

LA INMIGRACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA: LA DIFÍCIL CONFIGURACIÓN DE UNA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN *

JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES **

Por causas de muy diversa índole la inmigración se ha convertido en los últimos años en un tema central de la agenda política y electoral de los países desarrollados, a la par que se ha erigido en uno de los fenómenos —no parece apropiado utilizar el más común término de problema— más característicos de nuestra época. Y como es lógico la Unión Europea no ha permanecido al margen de este fenómeno. Antes al contrario, en los últimos años dentro de un imparable contexto de globalización e internacionalización creciente se ha convertido en uno de los epicentros del mismo de manera que algunos de sus Estados se han convertido en verdaderos *immigration countries* y otros, como España, han abandonado su condición tradicional de países de raíz inmigrante para convertirse en receptores de inmigración. Puede constatarse, en este contexto, que en poco tiempo los Estados europeos han pasado de ser países abiertos y poco restrictivos en la acogida de emigrantes por motivos políticos (especialmente con ocasión de las persecuciones fascistas y la segunda guerra mundial) o económicos (hasta la crisis de 1973) a convertirse en auténticas «murallas» que frenan o dificultan notablemente la inmigración.

Con todo, pese a la innegable trascendencia del tema, hasta fechas bien recientes el Derecho Comunitario había ignorado casi por completo este fenómeno. Los tratados constitutivos hablan efectivamente desde 1957 de la libertad de circulación de *personas*, pero bajo esta categoría se incluían únicamente la «emigración» de los trabajadores o prestadores de servicios que ostentasen la nacionalidad de alguno de sus Estados miembros. Los extranjeros no comunitarios venían a constituir, pues, un grupo totalmente ignorado.

* Este trabajo se inserta dentro de un proyecto de investigación más amplio financiado por el Gobierno de La Rioja (ANGI 2001/18).

** Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de La Rioja. Titular de la cátedra Jean Monnet de Derecho Comunitario Europeo.

Ello resultaba comprensible tan sólo si se tiene presente la natural resistencia de los Estados miembros a perder el poder de reglamentación en una materia (condiciones de entrada, estancia, permiso de trabajo, residencia...) que consideraban prerrogativa regaliana a indisolublemente ligada a su concepto de soberanía territorial e identidad nacional y, por lo tanto, de su exclusiva competencia.

Pero surgieron dos elementos que hicieron inevitable la inclusión de la cuestión de la inmigración en la agenda de la Unión Europea. Por un lado, la creciente aparición de conflictos jurídicos ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que tenían como protagonistas a extranjeros no comunitarios, especialmente nacionales procedentes de Estados terceros con los que la Comunidad Europea había concluido algún tipo de acuerdo de asociación o cooperación, cohonestaba mal con el pretendido vacío competencial comunitario. Y, por otro lado, resultaba del todo punto incompatible la desaparición de los controles en las fronteras interiores derivada de la creación de un mercado único (art. 14 TCE) con la total ausencia de una regulación comunitaria sobre los ciudadanos de Estados terceros. Tras la desaparición de las fronteras interiores en los Estados miembros y estando garantizada la libertad de circulación de las personas mal se puede distinguir en el cruce fronterizo interno entre ciudadanos comunitarios y extracomunitarios, pese a que su estatuto jurídico sea radicalmente diferente. Surge, pues, la obvia necesidad de articular una política común de fronteras exteriores y con ella una verdadera política de inmigración europea.

* * *

Sin embargo la tarea de articular una verdadera política de inmigración en el seno de la Unión Europea no ha resultado tarea sencilla. Ha habido que vencer resistencias políticas de algunos Estados miembros a perder este delicado ámbito competencial y ha habido que superar también dificultades jurídicas para idear con imaginación fórmulas que llevaran la regulación de la inmigración al ámbito europeo sin que los Estados perdieran por completo los mecanismos de control sobre la misma. No es, por tanto, costoso deducir que la difícil construcción de una política de inmigración europea se ha hecho de manera progresiva y no siempre basada en el tradicional método de *integración comunitario de carácter lineal*.

En efecto, la necesidad de engendrar una política común europea de inmigración se encuadró inicialmente extramuros de los Tratados constitutivos. Se basó en el modelo convencional ajeno a los mecanismos decisorios ordinarios de la Comunidad Europea. Así comenzó a surgir el que después se llamaría *acervo Schengen*. Esto es, el 14 de junio de 1983 se firmó el Acuerdo Schengen sobre la supresión de controles en las fronteras comunes entre los Estados del Benelux, Francia y Alemania; y el 19 de junio de 1990 se firmó por esos mismos Estados el Convenio de aplicación (en vigor desde el 26 de marzo de 1995) al que posteriormente se le fueron sumando Italia

(1990), España y Portugal (1991), Grecia (1992), Austria (1995) y Dinamarca, Suecia y Finlandia (1995), a la par que Noruega e Islandia, aunque no sean Estados miembros de la Unión Europea, ostentan igualmente la condición de Estados asociados (desde 1995). El contenido de estos acuerdos se centró básicamente en el establecimiento de medidas de seguridad compensatorias de la desaparición de los controles sobre las fronteras interiores, a lo que se le añade una compleja amalgama de actos y decisiones que se irán aprobando por el Comité ejecutivo.

Pero este modelo convencional pronto desveló sus insuficiencias. En realidad, supone una etapa transitoria. Era evidente que tanto por sus necesidades materiales como por sus carencias institucionales (sistema piramidal con vértice en el comité de ministros, confidencialidad de las negociaciones, falta de control democrático y judicial) y la opacidad de su instrumentario jurídico resultaba imposible su perpetuación.

Por ello, el Tratado de Maastricht, una vez que se divisaba la consecución del objetivo del Acta Única Europea de lograr el 31 de diciembre de 1992 la desaparición de las fronteras interiores, trajo consigo una nueva estructura en pilares dentro de la que se incluían el cruce de las fronteras exteriores y la inmigración como cuestiones de «interés común» dentro del denominado tercer pilar (antiguo art. K.1 TUE) relativo a los asuntos de interior y justicia. Se produjo, en realidad, el paso de la táctica extramuros de los Tratados a la incorporación al Tratado de una competencia en materia, pero con una dicotomía de pilares cuya delimitación resultaba incierta, difusa y particularmente problemática. Así, dentro del primer pilar (el TCE) se reconoció el derecho de petición a los extranjeros no comunitarios residentes en la Comunidad (actual artículo 194 TCE), el derecho a recurrir al defensor del pueblo (actual artículo 195 TCE) y, sobre todo por lo que aquí interesa, se atribuyó a la Comunidad competencia expresa para que el Consejo determinara los Estados terceros cuyos nacionales deberían poseer un visado para atravesar las fronteras exteriores de la Comunidad (antiguo artículo 100 C TCE, actualmente derogado). Por su parte, dentro del ya aludido tercer pilar (extracomunitario) sobre Cooperación en los Asuntos de Interior y Justicia (CAJI) se exigía a los Estados cooperar en diversos aspectos que afectaban directamente a los extranjeros comunitarios, básicamente en las condiciones de entrada y salida.

Con todo, pese al notable avance que trajo consigo Maastricht, pronto se percataron los Estados miembros que la reforma había resultado insuficiente. La delimitación competencial entre pilares resultaba difícil y frecuentemente controvertida; no en vano las denominadas «pasarelas» (antiguo art. K.9) resultaron infructuosas y baste citar como botón de muestra que el Tribunal de Justicia anuló el Reglamento 2317/95 de determinación de los países cuyos nacionales precisaban visado para el cruce de las fronteras exteriores (sentencia de 10 de junio de 1997, *Parlamento Europeo/Consejo*, C-392/95, *Rec.*, p. I-3213) que se había dictado al amparo del entonces artículo 100 C. Sin embargo, las instituciones comunitarias quedaban en realidad relegadas en

un proceso decisorio, ya que la Comisión vio roto su monopolio de iniciativa legislativa (a veces inexistente y otras veces compartido con los Estados), el Parlamento Europeo únicamente tenía que ser informado regularmente de los trabajos en curso (ni siquiera se requería dictamen consultivo) y el Tribunal de Justicia no ejercía ningún control sobre los instrumentos jurídicos del tercer pilar (salvo los convenios que así lo previesen expresamente). Resultaban igualmente insuficientes los instrumentos jurídicos del tercer pilar (posiciones comunes, acciones comunes y convenios). Y pese a todas las cautelas puestas por los Estados en el Tratado de Maastricht, los resultados fueron más que modestos. Sirva recordar en este sucinto bosquejo en la configuración de una política de inmigración europea que dentro del tercer pilar como manifestación del método intergubernamental acogido en Maastricht tan sólo se elaboraron una decena de convenios y de ellos en sentido estricto tan sólo uno entró en vigor, a saber, EUROPOL (1 de octubre de 1998) ya que el Convenio de Dublín en materia de asilo en realidad era anterior a Maastricht.

De ahí que Maastricht supusiera una fase intermedia en el largo camino hacia la configuración de una política de inmigración europea. En realidad, fue el Tratado de Amsterdam, en vigor desde el 1 de mayo de 1999, el que diseñó la política de inmigración actualmente en vigor. Su aportación podría resumirse en una «vuelta al redil comunitario». El Tratado de Amsterdam abrió, en efecto, una etapa final de superación de los anteriores modelos convencional e intergubernamental «comunitarizando» todo lo relativo a inmigración. Se introduce en el TCE un nuevo título IV sobre visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas (arts. 61 a 69 TCE) dejando en el ámbito extracomunitario (tercer pilar) únicamente lo relativo a la Cooperación Judicial y Policial en Materia Penal (arts. 29 a 42 TUE). Se incluyeron, así, en los Tratados atribución competencial suficiente para adoptar por las instituciones comunitarias importantes acciones en materia de inmigración. Y prueba del cambio de voluntad de los Estados fue la firme decisión de llevar a cabo esta política de inmigración en el nivel comunitario plasmada de modo palmario en el Consejo Europeo de Viena de diciembre de 1998 (aprobación del Plan de Acción) y, sobre todo, en las 62 sustanciosas conclusiones del Consejo Europeo extraordinario de Tampere de octubre de 1999.

Aun así no puede pasarse por algo que la comunitarización que trajo consigo Amsterdam se produjo con limitaciones materiales (hay dominios reservados a los Estados a través de la cláusula de orden público), institucionales (se resquebraja el monopolio de iniciativa legislativa de la Comisión al compartirlo con los Estados, el Parlamento Europeo se limita en lo básico a la mera consulta y el Tribunal de Justicia ve restringida su jurisdicción), temporales (se establece un plazo de cinco años para su puesta en marcha que concluirá en mayo de 2004) y geográficas (Reino Unido, Irlanda y Dinamarca quedan fuera de la política de inmigración europea).

Y decíamos que en el régimen que introdujo el Tratado de Amsterdam es el que está actualmente en vigor porque el Tratado de Niza, en vigor desde el pasado 1 de

febrero de 2003, apenas introduce modificaciones. Mantiene plenamente el sistema y en realidad se limita a añadir un nuevo párrafo quinto al artículo 67 TCE para extender el procedimiento de codecisión entre Consejo y Parlamento a determinadas materias para las que el Tratado de Amsterdam previó durante el periodo transitorio de los cinco años un procedimiento de consulta al Parlamento Europeo en el que el Consejo decide por unanimidad a propuesta de la Comisión o de un Estado miembro. El Tratado de Niza en modo alguno generaliza, pues, el procedimiento de codecisión ni mucho menos elimina la rémoras institucionales, jurídicas, materiales y geográficas que todavía afectan a la política de inmigración pese al avance evidente que supuso la comunitarización y la inserción de los temas de inmigración como un elemento clave del denominado *espacio de libertad seguridad y justicia*. Habrá que esperar al Tratado constitucional que elabore la Conferencia Intergubernamental de 2004, a partir del texto que el 20 de junio de 2003 le presente la Convención sobre el futuro de la Unión Europea, para alcanzar la plena comunitarización de la política de inmigración.

Aunque resulte aún excesivamente temprano para aventurar el posible contenido que adopte ese texto constitucional de 2004 sobre la materia de inmigración sí parece posible prever con cierto viso de realidad un paso definitivo en la materia. En efecto, el proyecto de artículo 31 de la parte I del aludido texto constitucional y el proyecto más detallado de artículos de la parte II relativos al espacio de libertad, seguridad y justicia que ha presentado la Convención en marzo de 2003 (CONV 614/03) parecen representar un decidido avance en el largo camino hacia una verdadera política de inmigración europea.

* * *

Por último, antes de concluir este breve análisis nos resta realizar una sucinta valoración de las acciones concretas emprendidas por las instituciones comunitarias en el ámbito de la inmigración. La regulación de la entrada de ciudadanos de países terceros al territorio de la Unión se basa, fruto precisamente de la peculiar configuración histórica reseñada en líneas anteriores, en la diferenciación legal entre la entrada para estancias de corta y de larga duración, situándose en tres meses el límite entre ambas. En consonancia con esto existen dos atribuciones competenciales diferentes. Una primera para regular el cruce de las fronteras exteriores para estancias que no superen los tres meses (art. 62.2 TCE) y una segunda para armonizar las condiciones de entrada y residencia de los nacionales de países terceros para un período de tiempo superior a los tres meses (art. 63.3, a TCE). Con todo, debe constatar de entrada que la preocupación principal de la acción comunitaria ha sido sin duda alguna la adopción de acciones encaminadas a reprimir la inmigración y residencia ilegales (art. 63.3, b TCE).

En primer lugar, respecto a las *estancias breves* inferiores a tres meses se han adoptado importantísimas decisiones. Podrían destacarse las relativas a las normas sobre visados. A propósito de ellas se aprobó en 1999 —dos meses antes de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam— un importante Reglamento para determinar los países terceros cuyos nacionales precisan estar en posesión de visado para atravesar las fronteras exteriores de los Estados miembros (Reglamento 574/99, de 12 de marzo de 1999, *DO L* 72 de 18 de marzo de 1999, p. 2), el cual se dictó para remplazar al ya citado Reglamento de 1995 que anuló el Tribunal de Justicia y ya ha sido modificado posteriormente en 2001 para, entre otras cuestiones, incluir también a los ciudadanos colombianos en el listado de exigencia de visados (Reglamento 539/2001 del Consejo de 15 de marzo de 2001, *DO L* 81 de 21.3.2001, p. 1) y más recientemente en 2003 para incluir también a los ciudadanos ecuatorianos (Reglamento 453/2003 del Consejo de 6 de marzo de 2003, *DO L* 69 de 13.3.2003, p. 10). Existen también recientes normas sobre la expedición de visados en frontera, incluidos los marinos en tránsito (Reglamento 415/2003 del Consejo, de 27 de febrero de 2003, *DO L* 64 de 7.3.2003, p. 1) y sobre documentos de tránsito (Reglamentos 693/2003 y 694/2003 del Consejo, de 14 de abril de 2003. *DO L* 99 de 17.4.2003, p. 8 y p. 15). Igualmente se han aprobado importantes normas relativas a un modelo uniforme de visado (Reglamento 334/2002 del Consejo, de 18 de febrero de 2002, *DO L* 53 de 25.2.2003, p. 7).

En segundo lugar, por lo que afecta a las estancias de larga duración la intensidad de la competencia comunitaria es mucho más tenue y, así, la actuación ha sido mucho menor. La competencia radica en lo básico en manos de los Estados miembros. Con todo, existen normas comunitarias de Derecho originario y derivado que, a nuestro juicio, permite diferenciar entre extranjeros privilegiados, semiprivilegiados y no privilegiados. No resulta posible detenerse en esta categorización, que ya hemos desarrollado en otra sede (MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: *La inmigración y el asilo en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2002, pp. 173-200). Baste afirmar que los extranjeros privilegiados serían quienes están prácticamente equiparados con los nacionales por mor del estatuto de ciudadanía europea prevista en el TUE (los nacionales de los 15 Estados miembros que serán 25 a partir de mayo de 2004) o en tratados preferenciales celebrados con terceros Estados (Suiza o Estados del Espacio Económico Europeo) o por ser familiares de estos (con independencia de su nacionalidad). Los extranjeros semiprivilegiados serían los nacionales de Estados con los que la Unión ha celebrado acuerdos de diferente índole (asociación, cooperación...) que con grandes diferencias y regímenes bien dispares prevén disposiciones en la materia (Turquía, actuales Estados de la preadhesión, países del Mediterráneo, ACP...). Respecto a éstos actualmente resulta obligada la referencia a la reciente sentencia del Tribunal de Justicia a propósito de la equiparación de derechos con los nacionales de los Estados miembros de un jugador eslovaco de balonmano en Alemania (sentencia de 8 de mayo de 2003, *Deutscher Handballbund eV y Maros Kolpak*, C-438/00). Y extranjeros no

privilegiados serían el resto de personas procedentes de Estados terceros con los que no existe ningún tipo de acuerdo con la Unión Europea con disposiciones en la materia. Como complemento de todo ello puede entresacarse también el Reglamento de 2002 por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países (Reglamento 1030/2002 del Consejo, de 13 de junio de 2002, *DO L* 157 de 15.6.2002, p. 1).

Y en tercer lugar, como ya apuntábamos anteriormente, respecto a lucha contra la inmigración ilegal es conocido que ha resultado el epicentro de la actuación comunitaria. La inmigración ilegal es claramente el principal eje impulsor de la toma de decisiones comunitarias en la materia, tanto al amparo del título IV TCE como en algunos casos al amparo de las normas sobre Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal del tercer pilar, incluido el acervo Schengen ahora ventilado parte en el TCE y parte en el citado tercer pilar. Las conclusiones del Consejo Europeo de Sevilla de junio de 2002 y la permanente preocupación por lograr acuerdos de readmisión que faciliten las expulsiones de los inmigrantes ilegales resultan suficientemente reveladoras.

A título de ejemplo pueden entresacarse algunas de esas actuaciones. Así, por lo que atañe a las normas dictadas al amparo del título IV TCE se ha adoptado una Directiva destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia ilegales (Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, *DO L* 328 de 5.12.2002, p. 17). Por lo que afecta a las normas adoptadas al amparo del tercer pilar podrían destacarse por encima de todas las decisiones marcos relativas a la lucha contra la trata de seres humanos (Decisión marco del Consejo de 19 de julio de 2002, *DO L* 203 de 1.8.2002, p. 1) y para reforzar el marco legal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (Decisión marco del Consejo de 28 de noviembre de 2002, *DO L* 328 de 5.12.2002, p. 1). Por otro lado, aunque sólo afecten indirectamente a la cuestión de inmigración en sentido estricto, por su capital importancia no puede dejar de citarse también las decisiones marco en materia de lucha contra el terrorismo (Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002, *DO L* 164 de 22.6.2002, p. 3) y la relativa a la orden de detención europea (Decisión marco del Consejo de 13 de junio de 2002, *DO L* 190 de 18.7.2002, p. 1). A todas ellas hay que sumar también la anterior Directiva de 2001 que, como desarrollo del acervo Schengen ventilado en la UE, completa lo previsto en el artículo 26 del Convenio de Aplicación de Schengen con «objeto de luchar eficazmente contra la inmigración ilegal, resulta esencial que todos los Estados miembros cuenten con un sistema para determinar las obligaciones de los transportistas que trasladan a nacionales extranjeros al territorio de los Estados miembros» (Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, *DO L* 187 de 10.7.2001, p. 45).

Para concluir este balance de las acciones ya adoptadas restaría hacer referencia a la intensa actividad que la Unión tiene todavía ante sí para dotarse de una política de inmigración que merezca tal calificativo. Pasos concretos que se darán en los próxi-

mos meses será probablemente la aprobación de toda una nueva paleta de normas. Las principales de ellas sean probablemente las propuesta de Directiva sobre relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (COM (2001) 127 final; *DO C* 240 de 28.8.2001, p. 79) y de Directiva sobre el derecho de reagrupación familiar (COM (2002) 225 final; *DO C* 203 de 27.8.2002, p. 136), si bien no faltan tampoco otras propuestas sobre cuestiones tan dispares como los requisitos de entrada y estancia de nacionales de terceros países a efectos de estudios (COM (2002) 548 final; *DO C* 45 de 25.2.2003, p. 18) o la concesión de permisos de residencia de corta duración a quienes cooperen con las autoridades competentes en la lucha contra la trata de seres humanos o la inmigración ilegal (COM (2002) 71 final; *DO C* 126 de 28.5.2002, p. 393).