

J.C. Fernández Rozas, "Control de fronteras, asilo e inmigración en la Unión Europea: un conflicto competencial no resuelto", *Memorial para la Reforma del Estado. Estudios en homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado*, t. I, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2016, pp. 333-378. ISBN: 978-84-259-1693-9

§ 14

CONTROL DE FRONTERAS, ASILO E INMIGRACIÓN EN
LA UNIÓN EUROPEA: UN CONFLICTO COMPETENCIAL NO
RESUELTO

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS

*Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Complutense de Madrid
Asociado del Institut de Droit International*

SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. POLÍTICA COMÚN EUROPEA EN MATERIA DE CONTROL DE FRONTERAS, ASILO E INMIGRACIÓN. 1. Una política común de difícil precisión. 2. Previsiones del Tratado de Lisboa. III. DELIMITACIÓN DEL MARCO COMPETENCIAL. 1. Contenido de las competencias de la UE: A) Marco general de las competencias atribuidas; B) Ámbito de las competencias compartidas; C) Competencias de apoyo. 2. Reserva de competencia por los Estados miembros. IV. EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS. 1. Limitaciones. 2. Medidas comunes A) Acción del principio de solidaridad; B) Agenda Europea de Migración. V. NECESIDAD DE ACCIONES CONJUNTAS Y COORDINADAS.

I. INTRODUCCIÓN

1. La generalidad de los centenares de estudios sobre la migración se inician con la referencia a su complejidad. Adscribiéndonos a esta corriente añadiremos que es un fenómeno que no puede ser abordado a través de un enfoque unitario. Cuando ocurre una tragedia, como la de Lampedusa en 2013, la búsqueda de responsabilidades está caracterizada por un intercambio de acusaciones recíprocas fruto de la indefinición competencial entre la UE y los Estados miembros en materia migratoria. Curiosamente algunos Estados que piden responsabilidades a la UE en estas situaciones críticas son precisamente los que se resisten a ceder competencias a la UE en materia de política migratoria. Con independencia de la distribución de responsabilidades, no puede soslayarse que los fatales acontecimientos en el Mediterráneo, habituales en los últimos tiempos, han sido objeto de preocupación por parte de la Comisión que se ha decidido,

muy tardíamente, reforzar la gestión¹ y adoptar medidas para hacer frente a la situación². Para ello ha puesto en marcha un conjunto de competencias asumidas a partir del Tratado de Lisboa, presentando a lo largo del mes de mayo de 2015 una Agenda Europea de Migración cuyo el propósito es abordar esta materia de manera integral. Dicha Agenda prevé medidas y acciones que se necesitan con urgencia para hacer frente a la crisis en el Mediterráneo y para construir una respuesta estructurada que puede ser utilizada en casos de extrema presión en otras partes de la frontera exterior común.

Pese a un primitivo consenso a favor del desarrollo de una política común en materia, surgieron también importantes discrepancias entre los países de la UE sobre cómo debería llevarse a cabo. La consideración primitiva de la inmigración era vista esencialmente como un problema y, en consecuencia, se relacionaba con un objetivo específico centrado en reducir la presión migratoria sobre la UE. Tras un largo periodo caracterizado por las indefiniciones³ y por las acciones de carácter sectorial, el objetivo fundamental del quehacer de la UE en este ámbito ha cristalizado en un conjunto de iniciativas a través de una acción rápida de las autoridades de los Estados miembros, en cooperación con diversas Agencias de la UE, esencialmente el FRONTEX, entidad comunitaria cuya finalidad es hacer operativa la estrategia de gestión de las fronteras de la UE que cuenta para ello con una importante dotación presupuestaria⁴. Estos mecanismos, que ha sido diseñados para responder a los retos inmediatos en el Mediterráneo, con casi 20.000 muertos o desaparecidos, también pretenden ayudar a los Estados miembros a gestionar las futuras presiones migratorias⁵. Pero el escollo representado por el conflicto de competencias en el sector sigue estando presente. En efecto, en la UE rige un sistema competencial, caracterizado esencialmente por la competencia

¹ Recurriendo a recursos tan manidos como ineficaces de crear, sobre la base del actual marco de gestión de la migración, una comisión denominada “Grupo Mediterráneo”, integrada por la Comisión, los ministros de Asuntos Exteriores de Chipre, Francia, Grecia, Italia, Malta, Portugal y España y las agencias de la EE, con miras al desarrollo y la aplicación de medidas operativas a corto plazo e ideas innovadoras a medio plazo para evitar que se pierdan más vidas en el Mediterráneo. En tal sentido, la “Declaración de Alicante” de abril de 2014 resulta altamente insuficiente al incorporar una serie de tópicos y lugares comunes y pocas ideas para solucionar los problemas. http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/SalaDePrensa/NotasDePrensa/Paginas/NOTAS_P_2014/20140416_NOTA101.aspx.

² Reglamento n° 656/2014 de 15 de mayo de 2014 por el que se establecen normas para la vigilancia de las fronteras marítimas exteriores en el marco de la cooperación operativa coordinada por la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, DO L 189 de 2727.6.20.6.2014.

³ En 2005 la Comisión puso en marcha una consulta sobre una propuesta común de política de migración económica en el Libro Verde titulado “El planteamiento de la UE sobre la gestión de la inmigración económica”.

⁴ Reglamento (CE) n° 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 exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea.

⁵ La masiva llegada de estas embarcaciones pone de manifiesto que las políticas habituales de control de fronteras son insuficientes, lo que ha llevado a los gobiernos a actuar en los territorios de terceros estados, estados de tránsito, hecho que se conoce como la “externalización” de las fronteras. *Vid.* J.D. Sempere Souvannavong, “El blindaje y externalización de la frontera sur”, *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía* (J.F. García Castaño y N. Kressova, coords.), Universidad de Granada, Instituto de Migraciones, 2011, pp. 629-635.

compartida, para desarrollar una peculiar política común de inmigración que, por el momento, no conduce a una declinación de la competencia de los Estados miembros, pese a su deber de lealtad dentro del respeto de los actos y objetivos de la política migratoria de la Unión.

2. En la época en que se aprobó la Constitución de 1978 España no estaba condicionada por la incipiente política migratoria de la UE, estándolo mucho más por el fenómeno de la emigración (art. 42 CE), constituyendo la inmigración un fenómeno social apenas significativo. Así continuó en la primera Ley Orgánica Extranjería 1985, donde apenas se planteó la participación de otros entes en este ámbito en un momento en el cual el colectivo inmigrante era minoritario y las Autonomías iniciaban su andadura legal y política. Frente a la interpretación omnicompreensiva de la extranjería, como competencia estatal presente en nuestro marco normativo, es factible efectuar en la actualidad una relectura del art. 149.1.º.2 CE más acorde a la interpretación sistemática del conjunto de las cláusulas constitucionales atributivas de competencias y, en definitiva, más adecuada a la realidad de un Estado altamente descentralizado y perteneciente a la UE.

Es cierto que de conformidad con el art. 149.1.2ª CE, el Estado tiene competencia exclusiva sobre las materias de “nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo”. Sin embargo, existen en este ámbito una serie de “títulos horizontales” que dificultan la comprensión de dicha competencia⁶, que se reserva, esencialmente, al régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros. Por esta razón el art. 2 bis.1º de la vigente versión de la Ley Orgánica de Extranjería dispone, dentro de la política migratoria, que “Corresponde al Gobierno, de conformidad con lo previsto en el art. 149.1.2ª CE, la definición, planificación, regulación y desarrollo de la política de inmigración, sin perjuicio de las competencias que puedan ser asumidas por las Comunidades Autónomas y por las Entidades Locales”. Así pues, el marco jurídico facilitado por las normas estatales ha de complementarse teniendo en cuenta la competencia de estos entes⁷ y las procedentes de la UE.

El propósito de esta contribución es determinar, a partir de la nueva ordenación propiciada por el Tratado de Lisboa, el alcance de la política común en materia de control de fronteras, asilo e inmigración que, curiosamente, no atribuye competencia exclusiva de la UE en la materia (II); también pretende profundizar en la delimitación del nada fácil marco competencial (III) y en su ejercicio, contemplando sus posibilidades y sus carencias (IV), para concluir con la valoración de las acciones emprendidas en los últimos tiempos por parte de la UE. Se trata de una materia que sin duda tendrá hondas repercusiones a la hora de una eventual reforma de nuestra Constitución, al situarnos en un terreno de competencias compartidas con la UE, en la medida en que a esta última le han sido atribuidas una serie de facultades que han de coordinarse necesariamen-

⁶ A.H. Català i Bas, “Inmigración y gobierno multinivel”, *La integración de la población inmigrante en el marco europeo, estatal y autonómico español* (R. Tur Ausina, dir.), Madrid, Iustel, 2009, pp. 35–68, esp. p. 35.

⁷ A. Fernández Pérez, “Inflexiones en la competencia exclusiva del Estado en materia migratoria y de extranjería”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIII, 2013, pp. 609–643.

te con las competencias que de momento poseen los Estados miembros y, en concreto, España.

Con la elección de este tema el autor pretende mostrar su afecto y contribuir modestamente a la obra homenaje de uno de los intelectuales más prolíficos, multidisciplinarios y conspicuos del panorama español de los últimos cuarenta años que acumula en su persona, con todo merecimiento, todos los títulos y galardones imaginables. Un intelectual que también es un jurista, ecuación casi inverosímil y, además, un jurista comprometido que conserva el espíritu del joven investigador, cuya principal fuente de riqueza es la curiosidad por el conocimiento.

II. POLÍTICA COMÚN EUROPEA EN MATERIA DE CONTROL DE FRONTERAS, ASILO E INMIGRACIÓN

1. Una política común de difícil precisión

3. A lo largo de los años ochenta la Comunidad Europea comenzó a adjudicarse competencias en el sector de la gestión de los flujos migratorios y en el de la admisión, permanencia, residencia y expulsión de los inmigrantes. Dicha asunción de competencias obedecía a la apreciación de que la inmigración era problema que la acción individual de los Estados miembros no podía resolver, pues las actuaciones aisladas o inconexas resultaban insuficientes para responder a unos movimientos tan complejos y cambiantes como son los migratorios.

Después de un período de cooperación intergubernamental, caracterizado por múltiples desencuentros, el proceso desencadenado por el “acervo de Schengen”⁸ propició el impulso de una política europea en materia de inmigración que comenzó a configurarse, a partir del Tratado de Amsterdam y del Consejo de Tampere 1999, como un modelo de mayor alcance, con la incorporación del asilo, de la libre circulación, de los visados, de las reglas de paso de fronteras exteriores, de la inmigración o de los derechos de los nacionales de terceros Estados a las políticas comunes⁹. Dicha incorporación fue esencial en la consolidación del nuevo espacio europeo de libertad, de seguridad y de justicia¹⁰, constituyendo uno de sus capítulos más importantes. Mas las acciones emprendidas en el sector no dejaron de ser limitadas por no existir un programa donde se definieran los objetivos y las acciones pertinentes para gestionar los flujos migratorios y se diseñaran las medidas para regular la admisión, la residencia y la ex-

⁸ La STJ 18 diciembre 2007, as. C-77/50: *Reino Unido / Consejo*, mantuvo la integridad y coherencia del acervo de Schengen. Vid. R. Fischer, *The Europeanization of Migration Policy: the Schengen Acquis between the Priorities of Legal Harmonization and Fragmentation*, Frankfurt/Main, Lang, 2012.

⁹ J.C. Fernández Rozas, “La condición jurídica de los nacionales de terceros Estados en la Unión Europea”, *Alternativas a una política de inmigración*, Madrid, CESSJ Ramón Carande, 1996, pp. 51–89; H. Staples, *The Legal Status of Third Country Nationals Residents in the European Union*, La Haya, Kluwer, 1999, pp. 83–128.

¹⁰ 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 (COM/2001/0387 final).

pulsión de nacionales de terceros Estados y un repertorio de actuaciones para prevenir la inmigración ilegal y la trata de seres humanos. En todo caso, la acción promovida desde las instituciones de la UE para dotar de contenido a la política de inmigración estuvo condicionada y mediatizada por circunstancias de naturaleza diversa, de las que no fueron ajenos los acontecimientos del 11 de septiembre de 2001, por eso la adopción de actos de carácter no jurídicamente vinculantes superaron con creces los derivados de la normativa propiamente comunitaria¹¹.

4. Sin embargo, en los últimos años la UE se ha fijado un objetivo mucho más ambicioso en el marco de una específica “política común”, que ha contado con el respaldo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia¹². En esta materia se observó, además que frente a las limitaciones que los Tratados constitutivos imponen a las competencias de la Unión, éstas tienden a desbordar los textos convencionales en los que se fundamentan y a superar el marco textual de los Tratados¹³. No puede negarse que en esta operación los Estados miembros transfirieron a la UE algunos de sus prerrogativas en materia de controles de asilo, inmigración y fronteras¹⁴, dentro de un proceso de extraordi-

¹¹ *Inter alia*, I. Blázquez Rodríguez, “Hacia una política común de inmigración en la Unión europea”, *Revista del Poder Judicial*, nº 66, 2002, pp. 107-142; F.J. Fonseca Morillo, “Hacia una política comunitaria de inmigración y asilo”, *Derecho de la inmigración y Derecho de la integración. Una visión múltiple: Unión Europea, Canadá, España, Quebec y Cataluña*, Girona, Universitat, 2002, pp. 41-52; M. Pajares, “La política europea de inmigración”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 20, nº 1, 2002, pp. 143-165; J. Martín Pérez de Nanclares, “La inmigración en la Unión Europea: la difícil configuración de una política de inmigración”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 5, 2003, *La Europa social. La Europa de la solidaridad*, pp. 83-90; A. Lang, “La politica comunitaria in materia di immigrazione”, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, II, 2003, pp. 698-725; A. Fernández Pérez, “Manifestaciones de la gestión de los flujos migratorios en la UE”, *Revista Jurídica Española La Ley*, 2006-2, pp. 1411-1424; A. Olesti Rayo, “Las políticas de la Unión Europea relativas al control en las fronteras, asilo e inmigración”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 10, 2008, pp. 13-48; A. Muñoz Aunión, *Política migratoria de la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 2008; L. Mora Cabello de Alba, “Europa y su nueva política común de inmigración”, *Revista de Derecho Social*, nº 25, 2010, pp. 113-125. Por ejemplo, la aprobación de la Directiva 2011/98/UE, por la que se establece un procedimiento único de solicitud y un permiso único de residencia y trabajo para los nacionales de terceros países, así como un conjunto de derechos para los trabajadores que residan legalmente en un estado miembro, implicó un paso importante en el proceso tendente a armonizar ciertos aspectos de la inmigración económica hacia Europa.

¹² C. Picheral, “L’œuvre de la cour de justice dans la politique européenne d’asile et d’immigration”, *Revue de l’Union Européenne*, nº 545, 2011, pp. 117-121. Un ejemplo típico fue la STJ 9 julio 1987, asuntos acumulados 281/85, 283/85 a 285/85 y 287/85: *República Federal de Alemania, Francia, Países Bajos, Dinamarca y Reino Unido / Comisión*, a propósito de la Decisión nº 85/381/CE, establecimiento de un procedimiento de Comunicación previa y de concertación sobre las políticas migratorias respecto a Estados miembros de 8 de julio de 1985, que había sido impugnada por algunos Estados miembros solicitando su anulación, por falta de competencia de la Comisión para adoptar esta Decisión. Aunque el TJ la anuló parcialmente al considerar que la Comisión no era competente para admitir acciones comunitarias contrarias a la normativa de los Estados frente a terceros, afirmó que la política migratoria no contrariaba el art. 188 TCEE, que preveía una colaboración entre los Estados miembros.

¹³ A.J. Menéndez Menéndez, “La mutación constitucional de la Unión Europea”, *Revista española de Derecho constitucional*, nº 96, 2012, pp. 41-98.

¹⁴ Demostrando sus limitaciones para afrontar problemas como los referidos a la regulación de los flujos migratorio. Cf. J.M. Porrás Ramírez, “El reto constitucional de la Unión Europea en el contexto

naria dificultad¹⁵, sobre todo en lo que concernía a la identificación y adscripción gubernamental de algunas autoridades intervinientes en el proceso de gestión o tramitación de los visados de larga duración¹⁶.

Al igual que en cualquier acción común, la materia referida se ha desarrollado de manera progresiva y paulatina, aunque en este sector existen especiales obstáculos al constituir una materia políticamente muy sensible¹⁷. Por eso el Tratado de Amsterdam supuso una aportación esencial al sustituir la coordinación intergubernamental por una política común (arts. 63 a 65TCE) con inclusión de la competencia comunitaria en la regulación del cruce de las fronteras exteriores para estancias de corta duración con la intención de permanecer en territorio comunitario por un período de tiempo superior a los tres meses (art. 63.3º).

Semejante atribución competencial configuró la esencia de una política de inmigración futura, extensiva tanto a las condiciones de entrada y residencia, como a las normas sobre procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar (art. 63.3º.a), como, también, a la inmigración la residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales (art. 63.3.b)¹⁸. Con ello la UE contó por vez primera con competencias sobre los movimientos migratorios en tres sectores aludidos¹⁹ al que se vino a incorporar el del asilo y la protección de los refugiados siguiendo los parámetros de la Convención de Ginebra de 1951²⁰, restando con ello una competencia fuertemente defendida por algunos Estados miembros, que se resistían a transferirla.

de la crisis económica y financiera”, *Libro homenaje al profesor Rafael Barranco Vela*, vol. 1, Cizur Menor, Thomson-Reuters-Civitas, 2014, pp. 557-582.

¹⁵ J.C. Fernández Rozas, “Génesis y constitucionalización de la política migratoria en la Unión Europea”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. V. 2005, pp. 223-251; M. Di Filippo, “La competencia comunitaria in materia migratoria: il lento camino verso la definizione di una politica europea”, *Seminario sobre movimientos migratorios transnacionales y mercado de trabajo* (Córdoba, 9-11 de noviembre de 2006), Ed. Junta de Andalucía, 2007, pp. 13-32.

¹⁶ La STJ 26 abril 2012, as. C-508/10: *Comisión / Países Bajos*, señaló que los Estados miembros no disponen de un margen de apreciación ilimitado en el cobro de tasas a los nacionales de terceros países cuando expiden un permiso de residencia y que los Estados miembros no están autorizados a fijar tarifas que podrían suponer un obstáculo al ejercicio de los derechos contemplados en la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración.

¹⁷ Puesta de manifiesto, por ejemplo, en relación con la adopción de una Acción Común en relación con el tránsito aeroportuario. *Vid.* STJ 12 mayo 1998, as. C-170-96: *Comisión / Consejo*.

¹⁸ J.C. Fernández Rozas, “Génesis y constitucionalización...”, *loc. cit.*, pp. 232-234.

¹⁹ *Vid.* A. Berramdane, “L’émergence d’une politique européenne commune de l’immigration et son externalisation progressive”, en A. Berramdane y J. Rossetto, *La politique européenne d’immigration*, París, ed. Karthala, 2009, pp. 47 ss.

²⁰ La STJ 2 marzo 2010, asuntos acumulados C-175/08, C-176/08, C-178/08 y C-179/08: *Salahadin Abdulla y otros*, afirmó que “la Convención de Ginebra constituye la piedra angular del régimen jurídico internacional de protección de los refugiados” y que “las disposiciones de la Directiva relativas a los requisitos para la concesión del estatuto de refugiado y al contenido de éste fueron adoptadas para guiar a las autoridades competentes de los Estados miembros en la aplicación de la citada Convención, sobre la base de conceptos y criterios comunes”. *Vid.* en esta dirección STJ 17 junio 2010 C-31/09: *Nawras Bolbol*.

5. Pese a esta transferencia, la política de inmigración europea sigue teniendo de “común” poco más que el nombre, porque sigue sin producirse el suficiente consenso entre los Estados miembros sobre sus contenidos esenciales. La inmigración se ha convertido, en buena parte, en una cuestión política al ofrecer características cualitativas y cuantitativas de tal entidad que ha desplazando la actuación puramente nacional de los legisladores internos del plano económico al plano político y social, condicionando a la vez la actuación de la UE en las relaciones entre los Estados miembros y entre éstos y los Estados de origen o de tránsito de migrantes para una definición de una política común en materia de fronteras, asilo e inmigración. Por esta razón la Comisión persiste en extender su ámbito de actuación alegando que uno de los objetivos fundamentales de la UE es contar con una política de migración europea completa, con visión de futuro y basada en la solidaridad y con un enfoque equilibrado para abordar tanto la migración legal como la ilegal.

La gestión apropiada de los flujos migratorios exige asimismo garantizar un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, mejorar las medidas de lucha contra la inmigración ilegal y fomentar la cooperación con terceros países en todos los ámbitos. Desde el Consejo Europeo de Tampere, dicha cooperación ha sido uno de los principios conductores europeos en el área de la inmigración y, a partir de aquí, las acciones se han orientado a desarrollar unos vínculos más estrechos con países de origen y de tránsito en un intento de gestionar los flujos migratorios de un modo más efectivo. Estas exigencias han condicionado una serie de previsiones de muy distinto alcance. De un lado, la UE pretende desarrollar un nivel uniforme de derechos y obligaciones de los inmigrantes regulares comparable al de los ciudadanos de la Unión; siendo esencial, en este contexto, la relación de la UE con terceros países para conseguir un equilibrio entre la necesaria afluencia de extranjeros y la seguridad interior. De otro lado, la UE considera que una regulación ordenada de la inmigración legal permitirá mitigar los riesgos derivados de la inmigración ilegal en los próximos años. Mas por el momento ese equilibrio es inexistente pues frente al amplio desarrollo de toda la materia concerniente a la seguridad (gestión de fronteras, política de visados, control de la inmigración irregular), el capítulo de la inmigración legal, es mucho más reducido o, en todo caso, está más fragmentado.

2. Previsiones del Tratado de Lisboa

6. Tras el Tratado de Lisboa, que entró en vigor en diciembre de 2009, la política migratoria de la Unión se encuadra en el ámbito del espacio de libertad, seguridad y justicia, configurándose respecto a éste con un marcado carácter autónomo, que se distingue por sus objetivos relativos a los controles en las fronteras y de la competencia en materia de asilo e inmigración²¹.

²¹ Ch. Bertrand, “Les conditions d’une politique commune de l’immigration: apport et limites du traité de Lisbonne”, *Europe*, n° 2, febrero 2010; S. Wolff y F. Trauner, “A European Migration Policy fit for Future Challenges”, *Freedom, Security and Justice after Lisbon and Stockholm*, La Haya, T.M.C. Asser Press, 2011, pp. 63-78.

El Tratado de Lisboa, dentro del área de competencia exclusiva de las materias que no estén clasificados como política común (unión aduanera, política monetaria, normas de competencia), incluye las políticas comunes de materias cualificadas en el ámbito de las competencia compartida (transporte, agricultura, cooperación al desarrollo). En este contexto la especificidad de la política migratoria responde a que su desarrollo es particularmente complicado por conservar los Estados miembros un control sobre su aplicación. Esta política posee graves desequilibrios, propiciados voluntariamente por los Estados miembros, que han dado prioridad a ciertos elementos como la gestión operativa de las fronteras exteriores o la lucha contra la inmigración ilegal a expensas de asilo y la inmigración legal. Esta voluntad, que se iba expresando muy lentamente, se formuló claramente en el Tratado, lo que favoreció de inmediato el ejercicio de la competencia de la Unión justificándose con respecto al principio de subsidiariedad. De esta suerte, la Comisión comenzó a actuar en el entendimiento de que el problema migratorio no podía ser solucionado con mayor eficacia a escala nacional, regional o local. No obstante, la competencia de la Unión ha de coexistir con la de los Estados miembros y en un ámbito tan sensible como la inmigración, los Estados miembros no están dispuestos a renunciar a sus prerrogativas. Es esta, sin duda, la nota más característica de la política migratoria.

El art. 67, ap. 2 TFUE, incluido en las disposiciones generales del título relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia, dispone con carácter general que la UE “desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países”. Se configura así, en los propios términos del precepto, una “política común” que abarca tres materias diversas: control de fronteras, asilo e inmigración. Cabe insistir en que no nos hallamos ante sector objeto de competencia exclusiva de la Unión²², pero el empleo de la expresión “política común” evidencia una vocación de ampliación, coordinación y continuidad que puede tener una importante proyección en el futuro.

A diferencia de otras políticas comunes se caracteriza por un mayor grado de generalidad. Por ahora, sólo tres de los veintiocho Estados Miembros (Reino Unido, Irlanda y Dinamarca), esto es, una clara minoría, disfrutaban de las posibilidades de las cláusulas *opt-out* que les permite abstenerse de aplicar una medida en cualquier momento, pero no hay que olvidar, que podrán utilizar las cláusulas que *opt-in* previstas en los tratados que posibilitan a cada uno de estos países participar, en casos concretos, en el procedimiento de adopción de una medida o en la aplicación de una medida ya aprobada y, cuando esto acontece, dichas medidas son vinculantes para ellos con idéntico tenor que para los otros Estados miembros²³.

7. Desde la perspectiva institucional, aparte del refuerzo de las competencias del Tribunal de Justicia, que podrá pronunciarse con carácter prejudicial sobre la totalidad

²² Y. Pascouau, *La politique migratoire de l'Union européenne. De Schengen à Lisbonne*, Institut Universitaire Varenne, 2011, p. 25.

²³ L.M. Hinojosa Martínez, *El reparto de competencias entre la Unión Europea y sus Estados miembros*, Valencia, Tirant lo Blach, 2006.

de las materias incluidas en el espacio de libertad, seguridad y justicia, cabe señalar que el art. 68 TFUE resalta el papel del Consejo Europeo en la definición de las orientaciones generales que deben guiar la intervención de las instituciones (art. 15 TUE). Frente al sistema anterior en el que las medidas en este sector eran adoptadas por unanimidad por el Consejo, previa consulta al Parlamento, en la actualidad las medidas adoptadas siguiendo el procedimiento legislativo ordinario contempladas en el art. 79, ap. 2 TFUE, comprenden tanto la inmigración legal como la ilegal y son adoptadas por el Consejo y el Parlamento Europeo de forma conjunta y con arreglo al procedimiento legislativo ordinario del art. 294 TFUE. Este precepto supone la culminación del desarrollo de la competencia de la UE para regular una materia íntimamente relacionada con la libre circulación de personas constituyendo un punto de equilibrio entre dos elementos inherentes a cualquier política migratoria: la gestión del flujo de la migración regular y la lucha contra la inmigración ilegal. Este equilibrio, no exento de dificultades que ha obligado incluso a pronunciarse al Tribunal de Justicia²⁴, es particularmente importante porque en la definición de la política de la UE en la materia se registra una constante dialéctica entre la tutela del interés común europeo y la defensa de las prerrogativas nacionales y la protección de los derechos fundamentales.

Por su parte, la extensión del procedimiento de codecisión al ámbito de las fronteras, asilo e inmigración intenta paliar de alguna manera el déficit democrático con una mayor participación del Parlamento Europeo y de los Parlamentos nacionales en una materia íntimamente vinculada al respeto de los derechos fundamentales²⁵; además la supresión de la regla de la unanimidad se considera de gran utilidad para evitar los considerables retrasos en el desarrollo de esta política.

Con independencia del ámbito competencial atribuido a la Comisión por el Tratado de Lisboa su papel queda reforzado desde la perspectiva institucional en dos direcciones: por una parte, al admitirse la posibilidad de que presente recursos por incumplimiento contra los Estados miembros que no respeten las disposiciones establecidas en el marco de fronteras, asilo e inmigración; por otra parte, al poder proponer al Consejo la adopción de medidas que establezcan los procedimientos que seguirán los Estados miembros para efectuar, en colaboración con ella, una evaluación objetiva e imparcial de la aplicación, de la política que estamos examinando.

8. La puesta en marcha de la política común de fronteras, asilo e inmigración ofrece una diversidad que se manifiesta especialmente en el marco normativo y en el de la cooperación entre los Estados miembros. Mientras que en el sector del control de las

²⁴ STJ 5 septiembre 2012, as. C-355/10: *Parlamento / Consejo*. En este caso el TJ hubo de pronunciarse acerca de la legalidad de las directrices para las operaciones marítimas de Frontex (Decisión 2010/252/UE del Consejo) adoptadas por el procedimiento de comitología regulado en el art. 5 Decisión 1999/468/CE, sin la intervención plena del Parlamento Europeo, considerando que debían anularse aunque debían seguir aplicándose hasta que fueran sustituidas. Precisó, sin embargo, que las normas controvertidas contenían elementos esenciales de vigilancia de la frontera marítima exterior, y por lo tanto conllevaban decisiones políticas que se debían adoptar según el procedimiento legislativo ordinario, con el Parlamento como colegislador.

²⁵ De conformidad con el Protocolo sobre el cometido de los Parlamentos Nacionales en la Unión Europea anejo al TFUE. *Vid. infra*, nº 14.

fronteras exteriores el instrumento de base es el Reglamento y la existencia de una cooperación interestatal es la nota dominante, en materia de asilo y de inmigración el procedimiento de normación empleado es la de Directivas y la cooperación mucho más limitada, observando los Estados miembros una marcada tendencia hacia el mantenimiento del *statu quo* o hacia una armonización limitada. Al lado de normas comunes mínimas, esencialmente a través de Directivas, que los Estados miembros tienen la obligación de transponer, estos últimos pueden legislar sobre los temas no contemplados por ellas y también, adoptar excepciones a las normas comunes en la medida en que estas disposiciones lo permitan.

Puede afirmarse a partir de aquí que el sistema institucional establecido en el Tratado de Lisboa, ampliando los poderes de la Unión sobre el tema, ha dado un paso adelante hacia la reactivación de la política europea de fronteras, asilo e inmigración. Ciertos principios orientadores, que representan los valores esenciales de las actividades europeas en este sector, como la mejora de la solidaridad, la responsabilidad compartida o la asociación estrecha han adquirido un carácter vinculante en las áreas del asilo, la gestión de fronteras y la inmigración. De este modo se incentiva la intervención y participación de todos los sujetos, públicos y privados, en la conformación y aplicación de la política migratoria. Ello se concreta en el establecimiento de un marco jurídico más homogéneo y coherente, en un enfoque más equilibrado entre la necesaria seguridad y el respeto a los derechos fundamentales para la gestión de los flujos migratorios y, como se verá en el epígrafe siguiente, en la agilización de la distribución de competencias en relación con los Estados miembros. Y no es de menor importancia el establecimiento de las bases legales necesarias para la puesta en marcha de las medidas que permitan desarrollar la “asociación y cooperación con terceros países con el fin de gestionar los flujos de personas que soliciten asilo o protección subsidiaria o temporal” [art. 78.2º,g) TFUE].

A partir de aquí se propugna la utilidad de un código común europeo de inmigración y de un manual de directrices comunes europeas para asegurar su implementación y accesibilidad y combatir la discriminación y el racismo en el mercado de trabajo. El código debería aportar una mayor transparencia y claridad jurídica sobre los derechos y libertades de los nacionales de terceros países que residen en la UE y consolidar la legislación mediante un marco uniforme y transparente de derechos y estándares comunes, incluyendo los aplicables a inmigrantes no documentados²⁶.

III. DELIMITACIÓN DEL MARCO COMPETENCIAL

1. Contenido de las competencias de la UE

A) Marco general de las competencias atribuidas

²⁶ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “Las políticas europeas de inmigración” (Dictamen exploratorio) (2014/C 458/02), DO C 458 de 19.12.2014.

9. En el interior de la UE la gestión de los flujos migratorios ha estado tradicionalmente bajo el control individual de cada Estado miembro por vincularse estrechamente a las esferas más íntimas de su soberanía nacional, pero la Unión pronto tomó conciencia de que dicha gestión precisaba abarcar un bloque coherente y exhaustivo de actuaciones, que comprendieran tanto la dimensión interna como la externa²⁷, habida cuenta de las limitaciones los Estados miembros para encargarse de gestionar un fenómeno de tanta complejidad.

Esta es la razón por la cual la UE asumió paulatinamente un conjunto de competencias relacionadas con el control de los flujos migratorio y, con el propósito de ponerlas en práctica, acometiese una intensa actividad normativa cubriendo diferentes sectores y ámbitos pero con un resultado regulador bastante heterogéneo, fragmentario y de difícil manejo²⁸. Dicha actividad se vio precedida o complementada por numerosas comunicaciones de la Comisión, libros verdes, planes de acción, guías de actuación, etc... que tuvieron la virtud de orientar la actividad de las instituciones comunitarias. La entrada en vigor del Tratado de Lisboa implicó la asunción por la UE de un marco competencial que le ha permitido desarrollar política común de inmigración y asilo extensiva al control de las fronteras exteriores. En todo caso, el Tribunal de Justicia se ha encargado de fijar los límites de las competencias de los Estados en este ámbito²⁹

10. El Título V de la tercera parte del TFUE, relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia, dedica su capítulo 2 a las políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración, precisando los objetivos perseguidos y atribuyendo a la Unión la competencia para realizarlos³⁰.

Centrándonos en el examen competencial debe retenerse que el art. 1 TUE dispone que los Estados miembros atribuirán a la Unión competencias para alcanzar sus objetivos comunes. Con ello se pone de manifiesto que el origen de las competencias de la UE, en todos los sectores incluido el migratorio, no dimana de una supuesta soberanía europea sino que son los Estados mismos quienes confieren las competencias como

²⁷ K. Eisele, *The External Dimension of the EUs Migration Policy: Different Legal Positions of Third-Country Nationals in the EU: a Comparative Perspective*, Leiden, Nijhoff, 2014.

²⁸ Resulta de gran utilidad para manejar este complejo bloque normativo el *Manual de Derecho europeo sobre asilo, fronteras e inmigración* Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2014, preparado por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Consejo de Europa.

²⁹ En materia de denegación de visados la STJ 19 diciembre 2013, asunto C-84/12: *Koushkaki* consideró que el sistema establecido por el Código de visados [Reglamento (CE) n° 810/2009, posteriormente modificado] al requerir una armonización de las condiciones para la expedición de visados uniformes, excluía la existencia de divergencias entre los Estados miembros en la determinación de los motivos de denegación de tales visados.

³⁰ De conformidad con los Protocolos 21 y 22 de los Tratados, el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca no participan en la adopción por el Consejo de medidas propuestas en virtud del Título V del TFUE. El Reino Unido e Irlanda pueden notificar al Consejo, en un plazo de tres meses a partir de la presentación de una propuesta o iniciativa, o en cualquier momento después de su adopción, su deseo de participar en la adopción y aplicación de la medida propuesta. Dinamarca puede, en cualquier momento y de conformidad con sus normas constitucionales, informar a los demás Estados miembros de que desea aplicar plenamente todas las medidas pertinentes adoptadas sobre la base del Título V TFUE.

representantes de la ciudadanía organizada por los Estados (art. 5.2° TUE). Sentado este principio de atribución, cabe afirmar que los objetivos asignados a la Unión sólo pueden ponerse en práctica en virtud de las competencias atribuidas. Ahora bien, en este sector son frecuentes las interferencias en la medida en que el ejercicio de una competencia es susceptible de afectar a otros sectores, de suerte que, el marco de actuación de la UE está restringido, de conformidad con el Tratado de Lisboa, al bloque de las competencias atribuidas y siempre de acuerdo con las condiciones previstas en los Tratados. Únicamente la revisión de los Tratados con arreglo al procedimiento ordinario permitiría incrementar estas competencias³¹, pues ello no es posible mediante un procedimiento de revisión simplificada.

Correlativamente los Estados miembros tienen un deber de lealtad³², ejerciendo su competencia dentro del respeto de los actos y objetivos de la política migratoria de la Unión, que engloba las medidas destinadas a los nacionales de terceros países que se establezcan de forma duradera (legal o ilegalmente) en la Unión Europea³³.

B) Ámbito de las competencias compartidas

11. El Tratado de Lisboa también ha aclarado que las competencias de la UE en materia migratoria no tienen carácter exclusivo, por lo cual la Unión no puede por sí misma legislar y adoptar actos vinculantes en estos ámbitos (art. 3 TFUE), sino que son competencias compartidas con los Estados miembros, de suerte que estos últimos están autorizados a aprobar actos vinculantes en esta materias aunque solo pueden ejercer su competencia en la medida en que la UE haya determinado no ejercer la suya (art. 4) y ello es particularmente relevante en lo que respecta a la cantidad de inmigrantes que pueden entrar legalmente en un Estado miembro para buscar trabajo (art. 79,

³¹ Recuérdese que el art. 352 TFUE no permite ampliar las competencias de la Unión y que de conformidad con la Declaración relativa a este precepto TFUE, esta disposición “no puede servir de base para ampliar el ámbito de las competencias de la Unión más allá del marco general que establecen las disposiciones de los Tratados en su conjunto, en particular aquellas por las que se definen las funciones y acciones de la Unión. Este artículo no podrá en ningún caso servir de base para adoptar disposiciones que tengan por efecto, en esencia, por sus consecuencias, modificar los Tratados sin seguir el procedimiento que éstos fijan a tal efecto”. *Vid.* V. Edjaharian, “Les compétences dans le Traité de Lisbonne: la constitutionnalisation de l’Union européenne interrogée”, *Le Traité de Lisbonne: reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l’Union européenne?* (E. Brosset, dir.), Bruselas, Bruylant, 2009, pp. 227-260.

³² Según el art. 4.3° TFUE: “Conforme al principio de cooperación leal, la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados”. *Vid.* la acción del postulado antes de la entrada en vigor del TFUE en J. Laso Pérez, *La cooperación leal en el ordenamiento comunitario*, Madrid, Colex, 2000.

³³ Por ejemplo, la STJ 6 diciembre 2012, as. C-430/11: *Sagor*, recuerda que los Estados miembros están obligados, en virtud del deber de lealtad y de las exigencias de eficacia de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, a proceder a la expulsión lo antes posible. *Vid.* en la misma dirección STJ 23 abril 2015, as. C-38/14: *Zaizoune*.

ap. 5 TFUE)³⁴. Por último, el Tribunal de Justicia goza ahora de plena jurisdicción en el ámbito de la inmigración y el asilo.

Por mucho que el Tratado de Lisboa haya clarificado la cuestión competencias respecto a la situación anterior, el modelo diseñado, a partir de competencias compartidas, sigue conservando una importante distorsión entre eficacia y legitimidad democrática que no contribuye precisamente a mitigar la excesiva complejidad y opacidad persistente, que en la actualidad debe ceder ante una delimitación más precisa de las competencias entre la UE y los Estados miembros.

12. Las competencias de la Unión en materia de inmigración vinieron atribuidas inicialmente por el Tratado de Maastricht, en el marco del antiguo tercer pilar, y fue comunitarizada, como se ha señalado, por el Tratado de Ámsterdam, en el Título IV del TCE (art. 63, ap. 3). Superando estas regulaciones, el Tratado de Lisboa introdujo el procedimiento de codecisión y la votación por mayoría cualificada en el ámbito de la migración legal, así como un nuevo fundamento jurídico para las medidas de integración. Actualmente, el procedimiento legislativo ordinario se aplica a las políticas en materia de inmigración tanto legal como ilegal, en las que el Parlamento es colegislador en pie de igualdad con el Consejo. No obstante, cabe señalar que las medidas provisionales en caso de afluencia repentina de nacionales de terceros países en un Estado miembro las adoptará únicamente el Consejo, previa consulta al Parlamento (art. 78, ap. 3 TFUE).

La Unión dispone así de una competencia compartida en el ámbito del espacio de libertad, seguridad y justicia (art. 4, ap. 2, j) del TFUE), cuyos objetivos y modalidades de ejercicio se precisan en el Título V de la tercera parte del TFUE. Dicha competencia se concreta en los arts. 77 a 79 TFUE, que definen los contenidos de la política común de fronteras, asilo e inmigración³⁵:

i) El control en la frontera, posee un triple objetivo: garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores, garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de y las fronteras exteriores e instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores. Ello comprende la política común de visados y otros permisos de residencia de corta duración, los controles a los cuales se someterá a las personas que crucen las fronteras exteriores, las condiciones en las que los nacionales de terceros países podrán circular libremente por la Unión durante un corto período y cualquier medida necesaria para el establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores (art. 77). Resulta obvio que la UE debe asumir mayor responsabilidad en el control de las fronteras exteriores propugnándose incluso para ello la creación

³⁴ E. Neframi, “La réparation des compétences entre l’Union européenne et ses états membres en matière d’immigration irrégulière”, *La légalité de la lutte contre l’immigration irrégulière par l’Union européenne* (L. Dubin, dir.), Bruselas, Bruylant, 2012, pp. 35-63.

³⁵ R. Ball, *The Legitimacy of the European Union through Legal Rationality. Free Movements of Third Country Nationals*, Abingdon, Routledge, 214, pp. 123 ss.

de un servicio común europeo de guardia de fronteras compuesto por un contingente europeo de agentes especializados que presten apoyo a los Estados miembros³⁶.

ii) La política común en materia de asilo pretende brindar un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Ofrece singular importancia pues a pesar de la evidente armonización legislativa en el sector los estados miembros siguen conservado un alto grado de discrecionalidad dando lugar a prácticas muy diferentes. Este “sistema europeo común de asilo” deberá tener validez para nacionales de terceros países en toda la Unión. A su lado, y entre otros requisitos se contempla un estatuto uniforme de protección subsidiaria para los nacionales de terceros países que, sin obtener el asilo europeo, necesiten protección internacional, y un sistema común para la protección temporal de las personas desplazadas, en caso de afluencia masiva y procedimientos comunes para conceder o retirar el estatuto uniforme de asilo o de protección subsidiaria (art. 78).

iii) La política de inmigración está destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas³⁷. En este marco se determinan, las bases jurídicas que permiten la adopción de una serie de medidas que facilitarán la consecución de los fines previstos; entre éstos, se subraya el establecimiento de una base jurídica clara que habilita a la UE a celebrar acuerdos con terceros Estados de readmisión de los nacionales que no cumplen con las condiciones de entrada, estancia o residencia en el territorio de los países miembros, por un lado, y la adopción de medidas que apoyen y fomenten la integración de los nacionales de terceros países, por otro³⁸. No afecta a la competencia de los Estados miembros en materia de integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en ellos, a la fijación del volumen de entrada de nacionales de terceros países a efectos de búsqueda de empleo ni al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior³⁹.

³⁶ Esta posibilidad fue considerada en las conclusiones del Consejo Europeo de 26 y 27 de junio de 2014 fijaron el objetivo de estudiar la posibilidad y viabilidad de su establecimiento como una de las prioridades políticas para la agenda del espacio de libertad, seguridad y justicia hasta el 2020.

³⁷ I. Lirola Delgado, “¿Por fin una política de inmigración de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa?”, *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis institucional, Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional-AEPDIRI-celebradas en Madrid el 17 y 18 de diciembre de 2007*, Madrid, Iustel, 2008 pp. 539-548.

³⁸ C. Billet, “EC Readmission Agreements: A Prime Instrument of the External Dimension of the EU’s Fight Against Irregular Immigration. An Assessment after Ten Years of Practice”, *Eur. J. Migration and Law*, 2010, pp. 45 ss.

³⁹ El ejercicio de la competencia de la Unión debe tener en cuenta los intereses de los Estados miembros en materia de seguridad social; además, el Tratado de Lisboa introduce una nueva disposición que constituye una reserva de competencia estatal. Se trata del art. 79, ap. 5, del TFUE: “El presente artículo no afectará al derecho de los Estados miembros a establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países procedentes de terceros países con el fin de buscar trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia”.

13. Lo esencial del ámbito intervención de la Unión en la materia sigue quedando dentro de la competencia compartida si bien se observa un cierto fortalecimiento del papel de la Unión. En efecto, el Tratado de Lisboa establece las medidas que adoptarán en la materia el Parlamento Europeo y el Consejo con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, esto es, en codecisión, a través de reglamentos, directivas y decisiones tendentes a armonizar las políticas de los Estados miembros; pero también puede determinar normas específicas en los ámbitos siguientes: a) las condiciones de entrada y residencia y las normas relativas a la expedición por los Estados miembros de visados y permisos de residencia de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar; b) la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros; c) la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación ilegal; d) la lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños (art. 79.2º TFUE).

Cabe notar el TFUE, no incluye la reserva general de competencia a los Estados miembros limitándose a disponer que la política común de fronteras, asilo e inmigración:

i) “no afectará al derecho de los Estados miembros a establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países procedentes de terceros países con el fin de buscar trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia” (art. 79.5º TFUE), excluyendo “de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros” (art. 79.4º TFUE);

ii) está sujeta a la reserva de orden público pues, al formar parte del espacio de libertad, seguridad y justicia, “se entenderá sin perjuicio del ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en cuanto al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior” (art. 72 TFUE); bien entendido que la noción de orden público es una noción configurada en el contexto de la UE y, por tanto, sujeta al control del Tribunal de Justicia⁴⁰;

iii) se extiende a las medidas sobre el cruce de fronteras exteriores incluidas en el art. 77.2º.b) TFUE, que se entenderá sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros para negociar o celebrar acuerdos con terceros países, siempre que observen el Derecho de la Unión y los demás acuerdos internacionales pertinentes” (Protocolo nº 23 TFUE).

C) Competencias de apoyo

14. Las denominadas “políticas transversales” han sido convertidas por el Tratado de Lisboa en nuevos ámbitos de competencia en los que podrá intervenir la UE. Se denominan “competencias de apoyo” por cuanto la Unión no obtiene competencias legislativas

⁴⁰ A. Berramdane, “L’ordre public et les droits fondamentaux en droit communautaire et de l’Union européenne”, *Mélanges en hommage au Doyen Yves Madiot*, Bruselas, Bruylant, 2000, pp. 157 ss.

complementarias, limitando su actuación al apoyo de determinadas acciones de los Estados miembros. De acuerdo con el art. 6 TFUE la UE solo puede intervenir en estos casos al objeto de respaldar, coordinar o completar la acción de los Estados miembros. Por lo tanto, no dispone de poder legislativo en estos ámbitos y no puede interferir en el ejercicio de estas competencias reservadas a los Estados miembros.

Aunque, como se ha indicado la competencia de la Unión en materia de fronteras, asilo e inmigración es una competencia compartida, deja ciertos espacios a otras modalidades competenciales. Es el caso del art. 79.4º TFUE según el cual “el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros destinada a propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros”. Puede apreciarse nos hallamos ante una competencia de apoyo, complemento y coordinación, que no tiene efecto de preferencia sobre la competencia de los Estados miembros, pues la Unión carece de competencia normativa en materia de criterios y modalidades de integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente.

La UE dispone, pues, de una competencia operativa, en el sentido de que su intervención descansa más en un poder de actuación que en una producción normativa. Precisamente el Tratado de Lisboa confiere a la Unión el poder de adoptar actos legislativos de apoyo y complemento de la acción nacional en materia de integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en la UE. Al inscribir su política migratoria en la persecución del objetivo último de integración, la UE ha adoptado ya medidas de este tipo y desarrollado un marco jurídico basado en instrumentos de Derecho indicativo, que constituyen un método abierto de coordinación. A partir de aquí, la Unión puede adoptar actos legislativos destinados a favorecer la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente, pero sin efectos sobre la competencia normativa de los Estados miembros.

La competencia operativa de coordinación se ejerce también en el plano de la cooperación administrativa. En virtud del art. 74 TFUE, el Consejo puede adoptar medidas para garantizar una cooperación administrativa entre los servicios competentes de los Estados miembros y entre dichos servicios y la Comisión. Tales medidas se adoptan a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y deben justificarse en relación con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Además, el art. 70 TFUE otorga al Consejo la posibilidad de adoptar medidas “que establezcan los procedimientos que seguirán los Estados miembros para efectuar, en colaboración con la Comisión, una evaluación objetiva e imparcial de la aplicación, por las autoridades de los Estados miembros, de las políticas de la Unión contempladas en el presente título, en particular con objeto de favorecer la plena aplicación del principio de reconocimiento mutuo”. Dichas medidas se adoptarán a propuesta de la Comisión, debiéndose informar al Parlamento Europeo y a los Parlamentos nacionales del contenido y los resultados de dicha evaluación. La adopción de tales medidas constituye una precisión del deber de cooperación leal que incumbe a los Estados miembros en virtud del art. 4, ap. 3, párrafo primero del TUE.

2. Reserva de competencia por los Estados miembros

15. Como vimos, la referencia a una política común de fronteras, asilo e inmigración no equivale a una competencia exclusiva de la Unión. Se trata de una materia especialmente sensible donde la competencia de la Unión ha de coexistir necesariamente con la de los Estados miembros que no están dispuestos a renunciar a las mismas. En efecto, los Estados miembros de la UE continúan siendo soberanos e independientes, pero han transferido a esta última una gran cantidad de competencias siendo cada vez más conscientes de que al menos es necesario armonizar en cierto grado las políticas de inmigración de los países de la UE (no obstante, aún no se ha alcanzado ningún consenso sobre cuánto deberían armonizarse). En muchos casos existe una cierta confusión acerca de las responsabilidades atribuidas a las instituciones europeas y las competencias que conservan los Estados miembros. Por supuesto, las manifestaciones de la soberanía no desaparecieron por completo en favor de la voluntad de armonización entre los distintos Estados miembros, y las prerrogativas soberanas están muy presente en la forma en que los representantes de los Estados participan en la elaboración de directivas y reglamentos a escala europea.

Evidentemente, los Estados de la UE que comparten los mismos desafíos, a pesar de las diferentes tradiciones y normativas, comenzaron a desarrollar un modelo nuevo y sin precedentes de gestión de la inmigración en común. Pero ello no se ha generalizado. Y a ello hay que añadir que las preferencias de la UE en el sector de fronteras, asilo e inmigración no tienen por qué coincidir con las de sus Estados miembros pues éstos vinculan con frecuencia las cuestiones migratorias a las de seguridad, política de empleo y política social. El resultado de esta discrepancia repercute en la consecución de la política común al no poder desarrollarse sin afectar a áreas muy sensibles que algunos Estados miembros no están dispuestos a renunciar. Dicho en otros términos, una verdadera política común en esta materia debe basarse en el apoyo y el respeto de las competencias nacionales.

16. Un marcado particularismo ha caracterizado, por ejemplo, la admisión de nacionales de terceros países, a efectos de empleo, en las diversas y variadas legislaciones de extranjería que han sido elaboradas hasta la fecha en función de intereses concretos e inmediatos y como respuesta a las necesidades del mercado laboral con una tendencia a la protección de la mano de obra nacional. Al lado de acciones limitadas a la cooperación, el intercambio de información y la comunicación entre Estados miembros, coordinado por la Comisión, existen algunos criterios comunes como la exigencia de una propuesta de empleo⁴¹,

⁴¹ El Consejo Europeo de Viena (11-12 de diciembre de 1998), insistió en este aspecto y los representantes de los Estados miembros solicitaron una mayor concordancia entre las acciones comunitarias para el empleo y las orientaciones fundamentales de las políticas económicas de los Estados miembros. Desde esta perspectiva se considera que la política de empleo debe formar parte de un enfoque global que incluya políticas macroeconómicas orientadas hacia el crecimiento y la estabilidad junto con reformas económicas tendentes a aumentar la competitividad. Y dicho bloque debe incluir las Directivas para el empleo, cuyo objetivo es mejorar la capacidad de inserción profesional, la adaptabilidad, la igualdad de oportunidades y el espíritu de empresa. Esta

de recursos financieros suficientes y de un seguro de enfermedad para obtener un permiso de residencia temporal; pero la variedad normativa dificulta el establecimiento de una política de armonización de legislaciones en el sector. Es más, en función de la competencia que los Estados miembros se reservan, la diversidad se extiende a través de tres cauces que son utilizados de manera indistinta y con notable eficacia. En primer lugar, a través del establecimiento de cuotas o contingentes anuales de admisión en función del sector de actividad que se pretende favorecer y el país de procedencia del trabajador inmigrante⁴². En segundo lugar, con la fijación unilateral de determinadas medidas de regularización que otorgan a determinados grupos de trabajadores de terceros Estados una situación laboral legalmente estable con posibilidades de renovación⁴³. Por último, con la viabilidad de concluir acuerdos bilaterales en materia de empleo; dichos acuerdos tienen como finalidad complementar las deficiencias de mano de obra nacional en un determinado sector de actividad, por ejemplo, agricultura, construcción u hostelería, aunque también pueden utilizarse para reforzar determinados vínculos de carácter histórico, cultural o lingüístico con una determinada comunidad nacional⁴⁴. En cualquier caso, la historia de una coordinación en la materia, por mínima que pudiera parecer, está jalonada de una fuerte oposición por parte de los Estados miembros⁴⁵.

IV. EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS

1. Limitaciones

17. El establecimiento de un enfoque coherente de la migración requiere que tanto los Estados miembros como la propia UE demuestren un mayor respeto por las estipu-

cuestión esta contemplada con carácter general en el Título VIII del TCE (arts. 125-130) que regula la política de empleo.

⁴² C. Aprell Lasagabaster, “La fórmula ‘contingente de autorizaciones’ como condicionante para el empleo de ciudadanos extranjeros no comunitarios”, *Revista de Derecho Administrativo*, nº 93, 1997, pp. 13-25; V. Aguado i Cudolà, “El control administrativo de la inmigración laboral a través del control en origen: el contingente de autorizaciones de trabajo para extranjeros no comunitarios”, *RJC*, 2002, pp. 1001-1022; M^oC. Grau Pineda, “El contingente de trabajadores extracomunitarios en España”, *Revista de Ciencias Jurídicas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, 2002, nº 7, pp. 71 ss.

⁴³ C.J. Gortázar, “The Regularisation of Illegal Immigrants in Spain”, *Les régularisations des étrangers illégaux dans l’Union européenne* (P. de Bruycker, dir), Bruselas, 2000, pp. 291-342; A. Solanes Corella, “Los procesos extraordinarios de regularización de inmigrantes: algunas alternativas”, F.J. García Castaño y C. Muriel López (eds.), *La inmigración en España. Contextos y alternativas*, vol. II, *Actas del III Congreso sobre la inmigración en España (Ponencias)*, Granada, 2002, pp. 579-588.

⁴⁴ Vid. el folleto editado por la OIT de E. Geromini, *Acuerdos bilaterales de migración de mano de obra: Modo de Empleo*, Ginebra, 2004, 45 pp.

⁴⁵ Tal fue el caso del rechazo por muchos de los Estados miembros de la importante Decisión 85/381, de 8 de julio de 1985 (DO nº L 183, de 14.7.88), que fijaba el establecimiento de un procedimiento de comunicación previa y de concertación sobre las políticas migratorias, respecto de Estados terceros, con obligaciones de los Estados miembros de informar a la Comisión y a los restantes países sobre proyectos nacionales para inmigrantes regulares o irregulares (Vid. J.R. Mercader Uguina y A.B. Muñoz Ruiz, “El tratamiento de la política migratoria en la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 32, 2001, pp. 35-62).

laciones del marco legal y normativo que afecta a los inmigrantes, especialmente los instrumentos centrales de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos y los precedentes de los sistemas de protección europeos⁴⁶. Según el art. 67, ap. 1 TFUE, “La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales”⁴⁷. En consecuencia, el margen de maniobra de los Estados miembros para la ejecución de las normas europeas en materia migratoria está regido por la obligación de respetar los derechos fundamentales⁴⁸, con arreglo al Derecho de la Unión y, en virtud del Derecho internacional, de los instrumentos emanados de Naciones Unidas, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁴⁹ y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE⁵⁰. Este último instrumento no solamente recoge el derecho de asilo (art. 18)⁵¹ y el principio de no devolución, prohibiendo el retorno de una persona a una situación de temor justificado de persecución o de riesgo real de tortura o tratos o penas inhumanos o degradantes (art. 19), sino que dedica una serie de preceptos relativos a la protección de las personas *v.gr.* tutela judicial efectiva (art. 47) de especial aplicación ante la vulneración de los derechos relacionados con la inmigración. A este catálogo debe añadir-

⁴⁶ Acerca de las relaciones entre el sistema europeo de protección de los derechos humanos y el instaurado por la Unión Europea *vid.* mis consideraciones en “La compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y las secuelas del Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia”, *La Ley: Unión Europea*, nº 23, 2015, pp. 40-56.

⁴⁷ La STJCE de 26 de junio de 2006, C-540/03: *Parlamento / Consejo*, consideró que el ejercicio de la competencia estatal, en el marco del margen de apreciación que la Directiva sobre la reagrupación familiar deja a los Estados miembros, es susceptible de control por lo que se refiere al respeto de los derechos fundamentales. El control del Tribunal se impone así a las disposiciones de una directiva que permita a los Estados miembros aplicar excepciones, ya que estas podrían imponerles o autorizarles a adoptar o mantener leyes nacionales que no respeten los derechos fundamentales. Dicho control debe tener en cuenta la competencia de los Estados miembros para adoptar medidas de mantenimiento del orden público y salvaguardia de la seguridad interior (art. 72 TFUE). *Vid.* E. Pérez Martín, “El derecho al respeto de la vida familiar y la reagrupación familiar de los hijos menores de extranjeros en la Unión Europea (STJCE de 26 de junio de 2006, C-540/03)”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, nº 1, 2007, http://www.funciva.org/uploads/ficheros_documentos/1216117825_elenaperezmartin.pdf.

⁴⁸ F. Scuto, *I diritti fondamentali della persona quale limite al contrasto dell'immigrazione irregolare*, Milán, Giuffrè, 2012, pp. 2 ss.

⁴⁹ La STJ 30 noviembre 2009, C-357/09: *Kadzoev*. consideró que la Directiva 2008/115/CE relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular tenía por objetivo limitar la privación de libertad de los nacionales de terceros países a efectos de expulsión, habida cuenta del principio de proporcionalidad, tal como es interpretado por el TEDH.

⁵⁰ La STJ 21 diciembre 2011, asuntos acumulados C-411 y C-493/10: *N.S. y M.E.*, entendió que un Estado puede estar obligado a examinar una solicitud en virtud de la cláusula de soberanía del art. 3.2º, del Reglamento de Dublín aunque, con arreglo a los criterios de Dublín, la responsabilidad corresponda a otro Estado miembro de la UE. El Tribunal aclaró que, al ejercer el poder discrecional que les otorga el art. 3.2º, los Estados miembros de la UE deben actuar de acuerdo con los derechos fundamentales y los principios reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

⁵¹ F. Ermacora, Problems about the Application of the European Convention on Human Rights in Asylum Cases, *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol. 3, Dordrecht: Nijhoff, 1994, pp. 155-165.

se el art. 19 de la Carta Social Europea que presta atención al derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia.

Dentro de las rúbricas donde esta normativa se ha impuesto al ejercicio de las competencias de los Estados en materia migratoria figuran los capítulos relativo a la encarcelación de nacionales de terceros países en procedimientos de retorno por entrada o estancia irregulares⁵², el de la solicitudes de asilo⁵³ o el de la protección de los menores⁵⁴. No obstante, acaso donde la incidencia de las normas sobre derechos humanos tenga mayor operatividad sea en el ámbito del control de las fronteras exteriores⁵⁵.

18. El ejercicio de las competencias en materia de fronteras, asilo e inmigración está determinada por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (art. 5.1º TFUE) que deberán aplicarse de conformidad con el Protocolo nº 2 TFUE, siendo susceptibles de control jurisdiccional⁵⁶:

i) La función del principio de subsidiariedad es la de regular el ejercicio de competencias compartidas entre los Estados miembros y la UE interviniendo esta última cuando los objetivos de la acción pretendida no sean alcanzados de forma suficiente por los Estados Miembros y sí lo sean a nivel de la Unión; con ello se trata de aproximar el ejercicio de las competencias al ciudadano en la mayor medida posible⁵⁷. De acuerdo con el art. 5.3º.1 TUE “en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la UE intervendrá únicamente en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central, ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión”⁵⁸. Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio con arreglo al procedimiento establecido en el referido Protocolo nº 2⁵⁹. Este principio permite a

⁵² Vid., *inter alia*, SSTJ 28 abril 2011, as. C-61/11: *El Dridi*, y 6 diciembre 2011, as. C-329/11: *Achughbaban*.

⁵³ V.gr. SSTJ 27 septiembre 2012, as. C-179/11; y 21 diciembre 2011, asuntos acumulados C-411 y C-493/10: *N.S. y M.E.*

⁵⁴ STJ 6 junio 2013, as. C-648/11; *M.A.*

⁵⁵ R. Weinzierl, *The Demands of Human and EU Fundamental Rights for the Protection of the European Union's External Borders*, Berlín, German Institute for Human Rights, 2007. http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/uploads/tx_commerce/studie_demands_human_eu_fundamental_rights_publication_excerpt.pdf.

⁵⁶ G. De Búrca, “The Principle of Subsidiarity and the Court of Justice as an Institutional Actor”, *Journal of Common Market Studies*, vol. 36, nº 2, 1998, pp. 217 ss.

⁵⁷ J.M. de Areilza Carvajal, “El principio de subsidiariedad en la construcción de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 45, 1995, pp. 53-93; R. Dehousse, “Réflexion sur la naissance et l'évolution du principe de subsidiarité”, *Le principe de subsidiarité* (F. Delperee, dir.), Paris, Bruselas/París, Bruylant/LGDJ, 2002, pp. 361-366.

⁵⁸ Art. 8 Protocolo nº 2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

⁵⁹ El Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, anejo al Tratado de Lisboa de 2007, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009, ha establecido un procedimiento de control por los Parlamentos nacionales del cumplimiento del principio de subsidiariedad por las iniciativas legislativas europeas. Dicho Protocolo ha sido desarrollado en España por la Ley 24/2009, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 8/1994, de 19 de mayo.

los Estados aplicar normas adicionales de protección, en coherencia a la naturaleza compartida de la competencia en materia de fronteras, asilo e inmigración, y con la necesidad de adaptación de la política migratoria a realidades sociales y económicas y ambientales diversas.

ii) En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión “no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados” (art. 5, ap. 4, párr. 1.º TUE)⁶⁰. Cuando resulte necesaria una intervención más intensa de la Unión para alcanzar los objetivos perseguidos, en el marco de las competencias atribuidas, el Tratado no excluye la intervención de la Unión a través de reglamentos. A tal fin, no es necesario recurrir a la cláusula de flexibilidad (art. 352 TFUE), que sólo es de aplicación cuando no se prevean en los Tratados los poderes de actuación necesarios. Por ejemplo, el Reglamento (CE) n.º 1030/2002, de 15 de junio de 2002, estableció un modelo uniforme de permiso de residencia para los nacionales de terceros países. Desde la perspectiva del control jurisdiccional, éste se efectúa en función del principio de proporcionalidad, pues el Tribunal examina la adecuación de la medida nacional al objetivo perseguido, su necesidad y el equilibrio entre los distintos intereses⁶¹.

2. Medidas comunes

A) Acción del principio de solidaridad

19. El objetivo de la Unión de constituir un espacio de libertad, seguridad y justicia deberá alcanzarse, entre otras acciones, a través de medidas comunes que configuren una política en materia de asilo e inmigración, basada en la solidaridad entre los Estados miembros, que sea equitativa con los terceros países y sus nacionales (art. 67.2º TFUE). En consecuencia, las políticas de inmigración se rigen por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, que exterioriza una importante proyección en el ámbito financiero.

La aludida cláusula de solidaridad tiene en el art. 222 TFUE diversas manifestaciones pero vinculadas las más de las veces a ataques terroristas, no contemplándose una extensión de solidaridad mutua relativa a los flujos migratorios. La referencia puntual para las políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración está contenida en el art. 80 TFUE según el cual la ejecución de dichas políticas se regirá “por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados

⁶⁰ U. Draetta, “Le competenze dell’Unione europea nel Trattato di Lisbona”, *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, pp. 245 ss.

⁶¹ La STJ 28 abril 2011, as. C-61/11: *El Dridi*, precisó en relación con la Directiva 2008/115/CE, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular que, cuando una Directiva deja a los Estados miembros la posibilidad de adoptar varios tipos de medidas de ejecución, la elección de la medida más restrictiva de los derechos y libertades del extranjero en situación de residencia ilegal debe respetar el principio de proporcionalidad. *Vid.* F. Kauff-Gazin, “La directive ‘retour’ au secours des étrangers? De quelques ambiguïtés de l’affaire El Dridi du 28 avril 2011”, *Europe*, n.º 6, junio, 2011.

miembros, también en el aspecto financiero. Cada vez que sea necesario, los actos de la Unión adoptados en virtud del presente capítulo contendrán medidas apropiadas para la aplicación de este principio” y por esa razón el Consejo, ha establecido una serie de recursos financieros flexibles y coherentes. Al efecto se cuenta con una serie de fondos que forman parte el Programa Marco para la Solidaridad y Gestión de Flujos Migratorios que están destinados a apoyar al conjunto de países de la UE en la gestión integral de las fronteras exteriores de los Estados Miembros de la UE y la implementación de políticas comunes de asilo e inmigración. Su objetivo es alcanzar un reparto justo de responsabilidades e incrementar la solidaridad entre Estados Miembros, y al mismo tiempo reforzar el espacio de libertad, seguridad y justicia dentro de la UE. Dichos fondos son:

i) Fondo Europeo para la Integración de Nacionales de Terceros Países (FEI), cuya misión es apoyar los esfuerzos de los Estados miembros para hacer posible que nacionales de terceros países con diversos orígenes económicos, sociales, culturales, religiosos, lingüísticos y étnicos reúnan las condiciones de residencia y facilitar la integración de estos en las sociedades europeas.

ii) Fondo Europeo para los Refugiados (FER), cuyo objeto es apoyar los esfuerzos de los Estados Miembros para mejorar las condiciones de acogida, aplicar procedimientos de asilo justos y eficaces, y promover buenas prácticas en el área de asilo para proteger los derechos de las personas que requieren protección internacional y permitir que los sistemas de asilo en los Estados Miembros funcionen eficazmente⁶².

iii) Fondo Europeo para el Retorno, que coordina los esfuerzos realizados por los Estados miembros para mejorar la gestión del retorno en todas sus dimensiones mediante el uso del concepto de la gestión integrada y disponiendo lo necesario para que los Estados miembros puedan ejecutar las acciones comunes o las acciones nacionales que persigan los objetivos comunitarios con arreglo al principio de solidaridad, teniendo en cuenta la legislación comunitaria en este ámbito y respetando plenamente los derechos fundamentales.

iv) Fondo para la vigilancia de las fronteras exteriores, que se utiliza para construir las infraestructuras necesarias para la vigilancia de las fronteras exteriores. Además, financia los sistemas operativos requeridos para la puesta en marcha del Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras, más conocido como Eurosur⁶³. La gestión de los flujos

⁶² El Parlamento Europeo aprobó el 13 de marzo de 2014 una dotación para este Fondo de 3.100 millones de euros hasta 2020, de los que España recibirá 257 millones. Los países deberán utilizar al menos el 20% de la cantidad que perciban en políticas de integración de inmigrantes y otro 20% adicional en mejorar sus sistemas de asilo.

⁶³ Esta red de comunicación permite a los Estados miembros estar mejor equipados para prevenir, detectar y combatir la inmigración ilegal, pero también para reaccionar más rápidamente y salvar las vidas de los inmigrantes en peligro, especialmente en el Mediterráneo.

migratorios y de las solicitudes de visado, así como la cooperación consular, también estarán financiadas con el Fondo de Seguridad Interior⁶⁴.

Lo anterior apunta a la necesidad de que la UE ponga en marcha diversos procedimientos de solidaridad financiera, operativa y de acogida, teniendo en cuenta, de un lado, la situación económica y social de los distintos Estados miembros y, de otro lado, su situación geográfica a los efectos de configurar la frontera territorial exterior común que les obliga a hacer frente a situaciones difíciles relativas a flujos migratorios y de demandantes de asilo.

B) Agenda Europea de Migración

20. La UE ha tomado conciencia de la necesidad de adoptar por sí misma diferentes medidas a corto y medio plazo, para poner en marcha una política coherente e integrada que permita aprovechar las ventajas y afrontar los retos que supone la migración. Bien entendido que el objetivo más urgente consiste en impedir la tragedia que experimentan por miles de migrantes cuyas vidas peligran por el cruce del Mediterráneo.

En concreto, la Agenda Europea de Migración define un nuevo enfoque estratégico para mejorar la gestión de la migración en el medio y largo plazo, sobre la base de cuatro pilares: 1) la reducción de los incentivos para la migración irregular; 2) salvar vidas y asegurar las fronteras exteriores; 3) una fuerte política común de asilo; 4) una nueva política en materia de migración legal.

Dentro de esta estrategia figura la obligada, rápida y eficaz reacción para poner fin a los graves y trágicos acontecimientos que producen en el Mediterráneo. La Declaración del Consejo Europeo de 23 de abril de 2015⁶⁵ y la Resolución del Parlamento Europeo⁶⁶, unos días más tarde, dejaron patente el consenso en favor de medidas rápidas para salvar vidas humanas y para intensificar la actuación de la UE. El objetivo principal de la Agenda puesto en marcha en el mes de mayo de 2015 es abordar el tema de la migración de manera integral partiendo de que es un fenómeno cada vez más complejo que solo puede ser abordado a través de un único enfoque. Dicho Agenda prevé las medidas que se necesitan con urgencia para hacer frente a la crisis en el Mediterráneo

⁶⁴ Este fondo ha sido diseñado para mejorar la cooperación policial, la vigilancia de las fronteras exteriores de la Unión y la prevención de la delincuencia. Estará dotado con 2.760 millones de euros hasta 2020 y España recibirá 195 millones. Este fondo se utilizará para construir las infraestructuras necesarias para la vigilancia de las fronteras exteriores. Además, financiará los sistemas operativos requeridos para la puesta en marcha del Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras, más conocido como Eurosur. La gestión de los flujos migratorios y de las solicitudes de visado, así como la cooperación consular, también estarán financiadas con el Fondo de Seguridad Interior.

⁶⁵ Reunión extraordinaria del Consejo Europeo, 23 de abril de 2015 – Declaración: <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2015/04/23-special-euco-statement/>. Esta parte de la Agenda Europea de Migración incorpora y desarrolla las iniciativas incluidas en la hoja de ruta que la Comisión presentó como seguimiento de la Declaración del Consejo Europeo de 23 de abril

⁶⁶ <http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?lang=en&reference=2015/2660> (RSP).

y para construir una respuesta estructurada que puede ser utilizado en casos de extrema presión en otras partes de la frontera exterior común.

Dicho objetivo fundamental se apoya en un amplio conjunto de iniciativas. Para evitar tragedias humanas u reforzar los mecanismos y para hacer frente a las emergencias se prevé el fortalecimiento de la presencia en el mar con el objeto de salvar vidas, y de acciones dirigidas a las redes de contrabando penales⁶⁷, en respuesta a los altos volúmenes de llegadas en la UE, con un mecanismo de distribución de los solicitantes de asilo (reubicación). No debe olvidarse que en la actualidad, la gestión de las fronteras exteriores sigue siendo en gran medida una responsabilidad compartida, lo que significa que en su puesta en marcha las obligaciones que de ella se derivan no recaen exclusivamente sobre un sujeto determinado, sino sobre todos aquellos actores implicados de un modo u otro en tal función. En esta responsabilidad conjunta intervienen los Estados en sus con la UE e internamente, en cada Estado, los distintos niveles e instancias de poder (administraciones regionales, locales, etc)..

En 2016, la Comisión pondrá en marcha un debate de orientación completa sobre el ulterior desarrollo de la cooperación operativa en las fronteras exteriores a lo que se añadirá un sistema europeo de guardias de fronteras. Ello supone un nuevo enfoque a las funciones de guardacostas de la UE, acompañadas de iniciativas como el intercambio de activos, ejercicios conjuntos y de doble uso de los recursos, incluida la posibilidad de avanzar hacia un servicio de guardacostas europeo.

Los mecanismos referidos, que ha sido diseñados para responder a los retos inmediatos en el Mediterráneo, también pretenden ayudar a los Estados miembros a gestionar las futuras presiones migratorias importantes, siempre que se produzcan en las compartidas.

V. NECESIDAD DE ACCIONES CONJUNTAS Y COORDINADAS

21. Europa se enfrenta a una paradoja. Por un lado, se ha convertido en uno de los destinos de migración más importantes del mundo durante los últimos años dentro de un marco de carencia de fuerza de trabajo sectorial y de envejecimiento. Por otro lado, se sigue colocando la migración en claves prioritarias de seguridad, de disuasión y la de lucha contra la inmigración ilegal.

La prevención, la contención y la represión de los flujos migratorios no autorizados ha sido hasta la fecha una de las prioridades de la política migratoria de la UE, debido a su carácter esencialmente transfronterizo. Ello permitió la creación de un acervo comunitario de difícil aplicación que es la respuesta las instituciones europeas a la percepción de la insuficiencia de los instrumentos nacionales para combatir el fenómeno migratorio a las necesidades de la seguridad general. Ahora bien, la continuación de la integración europea basada exclusivamente en la seguridad debe dar paso a un enfoque integral que tenga en cuenta un análisis común de las cuestiones que esta especial polí-

⁶⁷ La Agenda incluye también otros objetivos como, unas líneas básicas para la toma de huellas dactilares "sistemática y una consulta pública sobre el futuro de la Directiva para la Tarjeta Azul, destinada a facilitar el tránsito de personas con altas capacidades para trabajar en la UE.

tica involucra. Entre otras cosas las acciones tendentes a mayor vigilancia, mayor intercambios de información, más cooperación operativa basada en análisis de riesgos y más utilización de tecnologías, debe equilibrarse con la contemplación de la inmigración irregular desde una perspectiva de los derechos humanos y de Estado de Derecho. Asimismo, es necesario superar el actual marco normativo, que por su carácter fragmentado, oscuro y disperso crea numerosas situaciones de inseguridad jurídica, e insistir en que la política de inmigración y asilo esté muy presente en las prioridades de la política exterior de la UE.

La realización de política europea de emigración se mueve en un arduo equilibrio entre el diálogo con la orilla sur del Mediterráneo, la política de vecindad hacia el Este y la ambigüedad de la relación entre la migración y el desarrollo. Las contradicciones de la UE en la materia son profundas pues nos hallamos ante una materia de naturaleza poliédrica y en estrecha dependencia a procesos que se están desarrollando en el orden internacional, por ello las respuestas requieren el empleo de instrumentos eficaces tanto en el plano interno como en el externo. Una perspectiva europea de la inmigración no puede prescindir de una pretensión de multilateralidad basada en la cooperación entre todos los actores que, de un modo u otro, participan y son parte activa de los procesos migratorios. Ello requiere abordar estrategias para el desarrollo de carácter amplio, que incidan sobre las causas que motivan los flujos migratorios, generando oportunidades y expectativas de vida digna en los países de origen. Para ello es menester apurar las posibilidades abiertas por el Tratado de Lisboa insistiendo en la aplicación del principio de solidaridad, fomentando la responsabilidad compartida y teniendo muy presentes los derechos fundamentales previstos en la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

22. Habida cuenta que los Estados miembros no son autosuficientes para resolver eficientemente las cuestiones derivadas del control de las fronteras, del asilo y de la inmigración resulta menester que la UE diseñe una política común de manera coordinada con ellos, de manera que se sientan suficientemente acompañados y respaldados. A este respecto la Agenda Europea de Migración propone acciones tales como la lucha contra la migración irregular, los traficantes de seres humanos y la protección de las fronteras exteriores de Europa que deben ir acompañadas de una eficaz política común de asilo, así como una nueva política europea en materia de migración legal. Al mismo tiempo la política de redistribución no debe considerarse como una opción desinteresada o altruista sino como una respuesta común que impide las actuaciones unilaterales de ciertos Estados miembros para reducir los flujos migratorios.

Por estas razones resulta de suma importancia restar protagonismo a las acciones meramente represivas y que la UE progrese en su intervención en un sector dominado por las competencias exclusivas de los Estados miembros. Dicha intervención puede realizarse eficazmente en dos líneas de actuación de carácter complementario. De un lado, a través de un enfoque transversal, que favorezca la cooperación con terceros países, la gestión integrada de las fronteras exteriores y una política justa en materia de repatriaciones, de canalización de la emigración legal y de integración de los inmigrantes en la sociedad. De otro lado, con el concurso del principio de solidaridad y del re-

MEMORIAL PARA LA REFORMA DEL ESTADO

parto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, extensivo al aspecto financiero (art. 80 TFUE), fomentando entre ellos una cooperación más eficaz el reparto de responsabilidades. Ambas líneas serán susceptibles de garantizar en la práctica una mejor gestión de los flujos migratorios y una mayor protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos extranjeros.

Fuerteventura, junio de 2015⁶⁸

⁶⁸ Esta contribución se redactó con anterioridad al desencadenamiento de la denominada “crisis de los refugiados” en la UE, que ha tenido la virtud de acelerar alguna de las medidas que en ella se proponen. Dicha crisis ha acentuado también de manera dramática, las insuficiencias de la política migratoria que se denuncian en estas páginas.