

## **¿REGRESO AL FUTURO? LA DIFÍCIL CONCRECIÓN DE UNA POLÍTICA EUROPEA DE INMIGRACIÓN\***

Dr. Javier A. GONZÁLEZ VEGA  
Profesor Titular de Derecho internacional público y  
Relaciones Internacionales de la Universidad de Oviedo

**Title:** *Back to the Future?* The difficulties surrounding the building of an Immigration European Policy

**Keywords:** European Union.- European Community Law.- Freedom, Security and Justice Area.- Immigration Policy.- European Constitution

**Abstract:** This paper explores technical and substantial factors that opposes the emergence of an European Immigration Policy (EIP), the myths surrounding his realisations crashed by the uneffective judicial control and the member States margin of appreciation linked to immigrants integration measures, and the limited results obtained in the ten years elapsed since his deployment. Also, in this analysis, attention is paid to the external dimension of the EIP revealing the gaps and ambiguities inherent to the agreements negotiated or concluded by the European Community related to migratory questions and the difficulties posed by these developments to the Spain's external action on these matters.

This research concludes that EU action on immigration matters is caught by a lot of contradictions; consequently, there is not a common policy on immigration in spite of amount of references contained in European texts, European Constitution included. Then, it is submitted that the rethorics of EIP is an essay to go *back to the future* –an impossible trip through the time- because there is not such thing nor in the past nor in the future, notwithstanding the continual miliar stones that supposedly had (Amsterdam, Tampere, The Hague, Hampton Court-Brussels) and would (European Constitution) contribute to this task.

**Palabras clave:** Unión Europea.- Derecho comunitario europeo.- Espacio de Libertad Seguridad y Justicia.- Política de inmigración.- Constitución Europea.

**Resumen:** El presente trabajo aborda las contradicciones existentes en los intentos por concretar una Política Europea de Inmigración (PEI), así como los mitos que rodean sus realizaciones; dimensión mítica cercenada por el débil control jurisdiccional existente

---

\* Ponencia presentada en las Jornadas sobre *Unión Europea, Políticas de Inmigración y Derechos Humanos*, organizadas por el Instituto de Derechos Humanos de de la Universitat de València, Valencia, 25 de octubre de 2006. El presente trabajo 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). En todo caso, el título de la ponencia hubiera sido preferible sirviéndose del título original en inglés de la película evocada que dice *Back to the future* expresando nitidamente la paradoja de volver “atrás hacia el futuro”, lo que como veremos acontece en el “discurso de reescritura del pasado” que caracteriza a la *soi-disante* política europea de inmigración; no obstante, el afán por conjurar el aura de pedantería que, justamente, rodea al que esto escribe justifica la autorestricción que nos hemos impuesto.

en este ámbito y el amplio margen de apreciación reconocido a los Estados miembros en relación con la integración de los inmigrantes. Asimismo, el análisis crítico de los modestos resultados alcanzados se proyecta sobre la dimensión exterior asociada a la PEI, poniendo de manifiesto las notables limitaciones y ambigüedades presentes en sus manifestaciones; limitaciones de las que ha tomado buena cuenta la improvisada acción exterior española con ocasión de la reciente “crisis de los cayucos”.

El trabajo concluye que no existe una política común europea en materia de inmigración pese a las reiteradas referencias contenidas en los documentos de la UE, incluida la *non nata* Constitución Europea. De hecho, la retórica de la PEI no sería sino un intento de regresar al futuro –un imposible viaje en el tiempo- pues tal política no existiría ni en el pasado ni en el inmediato futuro, pese a los numerosos hitos que presuntamente antaño (Ámsterdam, Tampere, La Haya, Hampton Court-Bruselas) o en el futuro (la Constitución Europea, en el caso de su harto hipotética entrada en vigor) habrían debido contribuir a su construcción.

## **I. INTRODUCCIÓN: LA DIFÍCIL CONCRECIÓN DE UNA POLÍTICA EUROPEA DE INMIGRACIÓN**

La acción de la UE en materia de inmigración se halla presa en un cúmulo de contradicciones, de ahí que hablar de una política sobre la materia existente desde Ámsterdam (1997), Tampere (1999) o La Haya (2004), por poner por caso, sea un intento fútil de “regresar al futuro” desde un pasado que no existe como tal; por ello nuestro objetivo es cuestionar un discurso en torno a la política europea de inmigración que, lejos de contribuir a resaltar los desarrollos promovidos desde la UE, ofrece más bien el resultado contrario, y todo ello con el ánimo puesto en contribuir a definir en un futuro esa inexistente política. Con este ánimo, y dado que nos hayamos en un espacio abierto a la crítica es oportuno abordar el tema *deconstruyendo* el propio título de la ponencia propuesta: primero, porque ni desde la propia concepción de lo que se entiende por política ni desde el contexto en el que se conceptúa a las políticas comunitarias es factible hablar de tal cosa.

Lo primero no cogerá desprevenido al lector pues hace ya unos años – precisamente cuando estaba a punto de franquearse el límite temporal para su instauración, J. DE LUCAS cuestionaba los contenidos de una “política” –añida tras el 11-S a los aspectos meramente *securitarios*- y su misma racionalidad puesto que se asentaba paradójicamente en la negación de su objeto –el inmigrante como tal (De Lucas, 2003, 26).

Lamentablemente, la cuestión no ha cambiado mucho pese al tiempo transcurrido y las críticas que desde planteamientos filosóficos podían dirigirse entonces, pueden ser compartidas en la actualidad -e incluso reforzadas- desde una visión articulada en torno al análisis reflexivo y crítico de los “desarrollos del Derecho positivo”, entendiendo por tales no sólo los aspectos técnico-jurídicos relativos a su cobertura jurídico formal, sino los intereses contradictorios subyacentes a su regulación.

**1.- La perspectiva técnica: El concepto de política común en el derecho comunitario y la difícil existencia de una política común de inmigración.**

En efecto, 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 inmigración. 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 TCE (Andrés Sáenz de Santa María, González Vega, Fernández Pérez, 1999, 672).

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 o más tarde se producirá la “comunitarización” de esas competencias. 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 estatales.

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 desarrollo- 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 conceptualizar 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 cohesionados con las política de inmigración es un rotundo mentís al pretendido carácter común de dicha política.

## **2. La perspectiva material: las contradicciones inherentes a la concepción de una política común de inmigración.**

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 la UE aspira a asegurar (González Vega, 2005, 124). Esta lógica contradictoria se acentúa aún más en el momento presente en que la globalización liberal afirma la necesidad de garantizar la libre circulación de los factores productivos en aras de un mayor beneficio pero sin asumir sus implicaciones en relación con los flujos migratorios, lo que no quiere decir sino que se acepta *a priori* el fenómeno de la inmigración irregular como respuesta al nuevo mercado de trabajo en condiciones de semiesclavitud generado por los países ricos (Sassen, 2002, 11; Velasco, 2005, 45). De ahí, el 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 los Estados miembros de la UE –al disponer de unas políticas específicas de incentivos más desarrolladas, incluidas ventajas fiscales favorecedoras de esos flujos (Zaletel, 2005, 115).

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 se ha advertido, “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 abrir las puertas a millones de nuevos inmigrantes (Rifkin, 2004, 327-328). 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” (Rifkin, 2004, 330). En todo caso, no se trata de meras elucubraciones pues tal como confirma un reciente 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 a los inmigrantes (BEPA, 2006, 14).

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 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 globalización; esta dinámica, contradictoria con la lógica transnacional que ha venido alimentando el propio proyecto europeo, revela que la UE “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”(Rifkin, 2004, 341).

## II. LOS MITOS DE LA POLÍTICA COMÚN 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 mito del 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 pues que el número 7 haya desplegado efectos taumátúrgicos 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, las Conclusiones de la Presidencia de aquella reunión recogen el compromiso de elaborar 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.”

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.

Sin embargo, previsiones y realidad no siempre van unidas de forma que ya en el año 2001 -y antes del 11-S- la Comisión alertaba de las dificultades que planteaba el logro de la política 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 política (Comisión, 2001). 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”. Y afirmaciones igual de enfáticas se han venido produciendo en momentos posteriores (La Haya, noviembre de 2004; Bruselas, diciembre de 2005).

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 se ha destacado, “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” (Martín y Pérez de Nanclares, 2006). Y en efecto, basta reparar en las consideraciones formuladas con ocasión de la reunión informal del Consejo Europeo en Lahti (Finlandia) en octubre de 2006 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”.

## **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 TCE- podemos advertir, por de pronto la relevancia del art. 62 que regula el cruce de las fronteras exteriores -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 2001 (*DO núm. L 81*, 21 de marzo de 2001), 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 se ha señalado, pese a la existencia de desarrollos normativos jurídico-internacionales e internos que abordan específicamente esta materia es difícil trazar una línea divisoria entre la inmigración y las situaciones humanitarias merecedoras de protección internacional inscritas en la “política de asilo”(Gortázar Rotaache, 2006, 222-223). 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 inminente futuro) Estados miembros- 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 (Martín y Pérez de Nanclares, 2002, 171, 200). Como consecuencia, son únicamente los extranjeros no privilegiados los destinatarios por antonomasia de las medidas constitutivas de la sedicente política migratoria de la UE.

*Last, but not least*, 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 encarnar-, pues es indudable que sobre buena parte de sus desarrollos planea 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, habida cuenta de 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: basta reparar en el hecho de que los escasos asuntos sometidos *-ad exemplum*, Auto TJCE (Sala 3ª) de 18 de marzo de 2004, *Oxana Dem'Yanenko* (as. C-45/03) y Auto TJCE (Sala 4ª) de 31 de marzo de 2004, *Nicoleta Maria Georgescu* (as. C-51/03)- habían sido desestimados por el TJCE en razón de las severas limitaciones impuestas por el art. 68.1 TCE respecto del planteamiento de la cuestión prejudicial en este ámbito –sólo al alcance de los órganos jurisdiccionales cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso. En este orden , de forma poco tranquilizadora, la reciente Sentencia TJCE de 27 de junio de 2006, *Parlamento c. Consejo* (as. C-540/03) ha venido a

confirmar el amplio “margen de apreciación” de los Estados en esta materia y los estrechos límites por los que puede discurrir el control jurisdiccional, y es que aunque la solución pudiera resultar predecible –siempre es fácil augurar el pasado- con ello ha venido a confirmarse la absoluta necesidad de arbitrar remedios jurisdiccionales efectivos en este ámbito (Cholewinski, 2006, 237).

### **III. LOS INSTRUMENTOS DE LA PRETENDIDA POLÍTICA EUROPEA DE INMIGRACIÓN**

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

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 este sentido, sin ánimo exhaustivo, cabe consignar:

##### *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, 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* (DO núm. L 327, 19 de diciembre de 1994) 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* (DO núm. L 328, 5 de diciembre de 2002). 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* (DO núm. L 157, 15 de junio de 2002), 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*(DO núm. L 328, 5 de diciembre de 2002).

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* (DO núm. L 16, 23 de enero de 2004), en la que -a través de la consabida técnica del Método Abierto de Coordinación (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 Unión, excluidos no obstante los derechos políticos previstos en la ciudadanía de la UE -lo que ha movido a hablar de una “ciudadanía cívica” por oposición a la política (Triandafyllidou, 2004, 51)- 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* (DO núm. L 251, 3 de octubre de 2003), 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 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 reagrupante. 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 ya mencionada Sentencia TJCE (Gran Sala), de 27 de junio de 2006, *Parlamento c. Consejo* (as C-540/03), 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.

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* (DO núm. L 375, 23 de diciembre de 2004), 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”.

d) la Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005 sobre *admisión de investigadores nacionales de terceros Estados* (DO núm. L 289, 3 de noviembre de 2005), 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 recomendatorio: 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.).

#### *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 países (DO núm L 149, 2 de junio de 2001), la Directiva 2003/110/CE del Consejo sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea (DO núm. L 321, 6 de diciembre de 2003), 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 mutuo de las decisiones en materia de expulsión de los nacionales de terceros países (*DO núm. L 60*, 27 de febrero de 2004) 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 expulsión (*DO núm. L 261*, 6 de agosto de 2004), así como de otra serie de heterogéneos actos de naturaleza meramente recomendatoria.

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 país (*DO núm. C 274*, 19 de septiembre de 1996) 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 readmisión (*DO núm. C 274*, 19 de septiembre de 1996); 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. Previamente, no obstante, hemos de hacer mención a los mecanismos a través de los cuales se facilita el desarrollo de la vertiente operacional relacionada con la Política Europea de Inmigración.

## **2.- 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 2004 (*DO* núm. L 349, 25 de noviembre de 2004). Su creación responde a la actual dinámica de la UE, orientada a favorecer la creación de toda suerte de entidades, merced a la incorporación de técnicas de organización administrativa propias de la administración institucionalizada.

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 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. En consonancia con ello, FRONTEX se ha visto confiadas tareas tales como el establecimiento de una red regional de funcionarios de enlace en materia migratoria (ILO), la realización de estudios de viabilidad para el reforzamiento de sistemas de control y vigilancia en las fronteras marítimas de la UE, el seguimiento de los trabajos de la Comisión Global sobre Migraciones internacionales y el Diálogo de Alto nivel en Naciones Unidas sobre Migración y Desarrollo, etc. No obstante, para la opinión pública española la “(in)visibilidad” de la Agencia se ha concretado en su participación en el despliegue acordado con ocasión de la “crisis de los cayucos” en el verano y otoño de 2006, al ponerse de relieve la patente insuficiencia de los medios a su disposición para hacer frente a las tareas que le fueron encomendadas.

Y es que la eficacia de la acción de FRONTEX se enfrenta a dos grandes problemas: los medios a su alcance y la coordinación de sus actuaciones con otras agencias y organismos con competencias concurrentes en el ámbito de las fronteras exteriores con miras a garantizar la coherencia de sus actuaciones. Respecto de lo primero es evidente –como ha puesto de manifiesto la mencionada “crisis de los

cayucos”- la insuficiencia de medios a su disposición- problema que sólo muy limitadamente tratan de superar las nuevas perspectivas financieras 2007-2013 pese a incrementar la financiación de la Agencia; en cuanto a lo segundo, si bien el art. 13 del Reglamento 2007/2004 contempla expresamente la cooperación con la Oficina Europea de Policía (EUROPOL) y con otros organismos implicados en la gestión de las fronteras exteriores, no parece que esta simple previsión normativa sea por si sola suficiente para garantizar la efectiva coordinación entre instrumentos y recursos dotados de lógicas y métodos muy distintos; de ahí que algún autor haya hablado de una “hemiplejía” de iniciativas como la comentada en razón de los obstáculos a los que se enfrenta la coordinación entre los diferentes mecanismos implicados (De Kerchove, 2004, 224).

#### **IV. LA VERTIENTE EXTERIOR DE LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN**

Siendo un fenómeno global, es lógico que la política migratoria haya de ser articulada prestando la debida atención a su vertiente exterior. Más aún, en los últimos tiempos esta dimensión exterior se ha visto fortalecido por el desarrollo de sinnúmero de iniciativas que han venido a confortar esta perspectiva, hasta el punto de que no resulta exagerado calificar de “abrumadora” la atención que recibe en los últimos tiempos la cuestión por parte de los Estados, las organizaciones internacionales y los representantes de la sociedad civil (Pérez González, 2006, 1). Limitando nuestras observaciones al último año transcurrido consignemos acontecimientos tales como el Programa de Trabajo acordado por la Cumbre Euromediterránea (Barcelona+10) el 27 de noviembre de 2005, la Declaración y el Plan de Acción de Rabat adoptados por la Cumbre Euroafricana para la Migración y el desarrollo el 11 de julio de 2006, el Diálogo de Alto nivel de Naciones Unidas sobre la migración internacional y el Desarrollo (*Doc. NU, A/61/515*, 13 de octubre de 2006), el Compromiso de Montevideo sobre Migraciones y desarrollo de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Iberoamericana, adoptado con ocasión de la XV Cumbre el 5 de noviembre de 2006 o la Declaración conjunta Africa-Unión Europea sobre Migración y Desarrollo, junto con su Plan de Acción (de Uagadugu), adoptados en Trípoli el 23 de noviembre de 2006. E incluso, ya en el plano corporativo la Declaración de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo adoptada de consuno por la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI) y el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho internacional (IHLADI), el 27 de octubre de 2006 con ocasión

de sus II Jornadas Iberoamericanas (texto accesible en <<http://www.aepdiri.org/actividades/descarga/DeclaracionMontevideo.pdf>>).

En todo caso esta dimensión externa del fenómeno encuentra una expresión muy caracterizada en los desarrollos convencionales promovidos por la UE (CE) y sus Estados miembros.

### **1.- La incidencia de las cuestiones migratorias en la política convencional de la UE: una aproximación.**

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 acuerdo. El resultado de estos desarrollos convencionales ha sido el de conformar un estatuto “semiprivilegiado” para estas personas dentro del sistema comunitario, al asignarles en materia migratoria un conjunto de derechos que les aproxima a los propios 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 concertado 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 conclusión de acuerdos semejantes con Marruecos y Ucrania, y se prevé la ulterior negociación de otros con la RP China, Argelia, Turquía y Pakistán; no obstante, al margen de sus limitados efectos –sólo se hallan en vigor los celebrados con Macao, Hong Kong y Sri Lanka- su contenido no es idéntico pues algunos prevén sólo la repatriación de nacionales, excluyendo la readmisión de los extranjeros “en tránsito”.

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 andino (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*).

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 mutuo.

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

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 Partes.

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 2000, el cual se ve reforzado con una serie de medidas que permiten en último término sancionar a los Estados que no asumen debidamente su responsabilidad en relación con el control de los flujos migratorios o la repatriación de sus nacionales en situación irregular en el territorio de los Estados miembros de la UE. En todo caso, al margen de su operatividad en el contexto de la relación con los Estados ACP, estas disposiciones son configuradas como el modelo sobre el que articular futuros desarrollos en la materia, sin perjuicio de su adaptación a la luz de las circunstancias de la negociación y las peculiaridades de cada supuesto (Comisión, 2002, 24-25).

La prolija regulación contenida en estos acuerdos posee, sin embargo, una operatividad muy reducida, tal como revelaron los acontecimientos vinculados con la “crisis de los cayucos” en donde se ha hablado muy significativamente de la posibilidad de “activar” las previsiones establecidas en el Convenio de Lomé, asumiendo el carácter no directamente aplicable de sus disposiciones, en una interpretación dudosamente aceptable desde una perspectiva jurídica. 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 (y paraconvencional) autónoma de la que es reveladora muestra la reciente práctica española.

## **2. ¿Tras los pasos de la PEI?: la acción exterior española con incidencia en las cuestiones migratorias.**

En efecto, tradicionalmente una de las vías seguidas por nuestro Estado para enfrentar el problema de la inmigración irregular había sido la de la conclusión de tratados con los Estados de origen o tránsito de dichos flujos migratorios; de hecho, dejando de lado los curiosos tratados en materia migratoria del periodo franquista, las manifestaciones convencionales en la materia se concentran en la última década e interesan respectivamente a Estados europeos, iberoamericanos y africanos, ora limitándose a abordar al fenómeno de la readmisión de inmigrantes irregulares, ora afrontando una muy prudencial gestión de los flujos migratorios.

Semejante solución, sin embargo, se ha revelado netamente insatisfactoria una vez que se ha agudizado el problema a partir del año 2005, haciendo necesarias nuevas modalidades de concertación –dentro de las que se encuentra el recurso a los actos concertados no convencionales- para enfrentar con los Estados interesados el problema creado por la intensificación de la presión migratoria irregular sobre nuestro país. En este orden, tal como reconocía el actual Ministro de AAEE, Sr. Moratinos:

“En los últimos tiempos, España viene propiciando y desarrollando un diálogo franco en torno al fenómeno de la inmigración, que encuentra una respuesta política en los distintos acuerdos que el Gobierno ha negociado y concluido con los países de África subsahariana.

Frente a los factores que dificultan el proceso de readmisión con estos países, entre ellos la importancia de la emigración como fuente de ingresos económicos para el país de origen, varios ministerios españoles (Asuntos Exteriores y Cooperación, Interior y Trabajo y Asuntos Sociales) coinciden en la necesidad de reforzar los mecanismos de readmisión y trabajan denodadamente para conseguir la firma de acuerdos bilaterales. En este sentido, se han firmado con las contrapartes africanas varios memorandos y declaraciones que consolidan la voluntad mutua de concluir o mejorar los instrumentos y mecanismos de cooperación migratoria y readmisión. Actualmente, hay firmados acuerdos con 16 países” (Moratinos, 2006, 59-60).

En este sentido, un importante documento de nuestra reciente política exterior - el Plan África 2006-2008- sugiere que estos *acuerdos* poseen un contenido no limitado a las cuestiones migratorias, aunque el mismo documento contempla “la conclusión y, en su caso potenciación de Acuerdos Marco de Cooperación Migratoria y Readmisión” con los países de origen de tales flujos y junto a ellos prevé “en tanto entran en vigor los Acuerdos de Cooperación Migratoria, o incluso en su defecto”, los “esfuerzos” del Gobierno español para consolidar en aquéllos la voluntad política y la “capacidad administrativa” para combatir la inmigración ilegal y aceptar la repatriación (MAAEEC, 2006, 52-53). En este sentido, existe un conjunto de países africanos con los que nuestro Estado ha convenido en negociar acuerdos de cooperación sobre inmigración ilegal en los que se contempla –al menos así rezan las informaciones oficiales- complementar las medidas de repatriación con ayudas a la formación y el empleo. Según fuentes del Ministerio de AAEE, este “principio de acuerdo” ha sido alcanzado al menos con 5 Estados africanos. El recurso a estos instrumentos, además, ha deparado unos resultados inmediatos como revela de forma prístina el Memorándum de Entendimiento entre las autoridades españolas y senegalesas de 24 de agosto de 2006, firmado por el Ministro del Interior de Senegal, el Director del Centro Nacional de Inteligencia y el Director General de la Guardia Civil, en virtud del cual se establecen servicios de patrullaje conjuntos en el mar territorial de Senegal.

## **V. ECOS DE UN PASADO RECIENTE: LA CONSTITUCIÓN EUROPEA COMO PANACEA**

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 inmigración; con todo, si creemos 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” (Andrés Sáenz de Santa María, 2006, 21). Desde esta perspectiva, es indudable 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 -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” (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). 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-existentes. Todo ello, naturalmente, sin perjuicio de las competencias en manos de los Estados.

Como resultado, en lo que es expresión de un huero voluntarismo el art. III-267.1 de la Constitución convierte formalmente en política común la relativa a inmigración (junto con las conexas en materia de controles en las fronteras y asilo), pese a dejar subsistentes un importante conjunto de competencias exclusivas en manos de los Estados miembros. Por otro lado, establece los 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 financiero -superando las limitaciones actuales que meramente contemplan el principio de «reparto de la carga» para la recepción de refugiados y desplazados en caso de afluencia masiva”- lo que sin duda resulta de interés para España como destino prioritario de la inmigración ilegal. En cuanto a los procedimientos, la Comisión pasa tener el monopolio del derecho de iniciativa legislativa, en tanto que todas las medidas se adoptarán mediante leyes o leyes marco y por el procedimiento legislativo ordinario, salvo las medidas urgentes en caso de afluencia súbita, para las que sólo se consulta al Parlamento. 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 política común en materia de inmigración 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). Además, se contempla expresamente la competencia de la Unión para celebrar acuerdos de readmisión de inmigrantes irregulares (art. III-267.3), consolidando la evolución iniciada por el Tratado de Ámsterdam de 1997. Con todo, las novedades más importantes son las relativas a los inmigrantes en situación regular al prever de un lado, la adopción de medidas de fomento y apoyo a su integración (art. III-267.4) –lo que para algún autor constituye “una novedosa e interesantísima previsión” normativa que holla un terreno hasta ahora reservado a la competencia exclusiva de los Estados miembros (Valle Gálvez, 2005, 23)- aunque la Constitución Europea se cuida de advertir que tales medidas se desarrollarán excluyendo “toda armonización de las legislaciones

nacionales”, lo que sitúa en modestos términos las previsiones de la acción de la UE. De otro, se explicita 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 lo que es un nuevo recordatorio de las regalías de los Estados miembros en este ámbito.

En último término, para juzgar la importancia real de estas aportaciones –y para confirmar una vez más las circunvoluciones temporales (el “regreso al futuro”) en la que se sitúa la “política europea de inmigración”- basta reparar en el hecho de que, aún sin Constitución, sus previsiones ya han encontrado plasmación en numerosos actos de la UE pues “los contenidos específicos y las medidas previstas” en aquélla “son en general aquellos contenidos y medidas ya establecidos en la UE” sólo que “mejor sistematizados”, dado que “en la mayoría de los casos, la UE ha venido haciendo acopio normativo de cuanto se explicita en el Tratado”(Fernández Sánchez, 2006, 402).

## **VI. A MODO DE CONCLUSIÓN**

Se desprende de todo lo anterior que los intentos por definir una política común europea en materia de inmigración son por el momento meras tentativas por rescribir una política sin anclaje ni en el pasado ni en el futuro: no son más que eso en el pasado los incumplidos programas de Tampere o La Haya, no sería sino eso en el ya imposible futuro la *non nata* Constitución Europea vistas las limitaciones que acusa su texto –muy alejado de las ambiciones que pudieran caracterizar a otros de sus desarrollos. Por otra parte, presa en sus contradicciones constitutivas, la pretendida Política Europea de Inmigración (PEI) apenas puede enfrentar los retos que en el día a día plantea la gestión de los flujos migratorios: la absolutamente imperiosa política convencional común necesaria para una ordenada gestión del fenómeno ve limitada su operatividad incluso cuando llegan a alcanzarse compromisos con los Estados implicados, siendo a la postre los Estados miembros quienes *velis nolis* han de asumir -e inventar- una política convencional alternativa dirigida efectivamente a la resolución de la cuestión, como ha puesto de manifiesto la apurada gestión por parte de nuestro Estado de la “crisis de los cayucos”. Por lo mismo los desarrollos de la PEI siguen constituyendo unos simples

retazos de iniciativas muy alejadas de la *completud* de la pretendida política proclamada en los documentos; de hecho, siempre el proceso de integración europea se ha nutrido de textos dotados de una considerable carga retórica, pero que cumplen no obstante una función homeostática, al prefigurar ámbitos señalados a la futura acción de la UE.

Con todo, lo peor es que en ellos no figura contemplado el objetivo de la integración como un objetivo europeo; lo peor es, en suma, que Leviatán -¿o habría que decir Saturno?- siga erigiéndose en el dueño y señor de la gestión real de la inmigración, permitiendo la *soi disante* política común de la UE que ahora como antaño, merced a esta historia inmóvil que traslucen sus pretendidas realizaciones, sigan subsistiendo las viejas lógicas -lúcidamente descritas por Z. BAUMANN- con arreglo a las cuales las comunidades humanas desde sus orígenes han venido definiendo su relación con el extranjero (Baumann, 2005, 177-178); y es que la *antropofagia* -léase, la asimilación (no otra cosa es la integración en manos del margen de apreciación libremente asignado al Estado)- y la *antropoemia* -la regurgitación/expulsión- del extranjero por parte de los Estados de destino siguen constituyendo los ¿resultados? de una tal ¿política?

## VII. BIBLIOGRAFÍA

ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., (2006), “La Constitución Europea: Un análisis desde el Derecho internacional público”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria/Gasteiz 2005*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, pp. 17-84.

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

ARGEREY, P., (2006), “La Unión Europea y el control de la inmigración”, *Política Exterior*, núm. 114, pp. 177-184.

BAUMAN, Z., (2005), *Amor líquido*, FCE, Madrid.

BEPA (Bureau of European Public Advisers), (2006), *European Commission, Migration and Public Perception*, 4 de octubre de 2006; texto accesible en <[http://ec.europa.eu/justice\\_home/doc\\_centre/immigration/studies/docs/BEPA\\_migration\\_2006\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/immigration/studies/docs/BEPA_migration_2006_en.pdf)>.

CHOLEWINSKI, R., (2005), “The Need for Effective Individual Legal Protection in Immigration Matters”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 7, pp. 237-262.

COMISIÓN (Comisión de las Comunidades Europeas), (2001), *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](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2001/com2001_0387es01.pdf)>.

Id., (2002), *Doc. COM (2002) 703 final*, 3 de diciembre de 2002, accesible en <[http://www.europa.eu.int/eur-lex/en/com/cnc/2002/com2002\\_0703en01.pdf](http://www.europa.eu.int/eur-lex/en/com/cnc/2002/com2002_0703en01.pdf)>.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., (2006), “La política común de inmigración en el Tratado Constitucional Europeo”, en *Derecho internacional y Tratado Constitucional Europeo*, (F.M. Mariño Menéndez, dir.; CJ. Moreiro, coord.), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, pp. 377-402.

GONZÁLEZ VEGA, J.A., (2005), “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, pp. 103-151.

GORTÁZAR ROTAECHE, C., (2006), “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. 218-239.

GROENENDIJK, K., (2006), “Family Reunification as a Right under Community Law”, *European Journal of Migration and Law*, vol. 8, pp. 215-230.

DE KERCHOVE, G., (2004), « La coopération policière et judiciaire pénale. De la coopération intergouvernementale à la méthode communautaire », en *Une Constitution pour l'Europe. Réflexions sur les transformations du droit de l'Union Européenne*, (O. De Schutter, P. Nihoul, coords.), Larcier, Bruselas, pp. 209-237.

DE LUCAS, J., (2003), “Inmigración y Globalización. Acerca de los presupuestos de una política de inmigración”, en *Inmigración y Ciudadanía. Perspectivas Sociojurídicas*, (J. Martínez de Pisón y J. Giró Miranda, coords.), Universidad de La Rioja, Servicio de Publicaciones, Logroño, pp. 23-52.

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

Id., (2003), “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 Brotóns, C. Martínez Capdevila, eds.), vol. 7, pp. 93-118.

Id., (2006), “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, s.p..

Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación (MAAEEC) (2006), *Plan África 2006-2008*, Madrid, 2006; texto accesible en <<http://www.mae.es/>>

MORATINOS, M.A., (2006), “España: Una nueva política exterior hacia África”, *Política Exterior*, núm. 111, pp. 57-63.

PÉREZ GONZÁLEZ, C., (2006), "Aportaciones del informe de la Comisión Global de las Naciones Unidas sobre las migraciones internacionales a la cooperación internacional institucionalizada", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 11, pp. 1-12 (accesible en <<http://www.reei.org>>).

RIFKIN, J., (2004), *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.

SASSEN, S., (2002), "Les migrations ne surgissent pas du néant », *Manière de voir*, núm. 62, pp. 10-14.

TRIANDAFYLLIDOU, A., (2004), "Nuevos retos para Europa: Migración, seguridad y derechos de ciudadanía", *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm. 69, pp. 39-59.

VALLE GÁLVEZ, A., (2005), "El frágil estatuto internacional y europeo del inmigrante irregular", en *Conflictos y Protección de derechos humanos en el orden internacional. Cursos de Derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. VI, pp. 11-26.

VELASCO, J.C., (2005), "Estado nacional y derechos de los inmigrantes. Sobre la redefinición de la ciudadanía", *Arbor*, núm. 713, pp. 41-52.

ZALETEL, P., (2006), "Competing for the highly skilled migrants: Implications for the EU Common Approach on Temporary Economic Migration", *European Law Journal*, vol. 12, pp. 613-635