

LA EXTRANJERIA NO COMUNITARIA EN EL MARCO DE LA COMUNIDAD ECONOMICA EUROPEA

Hacia la configuración de una política migratoria comunitaria y el reforzamiento de los controles exteriores

Antonio Ortiz-Arce de la Fuente

Catedrático de Derecho Internacional Privado

INTRODUCCION

En el contexto de la Comunidad Europea se pueden advertir diferentes elementos caracterizando el tratamiento de los extranjeros no comunitarios con importantes cambios en la aproximación hacia y contemplación de tal población migrante. Frente a la preocupación por la libertad de circulación intracomunitaria beneficiando a las personas físicas de los Estados miembros, se podrá observar un progresivo desplazamiento de la atención interestatal hacia la situación de la población inmigrada en favor de una progresiva atención comunitaria sobre los aspectos de la entrada y acceso al mercado laboral, en paralelo a la política de algunos Estados miembros tendente a intensificar las medidas de policía exterior.

La noción de extranjería resulta esencial en el ordenamiento comunitario europeo no sólo para caracterizar al correspondiente mercado y la diferencia entre relaciones intra y extracomunitarias, sino también para prevenir la extensión de las ventajas y de los niveles de liberalización a terceros Estados y a sus ciudadanos. Así, además del relevante artículo 7 del Tratado sobre no discriminación por razón de nacionalidad, con la admisión del efecto directo, y del conjunto de los artículos 48 a 73, con referencia a la libertad de circulación de las personas físicas, asalariadas y no asalariadas, de las personas jurídicas y de los capitales, que junto a las normas sobre la libre circulación de las mercancías configuran el panorama global de la extranjería desde el ángulo comunitario, hay que referirse al artículo 234.3: «... los Estados miembros tendrán en cuenta el hecho de que las ventajas concedidas en el presente Tratado por cada uno de los Estados miembros son parte integrante del establecimiento de la Comunidad y están, por ello, inseparablemente ligadas a la creación de instituciones comunes, a la

atribución de competencias en favor de estas últimas y a la concesión de las mismas ventajas por parte de los demás Estados miembros¹. La consecuencia de la atribución de competencias a las instituciones comunitarias estriba en el conjunto de ventajas liberalizadoras no extendibles a los Estados terceros al no resultar generalizables los niveles liberalizadores establecidos en el seno de una unión aduanera, de acuerdo con las exigencias del artículo XXIV del Acuerdo General de Aranceles y Comercio, en cuyo seno se ha ido contemplando en los últimos años la extensión de la liberalización en la circulación de productos a la liberalización en los servicios, en un deseo de generalizar la eliminación de los obstáculos a la extranjería, considerada globalmente, en los Estados miembros.

Ahora bien, a la hora de analizar los desarrollos en la reglamentación de la extranjería no comunitaria por parte de los Estados comunitarios cabría hacer con carácter introductorio dos consideraciones, una referida al tratamiento de acuñación comunitaria de las personas físicas asalariadas y no asalariadas de los Estados comunitarios, y beneficiarias así de la libertad de circulación, y otra sobre la eventual incidencia de la reglamentación de la nacionalidad en los Estados comunitarios sobre tal libertad de circulación.

De un modo muy resumido, se podría señalar en cuanto a los asalariados la prioridad de la mano de obra comunitaria, el derecho a permanecer en el territorio de un Estado miembro, tras el ejercicio de una actividad, y el reagrupamiento familiar, como el derecho de hacerse acompañar o reunirse con la familia en el país de acogida, todo ello de acuerdo con el Reglamento 1612/68 y la correlativa Directiva 68/360, ambos de 15 de octubre de 1968. Respecto a las personas físicas no asalariadas, o con actividad económica independiente, gozando de los derechos de establecimiento y de prestación de servicios, se podría

¹ Sobre el artículo 234.3 del Tratado de Roma, que resalta la compatibilidad de las obligaciones comunitarias con la derogación expresa al trato de la nación más favorecida, de acuerdo con el artículo XXIV del GATT, véanse, p. ej., P. Pescatore, «Les relations extérieures des Communautés Européennes. Contribution à la doctrine de la personnalité des organisations internationales», *Rec. des Cours*, vol. 103, 1961-II, pp. 179-185; A. Giardina, *Comunità Europee e Stati terzi*, Nápoles, 1964, pp. 38-43, y W. van Gerven, «Le droit d'établissement et la libre prestation de services», en G. van der Meersch (ed.), *Droit des Communautés Européennes*, Bruselas, 1969, p. 744: «En efecto, los nacionales del tercer Estado que no participa en esta Comunidad, y que, por tanto, no ha suscrito las obligaciones inherentes a esta participación, no pueden prevalerse [incluso] en virtud de una cláusula de la nación más favorecida, de las ventajas resultantes de esta Comunidad.»

En este estudio se ha optado por las expresiones realistas y tradicionales de «extranjería no comunitaria» y de «extranjería comunitaria», la última como extranjería privilegiada y marginando para los propósitos del trabajo la categoría de «ciudadanía europea», actualmente vaciada de contenido a pesar de su fulgor político, en tanto que todavía no se ha logrado la participación política en las elecciones en sus diferentes niveles, el acceso a los puestos de las Administraciones estatales y el total desmantelamiento de las discriminaciones disfrazadas todavía existentes so pretexto de conocimientos del idioma o de reconocimientos de títulos o diplomas, además de las lagunas todavía no cubiertas en el ámbito laboral.

advertir que el estatuto del extranjero comunitario aparece como objeto de una progresiva liberalización, en tanto que inmerso en una determinada actividad, configurándose así estatutos profesionales sectoriales correspondientes a los diferentes sectores. A través de la libertad de establecimiento se concede el derecho a obtener un tratamiento de asimilación para el ejercicio de actividades no asalariadas mediante una instalación duradera, principal o secundaria, con el fin de obtener una nueva clientela en el país de acogida. A través de la libertad de servicios, el derecho al tratamiento de asimilación y de no discriminación resulta concedido cuando la actividad es temporal y no va acompañada de instalación alguna en el Estado del destinatario de la prestación, aunque la consecuencia sea que resultan así menos controlables tales actividades o prestaciones. Las principales excepciones a la liberalización aparecen cuando las mencionadas actividades «participan en el ejercicio de la autoridad pública» o están expuestas a o resultan excepcionales por «motivos de orden público, seguridad pública y salud pública». Tal conjunto de disposiciones, incorporando la igualdad de trato, la coordinación de legislaciones y el reconocimiento de diplomas, ha sido desarrollado sucesivamente a través de los Programas generales decididos por el Consejo el 18 de diciembre de 1961, con el calendario de la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento, a través de las directivas de puesta en práctica de tales programas y de coordinación de las disposiciones de los Estados miembros relativas al acceso y al ejercicio de las actividades no asalariadas por parte de las personas físicas con nacionalidad de un Estado miembro, y mediante las diferentes medidas adoptadas a nivel estatal para la correspondiente adecuación al ordenamiento comunitario europeo. Paralelamente, hay que destacar el papel del Tribunal de Justicia comunitario, no sólo para interpretar el ordenamiento de integración en una línea teleológica, flexible y de la mayor eficacia, buscando la efectividad de las disposiciones, sino incluso para crearlo, colmando las lagunas producidas por la inactividad del Consejo, con anterioridad al Acta Unica Europea que ha introducido el nuevo artículo 100A con la regla de la mayoría cualificada, o por la desidia de los Estados. Así, ha declarado el efecto directo de ciertas directivas, una vez transcurrido el plazo proporcionado a los Estados para su ejecución. Su actividad ha constituido un considerable avance y, en este sentido, mediante sus decisiones de 1974 en los asuntos *Reyners* (as. 2/74) y *Van Binsbergen* (as. 33/74), declaró el efecto directo de los artículos 52, sobre la eliminación de las restricciones a la libertad de establecimiento después del período transitorio, esto es, desde el 1 de enero de 1970, en que la Comunidad se constituye como plena unión aduanera, y 59, sobre la eliminación de las restricciones a la libre prestación de servicios después del citado período transitorio. La consecuencia fue que con tal declaración de aplicabilidad directa, con la posibilidad de que los particulares invoquen tales disposiciones ante las administraciones de los Estados miembros, se hizo superflua cualquier directiva

posterior sobre supresión de restricciones, aunque no de las relativas a las condiciones para el ejercicio de las actividades profesionales o económicas, tendentes así a la coordinación de legislaciones².

La otra consideración que con carácter introductorio se pretendía incorporar está referida a la nacionalidad. En efecto, si resulta obvio que en principio su reglamentación a efectos de adquisición, conservación y pérdida incumbe a los Estados miembros, aunque las normas consuetudinarias generales de Derecho internacional limiten y recorren los ámbitos de discrecionalidad de los Estados en el contexto intracomunitario, sin embargo, su puesta en práctica puede interferir con la libertad de circulación de personas. El ejemplo más evidente en los últimos años lo representó la Ley británica de la nacionalidad, *British Nationality Act*, de 1981, entrada en vigor en 1983; se cuestionó en el Parlamento Europeo su conformidad con el ordenamiento comunitario en la medida en que creaba eventuales supuestos de apatridia, tanto en relación con descendientes de ciudadanos de Estados comunitarios nacidos en el Reino Unido, que podrían resultar así reticentes «a ejercer sus derechos a la libre circulación y al libre establecimiento», como en relación con «ciudadanos británicos nacidos fuera del Reino Unido que se verían privados de su derecho a transmitir la nacionalidad a sus hijos, con la consecuencia de convertir a algunos de ellos en apátridas... [desanimando] así a los ciudadanos británicos a hacer uso de su derecho a la libre circulación y al libre establecimiento». Se trataría así de un riesgo de pérdida de nacionalidad para la segunda generación de nacidos fuera del Reino Unido, de ascendencia británica o, mejor, con ciudadanía británica, que entorpecería la libertad de opción al domicilio o la libertad de circulación³.

I. LA REGLAMENTACION ESTATAL DE LA EXTRANJERIA NO COMUNITARIA HASTA EL ACTA UNICA EUROPEA

En la década de los sesenta, los mercados de empleo de los Estados comunitarios permanecían compartimentados, con la prioridad nacio-

² En general, sobre los extranjeros no comunitarios, P. Oliver, «Non-Community Nationals and the Treaty of Rome», *Yearbook European Law*, 1985, pp. 57-92, y N. O. Andersen, «The Movement of Labour within the Nordic Countries and within the European Communities», *Nordic Journal of International Law*, 1988, pp. 384-393. También, D. Lasok, *The Professions and Services in the European Economic Community*, Deventer, 1986.

³ Al respecto, Parlement Européen, Documents de séance 1981-1982, 10 juin 1981, Document 1-254/81, «Rapport fait au nom de la Commission juridique sur le projet de loi sur la nationalité britannique», Rapporteur M. K. Malangre; A. Evans, «Nationality and the Free Movement of Persons in the EEC: with Special Reference to the British Nationality Act 1981», *Yearbook European Law*, 1982, pp. 173-189; K. R. Simmonds, «The British Nationality Act 1981 and the Definition of the Term National for Community Purposes», *Common Market Law Review*, 1984, pp. 675-686; Ch. Greenwood, «Nationality and the Limits of the Free Movement of Persons in Community Law», *Yearbook European Law*, 1987, pp. 185-210, y A. Evans, «Nationality Law and European Integration», *European Law Review*, 1991, pp. 190-215.

nal en favor de los trabajadores de cada Estado y con la exigencia adicional del permiso de trabajo para los pertenecientes a los demás Estados, subsistiendo tales discriminaciones hasta los Reglamentos del Consejo 1612/68, de 10 de octubre, y 1251/70, de 29 de junio, con la paralela Directiva 360/68, que consagraron la igualdad de trato en las condiciones de trabajo y ventajas sociales, con la prioridad comunitaria en el empleo. Los Estados comunitarios tuvieron sus propias políticas de inmigración y los acuerdos y convenios con terceros Estados en materia de reclutamiento, e incluso con ciertos visos de creación de empleo en los países de origen, configuraron un panorama descoordinado y bien diferenciado entre los Estados comunitarios. A ello se añadía la circunstancia de que los acuerdos suscritos por la Comunidad en sus modalidades de comerciales, de cooperación y de asociación recortaban todo compromiso comunitario de apertura a la inmigración procedente del exterior comunitario. En la práctica, se dejaba a las administraciones estatales una amplia libertad para el tratamiento de la extranjería no comunitaria.

1. *Las políticas migratorias estatales y las vías de integración o de asimilación: los supuestos de Francia, República Federal de Alemania, Reino Unido y Estados del Benelux*

De un modo muy sucinto, se pueden traer a colación los principales rasgos de las disposiciones de los Estados comunitarios de inmigración sobre prioridad del mercado nacional del empleo, sobre agrupamiento familiar, sobre derechos reconocidos tras residencia en el país de acogida e inclusive sobre adquisición de la nacionalidad. Los datos obtenidos de una práctica administrativa basada en ocasiones en circulares e instrucciones, con cambios y alteraciones cíclicas y frecuentes, revelan en todo caso la existencia de una *loose-leaf legislation* referida a la inmigración⁴.

⁴ Se han tenido en cuenta: Commission, «Etude comparative des politiques migratoires des Etats membres de la CEE à l'égard des pays tiers à partir des accords bilatéraux conclus par la France, l'Allemagne, la Belgique et les Pays Bas avec des pays tiers», 1971 (Doc. 10.931/V/70-F. Rev.); «Politiques des Etats membres et de la Communauté en matière de migrations vis-à-vis des Etats tiers et des ressortissants des pays tiers résidant sur le territoire de la Communauté», 1978 (Doc. V/867/78-Fr.); S. Castles y G. Kosak, *Immigrant Workers and Class Structure in Western Europe*, Londres, 1973; T. Hammar, *European Immigration Policy. A Comparative Study*, Cambridge, 1985; «L'Europe et ses immigrés», *L'Evenement Européen*, 1990, y M. Zuleeg (ed.), *Ausländerrecht und Ausländerpolitik in Europa*, Baden-Baden, 1987. Sobre las políticas de integración seguidas por algunas Administraciones nacionales, p. ej., M. Stopes-Roe y R. Cochrane, «The Process of Assimilation in Asians in Britain», *International Journal of Comparative Sociology*, 1987, pp. 43-56; R. Leveau, C. Wihtol de Wenden y G. Kepel, en *Revue Française de Science Politique*, 1987, pp. 765-890; J. Hartog y N. Vriend, «Young Mediterraneans in the Dutch Labour Market: A Comparative Analysis of Allocation and Earnings», *Oxford Economic Papers*, 1990, pp. 379-401, y Z. Layton-Henry (ed.), *The Political Rights of Migrant Workers in Western Europe*, Londres, 1990.

En la República Francesa, la prioridad de los nacionales asalariados en el mercado laboral había sido ya asegurada después de 1945 a través de la sumisión a autorización previa de todo ejercicio de profesión asalariada por parte de extranjeros, con la limitación de la validez territorial y profesional de las correspondientes cartas o permisos de trabajo. La vía oficial de la inmigración fue la de la Oficina nacional de inmigración, u *Office national de l'immigration*, por la que se gestionaban los contratos previos, que a veces resultaban transmitidos por las misiones instaladas en los Estados con los que existían acuerdos de reclutamiento de mano de obra. La Administración concedía discrecionalmente los permisos de trabajo tanto temporales como ordinarios de validez limitada, que resultaban paralelos a las autorizaciones de estancia temporal y de estancia de residente ordinario, mientras que los permisos de trabajo de validez permanente y para todas las profesiones asalariadas resultaban concedidos de pleno derecho cuando se cumplían las rigurosas condiciones de la residencia de diez años y de la posesión del permiso de residente privilegiado. Con la entrada de la familia, durante algún tiempo, se obtenía con mayor facilidad la autorización como residente privilegiado, y también se reducía la exigencia general de la estancia de diez años a tan sólo tres cuando se estuviera casado con francesa o se tuviera descendencia.

Siguiendo con el caso francés, en julio de 1974 se suspendió la inmigración a Francia y, a partir de 1977, se limitaron las ventajas de los ya residentes con el estímulo de las ayudas al regreso, previstas inclusive en determinados acuerdos, condicionándose además la entrada familiar a título de reagrupamiento a la renuncia a entrar en el mercado laboral. Las oscilaciones normativas en materia de extranjeros comenzaron con la Ley 80-9, de 10 de enero de 1980, «Ley Bonnet», «relativa a la prevención de la inmigración clandestina, con modificación de la Ordenanza de 2 de noviembre de 1945, sobre las condiciones de entrada y de estancia en Francia de los extranjeros», que permitía a las autoridades administrativas la expulsión de extranjeros por orden público o por situación irregular; continuaron con la Ley 81-973, de 29 de octubre de 1981, sobre las condiciones de entrada, derecho de asociación y empleo de los extranjeros en situación irregular, que proporcionaba una mayor dosis de seguridad y estabilidad a la población inmigrada y a la denominada segunda generación extranjera. Después de la Ley 84-622, de 17 de julio de 1984, y de la 86-1025, de 9 de septiembre de 1986, que concedía plena libertad de asociación y protección a los trabajadores en situación regular, creaba títulos únicos de estancia y de trabajo y admitía nuevas disposiciones de policía y de control con la reconducción a la frontera de los extranjeros en situación irregular, disminuyéndose las garantías procedimentales en la expulsión, se desembocó en la nueva Ley 89-548, de 2 de agosto de 1989, que refuerza la severidad en la entrada, con la reconducción a la frontera de los irregulares o clandestinos, y aumenta las garantías contra la expulsión de los extranjeros.

Sobre las condiciones para la adquisición de la nacionalidad francesa, desde la perspectiva de la inmigración laboral, se puede señalar que ya por la Ley de 9 de enero de 1973 se permitía que el cónyuge extranjero de persona de nacionalidad francesa podría reclamar esta nacionalidad por vía de la opción, sin que se fijara un plazo para suscribir la correspondiente declaración. Desde el ángulo de la segunda generación, el menor nacido en territorio francés de padres extranjeros es extranjero, pero puede adquirir la nacionalidad francesa a la mayoría de dieciocho si hubiera permanecido en Francia sin interrupción desde los trece, aunque con posibilidad de oposición administrativa. Si uno de los padres justificara cinco años de residencia, el joven nacido en Francia podría solicitar tal nacionalidad por declaración a los dieciséis o a los dieciocho. La condición de la renuncia a la nacionalidad de origen para poder adquirir la nacionalidad francesa no existe, abriéndose así la posibilidad de la doble nacionalidad.

En la República Federal de Alemania, la prioridad del mercado nacional del empleo ha resultado una constante legislativa y administrativa, habiéndose tratado a la emigración que accedía al territorio alemán en términos de «trabajadores invitados», en unas condiciones de reducida predisposición para la integración y con un monopolio en el reclutamiento y en la colocación por parte de la Oficina federal del trabajo, o *Bundesanstalt für Arbeitsvermittlung*. En ausencia de acuerdo con el Estado de origen, los empleadores alemanes obtuvieron permiso para proceder directamente al reclutamiento. De acuerdo con el Reglamento de 2 de marzo de 1971, sobre la concesión de la autorización de trabajo a los trabajadores no alemanes, o *Arbeitserlaubnisverordnung*, se requería la autorización general para cualquier actividad o empresa, válida para dos o tres años si el empleado hubiera estado trabajando con una anterioridad de dos, aunque siempre expuesto a su revocación al dependerse de la situación del mercado; la más privilegiada autorización particular resultaba limitada para una actividad en una empresa determinada, con una validez de cinco años cuando concurrieran las circunstancias de estar casado con persona de nacionalidad alemana o de haber residido durante cinco años previos, y con una validez ilimitada para quienes hubieran residido durante diez años. Paralelamente a tales requisitos laborales, en los que se arriesgaba la falta de autorización particular o la expulsión, la Ley sobre los extranjeros, *Ausländergesetz*, de 28 de abril de 1965, con sus posteriores modificaciones, establecía la autorización de estancia limitada a un año y condicionada a la relación laboral correspondiente y el título de estancia, otorgable discrecionalmente tras una residencia de cinco años, con evidentes ventajas para evitar la expulsión. El caso es que después de 1973, en que fue cerrado el mercado laboral a los extranjeros y comenzó una importante salida voluntaria u obligada de extranjeros, se perfilaron algunos acuerdos de ayuda al regreso con asistencia financiera y, como consecuencia de un concierto entre autoridades federales y es-

tatales, o de los *Länder*, se atisbaron medidas de mejora de la situación de los trabajadores ya residentes al conceder permisos ilimitados de trabajo, tras cinco años, y de residencia, tras ocho años, prestándose especial atención a la segunda generación adolescente. Sobre la nacionalidad, el menor nacido en territorio alemán adquiere tal nacionalidad si uno de los padres es alemán o si, nacido fuera de matrimonio, lo fuera la madre; la adquisición por naturalización resulta admitida después de un período de residencia de diez años o de cinco, en el caso de estar casado con persona de nacionalidad alemana.

Si se pasa al caso del Reino Unido, se advertiría con carácter previo la primacía de la procedencia regional o de algunos Estados de la *Commonwealth*, en la inmigración llegada, con las correspondientes soluciones. Así, la ya mencionada Ley de 30 de octubre de 1981 estableció tres categorías de ciudadanía, en relación con la nacionalidad británica, al distinguirse entre la ciudadanía británica, concerniente a las personas nacidas en el Reino Unido; la ciudadanía británica de los territorios dependientes, y la ciudadanía británica de Ultramar, referida la última a los ciudadanos de las antiguas colonias convertidas en Estados independientes y que en su momento no renunciaron a su nacionalidad británica. Tan sólo las personas de la primera categoría gozan del derecho de libre circulación y de establecimiento en la Comunidad y de situar su domicilio en el Reino Unido. Así, a través de las disposiciones sobre nacionalidad se ha tratado de reducir el volumen de la inmigración con la intensificación de las condiciones para la autorización de estancia en el Reino Unido e incluso para permitir la entrada a título de reagrupamiento familiar.

Con los Estados del Benelux se vuelve a los planteamientos migratorios generales, al margen del condicionamiento regional o determinado en medida variable por antiguas relaciones coloniales. En el caso de Bélgica, la prioridad del mercado nacional del empleo, con las correspondientes exigencias de autorización para el empleador y de permiso de trabajo A, de duración ilimitada y que era concedido tras cinco o tres años de trabajo y de estancia regular e ininterrumpida, fue establecida mediante un Decreto real de 20 de julio de 1967. Los permisos de trabajo B y C, de duración limitada, para una empresa o una rama de actividad concretas, eran concedidos a falta de trabajadores disponibles en el mercado nacional. Sin embargo, como consecuencia de la recesión económica, la inmigración fue cortada en 1974, regularizándose ya la entrada y manteniéndose el derecho al reagrupamiento familiar, mientras se reprimía fuertemente el empleo ilegal. Mientras la Ley orgánica de 15 de diciembre de 1980, «sobre el acceso al territorio, la estancia, el establecimiento y el alejamiento de los extranjeros», garantizó ampliamente la seguridad de los extranjeros autorizados y el goce efectivo de las libertades constitucionales gracias a la protección contra las medidas administrativas de policía, también se introducían limitaciones para la estancia de extranjeros no comunitarios con el restablecimiento del visado obligatorio para las personas

de Estados de emigración presunta. Desde el ángulo de la nacionalidad, la Ley de 28 de junio de 1984 admitió la doble nacionalidad, al no exigirse ya la condición de la renuncia de la de origen, y estableció nuevas disposiciones sobre atribución por nacimiento en Bélgica y sobre adquisición por opción, por matrimonio con belga, por posesión de estado o por naturalización, en una cierta línea de integración y de regularización.

En los Países Bajos, la prioridad del mercado nacional del empleo fue reforzada en 1970, ya que la mano de obra extranjera tan sólo podía ser reclutada a través de los canales oficiales y debía proceder de Estados con los que se hubiera concluido un acuerdo de empleo o de reclutamiento, doblado generalmente con otro de seguridad social. El carácter restrictivo de la política de inmigración ha resultado constatable en los límites de edad fijados para los trabajadores extranjeros, en el condicionamiento de la admisión o del reagrupamiento familiar a la posesión de una garantía de empleo y de un alojamiento conveniente, y en las medidas de control de entrada para evitar la inmigración clandestina. Finalmente, en el caso de Luxemburgo se ha podido observar, tras 1975, una política restrictiva semejante, con la limitación de la renovación de los permisos de trabajo normales o generales, lo mismo que del reagrupamiento familiar.

Junto a este panorama estatal comparado, con sus evidentes diferencias y fluctuaciones, deberán mencionarse los convenios concluidos por los Estados comunitarios afectando a la inmigración.

2. *Los acuerdos comunitarios de asociación y de cooperación y su incidencia sobre la inmigración: referencia a los acuerdos concluidos por la Administración española con Estados comunitarios durante el período de 1958 a 1963*

Las disposiciones referidas a la extensión a terceros Estados de la liberalización intracomunitaria de personas ha resultado excepcional en los diferentes acuerdos concluidos por la Comunidad y revistiendo las formas de asociación, cooperación e incluso comerciales. En la Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974 se indicaba en su Programa de acción la inclusión de disposiciones de estándar mínimo en el marco de los acuerdos que adoptase la Comunidad con terceros.

Al margen del caso de los países y territorios de Ultramar que han tenido relaciones particulares con algunos Estados comunitarios y a cuyos ciudadanos eventualmente asalariados se hace referencia en el artículo 135 del Tratado de Roma, al indicarse que su suerte sería regulada por ulteriores convenios requiriendo la unanimidad de los Estados miembros, se pueden mencionar aquí los casos de los convenios de Lomé, con los Estados denominados ACP, esto es, los 68 de Africa, Caribe y Pacífico, en la forma de asociación, e igualmente de los concluidos en su día con Grecia en 1961 y con Turquía en 1963, tam-

bién en la forma de asociación, y de los supuestos de los acuerdos de cooperación con otros Estados. Respecto a España, habrá ocasión de citar el Acuerdo comercial de 1 de noviembre de 1970, que fue concluido en base al artículo 113 del Tratado, y que tan sólo mediante un canje de notas se permitía un intercambio de puntos de vista sobre la situación de la mano de obra española en los Estados comunitarios, sin reconocerse así compromiso alguno⁵.

Los convenios de Lomé, a partir de 1975 y establecidos en el marco de una política de asociación prevista en los artículos 131 a 136 del Tratado de Roma, no han contenido disposición alguna concediendo la libre circulación en la Comunidad a las personas físicas de los Estados asociados. La reciprocidad se ha admitido en cuanto al establecimiento y los servicios con el fin de evitar un tratamiento no discriminatorio. Ya en el convenio de Lomé II se incluía en el anexo XV un compromiso de cooperación futura respecto a los trabajadores de un Estado parte residiendo legalmente en el territorio de otro, sin que se mencionara la apertura del mercado laboral comunitario. Las obligaciones resultan de comportamiento y de tratamiento para trabajadores ya residentes.

Diferente cariz tenía el Acuerdo de Atenas creando la asociación entre Grecia y la Comunidad en 1961 y entrado en vigor al año siguiente, al prever de modo expreso la libre circulación de trabajadores, tras el período transitorio de doce años, aunque con excepciones, teniendo en cuenta la situación de empleo en Grecia, y de establecimiento, junto con programas de asistencia técnica. El Acuerdo con Turquía de 1963, con sus períodos preparatorio, transitorio y definitivo, resultaba parco en cuanto a los derechos de los ciudadanos turcos, en cuanto que indicaba tan sólo que las partes contratantes convenían en «inspirarse» en los artículos correspondientes del Tratado de Roma para realizar gradualmente la libre circulación de trabajadores y la supresión de las restricciones para el establecimiento y los servicios. Si por el Protocolo adicional de 1970 la libre circulación de asalariados sería satisfecha a partir de 1976, propósito que resultó congelado, no obstante, fueron mejoradas las reglas sobre las condiciones de trabajo y de remuneración como, asimismo, las de seguridad social, con la eventual exportación de las prestaciones a Turquía.

El caso es que consideraciones semejantes sobre no discriminación en las condiciones de remuneración y de empleo y de seguridad social se han desprendido del Acuerdo de cooperación con Marruecos de 27

⁵ En relación a los trabajadores migrantes de Estados terceros en la Comunidad y su conexión con los convenios de asociación y de cooperación concluidos por la Comunidad, W. Much y J. C. Séché, «Les droits de l'étranger dans les Communautés Européennes», *Cahiers Droit Européen*, 1975, pp. 251-279; D. Duysse, «Migrant Workers from Third Countries in the European Community», *Common Market Law Review*, 1978, pp. 501-520; W. Molle y A. van Mourik, «International Movements of Labour under Conditions of Economic Integration: The Case of Western Europe», *Journal Common Market Studies*, 1988, pp. 317-342, y T. Straubhaar, «International Labour Migration within a Common Market: Some Aspects of EC Experience», *Journal Common Market Studies*, 1988, pp. 45-62.

de abril de 1976, en la misma línea de los concluidos con otros Estados de la cuenca mediterránea, aunque en los mismos no se garantiza la entrada y la libre circulación, máxime cuando se han ido restableciendo los visados con estos Estados.

Ciertas peculiaridades revistieron los acuerdos concluidos por algunos Estados comunitarios con España, demostrativos de que las carencias convencionales podían resultar colmadas por la situación de los mercados de empleo que permanecieron abiertos hasta los años setenta. Se trata del acuerdo hispano-belga de 28 de noviembre de 1956, de emigración, firmado tras la tragedia de Marcinelle en las minas belgas, que supuso la retirada de los mineros italianos, que resultaban así sustituidos; del hispano-alemán federal de 29 de marzo de 1960, sobre migración, contratación y colocación de trabajadores españoles; del convenio hispano-holandés de 8 de abril de 1961, con el mismo título, y del convenio hispano-francés de 1961, sobre trabajadores permanentes, reclutamiento y reagrupamiento familiar y trabajadores de temporada, complementario del ya antiguo de 1932 de trabajo y asistencia. Tales acuerdos se complementaban con los de seguridad social.

La red de convenios bilaterales firmados por la Administración española apenas mejoraba el tratamiento ofrecido por las correspondientes disposiciones de Derecho común en cuanto a los organismos de reclutamiento, los controles sobre la mano de obra inmigrada, el contrato de trabajo sometido al correspondiente ordenamiento local o territorial, la exigencia paralela y acumulada de los permisos de trabajo y de estancia, que aumentaban el grado de dependencia de los trabajadores migrantes, e incluso respecto al reagrupamiento familiar. En efecto, tan sólo se proporcionaba una mínima seguridad frente al desempleo en el convenio con Bélgica, en el que había un compromiso para obtener el permiso de trabajo de duración ilimitada para cualquier empleo si se justificaban cinco años de residencia regular e ininterrumpida; también el reagrupamiento familiar resultaba admitido en el convenio con Bélgica y, en menor medida, en el concluido con Francia, y en materia de educación y formación profesional en favor de los emigrantes españoles tan sólo había un mínimo compromiso en el convenio con Francia «de dar acceso en los centros de formación profesional públicos a los trabajadores migrantes y a los miembros de sus familias». En ocasiones, el reagrupamiento era sustituido por disposiciones de corte paternalista y vacías de contenido, como en el convenio con los Países Bajos, por el que «se examinarán con benevolencia todas las iniciativas de las organizaciones sociales y religiosas neerlandesas y españolas tendentes a facilitar la adaptación de los trabajadores españoles», o incluso por disposiciones más exigentes como en el caso del concluido con la República Federal, por el que se señalaba que «tras acreditar que disponen de vivienda suficiente a tales efectos, podrán solicitar de la policía de extranjeros competente el necesario permiso de residencia». El resultado de esta dependencia respecto a la coyuntura económica del Estado de inmigración ha sido

la propensión general de la segunda generación hacia los ciclos reducidos de enseñanza, sin grandes oportunidades sociales.

Una última mención podría ser hecha a los convenios multilaterales vinculando a los Estados comunitarios respecto a extranjeros no comunitarios. Así, en el marco de la OIT, el Convenio número 97, sobre los trabajadores migrantes de 1949, tiene tan sólo tibios compromisos en acogida, seguridad social y remesas de emigrantes, mientras el Convenio número 153, «sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de trato de los trabajadores migrantes», de 1975, contiene normas más concretadas para la prevención de abusos con asistencia de las organizaciones sindicales, en empleo, seguridad social, derechos sindicales y libertades individuales y colectivas, pero tan sólo vincula a Italia. En el marco del Consejo de Europa, con los derechos y garantías reconocidos exclusivamente a las personas físicas de los Estados contratantes, la Carta Social Europea de 1961 esbozaba una cierta pauta de asimilación respecto a los trabajadores migrantes, aunque permaneciendo los Estados como únicos responsables de la política migratoria sin el menor atisbo de libertad de circulación, y el más reciente Convenio europeo de trabajadores migrantes de 1977 tan sólo puede beneficiar a los trabajadores turcos a través de sus compromisos de reagrupamiento familiar limitado, recursos por la retirada del permiso de residencia y derecho a permanecer durante cinco meses cuando la pérdida del empleo ha sido involuntaria.

3. *Los acuerdos migratorios como instrumentos de creación de empleo: las soluciones bilaterales y las soluciones multilaterales*

Dentro de los acuerdos de emigración o de reclutamiento de mano de obra concluidos en los años sesenta entre Estados comunitarios y Estados menos desarrollados europeos o africanos se incluyeron progresivamente, junto a las disposiciones sobre las necesidades cuantitativas y cualitativas en trabajadores migrantes, condiciones de edad o estancia, nuevas reglas sobre reagrupamiento familiar, formación profesional y medidas de cooperación para la mejora del nivel de formación de los trabajadores envueltos en tales convenios. Así, a través de determinados acuerdos se ha tratado de integrar el problema de la emigración en el marco de la cooperación y del desarrollo, al acogerse determinadas exigencias o al menos intereses de los Estados de salida.

Fue la República de Argelia el primer Estado de emigración que hizo insertar en sus convenios con Estados comunitarios la regla de que los flujos o corrientes de emigración fueran fijados en función de los problemas planteados a las economías de las partes contratantes, tal como se puede observar en el Acuerdo franco-argelino de 1964. Si después de 1972, coincidiendo con la recesión, no fue concluido convenio alguno de reclutamiento, desde 1977 aparecieron nuevas categorías de acuerdos, bien sobre «estatuto», con referencia al tratamiento y a

los derechos de los trabajadores portugueses en Bélgica, Francia o Luxemburgo, tal como se revela en los correspondientes acuerdos de 1977 y 1978; bien sobre «retorno o regreso». En el marco de estos últimos convenios se pueden distinguir las medidas que afectan o interesan a los trabajadores ya emigrados y las que contemplan a los trabajadores que acceden a un período de formación.

La primera categoría de medidas se traduce en asegurar al trabajador la igualdad de trato, tal como se advierte, por ejemplo, en el artículo 10 del Protocolo relativo a la formación profesional de los adultos anejo al Convenio franco-marroquí de 1963, según el cual «el gobierno francés recomendará a los empresarios que los trabajadores marroquíes puedan ser admitidos en las mismas condiciones que los demás trabajadores en los centros de formación profesional y, de modo general, en los cursos de perfeccionamiento administrados por las empresas que sirvan para la promoción social». Dentro de la misma tónica de obligaciones de comportamiento, en los convenios firmados por la República Federal de Alemania con Marruecos en mayo de 1963 y con Túnez en octubre de 1965 se especificaba que los trabajadores de estos Estados debían ser empleados con preferencia en los trabajos que tengan que efectuar con motivo del regreso al país, aunque la regla carecía de un mecanismo concreto para su puesta en práctica.

La segunda categoría de medidas está conectada con la cooperación técnica y constituye una de las contrapartidas favorables para el país en desarrollo, en la medida en que el suministro de mano de obra va acompañado de un programa de asistencia en materia de formación. Así, en el Convenio franco-marroquí de 1963 resultaban previstas la admisión de contingentes anuales de marroquíes en los centros de formación profesional franceses, siempre a cargo de la administración francesa, de contingentes para el seguimiento de los cursos de formación de monitores de formación profesional, sesiones especiales de formación para los cuadros marroquíes y el concurso de consejeros técnicos para los centros de formación profesional marroquíes. Se preveía favorablemente la prolongación de la estancia del residente así formado, con el compromiso de búsqueda de empleo. Por el contrario, la Administración belga en sus convenios con Argelia y Túnez advertía de la necesidad de que el trabajador en período de formación de un año regresase a su país una vez transcurrido el período previsto.

Dentro de estas soluciones bilaterales se hará especial referencia a las actuaciones de las Administraciones francesa y alemana federal. En el marco de la primera, el Convenio entre Francia y Argelia relativo a la circulación, al empleo y a la estancia en Francia de ciudadanos argelinos y de su familia, de 1968, contemplaba la preformación y la formación profesional de los migrantes, con vistas a la integración en Francia y a la posterior reinserción en el Estado de origen. También el Convenio de 1974 preveía la formación profesional de los trabajadores argelinos que regresaran y, sustituyendo al primitivo de 1968, el Canje de notas, constitutivo de acuerdo entre Francia y Argelia de 18 de septiem-

bre de 1980, relativo al regreso a Argelia de trabajadores argelinos y de sus familias, establecía disposiciones más perfeccionadas y concretadas, al incorporar reglas sobre cooperación en formación profesional, sobre ayuda para la creación de pequeñas empresas en Argelia y sobre incitación al regreso, en una línea de «reinserción armoniosa», pasando el peso de la formación desde el plano lingüístico al de la formación profesional. Si, por un lado, el gobierno francés se comprometía a tomar a su cargo la formación en Francia de los futuros educadores y formadores argelinos en actividades profesionales, además de la «financiación de la construcción y del equipamiento de las sesiones o de los centros nuevos necesarios para el programa, junto a créditos privilegiados y privados garantizados», por otro lado, se establecía un comité técnico mixto denominado «empresas» con el fin de examinar los proyectos de creación de empresas, dotándole así de una importante cobertura institucional.

El caso es que la suspensión de la inmigración y el arraigamiento de la población inmigrada orientaron, en la década de los setenta, la conclusión de determinados convenios bilaterales por la Administración francesa tendentes a mejorar la adaptación de los trabajadores migrantes y de sus familias en la sociedad francesa, respetando su identidad cultural. Constituyen ejemplos de esta línea convencional el Acuerdo franco-portugués «relativo a la inmigración, a la situación y a la promoción social de los trabajadores portugueses y de sus familias en Francia», hecho en Lisboa el 11 de enero de 1977, en base al cual se preveía la creación de pequeñas empresas en el Estado de origen y el reforzamiento de la presencia portuguesa en los centros franceses de formación profesional. También, el Protocolo franco-malí relativo al empleo y a la estancia de los trabajadores asalariados y de sus familias, de 11 de febrero de 1977, y el más reciente Acuerdo franco-senegalés «sobre la formación con vistas al regreso y a la reinserción en la economía senegalesa de los trabajadores que hubieran emigrado temporalmente a Francia», hecho en Dakar el 1 de diciembre de 1980, entrando en vigor en agosto de 1982. En los términos del último, si la naturaleza, el contenido de las enseñanzas de formación y la elección de los formadores resultan definidos de común acuerdo, la comisión mixta de expertos define las modalidades y el funcionamiento de las etapas de formación y de adaptación; se observa una reticencia de la Administración francesa a vincular el éxito de la reconversión o del perfeccionamiento profesional de los trabajadores senegaleses en el marco de las necesidades de la economía de su país de origen con la orientación de la inversión francesa en el Senegal, con la consecuencia de que ambas corrientes, migratoria e inversionista, no aparecen coordinadas y no se condiciona la entrada de las sociedades francesas a la exigencia de contar con personal laboral procedente de los centros de formación profesional en el Acuerdo⁶.

⁶ Sobre los acuerdos concluidos por la Administración francesa y las variaciones en la política migratoria francesa, J. Mincés, *Les travailleurs étrangers en France*.

También la Administración de la República Federal de Alemania consideró en la década de los setenta que, en relación con la población migrante, convendría no tener tan sólo en cuenta las necesidades del mercado del empleo, sino también promover la reintegración profesional en el Estado de origen. Se pueden citar los Acuerdos con Turquía de 15 de junio de 1971, sobre la formación técnica y profesional de los trabajadores turcos, y de 7 de diciembre de 1972, con el fin de promover la reintegración profesional de los trabajadores turcos en su economía, y, también de la misma fecha, sobre la creación de un Fondo especial de crédito para financiar la reinserción. A la hora de hacer un balance de esta experiencia bilateral, cabe poner de relieve que la Administración alemana sirvió como importante coadyuvante para la creación de empresas en base al compromiso político instaurado, a las costumbres y hábitos establecidos y al sentimiento de responsabilidad configurado, aparte de que en el plano de la asistencia técnica el propio Ministerio federal de la cooperación económica concedió un amplio apoyo a la «Asociación de las sociedades de los trabajadores turcos» (*Verbando Türkischer Arbeitnehmergeellschaften*), con importantes funciones en la formación de cuadros y en la puesta en práctica de sus proyectos. La creación durante tales años de una treintena de pequeñas sociedades manufactureras en Turquía, con técnicas intermedias, y la gestación de unos doce o trece mil empleos gracias también a las sociedades abiertas al ahorro emigrante, han constituido una prueba de colaboración fructífera⁷.

Si se pasa a las soluciones multilaterales, tan sólo cabría hacer una referencia al Convenio europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1977, ratificado por España en 1980 y entrando en vigor el 1 de mayo de 1983. Este Convenio insiste en los aspectos de la conservación de vínculos lingüísticos, culturales y afectivos con el Estado de origen, que se traducen en las disposiciones sobre respeto de la identidad cultural, la promoción de la enseñanza de la lengua e incluso la concesión de facilidades para las vacaciones en el Estado de procedencia. Por el

Enquête, París, 1973; B. Granotier, *Les travailleurs immigrés en France*, París, 1976; C. Kennedy-Brenner, *Les travailleurs étrangers et les politiques d'immigration. Le cas de la France*, París, 1979; A. Benhadji, «Retour et réinstallation des travailleurs migrants dans leur pays d'origine», *Bulletin de l'Institut International d'Etudes sur le Travail*, 1976; D. Kubat et al., *The Politics of Return. International Return Migration in Europe. Proceedings of the First European Conference on International Return Migration*, Nueva York, 1983, y J. Picard, «Les conventions bilatérales passées par la France», en Société Française pour le Droit International, *Les travailleurs étrangers et le droit international*, París, 1979, pp. 107-117.

⁷ En relación con los acuerdos concluidos por la Administración alemana federal y las fluctuaciones en el mercado laboral alemán, F. Catalano, «Les travailleurs migrants aujourd'hui. Réflexions, problèmes et évolutions prioritaires», *Annuaire Européen*, 1976, pp. 52-86; B. Kayser, *Migrations de main d'oeuvre et marchés du travail*, OCDE, París, 1971; U. Mehrländer et al., *Situation der ausländischen Arbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen in der Bundesrepublik Deutschland. Repräsentativuntersuchung 1980*, Bonn, 1981, y P. Jurecka y M. Werth, *Mobilität und Reintegration*, Saarbrücken, 1981.

artículo 14.5 del mismo se impone al Estado de acogida la obligación de organizar la formación-retorno en cooperación con el Estado de origen: «Las partes contratantes concernidas velarán, en la línea de una estrecha cooperación, por el objetivo de que en la formación y reeducación profesionales... se tengan en cuenta en todo lo posible las necesidades de los trabajadores migrantes en orden al regreso a su Estado de origen.» También, tratándose de un tibio compromiso de comportamiento y no de resultado, el artículo 30, al tratar el tema específico del «retorno», señala con carácter preventivo que el Estado de origen transmitirá a la Administración del Estado de acogida toda la información disponible sobre «las posibilidades y condiciones de empleo en el Estado de origen, la ayuda financiera acordada para la integración económica, la conservación de los derechos de seguridad social adquiridos en el extranjero, las medidas a adoptar para facilitar la búsqueda de alojamiento y la convalidación de los certificados o diplomas profesionales adquiridos en el extranjero, o, si fuera preciso, las pruebas para su convalidación y la misma equiparación de los títulos de estudios adquiridos en el extranjero, con el fin de que los hijos de los trabajadores migrantes se integren en las escuelas sin perder curso». Se echa de menos, sin embargo, la existencia de algún compromiso serio entre los Estados partes en el convenio para la financiación del regreso o para el encauzamiento del ahorro a los fines de la creación de empleo en el Estado de origen⁸. Esta Administración estatal asume importantes obligaciones al tener que implantar adecuados servicios de información para adecuar la oferta y demanda laborales, para clasificar los empleos por tipos, sectores o regiones y para suministrar informaciones útiles sobre las posibilidades de créditos, alojamiento y otros servicios sociales, además de sobre las transferencias de los derechos de seguridad social, formación profesional, utilización del ahorro y el propio coste de vida.

Resulta también evidente que en el supuesto de regreso se deben salvaguardar los derechos sociales adquiridos o en curso de adquisición por los migrantes en el país de llegada, y así en las materias de seguridad social, asistencia sanitaria, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, el mantenimiento de los derechos sociales pertinentes aparece garantizado por el Convenio europeo de la seguridad social de 1 de marzo de 1977. La política de concertación propugnada en el marco del Consejo de Europa está en contradicción, o ha estado en contradicción, con la postura de algunos Estados de acogida o de inmigración que para favorecer el regreso ofrecían el reembolso de las cotizaciones entregadas, lo cual estaba en flagrante oposición con los intereses de los propios trabajadores, que se encontrarían privados de asistencia incluso en caso de urgencia. En la propia Carta Social Euro-

⁸ Sobre el Convenio, H. Golsong, «La Convention Européenne relative au Statut Juridique du Travailleur Migrant», en Société Française pour le Droit International, *Les travailleurs étrangers et le droit international*, Paris, 1979, pp. 226-251.

pea de 18 de octubre de 1961 ya se establecía el compromiso irrenunciable entre las partes contratantes de asegurar la concesión, el mantenimiento y el restablecimiento de los derechos a la seguridad social por la vía de la totalización de los períodos de aseguramiento en Estados diferentes. En todo caso, en una línea de colaboración entre los Estados concernidos, resulta necesario rebasar la preocupación clásica de la seguridad social o del reclutamiento de la mano de obra con el fin de que resulten protegidos convencionalmente otros derechos sociales como los de educación, formación profesional e incluso el de financiación del regreso, como tentativa de reinserción en la sociedad del país de origen.

Ahora bien, desde el ángulo comunitario, las iniciativas y regulación del regreso al Estado de origen, en tanto que no comunitario, ha sido considerado dentro de la plena responsabilidad del Estado miembro correspondiente, al margen así de la libre circulación de trabajadores y de la política comunitaria del mercado del trabajo.

II. LA INCIPIENTE REGLAMENTACION COMUNITARIA DE LA EXTRANJERIA NO COMUNITARIA DESDE EL ACTA UNICA EUROPEA

A partir de un determinado nivel de integración resultaba difícil mantener el desentendimiento hacia la extranjería no comunitaria por parte de las instituciones comunitarias. El desplazamiento progresivo en la responsabilidad sobre los trabajadores y sobre los extranjeros no comunitarios en general se inaugura con el Acta Unica Europea y con algunas decisiones de la Comisión y del Tribunal de Justicia comunitarios.

1. *El alcance del Acta Unica Europea*

La Declaración general sobre los artículos 13 a 19 del Acta Unica Europea, firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986, que introducían básicamente los nuevos artículos 8A, 8B, 100A y 100B, siempre con referencia al mercado interior, establece de modo expreso que «ninguna de estas disposiciones afectará al derecho de los Estados miembros de adoptar aquellas medidas que estimen necesarias en materia de control de la inmigración de terceros países», aunque añadiendo, de un modo poco afortunado y bastante lamentable: «así como con respecto a la lucha contra el terrorismo, la criminalidad, el tráfico de drogas y el tráfico de obras de arte y antigüedades». Sin embargo, tales materias, y en concreto la del «control de la inmigración de terceros países», no resultan del ámbito exclusivo de los Estados aisladamente considerados, sino más bien de los Estados comunitarios en régimen de cooperación. En este sentido, se indica en la Declaración política de los

gobiernos de los Estados miembros «sobre la libre circulación de personas» que, con objeto de promover tal libertad, «los Estados miembros cooperarán, sin perjuicio de las competencias de la Comunidad, en particular en lo que respecta a la entrada, circulación y residencia de los nacionales de terceros países. Asimismo, cooperarán en lo que se refiere a la lucha contra el terrorismo, la criminalidad, la droga y el tráfico de obras de arte y de antigüedades».

No resulta una casualidad semejante manifestación comunitaria, en unas condiciones en las que incluso los Estados meridionales de la Europa comunitaria con amplia tradición migratoria son objeto de una importante demanda de entrada, a pesar de la elevada tasa de paro interno. Así, las modificaciones de los tratados constitutivos de Comunidades a través del Acta Unica Europea han coincidido con una convergencia en un gran número de ámbitos: «el reforzamiento del control de los flujos de entrada, la lucha contra la inmigración clandestina, la extensión o la puesta en práctica de sanciones contra los traficantes de mano de obra y los empresarios que reclutan extranjeros en situación irregular, un creciente recurso al rechazo y a la expulsión y las limitaciones de las autorizaciones de entrada a categorías bien precisas de refugiados o de parientes»⁹. El caso es que si en los Estados comunitarios se podía haber constatado en la fase anterior una limitación generalizada de la inmigración después de 1973, con importantes medidas de fomento para el regreso aunque con paralelos atisbos de integración para la segunda generación mediante políticas flexibles de naturalización, en la nueva fase, tras el Acta Unica Europea las nuevas reglas de regularización adoptadas para paliar las consecuencias de la inmigración clandestina y para facilitar el arraigo de la población extranjera consolidada o con visos de permanencia, se ha dibujado un nuevo panorama que necesariamente ha implicado a las propias instituciones comunitarias. Nuevas circunstancias de carácter demográfico han hecho su aparición o se han reactualizado, como en el caso de la República Federal de Alemania con la inserción de los *Ausiedler*, u originarios de los países del Este, y de los *Übersiedler*, procedentes de la antigua República Democrática antes de la reunificación. También, al amparo del régimen de los refugiados del Convenio de Ginebra de 1951 y de los solicitantes de asilo, las motivaciones políticas y económicas han servido para permitir entradas justificadas por compromisos de índole general.

En realidad, los problemas relativos a extranjeros no comunitarios han revelado la necesidad de establecer medidas coordinadas a nivel comunitario. También desde el ángulo de la política social, el nuevo artículo 118A introducido por el Acta Unica Europea en el Tratado de Roma, por el que se intensifican las preocupaciones por la seguridad y la salud, la creación y desarrollo de pequeñas y medianas empresas e incluso se contempla la contratación colectiva, interesando a empresas

⁹ J. C. Maclet, «Les politiques d'immigration dans la Communauté», *Revue Politique et Parlementaire*, n.º 947, mayo-junio 1990, pp. 59-79.

de Estados comunitarios vecinos, la rígida separación entre la suerte de los asalariados comunitarios y no comunitarios, entre inmigración con libre circulación e inmigración controlada y en condiciones de infraderecho, resulta difícil de mantener si no se adoptan medidas de coordinación general.

Al resultado de progresiva coordinación, con variables ingredientes, se ha llegado bien a través de las instituciones comunitarias, bien a través de algunos Estados comunitarios, difiriendo los intereses y preocupaciones relevantes.

2. *La coordinación de las políticas migratorias por la Comunidad: las consecuencias de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 1987*

Aunque coincidente con la negociación del Acta Unica, la Comisión dictó el 8 de julio de 1985 la Decisión 85/381, «estableciendo un procedimiento de comunicación previa y de concertación sobre las políticas migratorias respecto a Estados terceros», por la que se obligaba a los Estados miembros a informar a la Comisión y a los restantes Estados sobre los proyectos de medidas nacionales o de acuerdos concernientes a los trabajadores de Estados terceros y a los miembros de sus familias en las materias de entrada, estancia y empleo, incluso ilegales; igualdad de trato en cuanto a condiciones de vida, trabajo, salarios y derechos económicos; promoción de la integración profesional, social y cultural, y regreso voluntario al Estado de origen o procedencia. Mediante tal obligación, los Estados miembros debían comunicar a la Comisión y a los restantes Estados los textos de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas en vigor y de los acuerdos con países terceros. En base a esta Decisión, se permitía a un Estado miembro o a la Comisión adoptar la iniciativa de un eventual procedimiento de concertación entre los Estados miembros y la Comisión en un plazo de dos semanas tras la recepción de las informaciones sobre las materias ya mencionadas. El procedimiento resultaba organizado por la Comisión, y en caso de urgencia la concertación era inmediata. El objetivo del procedimiento consistía en facilitar la información mutua, la identificación de los problemas de interés común y la adopción de una posición común, asegurando la conformidad de los proyectos, acuerdos y disposiciones concernientes a los trabajadores de Estados terceros y a sus familias con las políticas y acciones comunes, examinando la oportunidad de las medidas a adoptar para progresar en la vía de la armonización de las legislaciones nacionales sobre los extranjeros y promover la inclusión de un máximo de disposiciones comunes en los acuerdos bilaterales. Así, en este acto de la Comisión resultaban relevantes las consideraciones sobre la incidencia de la migración en el mercado de empleo y la extensión de ciertos elementos propios de la política social coordinada comunitaria a la extranjería no comunitaria.

Esta decisión de la Comisión de 1985 no se puede aislar de una previa serie de actos comunitarios en los que, so pretexto de reglamentar la suerte de los trabajadores comunitarios, se hacía referencia a los no comunitarios. Así, en la Resolución de la Comisión de 21 de enero de 1974 concerniente a un Programa de acción social se expresaba la voluntad de adoptar las medidas necesarias para poner en práctica un plan tendente a favorecer a los trabajadores de los Estados miembros y a promover una concertación de las políticas migratorias hacia los Estados terceros, con el recurso incluso al artículo 235 del Tratado de Roma. El 9 de febrero de 1976, el Consejo adoptó una Resolución sobre el citado Programa, a la que sucedió la de 27 de junio de 1980 concerniente a las orientaciones para una política migratoria del mercado de trabajo, mientras paralelamente la Comisión remitía diversas comunicaciones al Consejo en cuanto a la consulta sobre las políticas migratorias, caso de la de 23 de marzo de 1979, o sobre la necesidad de institucionalizar y consolidar la concertación de las políticas migratorias, como en el caso de la de 9 de septiembre de 1983, esta vez enviada al Comité consultivo establecido por el Reglamento general sobre la libre circulación de trabajadores, el 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968. Más tarde, en una Comunicación al Consejo de 1 de marzo de 1985 sobre las orientaciones para una política comunitaria de migraciones, la Comisión expresó sus intenciones de crear un marco para un proceso de información y de concertación sobre las políticas migratorias respecto a Estados terceros, sentándose así las bases para que la Comisión adoptara la mencionada Decisión 85/381, que fue recurrida por cinco Estados ante el Tribunal de Justicia so pretexto de la incompetencia de la Comisión para poder emitir la citada Decisión en base al artículo 118 del Tratado de Roma o en base a cualquier otra disposición. En opinión de los Estados recurrentes, la política migratoria respecto a Estados terceros no forma parte del ámbito social en los términos del mencionado artículo 118.

Conviene detenerse en la posición del Tribunal de Justicia, que anuló de un modo tan sólo parcial la citada Decisión 85/381. Si, por un lado, consideró en efecto que la Comisión no era competente para admitir que en la concertación entre los Estados comunitarios se contuviera el objetivo de asegurar la conformidad de los proyectos de medidas nacionales o de acuerdos con las políticas y acciones comunitarias y se incluyera también la integración cultural de los trabajadores no comunitarios, por otro lado, el Tribunal retuvo que la política migratoria respecto a Estados terceros no resultaba extraña al artículo 118, el cual prevé una colaboración entre los Estados miembros. Los problemas de empleo, de las condiciones de trabajo y de la integración profesional y social no pueden ser separados de la situación de la población inmigrada¹⁰.

¹⁰ Sent. Trib. Justicia CE de 9 de julio de 1987 (As. acumulados 281-283, 284, 285 y 287/85), «Política Migratoria. Competencia de la Comunidad», *Recueil*, 1987, p. 3203.

Centrándose en el artículo 1 de la citada Decisión, que incluye dentro del procedimiento de información y concertación «la promoción de la integración profesional, social y cultural de los trabajadores nacionales de países terceros y de los miembros de sus familias», el Tribunal proporciona una destacada relevancia a las integraciones profesional y social de tales trabajadores no comunitarios para integrar su suerte en el marco del artículo 118 del Tratado de Roma: «Respecto a la promoción de la integración profesional de los trabajadores originarios de países terceros, procede hacer constar que esta materia forma parte del ámbito social, en el sentido propio del artículo 118, en la medida en que está íntimamente ligada al empleo. Lo mismo cabe decir en lo que respecta a su integración social, en el marco de los objetivos perseguidos por la Decisión impugnada y en la medida en que afectan a proyectos ligados a la problemática relativa al empleo y a las condiciones de trabajo...» Por el contrario, «por lo que respecta a la integración cultural de las comunidades inmigradas originarias de países terceros... su relación con los problemas ligados al empleo y a las condiciones de trabajo es extremadamente tenue». Así, la integración profesional y social aparece salvada del reproche de no inclusión en el ámbito del artículo 118 y de este modo se salva esencialmente la corrección de la Decisión 85/381 en los considerandos vigésimo a vigésimo-tercero.

Ahora bien, las constataciones anteriores quedarían desprovistas de sentido si no se consintieran a la Comisión poderes o competencias o «todos los poderes necesarios para organizar las consultas», para lo cual «la Comisión necesariamente debe poder obligar a los Estados miembros a notificar las informaciones indispensables con el fin... de identificar los problemas y... de establecer las posibles orientaciones de una eventual acción común futura de los Estados miembros, así como a participar en un procedimiento de consulta» (considerando vigésimo-octavo). «Puesto que a la Comisión corresponde precisamente la tarea de promover esta colaboración y de realizar su efectiva organización, dicha institución disfruta de la competencia para instaurar procedimientos de consulta en el ámbito social contemplado por el artículo 118» (considerando vigésimo-noveno). En todo caso, la solución resulta salomónica no sólo al excluir de la competencia de la Comisión los aspectos concernientes a la integración cultural, sino también al vaciar de contenido material los procedimientos de consulta admitidos en favor de la Comisión: «Al disponer la Comisión de una competencia de carácter meramente procedimental para establecer un procedimiento

Al respecto, K. R. Simmonds, «The Concertation of Community Migration Policy», *Common Market Law Review*, 1988, pp. 177-188; G. Desolré, «La politique migratoire de la Communauté», *Cahiers Droit Européen*, 1990, pp. 453-464, y E. Traversa, «Il coordinamento della politiche migratorie nazionali nei confronti degli stranieri extracomunitari», *Rivista Diritto Europeo*, 1988, pp. 5-22. La Decisión 85/381 de la Comisión de 8 de julio de 1985 (*JOCE*, n.º L 217, p. 25); sobre la misma, F. Mancini, «Politica comunitaria e nazionale delle migrazioni nella prospettiva dell'Europa sociale», *Rivista Diritto Europeo*, 1989, pp. 309-319.

de consulta, no puede imponer el resultado que debe alcanzar por medio de esta consulta, ni impedir que los Estados miembros pongan en vigor proyectos, acuerdos o disposiciones que pudieran estimar como no conformes con las políticas y acciones comunitarias» (considerando trigésimo-cuarto).

No ha resultado tan fácil al Tribunal establecer las fronteras entre los ámbitos asignados a la Comisión, por un lado, y a los Estados miembros, por otro lado, lo mismo que entre los diversos aspectos programáticos, sustanciales y materiales contenidos en los artículos 117 y 118, que como se ha reiterado tratan de los aspectos de política social. A pesar de sus limitaciones, la sentencia tiene también interés para afianzar un ámbito de competencia comunitario respecto a cuestiones migratorias envolviendo a Estados terceros en un período en el que, so pretexto de consideraciones básicamente de seguridad pública, algunos Estados comunitarios habían comenzado a perfilar sus estrategias sobre control de la extranjería no comunitaria.

3. *El «Grupo de Trevi» y los «Tratados Schengen» de 1985*

Las realizaciones más efectivas y minuciosas a la hora de intensificar los controles hacia el exterior de la Comunidad han tenido lugar entre algunos Estados comunitarios al margen de las instituciones de integración. Se ha tratado de iniciativas de Estados básicamente de inmigración, mezclándose diferentes consideraciones de prevención contra el terrorismo, contra la inmigración ilegal o clandestina, contra el tráfico de estupefacientes o contra barreras y obstáculos incompatibles con el mercado interior, tan gráficamente recogido en el artículo 8A del Acta Unica Europea como «espacio sin fronteras».

Han sido, en efecto, diversos Estados, al margen de la actuación de las instituciones comunitarias, los que adoptaron progresivas medidas de afianzamiento frente al exterior. Así, la primera operación de carácter intergubernamental fue la del denominado «Grupo Trevi», establecido por los ministros de Interior y de Justicia para combatir el terrorismo, extendido más tarde a delitos internacionales y al tráfico de drogas. La conexión comunitaria aparece tan sólo en la medida en que la presidencia del grupo la asume el Estado que la desempeña en el marco comunitario. El caso es que después de 1989 los aspectos de policía y de seguridad del Acta Unica han sido tratados por una versión especial del grupo denominado Grupo Trevi 1992, englobando también los aspectos sobre refugiados y asilados.

La segunda realización ha tenido lugar como consecuencia del Acuerdo firmado en Schengen, Luxemburgo, entre cinco Estados comunitarios, esto es, los tres del Benelux más la República Federal de Alemania y la República Francesa, «relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes», de 14 de junio de 1985, al que se adhirie-

ron Italia en 1990 y España y Portugal en 1991, perdiendo así su característica previa de exclusivo convenio entre Estados de inmigración. Si en principio el Acuerdo resulta bastante simple en sus 33 artículos, desglosados en medidas aplicables a corto plazo, entradas en vigor en 1986, y en medidas aplicables a largo plazo en cuanto a circulación de personas y de mercancías, aunque a modo de declaración de intenciones, sin embargo, el Convenio de desarrollo, también firmado en Schengen en junio de 1990, ha resultado más complejo.

Las materias abordadas en el Convenio de 1990 hacen referencia al reforzamiento de las fronteras exteriores, al mecanismo común de visados de corta y de larga duración, al mecanismo o política común sobre refugiados y asilados con responsabilidad única para el tratamiento de las solicitudes de asilo, a las disposiciones comunes sobre policía y seguridad con las consiguientes de cooperación policial, asistencia judicial, transmisión y ejecución de decisiones represivas, control de estupefacientes y drogas y armas y al sistema de información, con la protección de los datos de carácter penal, y al transporte y circulación de mercancías. En tal contexto de intensificación y de reforzamiento de las medidas de policía, el artículo 40 admite, dentro de la cooperación policíaca, el procedimiento del *hot pursuit*, en cuanto que se autoriza que «los agentes observadores continúen más allá de la frontera la observación de una persona con presunción de haber cometido actos punibles previamente enumerados». A pesar de todas las menciones que se hacen en el Convenio a acuerdos anteriores de los que son partes los Estados comunitarios del Convenio, con el fin quizá de mejorar la contextualización del mismo y evitar los reproches de su aislamiento, el caso es que se dan significativas omisiones como la del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 o la del Convenio Europeo de Establecimiento de 1957. En todo caso, «la filosofía del Convenio consiste en que en las materias de la admisión, residencia y salida de extranjeros los Estados de Schengen son tratados como si se tratase de un solo Estado y un ejemplo lo constituye el artículo 10 que establece un visado uniforme válido para todos los Estados»¹¹.

Respecto a los asilados y refugiados, si el Convenio de Schengen establece algunas disposiciones, como en el artículo 26.1, en cuanto a la responsabilidad del transportista para con el extranjero indocumentado y, sobre todo, el 29.3 por el que basta tan sólo una solicitud de asilo ante un Estado parte en el Acuerdo para que sea examinada y tratada, el caso es que la tercera realización interestatal fue el Convenio determinando el Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo depositadas en un Estado comunitario, firmado en Dublín el 15 de agosto de 1990, por el que, contrariamente al Convenio de Naciones Unidas sobre refugiados, se limita la posibilidad para un solicitante de

¹¹ El Protocolo de Adhesión de España al Acuerdo de Schengen, en *BOE*, n.º 181, de 30 de julio de 1991, p. 25108. Respecto al Convenio y los acontecimientos del momento, F. W. Hondius, «Movement of Persons in Europe: A Situation Report 1990», *International Legal Practitioner*, 1990, pp. 115-121, esp. 120.

asilo de determinar el Estado elegido, ya que en caso de rechazo no podrá pretender el asilo ante cualquier otro Estado parte¹².

La consecuencia básica de los tres apuntados resultados de la cooperación interestatal ha consistido en un vaciamiento del eventual intervencionismo institucional comunitario sobre la extranjería procedente de Estados terceros, en unas condiciones en las que tan sólo la Comisión ha logrado del Tribunal de Luxemburgo el reconocimiento y admisión de un determinado margen de competencia en base al artículo 118 sobre política social. El hecho de que, so pretexto de consideraciones de seguridad y de control fronterizo, algunos Estados comunitarios hayan reforzado sus sistemas de tratamiento de la extranjería ha supuesto una peculiar descomunitarización de las más importantes cuestiones envolviendo a la extranjería no comunitaria en cuanto a admisión, tratamiento y rechazo o expulsión, al margen de las cuestiones de empleo e integración profesional y social dejados a cargo de la Comisión.

¹² Sobre los aumentos de los demandantes de asilo, no sólo por razones políticas, sino también económicas, en los Estados comunitarios se puede consultar el «Rapport annuel (1989) du Système d'Observation Permanente des Migrations (SOPEMI) de l'OCDE», junio 1990, con su resumen en *Problèmes Economiques*, n.º 2197, de octubre de 1990. En cuanto a las políticas restrictivas al respecto, M. Fullerton, «Restricting the Flow of Asylum-Seekers in Belgium, Denmark, the Federal Republic of Germany and the Netherlands: New Challenge to the Geneva Convention Relating to the Status of Refugees and the European Convention on Human Rights», *Virginia Journal of International Law*, 1988, pp. 33-114.

Tras el Consejo Europeo de Maastricht de diciembre de 1991, la extranjería no comunitaria ha resultado afectada, por un lado, por las disposiciones sobre la ciudadanía de la Unión en el Proyecto de Tratado sobre la Unión Europea, donde se reconocen los derechos de sufragio a nivel municipal y de la protección diplomática en Estado tercero por parte de cualquier Estado miembro, y, por otro lado, por las disposiciones del Protocolo Social en cuanto que se ha modificado el tenor del artículo 118 en cuanto al apoyo comunitario a los niveles de empleo en los Estados miembros.

Además, por el nuevo artículo 100 C se comunitariza el tratamiento de los nacionales de determinados terceros países que deberán «estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros», extendiéndose tal exigencia para los supuestos de «súbita afluencia de nacionales», resultante de «una situación de emergencia en un tercer país». El procedimiento de decisión para uno y otro caso corresponde al «Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo», aunque a partir de 1996 «el Consejo deberá pronunciarse por mayoría cualificada».

Desde el ángulo del ordenamiento español, cabe señalar que después de la Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (BOE de 4 de julio), objeto de recurso de inconstitucionalidad respecto a los artículos 7, 8, 26 y 34, decidido por el Tribunal Constitucional mediante sentencia número 115/1987 de 7 de julio (BOE de 29 de julio), y desarrollada para los extranjeros no comunitarios por el Real Decreto 1119/1986 de 26 de mayo (BOE de 12 de junio), con sus complejas y exhaustivas disposiciones sobre permisos de residencia y permisos de trabajo, se produjo un limitado proceso de regularización de ilegales llegados a España con anterioridad al 10 de mayo de 1991. Respecto a los extranjeros comunitarios, el Real Decreto 1099/1986, también de 26 de mayo (BOE de 11 de junio), promulgado en base a los artículos 55 a 60 del Tratado de adhesión de España a las Comunidades, ha sido vaciado de contenido y significación al haberse adelantado a 1 de enero de 1992 la libre circulación de trabajadores en las relaciones entre España y los demás Estados comunitarios, con la leve y temporal excepción de Luxemburgo.

CONCLUSIONES

Una materia tan afectada por la compleja evolución de los mercados de trabajo, por las distintas aproximaciones a los problemas demográficos y laborales de los Estados comunitarios y por los ajustes institucionales en el marco comunitario, propiciados por los nuevos desarrollos tras el Acta Unica Europea, resulta en última instancia de difícil precisión. Tan sólo se ha tratado de un modo sucinto de establecer los rasgos de dos grandes fases en la evolución de la extranjería no comunitaria.

Mientras en una primera fase, con mercados de trabajo abiertos hasta 1973 ó 1974, se hace gala de ciertas dosis de imaginación por parte de algunas Administraciones estatales con acuerdos sobre regreso, que llegan a coincidir con el liberal Convenio del Consejo de Europa sobre el estatuto jurídico de los trabajadores migrantes de 1977, en una segunda fase se entra en un período de atonía política y de aumento de las restricciones, en conjunción con los controles exteriores. De la competencia exclusiva por parte de los Estados miembros se pasa a unas condiciones de coordinación, instada por la Comisión en base al artículo 118, en una línea de atemperar los riesgos presentados por las diferencias entre políticas estatales respecto a la inmigración no comunitaria y las dificultades de su control en condiciones de libre tránsito intracomunitario.

Una vez integrados en Comunidades tres Estados meridionales de tradicional emigración, como Grecia, Portugal y España, las cuestiones de inmigración procedente de los Estados no comunitarios han perdido relieve demográfico, pero se han acentuado las medidas y controles, en medio de una amalgama de consideraciones. Mientras los Estados básicamente de inmigración y al margen de las instituciones comunitarias han perfilado diversas actuaciones como las del Grupo de Trevi o las del Acuerdo y Convenio de Schengen, la Comisión ha tratado de perfilar sus márgenes de competencia bajo cierto respaldo del Tribunal de Justicia en base a las disposiciones comunitarias sobre política social. El resultado ha sido en los últimos años una distribución de los ámbitos de competencia entre los Estados miembros y las instituciones comunitarias respecto a la extranjería no comunitaria.

