *avant la lettre* no hace sino confirmar que las dificultades que entraña la definición de una política europea de inmigración no provienen de la falta de instrumentos normativos en manos de la UE, sino de la falta de voluntad política y de la insolidaridad que frente a estas cuestiones demuestran sus Estados miembros.

En suma, “la no-Europa” –el *impasse* en el proceso de integración- antes que “la no-Constitución” –un mero accidente en el curso de dicho proceso- es una vez más la razón que explica el fracaso de la *soi-disante* política migratoria de la UE que en estas líneas hemos tratado brevemente de describir.

⁶⁰ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., “La política común de inmigración en el Tratado Constitucional Europeo”, en *Derecho internacional y Tratado Constitucional Europeo*, (F.M. Mariño Menéndez, dir.; C.J. Moreiro, coord.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, p. 402.