

GÉNESIS Y CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA POLÍTICA MIGRATORIA EN LA UNIÓN EUROPEA *

José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. Protagonismo de las políticas nacionales de los Estados miembros. II. Consolidación del “espacio Shengen”. 1. Incorporación al marco jurídico e institucional de la UE. 2. Dificultades del tránsito hacia la comunitarización. 3. Aportaciones del Tratado de Amsterdam. III. La políticas migratorias y el desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia. 1. Control de los flujos migratorios y lucha contra la inmigración ilegal. 2. Situaciones especiales. 3. Intensificación de la cooperación reforzada en la lucha contra el terrorismo y la inmigración irregular: Schengen III. IV. Los movimientos migratorios en la Constitución Europea. 1. Alcance de la titularidad de los derechos fundamentales de los nacionales de terceros países. 2. Políticas sobre control en las fronteras, asilo e inmigración. V. Hacia una política común real sobre flujos migratorios.

RESUMEN: *Los Estados miembros han ido acercando sus tradicionales políticas migratorias, fundamentalmente a través de la cooperación reforzada, hacia la consecución de un mercado único de trabajo. Paralelamente las instituciones europeas han realizado una labor accesoria, sin carácter decisorio ni ejecutivo, correspondiendo el protagonismo a los Ministros de Interior y de Justicia, mientras que la Comisión y el Parlamento Europeo han quedado como meros órganos consultivos. El nuevo acuerdo “Schengen III” confirma la vocación y la evolución legislativa en materia de control social, como uno de los elementos cardinales de la construcción europea. Por eso, el balance de la incipiente política migratoria de la UE no es mínimamente satisfactorio, sobre todo en lo que concierne al trato equitativo de los nacionales de terceros países, a las políticas de integración y a las políticas orientadas al retorno o a la readmisión. La futura C.Eur. garantiza la ausencia total de controles de las personas, con independencia de su nacionalidad, en las fronteras interiores y la instauración progresiva de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores. Junto a ello establece un estatuto uniforme del derecho de asilo y de la protección subsidiaria de los nacionales de terceros países, al tiempo que se instaurarán procedimientos comunes para la concesión o retirada de los mencionados estatutos. Tras su entrada en vigor, se prevé una política común de inmigración con una gestión eficaz y justa de los flujos migratorios.*

PALABRAS CLAVE: POLÍTICA MIGRATORIA.- COOPERACIÓN REFORZADA.- EXTRANJERÍA.- NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS.- CONSTITUCIÓN EUROPEA.- COMPETENCIAS.

* Este estudio se integra en el Proyecto de investigación subvencionado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología SEJ005-02243 del que es Investigador Principal el profesor que suscribe.

ABSTRACT: *Members States have harmonized their immigration policies in order to establish a single labour market. Until now the Community institutions have played only a complementary role because the Home Affairs and Justice Ministers of the Members States have been the leading figures so far. The Commission and the European Parliament have acted mainly as advisory bodies. The new Schengen III agreement reinforces the legal transformation regarding social control as one of the key features of the European integration process. The outcome of the EU immigration policy is not satisfactory, especially as regards the treatment of third country nationals, the integration policies and the removal and repatriation policies. The future European Constitution guarantees the absence of any controls on persons, whatever their nationality, when crossing internal borders and the gradual introduction of an integrated management system for external borders. The Constitution includes also the development of a common policy on asylum, subsidiary protection and temporary protection with a view to offering appropriate status to any third-country national requiring international protection, and common procedures for the granting and withdrawing of uniform asylum or subsidiary protection status. The entry into force of the Constitution should bring about a more efficient and fair common integration policy and a better management of the inflows of people to the EU.*

KEY WORDS: COMMON IMMIGRATION POLICY.- REINFORCED COOPERATION.- THIRD COUNTRY NATIONALS.- EUROPEAN CONSTITUTION.- COMPETENCES.

I. Protagonismo de las políticas nacionales de los Estados miembros

1. La gestión de los flujos migratorios en la UE ha estado tradicionalmente bajo el control individual de cada Estado miembro por vincularse estrechamente a las esferas más íntimas de su soberanía nacional. Un marcado particularismo ha caracterizado 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 empleo¹, 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 sector². Es más, en función de la competencia que los Estados

¹ 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 cuestión está contemplada con carácter general en el Título VIII del TCE (arts. 125-130) que regula la política de empleo.

² *Vid.*, por ejemplo, en relación con el modelo español de extranjería A. Álvarez Rodríguez, "Estatuto jurídico de los extranjeros en la Unión Europea y en el Ordenamiento interno español", C.E. de

Miembros se reservan, la diversidad de 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 inmigrante³. 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 renovación⁴. Por último, con la viabilidad de concluir acuerdos bilaterales en materia de empleo⁵; 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 nacional⁶. En cualquier caso, la historia de una coordinación en la materia, por mínima que pudiera parecer, está jalónada de una fuerte oposición por parte de los Estados miembros⁷.

Abreu Boucault y T. Malatian (coords.), *Políticas Migratorias: fronteiras dos direitos humanos no século XXI*, Rio de Janeiro/São Paulo, 2003, pp. 155-172.

³ 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.

⁴ 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.

⁵ El ejemplo español de los últimos años es elocuente: *Vid.* Acuerdo entre España y Colombia de 21 de mayo de 2001; Acuerdo entre España y la República del Ecuador de el 29 de mayo de 2001, Acuerdo entre España y Marruecos de 25 de julio de 2001, Acuerdo entre España y la República Dominicana de 17 de diciembre de 2001 (*AEDIPr*, t. III, 2003, pp. 551 ss, con nota introductoria de L. Esteve González), Acuerdo entre España y Polonia de 21 de mayo de 2002, Acuerdo entre España y Rumania de 23 de enero de 2002, Acuerdo entre España y Guinea-Bissau de 7 de febrero de 2003, Acuerdo entre España y Mauritania de 1 de julio de 2003, Acuerdo entre España y Bulgaria de 28 de octubre de 2003 (*AEDIPr*, t. IV, 2004, pp. 458 ss), Acuerdo entre España y Perú de 6 de julio de 2004 (en este *Anuario*, con nota de C. Azcárraga Monzonis, *vid. infra*). *Vid.* M^o L. Trinidad García, "Los acuerdos migratorios bilaterales concluidos por España: un complejo instrumento para unos resultados escasos", F.J. García Castaño y C. Muriel López (eds.), *La inmigración en España. Contextos y alternativas*, vol. II, *loc. cit.*, pp. 493-506.

⁶ *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.

⁷ 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.

A partir de aquí se genera una situación cuatripartita en la composición de la población de la UE. Un primer bloque está integrado por los “ciudadanos comunitarios”, titulares de todos los derechos en condiciones de igualdad y no discriminación: la ciudadanía de la Unión sigue teniendo a la nacionalidad de un Estado miembro como presupuesto inexcusable aunque incorpora una valor añadido consecuencia de la proyección de la cláusula de no discriminación por razón de nacionalidad a la residencia en alguno de los otros Estados miembros de la Unión⁸; un segundo bloque comprende a los nacionales de Estados con los que han suscrito acuerdos preferenciales entre los que se incluyen medidas para la circulación de trabajadores; un tercer colectivo, evidentemente más desfavorecido, abarca aquellos inmigrantes que, aún proviniendo de terceros países con los que no se hayan suscrito acuerdos han podido acceder a la regularización, que tendrán restringidos sus derechos y supeditados al mantenimiento de su condición de trabajadores⁹; por último se halla un nutrido grupo de personas carente de permiso de trabajo o residencia cuya situación precaria¹⁰ se acrecienta con las acciones de represión contra la inmigración ilegal practicadas por los Estados miembros en un principio y coordinadas con posterioridad por las autoridades comunitarias¹¹.

2. Pese a las consideraciones anteriores se vislumbra en la actualidad un cierto consenso entre los gobiernos de los Estados Miembros¹², motivado por la caída demográfica y el envejecimiento de la población en la UE, que se ha plasmado en una incipiente concreción normativa, por el momento muy restringida, para abordar en común las cuestiones de inmigración y asilo a escala comunitaria-

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.

⁸ Vid. un planteamiento actual de la cuestión en J.A. González Vega, “Ciudadanía de la Unión”, *Diccionario Crítico de Ciencias Sociales* (R. Reyes dir.), Madrid, 2004, http://www.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/C/ciudadania_europea.htm.

⁹ B. Nascimbene, “L’Unione europea e i diritti dei cittadini dei paesi terzi”, *Il Diritto dell’Unione Europea*, nº 2-3, 1998, pp. 511 ss; I. Blázquez Rodríguez, *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Córdoba, 2001, 404 pp.

¹⁰ La STJCE 17 de marzo de 1993, asunto C-72/91 (*Sloman Neptun*) admitió discriminaciones salariales de unos trabajadores filipinos.

¹¹ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 4 de junio de 2004, titulada “Estudio sobre los vínculos entre la migración legal e ilegal” [COM (2004) 412 final].

¹² 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, 2002, pp. 41-52; 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; M. Pajares, “La política europea de inmigración”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 20, nº 1, 2002, pp. 143-165.

ria. Cada vez son más evidentes las interdependencias generadas por la creación del mercado interior¹³ y la imposibilidad de tratar estas cuestiones de manera aislada. Un paso decisivo se produjo con la STJCE 9 de julio de 1987 (asuntos acumulados 281, 283 a 285 y 287/85 (*Alemania y otros / Comisión*), pues aunque cedió a las reivindicaciones de los Estados miembros anulando la Decisión de la Comisión 85/381, tuvo el mérito de afirmar la existencia de una competencia potencial de la Comunidad en materia migratoria, con respaldo en el art. 118 TCE. En concreto, la referida sentencia entendió que la influencia de las políticas de inmigración ejercían en el mercado de trabajo justificaban su vinculación al ámbito social regulado por dicho precepto y la necesidad de su concertación. De esta suerte entendió que la Comisión tenía una competencia procedimental para crear mecanismos de coordinación en las cuestiones sociales relacionadas con el trabajo de los emigrantes¹⁴. Con todo, las peculiaridades de cada Estado con relación al fenómeno y las propias percepciones y referentes normativos nacionales respecto al contenido del proceso de integración dificultan el logro de acuerdos claros y vinculantes en la materia.

La supresión técnica de las fronteras interiores a partir de la consecución del mercado interior implicó un paso decisivo pues motivó una preocupación por el establecimiento de garantías en el espacio interior que entrañó una incipiente política comunitaria de extranjería independiente de las políticas migratorias de los Estados miembros con unos objetivos concretos¹⁵. No obstante la Comisión era consciente de que se trataba de una materia que afectaba tanto a la Comunidad como a los Estados individualmente considerados que seguían conservando competencias para adoptar las medidas que tuvieran por conveniente en el contorno migratorio. Se estableció así, una reserva a favor de la soberanía estatal y en contra de las soluciones comunitarias que quedó reflejada en la Declaración General sobre los arts. 13 a 19 AUE: “Ninguna de estas disposiciones afectara al derecho de los Estados Miembros de adoptar aquellas medidas que estimen necesarias en materia de control de la inmigración de terceros países, así como con respecto a la lucha contra el terrorismo, la criminalidad, el tráfico de drogas y el tráfico de obras de arte y antigüedades”¹⁶.

¹³ J.D. González Campos, “La Constitución Europea y el Derecho internacional privado comunitario: ¿Un espacio europeo de justicia en materia civil complementario del mercado interior?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 9, 2005, 5 pp.

¹⁴ Vid. nota de B. Vilá Costa, *RJC*, 1988, pp. 516-520. Tras esta decisión la Comisión dictó la Decisión 88/384/CEE de 8 de junio de 1988 por el que se establece un procedimiento de notificación previa y de concertación sobre las políticas migratorias en relación con terceros países.

¹⁵ C. Escobar Hernández, “Extranjería y ciudadanía de la Unión”, *Extranjería e inmigración en España y la Unión Europea*, Madrid, nº 3, 1988, p. 105.

¹⁶ A. Álvarez Rodríguez, “Diseño de la política inmigratoria de España como territorio Schengen”, *Alternativas a una política de inmigración*, Madrid, 1996, p. 26.

II. Consolidación del “espacio Schengen”

1. Incorporación al marco jurídico e institucional de la UE

3. La diversidad de posiciones de los Estados miembros en torno al fenómeno migratorio desembocó en posturas incompatibles con el subsiguiente fraccionamiento. Ante la imposibilidad de una cooperación reforzada de carácter sectorial¹⁷ un grupo de Estados comenzó a actuar al margen de las instituciones comunitarias optando por la conclusión de un tratado internacional ajeno a las Comunidades y mostrando, con esta actitud, una voluntad política de acelerar el proceso de desaparición de las fronteras interiores¹⁸. El Acuerdo de Schengen tuvo, pues, este objetivo habida cuenta de que “la unión, cada vez más estrecha, entre los pueblos de los Estados miembros... debía plasmarse en el libre paso de las fronteras interiores para todos los nacionales de los Estados miembros [...]” (párrafo primero del preámbulo)¹⁹. Aunque dicho objetivo no se extendió de manera directa a las acciones respecto a los nacionales de terceros Estados, limitándose a la realización del postulado general de la libre circulación de personas, a la larga sí tuvo repercusión pues era imposible conseguir el espacio único proyectado sin el establecimiento de unas condiciones de acceso comunes para los no comunitarios una vez que hubiesen conseguido traspasar legalmente las fronteras exteriores²⁰. Y a ello hay que agregar que las situaciones de inseguridad propiciadas por la supresión de las fronteras interiores condujeron inexorablemente al refuerzo de las fronteras exteriores y de los procedimientos de control de la entrada de extranjeros²¹. Posteriormente, la cooperación en el espacio diseñado por el Acuerdo fue ampliándose y la originaria cooperación intergubernamental

¹⁷ Dentro de la abundante literatura existente sobre esta compleja noción *Vid.* M. Urrea Corres, *La cooperación reforzada en la Unión Europea. Concepto, naturaleza y régimen jurídico*, Majadahonda (Madrid), 2002.

¹⁸ E. Pérez Vera, “Entrada en España de nacionales no comunitarios”, *Alternativas a una política de inmigración...*, *op. cit.*, p. 106.

¹⁹ Debe recordarse que el AUE de 1986 había formulado la idea de un mercado interior que comprendía un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de las personas quedaría garantizada; ello implicaba que, a plazo más o menos largo debía, producirse la supresión en las fronteras interiores de los controles ejercidos tanto sobre las personas como sobre las mercancías. Asimismo, el Acta Única había garantizado en este sector un control parlamentario democrático y la puesta a disposición de los ciudadanos recursos judiciales cuando se cuestionan sus derechos (Tribunal de Justicia u órganos jurisdiccionales nacionales según los ámbitos).

²⁰ L. Garau Juaneda, “La política común de extranjería en la Comunidad Europea”, *Derecho internacional y Relaciones internacionales en el mundo mediterráneo, Actas de las XVII Jornadas de la AEPDIRI*, Madrid, 1999, pp. 127-142.

²¹ M. Moya Escudero, “Algunos aspectos de la inadmisión en territorio español de extranjeros procedentes de terceros países”, *Alternativas a una política de inmigración...*, *op. cit.*, p. 92.

mental prevista en el Acuerdo a trece Estados en 1997 quedaría comunitarizada con ocasión de la firma del Tratado de Amsterdam²².

Tras el proceso desencadenado por el “acervo de Schengen” el desarrollo de una política europea en materia de inmigración tenía tres objetivos principales. Con carácter preventivo, dar una respuesta a los movimientos migratorios de nacionales de terceros países a través de la cooperación con los principales Estados de emigración potencial hacia la Unión y, desde una dimensión activa, el control de la inmigración a fin de mantenerla dentro de estructuras que pudiesen ser gestionadas y la profundización de las políticas de integración en favor de los inmigrantes legales²³. El Tratado de Maastricht consignó la inmigración entre las cuestiones de interés común dependientes de la cooperación intergubernamental en el ámbito de los asuntos de justicia e interior; sin embargo, no se derivó del mismo una auténtica política europea sobre esta materia careciéndose de normas expresas sobre la entrada y estancia de los nacionales de terceros países, toda vez que se limitó a dejar constancia de la competencia exclusiva de los Estados miembros en la regulación del sector. No en vano, las políticas de inmigración y derecho de asilo habían ocupado desde antiguo, y siguen ocupando en la actualidad, un importante lugar en el debate sobre el ámbito competencial. Al efecto, los Estados miembros intensificaron su cooperación y el Parlamento Europeo adoptó un gran número de informes y de resoluciones al respecto²⁴.

2. Dificultades del tránsito hacia la comunitarización

4. El tránsito hacia la comunitarización del sector no fue pacífico asistiéndose a un régimen legal desordenado e incoherente, que reposaba en el art. K3 del Título VI TUE conforme al cual las materias relativas a la cooperación en asuntos de justicia e interior, entre las que figuraban el cruce de personas por las fronteras exteriores, la política de inmigración y la de asilo, deberían adoptar unas fórmulas jurídicas muy concretas que coexistirían con las tradicionales figuras del Derecho comunitario de las Directivas y de los Reglamentos. Sin embargo, la utilización de instrumentos no previstos en los Tratados pronto mostró sus limitaciones por lo discutible de sus efectos jurídicos y por ser susceptibles de deteriorar las acciones desarrolladas a partir de los instrumentos principales de produc-

²² Vid. A. Ballester Pastor, “La evolución del derecho a la libertad de circulación de personas y trabajadores: la incompleta culminación de Ámsterdam”, *Noticias de la Unión Europea*, 2002, nº 204, pp. 45-70; C. Jiménez Piernas, “La comunitarización de las políticas de inmigración y extranjería: especial referencia a España”, *RDCE*, nº 13, 2002, pp. 857-894.

²³ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 24 de febrero de 1994, sobre las políticas de inmigración y derecho de asilo [COM(94) 23 final]. Vid. S. Torrecuadrada García Lozano, “Los inmigrantes no comunitarios en la Unión Europea”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XVI, 2000, pp. 263-344, esp. pp. 298 ss.

²⁴ N. Pérez Solá, “La redimensión del concepto de asilo y su vinculación al espacio sin fronteras”, *Noticias de la Unión Europea*, 1997, febrero, pp. 31-43.

ción jurídica de la UE. Estas fórmulas fueron la “posición común”, la “acción común” y los “convenios internacionales” cuya iniciativa corresponde a los Estados miembros y a la Comisión o sólo a los Estados miembros, respectivamente.

La posición común implicaba una mera unificación de criterios a partir de las opiniones individuales de los Estados miembros sobre una determinada cuestión y, por consiguiente, su valor jurídico se limitaba a una obligación de mantener la postura adoptada a la hora de la coordinación o unificación jurídica lo que no exigía actuaciones normativas posteriores. Ésta y no otra fue su debilidad como instrumento armonizador, aunque ha tenido cierta relevancia a la hora de precisar conceptos como el de “refugiado”²⁵. Mayor operatividad registraba la “acción común” pues, sobre la base del principio de subsidiariedad, solo podía adoptarse en la medida en que los objetivos de la Unión pudiesen conseguirse más fácilmente a través de ella que con el concurso de la acción aislada de los Estados miembros y, con ello, conseguir una posición más consolidada frente a terceros. Una vez adoptada tal acción vincula, en principio, a todos los Estados miembros a determinadas obligaciones de resultado cual es, por ejemplo, la obligación de modificar en un sentido determinado sus legislaciones internas y, en tal sentido, se asemeja bastante a la clásica Directiva. Si bien el alcance jurídico de este instrumento no quedó perfectamente deslindado, hasta el punto que algunos Estados consideran que no posee carácter vinculante, debe resaltarse que en este marco, se adoptaron una serie de programas para favorecer la cooperación de los servicios policiales, judiciales y aduaneros, así como acciones anuales para la acogida de refugiados, por ejemplo.

Por último, el recurso al “convenio internacional”, que ya figuraba con carácter de *numerus clausus* en el primitivo art. 220 TCE, se reiteró en materia de Justicia e Interior aunque con unas peculiaridades específicas por situarse en el marco exclusivo de la cooperación intergubernamental. El convenio, instrumento clásico del Derecho internacional, no ha resultado especialmente operativo por requerir plazos muy largos para su adopción y su aplicación²⁶. Basado en el art. 34 TUE esta modalidad convencional debe ser adoptada por el Consejo por unanimidad, previa consulta del Parlamento Europeo y seguidamente por los Estados miembros con arreglo a sus propias normativas; tras haber sido adoptado por al menos la mitad de los Estados miembros, el Convenio entra en vigor en dichos Estados. El ejemplo más palmario de las limitaciones ofrecidas por el art. K fue el Convenio sobre el paso de las fronteras exteriores de los Estados miem-

²⁵ La primera posición común adoptada por la Unión Europea se refirió a la definición del concepto de refugiado según lo dispuesto en el Convenio de Ginebra de 1951, con el fin de establecer los mismos criterios en todos los Estados miembros.

²⁶ L.S. Rossi ha realizado un estudio en profundidad del Derecho convencional comunitario que cubre desde el ámbito del art. 293 (*ex* 220) TCE al impacto del Tratado de Ámsterdam sobre los Convenios suscritos por los Estados miembros. A nuestros fines interesa los denominados “convenios del tercer pilar”. Cf. L.S. Rossi, *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Milán, 2000, pp. 161 ss.

bros²⁷, íntimamente vinculado a otros instrumentos necesarios para la realización de lo dispuesto en el art. 8.A TCEE, y en particular al Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros, que debía aplicarse a los que no eran ciudadanos de los Estados miembros de la UE ni miembros de la familia de éstos, para que accediesen a los mismos derechos que los ciudadanos de los Estados miembros en materia de entrada y residencia. Es cierto que el texto referido presentó el interés de fijar las fronteras exteriores y del establecimiento de una serie de principios generales y comunes a todos los Estados miembros aplicables al paso de las fronteras exteriores y al ejercicio del control en dichas fronteras; asimismo tuvo el mérito de enumerar las disposiciones relativas a los visados comunes a todos los Estados miembros, pero su puesta en marcha no se vió acompañada por el éxito.

El referido tránsito hacia la comunitarización estuvo caracterizado desde un principio por una concepción basada en el control de los inmigrantes a lo que hay que añadir que los Estados que se incorporaron al “espacio Schengen” a pesar de sus postulados liberalizadores en este sector establecieron en las zonas fronterizas unos sistemas sofisticados de control policial y aduanero, *backland search* o control del *hinterland*, que pusieron seriamente en duda la real apertura de las fronteras proyectada²⁸. Sin embargo pronto comenzaron a percibirse las insuficiencias de una simple cooperación gubernamental, como se evidenció con el sistema SIS y en las consecuencias de la fiscalización ejercida por el Parlamento. La práctica posterior expresó, en efecto, el rechazo a la reglamentación estrictamente intergubernamental que había regido hasta la fecha la armonización de las normas dictadas el ámbito JAI y a la simplificación de los instrumentos jurídicos de la Unión poniendo de relieve el evidente fracaso de tratados internacionales en la ordenación del sector²⁹. La cooperación intergubernamental se había caracterizado en materia migratoria por el hecho de que el proceso de decisión quedaba restringido a un simple modelo burocrático restringido al estrecho círculo de tecnócratas y quedaba al margen del ámbito político y de la participación a las instituciones y ciudadanos destinatarios de la seguridad interior. Incluso en este propio marco, pese a estar delimitadas las competencias, no

²⁷ DO n° C 11 de 15.1.1994. El Consejo Europeo de Luxemburgo estableció la Oficina Europea de Policía (Europol) en junio de 1991, no obstante, el Convenio que permitió su creación se firmó en julio de 1995, entró en vigor el 1 de octubre de 1998 y sólo pudo aplicarse a partir del 1 de julio de 1999, un plazo muy largo para las autoridades competentes que tuvieron que esperar durante ocho años para aplicar este instrumento indispensable de coordinación para luchar contra la delincuencia organizada a escala europea.

²⁸ F. Crépeau y J.Y. Carlier, “Intégration régionale et politique migratoire: Le ‘Modèle européen’ entre coopération et communitarisation”, *Journ. dr. int.*, vol. 126, 1999, pp. 953-1019.

²⁹ Un minucioso estudio del régimen de los denominados “actos JAI” en comparación con los actos comunitarios stricto sensu se encuentra en la obra de M. Gautier, *L’influence du modèle communautaire sur la coopération en matière de justice et d’affaires intérieures*, Bruselas, 2003.

dejaron de producirse rivalidades entre las autoridades competentes, sobre todo en lo concerniente a la utilización de los bancos de datos.

3. *Aportaciones del Tratado de Amsterdam*

5. El Tratado de Amsterdam y las posteriores conclusiones del Consejo Europeo en su reunión de Tampere aconsejaron incluir esta materia dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia lo que implicaba necesariamente la realización de acciones coordinadas conjunto por los Estados en el ámbito de la cooperación judicial, de policía y en materia penal³⁰. Entre los logros más relevantes del Tratado de Amsterdam figura la creación del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia que tuvo la virtud de integrar el “acervo Schengen”, tanto en el Título IV TCE como en el Título VI TUE (“Normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones”) de conformidad a una decisión adoptada por el Consejo de Ministros, que incluyó una serie de materias heterogéneas: la seguridad tanto interna como externa; la justicia civil y penal y la libertad, proyectada en medidas particulares relativas a la libre circulación de personas y al asilo. El Título VI contempla los visados y las políticas de asilo, inmigración y otras relacionadas con la libre circulación de personas y las disposiciones que incorpora constituyen el sustrato jurídico para los actos que se adopten con posterioridad sobre dichas materias. A partir de aquí todas las iniciativas en el ámbito de la justicia y los asuntos de interior se insertaron en el marco de la UE; no obstante, con el objeto de evitar la repetición de una colaboración intergubernamental exclusiva basada en el modelo de Schengen, el Tratado de Amsterdam limitó de manera drástica la competencia cuasi-exclusiva de los Estados miembros en el sector³¹ al tiempo que introdujo en el referido Título de VI la posibilidad de crear una cooperación reforzada en el marco de la UE para los Estados miembros ansiosos por avanzar en su colaboración: una construcción comunitaria a distintos niveles³². Si antes de Amsterdam la inmigración interna quedaba comprendida dentro del mercado interior, con posterioridad las migraciones procedentes de terceros Estados encontraron un marco adecuado en

³⁰ A. del Valle Gálvez, “La refundación de la libre circulación de personas, tercer Pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, *RDCE*, nº 3, 1998, pp. 41-78; G. De Kerchove, “L’espace judiciaire pénal européen après Amsterdam et le sommet de Tampere”, *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Bruselas, 2000, pp. 3-15.

³¹ J. Niessem, “International Migration on the UE Foreign Policy Agenda”, *European Journal of Migration and Law*, 1999, pp. 483-496.

³² C.D. Ehlermann, “Différenciation, flexibilité, coopération renforcée: les nouvelles dispositions du Traité d’Amsterdam”, *Rev. Marché Unique Européen*, 1997, 3, pp. 53-90; A. Mangas Martín, “La cooperación reforzada en el Tratado de Amsterdam”, *Comunidad Europea Aranzadi*, vol. XXV, nº 10, 1998, p. 27; J. Martín y Pérez de Nanclares, “La reforma institucional y la cooperación reforzada en el Tratado de Amsterdam”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz*, Madrid, 1998, pp. 133 ss.

el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia³³. La justificación de tal iniciativa descansaba en una convicción de que las relaciones sociales en un marco de libertad precisaban de la adopción de medidas adecuadas que evitasen las interferencias gubernativas en perjuicio de la población a través del respeto y de la protección de los derechos individuales y de los intereses generales. Tales relaciones en un marco de seguridad exigen, de acuerdo a este planteamiento, la defensa contra cualquier agresión interna o externa asegurando la certeza de los ciudadanos, certeza que debe extenderse al respeto de sus derechos en sus relaciones transfronterizas que pueden quedar vulnerados en función de la diversidad y de la complejidad de los sistemas jurídicos existentes en los Estados miembros. No debe olvidarse que la construcción europea reposa en una concepción rigurosa de la protección de los derechos fundamentales; por eso la Comisión siempre ha sido celosa de procurar el equilibrio entre los aspectos relacionados con la libertad, la seguridad o la justicia. En definitiva, una construcción que debe moverse en todo caso en el marco de la justicia preventiva³⁴.

Con estos propósitos el espacio diseñado en Amsterdam pretendió englobar una serie de “garantías comunes” de los ciudadanos comunitarios frente a los poderes públicos a los que impuso una serie de límites para garantizar que cualquier intromisión en la libertad individual no fuese innecesaria, arbitraria, inesperada, ni ambigua. Sin embargo, la necesidad de partir del esquema de cooperación estrictamente intergubernamental, fijado en el Tratado de Maastricht, obligó en Amsterdam a mantener una estructura a medio camino entre lo intergubernamental y lo comunitario³⁵.

6. Como resultado de la distinción producida por el Tratado de Amsterdam, entre la libre circulación de las personas y la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, se produjo la “comunitarización” de las políticas de visados,

³³ Cf. K. Pollet, “The Amsterdam Treaty and Immigration and Asylum Policies: A Legal Analysis”, *Revue des Affaires Europeennes*, 2000, p.60.

³⁴ S. Torres Escámez, “Los mecanismos de seguridad jurídica preventiva y los mecanismos alternativos de solución de conflictos (*Alternative Dispute Resolution. ADR*)”, *La Europa del Derecho*, Madrid, 2002, pp. 195-225, esp. pp. 195-198.

³⁵ H. Bribosia, “Liberté, sécurité et justice: l’imbroglio d’un nouvel espace”, *Annales d’Etudes européennes de l’Université Catholique de Lovaine*, 1997, vol. 2, pp. 45-76; H. Labayle, “Un espace de liberté, sécurité et justice”, *Rev. trim. dr. eur.*, vol. 33, 1997, pp. 813-881. Al tratarse de una materia de origen intergubernamental el Parlamento Europeo había quedado marginado en este sector. Sin embargo, ya desde 1989 creó en su seno una Comisión de Libertades Públicas y de Asuntos Interiores, que emitió fuertes críticas con respecto a la elección del método intergubernamental para el tercer pilar. Tras la fase de comunitarización el Parlamento consideró una serie de objetivos como prioritarios: Alcanzar una definición más avanzada de los Derechos Fundamentales y de la Ciudadanía Europea y luchar contra todo tipo de discriminación; examinar las cuestiones relacionadas con la libre circulación de las personas que residen legalmente en la Unión y definir una política coherente para los nacionales de terceros países; mejorar la vida de los ciudadanos europeos mediante el refuerzo de la cooperación judicial civil y definir el papel de la Unión en materia de cooperación judicial penal, especialmente cuando se trata de luchar contra la delincuencia organizada.

de asilo, de inmigración y de la cooperación judicial en materia civil³⁶ y, a partir de aquí, fue factible recurrir a instrumentos comunitarios como los Reglamentos o las Directivas en lugar de la inadecuada técnica de los Convenios, decisiones, recomendaciones y dictámenes. Hasta el primero de mayo de 1999, las políticas de justicia e interior formaron parte del pilar intergubernamental de la UE, lo que implicaba que los Estados miembros podían tomar decisiones en estas materias sólo a partir de acuerdos entre todos ellos, prácticamente fuera del marco comunitario. Ello resultaba complejo e ineficaz. A partir de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam la Unión asumió competencias en este ámbito al afirmar que la UE se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho, postulados que son comunes a todos los Estados miembros³⁷. Asimismo el Tratado reforzó el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales y el Estado de Derecho, dándose relevancia a la confirmación de los derechos sociales, tal y como se definen en la Carta Social Europea de 1961 y la Carta Comunitaria de Derechos de 1989.

Las modificaciones del Tratado relativas a la libertad, seguridad y justicia fueron básicamente la creación de una zona de libertad, seguridad y justicia para todos los ciudadanos comunitarios, acompañada de una política de seguridad comunitaria y de protección de los derechos inherentes a la libre circulación de personas. Se manifestó también un mayor interés por las cuestiones relativas al asilo, a los visados y a los inmigrantes para evitar prácticas xenófobas o discriminatorias, al tiempo que se decidió el establecimiento de medidas: para evitar que los solicitantes debiesen esperar periodos injustificados el resultado de sus solicitudes, al tiempo que se garantizaba la protección de los datos personales; para garantizar la igualdad de sexos, de oportunidades, de protección social; para el establecimiento de una “cooperación reforzada” con vistas a la supresión de controles fronterizos en las carreteras y aeropuertos a través fijados en el Acuerdo de Schengen y, por último, para fijar una acción común en el ámbito policial y judicial en materia penal, mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia, así como del terrorismo, los delitos contra los menores, tráfico de drogas y fraude.

³⁶ J.L. Iglesias Buhigues, “La cooperación judicial internacional en materia civil”, *Cooperación jurídica internacional, Colección Escuela Diplomática*, nº 5, Madrid, 2001, pp. 47-58.

³⁷ Por esta razón en 1998, el Consejo Europeo reunido en Colonia había acordado que la UE aprobase una Carta de Derechos Fundamentales que vendría a “comunitarizar” los principios generales expresados en el CEDH de 1950. Se trata de un instrumento esencial para la construcción del espacio que estamos examinando, pues aunque no amplía el catálogo de los derechos ya establecidos, tiene la virtud de agrupar en un texto único los derechos civiles, políticos, económicos y sociales recogidos hasta la fecha en fuentes dispersas de carácter nacional, europeo e internacional.

III. La políticas migratorias y el desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia

1. Control de los flujos migratorios y lucha contra la inmigración ilegal

7. Una breve síntesis de las acciones desarrolladas en ese ámbito registra lo siguiente. Ya el plan de acción de Viena había destacado la necesidad de presentar propuestas concretas con el fin de luchar eficazmente contra la inmigración ilegal, pero sería en el Consejo Europeo de Tampere en 1999 cuando los Estados miembros se comprometieron a combatir en su origen la inmigración clandestina con el fin de establecer una gestión más eficaz de los flujos migratorios en estrecha colaboración con los países de origen y tránsito (puntos nº 22 y 23 de las conclusiones). Este Consejo fue extraordinariamente preciso en el reforzamiento del control policial en las fronteras para hacer frente a la inmigración ilegal³⁸, pero no hizo gala de la misma precisión para aprobar un “estatuto del residente” legal que reconociese a los inmigrados la igualdad de derechos sociales y políticos en los países de la Unión³⁹.

Las líneas generales de la política migratoria de la UE establecidas en Tampere se extendieron a cuatro ámbitos de actuación: la colaboración con los países de origen, el establecimiento de un sistema europeo común de asilo, el trato justo a los nacionales de terceros países y la gestión de los flujos migratorios. En esencia se estima necesario el desarrollo de una política comprensiva que parta de un hecho consumado: que la presión migratoria está destinada a continuar, y que una inmigración ordenada y responsable puede aportar a Europa, a los propios emigrantes y también a sus países de origen unos beneficios inestibables. Dicho en otros términos, se considera que el crecimiento controlado de la inmigración legal y la paralela superación de la denominada “opción cero” no sólo no acarrea efectos negativos, sino que contribuye eficazmente a un crecimiento, tanto económico como demográfico⁴⁰. Sin embargo, pese a ese convencimiento, el desarrollo normativo posterior estuvo marcado por la dialéctica entre el control de los flujos migratorios y la lucha contra la inmigración irregular, por una

³⁸ Que recibió un apoyo considerable con la publicación de la Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, cuyo objetivo es combatir de manera eficaz contra la inmigración ilegal facilitando a los Estados miembros un sistema para determinar las obligaciones de los transportistas que trasladan a nacionales extranjeros al territorio de los Estados miembros. Para garantizar una mayor eficacia de dicho objetivo se armonizan las sanciones pecuniarias actualmente previstas por los Estados miembros en caso de incumplimiento de las obligaciones de control que incumben a los transportistas.

³⁹ F. Mariño Menéndez, “Las políticas relativas al acceso y a la libre circulación de personas en el territorio de la Unión Europea”, *Noticias de la Unión Europea*, 2000, nº 186, pp. 53-66; M. Ramos Quintana, “Retos y transformaciones en Europa ante el fenómeno de inmigración”, *Revista de Derecho Social*, nº 13, 2001, pp. 121-134.

⁴⁰ R. Bontemopi, “Hacia una política europea de inmigración y un régimen común en materia de asilo”, *Revista Cidob d’afers internacionals*, nº 53, 2001 <http://www.cidob.org/castellano/publicaciones/Afers/53bontemopi.cfm>

parte, y las acciones en favor de la integración social, por otra. Puede afirmarse que en este concreto apartado no ha existido hasta tiempos recientes una visión de conjunto en cuestiones como la reagrupación familiar⁴¹, el estatuto de los extranjeros que cuentan con un dilatado periodo de residencia en los países de la Unión o la cuestión de la ciudadanía⁴². En cualquier caso se carece aún de una normativa común europea de integración y ello ha supuesto numerosos problemas⁴³ pues los modelos de integración puestos en marcha hasta la fecha por los países europeos tradicionalmente receptores de inmigración se han mostrado poco eficaces en la promoción de la cohesión social y en la prevención de situaciones de exclusión, racismo y xenofobia⁴⁴.

8. Evidentemente en la construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia se efectuó un importante avance con la firma del Tratado de Niza que fijó que la política de visados, asilo e inmigración se decidiese por el procedimiento de codecisión⁴⁵. Y, algo más de un año después, el Consejo Europeo de Laeken de 14 y 15 de diciembre de 2001 reafirmó su compromiso con las políticas y los objetivos definidos en Tampere y pidió la elaboración de un Plan de acción, que dio lugar al Plan global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la UE, de 28 de febrero 2002⁴⁶. Dicho plan partía del convencimiento de que la política de readmisión y repatriación era parte integrante y crucial de la lucha contra la inmigración ilegal y para ello subrayaba la necesidad de realizar algunas acciones concretas, entre ellas el establecimiento de un enfoque común y la cooperación entre los Estados miembros respecto a la ejecución de las medidas de repatriación⁴⁷. En suma, el Consejo Europeo definió una estrate-

⁴¹ Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, DO n° L 251 de 03.10.2003.

⁴² 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, DO n° L 016 de 23.1.2004.

⁴³ A. Remiro Brotóns, "Movimientos migratorios, racismo y xenofobia", *Reflexiones tras un año de crisis* (A. Herrero de la Fuente, coord.), Valladolid, 1996, p. 69.

⁴⁴ Ello es particularmente evidente en las nuevas regulaciones nacionales en materia migratoria como la Ley "Bossi-Fini" en Italia, las sucesivas reformas de la Ley de Extranjería en España (tres Leyes Orgánicas y dos reglamentos de ejecución en tan solo cuatro años) o la última Ley de inmigración alemana. Y a ello hay que añadir que el Ejecutivo francés ha decidido endurecer las condiciones de entrada de emigrantes en su territorio y, según la ley propuesta por el Ministro del Interior, adoptar una actitud activa, que escoja a sus inmigrantes, frente a la actitud pasiva tradicional.

⁴⁵ J. Quel López, "Análisis de las reformas en el espacio de libertad, seguridad y justicia en el Tratado de Niza", *RDCE*, n° 9, 2001, pp. 117-144

⁴⁶ DO n° C 142 de 14.6.2002.

⁴⁷ Posteriormente el Plan para la gestión de las fronteras exteriores de la UE, aprobado por el Consejo el 13 de junio de 2002, dispone operaciones de repatriación racionales en el ámbito de las "medidas y acciones para una gestión integral de las fronteras exteriores de los Estados miembros de la UE". Y a esta medida hay que añadir el Programa de acción sobre la repatriación, aprobado por el Consejo de 28 de noviembre de 2002, entre las medidas y acciones para mejorar la cooperación operativa entre Estados miembros, recomienda reunir las capacidades de expulsión para repatriar del modo más eficaz posible a los nacionales de terceros países en situación ilegal en un Estado miembro.

gia que combinaba un control riguroso en las fronteras exteriores con una mayor integración de los residentes en los países de la Unión⁴⁸. Posteriormente, en el ap. 42 de las conclusiones del Consejo Europeo de Laeken (14 y 15 de diciembre de 2001), los Estados miembros decidieron realizar una mejor gestión de los controles en las fronteras exteriores de la UE con el fin de luchar eficazmente contra el terrorismo, la inmigración ilegal y la trata de seres humanos. El problema del control de las fronteras exteriores se había mencionado en una Comunicación de la Comisión relativa a una política común en materia de inmigración clandestina⁴⁹ que se inclinaba por desarrollar una política común en este ámbito teniendo como objetivo la “seguridad interior del espacio común de libre circulación”. Más allá de la única lucha contra la inmigración ilegal, esta Comunicación propuso por primera vez una definición de la “seguridad de las fronteras exteriores” en el sentido más amplio posible, a excepción de la defensa militar, invitando a los Estados miembros a tener en cuenta también en las fronteras exteriores la dimensión de la delincuencia, el terrorismo, los crímenes contra la infancia, el tráfico de armas⁵⁰, la corrupción y el fraude, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 29 TUE. Con estos precedentes el Título IV (arts. 61 ss) TUE, que fijó la política de visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, acordó por fin un marco para el desarrollo de una política integrada a partir de la intensificación de las presiones migratorias, especialmente del Sur y del Este y de los cambios en las legislaciones de los Estados miembros.

9. A pesar de la voluntad expresada en Tampere de “aproximar las legislaciones nacionales sobre las condiciones de admisión y de residencia de los nacionales de terceros países” el tránsito hacia la comunitarización de la política de inmigración evidencia las dificultades de lograr un proceso de normación de carácter global y de contenido vinculante para los Estados miembros. Resulta revelador que, hoy por hoy, el bloque normativo de la Unión cuente con tan exiguo bagaje, aunque no deban desdeñarse las cuatro Directivas aprobadas por el Consejo: la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho de reagrupación familiar, la Directiva 2003/109/CE relativa al estatuto de los ciudadanos de terceros países residentes de larga duración y la Directiva 2004/81/CE sobre 2004 permisos de residencia a las víctimas de la ayuda a la inmigración ilegal o de la trata de seres humanos y la Directiva 2004/114/CE, relativa a los requisitos de admisión de los

⁴⁸ Con el fin de administrar más eficazmente los flujos migratorios, el Consejo Europeo de Tampere exhortó hacia la promoción de campañas de información en los países de origen y de tránsito con el fin de prevenir la inmigración ilegal y el tráfico de seres humanos.

⁴⁹ COM(2001) 627 final.

⁵⁰ Acervo Schengen, Decisión del Comité Ejecutivo de 28 de abril de 1999 relativa al tráfico ilegal de armas (DO nº L 239 de 22.9.2000).

nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos⁵¹. Dichas limitaciones han sido reflejadas en el Libro Verde presentado por la Comisión en enero de 2005, sobre un planteamiento comunitario de la gestión de la inmigración económica que el acceso de los ciudadanos de terceros países al mercado de trabajo es una cuestión extremadamente compleja⁵². Se trata de una regulación que se mueve en una etapa muy primaria y que carece de criterios y procedimiento comunes que se impongan a los Estados miembros como respuesta a las necesidades específicas de sus mercados laborales. Una etapa que no ha superado las acciones en torno a la admisión y a la residencia y que no se ha proyectado en una política común de integración de los inmigrantes.

2. Situaciones especiales

10. Como excepción al principio de que el Derecho comunitario se aplica en todos los Estados miembros el Título IV TCE establece en su art. 69 que la aplicación de las disposiciones relativas a visados, asilo e inmigración en el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca dependerá de los Protocolos anexos al TCE. Dichos protocolos no sólo rompen la homogeneidad del Derecho comunitario en el sector, sino que fracturan la unidad institucional y la división clásica de competencias⁵³. De acuerdo con el protocolo adjunto al Tratado de Amsterdam, Irlanda y el Reino Unido pueden participar en la totalidad o parte de las disposiciones del acervo de Schengen tras un voto unánime, en el seno del Consejo, de los Estados partes en los Acuerdos y del representante del Gobierno del Estado en cuestión. Dinamarca, por su parte, solo participa en las medidas referentes a los visados

⁵¹ Vid. A. Fernández Pérez, "Hacia una gestión comunitaria de los flujos migratorios en la Unión Europea", *La Ley. Suplemento Unión Europea*, marzo 2006, pp. 1-8.

⁵² Libro Verde, de 11 de enero de 2005, sobre un enfoque comunitario de la gestión de las migraciones económicas [COM (2004) 811]. El documento, tal como se indica en su introducción, pretende abrir un debate entre las instituciones comunitarias, los Estados miembros y la propia sociedad civil sobre el diseño más apropiado de un marco normativo europeo que regule la admisión de inmigrantes económicos, así como el valor añadido que dicho marco aportaría. Existen varios aspectos que la Comisión considera clave: determinación del grado de armonización normativa deseable; procedimientos de admisión para trabajadores extranjeros por cuenta ajena y autónomos; procedimientos de solicitud de permiso de trabajo y residencia; posibilidad para el trabajador de cambiar de empleo y/o sector una vez en la UE; derechos del trabajador inmigrante y por último, reciprocidad y cooperación con terceros países. La exposición de las diferentes alternativas posibles con referencia a estos puntos es lo que compone, en definitiva, este Libro Verde, y su objetivo es que en breve plazo exista una propuesta oficial para la gestión de la llamada inmigración económica. En el apartado de procedimientos de admisión se contempla, entre otras posibilidades, la viabilidad de una tarjeta verde al estilo de la *green card* norteamericana (permiso para trabajar de forma legal y permanente en ese país). Otra de las opciones posibles sería el establecimiento de un doble sistema de admisión, para trabajadores cualificados y no cualificados, de forma que cada Estado miembro pueda decidir cuál aplicar. Este doble sistema podría ser compatible con la existencia de la tarjeta verde.

⁵³ J. Martín y Pérez de Nanclares, "Reflexiones en torno a la cooperación reforzada: la incógnita del Tratado de Amsterdam", en A. Olesti Rayo, ed., *Las incertidumbre de la Unión Europea después del Tratado de Amsterdam*, Barcelona, 2000, pp. 79-106.

Por lo demás, la Constitución mantiene íntegramente los regímenes excepcionales aplicables al Reino Unido, Irlanda y Dinamarca

11. Desde 1954 Islandia y Noruega pertenecían, con Suecia, Finlandia y Dinamarca, a la Unión escandinava de pasaportes que había suprimido los controles en sus fronteras comunes y creando una zona por la que se podía viajar sin restricciones. Al incorporarse Suecia, Finlandia y Dinamarca a los Acuerdos de Schengen, Islandia y Noruega se asociaron a su aplicación desde el 19 de diciembre de 1996, si bien carecían de derecho de voto en el Comité ejecutivo de Schengen. Para prolongar esta Asociación, se firmó un Acuerdo el 18 de mayo de 1999 entre Islandia, Noruega y la UE⁵⁴. Este acuerdo otorga a Noruega y a Islandia el derecho a participar en la elaboración de la nueva legislación sobre la puesta en práctica, aplicación y desarrollo posterior del acervo Schengen. Por su adhesión al Acuerdo del EEE Islandia y Noruega forman parte del mercado interior de la UE y participa asimismo en la cooperación realizada en varias áreas limítrofes. Estos países siguen participando en la elaboración de nuevos instrumentos jurídicos relativos al desarrollo del acervo de Schengen, que son adoptados solamente por los Estados miembros de la UE pero se aplican también a los países antes citados.

En la práctica, esta asociación se concreta en forma de un Comité mixto creado fuera del marco de la UE que reúne a representantes de los Gobiernos de Islandia y Noruega, de los miembros del Consejo de UE y de la Comisión. Dentro del Comité, que adoptó su reglamento interno el 29 de junio de 1999⁵⁵, se han definido algunos procedimientos para la notificación y la aceptación de futuras medidas o actos. En los ámbitos del acervo de Schengen que se aplican a Islandia y Noruega, las relaciones entre estos dos países, por una parte, y entre Irlanda y el Reino Unido, por otra, están reguladas por un Acuerdo aprobado por el Consejo el 28 de junio de 1999⁵⁶. El 1 de diciembre de 2000 el Consejo adoptó una Decisión relativa a la aplicación del acervo de Schengen en Dinamarca, Finlandia y Suecia, así como en Islandia y Noruega⁵⁷.

12. La última ampliación aumentará el número de ciudadanos que quieran disfrutar de las ventajas de vivir y circular en un espacio de libertad, seguridad y justicia, por esto la aprobación de normas comunes exigentes en el ámbito de la seguridad y la justicia no tiene otra finalidad que contribuir a reforzar la seguridad en general en todo el territorio. La llegada de trabajadores del Este hacia los quince antiguos Estados miembros aumentó tras la ampliación de la UE, pero sin que se produjera a la temida avalancha de inmigrantes que llevó a la mayor parte

⁵⁴ DO n° L 176 de 10.7.1999.

⁵⁵ DO n° C 211 de 23.7.1999.

⁵⁶ DO n° L 15 de 20.1.2000.

⁵⁷ DO n° L 309 de 09.12.2000.

de los gobiernos europeos a imponer restricciones a la libre circulación de personas semanas antes de la entrada de 10 nuevos países, según ponen de relieve los primeros datos conocidos⁵⁸. Con la adhesión se establece también la plena libertad de movimiento de las personas. Ello significa que los ciudadanos tanto de los antiguos como de los nuevos Estados miembros podrán viajar libremente dentro de toda la UE ampliada. Una excepción es la libre circulación de trabajadores. En esa área se estableció un periodo de transición escalonado de hasta siete años, que permite a los Estados miembros conservar provisionalmente sus regulaciones nacionales. Cinco años después del ingreso debe aplicarse básicamente el acervo comunitario y únicamente en el caso de una seria perturbación del mercado laboral o de peligro en ese sentido pueden los Estados miembros conservar sus regulaciones nacionales por un máximo de otros dos años. La ampliación crea también ciertos retos específicos para algunas políticas, como el refuerzo de las fronteras exteriores, la instauración de la segunda generación del sistema de información Schengen y, en general, la preparación de los nuevos Estados miembros a participar plenamente en el acervo Schengen en la perspectiva de la supresión de los controles en las fronteras interiores.

13. Hasta tiempos recientes la situación de Suiza descansaba en el Acuerdo entre Suiza y la UE sobre la libre circulación de personas de 21 de junio de 1999 sobre la libre circulación de las personas, que entró en vigor el 1 de junio de 2002, junto con otros seis acuerdos sectoriales, pretende realizar la libre circulación de las personas (trabajadores por cuenta ajena y autónomos, prestadores de servicios y personas que no ejercen una actividad económica) entre los países que forman parte del acuerdo, con arreglo a las normas de la UE. El objetivo del Acuerdo era conceder un derecho de entrada, de residencia y de acceso a una actividad económica por cuenta ajena, de establecimiento como trabajador autónomo y el derecho de residir en el territorio de las Partes contratantes, facilitar la prestación de servicios en el territorio de las Partes Contratantes, y en particular liberalizar la prestación de servicios de corta duración, conceder un derecho de entrada y de residencia, en el territorio de las Partes Contratantes, a las personas sin actividad económica en el país de acogida, conceder las mismas condiciones de vida, de empleo y de trabajo que las concedidas a los nacionales. Sin embargo, con posterioridad, Suiza se adhirió al acuerdo de Schengen el 5 de junio de 2005 aceptándose por medio de un referendun popular, con un 56,4% de votos a favor del mismo.

⁵⁸ Las cifras hechas públicas hasta la fecha por Gran Bretaña, Irlanda, Países Bajos o Suecia confirman la postura de la Comisión Europea, que había advertido de que las medidas de salvaguardia no eran necesarias porque según sus estudios habría “muy poca migración” tras la entrada de los nuevos socios, compuesta sobre todo por profesionales bien cualificados y no mano de obra en paro.

3. Intensificación de la cooperación reforzada en la lucha contra el terrorismo y la inmigración irregular: Schengen III

14. El Tratado de Prüm, también denominado Tratado de Schengen III, fue suscrito el 27 de mayo de 2005 por España, Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Países Bajos y Luxemburgo y está abierto a la incorporación de todos los Estados de la UE. Según se establece en los fundamentos de este instrumento, está previsto que a los tres años de su entrada en vigor se trasladen las disposiciones del mismo al marco jurídico de la UE. Concebido fundamente para la lucha contra el terrorismo, el Tratado Schengen III también concede especial relevancia a la lucha contra la inmigración ilegal, por lo que los países que se han adherido al convenio enviarán asesores en materia de documentos (pasaportes, visados, documentos falsos y manipulados) a los Estados considerados como origen o lugar de tránsito. Estos asesores trabajarán con las representaciones en el extranjero de las Partes Contratantes, las empresas de transporte y las autoridades e instituciones del país anfitrión. Igualmente se contempla el apoyo en casos de repatriación de nacionales de terceros países sobre los que haya recaído resolución de expulsión así como la organización de operaciones conjuntas de repatriación.

El objetivo del Convenio es reforzar la cooperación transfronteriza, en particular en el campo del intercambio de información, si bien dicha cooperación no afectará al derecho de la UE y estará abierta a la adhesión de cualquier Estado miembro de la UE. La cooperación definida en el Tratado desarrolla iniciativas para reforzar la cooperación europea en los ámbitos indicados en el mismo y como máximo tres años después de su entrada en vigor se pondrá en marcha una iniciativa para trasladar las disposiciones del mismo al marco jurídico de la Unión Europea, sobre la base de una valoración de la experiencia realizada en la ejecución del mismo, previo acuerdo con la Comisión Europea o a propuesta de la Comisión Europea (art. 1º). Orientado preferentemente a la lucha antiterrorista, como se ha indicado, el Capítulo 4º contempla las “Medidas para la lucha contra la migración ilegal”, insistiendo en la necesidad de creación de una red de funcionarios de enlace de inmigración y del envío de asesores en materia de documentos a Estados que se hayan calificado de Estados de origen o tránsito de la migración ilegal. A este respecto los Estados se comprometen a la transmisión, con carácter periódico, de los nuevos conocimientos en materia de migración ilegal que hayan adquirido a través de la actividad de sus asesores en materia de documentos; para ello designarán una serie de puntos nacionales de contacto y de coordinación como interlocutores para acordar lo relativo al envío de asesores en materia de documentos y la planificación, ejecución, supervisión y revisión de las medidas de asesoramiento y formación. (art. 22). La cooperación entre los Estados parte se proyecta, asimismo, en el apoyo recíproco en casos de repatria-

ción (art. 23)⁵⁹. Como puede observarse el nuevo acuerdo “Schengen III” confirma la vocación y la evolución legislativa en materia de control social, como uno de los elementos cardinales de la construcción europea.

IV. Los movimientos migratorios en la Constitución Europea

1. Alcance de la titularidad de los derechos fundamentales de los nacionales de terceros países

15. En los trabajos preparatorios del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa (C.Eur.) los redactores del tuvieron muy en cuenta que la política común de inmigración debía de englobar tanto los aspectos de regulación de la inmigración legal como la lucha contra la inmigración ilegal y el tráfico de seres humanos, toda vez que la evolución en la manera de percibir los temas de inmigración y de derecho de asilo desde una perspectiva política. El 18 de junio de 2004 la Conferencia Intergubernamental (CIG) conseguía aprobar el Tratado constitucional que en su tercera parte, la más extensa, con unos 345 artículos, recoge el contenido de los actuales Tratados, constituyendo el desarrollo de los grandes principios de funcionamiento de la Unión expuestos en la parte primera. Dentro de éstos, el art. I-10.2º C.Eur., establece que son los ciudadanos de la Unión, y no sus habitantes, los auténticos titulares de los derechos establecidos en el nuevo texto, comenzando por las libertades políticas y por la libertad de circulación ignorando la posición que deben ocupar los llamados nacionales provenientes de terceros países. Esta idea contrasta con lo establecido en el propio el Preámbulo a la Carta de derechos incorporada en la Parte II cuando asegura que “al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia” se “sitúa a la persona en el centro de su actuación”⁶⁰.

Es cierto que algunos derechos fundamentales, como la dignidad humana, el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad de expresión, a la libertad de asociación o a la tutela judicial efectiva, son reconocidos en la Carta a todas las personas sin distinción. De esta suerte no existen discriminaciones en la formulación de los derechos, libertades y principios recogidos en el Título I de la Carta, y referentes a la Dignidad humana (art. II-61), y los derechos a la vida, (art. II-62) y a la integridad de la persona (art. II-63), la prohibición de la tortura, las

⁵⁹ *Vid.* Decisión del Consejo de la Unión Europea 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, y Directiva 2003/110/CE del Consejo de la Unión Europea, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación por vía aérea.

⁶⁰ Acerca de esta discriminación *Vid.* S. Sánchez Lorenzo, “Libertades comunitarias y nacionales de terceros Estados”, en este Anuario, *infra*, pp. 253-267.

penas o los tratos humanos degradantes (art. II-64) y de la esclavitud y el trabajo forzado (*sic*) (art. II-65). Sin embargo, esto no acontece con otros derechos, esenciales para el ejercicio de los anteriormente enumerados, como el derecho a trabajar, a las prestaciones de seguridad social, a la prevención sanitaria, al sufragio activo y pasivo en las elecciones locales o al Parlamento Europeo, sólo se reconocen a los “ciudadanos” o se supeditan a lo que autoricen las respectivas legislaciones estatales. Sumamente revelador es, en la materia que nos ocupa, el art. II-75, pues si bien en su nº 1 afirma que toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente aceptada, en su nº 2 restringe la libertad para la búsqueda de empleo, trabajar, establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro a los ciudadanos de la Unión, señalando en nº 3 que “Los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutaban los ciudadanos de la Unión”. Y lo propio puede decirse del art. II.94.2º que supedita las prestaciones de la seguridad social dentro de la Unión a una residencia y desplazamiento legal.

En lo que concierne a los derechos de los inmigrantes, los elementos clave deben buscarse en el Título II de la Parte II sobre “no discriminación y ciudadanía” y, de modo especial, en el Capítulo IV del Título III de la Parte II, referido al llamado “Espacio de libertad, seguridad y justicia”. Se reconoce la posibilidad de que se dicten leyes o leyes marco europeas que “regulen” la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad, mas a continuación el constituyente comunitario se apresura a establecer condiciones sumamente restrictivas, en concreto, la unanimidad de los Estados miembros y la exclusión, en las actuaciones de la Unión que intenten impulsarlas, “de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias” de los países miembros (art. III-123)⁶¹.

2. Políticas sobre control en las fronteras, asilo e inmigración

16. La acción del constituyente europeo no varía sustancialmente la tónica apuntada con anterioridad y que ya hemos descrito. La Sección 2ª del Capítulo IV de la Parte Tercera C.Eur. está dedicada por entero a las “Políticas sobre controles en las fronteras, asilo y emigración”, que “se regirán por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad de los Estados miembros, también en el aspecto financiero” (art. III-268). Se trata de una reglamentación que figura dentro de la lista de materias incluidas en las competencias compartidas y que se definen por oposición a todos aquellos ámbitos de actuación que no tienen carácter exclusivo ni de medidas de apoyo.

⁶¹ S. Ruano Albertos y A. Vicente Palacios, “Los derechos reconocidos a los trabajadores nacionales de terceros países en la Constitución Europea y su repercusión en la legislación Española”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 57, 2005, pp. 259-277.

Una de las cuestiones más discutidas de la Conferencia Intergubernamental, el paso de la unanimidad a la mayoría cualificada como forma de decisión en el seno del Consejo, encontró un importante caldo de cultivo en la materia que examinamos. Como es bien sabido, la unanimidad en una Unión de veinticinco o veintiocho Estados es cada vez más difícil de alcanzar, ya que además del número de miembros se incrementa la heterogeneidad; de esta suerte, la defensa de los intereses nacionales a través del veto se convierte de hecho en un arma de doble filo al minar decisivamente la capacidad de la Unión para actuar. El resultado final de la transacción diplomática ha girado hacia la vuelta a la unanimidad en algunos ámbitos clave, como la fiscalidad indirecta y la fiscalidad sobre las empresas o el comercio de servicios sociales, educativos y sanitarios, y en compensación, se han mantenido las “pasarelas” introducidas por la Convención, que harán posible el paso a la mayoría cualificada sin necesidad de una nueva Conferencia Intergubernamental y en aquellas materias donde se mantiene la mayoría cualificada contra las demandas de algunos Estados, se introducen salvaguardias para tranquilizarlos; se trata de los llamados “frenos de emergencia”. Es el caso concreto de la cooperación judicial en materia penal y la seguridad social de los trabajadores migrantes aunque al precio de introducir estas salvaguardias; así, un Estado por motivos de interés nacional grave puede derivar una decisión a adoptar por mayoría cualificada al Consejo Europeo para su debate y puede retrasar o impedir una decisión por mayoría cualificada.

17. La C.Eur. garantiza, de un lado, la ausencia total de controles de las personas, con independencia de su nacionalidad, en las fronteras interiores y, de otro, la instauración progresiva de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores. Junto a ello establece un estatuto uniforme del derecho de asilo y de la protección subsidiaria de los nacionales de terceros países, al tiempo que se instaurarán procedimientos comunes para la concesión o retirada de los mencionados estatutos. Y, tras su entrada en vigor, se prevé una política común de inmigración, con una gestión eficaz y justa de los flujos migratorios. Esta política deberá orientarse adicionalmente a la prevención de la inmigración ilegal y a la lucha contra el tráfico de seres humanos.

La inclusión del término “frontera” aunque fuese a los meros efectos de su “control” por la UE, suscitaba los naturales recelos de los Estados miembros. Por ello, y para evitar cualquier apertura de la temida “caja de Pandora” derivada de los aún no concluidos conflictos territoriales, se incluye una cláusula estabilizadora según la cual la esta política “no afectará a la competencia de los Estados miembros en lo que respecta a la delimitación geográfica de sus fronteras, de conformidad con el Derecho internacional” (art. III-265.3^o)⁶². Al efecto se tuvo

⁶² Vid. A. del Valle Gálvez, “Las fronteras de la Unión Europea – el modelo europeo de fronteras”, *RDCE*, nº 12, 2002, pp. 299-341.

muy en cuenta la mejora del control de las fronteras exteriores, marítimas y terrestres.

18. La tercera de las acciones que comprende la Sección 2ª del Capítulo IV de la Parte III de la C.Eur. concierne al establecimiento de una política común de inmigración que tiene tres objetivos fundamentales, dos de carácter represivo: la gestión eficaz de los flujos migratorios y la prevención y lucha reforzada contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos; y uno de carácter tuitivo: el trato equitativo de los nacionales de los nacionales de terceros países en situación irregular de residencia en los Estados miembros (art. III-267.1º). Insistimos nuevamente en que no se incluyen novedades sustanciales respecto de la filosofía inspiradora del “sistema Schengen”: el reforzamiento del control de la frontera intracomunitaria que repercute por igual en todas las fronteras de los Estados miembros a partir de: a) la política común de visados y otros permisos de residencia de corta duración; b) los controles a los cuales se someterá a las personas que crucen las fronteras exteriores; c) las condiciones en que los nacionales de terceros países podrán circular libremente por el territorio de la Unión durante un periodo breve; d) cualquier medida necesaria para el establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores; y e) la ausencia de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, que crucen las fronteras interiores (art. III-265.2º).

Nos hallamos ante una política común que sigue dejando en los Estados miembros un margen muy importante de competencia en materia de extranjería, toda vez que dicha política “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. III.267.5º)⁶³. Las medidas para llevar a cabo la política de inmigración son de dos tipos.

⁶³ En caso español es significativo. En el año 2003 se realizaron dos reformas importantes de la Ley de Extranjería, que se suman a la efectuada en diciembre de 2000 que recortó derechos fundamentales básicos de los extranjeros residentes en España sin la documentación en regla cuyos resultados más significativos han sido: el endurecimiento del régimen sancionador (generalizando la sanción de expulsión, reduciendo las garantías previstas y agilizando los trámites); el cierre de todos los mecanismos para la regularización de aquellos que trabajan y residen en España; el incremento de las trabas para el acceso a la protección del asilo recogida en la Convención de Ginebra sobre los Refugiados. La modificación que atenta de manera más grave y decisiva en la práctica es la creación de una dualidad de administrados, utilizando el criterio de la nacionalidad de los destinatarios de las distintas Administraciones Públicas para introducir requisitos discriminatorios y recortar las garantías. Esta opción legislativa tiene su origen en numerosas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas sobre el contingente anual y los permisos de residencia y trabajo, así como la STS 28 de marzo de 2003, que rechazó las prácticas restrictivas del Gobierno en esta materia. Como consecuencia se introduce una nueva Disposición Adicional Decimonovena en la Ley de Procedimiento Administrativo, por la que se establece que los procedimientos regulados en la Ley de Extranjería se regirán por su normativa específica. El sentido de esta modificación es eludir las garantías establecidas con carácter general para todos los administrados, estableciendo un tratamiento diferenciado que contradice principios generales recogidos

De un lado, la celebración de acuerdos entre la UE y terceros países para la readmisión, en sus países de origen o de procedencia “de nacionales de terceros países que no cumplan o que hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, presencia o residencia en el territorio de uno de los Estados miembros.” (art. III-267.3º) de esta suerte, se eleva al plano de las competencias de la Unión la práctica bilateral desarrollada en los últimos años por muchos Estados miembros, entre ellos España⁶⁴ y que ya contaba con una importante práctica desarrollada en el seno de la UE. En efecto, el Plan global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la UE, de 28 de febrero 2002⁶⁵ contemplaba la política de readmisión y repatriación de personas como “parte integrante y crucial de la lucha contra la inmigración ilegal”, instando a la Comisión Europea a presentar urgentemente un Libro Verde dedicado al análisis de eventuales medidas que den cuerpo a una política comunitaria de repatriación y destacando las acciones concretas, cuya puesta en práctica debe ser tenida en cuenta de inmediato. Entre estas acciones se encuentran la cooperación entre los Estados Miembros, basada en la obligación conforme al Derecho internacional de readmitir a los ciudadanos propios y mejora y desarrollo de la cooperación administrativa; y, en fin, en el avance hacia “una colaboración más estrecha respecto de los aspectos de tránsito y de la readmisión”⁶⁶.

De otro lado, el procedimiento ordinario a través de leyes o leyes marco europeas en la reglamentación de “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. III-267.2º).

19. La C.Eur. puede situarse a partir de aquí dentro de una concepción de “Europa fortaleza” cada vez más cerrada, como evidencia el art. III-265.1º, que reclama la instauración progresiva de “un sistema integrado de gestión de las fronteras”, compromiso que se acompaña de la demanda de una política común

dos en la Constitución, tratados internacionales que prohíben la discriminación por razón de nacionalidad y los que fundamentan el Estado de Derecho.

⁶⁴ Vid. por ejemplo, los Acuerdos entre España y Lituania, de 18 de noviembre de 1998 (*BOE*, 19-IV-2000), entre España y Letonia, de 30 de marzo de 1999 (*BOE*, 18-IV-2000), entre España y Estonia de 28 de junio de 1999 (*BOE*, 11-V-2000)

⁶⁵ DO nº C 142 de 14.6.2002.

⁶⁶ Estas iniciativas han sido apoyadas en los Consejos Europeos celebrados en Sevilla el 21 y 22 de junio 2002 y en Salónica el 19 y 20 junio 2003, donde se indica que “la aplicación de una política de repatriación de los residentes ilegales incumbe a los Estados miembros.

que garantice “la gestión eficaz de los flujos migratorios” (art. III-267.1º). Mas lo que el adjetivo eficaz esconde no parece que pueda compensarse merced a referencias tales como la necesidad de actuar “contra la inmigración ilegal” (art. III-267.1º). Y, en orden a la colaboración entre los Estados miembros en lo que respecta a la lucha contra la delincuencia y el terrorismo, brilla por su ausencia una concepción que refleje una visión abierta y acogedora en torno a los movimientos migratorios. El propio art. III-265 asegura que la Unión tendrá por objetivo “garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores”, pero se apresura a reconocer seguidamente que una ley o ley marco europea podrá establecer medida relativas a “las condiciones en las que los nacionales de terceros países podrán circular libremente por la Unión durante un corto período” (art. III-265.2º). De modo similar, aunque se estipula que la política común en materia de asilo deberá ajustarse, entre otros “tratados pertinentes”, a la Convención de Ginebra de 1951 y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967, se remite a una ley o ley marco posterior la posibilidad de establecer “procedimientos comunes para conceder o retirar el estatuto uniforme de asilo o de protección subsidiaria”, así como los “criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable de examinar una solicitud de asilo o de protección subsidiaria” (art. III-266).

20. Procede recordar a este respecto que el Tratado de Amsterdam ya había establecido en el art. 63 la adopción de normas comunes mínimas en materia de asilo y que esta previsión debe desarrollarse hacia auténticas normas comunes que bien pudieran desembocar en una reglamentación de asilo europeo común. Por eso la prevención no puede relegar el obligado capítulo de los derechos fundamentales en los procedimientos administrativo y contencioso-administrativos aplicables en cada Estado miembro, que deben dar prioridad a la determinación de las garantías del solicitante⁶⁷. Con tal propósito la Constitución europea, teniendo en cuenta que toda acción en esta materia debe respetar lo establecido en el Derecho internacional general y, en concreto, en la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y en el Protocolo de 31 de enero de 1967, establece, al margen de la elaboración de reglamentos y decisiones europeas para situaciones de emergencia, a las que ya nos hemos referido, el establecimiento de leyes o leyes marco europeas que determinen un “sistema común de asilo” y que se concreta, entre otras, en medidas tales como un estatuto uniforme de asilo para nacionales de terceros países y válido para toda la Unión y una serie de procedimientos comunes para conceder dicho estatuto uniforme. Con ello el sistema de asilo europeo incorpora la totalidad del Convenio de Ginebra en caso de afluencia masiva de desplazados en un intento de evitar los serios inconvenientes de los sistemas

⁶⁷ E. González Sánchez, “Asilo e inmigración en la Unión Europea”, *RDCE*, nº 13, 2002, pp. 833-856.

nacionales de asilo en caso de afluencia masiva de desplazados procedentes de terceros países; garantizar protección inmediata y un grado equitativo de derechos a las personas interesadas y de equilibrar los esfuerzos de los Estados miembros para acoger a los desplazados sobre la base del principio de solidaridad. Se prevé, asimismo, “la asociación y la cooperación con terceros países para gestionar los flujos de personas que solicitan asilo o una protección subsidiaria temporal” (art. III-167.2º).

V. Hacia una política común real sobre flujos migratorios

21. Es cierto que a partir del Tratado de Amsterdam y del Consejo de Tampere se profundizó en un modelo de Europa muy distinto, 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 comunes. Dicha incorporación fue esencial en la configuración del nuevo espacio europeo de libertad, de seguridad y de justicia⁶⁸. Mas las acciones emprendidas en el sector no han dejado de ser limitadas. Cabe hablar así más de “percepciones compartidas” en el seno de los Estados miembros consecuencia de una cooperación más que limitada en el sector que examinamos que de una voluntad de caminar hacia nuevas estructuraciones básicas. Por el momento el campo de actuación posee un marcado componente *ad extra* con una obsesión por la seguridad exterior y de control de los extranjeros y es muy limitado en la dimensión *ad intra*, en concreto con el establecimiento de criterios de igualdad, de pluralismo cultural y de integración efectiva⁶⁹. Se carece hasta la fecha de un mercado laboral europeo común, de un sistema social unificado, de un fondo de pensiones único y de un sistema de seguro sanitario armonizado. Los mercados de trabajo siguen registrando un importante componente nacional que se manifiesta en el particularismo observado por cada modelo organizativo lo que contradice con la imprescindible asunción de competencias de la Comunidad en este sector si se aspira a la consecución de un mercado común de trabajo como corolario del postulado de la libre circulación de trabajadores⁷⁰. Tampoco puede decirse que exista una política comunitaria migratoria en sentido estricto, ya que hasta el momento los instrumentos jurídicos y políticos han dado únicamente una respuesta parcial a los tres aspectos que deben abordarse de forma

⁶⁸ 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).

⁶⁹ R. Zapata-Barrero, “Inmigración e innovación política”, *Revista Migraciones*, nº 8 diciembre, 2000, pp.; *id.*, “Política de inmigración y Unión Europea”, *Claves de la razón práctica*, nº 104, 2000, pp. 26-32.

⁷⁰ J. García Murcia, “La política comunitaria de inmigración en la Constitución Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 57, 2005, p. 217-219.

global: la gestión de flujos migratorios, la política de integración social⁷¹ y la política de cooperación con los países de origen, primando las acciones de control policial sobre otros aspectos. Esta es la razón de que hasta la fecha las disposiciones comunitarias hayan dado muestra de extraordinaria cautela para no interferir con las necesidades propias de cada sistema. Además, las medidas de integración de los emigrantes siguen siendo competencia de los Estados miembros en el interior de los cuales es frecuente observar diferencias importantes entre la política de integración nacional y las políticas regionales existentes en la materia. Y a todo este cúmulo de circunstancias debe agregarse que sobre toda este sector gravita la dialéctica entre la lucha contra la eliminación de la inmigración ilegal con la efectividad de la libre circulación de personas.

Tanto la política migratoria a partir de la cooperación reforzada como la propia política de la Unión sigue poniendo el acento en la lucha contra la inmigración clandestina (ficheros Eurodac, coordinación para la vigilancia de fronteras, sanciones para los transportistas, etc.) y apenas atiende y aporta recursos a la integración política, social y laboral de las personas recién llegadas. Por eso es menester incentivar estos últimos aspectos aplicando las medidas adecuadas en apoyo de la acción de los Estados miembros. No en vano la Constitución proyectada excluye una efectiva acción armonizadora de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros limitándose a insistir en el fomento y en el apoyo de las acciones de los Estados miembros con el propósito de favorecer la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio. Una política europea eficaz en materia económica exige una fuerte política de integración y gestión de los flujos migratorios en cooperación con los países de origen y tránsito, teniendo en cuenta sus realidades y necesidades; por ello, una política de integración con independencia de que deba construirse a partir de principios comunes, decantados a partir de las experiencias nacionales, debe caminar por derroteros propios superando los particularismos nacionales.

En este contexto es imprescindible profundizar en el análisis y evaluación de las políticas de integración de los Estados miembros, cada vez más diversas y restrictivas como en el caso de los Países Bajos y construir unas acciones comunes, con independencia de los cuantiosos costes a que pueda dar lugar, avanzándose hacia la creación de un Fondo europeo para la integración de los inmigrantes que permita el fomento de las iniciativas hasta ahora desarrolladas por la UE. Por descontado, el éxito de una acción común positiva y abierta en el ámbito de la inmigración dependerá en gran medida de la capacidad de la UE para controlar la inmigración ilegal. El desarrollo de una verdadera política de retorno y readmisión debe orientarse hacia la prevención de la trata de seres humanos siendo necesarias, asimismo, medidas de promoción del diálogo intercultural e interreligioso, en particular en el ámbito educativo. La armonización de las

⁷¹ M. Pajares Alonso, "Inmigración y políticas de integración social", F.J. García Castaño y C. Muriel López (eds.), *La inmigración en España. Contextos y alternativas*, vol. II, *loc. cit.*, pp. 527-534.

ligioso, en particular en el ámbito educativo. La armonización de las legislaciones relativas a los residentes de larga duración no sólo debe insistir en el ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia dentro de la UE sino que debe posibilitar debate sobre los derechos de participación política de los inmigrantes que el Parlamento europeo siempre ha reclamado. Y, por qué no, dentro de estas acciones debe considerarse muy cuidadosamente las posibilidades de acceso de los nacionales terceros Estados a la nacionalidad de los Estados de acogida. En otras palabras abrir un debate acerca de la ciudadanía a propósito de la política de inmigración⁷².

22 Pese a las circunstancias indicadas en los últimos años los Estados miembros han ido acercando sus tradicionales políticas migratorias hacia la consecución de un mercado único de trabajo siempre a partir del desarrollo del postulado de la libre circulación de trabajadores⁷³. Si reparamos en un estudio comparado de las políticas migratorias nacionales puede percibirse la existencia de elementos comunes y soluciones también comunes en lo que concierne a la inmigración y al control de fronteras y ello porque la inmigración por motivos económicos (*skilled migration*), se sustenta en los efectos económicos programados por los países de recepción. A diferencia de lo que sucede con la acogida por motivos humanitarios, en la migración económica debe subrayarse claramente la necesidad de elegir libremente a los inmigrantes. Una política migratoria no debe pues detenerse en fijar criterios de admisión basados en nivel educativo, la calificación laboral o la experiencia, sino que ha de insistir en la existencia de una relación laboral, los conocimientos de la lengua y las relaciones familiares. Tampoco ha de construirse a partir de objetivos basados exclusivamente en el aprovechamiento de la capacidad de trabajo de los extranjeros, sino que ha de tener muy en cuenta su entorno social e histórico diferente y la existencia de una eventual familia que pretende establecerse en la UE.

Mas el balance de la incipiente política migratoria de la Unión Europea tampoco es mínimamente satisfactorio⁷⁴, sobre todo en lo que concierne al trato equitativo de los nacionales de terceros países, a las políticas de integración y a las políticas orientadas al retorno o a la readmisión. Los Estados miembros siguen teniendo el derecho a fijar el número concreto de entradas en su territorio de dichos nacionales para ocupar puestos de trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia, aunque deben respetar el principio de la preferencia comunitaria, se-

⁷² J. de Lucas, "Hacia una ciudadanía europea inclusiva. Su extensión a los inmigrantes", *Revista Cidob d'afers internacionals*, nº 53, 2001, <http://www.cidob.org/castellano/publicaciones/53lucas.cfm>.

⁷³ Vid. J.C. Fernández Rozas, "La condición jurídica de los nacionales de terceros Estados en la Unión Europea", *Alternativas a una política de inmigración*, Madrid, 1996, pp. 51-87, esp. p. 68.

⁷⁴ Vid. las diversas colaboraciones de la obra dirigida por F. Julien-Lafferriere, H. Labayle y Ö. Edström, *La politique européenne d'immigration et d'asile: bilan critique cinq ans après le Traité d'Amsterdam*, Bruselas, 2005, 338 pp.

gún la cual sólo tendrán en cuenta las solicitudes de entrada en sus territorios por razones laborales cuando los puestos vacantes no puedan ser ocupados por los trabajadores nacionales o comunitarios⁷⁵, ni por los trabajadores no comunitarios que residan legalmente y de forma permanente en dicho Estado miembro y que formen parte del mercado laboral del mismo. En consecuencia, antes de la admisión de un trabajador de un tercer país, los Estados miembros exigirán pruebas de que ningún trabajador ya integrado en el mercado laboral nacional pueda ocupar el puesto vacante, aunque habrá excepciones para algunas categorías específicas. Con ello se cumple el objetivo de ofrecer a los trabajadores nacionales de terceros países que ya se encuentren en el territorio de un Estado miembro o que ya hubieran trabajado legalmente en el mismo la posibilidad de quedarse o de volver.

⁷⁵ El Tratado relativo a la adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, firmado el 16 de abril de 2003 en Atenas da preferencia a los trabajadores ciudadanos de los Estados miembros frente a los nacionales de países terceros por lo que se refiere al acceso al mercado laboral de los Estados miembros.