

¿Existe una política europea de inmigración?

Soledad Torrecuadrada García-Lozano

1. Introducción

El fenómeno migratorio se caracteriza por su globalidad. Es muy difícil identificar un Estado que no participe de una manera u otra de él, ya sea como Estado de origen, de tránsito o de destino. En este sentido, dado que la Unión Europea goza de una situación económicamente privilegiada, es uno de los destinos favoritos de migrantes, muchos de ellos en situación administrativa irregular. Por otra parte, no podemos obviar que la existencia de migración clandestina afecta a dos de las libertades comunitarias básicas: la libre circulación de mercancías y la libre circulación de personas.¹

A la indicada en primer lugar (libre circulación de mercancías) porque al tratarse, en su mayoría, de un fenómeno de naturaleza económica, siempre encuentran empresarios dispuestos a ofrecerles un lugar en el que prestar su fuerza de trabajo a cambio de salarios reducidos, ahorrándose además los costes sociales debidos. A cambio de ello, el producto final en cuya elaboración participa esta mano de obra logra precios mucho más reducidos que aquellos que puede ofrecer otro de similares características que se produzca cubriendo los costes sociales y salariales que supone la contratación regular. El resultado es el precio no competitivo de la producción, con lo cual se impide la libre competencia entre ambos, afectando negativamente al mercado.

Afecta también a la libre circulación de personas, en el sentido de que al haber desaparecido las fronteras físicas interiores en el territorio comunitario, un inmigrante irregular una vez que alcanza el territorio de un Estado miembro, no encuentra fronteras

¹ Sobre la política europea de inmigración existe una variada bibliografía, *vid.* entre ella: FERNÁNDEZ, P.A. «Derecho comunitario de la inmigración». En AA.VV. *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario*. Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 1467 y ss. y muy especialmente, GONZÁLEZ VEGA, J.A. «¿Regreso al futuro? La difícil concreción de una política europea de inmigración». En AA.VV. *Op. cit.*, p. 1561.

físicas para desplazarse libremente por la Unión Europea (en adelante UE).² A pesar de lo anterior, no existe realmente una política europea de inmigración, buena prueba de ello es que las normas comunitarias existentes no resultan jurídicamente obligatorias para todos los Estados miembros (en adelante EEMM).³ La redacción del artículo 79.1 del Tratado de Lisboa se orienta en esta línea al establecer la obligación de la futura UE de desarrollar «una política común de inmigración», a partir de la entrada en vigor de aquel Tratado con el que se pretende adaptar a la UE a los nuevos tiempos.⁴ La celebración de un Pacto Europeo sobre inmigración y asilo, decidida en el Consejo Europeo del 16 de octubre de 2008, es otro indicio de esta inexistencia, puesto que de contar con ella no precisaríamos de un compromiso político de los EEMM para establecer las bases de la futura actuación conjunta en la materia (*vid. infra* en epígrafe 4.3.5).⁵

La ausencia de una política comunitaria de inmigración no impide la existencia de normas comunitarias en sectores concretos dentro de este ámbito que establecen un estándar mínimo de protección o sanción que han de respetar los EEMM. Denominamos al conjunto de esas normas para mayor facilidad política europea de inmigración, conociendo su inexistencia técnica y sabiendo que, en realidad, son los eslabones que van progresivamente componiendo lo que en el futuro podrá ser una auténtica política de inmigración de la UE. Nos encontramos, en consecuencia, en un ámbito material en el que lo excepcional es encontrarnos con normativa comunitaria, principalmente por dos motivos:

- 1) Se trata de un ámbito material íntimamente relacionado con la soberanía estatal, una de cuyas manifestaciones más evidentes es la capacidad para decidir quién y en qué condiciones (cumpliendo qué requisitos) pueden acceder al territorio nacional, motivo por el que los EEMM se muestran reticentes a ceder el ejercicio

² Sobre las fronteras en Europa *vid. GARCÍA PICAZO*, P. «Las fronteras de Europa: reflexiones en busca de una aréte política». En AA.VV. *Op. cit.*, pp. 1477 y ss.

³ Véase el caso del Reino Unido, Irlanda o Dinamarca, establecido en los Protocolos n° 2, por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea (1997), n° 4, sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda (1997) y n° 5 sobre la posición de Dinamarca (1997), publicados oficialmente en *Diario Oficial*, n° C 321, de 29 de diciembre de 2006.

⁴ El Tratado de Lisboa, adoptado el 13 de diciembre de 2007, solo entrará en vigor cuando todos los EEMM de la Unión Europea lo hayan ratificado, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales al efecto. Para ello, aún faltan las ratificaciones de Suecia y la República Checa, además de resolver la cuestión planteada como consecuencia del resultado negativo en el referéndum irlandés.

⁵ En el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, celebrado en Bruselas los días 24 y 25 de julio de 2008, califica el Pacto Europeo sobre inmigración y asilo, de prioridad «con el fin de disponer de una base para una verdadera política europea común de inmigración», contenido reiterado en el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de dos meses más tarde (25 de septiembre de 2008).

de estas competencias soberanas a la Comunidad Europea (en adelante CE) para facilitar la existencia de una política comunitaria de inmigración.

- 2) En la actualidad, la Unión Europea cuenta con 27 EEMM muy diferentes entre sí y con realidades migratorias heterogéneas. Distinto es el caso de España —por la proximidad geográfica al continente africano o su condición de antigua potencia administradora de amplios espacios sometidos a su colonización— que el de Dinamarca, Suecia u otros Estados no fronterizos con Estados no miembros; o el de los Estados del este europeo, preocupados por la porosidad de las fronteras terrestres. Si la realidad es diferente, los intereses también lo son. Aquí nos encontramos, por tanto, con una dificultad a la hora de establecer bases de acuerdo o cuando menos, para priorizar los intereses en presencia.

Con todas las dificultades, en un espacio que avanza en su integración es imprescindible una acción coordinada en inmigración. Por una parte, la inmigración resulta deseable en la medida en que, según Eurostat,⁶ contribuye a evitar el envejecimiento de la población en la UE; por otra, los medios de comunicación nos alertan y muestran en imágenes los peligros de la ausencia de cauces para una migración ordenada. En consecuencia, la UE ha de enfrentarse a mediano plazo y seriamente al reto de ordenar la migración.

En las páginas que siguen se desarrollará la evolución y materialización de la denominada política europea de inmigración, así como las acciones que se proyectan en el horizonte más inmediato. Para ello comenzaremos identificando su alcance subjetivo, a continuación perfilaremos la evolución de las bases habilitadoras que permiten la acción comunitaria en materia de inmigración, para centrarnos en su orientación, distinguiendo los tres ejes de actuación: la integración de los inmigrantes regulares, la inmigración económica y la lucha contra la inmigración clandestina. Para terminar, analizaremos las propuestas y acciones actualmente en discusión en la UE, que preceden al apartado conclusivo.

2. Alcance subjetivo de la política europea de inmigración

Para determinar el alcance subjetivo de la política europea de inmigración hemos de distinguir entre migración intracomunitaria y extracomunitaria. Por la primera entendemos los desplazamientos de nacionales de los EEMM por el interior del

⁶ Se precisa migración para mantener el crecimiento poblacional del continente. *Vid.* información de 23 de septiembre de 2008 de Eurostat <<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/>> o las comunicaciones de la Comisión Europea en este sentido.

territorio comunitario; cubriendo la extracomunitaria la entrada, salida y movimiento de nacionales de Estados no miembros en el territorio comunitario.

La migración intracomunitaria se denomina libre circulación de personas desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht, creador de la UE,⁷ edificada sobre la libre circulación de trabajadores (antiguo artículo 48).⁸ La redacción del precepto en cuestión no especifica la exclusividad de su titularidad a los nacionales comunitarios, pero el Tribunal de Justicia (en adelante TJ) entendió en su jurisprudencia temprana el alcance comunitario del concepto trabajador manejado por el TCE a estos efectos.⁹

En la década de 1990 la libre circulación de trabajadores se transforma en libre circulación de personas (siempre nacionales de los EEMM) como consecuencia de la adopción de tres Directivas con las que se amplía el listado de titulares de esta libertad a las clases económicamente inactivas (estudiantes, rentistas y jubilados)¹⁰ con lo que la libre circulación de trabajadores se transforma en la de nacionales comunitarios hasta que, con ocasión del Tratado de la UE (en adelante TUE), se incorpora la

⁷ El Tratado de Maastricht se firmó en la ciudad holandesa de la que toma su nombre el 7 de febrero de 1992, entró en vigor el 1 de noviembre de 1993.

⁸ En la actualidad es el artículo 39 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante TCE). La libertad en cuestión se desarrolló inicialmente por el Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, publicado oficialmente en *Diario Oficial* n° L 257, de 19 de octubre de 1968. Sobre la libre circulación de trabajadores existe variada bibliografía, entre la que merecen destacarse los siguientes trabajos: LIROLA, I. *El ámbito de aplicación subjetivo del principio de libre circulación de personas en el proceso de integración europea*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1993; *id.*, *Libre circulación de personas y Unión Europea*, Madrid: Civitas, 1994; más recientemente y de la misma autora, «Los derechos de libre circulación y residencia en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea». En C. Ruiz Miguel (coordinador), *Estudios sobre la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pp. 159 y ss.; Jiménez de Parga, P. *El derecho a la libre circulación de las personas físicas en la Europa comunitaria: desde el Acta Única Europea al Tratado de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos, 1994. También DEL VALLE GÁLVEZ, A. «La libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia» (I) y (II). En J. Martín Pérez de Nanclares y M. López Escudero (coordinadores). *Derecho Comunitario Material*. Madrid: McGraw-Hill, 2000, pp. 42-67.

⁹ Así lo establece en la Sentencia de 19 de marzo de 1964, en el asunto Unger (M.K.H. Unger, esposa R. Hoekstra contra Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten à Utrecht), 75/63. Documento que puede verse en <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61963J0075:FR:HTML>>.

¹⁰ Se trata de la Directiva 90/364 de, Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia; la Directiva 90/365/CEE del Consejo, del mismo día que la anterior, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional, ambas publicadas oficialmente en *Diario Oficial* n° L 180, de 13 de julio de 1990, ejemplar en el que se publicaba también la Directiva 90/366 del Consejo del mismo día relativa al derecho de residencia de los estudiantes, anulada por el TJ, como consecuencia del recurso planteado al efecto por el Parlamento Europeo contra el Consejo, asunto C-295/90, en la Sentencia de 7 de julio de 1992, aunque se mantuvieron los efectos de la Directiva anulada hasta la entrada en vigor de la Directiva 93/96 del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes, publicada oficialmente en *Diario Oficial* n° L 317, de 18 de diciembre de 1993.

ciudadanía comunitaria al Derecho originario, para dotar a los ciudadanos comunitarios de la titularidad de esta libertad.¹¹

Los desplazamientos protagonizados por nacionales de Estados no miembros pertenecen a la categoría de inmigración.¹² Sin embargo, algunos grupos de nacionales no comunitarios se benefician de una exclusión total o parcial de la aplicación de las normas comunitarias o nacionales esta materia; es el caso de los agentes diplomáticos y consulares de Estados no miembros cuyo estatuto internacional, impide la aplicación de la legislación estatal en materia de extranjería (y, en consecuencia, también de los actos que configuran la política europea de inmigración).¹³ También los cónyuges e hijos de los ciudadanos comunitarios se benefician, con carácter general, del régimen establecido para el familiar nacional de uno de los EEMM, lo que les permite disfrutar, en razón del parentesco, de la libre circulación de la que es titular aquel. Por último, los nacionales de Estados que hayan celebrado acuerdos de asociación con la CE que incorporen disposiciones relativas a la aplicación del principio de igualdad de trato en cuestiones relacionadas con la migración también gozarán de estas ventajas, dado que los EEMM habrán de observarlas. En las páginas que siguen nos referiremos exclusivamente a lo que podríamos denominar régimen general de inmigración, conformado por quienes carecen de los vínculos anteriores.

3. Derecho Comunitario e inmigración: evolución competencial comunitaria en materia de inmigración

El Derecho originario silenciaba la inmigración hasta que, con ocasión de la reforma que supuso el Tratado de Maastricht, se incorpora en el Tercer Pilar (Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior). De su ubicación derivan dos consecuencias: (1) la inmigración se mantiene como ámbito de interés común de los EEMM, que no se considera un fin en sí mismo sino un medio imprescindible para conseguir el

¹¹ Lo que hace en la Segunda Parte del TCE, artículos 17 y ss. En concreto el artículo 18 recoge el derecho de los ciudadanos comunitarios a «circular y residir libremente en el territorio de los EEMM».

¹² Ello no quiere decir que los ciudadanos comunitarios no sean extranjeros en los Estados de cuya nacionalidad carecen sino que se trata de una categoría privilegiada de extranjería. Una materialización de esta situación la encontramos en la Ley de Extranjería española (es la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social), en la que se definen (artículo 1.1) como extranjeros a todos cuantos carecen de la nacionalidad española, a pesar de lo cual (artículo 1.3) se excluye la aplicación de esta Ley a «los nacionales de los EEMM de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario», a quienes se aplicará el régimen específico establecido en el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre la entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los EEMM de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

¹³ Gozan del estatuto particular establecido al efecto en las Convenciones de Viena sobre las relaciones diplomáticas (1961) y consulares (1963).

objetivo prioritario que era la libre circulación de personas (artículo K.1.3. del TUE); (2) se mantiene en el marco de la cooperación intergubernamental, al margen de la capacidad decisoria de las instituciones comunitarias.

Desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht y antes de la del Tratado de Ámsterdam, se avanza en materia de visados. En primer lugar, estableciéndose un modelo uniforme de visado que expedirán todos los EEMM¹⁴ y un listado único de los Estados cuyos nacionales lo precisan para acceder al territorio comunitario que ha ido actualizándose con el tiempo.¹⁵

Con el Tratado de Ámsterdam¹⁶ se produce un avance considerable en lo que a fundamentos competenciales se refiere, al dividirse las materias objeto del Tercer Pilar, por una parte, la Cooperación Policial y Judicial en materia Penal (CPJP) conserva su ubicación; por otra, se incorporarse en el TCE un nuevo Título IV bajo la rúbrica de «Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas».¹⁷ La nueva estructura suscita el problema relativo a la relación entre el derecho adoptado con fundamento en el nuevo Título IV y el que pudiera haberse adoptado en los ámbitos materiales allí recogidos, cuando era objeto de cooperación intergubernamental e incluso antes, con fundamento en los Acuerdos de Schengen.¹⁸

¹⁴ Es el Reglamento 1683/95, de 29 de mayo de 1995, publicado en *Diario Oficial* n° L 164, de 14 de julio de 1995. La base habilitadora utilizada al efecto no fue el artículo K.1.3 del TUE sino el artículo 100C incorporado también con el Tratado de Maastricht, pero dentro del TCE y, en concreto, la previsión establecida en su apartado 3 que obliga al Consejo a adoptar antes del 1 de enero de 1996 «por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, las medidas relativas a un modelo uniforme de visado».

¹⁵ Es el Reglamento 574/1999 del Consejo de 12 de marzo de 1999 por el que se determinan los terceros países cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los EEMM, publicado oficialmente en *Diario Oficial* n° L 72, de 18 de marzo de 1999. Entre los actos modificativos de este se encuentra por ejemplo, el Reglamento n° 851/2005 del Consejo, de 2 de junio de 2005, que modifica el Reglamento 539/2001 por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación en lo que respecta al mecanismo de reciprocidad. O, más recientemente, el Reglamento 1932/2006 del Consejo, de 21 de diciembre de 2006, que modifica el Reglamento 539/2001 por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación, publicado oficialmente en *Diario Oficial* n° L 405, de 30 de diciembre de 2006.

¹⁶ Firmado en la capital holandesa el 2 de octubre de 1997, entró en vigor el 1 de mayo de 1999.

¹⁷ La criminalización de la inmigración se reduce aunque no desaparece (T. Maastricht se regulaba conjuntamente con el tráfico de drogas por ejemplo), puesto que el artículo 61 del TCE (tras Ámsterdam) regula conjuntamente la inmigración y la delincuencia, junto con otras materias como la cooperación judicial en materia penal o civil o la cooperación policial y administrativa.

¹⁸ El Acuerdo de Schengen se celebró en la ciudad luxemburguesa de la que toma el nombre el 14 de junio de 1985 entre Francia, Alemania, Bélgica, Holanda y Países Bajos, con el objeto de crear un espacio sin fronteras interiores, en el que los controles fronterizos se desplazaran exclusivamente a sus fronteras exteriores, es decir, los controles solo existirían desde su entrada en vigor para el acceso a cualquiera de los Estados partes, pero no para los desplazamientos entre ellos. La inexistencia de controles para los desplazamientos intracomu-

El principal problema planteado por estos Acuerdos deriva de su alcance subjetivo, dado que ni todos los EEMM de la UE son partes en ellos (Reino Unido e Irlanda no lo son), ni solo cuentan con el estatuto de partes los miembros de la UE (Noruega, Islandia o Suiza). Cuestiones añadidas derivan de la postura de Dinamarca que, siendo parte del Acuerdo de Schengen, tiene un estatuto particular con relación al título IV del TCE. En este caso, Dinamarca puede elegir en el marco de la UE aplicar o no toda nueva medida basada en el título IV del Tratado CE, aunque constituya un desarrollo del acervo de Schengen.¹⁹

El Tratado de Lisboa, que pretende preparar a la UE para los retos que se le plantean con 27 EEMM,²⁰ incorpora cambios formales y sustantivos. Entre los primeros, destaquemos la participación del Parlamento Europeo como colegislador en el proceso de adopción de decisiones en materia de inmigración, fruto del establecimiento de la codecisión (actualmente regulado en el artículo 251 del TCE) como procedimiento normativo ordinario. En la actualidad, al amparo del Título IV del TCE, la institución que protagoniza el proceso es el Consejo en tanto que destinatario de la obligación de adoptar medidas. Es cierto que la Comisión y el Parlamento Europeo tienen alguna participación, ya que el Consejo solo puede actuar a propuesta de la

natarios se contemplaba (en realidad es así) como una condición inexcusable para la materialización de la libre circulación de personas por el territorio comunitario. De ahí que con el tiempo se haya ampliado considerablemente el listado de Estados partes. Con el Tratado de Ámsterdam el acervo Schengen (los actos normativos adoptados con fundamento en estos acuerdos, en lo que a las materias que nos ocupa se refiere, se integra en el Derecho Comunitario) se integró en el Derecho de la Unión Europea. El Acuerdo de Schengen ha provocado una producción científica considerable, dentro de ella: JIMÉNEZ DE PARGA, P. «Reflexiones sobre la puesta en aplicación en su totalidad, el 26 de marzo de 1995, del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 19 de junio de 1990», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 22, n° 3, 1995, pp. 909-938; DEL VALLE, A. «La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 3, 1998, pp. 41-78; FERNÁNDEZ-PITA, R. «El Tratado de Ámsterdam y el acervo Schengen», *El espacio europeo de libertad, seguridad y justicia*. Madrid: Ministerio del Interior, 2000, pp. 83-96; ALCOCEBA, A. «La subordinación del acervo Schengen al de la Unión Europea: comentario a la sentencia del TJCE de 31 de enero de 2006. AS. C-503/03, Comisión Europea c. España», *Revista General de Derecho Europeo*, n° 10, 2006; LABAYLE, H. «Protocole 17 sur l'acquis de Schengen intégré dans le cadre de l'Union européenne». En Laurence Burgorgue-Larsen, Anne Levade y Fabrice Picod (coordinadores). *Traité établissant une Constitution pour l'Europe: commentaire article par article*. Bruselas: Bruylant, 2007, vol. 1, pp. 942-950.

¹⁹ En este punto encontramos uno de los motivos que nos impiden considerar la existencia de una política europea de migración, al quedar voluntariamente excluidos del Título IV del TCE tres EEMM: Dinamarca, Irlanda y Reino Unido, tal y como establece el artículo 69 del TCE y sus respectivos protocolos. El artículo 69 del TCE tras Ámsterdam proporciona la base jurídica de la exclusión, al establecer que la aplicación de este Título IV se somete «a lo dispuesto en el Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda así como al Protocolo sobre la posición de Dinamarca, y se entenderá sin perjuicio del Protocolo sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 14 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea al Reino Unido y a Irlanda.» Ello salvo, en el caso de Reino Unido e Irlanda, que expresamente soliciten participar en la adopción y aplicación de una medida propuesta con fundamento en este capítulo, o una vez ha sido adoptada soliciten, sin límite temporal alguno, la aplicación de la medida en cuestión.

²⁰ Vid. *supra* nota 4.

Comisión o de un Estado miembro y previa consulta al Parlamento Europeo,²¹ lo que no es comparable con la relevancia que adquirirá con la aplicación de la codecisión. Igualmente, es preciso subrayar la consideración de este ámbito material como una competencia compartida entre la UE y sus EEMM²² y, en consecuencia, la afirmación de que la UE cuenta con competencias de fomento y apoyo en los sectores materiales que la Organización aún no haya ocupado.²³

En el capítulo de las modificaciones sustantivas cabe destacar la pretensión de extender la titularidad de la libre circulación de personas a nacionales no comunitarios, la obligación de la UE de desarrollar «una política común de inmigración» que garantice la gestión eficaz de flujos migratorios, el «trato equitativo» de los residentes legales así como la prevención y represión de la inmigración ilegal y la trata de seres humanos.²⁴ Una incorporación destacable para Estados que, como España, cuentan en la actualidad con una importante presión migratoria, es la aplicación del principio de solidaridad y reparto equitativo de la responsabilidad entre los EEMM, incluso en el aspecto financiero.²⁵ Por último, se faculta expresamente a la UE a celebrar acuerdos de readmisión con terceros Estados, competencia que se desprende de la redacción del vigente TCE (en concreto de su artículo 63 *in fine*).

²¹ En el procedimiento establecido en el artículo 67 del TCE se exige tan solo una consulta simple al Parlamento Europeo, lo que supone que el Consejo no puede decidir antes que esta institución haya evacuado su informe, sin que el contenido de este resulte vinculante para el Consejo.

²² El artículo 4 del Tratado de funcionamiento incorpora en el catálogo de los ámbitos materiales que pertenecen a esta categoría el espacio de libertad, seguridad y justicia, dentro del cual se encuentra el que a nosotros nos interesa.

²³ De acuerdo con la definición del alcance compartido de las competencias que ahora por primera vez se incorpora en el Tratado constitutivo, en concreto en el artículo 2 del Tratado de funcionamiento: Cuando los Tratados atribuyan a la Unión una competencia compartida con los EEMM en un ámbito determinado, la Unión y los EEMM podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito. Los EEMM ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya. Los EEMM ejercerán de nuevo su competencia en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya.

²⁴ Si bien los EEMM podrán seguir determinando los cupos de trabajadores extranjeros que precisan para cubrir los puestos de trabajo disponibles en sus respectivos mercados (mediante contratación en origen). Además, se añaden a los sectores hasta ahora expresamente incorporados en el Título IV (en concreto en el artículo 63.3), que el Consejo ha de regular la definición de los derechos de residentes legales y la lucha contra la trata de seres humanos. El artículo 63.3 TCE se refiere a las condiciones de entrada y de residencia y normas sobre procedimientos de expedición por los EEMM de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar; la inmigración y residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales.

²⁵ Recordemos que aunque un Estado sea puerta de entrada de migración irregular, una vez logrado el acceso al territorio comunitario, la ausencia de controles en las fronteras interiores del territorio facilita el libre desplazamiento por el resto de los EEMM, por tanto el reparto solidario de las cargas económicas derivadas de los controles es comprensible.

4. Orientación de la política de inmigración

Pocos meses después de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam (1 de mayo de 1999), tuvo lugar el Consejo Europeo de Tampere (15 y 16 de octubre), consagrado a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la UE. Es precisamente en este contexto en el que se lanzan las líneas maestras que han de vertebrar la política europea común en materia de asilo e inmigración;²⁶ en primer lugar, la integración de los inmigrantes irregulares; en segundo término, la apertura de cauces legales para la inmigración económica; y, por último, la prevención y represión de la inmigración irregular o clandestina.

4.1. Integración de los inmigrantes regulares

En el ámbito comunitario, especialmente desde finales de la década de 1990 se ha actuado con un doble enfoque, dependiendo de la situación administrativa regular o no en la que se encontraran los migrantes. El interés es diverso en función de la categoría de migrante ante la que nos encontremos. Así, en relación con los denominados residentes legales (o inmigrantes regulares), preocupa especialmente su integración y, en consecuencia, la eficacia de las medidas adoptadas con este objetivo. La correcta integración de los inmigrantes en la sociedad de acogida es una necesidad en un espacio cuya población inmigrante regular alcanza el 3.8%.²⁷ La ausencia de medidas en este sentido, o su ineficacia, puede producir como resultado la quiebra de la paz social, como se puso de relieve en Francia durante el otoño de 2005.

Por otra parte, la concepción de este tipo de actuaciones, debido a la complejidad de la cuestión que pretendemos resolver, no es en absoluto sencilla. Ciertamente, el punto de partida ha de ser el principio de no discriminación aplicado a múltiples sectores (laboral, social, educativo... sin olvidarnos de las políticas de juventud o de género, que tienen una incidencia especial en el grupo humano al que nos referimos) por lo que han de ser omnicomprendivas. Además, la complejidad se incrementa en la medida en que se trata de un proceso permanente en doble sentido: en relación con los inmigrantes, pero también y muy especialmente con quienes conforman la sociedad de acogida. El trabajo en este último aspecto ha de ser más profundo en tiempos de crisis económica, cuando la población en situación económicamente vulnerable puede tener tentaciones de culpar a los inmigrantes de ella. Este sentimiento puede ser —de no adoptarse medidas correctoras eficaces en tiempo útil— el germen de comportamientos xenófobos. En todo caso, la adopción de las medidas concretas

²⁶ Consejo que fue precedido por el de Viena, de 11/12 de diciembre de 1998, que incorporaba el llamado Plan de Viena sobre la mejor manera de poner en práctica un espacio de libertad, seguridad y justicia.

²⁷ El dato proviene de Eurostat, *vid. supra* nota 4, se trata del porcentaje global del territorio comunitario.

es competencia estatal, aunque para su eficacia han de implicarse junto con estas autoridades las locales, las regionales y las comunitarias con el propósito de establecer acciones coordinadas que puedan dar una respuesta a todas las necesidades integradoras evitando la existencia de lagunas en la actuación.

Además, el éxito de las medidas integradoras no deriva de su concepción, sino de su aplicación eficaz para lo que resulta imprescindible la dotación presupuestaria al efecto. Por ello, con el objeto de prevenir posibles problemas derivados de la ausencia de la financiación necesaria, la UE ha establecido un fondo que cubre posibles programas adoptados en este ámbito material.²⁸

Evidentemente, como se ha indicado antes, el punto de partida es la ausencia de discriminación de los inmigrantes regulares, de donde derivan dos líneas de actuación: 1) la correcta integración en la sociedad de acogida de los trabajadores nacionales de terceros Estados y de las generaciones subsiguientes (de ahí la importancia de las medidas educativas o las dirigidas de forma específica a la juventud); y, 2) la equiparación cada vez mayor de la categoría inmigrante regular y la de ciudadanos comunitarios. La acción comunitaria en relación con la integración de los inmigrantes regulares se ha centrado en la línea indicada en segundo lugar y, en concreto, en la aproximación de las legislaciones nacionales sobre las condiciones de admisión y residencia de estos inmigrantes, que supone el establecimiento de un estándar mínimo de derechos reconocidos (de protección) en toda la CE. En este sentido, resulta de especial interés la ampliación de los regímenes de la seguridad social a los trabajadores inmigrantes regulares, lo que supone la práctica equiparación con los comunitarios en lo que a la titularidad de derechos laborales se refiere.²⁹

También se han limitado las condiciones exigibles por los EEMM para la concesión del estatuto de residentes de larga duración a los trabajadores extranjeros, mediante la Directiva con la que se persigue la armonización de los requisitos de adquisición de este estatuto. De esta manera, se avanza decisivamente hacia la equiparación entre residentes extranjeros y ciudadanos comunitarios más allá de los aspectos estricta-

²⁸ Vid. la Decisión 2007/435, de 25 de junio de 2007 que establece el Fondo Europeo para la integración de nacionales de terceros países para el periodo 2007-2013 como parte del Programa general «Solidaridad y gestión de los flujos migratorios, que se refiere a los sistemas de los EEMM de gestión y control, las normas de gestión administrativa y financiera y la elegibilidad de los gastos de los proyectos cofinanciados por el Fondo y la Decisión 2008/457, de 5 de marzo, de aplicación de la anterior.

²⁹ Reglamento 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento CEE n° 1408/72 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas (en vigor desde el 1 de junio de 2003, publicado oficialmente en *DOUE*, n° L124, de 20 de mayo de 2003). Se trata de un Reglamento por el que se amplía a los inmigrantes legales no comunitarios el alcance de un acto normativo previo, relativo a la aplicación de los regímenes de la seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad.

mente laborales.³⁰ Es necesario realizar tres consideraciones acerca de esta Directiva: en primer lugar, incorpora un estándar mínimo de protección, de conformidad con el cual, los requisitos establecidos para ello podrán reducirse pero no incrementarse;³¹ ello debido a su consideración de garantía de mínimos, lo que no impide la existencia de regímenes nacionales más favorables para la obtención del estatuto en cuestión. En segundo término, la concesión del estatuto de residente de larga duración por un Estado miembro implica su reconocimiento por los demás socios comunitarios, salvo que se haya concedido en aplicación de una legislación nacional más favorable a la incorporada en la Directiva comunitaria, en cuyo caso, el titular del estatuto solo lo será en el territorio del Estado que se lo concedió, sin que los demás EEMM estén obligados a su reconocimiento. Por último, salvo en los supuestos recién indicados, se garantiza el derecho de residencia en otro Estado miembro con fines laborales (por cuenta ajena o propia), de estudios o sencillamente para residir por más de tres meses (es el caso de jubilados y rentistas).³²

Se han establecido también las bases para la armonización de las condiciones de ejercicio del derecho a la reagrupación familiar en los EEMM, hasta ahora regulada de forma diversa en cada uno de ellos,³³ con el objeto de implantar criterios comunes para garantizarlo. Esto implica que todos los trabajadores regulares en territorio comunitario son titulares del derecho a la reagrupación familiar si disponen de un permiso de residencia de, al menos, un año y tienen posibilidades reales de mantenerse.³⁴

³⁰ Se trata, en concreto, de la Directiva 2003/109 del Consejo de 25 de noviembre de 2003, sobre la definición del estatuto de nacionales de terceros países residentes de larga duración, publicada en *DOUE* n° L16, de 23 de enero de 2004. Los esfuerzos positivos por la equiparación de los inmigrantes en territorio comunitario al estatuto de ciudadano, si bien exceden a los aspectos estrictamente laborales, no alcanzan, de momento, al ejercicio de los derechos políticos de los que estos son titulares: el derecho de sufragio activo y pasivo tanto en las elecciones municipales del Estado de residencia, aunque no sea el de su nacionalidad como en las elecciones al Parlamento Europeo. *Vid.* sobre esta Directiva, el estudio realizado por ILLAMOLA, M. «La Directiva 2003/109, relativa al estatuto jurídico de los residentes de larga duración y su transposición al ordenamiento español». En AA.VV. *Los Tratados de Roma...* *Op. cit.*, pp. 1579 y ss.

³¹ En síntesis, los requisitos se reducen a la necesidad de acreditar la residencia legal e ininterrumpida durante cinco años, además de la disposición de recursos económicos suficientes y un seguro de enfermedad, con el objeto de evitar ser gravosos para los Estados en los que residan. Todo ello siempre que, de acuerdo con la legislación del Estado, no pueda considerarse al petionario, una amenaza para el orden público o la seguridad pública.

³² En este último caso, el Estado de destino del residente de larga duración puede comprobar si reúne las condiciones establecidas en su legislación para la residencia. De resultar una evaluación negativa, podrá proceder a la expulsión, aunque su destino no será el Estado del que es nacional, sino el que le reconoció como residente de larga duración.

³³ Lo que se hace a través de la Directiva 2003/86 del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar (publicada en *DOCE* n° L251, de 3 de octubre de 2003).

³⁴ Ha de aportar prueba de que se cuenta con una vivienda suficiente para habitar tras la reagrupación, un seguro de enfermedad que pueda alcanzarle no solo a él, sino también a los miembros de su familia que van a

El aspecto más discutible de la Directiva sobre reagrupación familiar se encuentra en el concepto de familia reagrupable que incorpora, reducido al cónyuge (no habla de pareja) e hijos menores de edad que dependan económicamente del trabajador. Ciertamente se limita a incorporar a estos efectos el listado mínimo de personas reagrupables, que los Estados pueden extender a los ascendientes o hijos mayores de edad solteros, miembro de la pareja no casada o registrada, pero no reducir. Con relación a los hijos, existe —no podía ser de otro modo— un único régimen de reagrupación aplicable, con independencia de que nos encontremos ante hijos biológicos o legalmente adoptados, siempre que el trabajador reagrupante sea el titular de la custodia y los descendientes en cuestión se encuentren a su cargo. La Directiva deja discrecionalidad a los EEMM para que decidan acerca de la posibilidad de reagrupar a hijos con custodia compartida, siempre que el otro progenitor haya consentido en la reagrupación, lo que implica la eventual diversidad de la respuesta en función del Estado en el que pretendamos ejercer el derecho.³⁵

4.2. Migración económica

Durante muchos años, la CE se caracterizó por responder al modelo de una *Europa fortaleza* al contar con una política cero de inmigración económica lo que, lejos de acabar con los flujos migratorios o promover su control, ha sido uno de los factores que han producido el incremento de la inmigración clandestina. La inexistencia de cauces legales para la inmigración por razones económicas agudiza la imaginación de quienes persiguen un futuro mejor para perfilar vías alternativas utilizando las fisuras humanitarias que sí permiten el acceso al territorio comunitario. Así, en estos años se han incrementado las solicitudes de asilo, la reunificación familiar³⁶ o los matrimonios celebrados exclusivamente con el objeto de adquirir el permiso de residencia —los denominados matrimonios mixtos, blancos o fraudulentos—. Una de las primeras acciones emprendidas tras la adopción del Tratado de Ámsterdam se refería precisamente a estos matrimonios³⁷ que, aunque se celebran en un número

beneficiarse de la reagrupación; así como de recursos suficientes para mantenerse a sí mismo y a los reagrupables. Es el artículo 7 de la Directiva.

³⁵ Se incorporan también limitaciones, por ejemplo en el caso del matrimonio poligámico, en cuyo caso, el Estado solo podrá considerar reagrupable a un único cónyuge. El artículo 4.4 de la Directiva es claro en este punto, al establecer que «si el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión No autorizará la reagrupación familiar de otro cónyuge». Por tanto, solo reconoce el matrimonio monogámico a la hora de reagrupar.

³⁶ Del asilo no nos vamos a ocupar aquí porque excede de nuestro ámbito material y la Directiva de reunificación familiar la hemos visto en el epígrafe *supra*.

³⁷ Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra matrimonios fraudulentos, publicada oficialmente en DOCE n° C 382, de 16 de diciembre de 1997. Se trata de un acto típico no vinculante con fundamento en el artículo K.1.3 del TUE —según la

muy escaso teniendo en cuenta el acceso anual de población clandestina a la UE por este concepto, se trata de un ámbito potencialmente relacionado con el crimen organizado.

Dentro de la migración económica, otra línea de acción ha sido el establecimiento de bases comunes para favorecer el acceso al territorio comunitario de estudiantes e investigadores a través de sendas directivas. En la primera de ellas, se adoptan criterios básicos con el objeto de facilitar la movilidad de nacionales de Estados no miembros hacia la Comunidad o en el interior su territorio.³⁸ Sin embargo, los controles de seguridad establecidos por los EEMM impiden en cierta medida la ágil obtención del objeto pretendido, al conservar la facultad de denegar la admisión de los beneficiarios de la norma comunitaria por considerar que el solicitante pudiera ser una amenaza para la seguridad o el orden público (categoría flexible y de apreciación subjetiva). Además, la Directiva incorpora una novedad digna de ser reseñada, al contemplar la posible concesión de permisos de trabajo a los estudiantes que, reuniendo los requisitos establecidos en ella, desean realizar una actividad económica mediante una autorización previa a la llegada al territorio comunitario.³⁹

Por otra parte, la UE persigue el establecimiento del Espacio Europeo de Investigación, para cuya realización se adoptó la segunda de las Directivas antes indicadas,⁴⁰ que persigue favorecer «la admisión y la movilidad de nacionales de terceros países a efectos de investigación para períodos superiores a tres meses». En ella se intenta favorecer el acceso a los EEMM de investigadores altamente cualificados en sus países

versión de Maastricht, dado que el Tratado de Ámsterdam aún no estaba en vigor— en el que se aportan unos índices para presumir que un matrimonio es fraudulento. La Instrucción de 31 de enero de 2006 de la Dirección General de Registros y del Notariado en España que regula los matrimonios fraudulentos (9 de mayo de 1995), establece el doble expediente matrimonial, fruto de cuya tramitación puede llegar a impedirse el matrimonio. Control preventivo más eficaz para identificar estos matrimonios, pero provoca una sanción mucho más dura que la recomendada por la UE (de dudosa validez con los tratados en materia de derechos humanos de los que es parte España) que lo resuelve con la terminación del permiso de residencia obtenido con fundamento en el matrimonio, pero sin afectar a la validez de este. Quizá en el caso español se tengan en mente las redes organizadas que promueven la celebración de matrimonios con remuneración económica.

³⁸ Es la Directiva 2004/114, del Consejo de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado, publicada en *DOUE* n° L 375, de 23 de diciembre de 2004.

³⁹ El artículo 17.1 de la Directiva así lo establece:

Al margen del tiempo de estudio, y con sujeción a las normas y requisitos aplicables a la actividad correspondiente en el Estado miembro de acogida, los estudiantes tendrán derecho a trabajar por cuenta ajena, y podrán tenerlo a ejercer una actividad económica por cuenta propia. Se tendrá en cuenta la situación del mercado laboral en dicho Estado miembro de acogida.

En caso necesario, los EEMM concederán una autorización previa a los estudiantes o a los empresarios, de conformidad con la legislación nacional

⁴⁰ Se trata de la Directiva 2005/71 del Consejo, de 12 de octubre de 2005, sobre admisión de investigadores nacionales de terceros Estados, publicada oficialmente en *DOUE* n° L 289, de 3 de noviembre de 2005.

de origen que no residan ya en un Estado miembro.⁴¹ La norma en cuestión facilita la admisión y residencia de los investigadores siempre que antes de proceder al desplazamiento con destino al territorio comunitario se haya celebrado un «convenio de acogida» con el organismo en el que se va a desarrollar la actividad investigadora. Por último, la posibilidad de otorgar permisos de residencia a los familiares del investigador se hace depender de la discrecionalidad de los EEMM.

Con relación a la migración económica, se ha avanzado muy poco. Ello a pesar de que en el Consejo Europeo de Salónica (junio 2003) se subrayaba la necesidad de establecer cauces legales para organizarla, siempre dentro de los límites impuestos por la capacidad de acogida de los EEMM. Poco después, en 2004, la Comisión adoptó el Libro verde que contiene el planteamiento de la UE sobre la gestión de la inmigración económica que, plantea la necesidad de establecer un marco común global sobre este sector concreto del fenómeno migratorio, con un alto grado de flexibilidad, junto con un instrumento (la denominada tarjeta azul) que facilite la contratación en origen de trabajadores altamente cualificados para cubrir los puestos vacantes en territorio comunitario.⁴² Con la tarjeta azul se persigue establecer un procedimiento común acelerado y flexible para la admisión de los interesados, además de perfilar unas condiciones de residencia y movilidad que resulten atractivas para ellos y para sus familiares. La propuesta pretende no solo permitir la entrada, la residencia y el acceso al mercado laboral de los titulares de esta tarjeta, sino también facilitar su movilidad en el interior de la UE.⁴³

Quizá, la crítica principal que puede formularse a esta Propuesta de Directiva es que, probablemente, la UE tenga necesidad de trabajadores altamente cualificados; pero los inmigrantes que, en la actualidad, están recibiendo en los EEMM carecen, en su mayoría, de cualquier cualificación. Para procurar la eficacia de las medidas a adoptar habría que intentar coordinar las necesidades comunitarias a la realidad de la migración irregular.

⁴¹ De acuerdo con la información publicada por la agencia EFE el día 22 de noviembre, España aún no ha transpuesto la Directiva, incurriendo en consecuencia en incumplimiento del Derecho Comunitario por ello.

⁴² El Proyecto de Directiva suscita dudas sobre el procedimiento de selección (al menos establecimiento de las bases necesarias de acuerdo para evitar disparidades innecesarias) y los criterios mínimos para ello. En la actualidad se está discutiendo ahora la propuesta de tarjeta azul o directiva europea (aún no aprobada por el Parlamento Europeo, previsiblemente en enero de 2009) sobre trabajadores altamente cualificados.

⁴³ Al preverse que tras un periodo de estancia y trabajo en un Estado miembro pueden desplazarse a otro para desempeñar el trabajo para el que se encuentra altamente cualificado, siempre que entre dentro de los cupos que el Estado en cuestión establezca al efecto, es decir, si el mercado laboral en cuestión precisa de ese tipo de trabajador.

4.3. Prevención y represión de la inmigración irregular o clandestina

La inmigración irregular ha protagonizado clarísimamente la acción comunitaria. Las medidas adoptadas para enfrentarla han sido esencialmente de carácter represivo y han resultado ineficaces para luchar contra el fenómeno, quizá porque han de ir necesariamente acompañadas de otras de carácter preventivo. La Comisión Europea lleva años promoviendo la adopción de una estrategia pluridisciplinar que suponga la acción en todos los Estados afectados por el fenómeno migratorio (sean de destino, origen o tránsito), a pesar de lo cual, los actos de los que disponemos para luchar contra la inmigración clandestina pertenecen subrayadamente a la categoría indicada en primer lugar (represivos) quizá porque son las más fáciles de adoptar, aunque resulten de dudosa eficacia.

Un instrumento que puede tener una inestimable utilidad desde la perspectiva comunitaria (tal y como promueve la Comisión) es la incorporación de la inmigración en las relaciones exteriores de la Comunidad.⁴⁴ Es imprescindible negociar la cooperación de los Estados de origen o tránsito de la inmigración, tanto desde una perspectiva preventiva como represora. En el primer sentido (cooperación preventiva), supone informar a los potenciales futuros inmigrantes irregulares de la situación real de quienes optan por la clandestinidad en el territorio comunitario, para que sean conscientes tanto de lo que van encontrar en su destino como de los peligros que entraña la relación con redes de tráfico de seres humanos. Esta cooperación logra una eficacia irregular debido a distintos motivos: 1) la eficacia de esta información se ve entorpecida en gran medida por la influencia de la imagen de lujo que transmiten los medios de comunicación o lo que escuchan de los amigos y/o familiares que emigraron antes; 2) la emigración tiene un innegable interés económico para el Estado de origen, no olvidemos la importancia y repercusión de las remesas sobre la creación de riqueza en el lugar del que partieron; 3) la utilización política de esa cooperación, en función de la calidad de las relaciones entre los Estados interesados en la cooperación, podrán extremarse o flexibilizarse los controles comprometidos.⁴⁵

Lo habitual, sin embargo, es la cooperación represiva basada fundamentalmente en el retorno —voluntario o forzoso— del inmigrante clandestino al lugar de origen o de tránsito. En la medida en que solo se puede expulsar a una persona a condición de que sea admitida en otro Estado y el único obligado a admitirnos es aquel del que somos nacionales, es imprescindible articular el retorno. Ello implica negociar con

⁴⁴ Integración que se indica como necesaria en la Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Laeken de 2001, puesto que el instrumento necesario para ello es el acuerdo internacional.

⁴⁵ Tomemos por ejemplo el caso español: cuando el Gobierno español anunció la visita de los Reyes de España a Ceuta y Melilla para los primeros días del mes de noviembre de 2007, los medios de comunicación apuntaron la flexibilización por parte de las autoridades marroquíes de los controles acordados en este punto.

los Estados de nacionalidad de los migrantes —que no siempre se puede determinar porque los afectados por la medida impiden la colaboración necesaria para ello— o de tránsito, acuerdos de readmisión por parte de la UE o la incorporación de cláusulas con este contenido en los acuerdos celebrados por la CE y los EEMM con los países terceros, utilizando para ello el fundamento que para estos efectos proporciona el Tratado de Ámsterdam.⁴⁶

Evidentemente, si queremos luchar eficazmente contra la inmigración irregular, hay que cooperar para que se superen las condiciones que originan esos desplazamientos humanos, dedicando gran parte de nuestros esfuerzos en la prevención de los flujos migratorios. Este resultado solo se logrará si nos comprometemos seriamente a luchar contra la pobreza y prevenir conflictos que provocan los desplazamientos. Se trata de una apuesta importante de la que solo se observará su eficacia muy a mediano y largo plazo, para lo que se precisan ideas novedosas (inundar los mercados con nuestros productos no pertenece a esta categoría) y evidentemente una financiación específica y de un volumen considerable. Las líneas en las que ha avanzado la normativa comunitaria, aunque la Comisión reitera la necesidad de un enfoque omnicompreensivo del fenómeno, se han reducido al reforzamiento de los controles en frontera y medidas puntuales de naturaleza represiva.

4.3.1. Reforzamiento de los controles en frontera

Una de las medidas imprescindibles para la lucha contra la inmigración clandestina es el reforzamiento de los controles en frontera y, en el ámbito de la UE, espacio sin fronteras interiores, hay que controlar especialmente el acceso desde el exterior al territorio comunitario, las denominadas fronteras exteriores. Es necesario reforzar los controles y la vigilancia fronteriza implantando un sistema integrado de gestión; además, para su eficacia es imprescindible perfeccionar la documentación exigida, incorporando técnicas biométricas tanto a los documentos de viaje (la digitalización, fotografía numérica...) como a los de residencia, con el objeto de evitar falsificaciones o manipulaciones de los originales. En todo caso observemos que, aunque el reforzamiento de los controles es una necesidad comunitaria, son las autoridades de los EEMM quienes lo materializan. Para asistir a los EEMM que presenten necesidades particulares en este punto, sea por la extensión de sus fronteras o por las dificultades

⁴⁶ Se han celebrado acuerdos de readmisión con algunos países (Rusia, Macao o Hong Kong —ambas regiones administrativas especiales de China—, Sri Lanka o Albania). La acción comunitaria en este sentido no es excluyente de la labor de los EEMM que, como España por ejemplo, cuentan con acuerdos con este objeto con Argelia, Guinea Bissau, Marruecos o Mauritania, entre otros. Con relación a los celebrados por España *vid.* FAJARDO, M.T. «Los acuerdos de readmisión de los inmigrantes en situación irregular celebrados por España». En F. Aldecoa y J.M. Sobrino. *Migraciones y desarrollo. II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales. Montevideo, 25, 26 y 27 de octubre de 2006*. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 87 y ss.

para controlarlas, se ha puesto en marcha un sistema de asistencia comunitaria, de naturaleza técnica y operacional, a disposición de aquellos miembros que lo soliciten.⁴⁷

En el empeño de luchar contra la inmigración ilegal se creó Frontex, la agencia europea para la gestión de la cooperación en las fronteras exteriores de los EEMM de la UE,⁴⁸ que tiene por objeto fortalecer la seguridad fronteriza garantizando la acción coordinada de los EEMM en la ejecución de medidas comunitarias relativas a la gestión de las fronteras exteriores.⁴⁹

4.3.2. Medidas concretas adoptadas contra la inmigración clandestina

Las medidas adoptadas para reprimir la inmigración clandestina conforman el capítulo en el que más se ha avanzado en Derecho Comunitario. Se han adoptado medidas para armonizar las sanciones nacionales —establecidas en la legislación de los EEMM— a los transportistas que trasladan al territorio comunitario a nacionales no comunitarios, con el objeto de implantar unas cuantías mínimas para estos comportamientos.⁵⁰ De modo que los transportistas han de devolver al lugar de procedencia a los nacionales de terceros Estados que acceden al territorio comunitario o, en su defecto —de ser imposible el cumplimiento de la obligación anterior—, de hacerse cargo de los gastos derivados de ese traslado, así como de los costes de estancia que fueran eventualmente necesarios. Además, las legislaciones de los EEMM han de incorporar un sistema sancionador disuasorio, efectivo y proporcionado a los transportistas a los que les resulten imputables estos comportamientos,⁵¹ pudiendo añadir a estas otras sanciones.

⁴⁷ Ello tras un análisis de los riesgos a efectuar por la Agencia Europea para la gestión de la cooperación operacional de las fronteras exteriores, debiendo actuar los expertos en el marco de esta agencia.

⁴⁸ Reglamento 2007/2004, del Consejo de 26 de octubre de 2004, publicado en *DOUE* n° L349, de 25 de noviembre de 2004.

⁴⁹ En concreto, Frontex está encargada de coordinar la cooperación operativa los EEMM en la gestión de las fronteras exteriores; ayudarlos en la formación de los guardias fronterizos, incluso estableciendo normas comunes de formación; analizar riesgos; realizar seguimientos de la evolución en materia de investigación relacionada con el control y la vigilancia de las fronteras exteriores; asistir a los EEMM en circunstancias que requieren un aumento de la asistencia técnica y operativa en aquellas; y proporcionarlos el apoyo necesario para organizar operaciones conjuntas de retorno.

⁵⁰ Se trata de la Directiva 2001/51 del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se intenta armonizar las sanciones pecuniarias establecidas en los EEMM para los transportistas que trasladan a nacionales extranjeros al territorio de los EEMM. Es una Directiva estrechamente relacionada con el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y, en concreto con su artículo 26. En ella participan (resulta oponible a) Reino Unido (porque así lo decidió), Islandia y Noruega (en su calidad de Estados partes en Schengen) pero no Irlanda.

⁵¹ Pudiéndose elegir entre multas por persona transportada clandestinamente o por acción con independencia del número de personas a las que afecte. En el primer caso se establece que el importe máximo de las sanciones no sea inferior a 5.000 € y el mínimo no sea inferior a 3.000 €, por persona transportada. En el segundo, la sanción a tanto alzado por cada infracción no puede ser inferior a 500.000 €. Estas sanciones son perfectamente compatibles con cualesquiera otras añadidas que pueda imponer cada uno de los EEMM para este tipo de comportamientos como la inmovilización del medio de transporte o la suspensión provisional o

El Derecho Comunitario obliga también a los transportistas a comunicar los datos de las personas transportadas⁵² con el propósito, según reza su artículo primero, de «mejorar los controles fronterizos y combatir la inmigración ilegal mediante la comunicación previa por los transportistas a las autoridades nacionales competentes de los datos de las personas transportadas». Para lograrlo, los EEMM han de adoptar las medidas necesarias para incorporar en sus legislaciones la obligación de los transportistas de presentar la información antes del embarque, cuando se lo exijan las autoridades del control fronterizo. En este punto, emerge el problema de la protección de los datos transmitidos, para cuya prevención —dado que la única finalidad de su transmisión está relacionada con la inmigración clandestina— se establece un límite máximo de conservación de 24 horas desde su recepción, transcurrido el cual inexcusablemente habrán de borrarse.⁵³

Junto a las dos Directivas anteriores (cronológicamente entre ambas) se adoptó una tercera para definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, y obligar a los EEMM a sancionar los comportamientos indicados en el título: la ayuda a las personas extracomunitarias en situación administrativa irregular y con ánimo de lucro, en su propósito de acceder al territorio de un Estado miembro, transitar por él o permanecer.⁵⁴ Los Estados conservan, en virtud de la misma Directiva, discrecionalidad para sancionar o no a quienes ayudan a los inmigrantes sin ánimo de lucro que, por ejemplo, en el ordenamiento español no se sanciona.

Junto con las medidas anteriores, también se ha avanzado en la cara más ingrata de la inmigración: la expulsión de los inmigrantes clandestinos. Así contamos con las bases necesarias para el reconocimiento mutuo entre los EEMM de las decisiones

retirada de la autorización de explotación. En España, la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (artículo 54.2.) considera el transporte de extranjeros en situación administrativa irregular hasta el territorio nacional una infracción muy grave que implica una sanción de entre 3.000 y 6.000 € por viajero transportado o 500.000 € si se aplica a tanto alzado. Acogiéndose, por tanto, a las cantidades mínimas establecidas al efecto por la normativa comunitaria.

⁵² En virtud de la Directiva 2004/82, del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas.

⁵³ En el capítulo de sanciones para los transportistas se establecen los mismos límites (mínimo no inferior a 3.000 € y máximo no inferior a 5.000 €) individuales establecidos en la Directiva de 2001. Igual que en aquel caso se trata de sanciones no excluyentes, por lo tanto, compatibles con cualesquiera otras que pudiera imponer el Estado miembro añadida a la multa. En España se establece la obligación de facilitar datos en relación con rutas concretas, consideradas puerta de entrada de la inmigración irregular, en virtud de la Resolución de las Secretarías de Estado de Seguridad, del Ministerio del Interior y de Inmigración y Emigración, del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, por la que se determinan las rutas sobre las que se establecen obligaciones de información por parte de las compañías, empresas de transportes o transportistas (publicada oficialmente en BOE 17 de febrero de 2007).

⁵⁴ Es la Directiva 2002/90 del Consejo, de 28 de noviembre de 2002. Contiene comportamientos que la Ley española de extranjería actualmente vigente tipifica, del mismo modo que los anteriores, como una infracción grave.

en materia de expulsión de nacionales no comunitarios,⁵⁵ con el objeto de dotar de una mayor eficacia a la ejecución de estas medidas. La Directiva persigue (no lo impone)⁵⁶ el reconocimiento de una decisión de expulsión adoptada por una autoridad competente de un Estado miembro contra un nacional de un tercer país que se encuentre en el territorio de otro distinto. Como consecuencia de la aplicación de los reconocimientos considerados, puede producirse algún desequilibrio financiero,⁵⁷ lo que resuelve el mismo texto con una abstracta obligación de compensación por parte de los Estados afectados de una forma u otra.⁵⁸ Para que los costes derivados de la expulsión se reduzcan se plantea la posibilidad de organizar vuelos conjuntos desde el territorio de más de un Estado miembro.⁵⁹

⁵⁵ Las que les proporciona la Directiva 2001/40 del Consejo, de 28 de mayo de 2001.

⁵⁶ La no imposición se desprende del artículo 6 del texto en el que se aportan dos datos a estos efectos: 1) la cooperación entre ambos Estados para aplicar la directiva; 2) el examen del Estado miembro en el que vaya a ejecutarse la decisión para comprobar que este comportamiento no se opone al Derecho Internacional ni al nacional.

⁵⁷ La Directiva en su artículo 7 se refiere específicamente al desequilibrio financiero que pueda resultar de la aplicación de la directiva cuando no pueda realizarse la expulsión a cargo del nacional o nacionales de un país tercero del que se trate.

⁵⁸ Dada escasez de la previsión, en 2004 (el 23 de febrero) el Consejo adoptó una Decisión (2004/191) que contiene los criterios y modalidades prácticas para la compensación de los desequilibrios financieros resultantes de la aplicación de la Directiva 2001/40, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de los nacionales de terceros países. La Decisión adopta como punto de partida la Directiva, hasta el punto que su artículo 2 reitera textualmente el artículo 7 de aquella, para establecer el procedimiento a seguir que comienza con la previa petición del Estado miembro que haya ejecutado la orden de expulsión, indicando al efecto qué costes resultan computables a estos efectos (transporte, administrativos, dietas y alojamiento de escoltas, alojamiento del repatriado y gastos médicos), pudiéndose añadir a estos otros acordados por los EEMM afectados. Además, se establece la forma de presentación de la solicitud (por escrito junto con los justificantes de los gastos), plazo de presentación (el Estado podrá rechazar las planteadas una vez transcurrido un año desde la ejecución), autoridad receptora de la solicitud (punto de contacto nacional a efectos de la aplicación de la Decisión, que deberán conocer los otros EEMM), así como la irretroactividad de la aplicación del procedimiento establecido, solo para las decisiones de ejecución dictadas desde la vigencia de la Decisión.

⁵⁹ Con este objeto se adoptó la Decisión del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión desde el territorio de dos o más EEMM, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión. Para ello se establece la existencia de un Estado organizador del vuelo conjunto y de Estados participantes. Al primero (artículo 4) le corresponde adoptar las medidas necesarias para garantizar la normalidad en el desarrollo de esos vuelos, seleccionando los transportistas, obteniendo las autorizaciones de los países de tránsito y destino, definir los detalles y procedimientos de la operación, determinar —de acuerdo con los Estados participantes— el número de escoltas en relación con el número de expulsados que han de participar [...] celebrar acuerdos financieros con los Estados participantes, para financiar los gastos derivados del vuelo conjunto, entre otros. Los participantes (artículo 5) tienen que informar de su intención al Estado organización informando del número de nacionales de terceros países que han de ser expulsados desde su territorio y proporcionar los escoltas necesarios para cada expulsado. También existen tareas conjuntas (artículo 6).

4.3.3. Conocimiento de la magnitud del fenómeno migratorio

El conocimiento real de la magnitud de la inmigración clandestina es un elemento determinante para poder enfrentarlo; por ello la UE ha adoptado diferentes iniciativas con objeto de proporcionar información real: se ha creado una red de funcionarios de enlace de inmigración⁶⁰ y otra europea de migración, además de establecerse un mecanismo de información mutua sobre las medidas de los EEMM en materia de asilo e inmigración.

Con relación a la primera, los funcionarios de enlace de inmigración deben recopilar cuanta información (operativa o estratégica) resulte de utilidad, asistir a los otros EEMM en la determinación de la identidad de nacionales de terceros países para facilitar su devolución al país de origen. Estos funcionarios de enlace han de trabajar de forma coordinada con los de los demás EEMM, pudiendo acordar (bilateral o multilateralmente) que los destinados en un tercer país o en una organización internacional velen por los intereses de uno o varios de ellos.⁶¹ Al final de cada semestre, la Comisión ha de redactar un informe sobre la situación de los terceros Estados en los que haya destinados funcionarios de enlace de los EEMM y presentarlo al Consejo, junto con las propuestas y recomendaciones que considere oportunas.⁶²

En 2008 se ha creado la Red Europea de Migración (REM)⁶³ con el objeto de recabar datos objetivos, fiables y actualizados sobre la migración, evitando la duplicidad del trabajo.⁶⁴ Su tarea se reduce a proporcionar a los Estados y las instituciones comunitarias información «objetiva, fiable y comparable sobre la migración y el asilo, con el objeto de apoyar la elaboración de políticas en la Unión Europea en estos ámbitos»

⁶⁰ Es el Reglamento n° 377/2004 del Consejo, de 19 de febrero de 2004, sobre la creación de una red de funcionarios de enlace de inmigración, publicado en *DOUE* n° L 64, de 2 de marzo de 2004. Los funcionarios de enlace de inmigración son los que se ocupan de la inmigración tanto en el territorio del que son nacionales como los destinados a consulados nacionales de los EEMM en terceros países, a organismos pertinentes de otros EEMM o a organismos competentes de terceros Estados y organizaciones internacionales (artículo 1).

⁶¹ Cuando se les destina en comisión de servicios ha de informarse al Consejo, a la Comisión y al Estado receptor, junto con una descripción de las labores que ha de realizar.

⁶² Sobre la base que le proporciona el informe elaborado por la Presidencia del Consejo Europeo, al final de cada semestre para dar cuenta de las tareas desarrolladas por las redes de funcionarios de enlace en las que tenga un representante y lo remite al Consejo y a la Comisión. Existe un modelo de informe adoptado por la Decisión de la Comisión de 29 de septiembre de 2005 relativa precisamente al modelo de informe sobre las actividades de las redes de funcionarios de enlace de inmigración y sobre la situación de la inmigración ilegal en el país anfitrión, publicado en *DOUE* n° L 264, de 8 de octubre de 2005.

⁶³ Es la Decisión 2008/381, de 14 de mayo, del Consejo por la que se crea una Red Europea de Migración, publicada en *DOUE* n° L 131, de 21 de mayo de 2008.

⁶⁴ La REM está formada por los puntos de contacto nacionales, que es la entidad designada como tal por cada uno de los EEMM que ha de estar formada por expertos técnicos en materia de inmigración y asilo (artículo 5) y la Comisión, institución responsable de la coordinación del trabajo de la REM, además de garantizar que este refleja las prioridades políticas comunitarias en la materia (artículo 6).

(artículo 2.2), además de facilitar información en la materia al público general (artículo 1.3).

Se ha establecido también un mecanismo de información mutua sobre las medidas proyectadas o adoptadas recientemente por los EEMM en materia de asilo e inmigración⁶⁵ y que sean susceptibles de producir un impacto significativo en varios EEMM o en el conjunto de la UE (artículo 1). La Decisión que establece este mecanismo obliga a facilitar inmediatamente a los demás EEMM y a la Comisión Europea⁶⁶ la información indicada, facultando a cualquiera de sus destinatarios a solicitar su ampliación (información adicional). En todo caso, la reacción de los EEMM interesados en esas medidas se encuentra muy limitada, dado que ni siquiera se contempla la posibilidad de expresar su opinión al respecto al Estado que remite la información.

En este apartado se materializa claramente que quienes conservan la competencia en materia de inmigración son los EEMM, en su calidad de Estados soberanos, lo que especialmente se visualiza en lo que se refiere a la prevención y represión de la inmigración clandestina.

4.3.4. *La lucha contra la trata de seres humanos*

Uno de los problemas estrechamente relacionado con el de la inmigración ilegal es la trata de seres humanos, del que son víctimas especialmente las mujeres. No podemos olvidar que, en muchas ocasiones, las redes organizadas captan a posibles migrantes que introducen clandestinamente en el territorio comunitario, facilitándoles tanto el cumplimiento de los requisitos establecidos para el acceso de turistas,⁶⁷ como las rutas menos controladas. A cambio obtienen beneficios económicos considerables que, en unos casos, se han de hacer efectivos antes de emprender viaje, mientras en otros admiten el pago aplazado, una vez alcanzado el territorio deseado.

Sin embargo, se han detectado supuestos en los que la infracción de las normas de acceso van acompañadas del engaño a los migrantes, especialmente del género feme-

⁶⁵ Mecanismo establecido mediante la Decisión 2006/688, del Consejo de 5 de octubre, publicado en *DOCE* n° L 283, de 14 de octubre de 2006.

⁶⁶ La Comisión tiene la obligación de realizar anualmente un informe que contenga sintéticamente la información pertinente que le haya sido transmitida por los Estados.

⁶⁷ Que, en el caso español, se reducen de conformidad con lo establecido en el artículo 25.1 de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social al acceso por puestos habilitados para estos efectos además de poseer un pasaporte o documento válido de viaje que acredite su identidad y no estar sujeto a prohibiciones expresas de acceso, debiendo además acreditar, mediante los documentos reglamentariamente «el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios». Con relación a la documentación de viaje, ha de tenerse en cuenta que el apartado segundo del mismo precepto legal establece que, salvo excepciones previstas en la normativa española o comunitaria, se precisará también un visado.

nino, a las que captan para prestar servicios en diversos sectores de la actividad económica, cuando en realidad su destino es la prostitución en régimen de semiesclavitud. Estas situaciones son objeto de preocupación en la Unión Europea, que ha adoptado acciones en la materia.⁶⁸ La primera en adaptarse en el tiempo es la Decisión Marco relativa a la lucha contra la trata de seres humanos con fines de explotación laboral o sexual,⁶⁹ en virtud de la cual los Estados están obligados a adoptar cuantas medidas consideren necesarias para garantizar la previsión y aplicación de sanciones efectivas, proporcionales y disuasorias para las infracciones relacionadas con la trata de seres humanos con fines de explotación laboral o sexual (especialmente cuando tengan como víctimas a menores de 18 años).⁷⁰ Con esta Decisión se persigue, por una parte, aproximar los ordenamientos de los EEMM en la materia, especialmente en los aspectos relacionados con la cooperación policial y judicial en el ámbito penal; y, por otra, sentar las bases para unificar en el territorio comunitario tanto la tipificación penal de los delitos relacionados con la trata de seres humanos con fines de explotación laboral o sexual, las sanciones correspondientes, circunstancias agravantes, competencia o extradición. Ambos aspectos resultan esenciales para conseguir reprimir este tipo de comportamientos de criminales sin escrúpulos que se lucran de la necesidad y el dolor ajenos.

Concedores de que la existencia de sanciones sobre quienes se benefician de la trata de seres humanos no repercute positivamente sobre las víctimas del delito,⁷¹ se adoptó la Directiva relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades

⁶⁸ Este tema en cuestión, la trata de seres humanos, se ha trabajado en el seno comunitario desde el Consejo de Tampere, celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999, ocasión en la que se hizo una llamada para prevenir todo tipo de trata de seres humanos. Obsérvese que el Consejo de Tampere se consagra a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la UE y es precisamente en este contexto en el que se realiza el llamamiento anterior. La trata de seres humanos, se contempla dentro del apartado dedicado a la gestión de los flujos económicos y en este punto se insiste en la «adopción de disposiciones legislativas que prevean sanciones severas para esta forma grave de criminalidad [...] En colaboración con Europol, los EEMM deberían concentrar sus esfuerzos en la detección y desmantelamiento de redes criminales. Los derechos de las víctimas de estas prácticas deberán garantizarse, con especial interés en los problemas particulares a los que se enfrentan las mujeres y los niños».

⁶⁹ Se trata de la Decisión Marco 2002/629 del Consejo, de 19 de julio de 2002

⁷⁰ Sanciones que han de preverse no solo en relación con los comportamientos directos que produzcan ese resultado, sino también para los indirectos, entendiéndose por tales la inducción, la complicidad y la tentativa. Incluso, en algunos supuestos se impone una sanción mínima (penas privativas de libertad no inferior a ocho años) que habrá de incorporarse obligatoriamente en la legislación interna de los EEMM como tal (como mínimo) cuando por ejemplo, se ponga en peligro de forma deliberada o por grave negligencia la vida de la víctima (es el caso previsto en el artículo 3.2).

⁷¹ Aunque las personas que quieran acogerse a las disposiciones de la Directiva hayan accedido al territorio en cuestión de forma irregular, como es el caso de la mayoría de quienes pueden acogerse a esta Directiva.

competentes.⁷² Este acto comunitario incorpora un doble régimen en función de la categoría a la que corresponda el cooperante, al establecer la obligación de aplicar su contenido con relación a las víctimas de delitos relacionados con la trata de seres humanos, facultando a los EEMM a hacerlo a quienes han sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal. Los Estados habrán de conceder un permiso de residencia a las víctimas de la trata de seres humanos, permitiéndoles la definición de las condiciones en las que se autorizará a los titulares de aquellos a acceder al mercado de trabajo. Obsérvese en este punto la dificultad derivada de esta regulación, dado que la Directiva favorece la concesión de la autorización inicial (temporal) para residir pero no de su continuidad, puesto que la renovación de la residencia, salvo para los rentistas, se hace depender de la vigencia de un contrato laboral que permita la subsistencia y, en consecuencia, del mercado laboral del Estado en cuestión (poco halagüeñas en épocas de crisis o recesión, como la actual) y de la suerte del propio trabajador. Ello salvo que las autoridades del Estado en el que está autorizado para residir consideren conveniente la permanencia de la persona en cuestión, debido a la relevancia de su cooperación para proseguir las investigaciones o acciones judiciales frente a los delitos que fundamentan su permiso de residencia, en cuyo caso podrán renovarlo aunque no se cumplan los requisitos establecidos con carácter general para ello. Por el contrario, si las condiciones que motivaron la concesión de la autorización para residir dejan de cumplirse, podrá retirarse o no renovarse.⁷³ Por lo demás, la Directiva contiene un estatuto mínimo aplicable a las víctimas de los delitos a los que se refiere que los Estados han de respetar en sus legislaciones internas, pudiendo elevar la protección a la víctima pero nunca reducirla.

La regulación contiene aspectos criticables, entre ellos destaca que con ella no se pretende proteger a las víctimas de este tipo de delitos en tanto que colectivo, sino tan solo a aquellas que se encuentren dispuestas a colaborar. Ciertamente se les facilita un permiso de residencia inicial para que consigan un permiso de trabajo y puedan regularizar su estancia en el territorio comunitario, pero concluido este y si no se ha logrado el ansiado contrato laboral, se encuentran nuevamente en una situación de irregularidad. Por otra parte, la renovación del permiso inicial (en ausencia de los requisitos generales establecidos para ello) depende de la aplicación de un criterio utilitarista: la consideración de las autoridades de la relevancia de la colaboración de la víctima en las investigaciones en la materia. También podría criticarse la aplicación de

⁷² Es la Directiva 2004/81 del Consejo de 29 de abril, publicada en DOUE n° L 261, de 6 de agosto de 2004.

⁷³ En virtud de los artículos 13 y 14 de la Directiva. También se ha creado un grupo consultivo denominado «Grupo de expertos en la trata de seres humanos», con el objeto de proporcionar información y formular recomendaciones a la Comisión a iniciativa propia en aplicación de la Decisión 2003/209 de la Comisión.

los derechos contenidos en la Directiva a las víctimas menores de edad, contemplada como una facultad de los EEMM, dependiendo de lo que establezcan a este respecto, sus ordenamientos internos. Partimos del convencimiento de que los menores de edad requieren una mayor protección que los adultos; sin embargo, no podemos olvidar que sobre este supuesto inciden otras cuestiones como el supremo beneficio del menor, la unidad familiar o la tutela. En consecuencia, la ausencia de una obligación estatal de conceder un permiso de residencia individual a los menores no implica necesariamente una reducción en la protección. Recordemos que los menores no acompañados suelen esperar la mayoría de edad en centros tutelados, lo que no beneficia la formación del menor cuyo futuro puede ser mejor en el lugar en el que se encuentren sus progenitores. Por tanto y, en consecuencia, los Estados deberán aplicar sus respectivas legislaciones que han de tener como único (e ideal) horizonte el bienestar del menor. Aunque el ideal se cumpliera, debería haberse añadido alguna disposición concreta en relación con el incremento de la protección que merecen estas personas más vulnerables. Nuevamente la disparidad de los ordenamientos nacionales requiere, en este punto más que en cualquier otro, el establecimiento de las bases necesarias para su aproximación con el objeto claro de procurar la mayor protección a los menores.

4.3.5. Líneas de acción comunitaria en la actualidad

En la actualidad se está trabajando en diferentes líneas, algunas de las cuales son de especial interés para España, como el control de la inmigración marítima⁷⁴ que, debido a la cercanía a las costas africanas y al flujo de migrantes que alcanzan nuestras costas (no interesa tanto aquí el número como las condiciones en las que se realiza) resulta especialmente penosa en el caso de los cayucos (las infraembarcaciones utilizadas por inmigrantes magrebíes y subsaharianos) y nos afecta especialmente (aunque no de forma exclusiva). Es preciso adoptar medidas específicas para prevenir y reprimir la inmigración marítima que deja más vidas por el camino de las que consiguen alcanzar el territorio soñado, esta concepción ha de realizarse con el más escrupuloso respeto y garantía de los derechos humanos de los inmigrantes. La migración marítima no es novedosa, de hecho los grandes flujos migratorios desde el siglo XV se han producido por este medio. En el ámbito comunitario, ya en 2000, se contemplaba en el plan de acción contra la inmigración ilegal adoptado con fundamento en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen (artículo 132),⁷⁵ en el que se decidía intensificar los controles fronterizos y la vigilancia «mediante un despliegue

⁷⁴ En 2006 España ha sido el principal Estado destinatario de este tipo de inmigración con 17.058 personas en el primer semestre, frente a los 14.567 de Italia. El número de llegadas se amplía si tenemos en cuenta que en 2005 se detectaron 11.781 arribadas a España y 22.939 a Italia. Recordemos en todo caso, que se trata de estadísticas sobre arribadas detectadas.

⁷⁵ Es la Decisión 2000/2452 43, publicada en *DOUE* n° L 239, de 22 de septiembre.

apropiado de patrullas móviles de las fronteras terrestres y marítimas fuera de los puestos fronterizos autorizados y en sus inmediaciones, especialmente de los tramos fronterizos afectados por la inmigración ilegal». Con este empeño, la Comunidad ha estudiado la utilidad que pudieran prestar los instrumentos de Derecho Internacional existentes en relación con la inmigración clandestina por vía marítima, ordenamiento del que puede derivarse la obligación de los EEMM de intervenir contra los navíos que transportan inmigrantes irregulares que, al estar realizando esta actividad ilícita, carecen de titularidad del derecho de paso inocente por el mar territorial.⁷⁶ Por otra parte, en la medida en que el mar territorial forma parte del territorio estatal, sería posible desplazar el control fronterizo hasta allá, pudiendo colaborar en ello Frontex, con el objeto de optimizar sus capacidades.⁷⁷

Por otra parte, si se trata de utilizar los instrumentos que nos proporciona el Derecho Internacional General, los EEMM, deberían considerar la adhesión al Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, adicional a la Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad transnacional organizada que establece el derecho de visita a los buques sobre los que exista la sospecha de que transporta inmigrantes clandestinos y la cooperación de los Estados partes para su represión.⁷⁸ Claro que para su aplicación habría que definir un correcto *modus operandi* de la intercepción de embarcaciones que transportan o que se sospecha transportan inmigrantes ilegales a la UE. Recordemos que los inmigrantes normalmente intentan alcanzar las costas europeas en embarcaciones poco seguras, por lo que para garantizar su seguridad es imprescindible establecer criterios para determinar, una vez detectado un cayuco en el mar, en qué puerto desembarcará tras un salvamento en el mar o qué hacer tras la intercepción de un buque en peligro que transporta a inmigrantes irregulares con destino a un Estado miembro.

⁷⁶ Este control fronterizo ha de conjugarse con la obligación de socorro y asistencia a las personas y navíos que se encuentran en una situación de peligro en el mar. En este sentido, el artículo 8 del Convenio sobre la búsqueda y salvamento marítimo celebrado en Londres en 1989, establece la obligación de trasladar a un lugar seguro a los encontrados en peligro en el mar.

⁷⁷ La Comisión promueve la optimización de las capacidades de Frontex, junto con la implantación de nuevas herramientas para la próxima generación de gestión integrada de fronteras, entre otros mediante: (1) la creación de una red de patrullas costeras para las fronteras exteriores marítimas, que permitiría a los EEMM coordinar sus regímenes de patrulla y poner en común sus activos civiles y militares e intercambiar información estratégica y táctica en tiempo real. Red que debería ser creada y gestionada por Frontex; (2) la mejora de la capacidad para tratar flujos migratorios, especialmente la ayuda operativa rápida; (3) la maximización del uso de los medios financieros de la Comunidad Europea, debiendo utilizarse el presupuesto de Frontex se utilizará para financiar operaciones conjuntas y proyectos experimentales con los EEMM en las fronteras exteriores, incluida la creación de una red de patrullas regionales.

⁷⁸ En la medida en que la Convención de Naciones Unidas y el Protocolo inciden sobre ámbitos materiales sometidos a la competencia estatal, la Comunidad únicamente puede invitar a los EEMM a considerar su participación.

En toda la lucha contra la inmigración clandestina, no solo la marítima, existe una pieza clave que no siempre funciona correctamente, se trata de la cooperación con los Estados origen del desplazamiento o que se utiliza como último punto de tránsito antes de alcanzar el territorio comunitario. La cooperación es imprescindible especialmente para identificar a sus nacionales y admitir a los retornados, pero puede y debe tener otras finalidades. Es evidente que la más utilizada hasta ahora ha sido la vertiente represora, la que promueve la cooperación de las autoridades de los Estados implicados para prevenir y reprimir la salida o paso de flujos migratorios: patrullas comunes, operaciones de vigilancia y refuerzo de la capacidad de intervención. Sin embargo, la eficacia de la cooperación para la prevención (*vid. supra* epígrafe 4.3) emerge como un instrumento imprescindible en este empeño. De todos modos, en la medida en que para ello se precisa el compromiso en firme de los Estados afectados de una forma u otra por el flujo migratorio, debería articularse dentro de las relaciones exteriores de la UE. En este sentido y desde hace tiempo se elevan voces indicando la pertinencia de la integración parcial de la inmigración clandestina en aquella ubicación, porque en ese contexto pueden elaborarse los instrumentos más eficaces para enfrentarla: los tratados internacionales.

Otra de las líneas actuales de trabajo de la UE es la política de retorno materializada en la polémica propuesta de Directiva aprobada en junio de 2008 por el Parlamento Europeo.⁷⁹ Se trata de un documento que pretende establecer un procedimiento común para la repatriación de las personas que permanezcan de forma ilegal en algún Estado miembro, imponiendo estándares mínimos de protección a todos ellos. Sin embargo, la lectura de la propuesta suscita serias dudas sobre la compatibilidad de su contenido con el respeto de los derechos y libertades fundamentales de las personas objeto de la aplicación del procedimiento considerado y, de forma muy especial, de los menores. Junto con ello contiene algunos aspectos positivos como el intento de incentivar el retorno voluntario de quienes se encuentren en situación de clandestinidad (levantando la prohibición de reentrada que tiene aparejada la ejecución forzosa) que, en la práctica actual, no tiene demasiado éxito si nos atenemos a los datos disponibles.⁸⁰ La orden de retorno que no se ejecuta voluntariamente, implicará sin excepciones la prohibición de volver a entrar en cualquier Estado miembro

⁷⁹ Se trata de una propuesta adoptada por la Comisión en 2005, con la que se pretende responder a una demanda específica del Programa de La Haya, adoptado por el Consejo Europeo en noviembre de 2004. Está previsto que la Directiva esté en vigor en 2010.

⁸⁰ *Vid.* en el sentido indicado en el texto el artículo 7 de la propuesta. En realidad, al encontrarnos en un ámbito de clandestinidad, es imposible conocer cifras ciertas la incidencia real del retorno. Contamos con datos facilitados por la Comisión Europea, no demasiado recientes, acerca de las repatriaciones producidas en 2004, cuando se adoptaron 650.000 decisiones de expulsión, ejecutándose 164.000 repatriaciones forzosas y 48.000 voluntarias, quedando por tanto sin ejecutar 438.000, algo más del 67% de las adoptadas.

de la UE (no solo a aquel que emitió la orden de expulsión) por un plazo máximo de cinco años.⁸¹

Otros aspectos positivos de la Propuesta de Directiva se encuentran en la obligación de los EEMM de proporcionar asistencia legal gratuita a inmigrantes irregulares sin recursos, o el compromiso de no repatriar a aquellas personas cuya vida o libertad puedan estar amenazadas como consecuencia de la devolución. Sin embargo, para la aplicación de un criterio uniforme en todos los EEMM (sobre la no devolución en esos casos) resulta preceptiva la confección de un listado de países seguros a estos efectos, tarea encomendada conjuntamente al Parlamento Europeo y al Consejo.

La Propuesta de Directiva puede criticarse principalmente por dos ámbitos materiales concretos: de una parte, la repercusión sobre los menores y su posible contradicción con las normas que perfilan el estatuto jurídico de los niños; y, de otra, las disposiciones referidas al internamiento. Con relación a los niños, la previsión más discutible es la que permite repatriar a menores no acompañados «cuando sus familias o un centro de acogida se ocupen de ellos a su llegada» (artículo 15 bis). Con la devolución de los menores se promueve la reunión con sus padres, tal y como establece el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los mismos que les permitieron marchar o, incluso en otros casos, los convencieron para ello.⁸² En la mayoría de las ocasiones estas devoluciones van seguidas de nuevos intentos de acceder al territorio del que han sido expulsados. Su internamiento educativo en instituciones del Estado al que inmigraron clandestinamente también se muestra ineficaz, en la medida en que el objeto de su desplazamiento es el sostenimiento económico de la familia que permanece en origen, por lo que las huidas de estos centros son, desafortunadamente, demasiado frecuentes.

Las medidas de internamiento presentan más aristas ya que se prevé la posibilidad de que el internamiento sea consecuencia de una orden dictada por una autoridad administrativa (validándose posteriormente por la judicial, aunque sin que se haya establecido límite máximo para ello) y pueda extenderse hasta seis meses, ampliables por doce meses más (siempre que «haya argumentos fundados para creer que hay riesgo de fuga y no sea suficiente aplicar medidas menos coercitivas» y el juez así lo decida), es decir, por un máximo de 18 meses en total. De todos modos, aunque nos parezca a todas luces un periodo excesivamente dilatado, obsérvese que se trata de establecer plazos máximos para ello (que no podrán ampliarse), criticables por su am-

⁸¹ En España el alcance de la prohibición se encuentra entre los tres y los diez años, en virtud del artículo 58.1 de la Ley Orgánica de extranjería actualmente vigente.

⁸² Observemos, por lo demás, que el Estado de origen también vulnera la Convención sobre los Derechos del niño, por su responsabilidad derivada de la falta de diligencia en la aplicación de medidas que impidan el traslado ilícito de los menores al extranjero (artículo 11).

plitud, puesto que a la hora de intentar armonizar no se ha perseguido el interés del inmigrante que se encuentra en esta situación, sino el mantenimiento de los periodos establecidos para el internamiento en los ordenamientos de los EEMM, respondiendo el máximo establecido a la legislación de Malta. En España ese segmento temporal no puede superar los cuarenta días aunque, según el Ministerio del Interior, es un plazo excesivamente breve que provoca que, tras pasar el internamiento establecido sin haber podido enviar a quienes lo cumplen a sus Estados de origen, se abran para ellos las puertas de los establecimientos en los que se encuentran para engrosar el número de inmigrantes clandestinos.

Lo más reciente, sin embargo, ha quedado oculto por la crisis económica ante cuyos inicios nos encontramos. La aprobación del Pacto Europeo sobre inmigración y asilo ocupaba un lugar central en la agenda del Consejo Europeo celebrado en Bruselas los días 15 y 16 de octubre de 2008, hasta que las turbias aguas de la crisis lo relegaron a un puesto sombrío. El Pacto es muy importante porque sienta las bases de una política comunitaria en materia de inmigración, incorporando unos principios políticos orientadores de las políticas migratorias nacionales y de la UE junto con las «orientaciones estratégicas que deberán aplicarse para materializarlos», además de cinco compromisos políticos, por lo demás, conocidos. Lo importante no es tanto el contenido (nada novedoso), como el compromiso político, pero compromiso al fin de: (1) Organizar la inmigración legal teniendo en cuenta prioridades, necesidades y capacidades de recepción determinadas por cada Estado miembro y favorecer la integración; (2) luchar contra la inmigración irregular, en particular garantizando el retorno a su país de origen o a un país de tránsito de los extranjeros en situación irregular; (3) reforzar la eficacia de los controles fronterizos; (4) construir una Europa del asilo; (5) crear una colaboración global con los países de origen y tránsito que favorezca las sinergias entre migraciones y desarrollo. La adopción del Pacto es demasiado reciente como para poder aventurar sus posibles resultados, hay que esperar para observar sus frutos.

5. Conclusiones

En primer lugar, observemos que la competencia en materia de inmigración la conservan los EEMM que las van cediendo, con reticencias, en beneficio de la UE quien, hasta el momento, en los ámbitos más preocupantes derivados de este fenómeno ha comenzado por adoptar normas comunitarias con las que se pretende armonizar las legislaciones de los EEMM en lo que se refiere al establecimiento de un estándar mínimo de protección del migrante.

Por otra parte, en las páginas que anteceden se advierte nítidamente que el principal interés de la UE en esta materia es la represión de la inmigración clandestina. En la actualidad, el mantenimiento de altas tasas de inmigración unido a la crisis económica puede conducirnos a un incremento considerable de conflictividad social. Ello se explica en la medida en que normalmente se reduce la financiación imprescindible para la implantación o mantenimiento de medidas eficaces para la integración, tanto de los migrantes como de las generaciones subsiguientes. Estas nuevas generaciones, carentes del aliciente que impulsó a sus progenitores al desplazamiento, no cuentan con la perspectiva y la ilusión de aquellos y no siempre se conforman con el futuro que les espera en un lugar al que no sienten pertenecer.

En lo que se refiere a la migración clandestina, en la actualidad hay unas líneas de acción descartadas en el ámbito comunitario por su dudosa eficacia; es el caso de las regularizaciones masivas que, si bien pueden ser una vía de solución cuando un Estado cuenta con importantes bolsas de inmigración irregular trabajando clandestinamente, pero generan unos problemas de difícil solución por el efecto llamada de ellas derivado. En consecuencia, hay desplazamientos informados de la clandestinidad, conocedores de incrementar la bolsa de irregularidad pendiente que tan solo esperan a que esta sea inabarcable para que el gobierno de turno prepare una nueva regularización masiva. Este instrumento despierta además el recelo del resto de los EEMM de la UE, especialmente por las repercusiones que puedan derivar de esas medidas para un espacio sin fronteras interiores. De ahí que la regularización masiva emprendida por España en 2005 fuera criticada por la mayoría de nuestros socios comunitarios.

Por lo demás, la UE se ha centrado en la represión de la inmigración clandestina y en negar cauces legales para la migración económica. Probablemente, si no se hubiera puesto tanto esfuerzo en este último punto, de haberse propiciado cauces para facilitar la contratación en origen de los inmigrantes con el objeto de cubrir las plazas para las que no existen candidatos comunitarios, al menos parte de la inmigración se habría producido de forma ordenada.

Sin embargo, las medidas represivas adoptadas no han conseguido enfrentar una asignatura pendiente que tendría más eficacia que las hasta ahora emprendidas. Si la mayoría de los inmigrantes que acceden al territorio comunitario lo hacen para trabajar y la realidad es que, en su inmensa mayoría, encuentran un puesto ya sea en el campo, hostelería, servicio doméstico, sector textil, etcétera, con un salario inferior al que percibiría un trabajador regular y sin costes sociales, debería considerarse de una vez por todas a los empresarios que se benefician de esa clandestinidad. Observemos que la inmigración clandestina trabaja ilegalmente, el empleador que ahorra esos

costes puede producir a precios con los que no puedan competir las empresas que emplean trabajadores regulares y ello que repercute en el funcionamiento del mercado interior. A pesar de la importancia de este elemento, no se ha avanzado como se debería: imponiendo sanciones a los empresarios que contratan mano de obra ilegal. El ideal sería establecer un mínimo comunitario en relación con estas sanciones, de modo que se aproximara el aparato sancionador en todo el territorio comunitario; pero de momento esta posibilidad no se ha materializado, aunque contamos con una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y de la Comisión al efecto que ha carecido de recorrido posterior. La ausencia de sanciones a empresarios, el sector que más se beneficia de la mano de obra clandestina, en el fondo supone el reconocimiento —traducido en tolerancia— de la existencia de la migración clandestina y de su significado económico —que puede traducirse en la relevancia y repercusión en el crecimiento económico estatal—.

En todo caso, para que las medidas preventivas y represivas de la migración clandestina produzcan algún resultado es imprescindible que vayan acompañadas de un aparato de financiación cuando menos suficiente. Es cierto que no todos los EEMM soportan la misma presión migratoria y que unos han de sufragar los costes derivados tanto de la vigilancia de las fronteras exteriores como de las consecuencias derivadas de su situación fronteriza. En este punto, dada la necesidad de la eficacia de esa acción fronteriza para toda la UE, procede incrementar la cooperación comunitaria en relación con estos Estados. La UE ha avanzado algunas iniciativas al respecto, es el caso del Fondo Europeo para la Integración de Nacionales de terceros países para el periodo 2007-2013, como parte del Programa General «Solidaridad y gestión de los flujos migratorios»⁸³, el Programa de asistencia técnica y financiera a favor de los países no comunitarios en los ámbitos de la migración y el asilo (ANEAS), adoptado por el Parlamento Europeo y el Consejo en 2004, que contempla programas plurianuales (2004-2008 y 2008-2013) a estos efectos, o los fondos destinados a reforzar los controles en frontera para quienes poseyendo los suficientes medios técnicos y operacionales requieran financiación para procurar la eficacia de su acción.⁸⁴

A pesar de que podamos contemplar algunas medidas como instrumentos eficaces para prevenir y reprimir la inmigración clandestina, no nos engañemos, los remedios milagrosos no existen porque la desesperación humana, en muchas ocasiones, es consecuencia de catástrofes naturales o políticas que generan hambrunas y situaciones que impulsan a la emigración para procurar un futuro mejor. Si no existen cauces

⁸³ Es la Decisión del Consejo 2007/435, de 25 de junio de 2007, publicada oficialmente en *DOUE* n° L 168, de 28 de junio de 2007.

⁸⁴ Fondos creados por la Decisión 574/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, y aplicada por la Decisión 2007/599, publicada en *DOUE* n° L233, de 5 de septiembre de 2007.

legales para ello, o los requisitos de los que se hace depender su viabilidad son difíciles o farragosos, la desesperación impulsa a acudir al camino más rápido a nuestro alcance aunque sea ilegal, o incluso aunque sepamos que nos puede costar la vida. Frente a ello, la UE erigida en defensora de los Derechos Humanos —incorporando cláusulas de condicionalidad en los acuerdos que celebra con Estados no miembros, en virtud de las cuales hace depender la ayuda al desarrollo del cumplimiento de esta categoría de derechos— debería ser receptiva a las necesidades en este punto que son una vía para la prevención de los desplazamientos irregulares.

En relación con lo anterior, no olvidemos que la migración clandestina solo desaparecerá si previamente lo hace los motivos que originan el desplazamiento y debemos luchar contra ellos. Esta es una cuestión muy complicada, dado que las soluciones son de muy compleja aplicación y, especialmente, demasiado caras, advirtiéndose la eficacia a largo plazo. Mientras tanto, solo nos queda que la UE —que aprobó el 16 de octubre de 2008 el Pacto Europeo para la Inmigración— trabaje seriamente en todos los puntos acordados y deje de centrar sus esfuerzos y energía en las medidas represivas cuya ineficacia ha demostrado sobradamente la práctica si se aplican de forma aislada. Ha llegado el momento de establecer una estrategia conjunta para ordenar la migración, caracterizada por la complejidad de las medidas a adoptar, la pluralidad de ámbitos materiales a los que dirigirlas y la imaginación. El camino recorrido no ha logrado los efectos deseados ni para los aplicadores quienes han sufrido su aplicación. Renovémonos pues para establecer una verdadera política comunitaria de inmigración que consiga el efecto deseado, atenta con el respeto de los derechos humanos en el largo —y posiblemente tortuoso— camino hasta lograr la meta.