

LA UNIÓN EUROPEA Y LA PROGRESIVA CREACIÓN DE UN RÉGIMEN COMUNITARIO DE EXTRANJERÍA

Andreu Olesti Rayo*

Sumario

I. El marco jurídico comunitario

1. Origen de las competencias de la Unión Europea

2. Condicionamientos de la acción impulsada por la Unión Europea

II. Los mecanismos de control de las fronteras exteriores de la Unión Europea

III. La progresiva creación de un estatuto jurídico europeo que regula los derechos y las obligaciones aplicables a los extranjeros

IV. La lucha contra la inmigración irregular

V. Consideraciones y reflexiones finales

* Andreu Olesti Rayo, catedrático de derecho internacional público (derecho comunitario europeo) de la Universidad de Barcelona, Departamento de Derecho y Economía Internacionales, Facultad de Derecho, Avda. Diagonal 684, 08034 Barcelona, olesti@ub.edu. Artículo recibido el 28.12.2009. Evaluación ciega: 14.01.2010. Fecha de aceptación de la versión final: 25.01.2010.

I. El marco jurídico comunitario

1. Origen de las competencias de la Unión Europea

El origen de las competencias de la Unión Europea en el ámbito de la regulación de un régimen comunitario de extranjería nace paralelamente a la progresiva percepción de la inmigración como un problema cuya solución no pueden alcanzar los Estados miembros individualmente.¹ Fue a partir de la década de los años ochenta cuando la Comunidad Europea empezó a asumir competencias en el ámbito de la gestión de los flujos migratorios y la admisión, permanencia, residencia y expulsión de los inmigrantes. Con posterioridad, las instituciones comunitarias se plantearon también la creación de un estatuto jurídico de los extranjeros que regulase las obligaciones y los derechos que tienen estas personas en relación con el acceso, la estancia y la salida de la Unión Europea.

El inicio de todo el proceso se remonta al Libro Blanco de la Comisión para la consecución del mercado interior que fue presentado en junio de 1985 y a la revisión de los Tratados constitutivos para el Acta Única Europea.² En el Libro Blanco se preveía una estrategia y un calendario para alcanzar el mercado interior, entendido como un espacio sin fronteras interiores donde se realiza de forma efectiva la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. El planteamiento esencial de la Comisión implicaba la eliminación de los obstáculos derivados de las fronteras físicas, técnicas y fiscales, y a tal efecto se disponía de un calendario que incluía la adopción de una serie de medidas que tenían que ser tomadas por las instituciones comunitarias antes del 31 de diciembre de 1992. En el ámbito de la libre circulación de personas, se proponía la adopción de acciones para suprimir de los controles fronterizos internos entre los Estados miembros; este objetivo requería, indirecta y complementariamente, mejorar y reforzar el control de las fronteras exteriores de la Comunidad Europea. En estos apartados, el programa no se cumplió. La razón fundamental fue que algunos Estados miembros se opusieron a que aspectos tan sensibles como el control de los nacionales de terceros Estados fueran objeto de regulación en el seno de la Comunidad Europea, alegando la conveniencia de mantener un cierto margen de actuación con respecto a la lucha contra el terrorismo, la criminalidad y el tráfico de drogas.³

En cualquier caso, el resultado de la actividad de los Estados miembros en el seno de la cooperación intergubernamental fue muy escaso. Esta situación de falta de acción fue sustituida por la actividad de un grupo de Estados miembros, que, fuera del ámbito de acción estrictamente comunitaria, firmaron, el 14 de junio de 1985, en Schengen, un convenio relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, el cual posteriormente, el 19 de junio de 1990, fue completado con la firma, en Schengen, del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen y que entró en vigor el 26 de marzo de 1995. El sistema creado por estos instrumentos internacionales implicó la instauración de una estructura orgánica que adoptaba decisiones que vinculaban jurídicamente a los países participantes y que permitió la eliminación de los controles físicos en las fronteras interiores de los Estados participantes, trasladándolos a las fronteras exteriores. El catálogo de normas adoptadas por

¹ Monar, Jorg: «The dynamics of Justice and Home Affairs: Laboratories, driving factors and cost», *Journal of Common Market Studies*, 2001, nº. 4, pp. 752-754; De Lobkowitz, Wenceslas: «Intergovernmental cooperation in the field of migration: from the Single European Act to Maastricht», Monar, Jorg; Morgan, Roger (eds.): *The Third Pillar of the European Union*, European Interuniversity Press, Bruselas, 1994, p. 99.

² Libro Blanco de la Comisión para el Consejo Europeo sobre la consecución del mercado interior, COM (85) 310 final, de 14 de junio de 1985, pp. 9-10.

³ De Ruyt, Jean: *L'Acte Unique Européen*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1987, p. 155.
Revista catalana de dret públic, núm. 40, 2010

los órganos de Schengen tenía un alcance muy amplio, desde la regulación de los requisitos necesarios que el extranjero tenía que satisfacer para cruzar las fronteras exteriores—incluyendo medidas relativas a la concesión de visados o dirigidas a combatir la inmigración irregular— hasta el establecimiento de acciones con miras a ordenar cuestiones relativas a la cooperación policial y judicial en materia penal.⁴

El acervo Schengen (es decir, los Convenios, actos y declaraciones adoptados por los órganos creados por los Convenios) se incorporó al derecho de la Unión Europea cuando entró en vigor, el 1 de noviembre de 1999, el Tratado de Ámsterdam, mediante un protocolo anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de la Comunidad Europea. Además de incorporar el acervo Schengen, el Tratado de Ámsterdam permitió que la Unión Europea tuviera competencias y capacidad de acción en el ámbito del control de las fronteras, asilo e inmigración. Estas medidas se incluyeron en el llamado *espacio de libertad, seguridad y justicia* que se repartía entre el Título IV del Tratado de la Comunidad Europea y el tercer pilar sobre la cooperación policial y judicial en materia penal.

Coincidiendo con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, los días 15 y 16 de octubre de 1999 se celebró en Tampere (Finlandia) un Consejo Europeo que se dedicó exclusivamente a establecer las directrices políticas que permitieran la creación y consolidación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. En la reunión se aprobó un programa de acción que definía los objetivos a alcanzar y los medios para llevarlo a cabo por parte de la Unión Europea durante el primer quinquenio de funcionamiento del Tratado de Ámsterdam.⁵ Cinco años después, coincidiendo con la firma del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, el Consejo Europeo celebrado en Bruselas los días 4 y 5 de noviembre de 2004 adoptó un segundo programa de acción con una vigencia de cinco años (2005-2009).⁶ La finalidad del programa, que recibió el nombre de Programa de La Haya, era continuar y consolidar las acciones realizadas por las instituciones comunitarias durante el primer quinquenio; asimismo, se daba respuesta a las modificaciones introducidas por el frustrado Tratado Constitucional y se atendía a las nuevas preocupaciones que se derivaban de la adhesión de los países de Europa Central y Oriental a la Unión Europea.⁷ El nuevo programa que establece las directrices políticas y jurídicas durante el próximo quinquenio (2010-2014) ha recibido el nombre de Programa de Estocolmo;⁸ en principio, tiene el objetivo de profundizar en el espacio de libertad, seguridad y justicia aprovechando también las revisiones introducidas por la entrada en vigor del Tratado de Lisboa. De hecho, el Tratado de Lisboa ha incluido en esencia el contenido material que se había previsto en el Tratado Constitucional. No hay demasiadas

⁴ Para un análisis del funcionamiento del Convenio, véase Hreblay, Vendelin: *Les accords de Schengen - Origine, fonctionnement, avenir*, Bruylant, Bruselas, 1998.

⁵ Conclusiones de la Presidencia en el Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, en SN 200/99.

⁶ El programa se publicó en el DOUE C 53, de 3 de marzo de 2005. Se implementa mediante un plan de acción que prevé un conjunto de actividades concretas que tendrían que ser realizadas por las instituciones comunitarias para alcanzar los objetivos del programa (Plan de Acción del Consejo y la Comisión por el que se aplica el Programa de La Haya para reforzar la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea, en DOUE C 198, de 12 de agosto de 2005).

⁷ Del Valle Gálvez, Alejandro: «El reparto de competencias en el espacio de libertad, seguridad y justicia», Liñán Noguera, Diego J. (dir.); López-Jurado Romero de la Cruz, Carmen (coord.): *La reforma de la delimitación competencial en la futura Unión Europea*, Universidad de Granada, 2003, pp. 161-180.

⁸ El Programa de Estocolmo fue presentado por la Comisión en junio del año 2009 (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: «Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos», COM (2009) 262 final, de 10 de junio de 2009) y fue adoptado por el Consejo Europeo en su reunión celebrada los días 10 y 11 de diciembre de 2009 (Doc. EUCO 6/09). El Programa, que tendrá que ser desarrollado por la Comisión mediante un plan de acción durante el primer semestre del año 2010, define las prioridades de la Unión Europea durante el próximo quinquenio en el ámbito del espacio, la seguridad y la justicia. Conviene destacar que, con respecto a lo que nos interesa, se prevé la mejora de la gestión de los flujos migratorios y la voluntad de potenciar las medidas que fomenten la integración de los inmigrantes, así como la gestión integrada de la frontera exterior, incluyendo el establecimiento de una política de visados y la mejora de la lucha contra la inmigración irregular.

diferencias con respecto a la regulación actual, porque se mantienen las excepciones que hemos comentado que tenían algunos países miembros y las particularidades institucionales previstas en las revisiones de Ámsterdam y Niza. Aun así, se produce un cambio en la concepción del proceso de integración europeo, en general, y del espacio de libertad, seguridad y justicia, en particular, cambio que tendrá repercusiones importantes en el desarrollo de sus tareas. La estructura de los tres pilares desaparece y se crea una nueva organización internacional, la Unión Europea, que sustituye a la Comunidad Europea y a las cooperaciones intergubernamentales. Se atribuyen a la nueva organización competencias exclusivas y compartidas entre los Estados miembros y la Unión. En los ámbitos sujetos a las competencias compartidas, según el artículo 2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), los Estados miembros y la Unión pueden legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, y los primeros ejercerán sus competencias en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya o haya dejado de hacerlo. Dentro de las competencias compartidas, el artículo 4 del TFUE menciona el espacio de libertad, seguridad y justicia. Ello quiere decir que la nueva Unión Europea incluye, en sus títulos competenciales, las materias que estaban comprendidas en la cooperación intergubernamental sobre la cooperación policial y judicial en materia penal.

Además, la denominación del ámbito de acción que en el Título IV del Tratado de la Comunidad Europea se titulaba «Visados, asilo, inmigración y otras políticas relativas a la libre circulación de personas» es sustituida en el TFUE por los términos «Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración». Este cambio de denominación conlleva asimismo un incremento de la capacidad de decisión de las instituciones de la Unión Europea y deja entrever la importancia que se concede a estas materias en el desarrollo del Tratado de Lisboa. En los artículos 77 y 79 del TFUE se definen los contenidos de la política de control de fronteras—cuyo objetivo es garantizar el control de las fronteras exteriores e instaurar un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores— y de la política de inmigración—cuyos fines son garantizar una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como la prevención y la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos. Se establecen, también, las bases jurídicas que permiten la adopción de una serie de medidas que facilitarán la consecución de los fines previstos; entre éstos, se subraya el establecimiento de una base jurídica clara que habilita a la Unión Europea a celebrar acuerdos con terceros Estados de readmisión de los nacionales que no cumplen con las condiciones de entrada, estancia o residencia en el territorio de los países miembros, por un lado, y la adopción de medidas que apoyen y fomenten la integración de los nacionales de terceros países, por otro. Ahora bien, la relevancia de estos fines no debe hacernos olvidar que ciertos aspectos importantes de estas políticas permanecerán en manos de los Estados miembros. Tal será el caso, por ejemplo, de la fijación de las cantidades de nacionales de terceros países que admiten en su territorio con el fin de ejercer una actividad económica, que seguirán siendo fijadas por las autoridades nacionales competentes, o la ausencia de una intervención directa de la Unión Europea en la adopción de medidas de integración, ya que, como hemos comentado, la competencia prevista en el TFUE se refiere a medidas de fomento y apoyo, de modo que queda excluida la posibilidad de actividad directa—o armonizadora de legislaciones— de las instituciones europeas.⁹

Es interesante mencionar que en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea (TUE), a la hora de establecerse los objetivos de la Unión Europea, se vincula la política de inmigración a la libre circulación de personas y se omite la referencia a la consecución del mercado interior, tal y como constaba previamente a la revisión. En el TFUE, en su Título IV, se contemplan las disposiciones relativas al espacio de libertad, seguridad

⁹ Lirola Delgado, Isabel: «¿Por fin una política de inmigración de la Unión Europea en el Tratado de Lisboa?», Martín y Pérez de Nanclares, José (coord.): Iustel, Madrid, 2008 *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis institucional*, pp. 546-547. Revista catalana de dret públic, núm. 40, 2010

y justicia encuadradas dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los sistemas y tradiciones jurídicas de los Estados miembros. Por lo tanto, en relación con la situación del Tratado de Niza, en el Tratado de Lisboa se crean los fundamentos sobre los que será necesario desarrollar una política común de asilo, inmigración y control de fronteras exteriores, apelando a la solidaridad interestatal y al trato equitativo a los nacionales de los terceros Estados. La desaparición de las estructuras de cooperación intergubernamental y la instauración de una única organización internacional que recoja las competencias y poderes que estaban distribuidos en los tres pilares facilita y redimensiona el desarrollo de una verdadera política de inmigración común.¹⁰

2. Condicionamientos de la acción impulsada por la Unión Europea

La acción impulsada por la Unión Europea en este ámbito ha estado condicionada y mediatizada por varias circunstancias, de las que destacamos tres.

a) La primera estaría motivada por las consecuencias de los atentados del 11 de septiembre de 2001. Estos sucesos, entre otras consecuencias, modifican y perturban las prioridades normativas de las instituciones de la Unión Europea. En efecto, inicialmente, y según se desprende del programa adoptado en el Consejo Europeo de Tampere, uno de los aspectos primordiales de la acción de la Unión Europea era garantizar un «tratamiento justo de los nacionales de los terceros países» mediante la aplicación de una política de integración más decidida. Dicha política tenía que centrarse en la concesión, a los extranjeros con residencia regular, «de derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión, así como fomentar la ausencia de discriminación en la vida económica, social y cultural, y desarrollar medidas contra el racismo y la xenofobia». Como consecuencia de los atentados, la acción de la Unión Europea se focaliza en los aspectos relativos a la seguridad dentro del espacio europeo y en la mejora de la efectividad del control de las personas que pretenden acceder a ella. Esta precedencia de los aspectos relacionados con la seguridad dentro del espacio europeo y con la mejora de la efectividad del control de las personas en las fronteras exteriores, por encima de otros objetivos, se incrementa tras los atentados de Madrid, en marzo de 2004, y de Londres, en julio de 2005. Así, el programa de la Haya de 2004 parecía estar gobernado por la necesidad de garantizar la seguridad, en general, y por la prevención y represión del terrorismo, en particular, de tal forma que «la libertad, la justicia, el control de las fronteras exteriores, la seguridad interna y la prevención del terrorismo tendrían que considerarse indivisibles de la Unión en su conjunto».¹¹

b) La segunda circunstancia que hay que tener en cuenta es la complejidad institucional y la heterogeneidad de los regímenes jurídicos en presencia a la hora de examinar las actuaciones de la Unión Europea. En efecto, algunos Estados miembros han participado con diferente intensidad en la creación y la aplicación de la normativa sobre el control de las fronteras exteriores y a la elaboración, y aplicación, de la normativa comunitaria relativa a la política de inmigración. Así, Dinamarca se excluyó de la aplicación de la totalidad del Título IV del Tratado de la Comunidad Europea titulado «Visados, asilo, inmigración y otras políticas relativas a la libre circulación de personas». Era parte contratante de los Acuerdos de Schengen, pero no aceptaba la «comunitarización» de su acervo y no admitía la aplicación del derecho comunitario europeo en estas

¹⁰ Al respecto, véase Del Valle Gálvez, Alejandro: «Inmigración, extranjería y fronteras en la Unión Europea. Cinco problemas conceptuales», *Fronteras exteriores de la UE e inmigración a España: Relaciones internacionales y derecho*, Cuadernos de la Escuela Diplomática, vol. 33, Tirant lo Blanch, 2007, Valencia, p. 48.

¹¹ DOUE C 53, de 3 de marzo de 2005, p. 2. En cambio, en ámbitos como la integración de los nacionales de los terceros países o la cohesión social, los objetivos son mucho más modestos (Rojo Torrecilla, Eduardo (coord.): *Inmigración y mercado de trabajo en la era de la globalización. Estudio de la normativa internacional, comunitaria y española*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2006, p. 79).

materias. Otra situación particular se deriva del hecho de que Irlanda y el Reino Unido no participaran en los Acuerdos de Schengen y que sus territorios queden excluidos de las fronteras interiores y, en consecuencia, que sus puntos fronterizos no sean considerados como límites exteriores del espacio de libertad, seguridad y justicia. En estas circunstancias, Irlanda y el Reino Unido están habilitados para escoger, si lo consideran oportuno, quedar vinculados por los instrumentos jurídicos adoptados por las instituciones comunitarias en el ámbito del Título comunitario relativo a visados, asilo e inmigración. Además, desde la vertiente institucional, el antiguo Título IV del Tratado de la Comunidad Europea mantenía una especificidad dentro del sistema institucional de la Unión Europea que afectaba especialmente al Tribunal de Justicia. Éste no era competente para controlar la correcta aplicación de determinados aspectos relativos a la política migratoria, y el acceso a la cuestión prejudicial quedaba limitado.¹²

c) La tercera circunstancia que hay que subrayar es la ampliación de la Unión Europea, la incorporación de doce nuevos Estados miembros al espacio de libertad, seguridad y justicia. En efecto, la adhesión de diez países el 1 de mayo de 2004 y de dos más el 1 de enero de 2007 comportó que se incrementara el número de países que forman parte del espacio sin fronteras interiores y a los que se aplica el acervo Schengen. En el momento de la adhesión, sólo algunas disposiciones relativas a Schengen eran aplicables a los nuevos países miembros; para la aplicación del resto del acervo, era necesaria la autorización del Consejo, cuando se dieran las condiciones necesarias.¹³ El 6 de diciembre de 2007 el Consejo aprobó la Decisión que establecía que, desde el 21 de diciembre de 2007, se eliminaban los controles de las fronteras terrestres y marítimas interiores entre la República Checa, Estonia, Lituania, Hungría, Malta, Polonia, Eslovenia y Eslovaquia y el resto de los Estados miembros que se integran en el acervo Schengen; la supresión de los controles en los aeropuertos se retrasaba hasta el 31 de marzo de 2008.¹⁴ Con esta incorporación, el acervo Schengen es aplicable a todos los Estados miembros de la Unión Europea a excepción del Reino Unido, Irlanda, Chipre, Rumania y Bulgaria. Ahora bien, este corpus normativo también se puede aplicar a países que no son miembros de la Unión Europea pero que se encuentran asociados y plenamente incorporados al acervo Schengen. En concreto, nos referimos a Noruega, Islandia y Suiza, que no establecen un control sobre las personas para cruzar las fronteras interiores y las fronteras exteriores, que son asimismo fronteras exteriores del espacio Schengen.¹⁵

¹² Algunos de estos aspectos se han mantenido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Así, en el artículo 276 del TFUE se establece que en el ámbito de la cooperación judicial en materia penal y de la cooperación policial, el TJUE no es competente para comprobar la validez o proporcionalidad de las operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas de un Estado miembro ni para pronunciarse sobre las responsabilidades estatales con respecto al mantenimiento del orden público o la salvaguardia de la seguridad interior.

¹³ Anexo I del Acta sobre las condiciones de adhesión relativa a la lista de las disposiciones del acervo Schengen integrado en el marco de la Unión Europea y de los actos que lo desarrollan o guardan relación con el mismo, que son obligatorios y aplicables en los nuevos Estados miembros a partir de su adhesión (previstos en el artículo 3 del Acta de Adhesión) (DOUE L 236, de 23 de septiembre de 2003, pp. 50-52). Entre las disposiciones no incluidas en el anexo encontramos el artículo 2 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, que establece que las fronteras interiores pueden cruzarse por cualquier lugar sin realizar control alguno sobre las personas.

¹⁴ Decisión del Consejo 2007/801, de 6 de diciembre de 2007, relativa a la plena aplicación de las disposiciones del acervo Schengen en la República Checa, la República de Estonia, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, en DOUE L 323, de 8 de diciembre de 2007.

¹⁵ Véase el Acuerdo celebrado el 18 de mayo de 1999 por el Consejo de la Unión Europea con la República de Islandia y el Reino de Noruega sobre la asociación de estos dos Estados a la ejecución, aplicación y desarrollo del acervo Schengen, en DOCE L 176, de 10 de julio de 1999, y la Decisión del Consejo 2008/903, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la aplicación de las disposiciones del acervo Schengen a la Confederación Suiza (DOUE L 327, de 5 de diciembre de 2008). Noruega e Islandia ya eran partes contratantes del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen desde el 19 de diciembre de 1996 (cuando se adhirieron junto con Dinamarca, Finlandia y Suecia, los cinco miembros de la Unión Escandinava de Pasaportes). Suiza se ha incorporado más tarde; así, desde el 12 de diciembre de 2008 se han eliminado los controles en las fronteras interiores terrestres y marítimas, y desde el 29 de marzo de 2009, los controles de las fronteras aéreas.

Una vez descritas la situación y la evolución de las bases jurídicas que informan la política de inmigración en la Unión Europea, se procede a examinar los avances más relevantes y las perspectivas de futuro en los diferentes ámbitos en los que se puede sintetizar la acción de las instituciones de la Unión Europea.

II. Los mecanismos de control de las fronteras exteriores de la Unión Europea

La delimitación del espacio de libertad, seguridad y justicia ha implicado la eliminación de las fronteras interiores de los Estados participantes, de modo tal que el control de las personas se ha trasladado a las fronteras exteriores. Por esta razón las instituciones comunitarias han adoptado progresivamente medidas orientadas a mejorar el control de las personas en el cruce de las fronteras exteriores. Ello se ha llevado a cabo desde distintas perspectivas, desde el fortalecimiento de los mecanismos de vigilancia de las personas que cruzan las fronteras hasta la gradual instauración de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores. La vigilancia de las fronteras exteriores se ha convertido paulatinamente en una inquietud común en los países miembros de la Unión Europea. En consecuencia, a medida que la preocupación crecía, se han ido perfeccionando los mecanismos y los instrumentos comunes para controlar eficazmente el movimiento de los flujos migratorios.

a) En primer lugar, hay que mencionar que la acción de la Unión Europea se ha dirigido a mejorar los sistemas de seguridad en el control del cruce de las fronteras exteriores y a reforzar el perímetro exterior de la Unión Europea. Es decir, a perfeccionar las condiciones requeridas con el fin de que un extranjero pueda cruzar las fronteras exteriores. Inicialmente, las condiciones estaban definidas dentro del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS), en su artículo 5, y desarrolladas por el Manual de Fronteras Exteriores, que era un acto adoptado por el Comité Ejecutivo de Schengen y sobre el que se suscitaban dudas en cuanto a su valor jurídico.¹⁶ Con posterioridad, y dentro del proceso de comunitarización del acervo Schengen, el Parlamento y el Consejo adoptaron, el 15 de marzo de 2006, el Reglamento n.º 562/2006, mediante el que se establece el llamado Código de Fronteras Schengen,¹⁷ que recoge—y, de hecho, reproduce— las condiciones que deben satisfacerse para cruzar las fronteras exteriores.¹⁸ Tales requisitos tienen que ser satisfechos por los extranjeros, o, más precisamente, por los nacionales de terceros países que no se benefician de la libre circulación comunitaria, siempre y cuando las estancias no sean superiores a tres meses, en un periodo de seis meses.¹⁹ Simultáneamente,

¹⁶ Lirola Delgado, Isabel: «El Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras. Comentario al Reglamento n.º 562/2006 del Parlamento y del Consejo, de 15 de marzo de 2006», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 13, mayo 2007, p. 2.

¹⁷ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo n.º 562/2006, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de Fronteras Schengen), en DOUE L 105, de 13 de abril de 2006. Para un examen del Reglamento, véase Illamola Dausà, Mariona: «Hacia una gestión integrada de las fronteras. El Código de Fronteras Schengen y el cruce de fronteras en la Unión Europea», *Documentos CIDOB, Serie Migraciones*, n.º 15, 2008; Olesti Rayo, Andreu: «El Código de Fronteras Schengen y las condiciones de entrada por las fronteras exteriores para los nacionales de terceros países», *Fronteras exteriores de la UE e inmigración a España: Relaciones internacionales y derecho*, Cuadernos de la Escuela Diplomática, vol. 33, Tirant lo Blanch, 2007, Valencia, pp. 81-115.

¹⁸ En concreto, los requisitos exigidos, según el artículo 5 del Reglamento que reproduce el artículo 5 del CAAS, son los siguientes: estar en posesión de los documentos válidos que permitan cruzar la frontera; estar en posesión de un visado válido (cuándo así se exija según el Reglamento del Consejo n.º 539/2001, de 15 de marzo de 2001); presentar los documentos que justifican el objeto y las condiciones de estancia y disponer de los medios necesarios de subsistencia; estar excluido del listado de las personas no admisibles (que se refleja en el Sistema de Información Schengen), y no suponer un peligro para el orden público, la seguridad pública o las relaciones internacionales de uno de los Estados miembros.

¹⁹ El Reglamento es aplicable a las personas que no son ciudadanos de la Unión Europea y que no se benefician de la libre circulación comunitaria. Los extranjeros que se benefician de la libre circulación comunitaria son los miembros de la familia del ciudadano europeo (definidos por la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2004/38, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, en DOUE L 229, de 29 de junio de 2004) y los nacionales de terceros países que disfruten de un derecho a la libre circulación equivalente al que tienen los ciudadanos

se suprimen los controles a las personas, independientemente de su nacionalidad, que crucen las fronteras interiores, es decir, entre los países a los que se aplica el acervo Schengen; ello no impide que los países, temporalmente, durante un periodo de treinta días (prorrogable), y excepcionalmente, cuando exista una amenaza grave para el orden público o la seguridad interior, puedan restablecer las fronteras interiores.²⁰

Entre los requisitos exigidos para el cruce de las fronteras exteriores, el Reglamento incluye la posibilidad de que el extranjero tenga que presentar un visado válido. La acción comunitaria en esta materia se centró, inicialmente, en determinar los países cuyos nacionales requieren un visado para entrar en el territorio de los Estados que eran parte contratante del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen. Por eso se adoptó el Reglamento del Consejo n.º. 539/2001, que divide a los terceros países en dos listas en función de que se exija o no un visado de entrada para estancias no superiores a tres meses.²¹ Los criterios de inclusión en uno u otro listado obedecen a la ponderación de varias circunstancias. Existen causas vinculadas al control deficiente de los flujos migratorios de los Estados emisores de emigrantes irregulares o a la calidad—y a la seguridad— de los documentos de viaje expedidos por los terceros países,²² pero probablemente la causa más relevante recae en consideraciones que deben tener en cuenta los intereses de la política exterior de la Unión Europea y de sus Estados miembros.²³ Sin embargo, la Unión Europea se reserva la posibilidad de imponer medidas de retorsión contra terceros Estados, cuyos nacionales no necesitan visados de entrada, en el caso de que imponga visados de entrada a los nacionales de un Estado miembro. En esencia, el mecanismo consiste en el establecimiento de un tratamiento recíproco que contempla la posibilidad de imponer un visado de entrada a los nacionales del tercer país cuando éste impone a los nacionales de un Estado miembro un visado de entrada.²⁴

b) En segundo lugar, la vigilancia de la frontera exterior ha ganado tanta importancia para los Estados miembros que se ha iniciado un proceso para compartir los agentes públicos que controlan las fronteras. La primera decisión significativa que manifestaba el deseo de una cooperación interestatal más estrecha fue la creación de la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los

europes. Se trata de los nacionales de los países que forman parte del Espacio Económico Europeo (EEE), es decir, Liechtenstein, Islandia y Noruega, además de Suiza, una vez entró en vigor el Tratado entre la Confederación Helvética y la Comunidad Europea y sus Estados miembros sobre la libre circulación de personas (DOCE L 114, de 30 de abril de 2002).

²⁰ Existe también una regulación específica que se aplica a los nacionales de terceros países que tienen la residencia en una zona fronteriza vecina de una frontera exterior de la Unión Europea, que simplifica el cruce de frontera exterior para los extranjeros que hayan residido legalmente en la zona fronteriza durante un periodo mínimo de un año (en determinadas circunstancias el plazo podría ser inferior). La regulación se encuentra en el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo n.º. 1931/2006, de 20 de diciembre de 2006 (DOUE L 405, de 30 de diciembre de 2006). El Reglamento no es aplicable a Ceuta y Melilla (art. 16).

²¹ Es el Reglamento del Consejo n.º. 539/2001, de 15 de marzo de 2001, por el que se establece la lista de los 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 dicha obligación, en DOCE L 81, de 21 de marzo de 2001. Este Reglamento ha sido modificado en varias ocasiones para incluir o para excluir países de los listados. La última modificación se produjo mediante el Reglamento del Consejo n.º. 1932/2006, de 21 de diciembre de 2006, en DOUE L 405, de 30 de diciembre de 2006. Esta modificación comportó la exigencia de visado a los nacionales de Bolivia (a partir del 1 de abril de 2007) y la exención del mismo para los nacionales de Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Mauricio, San Cristóbal y Nieves, y las Seychelles.

²² De esta forma se expresa en la exposición de motivos del Reglamento del Consejo n.º. 539/2001, de 15 de marzo de 2001. Con el fin de precisar si un país tiene riesgo de emigración irregular, y según la Comisión, se toman en consideración varios indicadores, como estadísticas sobre estancias irregulares, denegaciones de entrada en el territorio, existencia de redes clandestinas, seguridad de los documentos de viaje expedidos por el tercer Estado y funcionamiento de los acuerdos de readmisión. (Propuesta de Reglamento del Consejo, en COM (2000) 27 final, de 26 de enero de 2000, pp. 9-10.)

²³ La base jurídica del Reglamento fue el artículo 62, apartado 2 b) i) del Tratado de la CE, que fue objeto de la Declaración n.º. 16 anexa al Tratado de la Unión Europea añadido por el Tratado de Ámsterdam. En la Declaración se expresa que el desarrollo de este precepto deberá tener en cuenta las consideraciones de política exterior de la Unión Europea y las de sus Estados miembros.

²⁴ El Reglamento preveía inicialmente un mecanismo muy rígido, demasiado automático y poco práctico que fue modificado mediante el Reglamento del Consejo n.º. 851/2005, de 2 de junio de 2005 (DOUE L 141, de 4 de junio de 2005), que dio más flexibilidad y más capacidad de negociación a la Comisión en relación con los terceros países.

Estados miembros (FRONTEX), que asumió sus funciones el 3 de octubre de 2005.²⁵ La finalidad inicial de la Agencia es coordinar las acciones de los Estados miembros y facilitar la gestión de las fronteras exteriores, por lo que no estamos ante de un cuerpo policial europeo. De todas formas, a medida que se ha incrementado la percepción de que el control de las fronteras exteriores es un problema que no puede ser gestionado por los Estados miembros individualmente, se ha potenciado la capacidad de acción y los medios puestos a disposición de FRONTEX.²⁶ Así, en julio de 2007 el Reglamento de FRONTEX se modificó para permitir la creación de unos equipos de intervención rápida en las fronteras denominados también RABITS (*Rapid Border Intervention Teams*).²⁷ La finalidad de los equipos es proporcionar, transitoriamente, asistencia técnica y operativa a un Estado miembro que se encuentre ante una situación excepcional y urgente, como por ejemplo la llegada de un gran número de nacionales de terceros países que intenten entrar irregularmente por determinados puntos de las fronteras exteriores de la Unión Europea. Los equipos están integrados por agentes de diferentes Estados miembros y se encuentran bajo la responsabilidad del Estado de acogida, mientras que la gestión y organización de las operaciones conjuntas son realizadas por FRONTEX. La Agencia, por lo tanto, es la responsable de la gestión administrativa de los equipos y de la toma de decisiones relativa a su despliegue en los Estados que lo soliciten.

La puesta en práctica de estas operaciones conjuntas genera varios tipos de problemas. Algunos están relacionados con la logística, como las capacidades técnicas y de personal que los países ponen a disposición de las operaciones conjuntas (por ejemplo, la Comisión ha recomendado que se incremente la coordinación entre los Estados miembros y que se potencie el llamado Registro Central del Equipo Técnico Disponible (*Central Record of Available Technical Equipment*, CRATE) para el control y la vigilancia en las fronteras garantizando que los Estados puedan aprovecharse del mismo).²⁸ Otros problemas están vinculados a las cuestiones jurídicas que genera el hecho de que agentes públicos de unos países actúen en el territorio de otro país y bajo las instrucciones de las autoridades competentes del segundo.²⁹

²⁵ FRONTEX, que tiene su sede en Varsovia (Polonia), fue creada mediante el Reglamento del Consejo nº 2007/2004, de 26 de octubre de 2004 (DOUE L 349, de 25 de noviembre de 2004). Al respecto, véase Mariola Urrea Corres: «Control de las fronteras exteriores y seguridad interna de la Unión Europea: la puesta en marcha de FRONTEX», en Aldecoa Luzárraga, Francisco; Sobrino Heredia, José Manuel (coord.): *Migraciones y desarrollo*, II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 469-482.

²⁶ A modo de ejemplo, y según el informe general de FRONTEX correspondiente al año 2008, durante dicho año se han detectado 175.000 entradas irregulares en las fronteras exteriores de la Unión Europea, de las cuales: 38.000 en la frontera terrestre entre Grecia y Albania, 37.000 en las fronteras marítimas de Italia, 29.100 en las fronteras marítimas de Grecia (en la costa con Turquía), 16.200 en las fronteras marítimas españolas y 7.500 en la frontera de Ceuta y Melilla. Además, hay que añadir 140.000 denegaciones de entrada en la frontera exterior de los países de la Unión Europea. (El informe puede consultarse en la siguiente dirección electrónica: <http://www.frontex.europa.eu/gfx/frontex/files/justyna/es.pdf>.)

²⁷ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo nº. 863/2007, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un mecanismo para la creación de equipos de intervención rápida en las fronteras. El mencionado Reglamento modifica el Reglamento del Consejo nº. 2007/2004 en lo concerniente a dicho mecanismo y regula las funciones y competencias de los agentes invitados (DOUE L 199, de 31 de julio de 2007).

²⁸ El CRATE es un inventario del equipo técnico de control y vigilancia de las fronteras exteriores que pertenece a los Estados miembros y que los mismos ponen a disposición de otros países miembros voluntaria y temporalmente. El inventario está integrado por más de 100 barcos, en torno a 20 aviones y 25 helicópteros, además de centenares de equipos de control fronterizo, incluyendo radares, cámaras térmicas y detectores móviles. Se trata, según la Comisión, de que los equipos RABIT (constituidos hoy en día por más de 500 policías de fronteras) puedan disponer fácil y rápidamente de este equipamiento, lo cual no permiten en la actualidad las normas de utilización del material CRATE. En caso de que ello no fuera posible, se plantea que la posibilidad de que los equipos RABIT tuvieran su propio equipamiento técnico para las operaciones que desarrollen. (Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones relativa al Informe sobre evaluación y desarrollo futuro de la Agencia FRONTEX, en COM (2008) 67 final, de 13 de febrero de 2008.)

²⁹ Así, por ejemplo, los artículos 10 y 11 del Reglamento nº. 863/2007 prevén que los daños causados por los miembros de los equipos conjuntos de otros Estados miembros durante sus operaciones sean responsabilidad del Estado de acogida. Ahora bien, en el caso de intencionalidad o negligencia grave, el país de acogida podrá dirigirse al país del que es nacional el agente infractor para que le reembolse las correspondientes indemnizaciones. En caso de conflicto, el TJUE podrá decidir la solución.

Los equipos conjuntos no son la única iniciativa promovida desde la Agencia. Las crisis humanitarias que se producen por la llegada de inmigrantes en las fronteras marítimas meridionales del Mediterráneo y Atlántico en el territorio de algunos países miembros, en especial las Islas Canarias, Lampedusa, Malta y las islas griegas, han motivado también la creación de mecanismos concretos para vigilar las fronteras exteriores en estas zonas. En este sentido, hay que mencionar la llamada Red de Patrullas Costeras en el Mediterráneo (European Border Patrols Network, EPN) o la previsión de un sistema europeo de vigilancia de las fronteras exteriores (European Border Surveillance System, EUROSUR), que supone la creación de una red centralizada de supervisión y de intercambio de información entre las autoridades que participan en el control de las fronteras exteriores, y que toman el ejemplo del Sistema Integrado de Vigilancia Exterior (SIVE).³⁰ En todo caso, hay que constatar la progresiva influencia y el aumento del peso específico que FRONTEX está adquiriendo como instrumento primordial e imprescindible en la coordinación y gestión común de las fronteras exteriores. Acreditan esta circunstancia las múltiples operaciones conjuntas en fronteras terrestres, marítimas y aéreas realizadas por la Agencia. Algunas de estas operaciones son periódicas y tienen lugar anualmente.³¹

c) En tercer lugar, se están elaborando instrumentos que permitan perfeccionar y precisar los datos de los que se dispone en relación con los nacionales de terceros países y facilitar su consulta y su intercambio entre las autoridades competentes de los otros países miembros. En tal dirección se orienta el establecimiento del Sistema de Información Schengen de segunda generación (SIS II),³² cuyo fin es mejorar la operatividad y funcionamiento del sistema actual y permitir que el mismo pueda absorber el incremento cuantitativo de datos—debido a la adhesión de nuevos Estados miembros—así como el aumento cualitativo de la información de la que se dispone en relación con personas y objetos.³³ Del mismo modo se sitúa también la creación del Sistema de Información de Visados (SIV),³⁴ que, con una estructura similar a la del SIS, permitirá a las autoridades nacionales

³⁰ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre el examen de la creación de un sistema europeo de vigilancia de fronteras (EUROSUR), en COM (2008) 68 final, de 13 de febrero de 2008.

³¹ Entre las operaciones que se han llevado a cabo cada año desde 2006, pueden mencionarse: la operación marítima Hera, dirigida a reducir el flujo migratorio desde la costa de África Occidental (especialmente Senegal y Mauritania en las Islas Canarias); o la operación Nautilus en el sur de Sicilia y Malta para disminuir la presión migratoria procedente de Libia. También son periódicas otras operaciones como la llamada Poseidon (control terrestre y marítimo) en Bulgaria y Grecia. Otras son puntuales, como las operaciones conjuntas terrestre y aérea que tuvieron lugar con ocasión de la celebración de la Copa de Europa de fútbol en Austria y Suiza. (Véase la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el planteamiento global de la migración un año después: «Hacia una política global europea en materia de migración», en COM (2006) 735 final, de 30 de noviembre de 2006, y el Anexo a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre el informe de la evaluación y el futuro desarrollo de la Agencia FRONTEX, en COM (2008) 67 final, de 13 de febrero de 2008.)

³² Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo n.º 1987/2006, de 20 de diciembre de 2006, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información Schengen de segunda generación (SIS II), en DOUE L 381, de 28 de diciembre de 2006. El SIS es un registro informatizado, con datos de descripciones de personas y objetos, que suministra y gestiona cada Estado, y constituye uno de los instrumentos fundamentales del control fronterizo, incluido inicialmente en el Título IV del CAAS y ahora en el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo n.º 562/2006, de 15 de marzo de 2006.

³³ El desarrollo y la puesta en marcha del SIS (II) continúan. Así, el Consejo ha adoptado varias acciones con el fin de probar y examinar que los nuevos sistemas funcionan correctamente. Tal sería el caso del Reglamento del Consejo n.º 189/2008 y la Decisión del Consejo 2008/173, ambos adoptados el 18 de febrero de 2008 y relativos a los ensayos del Sistema de Información Schengen de segunda generación (SIS II), en DOUE L 57, de 1 de marzo de 2008. Sin embargo, ya se han previsto las condiciones y el procedimiento con el fin de hacer el traslado del actual sistema al nuevo (Reglamento del Consejo n.º 1104/2008 y Decisión del Consejo 2008/173, ambos adoptados el 24 de octubre de 2008, sobre la migración del Sistema de Información Schengen (SIS I+) al Sistema de Información Schengen de segunda generación (SIS II), en DOUE L 299, de 8 de noviembre de 2008).

³⁴ Un primer acto fue la adopción de la Decisión del Consejo 2004/512, de 8 de junio de 2004, por la que se establece el Sistema de Información de Visados (VIS), en DOUE L 213, de 15 de junio de 2004. La mencionada Decisión facilitó la obtención de financiación con el fin de diseñar y desarrollar la arquitectura del futuro sistema. Éste se está desarrollando mediante el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo n.º 767/2008, de 9 de julio de 2008, sobre el Sistema de Información de Visados (VIS) y el intercambio de datos sobre visados de corta duración entre los Estados miembros (Reglamento VIS), en DOUE L 218, de 13 de agosto de 2008, y la Decisión del Consejo 2008/633/JAI, de 23 de junio de 2008, sobre el acceso para consultar el Sistema de Información de Visados (VIS) por las

competentes incorporar, actualizar, consultar e intercambiar los datos sobre los visados con otros Estados miembros.

En esta línea se insertan también las propuestas de la Comisión al diseñar y elaborar nuevos instrumentos que, en teoría, pretenden aunar el mantenimiento de unos niveles altos de seguridad al cruzar las fronteras exteriores facilitando y simplificando el desplazamiento por parte de algunos nacionales de los terceros países que reúnan determinados requisitos.³⁵ En esencia, se trata de incrementar el conocimiento de las personas que cruzan las fronteras exteriores. Así, se ha propuesto la creación de una categoría de viajeros denominados «de buena fe» o «de bajo riesgo», quienes, previa superación de un examen, se beneficiarían de un control fronterizo simplificado (mediante máquinas que leyeran los pasaportes biométricos) y automatizado (que significaría que algunas de las condiciones de entrada no serían comprobadas). Por otro lado, se ha propuesto la creación de un registro que automáticamente grabe las entradas y salidas de los nacionales de terceros Estados (lugar, fecha de entrada y salida) con el fin de facilitar la identificación de las personas que superan la duración de la estancia a la que están autorizadas, y también se ha propuesto la creación de un sistema electrónico de autorización de viaje (solicitud por correo electrónico) para los nacionales de terceros países que no están sometidos a la obligación de un visado de entrada.

III. La progresiva creación de un estatuto jurídico europeo que regula los derechos y las obligaciones aplicables a los extranjeros

La Unión Europea ha avanzado significativamente en la configuración de un estatuto jurídico aplicable a los extranjeros que residen en el territorio de los Estados miembros. La solución obtenida no abarca todos los ámbitos que pueden ser regulados. Existen dificultades a la hora de consensuar las condiciones generales de entrada y residencia de los extranjeros, y ello ha comportado una segmentalización de los requisitos de admisión de los extranjeros en la Unión Europea. En cambio, se ha alcanzado una notable acción común en la configuración de un estatuto jurídico para los residentes de larga duración y en las condiciones necesarias para ejercer el reagrupamiento familiar.

a) La Unión Europea tiene serias dificultades para poder establecer un procedimiento único de admisión de los nacionales de los terceros países en el territorio de los Estados miembros. Ha habido intentos por parte de la Comisión de presentar propuestas de directivas generales con miras a regular las condiciones de entrada y residencia de todos los nacionales de terceros países que pretendieran ejercer actividades económicas por cuenta propia o ajena, sin demasiado éxito. Una primera propuesta presentada en el año 2001 fue retirada cinco años después,³⁶ y una segunda propuesta presentada en el año 2007 está todavía pendiente de ser adoptada por el

autoridades designadas de los Estados miembros y por Europol, con finalidad de prevenir, detectar e investigar delitos de terrorismo y otros delitos graves, en DOUE L 218, de 13 de agosto de 2008. Sobre esta Decisión hay pendiente una sentencia del TJUE, ya que en principio el Consejo alegó que se trataba de un acto de desarrollo del acervo Schengen, y, en consecuencia, no es aplicable a Irlanda y al Reino Unido; en cambio, los referidos países consideran que se trata de un acto que va más allá y solicitan la anulación de la Decisión y el acceso completo de sus policías a los datos del VIS (asunto C-482/08).

³⁵ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones relativa a la preparación de los próximos pasos en la gestión de fronteras en la Unión Europea, en COM (2008) 69 final, de 13 de febrero de 2008.

³⁶ Así, la Comisión presentó una propuesta de Directiva relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas por cuenta propia, en COM (2001) 386 final, de 11 de julio de 2001. Dicha propuesta estuvo durante varios años en la mesa del Consejo y fue retirada por la Comisión en el año 2006 (recogida en Propuestas de la Comisión retiradas, publicadas en el DOUE C 64, de 17 de marzo de 2006).

Consejo.³⁷ En todo caso, de momento las instituciones comunitarias han sido incapaces de regular de forma general las condiciones de entrada y residencia de los nacionales de terceros Estados en la Unión Europea y de definir un conjunto común de derechos y obligaciones que tendrían que satisfacer los inmigrantes para ser admitidos en cualquier país de la Unión Europea. Probablemente las dificultades radican en el hecho de que, a la hora de establecer los requisitos de admisión y residencia de los extranjeros, los Estados quieren tener en cuenta no sólo la capacidad de acogida de cada uno de ellos, sino también los vínculos históricos y culturales con los países de origen de la emigración.

En cambio, mucho más exitosa ha sido la adopción de directivas específicas que regulan la admisión en sectores profesionales concretos o en situaciones profesionales específicas. Efectivamente, el Consejo ha adoptado un conjunto de directivas para regular la admisión de los nacionales de los terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnado, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado;³⁸ la admisión de los nacionales de terceros países con finalidad científica;³⁹ y, más recientemente, la admisión de los extranjeros que desarrollen actividades económicas en una ocupación considerada «altamente cualificada», es decir, con una cualificación profesional superior, que se avala con calificaciones, de una duración mínima de tres años, en un establecimiento de enseñanza superior o, excepcionalmente, que acredita una experiencia profesional de cinco años de nivel comparable a las calificaciones de enseñanza superior.⁴⁰ Esta sectorialización de la admisión de extranjeros en la Unión Europea parece que, en principio, va a ser continuada por la Comisión.⁴¹

b) Las instituciones de la Unión Europea han realizado un esfuerzo notable para asimilar y aproximar el estatuto del extranjero residente de larga duración al estatuto del ciudadano europeo. Esta equiparación, que no es completa, se ha producido mediante la Directiva del Consejo 2003/109, de 25 de noviembre de 2003.⁴² La Directiva, que generaliza el principio de igualdad de trato con el propio nacional, es probablemente el instrumento más importante adoptado por las instituciones de la Unión Europea para facilitar la integración de los extranjeros. En esencia, puede considerarse que los derechos sociales y económicos de los extranjeros residentes de larga duración son equiparables a los que disfrutaban los ciudadanos europeos y sus familias cuando ejercen la libre circulación de personas.⁴³ Sin embargo, cabe la posibilidad de que los Estados, en determinadas

³⁷ Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro, en COM (2007) 638, de 23 de octubre de 2007.

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

³⁹ Directiva del Consejo 2005/71, de 12 de octubre de 2005, que establece un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros Estados con fines científicos, en DOUE L 289, de 3 de noviembre de 2005.

⁴⁰ Directiva del Consejo 2009/50, de 25 de mayo de 2009, relativa a las condiciones de entrada y residencia de los nacionales de terceros países para ocupar un puesto de trabajo altamente cualificado, en DOUE L 155, de 18 de junio de 2009. La Directiva regula las condiciones de admisión y expedición de la llamada *tarjeta azul*.

⁴¹ La Comisión había previsto, en su Comunicación sobre el Plan de política en materia de migración legal (COM (2005) 669 final, de 21 de diciembre de 2005), la presentación de otras propuestas de directivas de carácter específico: las condiciones de entrada y residencia de los trabajadores estacionales, los procedimientos de regulación de la entrada, estancia y residencia de las personas trasladadas dentro de una empresa, y las condiciones de entrada y residencia de los aprendices remunerados.

⁴² Directiva del Consejo 2003/109, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros Estados residentes de larga duración, en DOUE L 16, de 23 de enero de 2004. En principio, la condición esencial que debe satisfacer un extranjero para beneficiarse de la Directiva es tener su residencia legal en un Estado miembro durante un periodo mínimo de cinco años, contar con recursos económicos fijos y regulares que le permitan su manutención y la de su familia, y estar asegurado contra cualquier enfermedad.

⁴³ De hecho, la igualdad de trato respecto al nacional se produce de forma general en relación con una serie de materias. A título ilustrativo, pueden mencionarse las siguientes: el acceso al puesto de trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena y en las mismas condiciones de trabajo, incluyendo las condiciones de despido y de remuneración, así como, en el ámbito de la educación, formación profesional, becas incluidas, reconocimiento de diplomas y títulos profesionales, ventajas fiscales y prestaciones sociales, afiliación y

circunstancias, puedan condicionar y exigir requisitos adicionales y complementarios para disfrutar de los derechos previstos en la Directiva.

Hemos dicho que los estatutos del ciudadano europeo y del residente extranjero de larga duración son equiparables pero no idénticos. Los derechos políticos que disfrutaban los ciudadanos europeos cuando ejercen el derecho de desplazamiento y residencia no se aplican a los residentes de larga duración; éstos no disfrutaban, por vía de la Directiva, del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo. Hay otra diferencia que merece la pena mencionar, y es el tratamiento que recibe la aplicación de las excepciones por razón de orden público y seguridad pública. El margen de discrecionalidad que poseen las autoridades competentes de los Estados miembros a la hora de justificar la adopción de una medida por razón del orden público o la seguridad pública, que restringe el derecho de libre circulación y residencia a un extranjero residente de larga duración, es más amplio que en el supuesto de la aplicación de una medida de orden público a los ciudadanos europeos y sus familias. Así, los residentes de larga duración, de la misma manera que los ciudadanos europeos, sólo pueden ser expulsados de otro Estado miembro cuando su comportamiento individual suponga una amenaza real y suficientemente grave respecto a un interés general del Estado. Ahora bien, el extranjero puede perder el estatus de residente de larga duración cuando su comportamiento represente una amenaza para el orden público, y dicha amenaza será valorada por cada Estado miembro en función de la gravedad de los delitos cometidos.

Este esfuerzo armonizador se aprecia asimismo en la Directiva del Consejo 2003/86, de 22 de septiembre de 2003, que regula las condiciones que cada Estado miembro exige para que el extranjero pueda ejercer la reagrupación familiar.⁴⁴ La adopción de la Directiva fue un proceso complejo y difícil, con varias propuestas normativas presentadas por la Comisión y con un recurso de anulación incoado por el Parlamento Europeo contra la Directiva que fue desestimado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.⁴⁵ En todo caso, e independientemente de las controversias que genera la Directiva y su aplicación, es preciso expresar que la existencia de la normativa comunitaria, pese a mantener las distintas particularidades de las legislaciones de extranjería de los países miembros, ayuda a establecer una regulación más uniforme sobre una institución, que es la que más contribuye a la inserción y a la estabilidad del extranjero dentro de la sociedad de acogida y que, además, es uno de los medios más importantes para la admisión de nacionales de terceros Estados en los países miembros de la Unión.⁴⁶

participación en organizaciones de trabajadores y empresarios o cualquier otra organización profesional. La Directiva tampoco impide que los Estados miembros puedan extender la igualdad de trato a otros ámbitos no contemplados en el texto de la normativa comunitaria (art. 11). Ahora bien, pueden imponerse determinadas condiciones a la hora de disfrutar de estos derechos; así, se podrían mantener restricciones en el acceso a los puestos de trabajo cuando estén reservados a los propios nacionales o a los ciudadanos europeos, o puede exigirse la acreditación de un nivel lingüístico adecuado para acceder a la educación y a la formación, o limitar la percepción de las prestaciones sociales que se consideren básicas (art. 15).

⁴⁴ Directiva del Consejo 2003/86, de 22 de septiembre de 2003, sobre la reagrupación familiar, en DOUE L 251, de 3 de octubre de 2003.

⁴⁵ Sentencia del TJCE de 27 de junio de 2006, asunto C-540/03, Parlamento contra Consejo. El Parlamento impugnaba varias disposiciones, como las siguientes: la pretensión de que los Estados miembros puedan exigir, excepcionalmente, que las solicitudes de los hijos menores se presenten antes de los 15 años de edad; los criterios de integración exigidos para los menores de 12 años que lleguen independientemente del resto de la familia, o la posibilidad de que se pudiera requerir, en determinadas circunstancias, un periodo de espera de hasta tres años entre la presentación de la solicitud de reagrupación familiar y la expedición del permiso de residencia. Estas previsiones, según el Parlamento, no respetaban algunos derechos fundamentales, especialmente el derecho a la vida familiar y el derecho a la no discriminación tal y como están garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Al respecto, véase Álvarez Rodríguez, Aurelia: «La transposición de directivas de la UE sobre la inmigración. Las directivas sobre reagrupación familiar y de residentes de larga duración», *Documentos CIDOB, Serie Migraciones*, nº. 8, 2006, pp. 16-17.

⁴⁶ Iglesias Sánchez, Sara: «El valor de la Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar a la luz de los derechos fundamentales y de la Sentencia del TJCE en el asunto 540/03», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 26, 2007, p. 149.

IV. La lucha contra la inmigración irregular

La lucha contra la inmigración irregular constituye uno de los objetivos principales de la acción de la Unión Europea y probablemente es la actividad central sobre la que ha dedicado sus recursos normativos. También es un ámbito en el que se aprecia un cambio en la aproximación que las instituciones europeas y los países miembros realizan con respecto al tratamiento de las referidas cuestiones. Inicialmente, toda la actividad normativa comunitaria era fragmentaria y segmentalizada, faltaba una visión de conjunto y un planteamiento global de la inmigración irregular; tal actividad normativa parecía responder a la necesidad de actuar para resolver problemas puntuales y coyunturales. En efecto, el Consejo, gracias a la iniciativa normativa de los Estados miembros, adoptó un importante conjunto de instrumentos legislativos relativos a la represión de la entrada y estancia de los inmigrantes en situación irregular en el territorio de los países de la Unión Europea. Así pues, se han definido las nociones de *ayuda a la entrada, circulación y estancias irregulares* y se han tipificado como infracciones, de tal forma que dan lugar a sanciones administrativas y penales a las personas físicas y jurídicas que faciliten intencionadamente la entrada, circulación y estancia irregular de nacionales de terceros países.⁴⁷ También se ha regulado la imposición de sanciones para los transportistas que trasladan a extranjeros que no estén en posesión de los documentos de viaje exigidos para desplazarse a la Unión Europea, estableciéndoles la obligación de comunicar determinados datos de los pasajeros a las autoridades competentes de realizar los controles en las fronteras exteriores.⁴⁸ En el mismo sentido, cuando los Estados miembros tuvieron la preocupación de mejorar el grado de ejecución de las medidas de expulsión, se adoptó una variada normativa que pretendía aumentar la cooperación interestatal en este ámbito. A consecuencia de ello, se han reconocido las decisiones de expulsión adoptadas por las autoridades competentes de un país miembro contra un nacional de un tercer Estado que se encuentre en el territorio de otro Estado miembro;⁴⁹ se ha articulado un procedimiento para facilitar la asistencia entre las autoridades competentes de los aeropuertos, de tránsito, de los países miembros, en caso de repatriaciones o alejamientos;⁵⁰ y se han establecido mecanismos para organizar y coordinar vuelos conjuntos que permitan y agilicen la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que haya recaído una resolución de expulsión.⁵¹

Con posterioridad, el interés de la Unión Europea por incrementar la eficacia en la lucha contra la inmigración irregular se ha dirigido a intentar aumentar las tasas de ejecución de las decisiones de retorno de los

⁴⁷ Directiva del Consejo 2002/90, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, circulación y estancia irregulares (DOCE L 328, de 5 de diciembre de 2002), y Decisión Marco 2002/946, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, circulación y estancia irregulares (DOCE L 328, de 5 de diciembre de 2002). Ambos actos fueron adoptados por iniciativa de la normativa francesa.

⁴⁸ Directiva del Consejo 2001/51, de 28 de junio de 2001, por la que se complementan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 (DOCE L 187, de 10 de julio de 2001), que fue adoptada por iniciativa de la normativa francesa. Con posterioridad, la Directiva fue matizada, a partir de una iniciativa española, con respecto a los transportistas aéreos y en relación con la comunicación de los datos de las personas que transportan (Directiva del Consejo 2004/82, de 29 de abril de 2004, en DOUE L 261, de 6 de agosto de 2004).

⁴⁹ Directiva del Consejo 2001/40, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsiones de nacionales, en DOUE L 149, de 2 de junio de 2001. La Directiva fue aprobada por iniciativa de la normativa francesa.

⁵⁰ Directiva del Consejo 2003/110, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en caso de tránsito a los efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea, en DOUE L 321, de 6 de diciembre de 2003. La Directiva se aprobó a partir de una iniciativa de la República Federal de Alemania.

⁵¹ Decisión 2004/573, de 29 de abril de 2004, y relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que haya recaído una resolución de expulsión, en DOUE L 261, de 6 de agosto de 2004. La Decisión fue aprobada gracias a la iniciativa de la normativa de Italia.

extranjeros. A tal efecto, y tras un debate áspero y polémico, se ha adoptado la Directiva que armoniza los distintos modelos de medidas de alejamiento previstos en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y que son aplicables a los extranjeros que se encuentran en situación irregular.⁵² Se trata de una norma que tiene algunos aspectos controvertidos, como el sistema de garantías previsto en el procedimiento de expulsión, las condiciones y la duración del posible internamiento del extranjero que debe ser expulsado o las dudas sobre la protección que se concede a los menores de edad.⁵³ Pero, en todo caso—hay que subrayarlo—, el objetivo es el establecimiento de normas y procedimientos comunes que tienen que ser aplicados por todos los Estados miembros a la hora de exigir el regreso, voluntario o forzado, del nacional de un tercer Estado que se halla en situación irregular, a su país de origen o de tránsito. La regulación permitirá, a corto plazo, la homologación de las medidas de «retorno» adoptadas por los Estados miembros, sin necesidad de un procedimiento específico de reconocimiento mutuo; a más largo plazo, puede reforzar el funcionamiento del resto de normativa comunitaria que regula el régimen, fragmentario, comunitario de extranjería;⁵⁴ y, por último, puede convertirse en el instrumento jurídico esencial para la creación de una política comunitaria de inmigración digna.⁵⁵

Éste no ha sido el único instrumento jurídico con carácter general que ha adoptado la Unión Europea en su lucha contra la inmigración irregular. En un sentido distinto, la Unión Europea ha actuado contra los empleadores de inmigrantes irregulares, debido al nexo que existe entre la oferta de inmigrantes irregulares y la demanda de trabajadores para acceder a actividades económicas no declaradas. Dichas actividades tienen asimismo implicaciones colaterales que no son menores, tales como: el falseamiento de las condiciones de libre competencia en el mercado interior, reduciendo ilegalmente los costes sociales y disminuyendo el nivel de protección de los trabajadores; el aumento de la defraudación a la Administración del Estado; y, en último término, el incremento de la vulnerabilidad de los trabajadores irregulares. En todo caso, en el año 2009 se adoptó normativa comunitaria que sanciona a los empleadores de nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular.⁵⁶

De todas formas, la lucha contra la inmigración irregular pasa por la colaboración y cooperación con los países de origen y tránsito de la inmigración. En este sentido, interesa destacar la acción de la Unión Europea en

⁵² Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2008/115, de 17 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, en DOUE L 348, de 24 de diciembre de 2008.

⁵³ En este sentido, uno de los aspectos más problemáticos ha sido la posibilidad que prevé la Directiva de detener al extranjero y mantenerlo internado (con el fin de preparar su retorno o para expulsarlo), incluyendo a los menores no acompañados y a familias con menores, cuando no puedan aplicar con eficacia medidas menos coercitivas y siempre y cuando exista un riesgo de huida. El periodo de internamiento es fijado por cada Estado miembro, aunque en principio no puede superar los seis meses. De todas formas, se podría prorrogar el plazo para un periodo máximo de doce meses cuando la operación de expulsión se prolongue por falta de cooperación del nacional del tercer país o por el retraso en la obtención de la documentación necesaria para el ejercicio de la decisión. Este internamiento debe realizarse en centros especializados al efecto, aunque la Directiva deja la puerta abierta a la posibilidad de recurrir a un centro penitenciario, con la condición, en este caso, de que el interno debe estar separado de los presos ordinarios (arts. 15 a 17). No obstante, y como observa Teresa Fajardo, en la Unión Europea hay legislaciones internas que permiten periodos de internamiento indefinidos; sin ningún tipo de duda, para estos casos (Reino Unido, Dinamarca, Finlandia, Estonia, Irlanda, Malta, Países Bajos y Suecia) la adopción de la Directiva significa un paso adelante (Fajardo del Castillo, Teresa: «La Directiva sobre el retorno de los inmigrantes en situación irregular», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º. 33, 2009, pp. 482-483).

⁵⁴ Moya Malapeira, David: «La nueva Directiva de retorno y la armonización comunitaria de las medidas de alejamiento de extranjeros», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º. 10, 2008, p. 160.

⁵⁵ Fajardo del Castillo, Teresa: «La Directiva sobre el...», *op. cit.*, p. 496.

⁵⁶ Directiva 2009/52 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular, en DOUE L 168, de 30 de junio de 2009. En la Directiva se prevé que los empleadores cumplan con unas obligaciones a la hora de contratar a trabajadores (como exigir un permiso o una autorización de residencia válidos). Las infracciones de estas obligaciones pueden dar lugar a sanciones económicas, incluyendo la posibilidad de sufragar los gastos del retorno del inmigrante irregular, la exclusión de la recepción de ayudas públicas o la exclusión de la participación en licitaciones públicas durante un periodo de tiempo.

la elaboración de una política de repatriación y readmisión de los nacionales de terceros países en situación irregular.⁵⁷ La acción en este ámbito es relativamente relevante, aunque se centra, esencialmente, en la celebración de acuerdos internacionales con países europeos vecinos, que limitan con la frontera exterior y que tienen unas relaciones especiales y vínculos más estrechos con la Unión Europea. Así, se han concluido acuerdos de readmisión con los países vecinos de Albania, Rusia, Ucrania y Moldavia,⁵⁸ y con países de la extinta Yugoslavia (Bosnia y Herzegovina, Serbia, Montenegro, antigua República Yugoslava de Macedonia).⁵⁹ La celebración de dichos acuerdos internacionales de readmisión con terceros Estados ha comportado la simultánea celebración de acuerdos de simplificación de los trámites de los visados de corta duración (y casi todos en la misma fecha).⁶⁰ Previamente, se habían celebrado con éxito acuerdos con las regiones administrativas de China (Hong Kong y Macao) y Sri Lanka,⁶¹ asimismo con la contraprestación de facilitar la concesión de visados de

⁵⁷ Esta línea de acción se desprende del llamado *enfoque global de la migración*, que posee una doble proyección. La primera de ellas se refiere a la integración de los aspectos relativos a la migración dentro de las relaciones exteriores de la Unión Europea con terceros países, de origen o de tránsito de la emigración. El segundo ámbito de proyección se refiere al establecimiento de una política eficaz de expulsión y repatriación que incluya varias líneas de acción, desde la creación de un fondo europeo de repatriación hasta la celebración de acuerdos comunitarios de readmisión. De hecho, este enfoque global de la migración aparece ya definido por el Consejo Europeo celebrado en Bruselas los días 15 y 16 de diciembre de 2005 (en Doc. 15914/1/05 REV 1). Inicialmente, las medidas se centran en África y esencialmente trataban de controlar los flujos de inmigración irregular. Más tarde se ampliaron a otras regiones, especialmente un grupo de países vecinos, o vecinos de los vecinos. Así, en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre la aplicación del «Planteamiento global sobre la migración» en las regiones orientales y sur-orientales de la Unión Europea (COM (2007) 247 final, de 16 de mayo de 2007), las medidas son extensibles a casi todos los países excepto a los países africanos y del continente americano —especialmente Turquía, los Balcanes Occidentales (Albania, Bosnia y Herzegovina, Croacia, la antigua República Yugoslava de Macedonia, Montenegro, Serbia, Kosovo), los países de Europa Oriental socios de la Política Europea de Vecindad (PEV) (Ucrania, República de Moldavia y Bielorrusia) y el Cáucaso Meridional (Armenia, Azerbaiyán y Georgia) y la Federación Rusa; los países de Oriente Medio socios de la PEV (Siria, Jordania y Líbano), Irán e Irak; Asia Central (Kazajistán, Kirguistán, Tayikistán, Turkmenistán y Uzbekistán); y los países asiáticos de origen como China, India, Pakistán, Afganistán, Bangladesh, Sri Lanka, Vietnam, Filipinas e Indonesia.

⁵⁸ Decisión del Consejo 2005/371, de 3 de marzo de 2005, relativa a la firma del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Albania sobre la readmisión de residentes ilegales (DOUE L 124, de 17 de mayo de 2005); Decisión del Consejo 2007/341, de 19 de abril de 2007, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Federación Rusa sobre readmisión (DOUE L 129, de 17 de mayo de 2007); Decisión del Consejo 2007/839, de 29 de noviembre de 2007, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y Ucrania sobre readmisión de personas (DOUE L 332, de 18 de diciembre de 2007); Decisión del Consejo 2007/826, de 22 de noviembre de 2007, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Moldavia sobre readmisión de residentes ilegales (DOUE L 334, de 19 de diciembre de 2007).

⁵⁹ Decisión del Consejo 2007/820, de 8 de noviembre de 2007, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y Bosnia y Herzegovina sobre readmisión de residentes ilegales (DOUE L 334, de 19 de diciembre de 2007); Decisión del Consejo 2007/819, de 8 de noviembre de 2007, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Serbia sobre readmisión de residentes ilegales (DOUE L 334, de 19 de diciembre de 2007); Decisión del Consejo 2007/818, de 8 de noviembre de 2007, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Montenegro sobre readmisión de residentes ilegales (DOUE L 334, de 19 de diciembre de 2007); Decisión del Consejo 2007/817, de 8 de noviembre de 2007, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la antigua República Yugoslava de Macedonia sobre readmisión de residentes ilegales (DOUE L 334, de 19 de diciembre de 2007).

⁶⁰ Así, se han firmado los siguientes: la Decisión del Consejo 2007/340, de 19 de abril de 2007, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Federación Rusa sobre la facilitación de la expedición de visados de corta duración (DOUE L 129, de 17 de mayo de 2007); la Decisión del Consejo 2007/340, de 29 de noviembre de 2007, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y Ucrania sobre la facilitación de la expedición de visados (DOUE L 332, de 18 de diciembre de 2007); Decisión del Consejo 2007/827, de 22 de noviembre de 2007, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Moldavia sobre la facilitación de la expedición de visados (DOUE L 334, de 19 de diciembre de 2007); Decisión del Consejo 2007/822, de 8 de noviembre de 2007, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y Bosnia y Herzegovina sobre la facilitación de la expedición de visados (DOUE L 334, de 19 de diciembre de 2007); Decisión del Consejo 2007/825, de 8 de noviembre de 2007, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Serbia sobre la facilitación de la expedición de visados (DOUE L 334, de 19 de diciembre de 2007); Decisión del Consejo 2007/823, de 8 de noviembre de 2007, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Montenegro (DOUE L 334, de 19 de diciembre de 2007); Decisión del Consejo 2007/824, de 8 de noviembre de 2007, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la antigua República Yugoslava de Macedonia sobre la facilitación de la expedición de visados (DOUE L 334, de 19 de diciembre de 2007); Decisión del Consejo 2007/821, de 8 de noviembre de 2007, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Albania sobre la facilitación de la expedición de visados (DOUE L 334 de 19 de diciembre de 2007).

⁶¹ Decisión del Consejo 2004/80, de 17 de diciembre de 2003, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China sobre readmisión de residentes ilegales (DOUE L 17, de 24 Revista catalana de dret públic, núm. 40, 2010

corta duración. No obstante, existen mandatos de negociación y prosiguen las conversaciones con otros países (como Marruecos, Pakistán, Argelia, China y Turquía) que todavía no han finalizado en acuerdos internacionales. Probablemente uno de los aspectos que se hace difícil de concretar es la contraprestación de la Unión Europea al tercer Estado para la aceptación del acuerdo de readmisión.⁶² Los instrumentos puestos en manos de la Unión Europea por los Estados son escasos, y la facilitación de los visados de entrada a la Unión Europea no es, en muchas ocasiones, un aliciente suficiente para motivar a los terceros países a finalizar estos acuerdos.⁶³

V. Consideraciones y reflexiones finales

De todo lo que hemos comentado se pueden inducir las siguientes consideraciones y reflexiones finales.

En primer lugar, la Unión Europea ha incorporado gradualmente un conjunto de competencias relacionadas con el control de los flujos migratorios que se han acompañado de elementos que forman parte de la política de inmigración. Con el fin de desarrollarlas, las instituciones comunitarias han realizado una actividad normativa muy relevante, en diferentes sectores y ámbitos, que ha dado lugar a un corpus legislativo no homogéneo y que en ocasiones refleja un tratamiento fragmentario de la política de inmigración. Todo este trabajo se complementa con innumerables actas (comunicaciones de la Comisión, libros verdes, planes de acción, guías de actuación, etc.) que no son jurídicamente vinculantes pero que sí orientan la actividad de las instituciones comunitarias. La entrada en vigor del Tratado de Lisboa implica la asunción por la Unión Europea de las competencias que le permitirán desarrollar en un futuro una política común de inmigración que abarque también el control de las fronteras exteriores.

En segundo lugar, la actividad principal de la Unión Europea se ha dirigido a establecer instrumentos y mecanismos que permitan regular y controlar de forma más eficiente los flujos migratorios. Esta preocupación ha quedado reflejada en la importante actividad normativa destinada a regular distintos aspectos que hacen referencia a la lucha contra la inmigración irregular y en la creación de mecanismos que faciliten el control de las fronteras exteriores de la Unión Europea. En efecto, la lucha contra la inmigración irregular ha sido uno de los objetivos centrales en la acción de las instituciones europeas. Inicialmente, la actividad legislativa desarrollada era muy diversa y fragmentaria, era adoptada a iniciativa de los países miembros y obedecía a necesidades muy concretas, de tal modo que actuaba como una respuesta a problemas coyunturales. Más recientemente, la normativa adoptada ha sido más general y se ha dirigido a incrementar la eficacia en la lucha contra la

de enero de 2004); Decisión del Consejo 2004/424, de 21 de abril de 2004, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Región Administrativa Especial de Macao de la República Popular China sobre readmisión de residentes ilegales (DOUE L 143, de 30 de abril de 2004); Decisión del Consejo 2005/372, de 3 de marzo de 2005, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República Socialista Democrática de Sri Lanka sobre la readmisión de residentes ilegales (DOUE L 124, de 17 de mayo de 2005).

⁶² Hay que decir, de todas formas, que existen acuerdos bilaterales entre algunos países miembros y terceros Estados. Para el caso español, véase Asín Cabrera, Asunción: «Los acuerdos bilaterales suscritos por España en materia migratoria con países del continente africano: especial consideración de la readmisión de inmigrantes en situación irregular», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 10, 2008, pp. 165-188; González García, Inmaculada: «El acuerdo España-Marruecos de readmisión de inmigrantes y su problemática aplicación: las avalanchas de Ceuta y Melilla», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. XXII, 2006, pp. 255-284; González Vega, Javier Andrés: «La inmigración irregular y la política convencional: examen de la práctica española», en De Lucas, Javier; Solanes, Ángeles (ed.): *La igualdad en los derechos: claves de la integración*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 97-125; Vacas Fernández, Félix: *Los Tratados bilaterales adoptados por España para regular y ordenar los flujos migratorios*, Dykinson, Madrid, 2007.

⁶³ En todo caso, no para todos los Estados en los que la Unión Europea desearía concluir acuerdos de readmisión.

inmigración irregular, mediante dos vías: tratar de incrementar el porcentaje de ejecución de las decisiones de retorno estableciendo procedimientos y normas comunes que permitan su homologación por las autoridades competentes de los Estados miembros, por un lado, y adoptando normativa dirigida a perseguir y sancionar al empleador de inmigrantes irregulares, por otro. Además, la eliminación de las fronteras interiores a la libre circulación de personas obligó a trasladar el control de las personas a las fronteras exteriores, y las instituciones europeas han sido capaces de desarrollar mecanismos para hacerlo. Ahora bien, la gran preocupación que genera en los países miembros ha motivado que estén dispuestos a compartir a los agentes públicos que controlan las fronteras y que hayan previsto en el Tratado de Lisboa «la instauración progresiva de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores».

Paulatinamente también se ha avanzado en la configuración de un estatuto jurídico europeo que regule los derechos y las obligaciones aplicables a los extranjeros. Se ha podido alcanzar una regulación común en ciertos ámbitos muy importantes, tales como las condiciones para ejercer la reagrupación familiar o el contenido del estatuto del residente de larga duración. En cambio, hasta ahora no ha sido posible el acuerdo en el seno del Consejo en un ámbito tan relevante como el establecimiento de las condiciones generales de entrada y residencia de los extranjeros en la Unión Europea. Es más, no invita al optimismo la reserva estatal prevista en el TFUE que establece el derecho de los países miembros a determinar el volumen de extranjeros que pueden admitir en su territorio con la finalidad de buscar trabajo por cuenta propia o ajena.

En tercer lugar, la mayor parte de la normativa comunitaria adoptada en este ámbito parece reflejar todas las posibles situaciones y excepciones previstas en las legislaciones internas de los Estados miembros. Por lo tanto, existiría la tentación de considerar que la normativa comunitaria actúa como mínimo común denominador de las legislaciones internas de los Estados miembros; y, en consecuencia, la norma comunitaria sólo es adoptada si sigue manteniendo, y respetando, la heterogeneidad de los regímenes jurídicos internos. Esta circunstancia, que puede ser predicada de algunas directivas—por ejemplo, la relativa al reagrupamiento familiar—, no es general: encontramos otros ejemplos, como la Directiva de retorno, cuyo contenido implica efectuar cambios muy importantes en las legislaciones internas de algunos Estados miembros—por ejemplo, establecer una limitación de tiempo al internamiento de extranjeros irregulares que esperan a ser expulsados— con el fin de adecuarlas a lo previsto en la Directiva.

Por último, la normativa comunitaria adoptada, independientemente de su contenido, tiene una incidencia mayor de la que en muchas ocasiones prevén los propios Estados, hasta el extremo de condicionar y limitar la acción de las autoridades competentes internas. En efecto, una vez aprobada, la normativa comunitaria adquiere vida propia, con un significado concreto que puede diferir del contenido específico que se da a los distintos ordenamientos jurídicos internos. Es el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) quien interpretará el alcance y el contenido jurídico de la norma comunitaria y verificará que los órganos de los Estados miembros aplican adecuadamente los derechos y las obligaciones previstos. En consecuencia, la doble conjugación de las normas comunitarias y su interpretación por el TJUE comporta, en la práctica, una importante tendencia a la armonización y uniformización del estatuto del extranjero dentro de la legislación interna de los Estados miembros. En este sentido, podría considerarse que las disposiciones comunitarias actúan como si fueran el límite de una función continua, ya que las legislaciones estatales internas tienden a parecerse a los preceptos incluidos en el derecho derivado.⁶⁴

⁶⁴ Aunque una parte de la normativa comunitaria no es aplicada correctamente por algunos Estados miembros, incumplimiento que ha sido declarado por el TJUE. Así, por ejemplo, la Sentencia del TJUE de 21 de julio de 2005, asunto C-449/04, que declara el

Revista catalana de dret públic, núm. 40, 2010

Además, el TJUE, utilizando su función interpretativa de las normas comunitarias, reduce la capacidad de acción de las autoridades competentes encargadas de aplicar el derecho de extranjería. Tal sería el caso, por ejemplo, del incumplimiento de España al justificar la aplicación de una medida de orden público a unos ciudadanos argelinos casados con ciudadanos europeos, en aplicación del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (CAAS), en lugar de aplicarles la noción de *orden público comunitario*, término más restrictivo, aplicable tanto a los ciudadanos europeos como a sus familiares.⁶⁵

incumplimiento de Luxemburgo por no adoptar la legislación necesaria con vistas a incorporar la Directiva del Consejo 2001/51, de 28 de junio de 2001, por la que se complementan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen; la Sentencia del TJUE de 7 de diciembre de 2006, asunto C-48/06, que declara asimismo el incumplimiento de Luxemburgo por no haber adoptado las medidas necesarias con miras a incorporar al ordenamiento jurídico interno la Directiva del Consejo 2002/90, de 28 de noviembre de 2002, que define la ayuda a la entrada, circulación y estancia irregulares; la Sentencia del TJUE de 14 de febrero de 2008, asunto C-58/07, que declara el incumplimiento de España por no incorporar correctamente la Directiva del Consejo 2003/110, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea. La misma Directiva fue declarada incorrectamente incorporada por Portugal (Sentencia del TJUE de 27 de septiembre de 2007, asunto C-4/07) y por Bélgica (Sentencia del TJUE de 8 de noviembre de 2007, asunto C-3/07). La Directiva del Consejo 2003/109, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, ha sido infringida por varios Estados, entre ellos Portugal (Sentencia del TJUE de 27 de septiembre de 2007, asunto 5/07), España (Sentencia del TJUE de 25 de noviembre de 2007, asunto C-59/07) y Luxemburgo (Sentencia del TJCE de 29 de noviembre de 2007, asunto C-34/07).

⁶⁵ Sentencia del TJUE de 31 de enero de 2006, asunto C-503/03, Comisión contra España.