

LA REGULACIÓN INTERNACIONAL DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS

CRISTINA IZQUIERDO Y SOLEDAD TORRECUADRADA

SUMARIO: — I. EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA GESTIÓN DE FLUJOS MIGRATORIOS. — II. EL AZAROSO CAMINO DE UNA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA. — III. LOS INICIOS DE LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA: 1. La atribución competencial a la Comunidad en los Tratados de Ámsterdam y Niza. 2. El contenido sustantivo de la política de inmigración comunitaria. — IV. LOS ACUERDOS BILATERALES SOBRE FLUJOS MIGRATORIOS: 1. Acuerdos sobre gestión y ordenación de flujos migratorios. 2. La readmisión en los Acuerdos de gestión de flujos migratorios. — V. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Se ha dicho que la inmigración es uno de los fenómenos que caracterizan nuestra época. Se trata sin duda alguna de un bien intencionado eufemismo para evitar el inapropiado término problema. Pero es más real afirmar —y aceptar— que en los últimos años la inmigración se ha convertido en un problema para muchos países de Europa y, desde luego, para España. Quizás no debiera serlo, quizás no debiera haberse generado con ese perfil. Probablemente un tratamiento más acertado del fenómeno que acontecía y amenazaba con crecer, hubiera evitado que el mismo alcanzara dimensión de crisis. Pero no fue así. Este artículo pretende analizar el tratamiento jurídico que nuestro país ha otorgado en el pasado y otorga en la actualidad a esta cuestión. Tomando como punto de partida que la soberanía del Estado comporta el control por éste del acceso de las personas a su territorio y la inexistencia, por ello, de la libre circulación de personas internacional, los Estados diseñan sus propias políticas de entrada y salida de extranjeros en su territorio. Los límites a la soberanía del Estado han venido únicamente de la mano de la normativa internacional destinada a la protección de los derechos humanos. Pero en momentos de movimientos masivos de personas, los denominados flujos migratorios, la legislación estatal no cubre los objetivos de control, emergiendo la necesidad de cooperación entre los Estados, especialmente con los Estados de origen de la migración recibida. Así, surgen las primeras normas convencionales sobre la materia que amagan la regulación

de los flujos migratorios, poniéndose de manifiesto que, en un marco multilateral —fundamentalmente OIT—, los Estados no están dispuestos a reducir el amplísimo margen de discrecionalidad del que gozan para perfilar sus políticas de inmigración y legislar en esta materia.

Pero en las últimas décadas el crecimiento de inmigrantes en la Unión Europea ha tenido un fuerte impacto en los Estados miembros e impone la necesidad de establecer, en el marco europeo, mecanismos de control de las fronteras, así como políticas coordinadas de inmigración y de trato a los inmigrantes. Por añadidura, era esa una labor pendiente en la Unión, pues se trata de ámbitos materiales de necesaria regulación al objeto de conseguir en el territorio comunitario la libre circulación de personas en términos absolutos —lo que incluye a los ciudadanos de terceros Estados—. Se atisban por esta vía limitaciones a la soberanía del Estado en los ámbitos de visados, asilo e inmigración. Pero los Estados miembros siguen conservando un muy amplio margen de actuación tanto interna como externa, en los que no siempre actúan conforme a las directrices comunitarias.

El trabajo que a continuación se expone analiza la evolución del proceso, su estado actual y su *oscuro* futuro. La estructura del trabajo, responde a los marcos normativos internacionales: uno, las relaciones internacionales multilaterales; dos, en el seno de la Unión Europea y tres, las relaciones bilaterales de España con los países de origen de los inmigrantes.

I. EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA GESTIÓN DE FLUJOS MIGRATORIOS

Los Estados gozan de una amplia discrecionalidad en el diseño de sus políticas migratorias y en concreto en la gestión y ordenación de los flujos migratorios que tienen por destino su territorio. El número de normas de Derecho Internacional General tendentes a restringir ese margen es muy escaso y únicamente establecen un estándar mínimo de protección, con un alcance muy reducido. La Declaración Universal de Derechos Humanos, tras proclamar los derechos fundamentales de todas las personas, reconoce los derechos de la libre circulación en el territorio de un Estado, de elección de residencia dentro del mismo, así como el derecho de salida de cualquier Estado y el correlativo derecho a regresar a aquél del que se es nacional (1).

(1) La redacción del art. 13 es la siguiente: «1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país». El contenido del último párrafo sería más tarde concretado por el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos cuyo art. 12.4

Por su parte, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos limita el alcance de la Declaración: por un lado reduce el derecho a la libre circulación a los inmigrantes legales (2); por otro, introduce la posibilidad de expulsión si bien sólo en cumplimiento de una «decisión adoptada conforme a la ley» (3). Se desprende de ello que este precepto no protege a los extranjeros que se encuentran en una situación administrativa de ilegalidad, o que podría conducirnos a afirmar que la expulsión de inmigrantes irregulares queda al margen de la regulación contenida al efecto en el Pacto y pudiera no resultar contraria al mismo.

En el ámbito regional europeo más amplio, entendiendo por tal el Convenio de Roma de Derechos Humanos de 1950, no hay ninguna norma que limite la discrecionalidad estatal en la gestión de los flujos migratorios, más allá de los derechos individuales proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, reiterados en los Pactos de Nueva York. El 13 de diciembre de 1957 se adoptó en París el Acuerdo Europeo sobre el régimen de la circulación de personas entre países miembros del Consejo de Europa. Sin embargo, este texto convencional tiene por objeto facilitar las estancias de los nacionales de los Estados partes en los territorios de los demás, por una duración igual o inferior a tres meses, suprimiéndose en estas circunstancias el requisito del visado (4). No es relevante a los efectos de nuestro estudio, porque el objeto de este texto convencional no es la gestión y ordenación de las estancias de larga duración que son, en principio, el tras-

establece «Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país», de donde se desprende que el ejercicio del derecho a acceder al país de origen se encontraría formalmente limitado por una previa decisión de destierro adoptada de acuerdo con la legislación vigente. Sin embargo, tal y como constata el Comité de Derechos Humanos, lo cierto es que son escasas las circunstancias en las que puede parecer razonable la privación de este derecho. Véase Comité de Derechos Humanos, Comentarios Generales aprobados por el Comité de Derechos Humanos con arreglo al párrafo 4 del artículo 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adición, Comentario General n°27, Doc. CCPR/C/21/ReVéase1/Add.9, CCPR, 2 de noviembre de 1999, parágrafo 21.

(2) El art. 12.1 del Pacto indica: «Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia».

(3) El art. 13 del Pacto establece: «El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas».

(4) A día de hoy son quince los Estados partes en este Convenio: Alemania, Austria, Bélgica, Francia, Eslovenia, España, Grecia, Holanda, Italia, Liechtenstein, Luxemburgo, Malta, Portugal, Suiza y Turquía. Véase en <http://conventions.coe.int>

fondo de los movimientos masivos de personas, sino facilitar los desplazamientos de corta duración entre estos países.

Es en el seno de la OIT donde se han elaborado los únicos tratados internacionales multilaterales sobre flujos migratorios vigentes en la actualidad. Así, en 1949 se adoptaba el Convenio número 97 sobre trabajadores migrantes que es el primer tratado internacional que incorpora alguna referencia a la gestión de movimientos migratorios de población (5). En este punto tenemos que contextualizar históricamente este texto convencional. Hemos de recordar que su adopción se produjo casi ocho meses después de la de la Declaración Universal de Derechos Humanos, encontrando sus orígenes en la situación de la Europa de la Segunda Guerra Mundial y que con su regulación se pretendía facilitar la movilidad de la mano de obra excedentaria (6). Por tanto, la situación desde el punto de vista de la protección de Derechos Humanos era muy lejana a la actual. De ahí que se entendiera que las migraciones eran un problema bilateral, como pone de relieve el Convenio 97, que recuerda la facultad que poseen los Estados origen y destino de los flujos migratorios para celebrar tratados bilaterales que permitan regular cuestiones de interés común, en evidente referencia a los problemas relacionados con las personas que se desplazan por motivos laborales (7). Incluso, la Recomendación 86 de la OIT sobre los trabajadores migrantes, que desarrolla el contenido del Convenio 97, incorpora en un anexo un modelo de acuerdo bilateral-tipo a estos efectos.

Este Convenio 97 de la OIT pone de manifiesto, por si nos restaba alguna duda, que los Estados no están dispuestos a reducir el amplísimo margen de discrecionalidad del que gozan para perfilar sus políticas de inmigración y legislar en esta materia. El texto del Convenio, que cuenta con una cantidad de Estados partes nada desdeñable, hasta un total de cua-

(5) Se trata de un texto adoptado el 1 de julio de 1949, en vigor desde el 22 de enero de 1952. Aunque no es el primero que sobre esta materia se adoptaba en el seno de esta Organización internacional, dado que el 28 de junio de 1939 se había concluido y abierto a la firma el Convenio nº 66, sobre trabajadores migrantes que nunca entró en vigor por falta de las ratificaciones necesarias para ello. Sorprende que el número de instrumentos de ratificación o adhesión exigido al efecto era tan sólo de dos (Véase art. 10) y que no pudiera conseguirse ninguno. Sin embargo, no podemos olvidar el contexto histórico de la época de celebración. En todo caso, fue objeto de revisión en 1949 siendo, por tanto, el origen del Convenio C97.

(6) Véase en Conferencia Internacional de Trabajo, Informe III (parte 1B) Estudio General sobre los trabajadores migrantes, 87ª reunión, Ginebra, junio 1999.

(7) El texto del art. 10 del C97 es el siguiente: «cuando el número de migrantes que van del territorio de un Estado miembro al territorio de otro sea considerable, las autoridades competentes de los territorios en cuestión deberán, siempre que ello fuere necesario o conveniente, celebrar acuerdos para regular las cuestiones de interés común que puedan plantearse al aplicarse las disposiciones del presente Convenio».

renta y dos (8), incorpora escasas obligaciones para los mismos, circunscritas todas ellas al intercambio de información sobre política y legislación en materia de emigración e inmigración tanto con la OIT, como con otros Estados miembros de esta Organización Internacional interesados en conocer estos aspectos. Este Convenio va acompañado de tres anexos de naturaleza facultativa (9) y dos de ellos resultan de interés en este punto, puesto que se refieren a la contratación laboral de extranjeros que se encuentren fuera de nuestro territorio nacional.

El primero de los Anexos que acompaña al Convenio nº 97 se refiere a la contratación en origen de un trabajador en ausencia de un acuerdo bilateral sobre flujos migratorios —*Reclutamiento, colocación y condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes que no hayan sido contratados en virtud de acuerdos sobre migraciones colectivas celebrados bajo el control gubernamental*—; y, el segundo, cuando los Estados de origen y de destino cuentan con un acuerdo de este tipo —*Reclutamiento, colocación y condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes que hayan sido contratados en virtud de acuerdos sobre migraciones colectivas celebrados bajo el control gubernamental*—. Los trabajadores que se acojan a cualquiera de estos anexos obtienen como único beneficio la simplificación de las formalidades administrativas exigidas para prestar sus servicios en el territorio de un Estado parte (10).

En cuanto al contenido de ambos anexos, hemos de comenzar subrayando que, aunque es parcialmente similar puesto que pretenden facilitar los desplazamientos que se producen con un contrato de trabajo en origen, se observan diferencias materiales entre ellos. Del análisis conjunto de ambos textos se desprende claramente la intención de fomentar la cele-

(8) A 10 de marzo de 2003, el Convenio 97 de la OIT cuenta con 42 Estados partes: Alemania, Argelia, Bahamas, Barbados, Bélgica, Belice, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Burkina Faso, Camerún, Chipre, Cuba, Dominica, Ecuador, Eslovenia, España, Francia, Granada, Guatemala, Guyana, Israel, Italia, Jamaica, Kenya, exRepública Yugoslava de Macedonia, Madagascar, Malasia, Malawi, Mauricio, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Santa Lucía, Tanzania, Trinidad y Tobago, Uruguay, Venezuela, Yugoslavia y Zambia.

(9) Naturaleza facultativa que deriva del art. 14 del Convenio. Sólo vincularán a los Estados que habiendo ratificado el Convenio no declaren excluir de su manifestación de voluntad estos anexos (uno, otro o los dos), pudiendo también aceptar el valor recomendatorio de los mismos. De los 42 Estados partes en el Convenio 97, más de la mitad de ellos (hasta un total de 25) han depositado declaraciones facultativas de exclusión de algún anexo (es el caso de Francia, Argelia —el nº 2—, Nueva Zelanda —el 1—, Yugoslavia, Eslovenia, Bosnia y Madagascar —el 3—) algunos de ellos (Reino Unido —1 y 3—) o de los tres (Ecuador, Malasia, Camerún, Chipre, Guyana, Mauricio, Trinidad-Tobago, Bahamas, Jamaica, Nigeria, Zambia, Dominica, Kenya, Granada, Santa Lucía y Tanzania).

(10) Véase el art. 6 del Anexo I y el art. 7 del Anexo II.

bración de acuerdos de control de flujos, dado que el segundo de ellos —trabajadores que se desplazan amparados por acuerdos de control de flujos— incorpora un régimen más privilegiado, que se concreta en una mayor protección del trabajador extranjero cuando se encuentra en el Estado de destino en unas situaciones concretas (11). A modo de ejemplo, cabe señalar que aquellos que accedieran al territorio de un Estado parte en el Convenio 97 que se encuentre vinculado por el Anexo II (art. 9) si no pudieran conseguir «por una causa que no le sea imputable» el puesto que motivó su desplazamiento u otro similar, no deberán correr con los gastos generados por el retorno a su país de origen. También establece la obligación de las autoridades del Estado de destino de adoptar cuantas medidas resulten necesarias para asistir al trabajador en el período inicial de su estancia (art. 8) y si la autoridad competente estima que el empleo para el que se reclutó al trabajador resulta inadecuado, habrá de ayudarlo a encontrar un puesto conveniente, siempre sin perjudicar a los trabajadores nacionales.

En 1975, visto que el contexto económico y social que provocó la celebración del Convenio 97 había cambiado profundamente, se adoptó, también en el seno de la OIT, el Convenio 143 sobre trabajadores migrantes, complementario del anterior, que pretende cubrir las lagunas que ahora presenta el texto de aquél. En los veintiséis años transcurridos desde que el Convenio 97 viera la luz, el centro de la preocupación estatal había variado, encontrándose ya en la necesidad de controlar las corrientes migratorias y de luchar contra las actividades de aquellos grupos que organizan movimientos migratorios clandestinos o colaboran con ellos. Por este motivo, el nuevo texto se ocupa de la gestión de los movimientos migratorios y de la migración clandestina, gran beneficiada de las políticas de inmigración cero. Es un texto de gran importancia, al ser el primero en el que se trata de enfrentar un problema (apuntado aunque no desarrollado en el art. 8 del Anexo II al Convenio 97) que, en la actualidad, casi treinta años después, se ha agravado de forma considerable.

Con la finalidad de suprimir estos movimientos migratorios al margen de la ley, el Convenio 143 establece la obligación de cooperación internacional. Las acciones estatales en este punto han de dirigirse, de acuerdo con su articulado, en dos sentidos: uno, el de los empleadores que utilizan mano de

(11) Por su parte, el Anexo I también incorpora algunas disposiciones ausentes del Anexo II, así su art. 7 transcribe el art. 10 del Convenio 97 de la OIT, añadiendo que si el Estado en cuestión cuenta con un sistema de control de contratos, deberán indicarse en esos acuerdos bilaterales los métodos para garantizar la ejecución de obligaciones contractuales por parte del empleador. También incorpora la imposición de sanciones para quienes fomenten la inmigración ilegal (art. 8).

obra ilegal (12); dos, los traficantes de migrantes (13), que son quienes, en muchas ocasiones, no sólo organizan esos movimientos migratorios, sino que también también los alientan, debido a los elevados ingresos económicos que pueden conseguir con estas actividades. Este convenio cuenta con unas disposiciones novedosas como la obligación estatal de no considerar ilegal o irregular a los trabajadores migrantes que, habiendo residido legalmente en su territorio hayan perdido su empleo (14).

Precisamente por lo progresista de su articulado, el Convenio 143 sólo resulta oponible a dieciocho Estados, y sólo a cuatro receptores de inmigrantes (Italia, Noruega, Portugal y Suecia) (15). Ello pone de manifiesto que la voluntad estatal es contraria a cualquier intento de restringir ese margen de discrecionalidad que referíamos antes aunque sea en aras, como en esta ocasión, de adoptar medidas coordinadas para enfrentarse a uno de los problemas más graves que atañen a las migraciones, como es el del tráfico de seres humanos. No es baladí en este punto resaltar la oportunidad perdida entonces, ya que hasta el año 2000 no se pudo concluir en el seno de las Naciones Unidas el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, abierto a la firma en diciembre de ese año (16). Este

(12) Véase por ejemplo el art. 6 que establece: «1. Deberán adoptarse disposiciones en la legislación nacional para llegar a investigar eficazmente el empleo ilegal de trabajadores migrantes así como para la definición y aplicación de sanciones administrativas, civiles y penales, incluyendo la prisión, para el empleo ilegal de trabajadores migrantes, para la organización de migraciones con fines de empleo que se definen como abusivas en el art. 2 del presente Convenio y para la asistencia deliberadamente prestada, con fines lucrativos o no, a tales migraciones».

(13) El art. 3 establece la obligación estatal de adoptar cuantas medidas resulten necesarias «a) para suprimir las migraciones clandestinas con fines de empleo y el empleo ilegal de migrantes; b) contra los organizadores de movimientos ilegales o clandestinos de migrantes con fines de empleo, que procedan de su territorio, se dirijan a él o transiten por el mismo, y contra los que empleen a trabajadores que hayan inmigrado en condiciones ilegales».

(14) El art. 8 de este texto, está redactado en los siguientes términos: «1. A condición de haber residido legalmente en el país con fines de empleo, el trabajador migrante no podrá ser considerado en situación ilegal o irregular por el hecho mismo de la pérdida de su empleo, la cual no deberá entrañar por sí misma el retiro de su permiso de residencia o, llegado el caso, de su permiso de trabajo. 2. Deberá, en consecuencia, beneficiarse de un trato igual al de los nacionales, especialmente en lo que se refiere a las garantías en materia de seguridad en el empleo, obtención de otro empleo, obras para absorber el desempleo y readaptación».

(15) A 10 de marzo de 2003 los siguientes Estados contaban con el estatuto de partes en el Convenio 143 de la OIT: Benín, Bosnia y Herzegovina, Burkina Faso, Camerún, Chipre, Eslovenia, Guinea, Italia, Kenya, ex-Repubblica Yugoslava de Macedonia, Noruega, Portugal, San Marino, Suecia, Togo, Uganda, Venezuela y Yugoslavia.

(16) Véase Resolución de la Asamblea General 55/25, de 15 de noviembre de 2000, en la que se aprueba la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, así como el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes

Protocolo, dado el número de instrumentos de ratificación o adhesión exigidas para ello —cuarenta—, lo más probable es que demore su entrada en vigor durante más tiempo del que sería deseable.

II. EL AZAROSO CAMINO DE UNA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

Ha quedado de manifiesto la ausencia de voluntad estatal de limitar mediante instrumentos convencionales multilaterales su facultad de legislar en materia de inmigración. Así las cosas, en el marco de la Unión Europea el camino hacia una política común de inmigración no ha resultado nada fácil, si bien es cierto que en los últimos dos años se observa un cambio importante de actitud que ha generado algunos avances aún no consolidados.

La política de inmigración común se encuadra en el marco de la libre circulación de personas. Esta se concibe como una libertad que ha de afectar y se refiere a todas las personas que se hallen dentro de las fronteras de la Comunidad, es decir, ha de alcanzar igualmente a los nacionales de terceros Estados —vertiente *ad extra* de la libre circulación de personas— y no sólo a los nacionales de los Estados miembros —vertiente *ad intra*— (17), pues cualquier otra interpretación se revelaría incompatible con el objetivo de un espacio sin fronteras interiores. Así, la libre circulación de personas implicará, en su plena realización, que *comunitarios* y *extranjeros* han de llegar a ser titulares de los derechos materiales contenidos en dicha libertad.

Recordemos que el contenido sustantivo de la libre circulación de personas contiene un derecho de libre circulación y un derecho de residencia por

por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, y los declara abiertos a la firma en la conferencia política de alto nivel que se celebrará en Palermo (Italia) del 12 al 15 de diciembre de 2000 de conformidad con la resolución 54/129.

(17) Del Consejo Europeo celebrado en Rodas los días 2 y 3 de diciembre de 1988 surge la creación del *Grupo de Coordinadores para la libre circulación de personas* —formado por un representante de cada Estado miembro e informalmente llamado *Grupo de Rodas*—, que tenía como misión intensificar los esfuerzos en ese campo. El Grupo elaboró un informe denominado *Documento de Palma* (Palma de Mallorca, junio de 1989) y es en él donde por primera vez se realiza claramente la distinción entre la vertiente *ad intra* y *ad extra* o la dimensión *interna* y *externa* de la libre circulación de personas. Se vincula a la dimensión externa de la libre circulación de personas todas las medidas necesarias para la concesión de la libre circulación de personas a los nacionales de terceros Estados, condiciones de entrada y salida, política de visados, asilo, refugiados, etc. Por el contrario, las medidas que están destinadas al juego de la libre circulación de nacionales de los Estados miembros, se enmarcan en la dimensión interna de la libre circulación de personas. Véase sobre el tema: BOIXAREU CARRERA, A., «Los trabajos del grupo de coordinadores para la libre circulación de personas», *Gaceta Jurídica de la CEE*, B-48, dic.1989, p. 3.

todo el territorio comunitario (18). Ambos son ya una realidad para los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, alcanzada bien a través de la libre circulación de personas en tanto que operadores económicos o, por lo que se refiere a las personas económicamente inactivas, a través de la interpretación jurisprudencial del antiguo artículo 8A (19) (actual art. 14 TCE) y un desarrollo normativo llevado a cabo por tres Directivas de junio de 1990 (20). Muy al contrario, la libre circulación y el derecho de residencia en el territorio comunitario, siguen siendo sólo un objetivo comunitario en relación con los ciudadanos de terceros Estados (21). Para el cumplimiento de tal objetivo, es necesaria la total eliminación de las fronteras interiores, lo que exige la implantación de una serie de medidas que permitan la entrada *controlada* de ciudadanos de terceros Estados en un espacio en el

(18) El contenido material de estos derechos ha sido ampliamente tratado por diversos autores. Mencionamos aquí las dos obras de la doctrina española más reseñables y nos remitimos por lo demás a la bibliografía citada en las mismas. Véase: JIMÉNEZ DE PARGA MASEDA, P., *El derecho a la libre circulación de personas físicas en la Europa comunitaria*, Madrid, 1994; LIROLA DELGADO, M^a L., *Libre circulación de personas y Unión Europea*, Madrid, 1994.

(19) La jurisprudencia del TJCE ha realizado en el ámbito de la libre circulación de personas la meritoria labor de afirmar su extensión a los inactivos, conectándolos con el ámbito de aplicación del tratado. Sin embargo, se topó con los límites de su propia naturaleza pues como órgano judicial, no podía aportar la necesaria solución normativa. Esta llegó poco después de la mano de la acción Comisión-Consejo. Sobre la labor realizada por el TJCE en el ámbito de la libre circulación de personas véase: JIMÉNEZ DE PARGA, P., *La libre circulación de las personas físicas...*, ob. cit. p. 49 y ss.

(20) DOCE L 180 de 13 de julio de 1990, pp. 26 y ss. La Directiva sobre residencia de estudiantes fue anulada por el TJCE (Sentencia de 7 de julio de 1990, asunto C 295/90, Parlamento/Consejo), y sustituida por la Directiva 93/96, de 29 de octubre 1993, DOCE L 317 de 18 de diciembre de 1993.

(21) Ni los Acuerdos Europeos (celebrados con Bulgaria, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia, República Checa y Rumanía) ni el Acuerdo de Asociación celebrado con Turquía el 12 de septiembre de 1963 contienen ninguna disposición relativa a la gestión y ordenación de flujos migratorios. Tampoco incorporan beneficios en cuanto al acceso de sus nacionales a territorio comunitario. Lo que sí hacen es ampliar el alcance subjetivo de las libertades comunitarias a los nacionales de los Estados partes en estos textos convencionales. Así, los Acuerdos Europeos incorporan un Título IV denominado «Circulación de trabajadores, derecho de establecimiento y prestación de servicios» de idéntico contenido. Sintéticamente, éste supone la aplicación del principio de no discriminación a los trabajadores regulares en lo que se refiere a las condiciones laborales y coordinación de regímenes de seguridad social. Por su parte, el Acuerdo con Turquía establece el compromiso de las partes de «llevar a cabo gradualmente ... la libre circulación de trabajadores», de suprimir las restricciones a la libertad de establecimiento así como a la libre prestación de servicios. Sobre la Libre circulación de nacionales de terceros países véase: ALEXANDER, W., «Free Movement of Non-EC Nationals. A Review of the Case-law of the Court of Justice», *European Journal of International Law*, 1992, pp. 53-64; BROCHMANN, G., *European Integration and Immigration from Third Countries*, Oslo 1996; FERRER I GÓMEZ, A., *Libre circulación de nacionales de terceros Estados y miembros de la familia en la Unión Europea*, Barcelona, 2001; LAFRANCHI M-P., *Droit Communautaire et travailleurs migrants des États tiers. Entrée et circulation dans la Communauté Européenne*, Aix—Marseille, 1994; STAGIOS, P., «Les ressortissants d'États tiers au sein de l'ordre juridique communautaire», *CDE* (1992), p. 307.

que se pretende que circulen y residan libremente. Partiendo de esta premisa los nacionales de terceros Estados, se convierten en algo así como *el enemigo a controlar*, para la plena realización de la libre circulación de personas.

El objetivo global de la libre circulación de personas nació con el Acta Única Europea. Más, pese a ello, la libre circulación de nacionales de terceros Estados fue uno de esos ámbitos materiales en los que se mantuvieron las competencias básicamente en manos de los Estados miembros, sin perjuicio de una posible acción comunitaria sobre bases competenciales residuales (22), que podrían utilizarse sólo cuando ello fuera necesario para la construcción europea. Esta interpretación de la atribución competencial consagrada en el AUE, legítima y justifica la evolución posterior, además de facilitar su comprensión (23), pues los años siguientes se caracterizaron por la ausencia de legislación comunitaria sobre la materia.

Tal opción intergubernamental se mantuvo hasta la reforma introducida con el Tratado de Ámsterdam, siendo sus resultados más destacados los Acuerdos de Schengen (24) y el título VI del TUE (CAM), introducido tras la reforma operada con el Tratado de Maastricht. Por lo que se refiere a los Acuerdos de Schengen, éstos tenían como finalidad la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes y su traslado a las fronteras exteriores. Pero la realidad es que el objetivo de Schengen no era establecer un derecho a la libre circulación de los nacionales de terceros Estados equiparable al que el ordenamiento jurídico comunitario reconoce a los nacionales de los Estados miembros, sino únicamente eliminar los obstáculos que persistían para la libre circulación de los nacionales comunitarios: las fronteras interiores. Ello explica el estricto tratamiento que en tales Acuerdos reciben los nacionales de terceros Estados en su entrada y salida del territorio comunitario pero, sobre todo, explica que las normas Schengen regularan la entrada y salida de esos nacionales sólo para las estancias de corta duración, pues la regu-

(22) Sobre la base de los antiguos artículos 235 y 100 del TCEE (actualmente 308 y 94 del TCE).

(23) Si no fuera así, la utilización de la vía intergubernamental en los años siguientes podría llegar a considerarse contraria al artículo 10 del TCE: *los Estados miembros facilitarán a la Comunidad el cumplimiento de su misión...*

(24) Entre la extensa bibliografía existente sobre Schengen, cabe destacar los siguientes trabajos: GAUTIER, Y., «Accords de Schengen», *Juris-Classeur Europe* (1996), vol. 1, fasc. 408, pp. 1-26; HREBLAY, V., *La libre circulation des personnes: les accords de Schengen*, París, 1994; del mismo autor, *Les Accords de Schengen: Origine, fonctionnement et avenir*, Bruselas, 1998; MEIJERS, H. y otros (eds.) *Schengen: Internationalisation of Central Chapters of the Law on Aliens, Refugees, privacy and the Police*, Leiden 1992; O'KEEFE, D. «The Schengen Convention: A Suitable Model for European Integration?», en *Yearbook of European Law*, 1999, pp. 185-219; PAULY, A. (ed.), *Les accords de Schengen: Abolition des frontières intérieures ou menace pour les libertés politiques?*, Maastricht 1993; PAULY, A. (ed.), *Schengen en panne*, Maastricht, 1994.

lación de las estancias de larga duración (25) no resultaba imprescindible para la supresión de los controles sobre las personas en las fronteras interiores.

Con la reforma llevada a cabo con el Tratado de Maastricht, tan sólo las cuestiones relativas a visados fueron transferidas a la competencia de la Comunidad Europea (antiguo artículo 100C del TCE). La competencia estatal abarcaba los demás ámbitos materiales, si bien fueron denominados ámbitos de interés común y se preveía que sobre ellos los Estados no actuarían individualmente, sino a través de una acción común, si se demostraba que los objetivos podrían alcanzarse más fácilmente por medio de una acción común que por la acción aislada de los Estados. Mas la labor realizada sobre estas bases fue realmente muy escasa (26).

III. LOS INICIOS DE LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

1. La atribución competencial a la Comunidad en los Tratados de Ámsterdam y Niza

El Tratado de Ámsterdam concedió a la Comunidad las competencias necesarias para llevar a cabo una política de inmigración comunitaria, que ha de alcanzar a las condiciones de entrada y residencia para estancias de larga duración, lo que implica una política de visados de larga duración y permisos de residencia (27), así como a las condiciones con arreglo a las cuales los nacionales de terceros Estados que residan legalmente en un Estado miembro puedan residir en otro Estado miembro. Asimismo, se ha de proceder a la regulación de la inmigración y la residencia ilegal, incluida la repatriación de residentes ilegales (art. 63 TCE). La atribución competencial llevada a cabo en el tratado de Ámsterdam permitía mirar al futuro al menos con algo más

(25) Las estancias de larga duración quedaban reguladas por las respectivas legislaciones nacionales de extranjería.

(26) Se trataba de Resoluciones del Consejo en ámbitos como el ejercicio de una actividad económica, la realización de estudios, la lucha contra los matrimonios fraudulentos o el establecimiento de larga duración. Véanse las Resoluciones del Consejo de 20 de junio y de 30 de noviembre de 1994 (DOCE C, 274 de 19-9-1996, p. 3 y ss), Resolución de 4 de diciembre de 1997 (DOCE C 382 de 16-12-1997, p. 1) y Resolución de 4 de marzo de 1996 (DOCE C 80 DE 18-3-1996, p. 2). Tan sólo existe una acción común relativa al modelo uniforme del permiso de residencia (Acción Común 97/11/JAI de 16-11-1996, DOCE L 7 de 10-1-97, p. 1), que posteriormente dio lugar al Reglamento CE 1030/2002 DEL Consejo, de 13 de junio de 2002, DOCE L 157 de 15.6.2002, p. 1.

(27) Sobre esta cuestión debe tenerse en cuenta la Declaración sobre la letra a) del punto 3 del art. 63 del TCE (Declaración nº 18) según la cual los Estados miembros podrán negociar y celebrar acuerdos con terceros países en los ámbitos previstos en el art. 63.3 en su apartado a) del TCE, siempre que tales acuerdos respeten el Derecho Comunitario.

de luz. Sin embargo, ha sido calificada como *parca* por MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (28) pues, a su juicio, *carece de toda ambición y sólo aborda los aspectos más irrenunciables de una política de inmigración. En realidad, los mínimos para evitar las distorsiones derivadas de una efectiva libertad de circulación de todas las personas que exige la desaparición de los controles en las fronteras interiores*. Es acertada esta afirmación, más, como veremos, el Título IV ha servido al menos para poner en marcha a las instituciones comunitarias.

El plazo para la acción del Consejo viene establecido en el art. 67 del TCE, que prevé el periodo transitorio de cinco años desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam —lo que nos traslada al 1 de mayo del 2004 (29)—, en principio como máximo. Sin embargo, el último párrafo del art. 63 exceptúa expresamente del plazo de cinco años a tres tipos de medidas: a) las de fomento de un esfuerzo entre los Estados miembros en la acogida de refugiados y desplazados; b) las condiciones de entrada y residencia así como la normativa sobre visados de larga duración y c) las condiciones en las que los nacionales de terceros Estados que residen legalmente en un Estado miembro puedan residir en otro Estado miembro. Curiosamente, son todos ellos ámbitos materiales que ha de abarcar la política de inmigración necesaria para poner en marcha la libre circulación de nacionales de terceros Estados. Probablemente se pensó que cinco años no era tiempo suficiente para alcanzar consenso en estas materias. Ello motivó, *sensatamente*, la admisión de estas excepciones. En todo caso, tal decisión ponía de manifiesto que el objetivo de la libre circulación de nacionales de terceros Estados no era para la Comunidad, un objetivo inmediato.

Por lo que se refiere al procedimiento que el Consejo ha de utilizar para la adopción de medidas en estas materias, el art. 67 establece un sistema de adopción de decisiones para el periodo transitorio y la modificación de aquél una vez finalizado éste. Así, durante el periodo transitorio, el Consejo decidirá por unanimidad, a propuesta de la Comisión o de un Estado miembro (30). Transcurrido el periodo transitorio de cinco años, el Consejo se pronunciará sólo a propuesta de la Comisión, no de un Estado miembro (31), pronun-

(28) J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *La Inmigración y el Asilo en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2002, p. 170.

(29) El Tratado de Ámsterdam entró en vigor el 1 de mayo de 1999.

(30) La unanimidad no se aplica a los aspectos que sobre visados ya eran competencia de la Comunidad desde Maastricht, concretamente por el art. 100C del TCE —actualmente regulado por el art. 62.2.b del TCE—, en el que las decisiones se adoptaban por la regla de la mayoría cualificada. Se trata de las cuestiones relativas a la lista de terceros países cuyos nacionales necesitan visado para cruzar la frontera exterior y a un modelo uniforme de visado.

(31) Sin perjuicio de que la Comisión está obligada a estudiar cualquier petición que un Estado miembro le haga para que presente una propuesta al Consejo.

ciándose igualmente por unanimidad, hasta que el propio Consejo adopte, por esa misma regla, una decisión (32) para que a todos o al menos parte de los ámbitos del Título IV resulte de aplicación el procedimiento de codecisión (art. 251). La Declaración sobre el art. 67 del TCE (Declaración nº 21) aneja al Acta final de la Conferencia relativa al procedimiento de adopción de decisiones en este título IV, viene a darle cierto carácter de obligación a la actuación del Consejo respecto a la adopción de la decisión. Así, dispone que el Consejo antes de que finalice el periodo transitorio de cinco años debe examinar los elementos de dicha decisión, de lo que podría derivarse la intención de un cambio inmediato de la regla de adopción de decisiones en cuanto finalice el periodo transitorio. El Tratado de Niza ha venido a reforzar el ánimo favorable al cambio de procedimiento y, en una nueva Declaración sobre el art. 67 afirma que el Consejo se esforzará en lograr que el procedimiento de codecisión sea aplicable a partir del 1 de mayo de 2004 o, tan pronto como sea posible después de esta fecha, a todos los ámbitos cubiertos por el Título IV. Si quedaba alguna duda de la aplicación del procedimiento de codecisión a las cuestiones relativas a la política de inmigración —argumentando que estas cuestiones, como hemos visto, estaban fuera del periodo transitorio—, a nuestro juicio, con el tratado de Niza tal duda queda despejada.

Otra de las novedades que supuso el Tratado de Ámsterdam son las competencias que adquiere el TJCE en los ámbitos materiales del Título IV. En todo caso, el régimen establecido en el artículo 68 del TCE presenta ciertas peculiaridades ya que las competencias del TJCE no son las mismas que en términos generales le son atribuidas en el TCE. Por un lado, en el Título IV el Tribunal tienen limitadas sus competencias en dos sentidos. Uno, la cuestión prejudicial de interpretación o validez sólo procederá cuando los jueces se encuentren en última instancia, sin que sea posible en otra situación —lo que en el régimen general es facultativo—; dos, el apartado 2 del mismo precepto establece que el TJCE no tendrá competencia sobre las medidas que los Estados miembros decreten en materia de mantenimiento del orden público y salvaguardia de la seguridad interior, basadas en el art. 64 del TCE. Por otro lado, se amplían las competencias del TJCE, pues el apartado 3 del art. 68 reconoce la posibilidad de que el Consejo, la Comisión

(32) No será necesaria la adopción de esa decisión por el Consejo en las cuestiones relativas a visados que no estuvieran previstas en el TUE como ámbitos de competencia comunitaria —procedimientos y las condiciones para la expedición de visados por los Estados miembros y las normas para un visado uniforme—. A esas cuestiones, una vez pasado el periodo de cinco años, se aplicará directamente el procedimiento de codecisión, sin necesidad de que medie acuerdo alguno del Consejo al respecto. Se puede entender que justifica esta excepción el hecho de que visados ya fuera un ámbito de competencia comunitaria desde Maastricht, por lo que su regulación estaba algo más avanzada y se consideró innecesaria la decisión *ad hoc* del Consejo para aplicar la mayoría cualificada.

o un Estado miembro solicite al TJCE la interpretación de los arts de este Título IV o de los actos basados en él, lo cual es, sin duda, una nueva vía de recurso directo ante el TJCE.

En relación con las materias objeto de nuestro estudio, no puede obviarse la cuestión relativa a su ámbito de aplicación territorial. El artículo 69 del TCE dispone que la aplicación del Título IV quedará sometida a los dispuesto en tres Protocolos anejos al TUE —Protocolos 3, 4 y 5—. En ellos se establecen términos particulares para Irlanda, Reino Unido y Dinamarca, lo que supone la creación de estatutos especiales para estos países (33). En términos generales, de estos Protocolos puede afirmarse que fueron el precio a pagar para lograr la incorporación de los ámbitos materiales que abarca el Título IV del TCE en el pilar comunitario.

2. El contenido sustantivo de la política de inmigración comunitaria

El Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999 —recordemos que el Tratado de Ámsterdam había entrado en vigor hacía escasamente seis meses— se dedicó a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. En él se llegó a afirmar que la instauración de este espacio

(33) El Protocolo nº 4, sobre la posición del Reino Unido e Irlanda establece que ambos Estados se mantienen, en principio, fuera del ámbito normativo del nuevo Título IV y de todo el derecho de él derivado. No obstante, cualquiera de ellos, o los dos, podrán notificar su intención de tomar parte en una medida que haya sido propuesta o adoptada. En el caso de una medida propuesta, deberán notificarlo al Presidente del Consejo y en el supuesto de una medida ya adoptada, lo notificarán al Consejo y a la Comisión, siendo ésta la que tiene la decisión final (art. 11.3 del TCE). Igualmente, cualquiera de los dos Estados, o los dos, podrán decidir su plena integración en el régimen del Título IV del TCE. Por su parte, el Protocolo nº 5 sobre la posición de Dinamarca sitúa a este país en una posición casi idéntica que la que ostentan el Reino Unido e Irlanda, con la diferencia de que a Dinamarca sí le resultan de aplicación las medidas sobre visados ya reguladas por el Derecho comunitario desde el TUE. En realidad, este Protocolo trata de mantener operativas las excepciones danesas aprobadas por la Decisión de los Jefes de Estado y de Gobierno reunidos en el Consejo Europeo de Edimburgo de 12 de diciembre de 1992, motivadas por el *no danés* al Tratado de la Unión Europea resultante de Maastricht. Finalmente, el Protocolo nº 3 regula la aplicación al Reino Unido e Irlanda de determinados aspectos del artículo 14 del Tratado CE, precepto que se refiere a la creación del mercado único. Este Protocolo tiene como objetivo permitir que el Reino Unido e Irlanda mantengan su *Common Travel Area*, estableciendo la facultad de verificar en sus fronteras interiores —con otros Estados miembros—, el derecho de entrada tanto de los ciudadanos de Estados partes en el Acuerdo sobre el EEE, como de las personas a su cargo que se acojan a la normativa comunitaria, así como de ciudadanos de otros Estados a los que tal derecho de entrada les haya sido concedido por acuerdo vinculante para el Reino Unido. Además, se reserva el derecho a decidir si concede el permiso a otras personas para entrar en su territorio. Por su parte, los demás Estados de la Unión, podrán actuar en condiciones de reciprocidad. Además, Irlanda ha añadido una Declaración unilateral al art. 3 de este Protocolo nº 3, en la que hace pública su intención de participar en los actos que se adopten sobre la base del Título IV siempre que sea compatible con la *Common Travel Area*, además de aclarar que su participación en el Protocolo 3, sólo tiene como objetivo favorecer en todo lo posible la libertad de circulación hacia y desde Irlanda.

revestía la misma importancia que, en su momento, el mercado interior. Por eso los Jefes de Estado y de Gobierno pidieron a la Comisión que elaborara una lista de *indicadores* para establecer todas las medidas que debían adaptarse en el *maltrecho* plazo de cinco años, al objeto de facilitar su seguimiento. Se trataba de llevar a cabo una labor armonizadora para aproximar las legislaciones nacionales sobre los requisitos de admisión y residencia de los nacionales de los Estados miembros que debería incluir una gestión más eficaz de los flujos migratorios, pues debería tenerse en cuenta la situación económica y demográfica de la Unión, así como de los países de origen (34).

Con este mandato la Comisión presentó en noviembre de 2000 una importante comunicación (35) para estimular el debate sobre una política comunitaria en materia de inmigración en la que lleva a cabo un replanteamiento global de las políticas de inmigración realizadas por los Estados de la Unión en los últimos 30 años. Exponía su visión de un nuevo método de gestión de los flujos migratorios y una política común en materia de admisión por razones económicas. Presentó también dos estudios sobre la evolución económica y demográfica de la Unión (anexo I) y un calendario de las propuestas que se presentarían en la materia (anexo II). Véamos una pequeña síntesis de la Comunicación de la Comisión.

La Comisión señala los motivos por los que resulta necesario un nuevo enfoque sobre la inmigración. El elemento central se sitúa en el nuevo contexto económico y demográfico por el que pasa la Unión. Por un lado, el mercado de trabajo tiene unas necesidades de mano de obra y, por otro, la inmigración, sin ser la panacea que ha de resolver los problemas derivados del envejecimiento de la población europea, sí será un factor que intervenga positivamente para paliarlos (36). Ha de admitirse el valor positivo que tiene la inmigración y los beneficios que comporta una política más abierta. Partiendo de reconocer la necesidad de una inmigración económica y laboral, deben abrirse los canales adecuados para que ésta transcurra por vías legales. La articulación de un inmigración legal arranca de la colaboración con los países de origen que, en términos generales, ha de repercutir en

(34) Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere, de 15 y 16 de octubre de 1999, apartado 20.

(35) COM 2000 757 final, de 22 de noviembre de 2000.

(36) De acuerdo con la Comunicación de la Comisión, las políticas de inmigración se han basado, en los últimos 30 años en el supuesto de que Europa no necesitaba inmigración económica y laboral y se ha hecho muy inaccesible a la entrada legal de los inmigrantes. Esto ha ido paralelo a una demanda real de mano de obra, por parte de ciertos sectores de la economía, lo que ha llevado a que los flujos de inmigración se canalizasen por vías irregulares, alimentando el tráfico de seres humanos y la explotación de los trabajadores indocumentados. Véase, además de la Comunicación ya mencionada de la Comisión, el dictamen en relación con ella del Comité Económico y social 2001/c 260/19 en DOCE C, 260, de 17.9.01, p. 104.

beneficio mutuo y tiene tres claros fines: un sistema común de asilo (37), una gestión común de los flujos migratorios y un trato justo a los inmigrantes.

Por lo que se refiere a la gestión común de los flujos migratorios, los Estados europeos y las instituciones comunitarias deben regularlos estableciendo reglas para la admisión de inmigrantes y gestionando tal política de manera responsable. La Comisión considera inadecuado el establecimiento de contingentes anuales debido a la escasa flexibilidad de los mismos. Propone un sistema más flexible de admisión, en el que los Estados elaborarán informes de la inmigración recibida y de la admisible y, sobre la base de tales informes, el Consejo aprobará una política global de admisión.

El procedimiento de admisión ha de ser sencillo, proponiendo la Comisión la utilización del visado, pero del visado de entrada para la búsqueda de empleo, lo que es una visión muy distinta del visado que la hasta ahora sostenida. Para la Comisión existen dos mecanismos legales para la entrada de los inmigrantes: una, disponer, desde el país de origen, de una oferta de empleo para trabajar en el país de destino; y, dos, obtener la autorización legal para venir a buscar empleo. La primera es la única que actualmente existe en los Estados de la Unión, mientras que la segunda sólo está contemplada en la legislación italiana. A juicio de la Comisión, es necesario impulsar este segundo procedimiento de entrada, pues el primero de ellos conduce a las vías irregulares de la inmigración, tal y como ha demostrado la experiencia. Y ello, porque muchos empleadores contratarán sólo a personas a las que han podido entrevistar previamente y hay muchos empleos a los que sólo se podrá acceder después de que el inmigrante haya traspasado nuestras fronteras. Por ello, el visado de entrada para búsqueda de empleo es una opción más adecuada. No obstante, no hay que rechazar de plano las cuotas anuales, siempre que éstas se otorguen con la debida flexibilidad. En definitiva, la cuota puede ir ligada al visado de búsqueda de trabajo.

Por lo que afecta al trato (justo) a los inmigrantes, la Comisión trabaja en dos sentidos. Uno, los derechos a otorgar a los inmigrantes, ámbito en el que la Comisión defiende la idea de acercarlos lo más posible a los ciudadanos europeos. En esta línea queda apuntada una importante idea: otorgarles un permiso de residencia de larga duración —lo que es lógico— y también un permiso de trabajo permanente —lo que es más que saludable—, a las personas que hayan residido en un país de la Unión un número de años por determinar. Dos, las medidas dirigidas a la integración social de las personas inmigradas. La Comisión vincula este elemento al punto de partida ya mencionado: admitir el valor positivo de la inmigración. Esta valoración no debe

(37) Todas las cuestiones relativas a asilo son estudiadas en otro trabajo de este volumen monográfico.

existir sólo en las instancias gubernamentales, sino que se debe, desde ellas, trasladar a la sociedad y a la opinión pública, pues así será mucho más eficaz cualquier medida de integración que se lleve a cabo.

La Comisión advierte finalmente de *los peligros de no enfrentarse de esta forma con la inmigración*. A su juicio, la inmigración laboral se produce fundamentalmente por dos causas: la falta de expectativas en los países de origen de los inmigrantes y la existencia real de una oferta laboral en el país de destino. Cuando esta oferta se produce y siguen cerrados los caminos para la inmigración legal se impone, inevitablemente, la inmigración ilegal. Instalada ésta, algunas empresas basan su competitividad en los bajos salarios que pagan a los trabajadores aprovechando la irregularidad y la indefensión en que estos se encuentran. A su vez, esto produce vulneración de las normas de la competencia y perjudica los legítimos intereses de la mayoría de las empresas que sí que cumplen con las leyes y los convenios colectivos y pagan los impuestos y las cotizaciones sociales correspondientes. Así pues, la construcción de una política común de inmigración se presentaba como una tarea imprescindible y, en cierta medida, *urgente*. Sobre las bases de su propia Comunicación, la Comisión en el año 2001 ha elaborado algunas propuestas de Directivas, teniendo éstas por objeto la regulación de aspectos esenciales para los fines marcados.

En esta línea, encontramos la *propuesta de Directiva relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración* (38) de cuya lectura se desprende un doble objetivo: por un lado, establecer las condiciones de concesión y retirada del estatuto de residente de larga duración y, por otro, una vez en posesión de tal estatuto, regular el derecho de residencia en los distintos Estados miembros. Con esta propuesta, la Comisión concreta su intención de garantizar una verdadera integración de los nacionales de terceros Estados permanentemente instalados en territorio comunitario, si bien mantiene un vínculo muy fuerte entre la residencia efectiva y legal en un Estado miembro y la adquisición del estatuto de residente de larga duración. Así, determina los criterios de adquisición del estatuto de residente de larga duración y los derechos correspondientes, eliminando la discrecionalidad de los Estados una vez que se reúnan las condiciones previstas.

En relación con las condiciones para la obtención del permiso de residencia, la Comisión propone las claves de la armonización entre los Estados miembros y la aplicación del principio de igualdad de trato con los ciudadanos del Estado miembro. Así, el artículo 5 dispone que se otorgará el estatuto de residente de larga duración a quienes acrediten una residencia legal e inin-

(38) COM 2001, 127 final.

terrumpida durante cinco años en el territorio del Estado miembro en cuestión. Añade en su artículo 6 la necesidad de que igualmente sean acreditados recursos fijos y suficientes y un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos. Se vincula la obtención del estatuto de residente de larga duración a la existencia de recursos fijos y no directamente a un contrato de trabajo, lo que si bien amplía las posibilidades, ha de entenderse que, en la mayoría de los casos, resultará equivalente. Este estatuto tendrá una duración de diez años y la renovación será automática. En este sentido sí se advierte una apertura en la propuesta de la Comisión, pues el art. 9 establece expresamente que, en ningún caso, podrán volver a examinarse los requisitos que motivaron la concesión del estatuto, lo que garantiza la igualdad de trato con los ciudadanos del Estado miembro y supone una mejora en relación con la actual situación, pues en muchos Estados miembros se ejerce ese re-examen de los requisitos que motivaron la obtención del estatuto de residente de larga duración.

Por otro lado, la obtención de la residencia implica unos derechos que se inspiran en los de los ciudadanos de los Estados miembros, pues no en vano el principio de igualdad de trato es la directriz marcada. Sin embargo, tales derechos se limitan a los de corte social (39), sin incluir derechos políticos como el derecho de voto o el derecho a la nacionalidad. Finalmente, por lo que se refiere a la residencia en otros países de la Unión, una vez obtenido el estatuto de residente de larga duración, la propuesta de la Comisión armoniza las condiciones que deben reunirse: realización en el Estado miembro de destino de una actividad económica, estudios o formación profesional, existencia de recursos económicos suficientes y seguro de enfermedad. Se contempla el derecho de reagrupación familiar vinculado al traslado de residencia. En este caso sí se vincula la movilidad del nacional de tercer Estado a la realización de una actividad, fines laborales o estudios, lo que resulta coherente con el objetivo del derecho concedido: facilitar una mejor utilización de la mano de obra existente en los Estados miembros. Finalmente, se encuentra regulada la expulsión, que está sometida a una serie de garantías para proteger al extranjero cuando es arbitraria (40).

También resulta muy relevante la *propuesta de Directiva sobre las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas por cuenta propia*

(39) Incluye los siguientes derechos: derecho al trabajo, a la educación o formación profesional, a las ayudas y becas, a la protección social y a la asistencia sanitaria y social.

(40) Se trata del artículo 13 de la propuesta de Directiva de la Comisión, que requiere para llevar a cabo la expulsión que el comportamiento del interesado represente una amenaza actual y suficientemente grave para el orden público o seguridad interior, en detrimento de un interés fundamental de la sociedad.

(41). La propuesta define un marco jurídico común relativo a la admisión de inmigrantes económicos y se presenta como compatible y coordinada con el proyecto de directiva recién expuesto relativo al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, pues ésta última se aplicará a los trabajadores por cuenta ajena y propia si cumplen las condiciones previstas y han solicitado el estatuto de residente de larga duración (42). La propuesta establece criterios comunes para la admisión de inmigrantes de terceros países por razones de trabajo (43) y regula la concesión de derechos a dichos inmigrantes. Sin embargo, a su vez pretende respetar la facultad de los Estados miembros de limitar la inmigración económica —techos o cupos— por lo que proporciona un marco flexible que permita a las partes, incluidos los Estados miembros, reaccionar rápidamente a circunstancias económicas y demográficas cambiantes. La propuesta también pretende establecer un procedimiento nacional de solicitud único para la expedición de un título combinado para el permiso de residencia y trabajo, lo que ha de valorarse muy positivamente.

La Comisión también ha presentado la *propuesta de Directiva del Consejo sobre requisitos de entrada y estancia de nacionales de terceros países a efectos de estudios, de formación profesional o voluntariado* (44). En ella se pretende la armonización de legislaciones en la perspectiva de instaurar un marco jurídico completo que regule la admisión en función del objeto de su residencia. Tomando como punto de partida que las migraciones a efectos de estudio, formación profesional o voluntariado presentan la particularidad de, por una parte, ser por definición temporales y, por otra, ser independientes de la situación del mercado laboral del Estado de acogida, se han considerado tradicionalmente de forma positiva (45), en particular la de los estudiantes de enseñanza superior. En todo caso, la voluntad de favorecer la entrada de nacionales de terceros países a esos fines debe realizarse en paralelo a la imperiosa necesidad de preservar el orden y la seguridad públicos. Por ello, la propuesta contiene disposiciones suficientemente amplias que dejan a los Estados el margen de maniobra necesario para rechazar la admisión o poner fin a la residencia de un nacional de un tercer

(41) COM 2001, 386 final.

(42) Sin perjuicio de que estos trabajadores estarán cubiertos por un régimen legal específico recién llegados a la Unión Europea.

(43) La propuesta utiliza como criterios el análisis de las necesidades económicas y el análisis de efectos beneficiosos.

(44) COM 2002, 548 final.

(45) Se inscriben en un contexto de enriquecimiento recíproco para los emigrantes, para los Estados de origen y de acogida, pues contribuyen a una mejor comprensión entre las culturas.

país que constituya una amenaza para el orden o la seguridad pública. Elementos como un periodo de validez máximo de un año para los permisos de residencia —renovables anualmente— favorecen el ejercicio de un control riguroso por los Estados miembros.

Hay igualmente que tener en cuenta la legislación contra la inmigración ilegal. En esta línea la Comisión ha presentado recientemente una propuesta, la propuesta de Directiva relativa a la expedición de un permiso de residencia de corta duración a las víctimas de la ayuda de la inmigración ilegal o de la trata de seres humanos que cooperen con las autoridades competentes (46), que se une a dos actos ya adoptados: la Decisión marco del Consejo destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (47) y la Directiva destinada a definir ayuda a la entrada, circulación y estancia irregular (48). La gran ausencia en los *acelerados* avances de esta política de inmigración se encuentra en las normas y procedimientos sobre visados y permisos de residencia de larga duración. Ello resulta comprensible desde la perspectiva de una política de inmigración ordenada. Si bien es cierto que el visado es el procedimiento de admisión —que por sencillo— ha sido recomendado por la Comisión, también lo es que éste ha de funcionar sobre la base de una política ya establecida de gestión de flujos migratorios lo que aún, como hemos visto, sólo está diseñada en sus grandes líneas.

IV. LOS ACUERDOS BILATERALES SOBRE FLUJOS MIGRATORIOS

La Comunidad Europea había marcado, al menos, unas directrices de actuación en materia de gestión y ordenación de flujos migratorios. Era de esperar un comportamiento de los Estados adecuado a las indicaciones formuladas por esta institución comunitaria, aunque en el caso español no ha sido exactamente así. Por otra parte, la actuación estatal en el ámbito material que nos ocupa, como era previsible, no ha tenido un alcance multilateral pues, como ya vimos, es manifiesta la falta de voluntad estatal de limitar en ámbitos convencionales multilaterales su facultad de legislar en materia de inmigración. De la práctica española se desprende que nuestro país está dispuesto a adquirir obligaciones recíprocas a través de la celebración de tratados bilaterales, actividad alentada desde el Convenio 97 de la OIT,

(46) COM 2002, 0071.

(47) Decisión 2002/946 de 28 de noviembre de 2002, DOCE L 328 de 5.12.2002, p. 1.

(48) Directiva 2002/90 de 28 de noviembre de 2002, DOCE L 5.12.2002, p. 17.

pero el análisis de los convenios celebrados resulta, cuando menos, desilusionante.

España ha celebrado acuerdos bilaterales que pretenden ordenar y gestionar los flujos migratorios. Con ellos se persigue que los inmigrantes que accedan a nuestro territorio cuenten con todos los requisitos administrativamente exigibles a los trabajadores extranjeros y se encuentren respaldados por un contrato de trabajo. Algunos de estos acuerdos incorporan cláusulas de readmisión que suponen la obligación de aceptar en el territorio de los Estados partes a los migrantes de su nacionalidad que se encuentren en una situación de ilegalidad. Trataremos en alguna medida esta cuestión.

1. Acuerdos sobre gestión y ordenación de flujos migratorios

España ha concluido un total de seis tratados sobre gestión y ordenación de flujos migratorios con Estados de tres continentes: Europa (Polonia y Rumanía), América (Colombia, República Dominicana y Ecuador) y África (Marruecos), de los que proceden más del 90 por ciento de los inmigrantes residentes en nuestro país (49). Todos estos acuerdos tienen por objeto regular y ordenar los flujos migratorios mediante una selección de

(49) Véase el dato en la intervención del Sr. Herrera Antonaya en el Pleno del Congreso de los Diputados, en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, n° 132, de 20 de diciembre de 2001, p. 6658.

(50) Todos ellos, salvo el acuerdo celebrado con Marruecos, incorporan en su título los términos flujos migratorios, la mayoría para regular y ordenar, menos el de Rumanía que sólo se refiere al concepto indicado en primer lugar (Acuerdo entre España y Colombia relativo a la regulación y ordenación de flujos migratorios laborales, firmado en Madrid el 21 de mayo de 2001, Véase en B.O.E. n° 111, de 9 de mayo de 2002, Acuerdo entre el Reino de España y la República del Ecuador relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios, firmado en Madrid el 29 de mayo de 2001, BOE n° 164, de 10 de julio de 2001, Acuerdo entre el Reino de España y la República del Ecuador relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios entre ambos Estados, firmado en Varsovia el 21 de mayo de 2002, BOE n° 226, de 20 de septiembre de 2002, Acuerdo entre España y Rumanía relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios entre ambos Estados, firmado en Madrid el 23 de enero de 2002. Cambia la denominación en el caso de la República Dominicana, Convenio sobre flujos migratorios, firmado el 17 de diciembre de 2001, BOE n° 31, de 5 de febrero de 2002 y de Marruecos, Acuerdo sobre mano de obra entre España y Marruecos, firmado en Madrid el 25 de julio de 2001, BOE n° 226, de 20 de septiembre de 2001).

(51) Se trata de textos breves, oscilando el número de artículos entre 15 (el celebrado con Polonia) y 22 (Ecuador), distribuidos en capítulos (salvo el de Polonia), coincidiendo no sólo en número sino también en las rúbricas. Cuentan con seis capítulos (bajo las rúbricas siguientes: Comunicación de ofertas de empleo, valoración de requisitos profesionales, viaje y acogida de trabajadores migrantes, Derechos y condiciones laborales y sociales de los trabajadores migrantes, disposiciones especiales sobre trabajadores de temporada, retorno de los trabajadores migrantes, disposiciones de aplicación y coordinación del presente acuerdo) precedidos de uno preliminar los tratados celebrados con Colombia, República Dominicana y Ecuador. Los de Rumanía y Marruecos cuentan con seis capítulos (el primero de ellos carece de capítulo preli-

mano de obra en sus países de origen (50) y, formalmente, responden a una misma estructura, existiendo entre ellos múltiples semejanzas, no sólo en el aspecto indicado (formal) sino también desde una perspectiva material (51).

Los acuerdos sobre gestión y ordenación de flujos celebrados por España contemplan un único modelo migratorio: la llegada de mano de obra en respuesta a ofertas laborales concretas comunicadas por las autoridades españolas a través de las respectivas Embajadas en los Estados contrapartes y por los propios empleadores españoles. No se acomodan al acuerdo bilateral-tipo incorporado en la Recomendación 86 de la OIT antes aludida, dado que en ninguno de ellos se mencionan algunos aspectos referidos en él, como la vivienda de quienes responden a las ofertas de empleo o la estabilidad en el mismo. Igualmente, tampoco se acomodan a las directrices comunitarias vistas en los epígrafes anteriores, pues utilizan los cupos o contingentes y los visados de entrada condicionados a la existencia de una oferta de empleo.

¿Cuáles son las ventajas de estos acuerdos?

Por lo que a los inmigrantes se refiere, se ha afirmado que debía valorarse positivamente 1) la participación de las autoridades del Estado de origen en la evaluación de las solicitudes en respuesta a las ofertas de trabajo; y, 2) la tramitación por vía de urgencia del visado para los seleccionados. En cuanto al aspecto indicado en primer lugar, los tratados considerados incorporan dos modelos de procedimiento evaluador: la mayoría de ellos enco-

minar, mientras el segundo cuenta con cinco y uno preliminar). El Acuerdo celebrado con Marruecos carece del capítulo dedicado al retorno de los trabajadores migrantes, mientras el de Rumanía regula en el capítulo segundo (Comunicación de las ofertas de empleo) las disposiciones relativas a la valoración de requisitos profesionales, viaje y acogida de trabajadores de nacionalidad del Estado contraparte.

(52) Es el modelo al que pertenecen los acuerdos celebrados con Ecuador, República Dominicana, Rumanía y Marruecos, que prevén la existencia de Comisión de Selección formada por representantes de las partes en el tratado, pudiendo participar el empleador y, si ambos Estados lo solicitan, también asesores de organismos intergubernamentales y ONG que sean designados de común acuerdo por las partes (arts. 4.1.2 y 3 de los Acuerdos con Ecuador, República Dominicana, Marruecos, Rumanía —en los dos últimos no está prevista la presencia de asesores—). El acuerdo celebrado con Polonia no menciona el término Comisión pero podría también incorporarse en este modelo, dado que la responsabilidad de la selección de trabajadores es compartida por las autoridades de ambos Estados, previéndose la participación del empleador en la decisión. El art. 11 establece las Instituciones competentes a estos efectos: el Ministerio de Trabajo y Política Social polaco y la Dirección General de Ordenación de las Migraciones, del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales español.

(53) El art. 4.1 del Acuerdo con Colombia (art.4.1) establece que sean las autoridades españolas quienes realicen selección (pudiendo también participar el empleador). Para la adopción de esta decisión se tomará en consideración «entre otros, la información suministrada por el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA)».

miendan las tareas de preselección profesional a una Comisión Mixta (52); tan sólo el acuerdo celebrado con Colombia incorpora un procedimiento unilateral al efecto, en el que sólo las autoridades españolas tienen capacidad decisoria (53).

En relación con la tramitación del visado por la vía de urgencia, el punto de partida es que a los trabajadores seleccionados no se les exige de solicitar la preceptiva documentación de viaje, pero al menos los visados se gestionan por esta vía preferente. Por tanto, el régimen aplicable a los migrantes reclutados en origen es, con la salvedad de la tramitación del visado, el establecido por la Ley de Extranjería con carácter general. Lo que se traduce en que han de obtener los permisos de residencia y trabajo exigidos para todos los extranjeros que pretenden permanecer en nuestro país en una situación legal. La ventaja que los acuerdos incorporan en este punto es la obligación de nuestras autoridades de facilitar las primeras autorizaciones administrativas requeridas por la legislación española a las personas seleccionadas por los procedimientos establecidos en estos textos convencionales (54).

Bien es cierto que los acuerdos contemplan una salvedad a la exigencia de permisos de residencia y trabajo: cuando el contrato al que responde el trabajador sea por una duración inferior a seis meses, el visado «le servirá para documentar dicha permanencia» (55), sin requerir por tanto la obtención de aquéllos. La lectura de los preceptos indicados conduce a afirmar que la regulación incorporada en los acuerdos acerca de las facilidades administrativas otorgadas a los trabajadores migrantes pone de manifiesto una vez más el fundamento utilitarista (la fuerza de trabajo) de la celebración de estos textos convencionales.

De lo anterior se desprende que el beneficio apuntado cuenta con un alcance relativo ya que se refiere únicamente a la primera tramitación de la documentación; se agilizan los trámites, sin duda, para permitir la incorpo-

(54) La coincidencia entre estos Acuerdos alcanza hasta el número de los artículos en los que se incorporan idénticos contenidos. Es el caso del que nos ocupa, el art. 5.3 del Acuerdo con Colombia, Ecuador, Rumanía, Marruecos, República Dominicana, establecen la obligación indicada en el texto. Además, en el caso del indicado en último lugar, se establece que el plazo de tramitación de la documentación considerada en ningún caso superará los seis meses. El Acuerdo con Polonia no incorpora esta obligación para el Estado de destino de los trabajadores, limitándose a establecer en su art. 3.4 que «El trabajador deberá disponer del correspondiente permiso de permanencia y de trabajo, de conformidad con lo dispuesto en las leyes vigentes en el Estado de acogida». A pesar de lo cual, cabe pensar que se trata de una diferencia más formal que sustantiva, dado que si las autoridades estatales han decidido la contratación de un trabajador lo proveerán de los permisos exigidos por nuestra legislación.

(55) Art. 4.2 y 3 de los Acuerdos con Ecuador, Marruecos, Colombia, República Dominicana y Rumanía y art. 3.2 y 3.3 del acuerdo con Polonia.

ración al puesto de trabajo para el que fue seleccionado el inmigrante en el más breve espacio de tiempo posible. Más allá de ésta no se incorpora ningún régimen privilegiado a las disposiciones generales de la Ley de Extranjería. De manera que los trabajadores que acceden a nuestro territorio amparándose en estos acuerdos podrán incurrir en ilegalidad de concurrir las causas que se indican al efecto con carácter general en la L.O. 4/2000 (modificada con la L.O. 8/2000). La inexistencia de un régimen de privilegio es también predicable en el ámbito de los derechos reconocidos a quienes acceden a nuestro territorio amparándose en uno de estos acuerdos. Los convenios celebrados por España en este punto reiteran los derechos previstos en nuestra legislación como derechos de los residentes legales en España, sin aportar ninguna ventaja al respecto (56), sin añadir matiz alguno que pueda significar una leve variación en el alcance de los mismos.

El contenido de estos acuerdos sí supone beneficios sustantivos para los Estados. En primer lugar, dado que los acuerdos sobre flujos migratorios pretenden utilizarse como un instrumento para articular el contingente, tienen la utilidad de institucionalizar y bilateralizar el procedimiento establecido en el Reglamento de la Ley de Extranjería para gestionar este elemento (57). El contingente, recordemos que formalmente es un instrumento para la regulación de flujos laborales, es acordado por el Gobierno «teniendo en cuenta la situación nacional de empleo» (58). Sin embargo, en la práctica, sólo se considera parcialmente el mercado laboral, puesto que se olvida de la situación real del mismo. Ello es así, al obviar a los trabajadores que pudiendo ocupar esos puestos laborales se encuentran ya en territorio español, aunque sea en condiciones de irregularidad administrativa ¿Dónde está entonces la necesidad

(56) Véase en relación con la reagrupación familiar el art. 6.2 de los Acuerdos con Colombia, Ecuador y con la República Dominicana, el derecho a la seguridad social se contempla en el art. 7 de los acuerdos precitados. El régimen general considerado se encuentra en los arts. 17 (reagrupación familiar) y 10 (seguridad social) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

(57) El art. 39 de la L.O. 4/2000 está redactado en los siguientes términos: «El Gobierno, teniendo en cuenta la situación nacional de empleo, las propuestas que le eleven las Comunidades Autónomas y previa audiencia del Consejo Superior de Política de Inmigración y de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, establecerá anualmente, siempre que exista necesidad de mano de obra, un contingente para este fin en el que se fijará el número y las características de las ofertas de empleo que se ofrecen a trabajadores extranjeros que no se hallen ni sean residentes en España, con indicación de sectores y actividades profesionales. A estos efectos, las propuestas que pueden elevar las Comunidades Autónomas incluirán el número de ofertas de empleo y las características profesionales de los trabajadores».

(58) Véase la Resolución de 14 de enero de 2003, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de diciembre de 2002, por el que se regulan los procedimientos de contratación y se fija el número y las características de las ofertas de empleo que se ofrecen para el año 2003 a extranjeros residentes legales en España y a extranjeros que no se hallen ni sean residentes en ella, publicado en B.O.E de 16 de enero de 2003.

del mercado de trabajo? ¿No hay en el territorio español casi dos mil personas, aunque sea en situación de ilegalidad, que deseen trabajar en el sector de la construcción, otras tantas en hostelería o más de dos mil quinientas en el sector servicios, que son las plazas que se ofertan en el contingente de 2003?

En el pasado, el contingente se ha utilizado para legalizar a los inmigrantes que llegaron de forma irregular, presentando sus respectivas solicitudes una vez se encontraban en territorio español (59). Sólo cuando veían resueltas favorablemente sus peticiones acudían al Estado de nacionalidad para firmar el contrato de trabajo en el consulado correspondiente donde habrían de proveerles de visado de residencia. El efecto de lo anterior era la incorporación inmediata al mercado laboral, con su consiguiente filiación y alta en el sistema de seguridad social. Una vez en España, donde en realidad ya se encontraban, habrían de solicitar los permisos de trabajo y residencia que les permiten regularizar su situación (60).

Lo lógico sería intentar captar mano de obra en el extranjero para cubrir aquellos puestos para los que no hay trabajadores dentro de las fronteras estatales con independencia de cual sea su situación administrativa. De ahí la adecuación del sistema propuesto por la Comisión: visado de entrada para la búsqueda de trabajo. Esta es también, la premisa de la que partía el Anexo II al Convenio 97 celebrado en el seno de la OIT. El último texto establece como paso previo a la autorización de la contratación de trabajadores extranjeros en aplicación de acuerdos sobre migraciones, la necesaria constatación por parte de las autoridades estatales de la inexistencia en el territorio nacional el número de trabajadores suficientes para cubrir la oferta, sin especificar su situación regular o no (61).

Por añadidura, la situación del mercado laboral que podemos denominar *legal* es, según el Reglamento de extranjería, una causa de denegación

(59) Pasado no muy lejano, por otra parte, dado que el Contingente para el año 2002 fue el primero que se aprobó de acuerdo con la Ley Orgánica 4/2000 —texto consolidado con la 8/2000— y el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social.

(60) El procedimiento a seguir en la actualidad se establece en el art. 65 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

(61) Véase Referencia al art. 3.6 del Anexo II al Convenio 97 de la OIT cuyo objeto es el reclutamiento, colocación y condiciones de trabajo de los trabajadores migrantes que hayan sido contratados en virtud de acuerdos sobre migraciones supra en nota nº 10.

(62) El art. 74. del Reglamento de Extranjería indica: «Denegación de los permisos de trabajo.1. La autoridad competente denegará el permiso de trabajo tipo B (inicial) en los supuestos siguientes: a) Cuando lo aconseje la situación nacional de empleo, sin perjuicio de los supuestos específicos establecidos en el presente Reglamento».

del permiso de trabajo inicial. Es decir, la existencia de una tasa de desempleo en un sector determinado provocará la denegación del permiso de trabajo a inmigrantes que, en situación irregular, ejercen de hecho una actividad asalariada (62). No obstante, no podemos obviar en este punto que nuestros tribunales, en algunas ocasiones, han declarado nulas esas decisiones denegatorias de los preceptivos permisos cuando se trataba de responder a ofertas de trabajo al margen del contingente, fundamentadas en el art. 71.1.a) del texto reglamentario citado (63).

En definitiva, la virtualidad de los acuerdos concluidos por España en esta materia es la de determinar los órganos encargados de la selección de los trabajadores que responden al contingente (64). Ello es así, dado que las ofertas concretas de empleo han de comunicarse a los «organismos de enlace de los países» contratantes de los tratados sobre ordenación y regulación de flujos migratorios, con la finalidad de que inicien las labores de preselección y las Comisiones de selección previstas en aquéllos determinen los trabajadores que ocuparan las plazas ofertadas. Por tanto, los acuerdos sobre flujos migratorios se entienden, según el Consejo de Ministros, como un instrumento canalizador del contingente. Sin embargo, al no haber ido acompañados del establecimiento de cuotas específicas para ellos, tal y como se planteó en el Congreso (65), su utilidad queda indefinida.

En este sentido hay que tener en cuenta que el contingente se estructura de acuerdo con los puestos de trabajo y por las provincias que los ofertan. No se establece, sin embargo, el número de solicitudes que se derivan a cada uno de

(63) Véase la Sentencia de 26 de noviembre de 2002 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número uno de Alicante, en el recurso nº 151/2002; la Sentencia de 7 de febrero de 2003, de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en el recurso registrado con el nº 1398/02, o la Sentencia de la misma fecha (7 de febrero de 2003), de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en el recurso nº 410/02.

(64) Así, en el último Consejo de Ministros de 2002 (de 27 de diciembre), el Gobierno aprobó, en aplicación del art. 39 de la Ley Orgánica 4/2000, el Acuerdo por el que se regulan los procedimientos de contratación y se fija el número y las características de las ofertas de empleo que se ofrecen para el año 2003 a extranjeros residentes legales en España y extranjeros que no se hallen si sean residentes en ella (Véase en <http://www.la-moncloa.es/web/asp/muestraDocImp.asp?Codigo=c2712020>). En este acuerdo se indica que el procedimiento de contratación de los 24.247 ofertas de empleo para trabajadores extranjeros (10.575 corresponden a empleos de carácter estable y los 13.672 restantes a puestos de carácter temporal).

(65) La Sra. De la Cruz Valentín expresaba en el Pleno del Congreso de los Diputados sus dudas acerca de la eficacia en concreto del acuerdo con Colombia, dado que «el número de contingente total que se va a adjudicar con cada país con el que se ha firmado un acuerdo de estas características» se desconoce. Véase en este sentido el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, nº 132, de 20 de diciembre de 2001, p. 6658. En el mismo sentido se pronunciaba acerca del acuerdo con Marruecos, el 11 de diciembre de 2002, en la Comisión de Exteriores del Congreso de los Diputados, Véase en Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, nº 388, p. 12.709.

los Estados con los que se han celebrado tratados sobre ordenación y gestión de flujos migratorios. En el apartado 1.3 del Acuerdo relativo al Contingente de 2003, se indica que la Dirección General de Ordenación de Migraciones comunica las ofertas laborales presentadas a las autoridades de los Estados vinculados a España por un Tratado sobre flujos migratorios, al objeto de determinar la «disponibilidad de trabajadores que se ajusten al perfil profesional de las ocupaciones aprobadas» (66). Se subraya pues la inexistencia de cuotas definidas para cada uno de los países con los que se han celebrado estos acuerdos.

Abundando en lo anterior y por lo que se refiere a la selección de los trabajadores candidatos a cubrir las plazas ofertadas por el contingente, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de diciembre de 2002 indica que este trámite se desarrollará «principalmente por las Comisiones de selección previstas en los Acuerdos Internacionales sobre ordenación y regulación de flujos migratorios». De la redacción transcrita cabe deducir que las tareas de selección de los trabajadores no las realizarán de forma exclusiva los órganos previstos en los Tratados bilaterales. En el mismo sentido pueden interpretarse las Instrucciones dictadas en desarrollo del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se regulan los procedimientos de contratación del contingente. Resulta ciertamente abstracta la referencia que se hace en ellas a los Acuerdos sobre regulación y ordenación de flujos migratorios, puesto que no aclaran el punto aludido (67). En la Segunda Instrucción, relativa a la selección y contratación de los trabajadores en el exterior se establece que, cuando se apliquen los acuerdos sobre flujos migratorios, las ofertas de empleo habrán de remitirse a las Embajadas españolas correspondientes para que las dirijan a los órganos a los que, de acuerdo con aquellos textos convencionales, corresponda realizar la selección de solicitudes presentadas por los trabajadores (68). A la luz de lo indi-

(66) Véase en BOE de 16 de enero de 2003.

(67) Véase la Resolución de 30 de enero de 2003, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, por la que se dispone la publicación de las Instrucciones dictadas en desarrollo del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 27 de diciembre de 2002, por el que se regulan los procedimientos de contratación y se fija el número y las características de las ofertas de empleo que se ofrecen, para el año 2003 a extranjeros residentes legales en España y a extranjeros que no se hallen, ni sean residentes en ella, en BOE de 31 de enero de 2003.

(68) P. ARGÜELO indica que la forma en que está regulada la gestión del contingente parece indicar que sólo pueda desarrollarse con aquellos Estados con los que se ha celebrado un Acuerdo sobre flujos migratorios. Véase P. ARGÜELO NAVARRO «Consideraciones acerca del contingente 2003», en <http://www.extranjeria.info>.

(69) Véase las Instrucciones en desarrollo del Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se regulan los procedimientos de contratación y se fija el número y las características de las ofertas de empleo que se ofrecen para el año 2003 a extranjeros residentes legales en España y a extranjeros que no se hallen ni sean residentes en ella.

cado tanto en el Acuerdo del Consejo de Ministros como en las Instrucciones que lo desarrollan, los tratados sobre gestión y ordenación de flujos migratorios son uno de los instrumentos posibles de articulación del contingente, pero no el único (69).

Desde una perspectiva teórica los acuerdos en presencia también suscitan problemas, fundamentalmente derivados de la lentitud en el desarrollo de los trámites necesarios para su entrada en vigor. En este punto, sólo el celebrado con Colombia se encuentra plenamente vigencia, después de haberse aplicado provisionalmente durante ocho meses. El resto de los acuerdos concluidos por España continúan aplicándose de forma provisional. En unos casos (Marruecos, Ecuador, República Dominicana) aunque España ha cumplido los requisitos internos exigidos para la entrada en vigor, se espera la confirmación del contratante en el mismo sentido; en otros, ni tan siquiera se han cumplido esos trámites internos (Polonia o Rumanía).

En última instancia, pero no por ello menos relevante, en los acuerdos sobre flujos migratorios celebrados por nuestro país se encuentra ausente de sus disposiciones el que hoy en día es el mayor problema de la inmigración en España: la inmigración ilegal (70). Ello con una salvedad: la cláusula de readmisión, aspecto del que nos ocuparemos en el epígrafe siguiente.

En relación con la cuestión recién apuntada, es necesario adoptar cuantas medidas sean precisas para regular la actual masa de inmigración ilegal existente en nuestro país. En este aspecto debe haber dos vías de actuación: la primera, dirigida a evitar el crecimiento de esa inmigración ilegal, que se favorece por la existencia de una economía sumergida contra la que hay que establecer medidas legales, acuerdos sociales concretos y la persecución de la minoría de empresarios que explotan a los inmigrantes. Al inmigrante ilegal no debe resultarles fácil encontrar trabajo. Así, éste transmitirá a todos aquellos que están pensando en venir desde sus países de origen el mensaje de que si no entran de forma legal les será difícil encontrar trabajo lo que debería repercutir, lógicamente, en una reducción de la inmigración ilegal. También en esta política de lucha contra la inmigración ilegal hay que introducir mecanismos para perseguir las organizaciones criminales que trafican con inmigrantes. La segunda, relativa a la regularización de los inmigrantes que ahora se hallen indocumentados. En

(70) El número de inmigrantes en situación irregular en España es muy difícil de calcular, debido precisamente a su condición de clandestinidad, pero hay estudios que llegan a afirmar que oscila, según el Diputado socialista Sr. Mayoral Cortés y el Sr. Fernández-Miranda, cuando era Delegado del Gobierno para la extranjería, entre 800.000 y 1.000.000 de personas. Véase en el Diario de sesiones nº 518, de 17 de junio de 2002, pp. 16.697 y 16.702. Cifras que indican que es más acuciante resolver la situación administrativa de esas personas que invitar a nuestro territorio a nuevos migrantes.

este aspecto la Comunidad no ha puesto el énfasis que debiera. La próxima legislación comunitaria debe ser explícita en esta demanda y debe adoptar iniciativas que favorezcan de manera flexible la regularización de estas personas. La regularización no tiene por qué realizarse por procedimientos extraordinarios, sino que puede hacerse progresivamente en base a condiciones como la relación laboral, los vínculos familiares, la existencia de arraigo y las causas humanitarias.

En la actualidad, las vías de regularización del inmigrante ilegal resultan, de acuerdo con el derecho interno español actual, muy decepcionantes. La existencia de una relación laboral al margen del contingente (art. 38 de la L.O. 47/2000) se encuentra condicionada por la existencia de mano de obra en el mercado nacional. Motivo por el cual, la solicitud de permiso de trabajo por este concepto, frecuentemente se encuentra con una respuesta negativa por parte de la Administración. Sin embargo, esta relación laboral sí que puede servir para probar el arraigo que, de acuerdo con la misma Ley (art. 31.4 y art. 41.2 de su Reglamento), fundamenta un posible permiso de residencia. Permiso que, subrayemos, no lleva aparejada la autorización para realizar una actividad lucrativa por cuenta ajena, debiendo, en consecuencia, solicitar a estos efectos el preceptivo permiso de trabajo (art. 36 de la Ley). De acuerdo con el Reglamento de extranjería (art. 41.2.d), podrán solicitar tal permiso «aquéllos que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años y en los que concurra una situación excepcional y acreditada de arraigo, considerando como tal la incorporación real al mercado de trabajo y los vínculos familiares con extranjeros residentes o con españoles». Trabajo y familia sirven de prueba del arraigo.

Junto al arraigo, otra vía (estrechamente relacionada con él, al ser uno de sus elementos probatorios) es el establecimiento de vínculos familiares (71), es decir, el matrimonio con un nacional del Estado en el que se encuentra en una situación de ilegalidad o al que se pretende migrar. Este es un camino que, aunque no ofrece datos alarmantes en cuanto a su utilización (de acuerdo con el Anuario estadístico de extranjería de 2001, en 1999 se produjeron 11.259 matrimonios en los que uno de los cónyuges es extranjero (72), está cerrándose de una forma cuando menos, discutible.

(71) Aunque los vínculos familiares son también la causa de la reagrupación familiar y por tanto, de la migración legal de la familia del migrante reagrupante, no la tratamos aquí porque sólo nos referimos a las vías de regularización del trabajador inmigrante.

(72) Un total de 4.924 mujeres (1.008 de ellas casaron un nacional colombiano) y 5.137 hombres (822 con nacionales marroquíes). No se trata de una cifra tan alarmante como para justificar el envío por parte de la Fiscalía General del Estado a las provincias y ciudades con mayor nivel de población extranjera para que observen con celo los matrimonios celebrados entre español/-a y extranjero/-a, por ser sospechosos de fraude.

Con la intención de impedir la celebración de matrimonios blancos, mixtos o de conveniencia, se elaboró la Instrucción de la Dirección General de Registros y del Notariado de 9 de enero de 1995 sobre expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero (73). Parte ésta de la presunción de fraude en el consentimiento matrimonial. En ella se establece la necesidad de que los encargados de los Registros civiles se «cercioen de la veracidad del consentimiento de los contrayentes» (74). Para ello se deben realizar dos expedientes matrimoniales: uno, el normal, tramitado conforme a las reglas generales; y, dos, el que tiene como trámite fundamental la audiencia a los contrayentes, celebrada reservadamente y por separado.

Con este segundo expediente se pretende romper la presunción anterior, ya que tiene por objeto averiguar la verdadera intención por la desean contraer matrimonio. Si el instructor sospechara de esa voluntad está obligado a denegar su celebración. Este efecto difícilmente es conforme con los derechos individuales internacionalmente reconocidos, dado que, por ejemplo, el Pacto de Nueva York sobre Derechos civiles y políticos proclama el derecho a contraer matrimonio con dos condiciones: que cuenten con edad suficiente para ello (art. 23.3) y que se celebre con el «pleno y libre consentimiento de los contrayentes» (art. 23.4). Incluso en los supuestos de matrimonios blancos o mixtos el consentimiento existe, aunque no se preste para desarrollar una vida familiar, lo que no impide la plenitud y libertad del consentimiento.

En el ámbito de la Unión Europea también se han adoptado medidas contra los matrimonios de conveniencia. Así, en 1997, el Consejo adoptó una resolución sobre medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos (75). En ella se incorpora un listado de presunciones de las situaciones que deben entenderse englobadas por este concepto (entre otras el no mantenimiento de vida en común, la ausencia de una contribución adecuada a las responsabilidades derivadas del matrimonio, que los cónyuges no se hayan conocido antes del matrimonio o que no hablen una lengua comprensible para ambos). De existir alguno de los supuestos sospe-

(73) Vid. en BOE nº 21, de 25 de enero de 1995.

(74) Así, si bien el Código civil establece que el consentimiento es el fundamento del matrimonio se está desarrollando una práctica de impedir la prestación de ese consentimiento por presumir su celebración en fraude de ley (Sobre los matrimonios blancos, mixtos o de conveniencia vid. A.L. CAJVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Matrimonios de conveniencia y turismo divorcista: práctica internacional española», en http://www.puc-rio.br/sobre-puc/depto/direito/revista/online/rev13_alfonso.html).

(75) Es la Resolución del Consejo de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos, publicada en DOCE nº C 382, de 16 de diciembre de 1997, pp. 1-2.

chosos de matrimonio blanco habrá de procederse a una entrevista separada de los cónyuges. En cuyo caso, podríamos plantearnos la conformidad de estas pesquisas con el art. 8 de la Convención de Roma sobre Derechos del hombre y libertades fundamentales. Recordemos que este precepto proclama el derecho de todos al respeto de su vida privada y familiar, así como de su domicilio. Los poderes públicos, al realizar estas pesquisas, estarían invadiendo esa esfera privada y familiar que se procura proteger con este precepto.

La consecuencia de una decisión positiva sobre la existencia del fraude indicado será la retirada o no renovación del permiso de residencia si tuviere su origen precisamente en el vínculo matrimonial celebrado. El régimen español es, por tanto, más estricto que el incorporado en esta resolución comunitaria, dado que ésta última no implica la nulidad del vínculo.

En toda esta construcción hay algo incomprensible. Por una parte necesitamos mano de obra extranjera para cubrir puestos de trabajo que no ocupan los trabajadores nacionales; y, por otra existe en España un importante número de población irregular. La negativa a establecer procedimientos flexibles de regularización no puede deberse a razones económicas. Este aspecto se esclareció cuando se estaba tramitando la Ley 8/2000 (76). En aquella ocasión se demostró que la regularización de los inmigrantes ilegales supondría el incremento mantenido de las percepciones, ingresos para las arcas públicas que derivarían fundamentalmente de las cotizaciones a la Seguridad Social o del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. No olvidemos que los inmigrantes que deseen mantenerse en la regularidad, deben continuar constituyendo por los conceptos indicados. Por tanto, hemos de recurrir a otro tipo de razonamientos.

Tampoco podemos utilizar como argumento contrario a la regularización las posibles repercusiones que puedan producir en el mercado de tra-

(76) En aquellos momentos se nos decía que la extensión de la titularidad de algunos derechos a los inmigrantes ilegales era muy cara. Según los datos aportados por la Diputada Socialista Sra. Matilde Fernández Sanz, en el Pleno del Congreso de 25 de noviembre de 1999 (Vid. en BOCG, Congreso, 25 de noviembre de 1999, nº 277, p. 14.955), se calcula que extender la sanidad a aproximadamente 70.000 inmigrantes irregulares supondría un gasto de 5.000 millones de pesetas. A estos datos hay que oponer el resultado de un trabajo realizado por la Universidad de Comillas —Madrid— por encargo del Instituto de Migraciones y Servicios Sociales en el que se indica que «en el año 1997 ingresaron 994 millones por las tasas de los permisos de trabajo, y que analizadas las cuotas a la Seguridad Social de los inmigrantes no comunitarios en 1998, ingresan 138.646 millones de pesetas a las arcas del Estado. Analizados los documentos de la Agencia Tributaria, por cuotas líquidas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de inmigrantes no comunitarios han ingresado 12.700 millones de pesetas». Por lo que, observamos que los costes de extender la sanidad pública a los inmigrantes considerados supone aproximadamente un 3,28% de lo que ingresan al Estado los trabajadores extranjeros. Los costes derivados de su acceso a la educación, al derecho de sindicación o huelga, difícilmente superara el 96,72% restante.

bajo, dado que a pesar del incremento de la intensidad de la presión migratoria de que ha sido objeto España en los últimos años, el desempleo en nuestro país no ha aumentado, es más, se ha reducido considerablemente. De acuerdo con las cifras aportadas por el antiguo Delegado del gobierno para la extranjería, en 1996 había un 23 por ciento de desempleo nacional, mientras en junio de 2002, esa cifra se había reducido hasta el 8,7 por ciento (77).

Evidentemente, siempre se puede alegar la existencia de una doble economía, la legal y la sumergida. Los inmigrantes ilegales participan de la indicada en segundo lugar, mientras los regulares entrarían en la primera que es la que se contabiliza en las estadísticas aludidas por el entonces Secretario de Estado para la Extranjería e Inmigración Sr. Fernández-Miranda. Posiblemente los empresarios que explotan a estos trabajadores no estarían dispuestos a mantenerles en su puesto si tuvieran que pagar todos los costes que supone su contratación de acuerdo con la Ley (78). No podemos olvidar que el mantenimiento de la precariedad laboral e indefensión en la que se encuentra la mayor parte de los inmigrantes ilegales en España puede generar un crecimiento económico.

Por tanto, insistimos, ¿por qué no adoptar medidas para facilitar la regularización de los migrantes irregulares? No debería alegarse el denominado *efecto llamada* que estas medidas podrían producir, tal y como hizo nuestro Gobierno para justificar la modificación de la Ley 4/2000. Ello es así, porque, modificada esta ley y sustituida por la Ley 8/2000 continuó y creció la llegada de inmigración irregular a nuestro territorio. Evidentemente, esto demuestra que no son los beneficios normativos los que generan los movimientos masivos de inmigración sino, desafortunadamente, las circunstancias de los Estados de origen de los migrantes.

2. La readmisión en los Acuerdos de gestión de flujos migratorios

Como es sabido, la admisión es el presupuesto necesario de la expulsión, ya que sólo podremos expulsar de un territorio a una persona a condición de que sea aceptada en otro. Hablamos de readmisión cuando es el

(77) Vid. La intervención del Sr. Fernández-Miranda en Diario n. 518, de 17 de junio de 2002, p. 16.704.

(78) El Sr. Fernández-Miranda en la Comisión de Justicia e Interior reconocía la existencia, en algunos lugares de España, como Huelva, de situaciones como la siguiente: «en las plazas de los pueblos contrataba los empresarios (...) que montan en las furgonetas, en ocasiones furgonetas de la muerte, para que trabajen a destajo y sin ningún tipo de cobertura, de protección ni de límite». Vid. el Diario de Sesiones núm. 518, de 17 de junio de 2002, p. 16.697.

(79) Vid. en este sentido la comparecencia del Delegado del Gobierno para la extranjería y la inmigración, Sr. Fernández-Miranda en la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados, en su sesión n.º 32, celebrada el 2 de octubre de 2001, p. 9.835.

Estado del que es nacional el expulsado o desde el que partió hacia el territorio en el que se produce la expulsión. En la práctica, la existencia de acuerdos o cláusulas de readmisión no son imprescindibles para consumar la expulsión, devolución o repatriación de extranjeros (79). La utilidad de estos instrumentos es facilitar los trámites para consumar la aplicación de estas figuras jurídicas, y anticipar el consentimiento estatal en ala presencia de supuestos concretos. Pertenecen, por tanto, a la categoría de instrumentos que tienen por objeto regular y ordenar los flujos migratorios. Nos encontramos ante un instrumento, todo hay que decirlo, de escasa utilidad, si atendemos a sus resultados numéricos (80).

Por otra parte, la readmisión no es una novedad en la celebración de tratados internacionales (81). En la práctica comunitaria a partir de la caída del muro de Berlín se han venido incorporando cláusulas de readmisión en los acuerdos mixtos concluidos con las exrepúblicas soviéticas (82). En algunos de estos Acuerdos Europeos celebrados con futuros Estados miembros de la Unión Europea se utiliza el término readmisión, al establecer la obli-

(80) Se calcula, por ejemplo, que desembarcan en el aeropuerto de Barajas diariamente una media de alrededor de 250 ecuatorianos, siendo expulsados por la misma vía sólo 40. Ponderando estos datos llegamos a la conclusión que anualmente acceden ilegalmente a nuestro territorio 90.000 nacionales ecuatorianos, de los que, en el mismo período, se expulsa a 15.000, lo que viene a suponer un 16% de la cantidad anteriormente referida. Vid. El País, miércoles 13 de noviembre de 2002, p. 15.

(81) Sobre los acuerdos de readmisión Véase J.D. JANER TORRES «Política común de inmigración y acuerdos de readmisión», en *Comunidad Europea*, n.º 5, 2001.

(82) Es el caso del Acuerdo de colaboración y cooperación concluido el 21 de junio de 1996 entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Uzbekistán, por otra, que contiene en su art. 72, que contiene el compromiso de las partes de cooperar para prevenir y controlar la inmigración ilegal, una cláusula de readmisión (apartado 1). Véase en DOCE L 229 de 31 de agosto de 1999, p. 3 y ss., el art. 75.1 del Acuerdo de colaboración y de cooperación por el que se establece una colaboración entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Georgia, por otra, celebrado el 22 de abril de 1996, en DOCE L 205, de 4 de agosto de 1999, p. 3 y ss., el art. 75.1 Acuerdo de colaboración y de cooperación por el que se establece una colaboración entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Armenia, por otra, celebrado el 22 de abril de 1999, en DOCE L 239, de 9 de septiembre de 1999, p. 3 y ss. Se trata de acuerdos que contemplan la readmisión como un instrumento para combatir la inmigración ilegal que incorporan en estas cláusulas el compromiso de los Estados de aceptar a los nacionales que se encuentren en el territorio del otro en situación irregular, sin más concreción, salvo la posterior celebración de acuerdos monográficos sobre esta cuestión. Por otra parte, se aprecia que los acuerdos celebrados en la primera mitad de la década de los 90 (con la República Moldova —concluido el 28 de noviembre de 1994, Véase en DOCE L 181, 24 de junio de 1998, p. 3— o Ucrania —concluido el 14 de junio de 1994, Véase en DOCE L 49, de 19 de febrero de 1999, p. 3—) carecen de una cláusula de este tipo.

(83) Es el caso del art. 102.1 del Acuerdo Europeo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Lituania,

gación de los Estados partes de cooperar para prevenir la inmigración ilegal «teniendo en cuenta los principios y prácticas de readmisión». Sin embargo, la redacción recién transcrita no puede considerarse que incorpore una cláusula de readmisión al estar ausente de ella la obligación de readmitir (83).

La incorporación de cláusulas de readmisión es precisamente una utilidad adicional que, desde la perspectiva estatal, presentan algunos de los tratados celebrados por España sobre ordenación y gestión de flujos migratorios. Se introducen disposiciones con este contenido, debido a su caracterización como uno de los instrumentos posibles de la política migratoria, como un medio más para alcanzar los fines que con estos tratados se pretenden (84). Encontramos cláusulas de readmisión en concreto en los acuerdos con Colombia, Ecuador y República Dominicana.

Los convenios celebrados con Polonia y Rumanía contienen sendos apartados referidos a la readmisión (respectivamente art. 8.2 y 10.2), que no pueden considerarse cláusulas de readmisión dado que ciertamente no sirven de fundamento para ella. En ambos acuerdos se proclama con carácter general que la adopción de medidas para fomentar el regreso voluntario de los trabajadores al Estado de origen «se entiende sin perjuicio de la obligación de readmisión de cada parte contratante». Sin embargo, no se incorpora el compromiso de las partes, a diferencia de lo que ocurre con los acuerdos antes mencionados que sí contienen cláusula de readmisión («Cada parte contratante readmitirá en su territorio»). No podía ser de otro modo, dado que España ha celebrado con Marruecos y Rumanía sendos acuerdos de readmisión y con Polonia contamos también con vínculos convencionales a estos efectos, derivados del tratado concluido con este Estado en el marco de Schengen (85).

por otra, Véase en DOCE, L 51, de 20 de febrero de 1998, p. 3 y ss.; el art. 101.1 Acuerdo Europeo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Letonia, por otra, Véase en DOCE L 26 de 2 de febrero de 1998 p. 3 y ss.; el art. 101.1 del Acuerdo Europeo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Estonia, por otra, Véase en DOCE L 68 de 9 de marzo de 1998, p. 3 y ss.; el art. 98.1 del Acuerdo europeo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, actuando en el marco de la Unión Europea, por una parte, y la República de Eslovenia, por otra, Véase en DOCE L 51 de 26 de febrero de 1999, p. 3 y ss.

(84) No en todos, evidentemente, dado que España ha concluido acuerdos de readmisión con dos de los Estados con los que cuenta también con acuerdos sobre flujos migratorios: Marruecos y Rumanía.

(85) Se trata del Acuerdo relativo a la readmisión de personas en situación irregular, hecho en Bruselas, el 29 de marzo de 1991 por las Partes contratantes en el Acuerdo de Schengen y la República de Polonia, al que se adhirió España por instrumento de 27 de octubre de 1992, vid. BOE 16/1993, de 19 de enero.

Sin embargo, las cláusulas de readmisión incorporadas en los acuerdos sobre flujos migratorios no resuelven el principal problema que deriva de la aplicación de los compromisos tendentes a la readmisión: la determinación de la nacionalidad. Aunque, teniendo en cuenta los Estados partes de los tratados que contienen una disposición de este tipo, la solución a esta cuestión puede ser fácil. Ello es así dado que el acceso al territorio nacional desde su Estado de origen será normalmente por vía aeroportuaria, pudiendo detectarse la irregularidad al presentar la documentación oportuna (en la que figura la nacionalidad) en los controles en frontera. Más complicada resulta la determinación de este vínculo en los supuestos de los inmigrantes provenientes de África, que alcanzan las fronteras españolas por vías distintas de las aeroportuarias, en muchas ocasiones indocumentados de forma voluntaria, intentando así evitar el retorno al país de origen. El caso de Marruecos entraría dentro de esta última categoría, pero el acuerdo sobre mano de obra carece de cláusula de readmisión debido a que España ha celebrado un tratado de readmisión con Marruecos (86).

La determinación de la nacionalidad supone una prueba documental del vínculo. Razonablemente la ausencia de voluntad de retorno forzoso por parte de la persona afectada puede dificultar considerablemente el esclarecimiento de este presupuesto y, como consecuencia, la readmisión. Los acuerdos que tienen por objeto únicamente la readmisión de personas en situación irregular incorporan unos índices al efecto (87) y, en su ausencia, unos elementos que sirven para fundamentar presunciones de nacionalidad (88). Por el contrario, los tratados que únicamente contienen una cláusula de readmisión carecen de indicaciones en este sentido, limitándose a constatar el compromiso de las partes de admitir sin formalidades, previa petición del otro Estado parte aquellos de sus nacionales que se encuentren en situación irregular. Así, por ejemplo, los Acuerdos celebrados con Ecuador (art. 14.1) y la República Dominicana (art. 11.1), requieren a estos efectos la prueba o presunción verosímil de nacionalidad. Por el contrario, el concluido con Colombia (art. 13.1) es lacónico al respecto, al proclamar el compromiso de

(86) Es el Acuerdo de 13 de febrero de 1992, relativo a la circulación de personas, tránsito y readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, BOE de 25 de abril de 1992, n° 100, p. 13.969.

(87) Documento Nacional de Identidad, Pasaporte, Certificado de nacionalidad, cartilla militar de identidad.

(88) La documentación que sirve para acreditar la nacionalidad caducada, otra documentación en la que conste la nacionalidad, como el permiso de conducir, por ejemplo, autorizaciones de estancia o residencia caducados, fotocopia de los documentos antes indicados, declaraciones del interesado realizadas ante órganos administrativos o judiciales de la parte requirente o incluso declaraciones de testigos de buena fe debidamente consignadas.

las partes de readmitir a aquellas personas que posean «la nacionalidad del Estado de la Parte Contratante requerida».

Por otra parte, aunque lo habitual es la readmisión de los propios nacionales, observamos que el acuerdo celebrado con Ecuador prevé incluso la de nacionales de terceros países o apátridas siempre que se tenga constancia de que la última permanencia, residencia o tránsito ha sido este Estado (89). Además, el mismo convenio establece la posibilidad de tránsito aeroportuario de extranjeros que hayan devenido en una situación de ilegalidad en el territorio del contraparte, siempre que el Estado de destino haya aceptado previamente esa admisión (art. 16).

Junto a esta vuelta forzosa que supone la readmisión, los Acuerdos celebrados por España contemplan también el retorno voluntario de trabajadores a los países de los que son nacionales. En este sentido, los Estados partes en estos acuerdos se comprometen a adoptar medidas que puedan facilitar esa vuelta voluntaria (90). Compromiso al que algunos añaden la voluntad de adoptar medidas tendentes a facilitar la reinserción laboral del trabajador en el Estado de origen o el desarrollo de proyectos tendentes al reconocimiento de la experiencia profesional adquirida en el territorio español (91). Esta vía de retorno es la más útil, dado que el migrante que vuelve voluntariamente a su país de origen no intentará acceder nueva e ilegalmente al Estado que ha abandonado. Muy al contrario, en los casos de readmisión, expulsión o no admisión, el migrante que quiere establecerse en un país distinto del que es nacional y se ve rechazado, generalmente vuelve a intentarlo.

(89) El art. 15 del Acuerdo con Ecuador establece la readmisión de nacionales de terceros países o apátridas siempre que «se pruebe o presuma que dicho nacional ha entrado en el territorio de esta parte después de haber permanecido o residido o transitado por el territorio de la parte contratante requerida».

(90) Véase el art. 8 del Acuerdo con Polonia.

(91) El art. 12 del acuerdo con Colombia establece «Las Partes Contratantes se comprometen a la adopción coordinada de medidas para poner a punto programas de ayuda al retorno voluntario de trabajadores migrantes colombianos a su país de origen. Con este fin se articularán medidas que impulsen la vertiente de reinserción del trabajador migrante en Colombia con el valor añadido que supone la experiencia de la emigración como factor de desarrollo económico, social y tecnológico. Para ello las Partes Contratantes propiciarán el desarrollo de proyectos, con fondos propios y provenientes de organismos internacionales de cooperación, tendentes a la capacitación profesional del migrante y al reconocimiento de la experiencia profesional obtenida en España, la promoción para el establecimiento de pequeñas y medianas empresas de migrantes que retornen a Colombia, así como la creación de empresas binacionales que asocien a empresarios y trabajadores, y en otras áreas de desarrollo económico y social, en especial las que promuevan la formación de recursos humanos y la transferencia de tecnología». La redacción de los art. 13 del Acuerdo celebrado con Ecuador y art. 10 del concluido con la República Dominicana es sustancialmente idéntica a la recién transcrita.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

La atribución competencial a la Comunidad llevada a cabo en el Tratado de Ámsterdam ha permitido salir del estancamiento en que se encontraba la Unión en el ámbito de la libre circulación de nacionales de terceros países. Schengen no había sido una experiencia muy enriquecedora a tal efecto —si a otros—. Y es que el objetivo del acervo Schengen no era establecer un derecho a la libre circulación de los nacionales no comunitarios equiparable al que el ordenamiento jurídico comunitario reconoce a los nacionales de los Estados miembros, sino únicamente eliminar los obstáculos que persistían para la libre circulación de estos últimos: las fronteras interiores. Ello puede explicar, en parte, el estricto tratamiento que reciben los nacionales de terceros Estados en su entrada y salida del territorio comunitario. Por consiguiente, las normas Schengen regulan la entrada y salida de los nacionales de terceros Estados sólo para las estancias de corta duración, pues la regulación de las estancias de larga duración no resulta imprescindible para la supresión de los controles sobre las personas en las fronteras interiores. En la medida en que la entrada se producía de acuerdo con el debido control, se presupone la salida de todos ellos cumplido el periodo legal.

A partir de Ámsterdam, es más que saludable el cambio de actitud de la Comisión en relación con la política de inmigración y el empuje llevado a cabo por la misma de la mano de las directrices marcadas en el Consejo Europeo de Tampere. No obstante queda mucha labor pendiente y las circunstancias no aconsejan precisamente la calma. La celebración de convenios sobre flujos migratorios con mayor número de países como instrumento para regular los movimientos masivos de migrantes puede ser aceptable, siempre que se realice un cambio de perspectiva en relación con los existentes en este momento: se trata de ejecutar a través de estos textos convencionales las directrices marcadas por la Unión, no obteniendo sólo beneficios los Estados partes, sino también ventajas reales para los migrantes que se acojan a ellos. El establecimiento de cupos puede ser necesario —siempre que sean reales—, pero debe ir acompañado del visado para la búsqueda de empleo y no el visado condicionado a la oferta de empleo. De lo contrario, se están fomentando las vías irregulares de inmigración. Por añadidura, tales acuerdos deben considerar también a aquellos inmigrantes más necesitados de protección: quienes se encuentran en una situación irregular en el territorio del otro. Estos son un elemento esencial a tener en cuenta en una gestión sensata de los flujos migratorios.

Complemento de una política de inmigración, ha de llevarse a cabo la cooperación al desarrollo con los países de origen al objeto de evitar el crecimiento de los flujos migratorios. Esta cooperación debe concretarse especialmente en inversiones y programas de cooperación y desarrollo en los países

de origen, incluyendo actividades de formación e investigación. Hasta ahora, las ayudas para la formación y educación suponen un capítulo pequeño en la cooperación para el desarrollo. Por otro lado, el apoyo al desarrollo económico y humano de los países de origen ha de ser muy superior al que se produce actualmente. Sin embargo, una política de cooperación al desarrollo sólo produce los efectos deseados si es seria y constante y no espera resultados inmediatos, porque éstos —claramente— se producirán a largo plazo.

Finalmente, es necesario perfilar una política de integración social real y eficaz del inmigrante legal. La Comisión en sus propuestas recuerda que la concienciación social de la inmigración como fenómeno positivo es fundamental para la integración de los inmigrantes. Esta conciencia social no se consigue regulando en un mismo texto legal la seguridad ciudadana, la violencia doméstica y la integración social de los extranjeros, como ocurre en España (92), lo que se logra con estos mimbres es criminalizar a la inmigración que es el efecto diametralmente contrario al indicado por la Institución comunitaria. Al objeto de obtener la deseada integración social, hay que adoptar medidas tendentes a facilitarla, poniendo especial atención en las de carácter educativo, tanto para la población inmigrante como de la que no lo es. La educación es la mejor forma de luchar contra el racismo y la xenofobia. Sólo si apreciamos que la diversidad nos enriquece seremos capaces de integrar plenamente a la población migrante.

(92) Nos referimos al Proyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, vid. en BOCC, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, 21 marzo de 2003, nº 136-1.