



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL

**LA LUCHA CONTRA LA INMIGRACIÓN IRREGULAR COMO ELEMENTO
CLAVE DE LA POLÍTICA EUROPEA COMÚN DE MIGRACIÓN**

Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

KARLO ANDREE DIAZ BLANCO

IVÁN SEBASTIÁN ROMÁN NÚÑEZ

Profesora guía: Rita Lages de Oliveira

Santiago, Chile

2017

Para Aylan Kurdi.

“Antes el hombre sólo tenía cuerpo y alma. Ahora además, necesita un pasaporte, de lo contrario no se lo trata como a un hombre”

(Stefan Zweig, El mundo de ayer, 1942)

Agradecimientos

Este trabajo fue posible gracias a la constante disposición, apoyo y comprensión de nuestra profesora guía Rita Lages, quien, con su claridad mental, despejó todas nuestras dudas y nos entusiasmó a la investigación.

Agradecemos a nuestros padres, abuelos y hermanas por ese apoyo incondicional que solamente se explica por el amor.

RESUMEN

La puesta en práctica de la libre circulación de personas con la creación del espacio Schengen y, posteriormente, el forjamiento de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, impusieron un desafío al proceso de integración europeo: dar respuesta al fenómeno migratorio protagonizado por personas nacionales de terceros países. El presente trabajo centra su estudio en este tipo de migración y pretende que el lector identifique de manera sistemática y clara cómo se ha ido construyendo y desarrollando una política europea común de inmigración, mediante un análisis crítico respecto de su verdadero enfoque que, según los autores de esta memoria, se centra en el principio de la maximización de los beneficios económicos de la inmigración de nacionales de terceros países amparada por fuertes medidas de seguridad, dando como resultado un discurso político que imputa a la inmigración irregular el principal factor que pone en riesgo la libertad de circulación al interior del espacio Schengen. La existencia de la llamada “lucha contra la inmigración ilegal” en los programas e instrumentos de la Unión Europea resulta su elemento clave ya que evidencia la visión del inmigrante irregular como un enemigo a derrotar. Para tanto, se realizará un análisis didáctico de los principales instrumentos del Derecho de la Unión y de los Programas relacionados con la inmigración, poniendo especial énfasis en las críticas que han recibido éstos por parte de la doctrina, organizaciones internacionales, jurisprudencia internacional, entre otros.

ÍNDICE

RESUMEN.....	IV
ÍNDICE	VI
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO 1. EL FENÓMENO DE LA INMIGRACIÓN DE NACIONALES DE PAÍSES TERCEROS EN LA UNIÓN EUROPEA.....	4
CAPITULO 2. LA CONSTRUCCIÓN DE UN ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA Y LA NECESIDAD DE UNA POLÍTICA COMÚN DE INMIGRACIÓN PARA EUROPA.....	11
2.1. ANTECEDENTES, ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA	11
2.1.1. <i>De la cooperación intergubernamental a la supranacionalidad.....</i>	12
2.1.2. <i>Del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE) al Convenio de Génova</i>	15
2.1.3. <i>El Grupo de TREVI como punto de inicio de una política de cooperación intergubernamental en materias de justicia e interior.....</i>	16
2.1.4. <i>El Acta Única Europea (AUE) y su importancia en el proceso de supresión de fronteras internas y la profundización de la cooperación intergubernamental</i>	17
2.1.5. <i>El surgimiento de grupos intergubernamentales de trabajo y sus falencias como método de armonización de políticas de justicia e interior.....</i>	18
2.1.6. <i>El Grupo de Rodas: la necesidad de coordinar los distintos grupos intergubernamentales de trabajo.....</i>	21
2.1.7. <i>El Tratado de Maastricht: la ubicación de las materias de inmigración dentro de la estructura de “pilares” de la Unión Europea</i>	23
2.1.8. <i>El Tratado de Ámsterdam y la instauración de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia como objetivo de la Unión.....</i>	26
2.1.9. <i>El Acervo de Schengen, desde su origen hasta su integración en la estructura de la Unión Europea.....</i>	28
2.1.10. <i>Entre el Tratado de Ámsterdam y el Tratado de Lisboa</i>	34
2.1.11. <i>El intento de crear una Constitución para Europa y el tratamiento de las políticas de inmigración y asilo.....</i>	38
2.1.12. <i>El Tratado de Lisboa y la desaparición de la estructura de pilares.....</i>	39
2.2. LA POLÍTICA EUROPEA COMÚN DE INMIGRACIÓN	42
2.2.1. <i>Necesidad de una política europea común de inmigración.....</i>	42
2.2.2. <i>La política común de inmigración para la Unión Europea. La consolidación de una idea y su confección material.....</i>	43
2.2.3. <i>El Programa de Tampere.....</i>	44
2.2.4. <i>El Programa de la Haya</i>	50
2.2.5. <i>El Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo.....</i>	59
2.2.6. <i>El Programa de Estocolmo</i>	62
2.2.7. <i>Orientaciones estratégicas para el período 2014 – 2020</i>	64
2.2.8. <i>La Agenda Europea de Migración.....</i>	66

CAPITULO 3. LA INMIGRACIÓN IRREGULAR DE LOS NACIONALES DE ESTADOS TERCEROS EN LA UNIÓN EUROPEA.....	72
3.1. LA LUCHA CONTRA LA INMIGRACIÓN IRREGULAR DE LOS NACIONALES DE ESTADOS TERCEROS COMO POLÍTICA COMÚN.....	72
3.1.1. <i>Cooperación con terceros países en la lucha contra la inmigración irregular.</i>	73
3.1.2. <i>Gestión de las fronteras exteriores.</i>	75
3.1.3. <i>Política común de retorno</i>	78
3.2. LA DIRECTIVA DE RETORNO COMO INSTRUMENTO DE LA LUCHA CONTRA LA INMIGRACIÓN IRREGULAR.	81
3.2.1. <i>Consideraciones previas.</i>	81
3.2.2. <i>Objetivo de la Directiva de Retorno.</i>	82
3.2.3. <i>Los conceptos de “inmigración ilegal” e “inmigración irregular”</i>	85
3.2.4. <i>La Expulsión en la Directiva de Retorno</i>	88
3.2.4.1. Salida voluntaria y expulsión.	88
3.2.4.2. La perspectiva razonable de expulsión.	89
3.2.4.3. El retorno y la expulsión en contraste con el principio de no devolución	91
3.2.4.4. La expulsión en contraste con el Derecho a la Vida Familiar.....	94
3.2.4.5. La expulsión y su aplicación en menores.	97
3.2.5. <i>El internamiento en la Directiva de Retorno</i>	98
3.2.5.1. El internamiento y otras medidas cautelares menos coercitivas.	98
3.2.5.2. Las causales para aplicar el internamiento y ampliar su plazo	102
3.2.5.3. El internamiento y el interés superior del niño.	107
3.2.5.4. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el internamiento.	109
CONCLUSIONES	117
BIBLIOGRAFÍA	121
TRATADOS INTERNACIONALES	130
ACTOS JURIDICOS DE LA UE	131
JURISPRUDENCIA	136

INTRODUCCIÓN

La sociedad actual no se debe desentender de los actuales flujos migratorios, sobre todo en un Mundo globalizado. Para algunos autores resulta paradójico que el sistema de libre mercado imperante actualmente en la comunidad internacional permita la libre circulación de bienes y mercancías y, por otro lado, obstruya o impida la libre circulación de personas. La profesora Saskia Sassen (1996, p. 37) adjudica este problema a que la tarea desnacionalizadora del sistema de libre mercado se enfoca solamente en las economías de los Estados no alcanzando de la misma manera la libertad de circulación de las personas a nivel global. Es decir, por un lado, se desnacionalizan las economías nacionales y, por otro lado, se crean políticas de inmigración de carácter proteccionista y nacionalista en las cuales se brinda mayor importancia a la protección de la economía, seguridad y orden público e, incluso, por objetivos de homogeneidad social (Solanes, 2005, p. 90).

El problema planteado anteriormente es de carácter global, en el que se incluyen no tan solo las políticas de inmigración nacionales, sino que también aquellas que rigen en el plan supranacional, como se puede contemplar en la Unión Europea (UE). La inclusión progresiva de los países del antiguo bloque socialista al mundo occidental, la “Primavera árabe”, guerras civiles y conflictos armados en el África subsahariana y Medio Oriente, con destaque para la actual guerra en Siria, han puesto en jaque la capacidad de los Estados miembros y de la UE para enfrentar una masiva llegada de nacionales de terceros países a sus territorios. En el plano supranacional las materias migratorias se han incluido dentro del llamado Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ), pasando a ser competencia compartida entre la UE y cada uno de los Estados miembros, lo que ha resultado en la creación de una política europea común de inmigración con características propias y un enfoque global.

En este trabajo analizaremos cómo se ha confeccionado una política europea común de inmigración, teniendo como objetivo determinar su alcance y su verdadero enfoque. Sostenemos

que la política europea común de migración aún no está completa y se encuentra fuertemente influenciada por factores económicos y securitarios lo que se evidencia en la supremacía de uno de sus elementos: “la lucha contra la inmigración ilegal”. También haremos un alcance respecto a cómo la actual crisis de refugiados en Europa ha causado un refuerzo en la vertiente de seguridad, lo que se evidencia en los últimos documentos de la UE.

Para conseguir nuestro objetivo dividiremos nuestro trabajo en los siguientes capítulos: el primero se centrará en la contextualización de nuestro tema, entregando datos y estadísticas relacionadas con el fenómeno migratorio en general, con referencias a sus causas y consecuencias, centrándonos principalmente en la inmigración en la UE. En el segundo se explicará lo que significa para la UE la creación del ELSJ, su origen y evolución en función de su derecho originario¹. Este análisis histórico nos permitirá conocer el proceso de formación de una política común de inmigración y los obstáculos surgidos en donde siempre fue materia de discusión el procedimiento de elaboración de las medidas que se debía adoptar, ante la existencia de dos métodos, el intergubernamental y el comunitario. La segunda parte de este capítulo estará dedicada a la exposición y análisis de los distintos programas y hojas de ruta de la UE que encauzan la creación, establecimiento y consolidación de una política común migratoria, a identificar sus objetivos, posiciones y conclusiones. Dicho estudio se realizará cronológicamente, comenzando con el análisis del Programa de Tampere, pasando por el Programa de la Haya, el Pacto Europeo de Inmigración y Asilo, el Programa de Estocolmo, las orientaciones estratégicas del periodo 2014-2020 y, por último, la Agenda Europea de Migración de mayo de 2015.

¹ Entiéndase como derecho originario (o primario) los tratados constitutivos (Tratado de París por el que nace la C.E.C.A., Tratado de Roma por el que se instituye la C.E.E. y el Euratom) y los posteriores que han modificado aquéllos, tales como el Acta Única Europea y el Tratado de Maastricht. Por otro lado, el derecho derivado está compuesto por los actos normativos que se originan en las instituciones de la Unión, tales como el Consejo de la Unión Europea, la Comisión Europea y el Parlamento Europeo. Estos actos pueden ser de dos categorías: actos unilaterales y actos convencionales. Dentro de los primeros encontramos los reglamentos, las directivas, las decisiones, las recomendaciones y los dictámenes (artículo 288 TFUE), también las comunicaciones, recomendaciones, libros blancos y verdes. Y dentro de los segundos encontramos los acuerdos internacionales entre la UE y un tercer Estado, acuerdos entre Estados miembros y acuerdos entre las instituciones de la Unión.

Finalmente, en el capítulo tercero nos haremos cargo del análisis de la lucha contra la inmigración irregular, estableciendo sus “herramientas de lucha” e identificando a la principal de ellas: el retorno. En razón de lo anterior, dedicaremos parte de este capítulo al análisis de la Directiva de Retorno y sus principales instituciones: el internamiento y la expulsión. Como un instrumento de la legislación comunitaria europea consideramos que es de importancia su análisis para demostrar cómo se traduce en la práctica este discurso anti-inmigración irregular surgido desde el seno de las instituciones de la UE.

CAPITULO 1. EL FENÓMENO DE LA INMIGRACIÓN DE NACIONALES DE PAÍSES TERCEROS EN LA UNIÓN EUROPEA

Nuestro trabajo tiene como tema central la migración de nacionales de países terceros hacia la UE. La definición de “nacional de tercer país” es entregada por la Directiva de Retorno y resulta ser específica ya que para que una persona pertenezca a esta categoría debe cumplir con dos requisitos: (a) que no sea ciudadano de la UE en el sentido del artículo 17.1 del Tratado (actual artículo 20 del TFUE) y, (b) que no sea un beneficiario del derecho a la libre circulación con arreglo a la definición del artículo 2.5 del Código de Fronteras Schengen (Reglamento (CE) N° 562/2006). El artículo 20 del TFUE señala que “Será ciudadano de la UE toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la UE se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla”. Por lo tanto, *a contrario sensu*, la persona que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro, no será ciudadano europeo. En segundo lugar, las personas beneficiarias de la libre circulación son:

- a) Los ciudadanos de la UE según lo dispuesto en el artículo 17.1 del Tratado, así como los nacionales de terceros países miembros de la familia de un ciudadano de la UE, que ejerzan su derecho a circular libremente y a los que se aplique la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la UE y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.
- b) Los nacionales de terceros países y los miembros de su familia, cualquiera que sea su nacionalidad, que, en virtud de acuerdos celebrados entre la UE y sus Estados miembros, por una parte, y dichos terceros países, por otra, gocen de derechos en materia de libre circulación equivalentes a los de los ciudadanos de la UE.

Considerando lo anterior, existen situaciones en que una persona no será considerada “nacional de un tercer país” aun cuando (a) no siendo ciudadano de la UE sea familiar de alguna persona que ostente dicha categoría o (b) se le haya otorgado el derecho a la libre circulación equivalente a los de la ciudadanía europea a través de acuerdos bilaterales entre la UE o Estados miembros y terceros países.

Durante los últimos años la migración internacional ha tenido un crecimiento continuo. Según el Reporte de Migración Internacional de 2015 de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), en los últimos quince años 244 millones de personas han abandonado su país de origen, teniendo en consideración que durante el 2010 dicha cifra fue de 222 millones y en el 2000 fueron 173 millones (ONU, 2016, p. 1). En cuanto a la proveniencia de los migrantes internacionales, cerca de la mitad son de Asia (es decir, alrededor del 43% de los 244 millones), seguido por los provenientes de Europa (25%,) luego los de América Latina y el Caribe (15%), continuando con los migrantes de África quienes representan un 14%. Finalmente, una pequeña parte de los movimientos migratorios proviene de Norte América y Oceanía con un 2% y un 1%, respectivamente (ONU, 2016, p. 1).

Ahora bien, estas cifras son de carácter general no distinguiendo entre migración regular o irregular. La Organización Internacional de las Migraciones (OIM) señala que la migración de carácter regular, es aquella “que se produce a través de canales regulares y legales” (OIM, 2006, p. 41), o también la podríamos definir como aquella que se ajusta a la normativa establecida por los países de destino, permitiéndole al migrante acceder a educación, trabajo o simplemente permitirle permanecer en su territorio, siempre dependiendo del tipo de permiso que se le haya otorgado. En contraste con dicha definición, la OIM explica el concepto de inmigración irregular de la siguiente forma:

Personas que se desplazan al margen de las normas de los Estados de envío, de tránsito o receptor. No hay una definición universalmente aceptada y suficientemente clara de migración irregular. Desde el punto de vista de los países de destino significa que es ilegal el ingreso, la estadía o el trabajo, es decir, que el migrante no tiene la autorización necesaria ni los documentos requeridos por las autoridades de inmigración para ingresar, residir o trabajar en un determinado país. Desde el punto de vista de los países de envío la irregularidad se observa en los casos en que la persona atraviesa una frontera internacional sin documentos de viaje o

pasaporte válido o no cumple con los requisitos administrativos exigidos para salir del país. Hay sin embargo una tendencia a restringir cada vez más el uso del término de migración ilegal a los casos de tráfico de migrantes y trata de personas (OIM, 2006, p. 40).

Según el Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, hoy extinto, el inmigrante irregular:

Es la persona que carece de condición legal en un país anfitrión o de tránsito. Es aquella persona que ingresa a un estado sin autorización o que entra a un país legalmente pero después pierde la autorización para permanecer en él. Se le denomina también migrante indocumentado (Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, 2010, p. 1).

Son escasas las fuentes que permiten cuantificar estadísticamente el flujo real de migrantes irregulares alrededor del mundo, dada su propia naturaleza, y debido también a que muchos de ellos cambian su estatus a uno regular o pueden pasar de ser migrantes regulares a irregulares como por ejemplo, en el caso de que haya vencido el tiempo de permanencia en un determinado país y que de igual manera hayan decidido quedarse. Sin perjuicio de lo anterior se han hecho esfuerzos por recabar información de estos flujos migratorios, como es el caso de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito la cual señala que en el 2010 se alcanzó la cantidad de al menos 50 millones de migrantes irregulares (UNODC, 2010, p. 55). Los Estados también realizan sus propias mediciones, como lo ha hecho el *Pew Research Centre*, con información proporcionada por el gobierno de los Estados Unidos, en que estimó la cantidad de 11.3 millones de migrantes irregulares en dicha nación durante el 2014 (GMDAC, 2015, p. 12). Por su parte, el Servicio de Migración Federal de la Federación Rusa indicó que en el 2013 hubo alrededor de 3 millones de migrantes irregulares en su territorio (GMDAC, 2015, p. 12).

En la UE, según la Eurostat, en su informe de mayo de 2015, la inmigración de personas provenientes de fuera de la UE, comprendiendo los 27 estados en el 2013², fue de 3.4 millones de personas, de los cuales 1.4 millones correspondían a personas de terceros países. El país con mayor flujo inmigratorio fue Alemania con aproximadamente 692.700 personas seguida por Reino Unido con 526.000 personas, Francia con 332.600 personas, Italia con 307.500 personas y España con 280.800 personas, cuyos datos corresponden al año 2013 (Eurostat, 2015).

A su vez, en el informe *Annual Risk Analysis* elaborado por Frontex, se ha determinado que, en el 2014, la inmigración irregular había alcanzado un nuevo record con 280.000 situaciones detectadas de este tipo (Frontex, 2015, p. 5). Según este mismo órgano, esto se debe a la actual Guerra Civil en Siria, lo que ha llevado a la peor “crisis de refugiados” solo equiparable con lo vivido durante la Segunda Guerra Mundial. Incluso, ni siquiera durante la primavera árabe sucedió algo parecido, siendo que en tal contexto, la cifra alcanzó la cantidad de 140.000 situaciones de inmigración irregular detectadas. De hecho, según este informe, los inmigrantes irregulares provenientes de Siria representan más de un cuarto del total de inmigraciones de este tipo que han ido en alza, considerando al universo general de inmigrantes irregulares entre 2013 y 2014. Le siguen en cantidad las de los nacionales de Eritrea, cuyo número se acerca a la suma de 34.500, número que igualmente marca un record dentro del historial manejado por Frontex.

Para los gobiernos de los principales países de destino de los flujos migratorios actuales, como son los países de la Europa occidental, Norteamérica y Australia, el fenómeno migratorio es observado con preocupación y su respuesta son reformas políticas migratorias selectivas, prefiriendo a determinados inmigrantes y alejando a otros (Hatton y Williamson, 2004, p. 8).

² Es decir, no contempla información respecto de Croacia, último estado en adherir a la Unión en el 1 de julio de 2013.

Dentro de las principales causas de inmigración irregular en la UE tenemos la guerra civil que ocurre en Siria, ciertos países africanos que viven inmersos en un ambiente de violencia continua. Por ejemplo lo que ocurre en Sudán, en donde se ha desatado un sangriento conflicto entre los grupos rebeldes encabezados por el Ejército Popular de Liberación y el ejército gubernamental. También es necesario indicar que un gran número de inmigrantes tratan de escapar de la pobreza extrema que les afecta y graves fenómenos climatológicos, como la sequía, problema que perjudica notoriamente a la población de países como Somalia o Eritrea. La “Primavera Árabe”, producida a raíz del déficit económico y a la ausencia de libertades de índole política en países del Norte de África, y que en consecuencia trajo la debacle de los gobiernos de Túnez, Egipto y Libia, también se une a las causas de la migración actual y asimismo la inestabilidad en el Medio Oriente, en países como Yemen, Bahrein y Siria. Finalmente, podemos agregar a nuestro listado el terrorismo llevado a cabo por organizaciones como el ISIS o el Boko Haram, grupos yihadistas que se han dedicado a sembrar el pánico mediante sus inhumanos actos que han desolado algunas ciudades en Irak o Nigeria, respectivamente.

Una de las respuestas a la inmigración irregular ha sido la creación de programas de vigilancia de fronteras o la instalación de centros de recepción de inmigrantes para efectos de su control. Los Estados miembros de la UE han debido desembolsar cantidades nada despreciables de recursos en la lucha contra la inmigración irregular, lo que ha causado una serie de conflictos por parte de sus propios ciudadanos quienes aducen que sus respectivos países no deberían destinar determinada cantidad de recursos para controlar sus fronteras ni mucho menos mantener a dichas personas, dineros que son escasos más aun teniendo como trasfondo la crisis económica. Ejemplo de lo anterior es la llamada operación “Mare Nostrum” llevada a cabo durante un año, entre el 2013 y 2014 por Italia, la que consistía en operaciones de búsqueda y rescate de inmigrantes que abarcaban ambas costas del Mar Mediterráneo entre Italia y Libia y tenía una

muy importante tarea que daba una contundente y efectiva respuesta a la emergencia migratoria evitando tragedias humanitarias protagonizadas por el naufragio de las frágiles embarcaciones de migrantes provenientes de la costa norte de África. Sin embargo, la operación “Mare Nostrum” fue impopular en Europa debido a su alto coste de recursos, Se estimó que estas operaciones significaban al gobierno italiano cerca de 300.000 euros diarios, esto es, alrededor de 9.000.000 de euros al mes (teinteresa.es, 2014), incluso, algunos países como Reino Unido consideraban que esta operación generaba un “efecto llamada” incitando la inmigración irregular (The Guardian, 2014). Italia solicitó ayuda a la UE para seguir llevando a cabo estas operaciones, no recibiendo la respuesta esperada. Finalmente la operación “Mare Nostrum” fue sustituida por la operación “Tritón” a cargo de Frontex y financiada por la UE la que requería muchos menos recursos (sólo 2,9 millones al mes). A diferencia de “Mare Nostrum”, la operación “Tritón” no tenía como eje principal las labores de salvamento, sino que se centraba en labores de vigilancia de fronteras. También se reduce en gran medida su capacidad de búsqueda y rescate, ya que solamente abarcaba una distancia de 30 millas desde las costas de Italia (Vacchiano, 2015, p. 318).

Algunos ciudadanos han señalado que no es aceptable que estos extranjeros hagan uso de prestaciones básicas tales como lo son el acceso a la educación o a la salud pública. Las expectativas laborales por parte de ciertos europeos también se ven amenazadas bajo sus puntos de vista, lo que en definitiva ha establecido un ambiente adverso para estos inmigrantes, situación que ha sido aprovechada por sectores de ultra derecha para incentivar el odio hacia estas personas.

Este capítulo, como bien podemos notar, nos introduce en lo que es el fenómeno migratorio en el mundo y en especial dentro de la UE, lo que nos será de gran ayuda para entender las razones de las políticas y decisiones que han tomado los Estados para, de alguna

manera, controlar esta situación. Recordemos que la migración no es un fenómeno que quede fijo sino que se encuentra en una incesante dinámica, lo que deriva en las diversas posturas que se han tomado y se tomarán en cuanto a su control por parte de las autoridades a las que les concierne.

2. LA CONSTRUCCIÓN DE UN ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA Y LA NECESIDAD DE UNA POLÍTICA COMÚN DE INMIGRACIÓN PARA EUROPA

2.1. Antecedentes, origen y evolución del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia

Antes de analizar en profundidad el proceso de creación de la política común migratoria en la UE debemos identificar los motivos y revisar los procesos que llevaron a los Estados miembros a entregar a la UE parte de sus competencias soberanas sobre materias de control y gestión migratoria³. Es por eso indispensable entender el ELSJ, su evolución y funcionamiento, pues parte significativa de lo relativo al control de fronteras, asilo e inmigración está enmarcada en dicho espacio, considerado como uno de los objetivos más importantes de la UE.

Preliminarmente, y de modo genérico, el ELSJ es un conjunto de actuaciones y políticas nacidas en el seno de la UE que tienen por objetivo principal crear una especie de “espacio público europeo” que busca garantizar a los ciudadanos europeos y, en cierta medida, a los nacionales de terceros países, la libre circulación entre las fronteras interiores de la UE lo que, obligatoriamente, debe ir complementado con un elevado nivel de protección a las personas en el ámbito de la seguridad de las fronteras exteriores, control del asilo y la inmigración y la seguridad interior y judicial. Al respecto, el artículo 3.2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) indica:

La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia (Artículo 3.2).

En otras palabras, la ausencia de controles fronterizos entre los Estados miembros trae consigo ciertos riesgos, asociados a la delincuencia organizada o al terrorismo, a los que necesariamente se les debe hacer frente para garantizar la libre circulación de personas mediante la cooperación y coordinación en materia judicial, policial y seguridad interior (Aníbarro Martínez, 2016, p. 51).

Para lograr el equilibrio entre libertad y seguridad, el ELSJ comprende una serie de materias que podemos clasificar, de acuerdo al título de los capítulos en que se subdivide el Título V del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en (1) políticas de control de

³ Este proceso de transferencia de ámbitos dependientes del procedimiento intergubernamental (competencia de los Estados miembros) al procedimiento comunitario (competencia de la UE) afecta a distintas materias y se le ha denominado comúnmente como "comunitarización".

Fronteras, asilo e inmigración; (2) cooperación judicial en materia civil; (3) cooperación judicial en materia penal, y (4) cooperación policial.

2.1.1. *De la cooperación intergubernamental a la supranacionalidad*

El proceso de integración europeo ha significado a los Estados miembros desprenderse en distintos grados de parte de sus competencias soberanas en variadas materias a favor de los objetivos comunes, ya sea tomando decisiones en conjunto con los otros Estados miembros u otorgando poder decisorio a la UE. En palabras de Rita Lages haciendo referencia a los procesos de integración comunitaria en general ha señalado:

la integración, entendida como un proceso por el cual los Estados integrados ceden parte de sus poderes soberanos a una institución o entidad política supranacional distinta, va acompañada de la coexistencia de procedimientos de toma de decisión conjunta, por vía intergubernamental y supranacional, y de la comunitarización político-jurídica, mediante la creación de políticas comunes en las materias integradas y/o de la, no siempre fácil, convivencia articulada de las constituciones nacionales con los tratados de integración, con la consecuyente “desnacionalización” de aquellas a medida que se avanza hacia una unión política (Lages, 2013, p.12).

De lo anterior podemos identificar la existencia de dos vías para la toma de decisiones, a saber, la intergubernamental y la supranacional. En la intergubernamental es trascendental la voluntad de los Estados para la toma de decisiones. Los Estados integrados buscan solución a los problemas comunes a través de la diplomacia materializando sus acuerdos en instrumentos típicos de Derecho Internacional clásico como por ejemplo, convenios, resoluciones, conclusiones y recomendaciones, los cuales, por cierto, deben ser internados en el ordenamiento jurídico de cada Estado según sus propios procedimientos. En cambio, la supranacionalidad supone que los Estados deleguen sus competencias soberanas en determinadas materias de interés común a un órgano diferente y superior a los Estados y que sus decisiones sean obligatorias. Un concepto clásico⁴ de supranacionalidad comprende tres elementos esenciales: “presencia de intereses o valores comunes, una estructura institucional colocada al servicio de esos objetivos comunes y autonomía de los órganos que componen la estructura institucional” (Martínez Puñal, 2005, p.398).

⁴ El concepto clásico analizado por Martínez Liñán corresponde al otorgado por Pescatore: *Voilà donc en résumé ce que je comprends, pour ma part, comme constituant l’essentiel de la supranationalité: un pouvoir, réel et autonome, placé au service d’objectifs communs à plusieurs États. Dans cette définition, la notion d’objectif doit résumer en un mot l’idée d’ordre déterminé par l’existence de valeurs et d’intérêts communs*” (Pescatore citado por Martínez Puñal, 2005, p. 398)

Para García Alonso la supranacionalidad dice relación con cuatro cuestiones:

Quién decide (estructura política propia de la organización), cómo decide (mediante unas reglas de funcionamiento que escapan del control individual y también del soberano de los Estados miembros de la organización), control sobre lo decidido a través de la estructura jurisdiccional propia de la organización y los efectos de lo decidido, que se traducen en la eficacia directa y primacía derivados del propio ordenamiento de la organización (García Alonso citado por Aníbarro Martínez, 2016, p.56).

En el Derecho de la UE existe el denominado método comunitario, que corresponde a una manifestación de la vía supranacional en que las instituciones de la UE adquieren protagonismo en las iniciativas que se quieran tomar para legislar en alguna materia y un papel activo en la toma de medidas. En otras palabras, los Estados miembros entregan parte de su soberanía a las instituciones comunitarias encargándoles a ellas la tarea de emitir las normativas que regulen ciertos temas y que, por tanto, son vinculantes para éstos Estados. Ya en los años cuarenta Monnet imaginaba este método como la clave de la integración europea:

Esto implica que Europa se unifique, y no solo en la cooperación, sino a través de una transferencia de soberanía, aceptada por las naciones europeas, a favor de una especie de Unión Central, una Unión con poder para bajar las barreras aduaneras, crear un gran mercado europeo e impedir la reconstrucción de los nacionalismos (Monnet citado por Oreja Aguirre, p.2).

La Comisión en su Comunicación *La Gobernanza Europea – Un Libro Blanco*⁵ ha definido este método en base a sus virtudes:

El método comunitario garantiza tanto la diversidad como la eficacia de la Unión. Garantiza asimismo el tratamiento equitativo de todos los Estados miembros, desde el más pequeño hasta el más grande. Ofrece un medio de arbitraje entre los distintos intereses a través de dos filtros sucesivos: el filtro del interés general a nivel de la Comisión y el filtro de la representación democrática, europea y nacional, a nivel del Consejo y el Parlamento Europeo, que son las dos instancias legislativas de la Unión (COM (2001) 428 final, p. 6).

De acuerdo a lo anterior debemos tener presente que el método comunitario no es tan simple ya que:

No deja en manos de una persona ni tan siquiera de una Institución la responsabilidad de la decisión, diluyendo y repartiendo el poder entre varias Instituciones, diseminándolo en el sistema

⁵ Comunicación de la Comisión, *La gobernanza europea. Un Libro Blanco* [COM (2001) 428 final, publicado en el Diario Oficial C 287, de 12.10.2001].

intrincado y peculiar de checks and balances que ha caracterizado al sistema europeo (Mangas y Liñán, p.169).

Siguiendo con lo señalado por estos autores, el método comunitario pone en relieve muchos intereses y factores en la producción legislativa, lo que se refleja en la interacción existente entre la Comisión Europea, quien propone los actos legislativos⁶, el Consejo y el Parlamento Europeo, quienes legislan de acuerdo a lo propuesto.

Para tomar decisiones respecto a las materias que componen el ELSJ se consagran tanto el método intergubernamental como el método comunitario, teniendo un progresivo avance la aplicación de este último, siendo el Tratado de Lisboa uno de los instrumentos clave en alcanzar este objetivo. Sin embargo, como veremos, este camino no ha estado exento de resistencias por parte de los Estados miembros a la transferencia de competencias a las instituciones de la UE.

En el método intergubernamental el derecho de iniciativa es compartido entre la Comisión y los Estados miembros, mientras que el Consejo Europeo desempeña un papel fundamental en la toma de decisiones y generalmente actúa por unanimidad de sus miembros. Por su parte el papel del Parlamento Europeo es de carácter consultivo. La intergubernamentalidad se manifiesta en el Consejo Europeo atendido a que requiere de la voluntad de todos los Estados miembros, ya que los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros manifiestan sus propios intereses con el objetivo de llegar a un consenso en asuntos considerados sensibles y que requieren un mayor nivel de negociación, tales como política exterior, seguridad común y cooperación policial y judicial.

El método comunitario se caracteriza por la interacción que existe entre la Comisión, el Consejo y el Parlamento Europeo a través de la aplicación del procedimiento legislativo ordinario regulado en el artículo 294 del TFUE. En este procedimiento el derecho de iniciativa está radicado exclusivamente en la Comisión, quien propone al Parlamento y al Consejo la adopción de un acto legislativo. El carácter supranacional se manifiesta con fuerza en la Comisión Europea toda vez que su funcionamiento debe ser en el interés general de la UE (artículo 17.1 TUE) independiente de la posición particular de los Estados miembros o de otras instituciones de la UE (artículo 17.3 TUE). En el caso del Consejo de la UE y el Parlamento

⁶ De acuerdo al artículo 288 TFUE son actos legislativos de la Unión Europea los reglamentos, las directivas y las decisiones. También se indica que no serán actos vinculantes, las recomendaciones y los dictámenes.

Europeo la supranacionalidad se manifiesta en su función legisladora que tiene como resultado un acto jurídico vinculante y obligatorio para todos los Estados que componen la UE.

2.1.2. *Del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE) al Convenio de Génova*

La concepción de la idea de un espacio en donde las personas puedan circular libremente dentro de fronteras comunes y en asuntos de justicia no es nueva en la cooperación europea, pues el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (1957) estableció en su artículo 3, letra c), como uno de sus objetivos la libre circulación de personas dentro del territorio que comprendiera esta Comunidad. Este objetivo corresponde a una de las cuatro libertades – a saber, la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales– en que se basa el mercado único y que quedaba reducido al ámbito económico, pues involucraba solamente a aquellas personas que cumplieran con el estatus de trabajador. En este tema hacemos nuestras las palabras del profesor Lázaro Araujo al señalar que:

Se trata más que nada de una declaración solemne, ya que la filosofía inspiradora de la Comunidad, como queda evidente en el texto, y sobre todo en el artículo 92, es la absoluta confianza en las virtudes del mercado. La misión básica es establecer un mercado común, la eliminación de barreras fronterizas como elemento para conseguir una expansión continua y equilibrada (citado en Iglesias, Juliá y Baños, 1996, p. 2).

Además de lo anterior, dicho tratado se limitaba a señalar el derecho de los trabajadores a responder a ofertas de trabajo, a desplazarse libremente, residir y permanecer en cualquiera de los Estados miembros, todo esto con fines laborales, pero no se establecieron medidas relacionadas con los controles de fronteras, inmigración y visados. En 1967 se celebra el Convenio de Nápoles⁷, hito importante en los inicios de la cooperación europea en materias de justicia e interior. Este Convenio tenía por objeto la asistencia mutua y la cooperación entre las administraciones aduaneras de los distintos Estados miembros, fijando, por primera vez, pautas claras de cooperación entre los Estados miembros respecto de asuntos relacionados con el tráfico de mercancías. Estas pautas consistían en el establecimiento de procedimientos de cooperación y ayuda mutua en casos de infracción a las normativas aduaneras comunes, lo que haría posible

⁷Convenio de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea para la asistencia mutua entre las respectivas administraciones aduaneras firmado en Roma el 07 de septiembre de 1967.

que “los agentes de un Estado miembro pudiesen intervenir en el territorio de otro Estado miembro” (Fernández Rozas, 2004, p. 2).

2.1.3. *El Grupo de TREVI como punto de inicio de una política de cooperación intergubernamental en materias de justicia e interior*

Habría que esperar hasta 1975 cuando el Consejo Europeo creó una instancia de trabajo, dentro de la cooperación política europea, denominada Grupo de Trevi, para poder decir con propiedad que se había dado inicio a la cooperación intergubernamental en temas que hoy conforman el ELSJ y que la identificaremos como la etapa de “Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior”. Tal como lo indica el significado de su sigla en español –Terrorismo, Radicalismo, Extremismo y Violencia Internacional–, este grupo tenía como objetivo trabajar y analizar dichos temas, en general, asuntos relacionados con la seguridad interior y el orden público. Sus competencias se ampliaron en 1985 al agregar la inmigración ilegal y la delincuencia organizada. La metodología de trabajo consistía en la realización de reuniones en las que los ministros de Estado –también se invitaba a la Comisión a estas reuniones– intercambiaban experiencias, información y conocimientos técnicos con el fin de crear lazos que facilitaran la cooperación y la elaboración de estrategias conjuntas para enfrentar las distintas problemáticas que los convocaban. Pero todo aquello era llevado a cabo de manera informal, sin una estructura clara, y se apartaba de manera significativa de todo el proceso de comunitarización contenido dentro del marco normativo que comprendían las, entonces, Comunidades Europeas⁸.

El principal problema de esta forma de cooperación era la complejidad, y por ende, lentitud, en lograr acuerdos y la incapacidad de supervisar el cumplimiento de las medidas que se adoptaban, pues ni el Parlamento Europeo ni los parlamentos nacionales tenían facultades para ello.

⁸ Las Comunidades Europeas son 1) la Comunidad Europea (antes conocida como la Comunidad Económica Europea) formada a partir del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE) firmado en Roma el 25 de marzo de 1957; 2) la Comunidad Europea de la Energía Atómica formada a partir del Tratado Constitutivo de Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEa o EURATOM) firmado en Roma el 25 de marzo de 1957, y 3) la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (actualmente inexistente) formada por el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) firmado en París el 18 de abril de 1951.

2.1.4. *El Acta Única Europea (AUE) y su importancia en el proceso de supresión de fronteras internas y la profundización de la cooperación intergubernamental*

El próximo gran paso de la cooperación intergubernamental en materias de justicia e interior fue la firma del Acta Única Europea de 1986. La influencia del Acta Única Europea en las materias de justicia e interior se debe a la reactivación del proceso de creación de un mercado único interior basado en las cuatro libertades, fijando un plazo para dicha tarea. Así, mediante el artículo 13 del Acta Única Europea, se agregó el artículo 8 A al Tratado de la CEE que señalaba, por un lado, que: “[l]a Comunidad adoptará las medidas destinadas a establecer progresivamente el mercado interior en el transcurso de un periodo que terminará el 31 de diciembre de 1992” y, por otro, que “[e]l mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado” (artículo 13 del AUE). En este último inciso el Acta se encarga de dejar establecido los fundamentos de este “mercado interno” que, naturalmente, implicaría la supresión de los controles de las fronteras interiores.

Lo anterior se lleva a cabo principalmente mediante la reforma de los tratados constitutivos de las comunidades europeas⁹, sobre todo en el ámbito de toma de decisiones, en donde imperaba la unanimidad. De esta forma, se cambia el requisito de la unanimidad del Consejo por el de mayoría cualificada para ciertos temas del mercado interior, facilitando, así, cuantiosamente la toma de decisiones.

A pesar de que en el Acta Única los asuntos de justicia e interior no se hayan integrado a las competencias de las comunidades europeas, podemos señalar que al menos se tomó conciencia de lo trascendental que resultaban estos temas para la creación del mercado interior y, sobre todo, para la conformación de un espacio libre de controles fronterizos para las personas. Pero dichos temas seguirían en manos de un sistema de cooperación intergubernamental, en donde las instituciones europeas no tenían competencias suficientes. Así lo demuestran dos declaraciones anexas al Acta Única, a saber, la Declaración General sobre los artículos 13 a 19 del Acta Única Europea y la Declaración Política de los Gobiernos de los Estados miembros sobre la libre circulación de personas. En efecto, en la primera de estas declaraciones se señala:

⁹ Los tratados constitutivos son: 1) la Comunidad Económica del Carbón y del Acero, se creó mediante el Tratado de París de 1951, firmado en París y entró en vigor el 23 de julio de 1952. 2) Comunidad Económica Europea, se creó mediante el Tratado de Roma de 1957, se firmó en Roma y entró en vigor el 1 de enero de 1958 y 3) la Comunidad Europea de Energía Atómica, se creó mediante el Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica de 1957, se firmó en Roma y entró en vigor el 1 de enero de 1958.

Ninguna de estas disposiciones afectará al derecho de los Estados miembros de adoptar aquellas medidas que estimen necesarias en materia de control de la inmigración de terceros países, así como con respecto a la lucha contra el terrorismo, la criminalidad, el tráfico de drogas, el tráfico de obras de arte y de antigüedades (Declaración General sobre los artículos 13 a 19 del Acta Única Europea, 1992, p. 62).

Podemos identificar claramente que esta declaración busca poner un límite a las competencias comunitarias dejando bien en claro que las materias que se señalan seguirán perteneciendo a la soberanía de cada Estado miembro. La segunda declaración mencionada pone de manifiesto que, si bien los asuntos de justicia e interior mencionados serán materia de las políticas de cada Estado miembro, existe la intención de ser tratadas mediante la cooperación intergubernamental entre los Estados miembros. Así:

Con objeto de promover la libre circulación de personas, los Estados miembros cooperarán, sin perjuicio de las competencias de la Comunidad, en particular en lo que respecta a la entrada, circulación y residencia de los nacionales de terceros países. Asimismo cooperarán en lo que se refiere a la lucha contra el terrorismo, la criminalidad, la droga y el tráfico de obras de arte y de antigüedades (Declaración Política de los Gobiernos de los Estados Miembros sobre la libre circulación de personas, 1992, p. 69).

2.1.5. El surgimiento de grupos intergubernamentales de trabajo y sus falencias como método de armonización de políticas de justicia e interior.

Como ya se puede apreciar, todo lo anterior ha venido a profundizar la cooperación intergubernamental en los asuntos de justicia e interior, generándose condiciones para la creación de distintos grupos de trabajo y de instancias de discusión e intercambio de políticas y experiencias entre los Estados miembros. Son de ello ejemplos el Comité europeo de lucha contra la droga (CELAD), el Grupo de ayuda mutua y el Grupo *ad hoc* “inmigración”. Durante esta etapa de cooperación, los distintos grupos de trabajo dieron como resultado el fortalecimiento de ideas y políticas que serán centrales para la futura consolidación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Es así como en este periodo intergubernamental se planteó la necesidad de llegar a una política común respecto a los temas de asilo e inmigración debido a que las legislaciones nacionales no serían capaces por sí solas de encontrar una solución a este tema. Ejemplo de aquello es la posición del Grupo *ad hoc* “inmigración”:

La convicción que, frente a los avances obtenidos, una política estrictamente nacional no pueda dar respuestas adecuadas, ha ido, constantemente ganando terreno (...) y sobre esta base parece oportuno definir una base común sobre la cuestión de la adaptación a la presión migratoria (...) (citado por Vestri, 2012, p. 691).

Sin embargo, esta posición sigue poniendo el énfasis en un sistema intergubernamental “(...) pero esto necesita de una forma extensa de cooperación entre Estados miembros” (citado por Vestri, 2012, p. 691).

También se hace indiscutible que para poder lograr la total supresión de las fronteras interiores habría que fortalecer al máximo los controles de las fronteras exteriores de la UE. Lo anterior surge, entre otras cosas, por el temor de ciertos Estados miembros, como Gran Bretaña, de que la eliminación de los controles fronterizos traiga más perjuicios que beneficios a las economías y a la seguridad interior de sus respectivos países por la supuesta ola de inmigrantes de terceros países que se vendría.

El Grupo ad hoc “inmigración”, creado en 1986, se encontraba dentro de la Secretaría del Consejo de la Comunidad Europea y bajo la coordinación de la Comisión, y se dedicaba a temas relevantes respecto a la inmigración con el fin de preparar el camino para la aplicación del mercado único. Las materias que trataba se dividían en los seis sub-grupos que lo componían: admisión/expulsión, visas, documentos falsos, asilo, fronteras exteriores y los refugiados de la ex Yugoslavia. El logro más importante de este grupo fue la elaboración del Convenio de Dublín (1990)¹⁰ cuyo objetivo era terminar con el fenómeno de los “refugiados en órbita”¹¹ por la UE, fijando normas que deberán respetar los Estados miembros para el examen de una solicitud de asilo, estableciendo el compromiso de hacer cumplir con las disposiciones contenidas en el Convenio de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el protocolo de Nueva York de 1967 y cooperar en este sentido con el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en dicha tarea¹².

Sin embargo, el modo de llevar a cabo el trabajo de estos grupos, sobre la base de un sistema intergubernamental, recibió muchas críticas que sopesaron en el proceso de comunitarización.

¹⁰ Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, firmado el 15 de junio de 1990 en Dublín, Irlanda.

¹¹ Los refugiados en órbita son aquellos solicitantes de asilo que se ven en la obligación de transitar de un país a otro porque les resulta imposible que un Estado les otorgue asilo.

¹² Así lo señala el artículo 2 del Convenio de Dublín: *Los Estados miembros reafirman sus obligaciones con arreglo a la Convención de Ginebra, modificada por el Protocolo de Nueva York, sin ninguna restricción geográfica del ámbito de aplicación de estos instrumentos, y su compromiso de cooperar con los servicios del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados en la aplicación de dichos instrumentos.*

Por ejemplo, se criticaba el carácter confidencial que tenían sus documentos y programas de trabajo impidiendo a la sociedad civil el acceso libre a dicha información y, por ende, el debate abierto. Así lo señalaba un informe a propósito del actuar de los grupos de trabajo europeos, especialmente del grupo ad hoc inmigración, acusando las consecuencias de llevar a cabo las negociaciones y la redacción de la Convención de Dublín y de Fronteras Exteriores a puertas cerradas:

El resultado (de la confidencialidad de las negociaciones y trabajos del grupo ad hoc de inmigración) no es sólo que se pierden oportunidades para crear un clima de comprensión pública y fomentar un debate informado, sino también que está aumentando la desconfianza entre las partes interesadas sobre las consecuencias de las nuevas políticas. Los movimientos de derechos civiles creen que los sistemas de información con listados de personas inadmisibles violarán los derechos individuales; los defensores de los refugiados temen el menoscabo del derecho de asilo y de los principios de protección a refugiados; los nacionales no blancos de la CE están inquietos ante la posibilidad de padecer nuevas formas de discriminación como efecto colateral del reforzamiento de las medidas de control de la inmigración. (...). Este cerrado estilo de hacer política pone en grave peligro el éxito de toda la empresa, y contribuye al déficit democrático de Europa (Meissner, 1993, p. 71).

Una segunda crítica que se les adjudicaba –y que reafirmaba una vez más la conveniencia de comunitarizar su funcionamiento– era la descoordinación existente entre ellos, debido a que sus trabajos se llevaban a cabo de manera casi atomizada, con muy baja interacción entre ellos lo que se agravaba aún más con el carácter confidencial de éstos. Como se puede imaginar, esto acarreaba la constante superposición de los trabajos realizados por los distintos grupos, haciendo innecesariamente más problemática la tarea de coordinación de políticas.

Otra crítica relevante consistía en que sus decisiones, deliberaciones o recomendaciones no se sujetaban a la fiscalización de ningún órgano comunitario, ni en sus procedimientos judiciales, excluyendo así, cualquier control que intente ejercer el Parlamento Europeo o, incluso, parlamentos nacionales, en las decisiones de estos grupos.

A pesar de que, al alero de este sistema intergubernamental, sin duda se vivió un avance en cuanto a los esfuerzos de armonizar las políticas nacionales de justicia e interior, todavía no se tenía claro la forma en que dicha armonización se haría efectiva a través un método intergubernamental. En efecto, en 1990 se avanzó hacia nuevos tratados, siempre enmarcados en un sistema intergubernamental: “La Convención de Aplicación de los Acuerdos de Schengen y la

Convención de Dublín, en particular. De todas maneras, en ambos casos no se habló directamente de una efectiva armonización de las políticas nacionales en materia de inmigración” (Vestri, 2012, p. 691). Pero veremos que, a través de la creación del llamado Grupo de Rodas, los Estados miembros intentarán subsanar las falencias del método intergubernamental, sin dejar de aplicarlo, a través de la coordinación de las actividades de los distintos grupos.

2.1.6. *El Grupo de Rodas: la necesidad de coordinar los distintos grupos intergubernamentales de trabajo*

Ante los evidentes problemas originados por la gran proliferación de grupos de trabajo y su inevitable superposición de actividades retrasando las medidas necesarias para establecer la eliminación de los controles fronterizos, en 1988 se celebró el Consejo Europeo de Rodas, que frente a este panorama respondió con la creación de un nuevo grupo intergubernamental con el objetivo de coordinar las actividades de los distintos grupos de trabajo ya existentes, llamado “Grupo de coordinadores para la libre circulación de personas” o, informalmente, “Grupo de Rodas”¹³.

Sus objetivos fueron la realización de un informe identificando las principales falencias y dificultades experimentadas hasta esa fecha por el proceso intergubernamental en la aplicación fáctica de la libre circulación de personas; y enfrentar estos inconvenientes sin dejar de aplicar el método intergubernamental.

En efecto, lo anterior se materializó en el “Documento de Palma” del 1989, que contenía propuestas que, principalmente, consistían en la conjugación de medidas tendientes a la aplicación progresiva de un espacio libre de controles fronterizos, como son las llamadas “medidas compensatorias” relativas a la seguridad interior para el mantenimiento de dicho espacio. En otras palabras, las propuestas del “Documento de Palma” señalaban la imposibilidad de la existencia de un espacio de libre circulación de personas entre los Estados Miembros si no es a través de una aplicación conjunta de medidas de seguridad que mitiguen los supuestos riesgos que surgirían como consecuencia de la supresión de las fronteras interiores.

Como ya se puede ir pensando, este documento se inclinó mucho más por las medidas de seguridad que las relacionadas directamente con los derechos de las personas a cruzar libremente

¹³ Los grupos sometidos a la coordinación del Grupo de Rodas fueron el Grupo ad hoc “inmigración”, los grupos TREVI y el de Ayuda Mutua, el Comité europeo de lucha contra la droga, el grupo de política europea de cooperación y el Grupo horizontal.

las fronteras interiores, agudizando una desproporción que se acentuará aún más a medida que se vaya conformando el ELSJ, como veremos más adelante.

El Documento de Palma aportó en el ámbito de la distinción entre las políticas dirigidas a los nacionales de los Estados miembros y los nacionales de terceros Estados. Dicha distinción también es llamada la dimensión interna y externa de la libre circulación de personas: la primera se relaciona con las medidas necesarias para hacer posible la libre circulación de personas originarias de los Estados miembros, y la segunda con aquellas medidas dirigidas a llevar a cabo esta libertad, pero respecto de los nacionales de terceros países (Boixareu, 1989, p. 3).

Respecto a esta distinción se ha sostenido que el derecho a la libre circulación de personas debe ser igual para todos, sin hacer, dentro del espacio de libertad, la distinción entre personas originarias de Estados Miembros y las provenientes de países no miembros. En ese sentido, Cristina Izquierdo se pronuncia señalando que:

La libre circulación de personas está concebida 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 –vertientes ad extra de la libre circulación de personas– y no sólo a los nacionales de los Estados –vertiente ad intra–, 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 (Izquierdo, 2000, p. 133).

Esta doble dimensión acompañará el desarrollo de las políticas de libre circulación de personas y de inmigración hasta la actualidad donde la dimensión interna es regulada a nivel comunitario y, por otro lado, gran parte de las materias relacionadas con la dimensión externa aún permanecen reguladas por las normas de cada Estado miembro, sobre todo en materias de entrada y permanencia (Lages, 2013, p. 19).

A pesar que en este periodo proliferaron grupos de trabajo que funcionaban bajo la lógica intergubernamental existieron algunas instancias que se inclinaban de manera clara y precisa por una política de inmigración y libre circulación de personas de carácter comunitario. Es el caso del Tratado de Schengen y su Convenio de Aplicación¹⁴. Dada la importancia de estos dos últimos instrumentos (que conformarían el acervo de Schengen), llevados a cabo al margen de la

¹⁴ Acuerdo de Schengen, firmado en Schengen, Luxemburgo el 14 de junio de 1985. A partir del Acuerdo de Schengen surgió el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen que se firmó el 19 de junio de 1990, entrando en vigor el 26 de marzo de 1995.

UE, dedicaremos un apartado completo a su estudio, luego de analizar el Tratado de Maastricht y el Tratado de Ámsterdam.

2.1.7. *El Tratado de Maastricht: la ubicación de las materias de inmigración dentro de la estructura de “pilares” de la Unión Europea*

Con la creación del Acta Única Europea se venía arrastrando la forma de dar respuesta a los principales problemas de las entonces Comunidades Europeas para llevar a cabo sus objetivos y renovarse que consistía en la modificación, en un solo instrumento, de sus tratados constitutivos. El Tratado de la Unión Europea (TUE)¹⁵ buscaba integrar las materias de justicia e interior al régimen comunitario. Si bien el método intergubernamental se mantuvo presente en este ámbito la importancia de este tratado fue la de remitir para el tercer pilar los asuntos de justicia e interior y de integrar al marco comunitario las materias de asilo e inmigración. Pero ¿qué relevancia tiene esto? Para dar respuesta a esta pregunta analizaremos los principales avances que contiene este instrumento.

El Tratado de Maastricht creó una nueva organización, la UE, y reorganizó la estructura de las Comunidades europeas en tres pilares.

Los Estados miembros y las instituciones de la Comunidad Europea intentan ordenar y codificar las distintas formas y procedimientos para, de esta manera, sincerar la existencia de dos métodos de trabajo: el método comunitario y el método intergubernamental.

Si bien es en el Tratado de Ámsterdam donde por primera vez se emplea el término “espacio de libertad, seguridad y justicia”, el Tratado de Maastricht ya consideraba sus materias como parte de los objetivos de la UE¹⁶. Es así que los asuntos de justicia e interior, con el Tratado de Maastricht se consideraron de interés común para los Estados miembros, pasando a formar parte de un sistema de cooperación intergubernamental, que, a su vez, se enmarcaba dentro de la famosa estructura de pilares¹⁷.

¹⁵ También conocido por Tratado de Maastricht por haber sido firmado en dicha ciudad holandesa el 7 de febrero de 1992. Entró en vigor el 1 de noviembre de 1993.

¹⁶ Para justificar la afirmación anterior podemos mencionar algunos objetivos establecidos por el Artículo B del TUE tales como crear un espacio sin fronteras interiores, llevar a cabo una política exterior y de seguridad común y desarrollar una cooperación estrecha en el ámbito de la justicia y de los asuntos de interior.

¹⁷ Esta estructura de pilares introducida por el Tratado de Maastricht hace alusión a un templo griego con tres pilares, en donde cada pilar se identifica con ciertos temas dentro de la Unión Europea. El primer pilar –o “pilar comunitario” –estaba conformado por las comunidades europeas y sus materias se regían exclusivamente por un procedimiento comunitario en que las instituciones adquirirían mayor relevancia en cuanto a la toma de decisiones. El segundo pilar integraba la política exterior y seguridad común regulada en el Título V del TUE, y el tercer pilar se acompañaba por la cooperación en justicia y asuntos de interior, regulada en el Título VI del TUE. En los dos últimos

Respecto a las materias de asilo e inmigración, los Estados miembros optaron por introducirlas en el tercer pilar de cooperación en asuntos de justicia e interior¹⁸ y, por tanto, se regirían bajo el procedimiento de la cooperación intergubernamental. Sin embargo, las materias relacionadas con el sistema de visados fueron emplazadas en el primer pilar a través del artículo 100 C del Tratado de Maastricht, de esta forma se comunitarizó una parte de las materias de inmigración quedando el resto sometidas al método intergubernamental¹⁹.

En el Tratado de Maastricht se intentó organizar la cooperación intergubernamental a través de su clasificación en canales formales (Vestri, 2012, p. 703). Como señala Izquierdo (2000, p. 152), estos medios de cooperación intergubernamental pretendían ser más dinámicos que los tradicionales tratados internacionales, pero aun así estos últimos no pudieron ser desterrados.

Así, en el artículo K.3 se establecieron las tareas que podía ejercer el Consejo dentro de este marco de cooperación, cuyas funciones relacionadas con la inmigración eran, a iniciativa de cualquier Estado miembro o de la Comisión:

- *Adoptar posiciones comunes y fomentar toda forma de cooperación pertinente para la consecución de los objetivos de la Unión.* Con este mecanismo la UE podía definir su postura respecto a un tema en específico y los Estados miembros debían actuar de acuerdo a aquello. Es decir, el actuar de los Estados Miembros dentro del ámbito de la cooperación intergubernamental quedaba condicionado a la posición común dictaminada por la UE.

- *Adoptar acciones comunes, en la medida en que los objetivos de la Unión puedan alcanzarse más fácilmente por medio de una acción común que por la acción aislada de los Estados miembros en razón de las dimensiones o de los efectos de la acción de que se trate: el*

pilares imperaba la cooperación intergubernamental, tratándose de materias afectas directamente a la soberanía nacional y, por lo tanto, su tratamiento debía quedar reservado a la competencia estatal (Izquierdo, 2000, p. 149)

¹⁸ En el artículo K.1 del Tratado de Maastricht se enumeraban las materias de interés común para la realización de los fines de la Unión, específicamente relacionadas con la libre circulación de personas. Entre las materias que relativas a la inmigración y asilo se mencionan la política de asilo; las normas por las que se rigen el cruce de personas por las fronteras exteriores de los Estados miembros y la práctica de controles sobre esas personas; la política de inmigración y la política relativa a los nacionales de terceros Estados acerca de las condiciones de acceso al territorio de los Estados miembros y de circulación por el mismo de los nacionales de terceros Estados; las condiciones de estancia de los nacionales de los terceros Estados en el territorio de los Estados miembros, incluidos el acceso al empleo y la reagrupación familiar; y la lucha contra la inmigración, la estancia y el trabajo irregulares de nacionales de los terceros Estados en el territorio de los Estados miembros.

¹⁹ El TUE también contemplaba la posibilidad de comunitarizar ciertas materias señaladas en el artículo K.1, que estaban bajo la competencia de los Estados miembros lo que se podía realizar a través del artículo K.9. Este artículo, a su vez, se remitía al mecanismo precisado en el artículo 100 C del TCE. Esta forma de comunitarización fue llamada vulgarmente como “pasarela” y para su realización se requería previamente iniciativa de la Comisión o de un Estado miembro, y luego, la unanimidad del Consejo de Ministros. Pero dicha norma no se aplicó en la práctica.

Consejo podrá decidir que las medidas de aplicación de una acción común sean aprobadas por mayoría cualificada. Aplicando el principio de subsidiaridad, este artículo establecía que el Consejo podría ejercer una competencia en específico respecto a alguna de las materias señaladas en el artículo K.1, siempre y cuando se considere que, con este actuar conjunto, los objetivos de la UE se pueden alcanzar más fácilmente que el actuar de cada Estado miembro de manera separada, en razón de las dimensiones o de los efectos de la acción de que se trate.

- *Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 220 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, celebrar convenios recomendando su adopción a los Estados miembros según sus respectivas normas constitucionales.* En este punto el TUE hacía referencia a los convenios internacionales que celebra cada Estado de acuerdo a las normas de derecho internacional, pero incorporando en la celebración de los mismos a las instituciones comunitarias.

El Tratado de Maastricht intentó matizar el enfoque económico reinante en las Comunidades Europeas desde su origen. Así se reflejaba en el TUE al momento de señalar los objetivos de la UE en su artículo B:

La Unión tendrá los siguientes objetivos: promover un progreso económico y social equilibrado y sostenible, principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y social y el establecimiento de una unión económica y monetaria que implicará, en su momento, una moneda única, conforme a las disposiciones del presente Tratado.

Pero también es cierto que el objetivo de instaurar un mercado interior seguía influyendo fuertemente en todos los ámbitos del derecho de la UE, situación que no es de extrañar considerando que éste representaba el principal objetivo de todo este proceso histórico. Esto influyó directamente en el estatuto de los nacionales de terceros países que se encontraban dentro de la UE. Así, dentro del marco de cooperación intergubernamental del TUE, surgió la discusión de si éstos debían ser considerados dentro del derecho de libre circulación de personas o se debía crear un régimen especial para ellos. De manera simple, la discusión se resumía a si la libre circulación de personas ¿debía ser para todos o sólo para los nacionales de los Estados Miembros? Optar por la segunda posición hubiese sido absurdo ya que impedía totalmente la supresión de los controles fronterizos. Esta discusión cobraba bastante interés considerando que el Tratado de Maastricht innovó con la creación de la ciudadanía europea y el derecho de los ciudadanos europeos a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros del espacio Schengen. El estatuto de ciudadano europeo era otorgado a las personas que ostenten la

nacionalidad de un Estado miembro, por lo que, lógicamente, se excluyen directamente a los nacionales de terceros países.

2.1.8. *El Tratado de Ámsterdam y la instauración de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia como objetivo de la Unión*

El Tratado de Ámsterdam, firmado el 2 de octubre de 1997 y vigente desde el 1 de mayo de 1999, dio lugar a una reestructuración de la nueva UE a través de la revisión y reforma del derecho originario sin modificar la estructura de pilares.

En este trabajo, nos enfocaremos en las reformas que dieron una nueva dirección a la regulación de los asuntos de justicia e interior, dentro de los cuales se contempla las materias de inmigración, asilo y otras que influyen en el estatuto de los nacionales de terceros países. Para tal, nos guiaremos por el esquema propuesto por Araceli Mangas, quien señala que las operaciones jurídicas por las que se reformula la cooperación en asuntos de justicia e interior son la inclusión dentro de los objetivos propios de la UE de la mantención y desarrollo de un espacio de libertad, seguridad y justicia; la comunitarización parcial de los asuntos de justicia e interior a través del Título IV del TCE; el espacio de libertad, seguridad y justicia como un objetivo “transpilar”; y la inclusión material del acervo de Schengen en el primer pilar.

Sin duda que la mayor reforma realizada por este Tratado fue la inclusión del ELSJ como un objetivo de la UE²⁰, lo cual no se reduce solamente a la inclusión de un nuevo concepto, sino que desde ahora en adelante los asuntos relacionados con la constitución de un espacio de libre circulación de personas sería asumida por la UE directamente²¹.

La comunitarización parcial de los asuntos de justicia e interior se realizó a través un nuevo Título IV (“Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”, artículos 73 I al 73 Q) en el que, tal como dice su nombre, se regulan materias

²⁰ Mediante una reforma al TUE, el Tratado de Ámsterdam agrega al artículo 2 (antiguo artículo B del TUE) como objetivo de la UE: *Mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia.*

²¹ El artículo B del TUE señalaba antes de la reforma que uno de los objetivos de la Unión Europea sería “desarrollar una cooperación estrecha en el ámbito de la justicia y de los asuntos de interior”. Al respecto, Cristina Izquierdo Sanz señala que: *Por primera vez, la Unión Europea, asume ahora el objetivo de la libre circulación de personas como propio, a diferencia del régimen hasta el momento dispuesto por el TUE (...). Se produjo una evolución, que revela el apoyo decidido y definitivo de la Unión a la adopción de todas las medidas necesarias para la consecución de la libre circulación de personas* (Izquierdo, 2000, p. 155).

destinadas a la realización de la libre circulación de personas como objetivo comunitario. Las materias de libre circulación de personas, asilo e inmigración serían competencias del Consejo de acuerdo a los procedimientos establecidos en el mismo Tratado.

En virtud de lo anterior, se estableció un plazo de cinco años, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, para que el Consejo adoptara medidas destinadas a garantizar la libre circulación de personas. Pero, como veremos, esa regulación fue insuficiente para garantizar este principio, pues no abarcaba a todas las “personas”. En primer lugar, debemos considerar que, como lo señalaba el artículo 62.1 del TCE, la libre circulación de personas debería garantizarse tanto para los nacionales de los Estados miembros como los nacionales de terceros países. Sin embargo, el artículo 63 en su último párrafo establecía que las medidas relacionadas a la libre circulación de nacionales de terceros países no estarían sometidas al plazo de cinco años referido²². Según Cristina Izquierdo estas excepciones revelan que la libre circulación de personas de terceros países dentro del espacio de la UE no era un objetivo inmediato (Izquierdo, 2000, p. 160). Por lo tanto, a pesar de que la UE adoptó como propio el objetivo de garantizar la libre circulación de personas, no se lo satisfizo para todas las personas.

Que el ELSJ sea un objetivo “transpilar” significa que su “consecución debe atender a un doble régimen jurídico, comunitario e intergubernamental” (Mangas y Liñán, 2010, p. 93). No todas las materias relacionadas con los asuntos para construir el ELSJ quedaron sometidas a los procedimientos señalados en el pilar comunitario. El tercer pilar siguió vigente, pero desgarrado de casi todas las materias que pertenecían a la antigua “cooperación en asuntos de justicia e interior”, excepto aquellas materias todavía consideradas como competencia única y exclusiva de cada Estado miembro, como lo son la “cooperación policial y judicial en materia penal”²³ que siguieron perteneciendo al tercer pilar, el cual pasó a llamarse de la misma forma. Pero el método intergubernamental presente en el reformado Título VI del TUE distaba mucho del que conocimos en el Tratado de Maastricht. Básicamente, con el Tratado de Ámsterdam se otorgó

²² Las medidas excluidas del plazo de 5 años, según el artículo 63 último párrafo del TCE correspondían a las siguientes: 1) Artículo 63.2.b) relativo al fomento del esfuerzo equitativo entre los Estados miembros en la acogida de refugiados y personas desplazadas; 2) artículo 63.3.a) relativo a las condiciones de entrada y de residencia, y normas sobre procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar; y 3) artículo 63.4 referido a las condiciones que deben cumplir los nacionales de terceros países para poder residir dentro de algún Estado miembro de la Unión Europea

²³ Según el Título VI del TUE, la cooperación policial y judicial en materia penal se conformaba por las siguientes materias: cooperación judicial en materia penal, cooperación policial, lucha contra el racismo y la xenofobia, lucha contra la droga y el tráfico de armas, lucha contra la delincuencia organizada, lucha contra el terrorismo, lucha contra los delitos contra menores y el tráfico de seres humanos. Como se puede apreciar, todas estas materias apuntan al fin de garantizar la seguridad dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia.

mayor participación a las instituciones comunitarias en el procedimiento intergubernamental, haciendo más relevante su papel, tanto en producción normativa como en competencias jurisdiccionales²⁴.

En cuanto a la inclusión material del acervo de Schengen dentro de la UE podemos indicar que ha evolucionado en forma paralela al proceso de integración europeo, de acuerdo a procedimientos de carácter intergubernamental que se ciñen netamente a las normas generales del derecho internacional público. Para entender su significad e influencia en las materias de libre circulación de personas, inmigración y la construcción del ELSJ, estudiaremos sus principales puntos de interés haciendo referencia a su origen, evolución y contenido.

2.1.9. *El Acervo de Schengen desde su origen hasta su integración en la estructura de la Unión Europea*

El Acervo de Schengen está formado por el Acuerdo de Schengen, el Convenio de Schengen, la normativa adoptada sobre la base de ambos textos (que son las declaraciones y decisiones emanados y aprobados por el Comité Ejecutivo del Espacio de Schengen) y los acuerdos conexos.

Actualmente el Acervo de Schengen rige para todos los Estados miembros de la UE, a excepción de Bulgaria, Chipre Rumania, Irlanda y Reino Unido. La situación de estos últimos dos países es especial ya que si bien no adhieren a Schengen, pueden participar de alguna de sus medidas si así lo decidieran. También está la situación de Dinamarca, país que se encuentra adherido a Schengen, pero con la particularidad de que puede formular reservas o derechamente no aplicar ciertas disposiciones. Por lo demás, este cuerpo normativo es igualmente aplicado a Estados que no son miembros de la UE, a saber, Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza²⁵.

El Tratado de Ámsterdam contiene un protocolo anexo que regula la adherencia del acervo de Schengen. La inclusión de Schengen en la UE se produjo tanto a nivel jurídico como institucional en donde el Consejo pasa a tomar el lugar que tenía el Comité Ejecutivo de Schengen y la Secretaria de Schengen el lugar de la Secretaría General del Consejo.

²⁴ El Parlamento Europeo y la Comisión participaron más activamente en la producción de normas, el primero en el procedimiento de consulta y el segundo en la iniciativa normativa. El Tribunal de Justicia puede conocer de ciertas materias que se contemplan en el tercer pilar.

²⁵ Respecto a Suiza, el 9 de febrero de 2014 se convocó a un referéndum en el cual la mayoría de sus ciudadanos votaron en contra de la libre circulación de personas, aprobando el establecimiento de cuotas de entrada a los nacionales de otros Estados europeos.

Debido a las constantes trabas que existían para el comercio en relación a los engorrosos trámites aduaneros al cruzar de país en país, el 13 de julio de 1984 fue firmado el acuerdo Sarrebruck, entre Francia y la República Federal Alemana, que buscaba reducir paulatinamente los controles respecto de las personas y mercancías entre sus fronteras aunque ya desde mucho antes existía el principio de libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, originado a partir del Tratado Constitutivo de la Unión Económica del BENELUX (compuesto por Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo) que entró en vigor el 1 de noviembre de 1960.

El Acuerdo de Schengen fue suscrito el 14 de junio de 1985 en el pueblo del mismo nombre localizado en Luxemburgo y los Estados suscriptores fueron los pertenecientes al BENELUX, además de Francia y Alemania.

El objetivo principal de este acuerdo fue la unificación de los criterios generales en materia de visados de los Estados miembros, poniendo énfasis en el aspecto judicial y administrativo. Por esta vía, los Estados involucrados buscaban lograr la creación de un régimen de ingreso territorial que sea aplicable para todos, uniformando criterios y métodos migratorios. Otro de los objetivos era la posterior entrada de la política de libre circulación de personas, obviamente dentro del espacio territorial perteneciente a los Estados miembros.

Los cinco Estados que firmaron el Acuerdo de Schengen suscribieron el 19 de junio de 1990 el Convenio de Schengen, que entró en vigencia en 1995, que buscaba demarcar las condiciones de aplicación y las garantías del principio de la libre circulación, complementando el Acuerdo de Schengen, teniendo en cuenta que éste solo contemplaba cuatro artículos relativos a la apertura de fronteras o de la colaboración judicial.

Respecto al cruce de fronteras interiores, el Acuerdo de Schengen establecía la eliminación de los controles fronterizos. Esto no significa que estemos frente a una eliminación de las fronteras político-jurídicas sino solamente de una supresión del control ejercido en éstas, por lo que las competencias, soberanía y demás poderes de cada Estado en particular se mantienen intactas. Excepcionalmente, es posible suspender transitoriamente la aplicación del Acuerdo a través de su artículo 29²⁶, como en el caso de que se celebre algún acto de gran convocatoria, o que

²⁶ A raíz de la crisis de refugiados entre los años 2015 y 2016, Alemania, Austria, Noruega, Suecia y Dinamarca reintrodujeron temporalmente los controles fronterizos atendido a que dicha situación ponía en riesgo el funcionamiento global del Espacio Schengen. Los documentos jurídicos en que la UE autoriza lo anterior son: i) Decisión de Ejecución (UE) 2016/894 del Consejo, de 12 de mayo de 2016, por la que se establece una Recomendación de realización de controles temporales en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales que pongan en peligro el funcionamiento global del espacio Schengen, publicado en el Diario Oficial de la UE número L 151 de 8 de junio de 2016; ii) Decisión de Ejecución (UE) 2016/1989 del Consejo, de 11 de noviembre de

conlleve la participación de personas públicas ya sean políticas, o del ámbito artístico, deportivo, entre otras.

En cuanto al cruce de fronteras exteriores, este debe realizarse a través de los pasos fronterizos habilitados y durante las horas de apertura establecidas, en donde se efectúan controles tanto a personas, vehículos y objetos. Respecto del control se debe realizar una revisión documentaria de los que se disponen a cruzar la frontera, detectar e investigar cualquier tipo de posible infracción, además de significar un método de prevención en cuanto a las amenazas del orden público y la seguridad nacional respecto de los Estados parte. En el mismo sentido, también se establecen controles móviles. Por medio de estas unidades se vigilan los espacios que se constituyen como fronteras exteriores las que se sitúan en los pasos fronterizos fuera de las horas normales de apertura. Este mecanismo de control tiene un carácter disuasivo dirigido a personas que no se encuentren autorizadas para cruzar la frontera, o aquellas que buscan eludir el control del paso fronterizo.

Para la estancia y circulación al interior del espacio Schengen, el Acuerdo de Schengen establece una política común de visados. En el artículo 6, se indican las condiciones de entrada para los nacionales de terceros países en las cuales se establecen condiciones de entrada comunes para nacionales de terceros países. El visado resulta ser la autorización de un Estado mediante un documento considerado como válido para poder concretar el cruce de alguna frontera, como por ejemplo, el pasaporte. Esta documentación permite al individuo que la posea utilizarlo para la solicitud de entrada a un Estado miembro, el que a su vez podrá investigar las razones del viaje o la prolongación de la estadía, exigencias que sumadas con otras permitirían dilucidar las reales intenciones de quienes presentan aquella solicitud. Existen visados de tres tipos, los primeros son aquellos que son de corta duración (inferiores a tres meses de estadía), los segundos son aquellos de larga duración, las cuales son expedidos por cada uno de los Estados que son parte, y finalmente encontramos aquellos de validez territorial limitada que son utilizadas para

2016, por la que se establece una recomendación para prorrogar la realización de controles temporales en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales que pongan en peligro el funcionamiento global del espacio Schengen, publicado en el Diario Oficial de la UE número L 306 de 15 de noviembre de 2016; iii) Decisión de Ejecución (UE) 2017/246 del Consejo, de 7 de febrero de 2017, por la que se establece una Recomendación para prorrogar la realización de controles temporales en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales que pongan en peligro el funcionamiento global del espacio Schengen, publicado en el Diario Oficial número L 36 de 11 de febrero de 2017; iv) Decisión de Ejecución (UE) 2017/818 del Consejo, de 11 de mayo de 2017, por la que se establece una Recomendación para prorrogar la realización de controles temporales en las fronteras interiores en circunstancias excepcionales que pongan en peligro el funcionamiento global del espacio Schengen, publicado en el Diario Oficial número L 122 de 13 de mayo de 2017.

situaciones especiales en que básicamente se permite la estancia exclusiva respecto de un Estado miembro, lo que se traduce en que tanto la entrada como la salida del individuo debe realizarse a través de aquel Estado. Tanto la estadía como la circulación pueden realizarse sin visado o con visado en el caso de ser exigible, o también puede ser con permiso de residencia respecto de un Estado parte. Desde 15 de junio de 2001, luego de promulgarse el Reglamento 1091/01²⁷, por parte del Consejo de la Unión, se empieza a expedir un visado especial llamado “D + C” que permite dar validez al mismo visado como una residencia en frente del país que lo expide, reconociéndose a su vez como un visado de corta duración para el resto de los Estados.

El título cuarto del Convenio de Aplicación de Schengen desde los artículos 92 al 119, se refiere al Sistema de Información de Schengen (“SIS”). Mediante el SIS las autoridades que sean designadas por los Estados parte podrán consultar a través de este sistema automatizado, el cual contiene información sobre personas y objetos, en el momento en que se lleve a cabo algún control de frontera o dentro de algún país.

La finalidad de este sistema es preservar el orden y la seguridad pública, además de velar por la efectiva aplicación de este Convenio en relación a la circulación de personas por los Estados contratantes. En el artículo 101 se establece que los datos solo serán de uso exclusivo para controles fronterizos y otras comprobaciones de policía y aduanas ejecutadas dentro de algún Estado parte. Por lo demás, la información puede ser de utilidad para las autoridades competentes en casos de expedición de visados, examen de solicitudes de visado, para la expedición de permisos de residencia y la administración migratoria dentro del marco del presente Protocolo. Cabe tener en consideración que el acceso a este tipo de datos se rige por el derecho imperante en cada una de las partes contratantes.

El capítulo 3 del título cuarto hace referencia a la protección de los datos de carácter personal y seguridad de los datos en el marco del Sistema de Información de Schengen contemplando una variada gama de cuidados respecto de la información almacenada en el “SIS”. El Protocolo establece que los datos solo podrán ser duplicados con fines técnicos y que solamente puede se excepcionar en cuanto a que verdaderamente exista algún peligro de carácter grave e inminente que ponga en riesgo la seguridad pública. Se restringe además, su utilización con fines administrativos. Cada uno de los Estados debe adoptar las medidas que correspondan con el fin

²⁷ Reglamento (CE) N° 1091/2001 del Consejo de 28 de mayo de 2001 relativo a la libre circulación con visado para estancias de larga duración, publicado en el Diario Oficial de las comunidades europeas n° L 150 de 06 de junio de 2001 p. 4 - 5.

de que el Sistema de Información de Schengen funcione de manera óptima siempre resguardando los derechos de terceros que puedan verse afectados.

El Título quinto del Protocolo de Aplicación en estudio establece un Comité Ejecutivo, órgano de carácter administrativo encargado de supervisar el cumplimiento del Convenio de Schengen. Cada uno de los Estados parte tiene derecho a un cupo dentro del Comité.

En el estudio del Convenio de Aplicación del Sistema Schengen no debemos dejar de lado las disposiciones finales que se contienen en su Título octavo debido a su relevancia al momento de aplicar su texto. En efecto, estas disposiciones señalan que lo prescrito según este Convenio será únicamente aplicable siempre que sea compatible con el Derecho de la Unión. También resulta menester mencionar que el presente cuerpo legal debe aplicarse sin perjuicio de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 referente al Estatuto de los Refugiados, posteriormente modificada por el Protocolo de Nueva York del 31 de enero de 1967.

Ningún Estado parte podrá convenir con uno o más Estados acuerdos que signifiquen la simplificación o supresión de controles de fronteras, sin que haya mediado anteriormente un acuerdo proveniente del resto de las partes contratantes y sin que a su vez se traduzca en el detrimento del Derecho de los Estados miembros para suscribir en común tales acuerdos.

Respecto al Comité Ejecutivo podemos mencionar que es un órgano de carácter intergubernamental que adoptaba acuerdos unánimemente y podía hacerse ayudar por otros órganos del tipo auxiliar.

El Comité Ejecutivo aprobó numerosas disposiciones que abarcaban las políticas de visados e inmigración irregular, el cruce de fronteras exteriores, incluyendo también temas relacionados con la cooperación de orden judicial y policial respecto del área penal. Entre ellas, el “Manual Común sobre Fronteras Exteriores” que trataba las condiciones de entrada en el territorio de las partes contratantes y el control fronterizo; la “Instrucción consular común” que contiene instrucciones que han de ser obedecidas por las autoridades encargadas de los controles en las fronteras exteriores y también respecto de aquellas autoridades especializadas en el proceso de expedición de visados.

La operación para incorporar el acervo de Schengen a los Tratados no resultaba fácil de realizar. En este sentido, “los acuerdos que componen el marco de Schengen se han integrado tras el Tratado de Ámsterdam en la Unión Europea, dividiéndose entre el pilar comunitario y extracomunitario, según donde correspondiera regular la materia” (Fernández, 2004, p. 8). La

primera consecuencia de esta incorporación fue que, en principio, todos los Estados miembros asumen ya el contenido de Schengen, cuya finalidad era la eliminación de los controles en las fronteras interiores, reforzando en consecuencia los controles en las fronteras exteriores. El Tratado de Ámsterdam institucionalizó las “cooperaciones reforzadas” y el Protocolo número 2 integró jurídicamente el acervo de Schengen a los tratados fundacionales.

Como ya lo mencionamos la incorporación de Schengen pasó por muchas dificultades. Una de ellas fue la participación asimétrica de Estados. Mediante el Protocolo, se dio un enfoque basado en la “cooperación reforzada” respecto de los Estados miembros, además de crear en él un tratamiento diferenciado para aquellos países que no estaban completa o parcialmente de acuerdo con el método comunitario. Un sector doctrinal consideraba al sistema creado por los Acuerdos de Schengen como un laboratorio jurídico, experimental, que actuó precursor de lo que después constituyó la comunitarización de parte del acervo Schengen en el Tratado de Ámsterdam (Olesti, 2012, p. 50).

Araceli Mangas, al comentar el Protocolo número 2, señala que:

Como excepción al régimen general de cooperación reforzada, establecía que a efectos de futuras ampliaciones, el acervo de Schengen debía considerarse en su totalidad acervo de la Unión y debía ser aceptado por los nuevos Estados, como así ha sido con las dos ampliaciones de 2005 y 2007 (Mangas y Liñán, 2010, p. 116).

Con esto se demuestra el interés para que se consiga mayor cohesión entre los Estados signatarios y aquellos que no forman parte del Sistema Schengen.

La incorporación material de las disposiciones que contiene el acervo Schengen se realizó en dos operaciones del Consejo²⁸: la primera fue la identificación del acervo de Schengen y la segunda la determinación de la base jurídica dentro del ELSJ de las medidas, esto es, cuáles áreas correspondían al Tratado de la Comunidad Europea (Título IV) y cuáles al Tratado de la Unión Europea (Título VI) (Mangas y Liñán, 2010, p. 115).

Respecto al Espacio Schengen podemos definirlo como el espacio físico conformado por los países que firmaron y ratificaron el Acuerdo de Schengen. Este espacio congrega a los Estados que son parte de la Unión Europea, a excepción de Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza.

²⁸ Esta incorporación se materializó en la Decisión 1999/435/CE del Consejo, de 20 de mayo de 1999, sobre la definición del acervo de Schengen a efectos de determinar, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen dicho acervo (DO L 176, de 10 de julio de 1999, pp. 1-16), y la Decisión 1999/436/CE del Consejo de 20 de mayo de 1999, por la que se determina, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen el acervo de Schengen (DO L 176, de 10 de julio de 1999, pp.17-30).

No todos los miembros de la Unión Europea son parte del Espacio de Schengen: algunos por no cumplir con los requisitos para entrar a formar parte del espacio (Bulgaria, Chipre y Rumanía) y otros por no querer adherir al no estar de acuerdo con la supresión de control en las fronteras interiores también llamado como “opt-out” (Irlanda y Reino Unido). Dinamarca, a su vez, pese a que es signataria del Convenio de Schengen, tiene la libertad de escoger entre hacer aplicación de nuevas medidas o no que surjan al alero de dicho Convenio, basándose en el título quinto del Tratado Constitutivo de la Unión Europea (cláusula “opt-in”). La decisión de aplicar incluso se contempla para situaciones que involucren alguna medida que constituya parte del desarrollo del Acuerdo de Schengen. Ahora bien, esto no quita que dicho Estado se encuentre vinculado a algunas de las normas relativas a la política común de visados.

Las medidas de cooperación y coordinación están enfocadas a asegurar un ambiente seguro dentro del territorio de los Estados miembros. Autoridades carácter policial y judicial contribuyen en esta tarea, que a su vez tenía como fin el combate del crimen organizado. Es relevante señalar que la cooperación Schengen abarca un radio mayor, en el sentido en que todos los Estados miembros de la UE, ya sean miembros o no del espacio Schengen, participan en la realización de propósito, incluso contando con el apoyo de terceros Estados.

2.1.10. *Entre el Tratado de Ámsterdam y el Tratado de Lisboa*

Como señalado anteriormente, el Tratado de Ámsterdam reforma la estructura de pilares de la UE radicando en el primer pilar las materias relativas a los visados, migración y asilo.

En cuanto a la inmigración, el Tratado de Ámsterdam resultó trascendental para el futuro tratamiento que tendrían estas materias. Primero, la integración del acervo de Schengen a la UE pasa a regular de manera directa la libre circulación de personas. Segundo, el otorgamiento de competencias a las instituciones europeas para pronunciarse y decidir respecto de materias de inmigración a través del método comunitario.

Sin perjuicio de lo anterior, el desarrollo de reglamentos, directivas y decisiones fue más bien tímido, pues el Consejo de la UE para legislar sobre estas materias necesitaba unanimidad de votos por lo que resultaba muy difícil que surgieran instrumentos que impusieran verdaderas obligaciones a los Estados miembros sin que éstos ejercieran su derecho a veto.

El Consejo de la UE, a través de la Decisión 2004/927/CE, de 22 de diciembre de 2004, estableció que las materias de inmigración ilegal y derecho de asilo²⁹ serían sometidas al procedimiento de codecisión regulado en el artículo 251 del TCE, en donde el Consejo dejaba de ser el único legislador para compartir dicha tarea con el Parlamento Europeo, además se elimina la unanimidad en el seno del Consejo y se la sustituye por la mayoría cualificada³⁰, haciendo más flexible el proceso de gestación de normativa comunitaria. Sin embargo, las materias de inmigración legal seguirían siendo decididas en el Consejo mediante la unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo³¹ manteniendo la rigidez y dificultad para aprobar actos vinculantes.

La estructura de la UE concebida en el Tratado de Ámsterdam recibió muchas críticas, sobre todo por conservar los engorrosos “pilares comunitarios” nacidos en Maastricht, lo que complicaba la toma de medidas para el avance de la construcción comunitaria europea. Así, ante la falta de concreción de medidas para alcanzar los objetivos impuestos en Ámsterdam y sobre todo respecto de la construcción del ELSJ, el Consejo Europeo y la Comisión, tomando conciencia de esta situación, se vieron en la obligación de manifestarse.

Dado este panorama se elaboraron dos documentos destinados a concretar el ELSJ a través de directrices y objetivos específicos, que se referían de una manera más clara y concreta respecto de la política que debía adoptar la UE en los asuntos de inmigración y asilo.

El primero fue el Plan de Acción de Viena (1999/C19/01,1999), elaborado por el Consejo y la Comisión el 3 de diciembre de 1998, que tenía como objetivo señalar la forma en que se debían aplicar las normas del Tratado de Ámsterdam para la concreción del ELSJ dentro del plazo de cinco años. Partiendo de la base de los Títulos IV del TCE y VI del TUE y, asimismo, del Acervo de Schengen, el Plan de Acción de Viena logra, en cierta medida, determinar con mayor precisión los objetivos contenidos en dichos tratados luego de sus reformas. En efecto, se

²⁹ El artículo 1 de la Decisión 2004/927/CE, de 22 de diciembre de 2004, se refería específicamente a las materias indicadas en el punto 1, en la letra A del punto 2 y en el punto 3 del artículo 62, así como también aquellas de la letra B del punto dos y en la letra B del punto 3 del artículo 63, todas del TCE.

³⁰ A consecuencia de aquello, el artículo 3 de la Decisión 2004/927/CE, de 22 de diciembre de 2004 ordena sustituir la expresión “por unanimidad” por “por mayoría cualificada” en los siguientes reglamentos: (1) Reglamento (CE) N° 789/2001 del Consejo, de 24 de abril de 2001, por el que el Consejo se reserva competencias de ejecución en relación con determinadas disposiciones detalladas y procedimientos prácticos de examen de solicitudes de visado; (2) Reglamento (CE) N° 790/2001 del Consejo, de 24 de abril de 2001, por el que el Consejo se reserva competencias de ejecución en relación con determinadas normas de desarrollo y procedimientos prácticos para la realización de controles y vigilancia en las fronteras.

³¹ El considerando 7 de la Decisión 2004/927/CE, de 22 de diciembre de 2004, se refería específicamente a las materias del TCE indicadas en la letra A del punto 3 y el punto 4 del artículo 63 del TCE.

desmenuza el concepto de ELSJ en sus tres componentes, explicando el significado de cada uno en base al Tratado de Ámsterdam y dejando en claro que las nociones de libertad, seguridad y justicia son dependientes entre sí:

La libertad pierde gran parte de su valor si no puede ejercerse en un medio seguro y con el respaldo total de un sistema de justicia en el que puedan confiar todos los ciudadanos y residentes de la Unión. Estos tres conceptos inseparables tienen un denominador común, las personas, y el pleno desarrollo de uno de ellos requiere el pleno desarrollo de los otros dos (Plan de Acción de Viena 1999/C19/01, 1999, p. 2).

En cuanto a las políticas de inmigración y asilo, el Plan de Acción de Viena reconoció las deficiencias existentes: la existencia de normas blandas sin efecto jurídicamente vinculante, como las resoluciones y recomendaciones, y la falta de sistemas de control adecuados eran los principales problemas que presentaban las medidas que se habían tomado, lo que obstaculizó la instauración de una política común en este ámbito. Según el Plan de Acción, a partir de los compromisos establecidos en el Tratado de Ámsterdam, dichos obstáculos deberían ser superados totalmente con la utilización de los instrumentos emanados del método comunitario.

En este documento se puede identificar la inclinación que en adelante tendrían las políticas relacionadas con el ELSJ: una preferencia en el desarrollo del ámbito de la seguridad por sobre los de libertad y justicia: “[a] menos que la libertad se ejerza en un espacio en el que las personas se sientan protegidas y seguras, es imposible disfrutar plenamente de los beneficios que se derivan de un espacio de libertad” (Plan de Acción de Viena 1999/C19/01, 1999, parte B 9). Lo anterior también incluyó las políticas de inmigración y asilo en donde se establecieron directrices que otorgaron el carácter de “prioridad especial” a las medidas destinadas a la “lucha contra la inmigración ilegal”. En efecto, el Plan de Acción señalaba:

Hay que dar prioridad especial a la lucha contra la inmigración ilegal, por un lado, y al mismo tiempo defender la integración y los derechos de los nacionales de terceros países que viven legalmente en la Unión y dar la protección necesaria a aquellos que la necesiten incluso en los casos en que no se ajusten plenamente a los criterios de la Convención de Ginebra (Plan de Acción de Viena 1999/C19/01, 1999, parte A 8).

De acuerdo al texto anteriormente citado, se podría pensar en principio que el Plan de Acción otorgaba igual prioridad a las medidas para combatir la inmigración ilegal como a las medidas destinadas a la integración y protección de nacionales de terceros países. Pero esto no fue así,

pues quedaron fuera de estas prioridades la integración y protección de una de las categorías de inmigrantes más vulnerable: los inmigrantes irregulares.

Otro documento de importancia trascendental fueron las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere de fecha 15 y 16 de octubre de 1999. Estas conclusiones al igual que el Plan de Acción de Viena, tuvieron como objetivo llevar a cabo en la práctica la transformación de la UE en un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

Este documento también es prueba fehaciente de la inclinación de UE a la seguridad:

Un balance de los resultados logrados en Tampere en lo concerniente a un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia pone más énfasis en la seguridad que en la libertad. El objetivo proclamado por los Quince de construir “una Europa abierta y segura” y la existencia de la dialéctica entre la tradición de Europa como tierra de asilo y la lucha contra la criminalidad internacional organizada, inclinó la balanza a favor de esta última dimensión (Fernández Rozas, 2004, p. 11).

Así las cosas, el Consejo Europeo de Tampere de 1999 señaló la necesidad de crear una política común sobre asilo e inmigración, pero siempre teniendo en cuenta “la necesidad de llevar a cabo un control coherente de las fronteras exteriores para poner fin a la inmigración ilegal y para luchar contra quienes la organizan y cometen delitos internacionales conexos”. De esta forma, el discurso descrito en las conclusiones dejó en evidencia la omnipresencia del concepto de seguridad en todos los ámbitos.

Las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere siguieron la misma dirección de lo señalado en el Plan de Acción de Viena en cuanto a la ausencia de directrices destinadas a la creación de medidas de protección e integración de los inmigrantes irregulares. Lo anterior se desprende del texto de las conclusiones que enfatizaron el desarrollo de un planteamiento común que garantizara la integración de los nacionales de terceros países, pero sólo limitado a aquellos que residan legalmente en la UE.

Por otro lado, el Consejo Europeo de Tampere demostró cierta preocupación respecto a las causas más profundas del origen de la inmigración tales como los problemas políticos, de derechos humanos y de desarrollo de los países y regiones de origen y tránsito. De esta forma, se dejó en claro la necesidad de hacer frente, a través de la cooperación con los países de origen, a los principales factores que originan la inmigración hacia la UE, entre los cuales se enumeran los siguientes:

Luchar contra la pobreza, mejorar las condiciones de vida y las posibilidades de trabajo, prevenir los conflictos, consolidar los Estados democráticos y garantizar el respeto de los derechos humanos, en particular los derechos de las minorías, de las mujeres y de los niños (Consejo Europeo de Tampere, 1999, punto 11).

En esta postura también encontramos las directrices que debía seguir la UE al momento de elaborar las medidas relacionadas con el retorno de personas a sus países de origen. En efecto, la técnica que ofrecía el Consejo Europeo de Tampere ponía énfasis en el fomento del retorno voluntario a través del desarrollo de la asistencia a los países de origen y tránsito. Bajo esta lógica se pensaba que, a través de la ayuda y mejora en la situación de los terceros países, sus nacionales abandonarían voluntariamente la UE.

Sin embargo, algunos autores han señalado que estas estrategias no eran tan creíbles, considerando que el presupuesto destinado a la cooperación y desarrollo por los Estados miembros de la UE se alejaba del 0,7% del PIB que recomendaba la ONU (Fernández Rozas, 2004, p. 12).

En cuanto a la gestión de los flujos migratorios, el Consejo Europeo hizo hincapié en el refuerzo de la cooperación entre los Estados miembros en el ámbito de los controles fronterizos exteriores, y propuso la creación de un control efectivo de las fronteras exteriores a través de personal preparado especialmente para dicha labor, tarea actualmente adjudicada a FRONTEX (Reglamento (CE) N° 2007/2004 del Consejo, 2004)³².

2.1.11. El intento de crear una Constitución para Europa y el tratamiento de las políticas de inmigración y asilo

El 29 de octubre de 2004 se firmó en Roma el “Tratado por el que se establece una Constitución para Europa” que pretendía dejar atrás el engorroso sistema de pilares y reorganizar la UE, bajo un solo texto.

³² Reglamento (CE) N° 2007/2004 del Consejo de 26 de octubre de 2004 por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea L 349 el 25 de noviembre de 2004, pp. 1-11. Este Reglamento ha sido modificado dos veces: 1) Reglamento (UE) N° 1168/2011 el cual mejora la gestión integrada de las fronteras exteriores de la Unión y refuerza la cooperación entre las autoridades nacionales de fronteras publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea número L 304 de 22 de noviembre de 2011; 2) Reglamento (UE) N ° 656/2014 el cual establece normas para la supervisión de las fronteras exteriores marítimas de la Unión en el marco de la cooperación operativa gestionada por Frontex publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea número L 189 de 27 junio de 2014.

Una de las más importantes modificaciones era la desaparición del sistema de pilares que simplificaría y haría más comprensible la estructura de la UE. Como consecuencia de lo anterior se elaboró un procedimiento de creación de instrumentos vinculantes que fuera más flexible y ágil que los anteriores procedimientos basados en el método comunitario o intergubernamental, según correspondiera. Es así que nació el llamado “procedimiento legislativo ordinario” destinado a la producción de “leyes” y “leyes marco” que remplazarían a los “reglamentos” y “directivas” respectivamente. Otro aspecto destacable era la inclusión de un capítulo en el cual se insertaba la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

En cuanto a políticas de inmigración y asilo, el Tratado Constitucional no tenía muchas novedades. Estas materias se regulaban dentro del capítulo dedicado al ELSJ (sección “Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración”) y eran las mismas del Título IV del TCE reformado en Ámsterdam, con la diferencia de que serían las leyes o leyes marco las encargadas de establecer dichas medidas. Sin perjuicio de lo anterior, por primera vez se establecía un marco para desarrollar la política común relativa a los asuntos de inmigración y asilo, priorizando el resguardo de la seguridad³³. Pero el proyecto constitucional fracasó debido a los resultados negativos de los referéndums realizados en Francia y Holanda.

2.1.12. *El Tratado de Lisboa y la desaparición de la estructura de pilares.*

Tras el fracaso del Tratado Constitucional, se dio inicio a un “periodo de reflexión” caracterizado por la búsqueda de una solución para que el proceso de integración europea no se entrapara.

Dentro de este periodo cabe destacar la labor del Comité de Acción para la Democracia Europea (también llamado “Grupo Amato” o “Grupo de Sabios”) que trabajó en un proyecto de reforma a la estructura de la UE sobre la base del fracasado Tratado Constitucional, rescatando la mayoría de sus planteamientos, pero desechando aquellos que dificultaron el consenso de los Estados miembros.

³³ Evidencia de ello eran las siguientes medidas: (a) los objetivos de control y vigilancia eficaz del cruce de personas en las fronteras exteriores y la instauración progresiva de un sistema integrado para su gestión (artículo III-265.1); (b) la inclusión, en la política de asilo, de una norma que facultaba al Consejo, a propuesta de la Comisión, a adoptar reglamentos o decisiones que establecieran medidas provisionales con el fin de ayudar a uno o varios Estados miembros en caso de repentina afluencia de nacionales de terceros países a sus territorios (artículo III-266.3) y (c) el artículo III-268 señalaba que en todas las materias de políticas de fronteras, asilo e inmigración se debería velar por el respeto al principio solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, el cual también se entiende en su aspecto financiero.

Este trabajo marcó la pauta para que el Consejo Europeo encargara a una Conferencia Intergubernamental la tarea de redactar un nuevo tratado, ya no con el carácter constitucionalista, sino solo reformista de los tratados ya existentes en la UE.

Acerca de este proceso Álvarez Rubio ha señalado:

En la búsqueda del obligado consenso interestatal se ha abandonado el concepto constitucional, y la técnica de derogación de todos los tratados vigentes (empleada en el Tratado por el que se instituía una Constitución para Europa) se ha reemplazado por la clásica vía de reforma de los tratados existentes, modificando, refundiendo y simplificando su contenido (Álvarez Rubio, 2008, p. 11).

Lo anterior dio origen a un proyecto de tratado de reforma presentado en octubre de 2007 ante el Consejo Europeo en Lisboa que recogía gran parte de las innovaciones del Tratado Constitucional. Dicho Tratado fue firmado en Lisboa el 13 de diciembre del 2007 y entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

Sin duda que una de las reformas más importantes que introdujo el Tratado de Lisboa³⁴, y que ya contemplaba el fallido Tratado Constitucional, fue la desaparición formal de la estructura de pilares ampliando así el método comunitario. En el Título V de dicho Tratado se sistematizaron las materias relativas al ELSJ, terminando así con la dispersión de estas materias entre el Título IV del TCE y el Título VI del TUE.

En consecuencia, se ampliaron las competencias de los organismos legislativos de la UE en las materias del ELSJ, lo que dio origen a un cuerpo normativo materializado en un número de actos vinculantes (reglamentos, directivas y decisiones) que, hasta la actualidad regulan las más variadas materias relacionadas con la libertad, seguridad y justicia.

El Tratado de Lisboa, con la idea de flexibilizar y agilizar la toma de decisiones, señaló que el procedimiento legislativo ordinario (es decir, aquel que se utilizará generalmente) que deberá seguir el Parlamento Europeo y el Consejo en la adopción de actos vinculantes debe ser el de la “codecisión” (artículo 294 TFUE) consistente en que el Parlamento Europeo y el Consejo

³⁴ Entre las principales reformas del Tratado de Lisboa podemos mencionar el otorgamiento de personalidad jurídica a la Unión (artículo 47, TUE) siendo esta última la sucesora jurídica de la antigua Comunidad Europea; el derecho de los Estados miembros de abandonar la Unión (artículo 50, TUE); el papel más relevante del Parlamento Europeo y parlamentos nacionales; la creación de la iniciativa ciudadana como posibilidad que tienen los ciudadanos de la Unión para pronunciarse directamente sobre la legislación europea (artículo 11.4 TUE y Artículo 24, párrafo primero, TFUE).

deciden conjuntamente, a través de mayoría cualificada, la adopción de un determinado acto, cuya propuesta por la Comisión Europea, única institución que tiene dicha facultad.

Por lo tanto, la anterior fórmula debe ser seguida por las instituciones de la UE competentes para la gestación de normas relativas a la inmigración (regular o irregular) y asilo³⁵.

³⁵ Como señalamos anteriormente, a las materias de inmigración ilegal y derecho de asilo ya se les aplicaba el método de la codecisión (Decisión del Consejo 2004/927/CE). Por lo tanto, lo novedoso del Tratado de Lisboa es la aplicación de la codecisión y la mayoría cualificada en materias de migración legal.

2.2. La Política Europea Común de Inmigración

Hasta ahora hemos dedicado la segunda parte de nuestro trabajo a explicar el surgimiento y consolidación del ELSJ poniendo especial énfasis en la evolución del tratamiento de las materias de inmigración, materias actualmente de competencia compartida.

Ahora bien, toda la regulación que recaiga sobre una determinada materia compondrá un sistema cuya conducción dependerá de los objetivos que se proponga la UE.

En esta sección nos abocaremos al análisis de la política común europea de inmigración enfocándonos en la inmigración irregular de nacionales de terceros países, refiriéndonos a las causas de su origen, los principales instrumentos que fijaron sus objetivos y cómo hoy se materializan tanto en el derecho originario como en el derecho derivado.

2.2.1. Necesidad de una política europea común de inmigración

En esta sección nos referiremos al principal problema que ha tenido la UE desde que se incluyó el acervo de Schengen al ELSJ, y que surge como contrapartida a la eliminación de las fronteras interiores, el control de las fronteras exteriores de los Estados miembros.

En el espacio Schengen existen fronteras interiores y fronteras exteriores. Las primeras corresponden al concepto común de frontera, es decir, aquella línea que separa un Estado de otro, o como lo señala la Real Academia Española (2014), es decir, el “confín de un Estado”. En cambio, el concepto de frontera exterior es más difícil de descifrar o encasillar. Según Quindimil López:

Solo en el momento en que se eliminan las fronteras interiores al compás del acervo Schengen, es cuando empieza a construirse una frontera exterior única sobre la base de las diversas fronteras nacionales de los Estados miembros cuyo trazo delimita sin solución de continuidad, un territorio comunitario de carácter funcional (Quindimil López, 2012, p. 59).

Lo anterior no significa que las fronteras interiores desaparezcan completamente del mapa, sino que simplemente desaparecen ciertas funciones que se ejercen en dichas fronteras.

De acuerdo a lo que señala Valle Gálvez la categorización de las fronteras en interiores y exteriores tiene un carácter funcional ya que no es más que una construcción artificial que persigue permitir la aplicación del Derecho de la UE y para garantizar el acceso y la libre circulación de personas dentro del espacio europeo (Valle Gálvez, 2003, p. 81).

Por lo tanto, los Estados miembros renuncian al control, seguridad y acceso de sus fronteras interiores, trasladándose dichas funciones a las fronteras exteriores. Cabe hacer presente que la gestión de las fronteras exteriores sigue perteneciendo a los Estados miembros, sin perjuicio de recibir una importante colaboración por parte de la UE.

El nuevo escenario que significó la existencia de un sistema uniforme de control de las fronteras exteriores enfrentó a los Estados miembros a un cambio de paradigma en la forma de tratar el asunto migratorio. Aumentó la sensibilidad respecto al tema y puso en jaque la capacidad de los Estados miembros para controlar las fronteras exteriores de manera individual.

Los Estados miembros que coinciden con las fronteras exteriores naturales de la UE conllevan una carga adicional. España, Italia, Grecia, entre otros, han sido naturalmente la puerta de entrada a la UE necesitando más apoyo de ésta, sobre todo en casos de llegada masiva de nacionales de terceros países. Francia y Alemania han planteado la suspensión del sistema Schengen en estos casos³⁶. Estas ideas que ponen en peligro el Espacio Schengen son consecuencia de la ausencia de una política común de inmigración integralmente armonizada.

2.2.2. La política común de inmigración para la Unión Europea. La consolidación de una idea y su confección material

Nuestro punto de partida para analizar las hojas de ruta para la consolidación de una política común de inmigración será el Tratado de Ámsterdam, cuando las materias de inmigración y asilo pasan a ser competencia compartida.

Sin perjuicio de lo anterior cabe referir que desde el Tratado de Maastricht el elemento político se posiciona por sobre el elemento económico, abriéndose las puertas para desarrollar una verdadera política de inmigración (Quintero Niño, 2011, p. 236).

La comunitarización de las materias de inmigración y su inclusión en el ELSJ obligan a las instituciones de la UE y a sus Estados miembros a darle un rumbo a los asuntos de inmigración y a establecer objetivos a nivel comunitario sobre la materia.

En 1998 el Plan de Acción de Viena realizó un diagnóstico respecto a las deficiencias de las políticas migratorias europeas: los efectos no vinculantes de ciertas medidas y la falta de sistemas de control adecuados impiden la articulación de una verdadera política común de

³⁶ Un ejemplo de aquello es lo que planteaba Alemania y Francia en el 2012 proponiendo la suspensión del Espacio Schengen y en consecuencia la restauración de los controles fronterizos nacionales en el caso de que alguno de los Estados miembros se vean enfrentados a una masiva llegada de inmigrantes (Pérez y Mora, El País, 2012).

migración. En 1999, con el Consejo Europeo de Tampere, por primera vez, se desarrolla un programa de una futura política migratoria.

2.2.3. *El Programa de Tampere*

Bajo el imperio del Tratado de Ámsterdam, el Programa de Tampere buscaba hacer realidad el ELSJ a través de la aplicación óptima de las herramientas ofrecidas por el Derecho originario en un plazo de cinco años. Las conclusiones de la presidencia del Consejo de Tampere son claras al establecer que las libertades logradas por el proceso de integración europeo no son de dominio exclusivo de los ciudadanos de la UE; que existe un problema respecto a la inmigración y que la génesis de dicho problema es la propia existencia de la UE y la urgencia de la creación de una política de inmigración integral, que no se base solamente en factores económicos, sino que incluya necesariamente factores políticos y sociales sobre la conciencia de que la UE es un foco natural de atracción migratoria. A esta forma de planteamiento se le ha llamado “enfoque global de la migración”.

La política de asilo y migración común propuesta se compone de cuatro ejes esenciales: (i) colaboración con países de origen, (ii) un sistema europeo común de asilo, (iii) trato justo de los nacionales de terceros países, y (iv) gestión de los flujos migratorios.

En el primer eje, se propone potenciar la colaboración con los países de origen y de tránsito. Como parte de la concientización respecto del problema migratorio, a través de la colaboración con países extracomunitarios en asuntos de inmigración se busca atacar directamente a los orígenes de la migración. ¿Por qué nacionales de terceros países desean ingresar a la UE? ¿Cuáles son las problemáticas que aquejan a esos países que provocan que muchos de sus nacionales abandonen su territorio? El factor político y social toma relevancia al responder estas preguntas. Asuntos que afectan a los países de origen y tránsito como la lucha contra la pobreza, mejoramiento de las condiciones de vida y las posibilidades de trabajo, prevenir los conflictos, consolidar los Estados democráticos y garantizar el respeto de los derechos humanos, son factores que si bien, son externos a la UE y que, en estricto rigor, no les compete a las instituciones europeas resolver, repercuten directamente en las decisiones de las personas de terceros países para abandonar su territorio y buscar nuevas oportunidades en los países desarrollados³⁷. Lo que se plantea es la complejidad del fenómeno migratorio, que depende

³⁷ Al respecto, la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de migración de 22 de noviembre de 2000, COM/2000/0757 final señalaba: *Al mismo tiempo que establece medidas tendientes a comprender y tratar de influir en las razones que causan la migración, la UE, en el futuro, deberá*

mucho del país de origen o de acogida de que se trate y la convicción de que aquél acarrea para los países de origen beneficios, como el envío de remesas, y problemas, por ejemplo, la fuga de cerebros o de fuerza laboral en los países de origen. Por lo tanto, la UE debe buscar el equilibrio y el beneficio propio, por ejemplo satisfaciendo las necesidades del mercado del trabajo, pero a la vez debe velar por no provocar efectos negativos en el desarrollo de los países de origen.

El segundo eje era la creación de un sistema común de asilo que incluyera un procedimiento de asilo común y un estatuto uniforme para las personas que se les concede asilo. ¿Qué sentido tendría un mosaico de sistemas de asilo bajo la existencia de un espacio libre de fronteras interiores? A la larga sería impracticable y contrario a la libertad de circulación de personas que un solicitante de asilo sólo pudiera solicitarlo a un Estado miembro sin poder abandonar dicho Estado durante la vigencia de su asilo. Sin perjuicio de lo anterior se acude a la importancia que se le debe otorgar al derecho de solicitar asilo y al principio de no devolución, dejando establecido que no puede existir un sistema común de asilo en la UE que no se base en la aplicación de la Convención de Ginebra.

El tercer eje se refiere al trato justo que se debe dar a los nacionales de terceros países dentro de la UE, con un enfoque particular en la lucha contra la discriminación y xenofobia. El programa es claro en establecer que las políticas de integración que debe desarrollar la UE solo tendrán alcance en aquellas personas que pertenezcan a la categoría de residentes legales del territorio de algún Estado miembro. Por lo tanto, se excluye a los inmigrantes irregulares de estas políticas lo cual se condice con el cuarto eje de Tampere que pone énfasis en la lucha contra la inmigración ilegal. Pero la UE solo se debe encaminar a desarrollar un trato justo con esta categoría de inmigrantes, que establezca derechos y obligaciones “comparables” a los de los ciudadanos de la UE, mas no iguales³⁸.

La lógica detrás de esta política de integración también queda más clara en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de migración (COM/2000/0757 final) al establecer que las medidas sobre integración buscan otorgar al inmigrante legal un marco de protección para que contribuya a la economía del país de acogida a

también examinar y adoptar una actitud responsable hacia los efectos de la emigración en los países de origen, teniendo en cuenta las muy diversas situaciones económicas, demográficas, sociales, políticas y de derechos humanos de cada país que ocasionan los flujos migratorios (COM 2000/757, p.7).

³⁸ Así lo establecen las conclusiones de la presidencia del Consejo de Tampere al señalar que: *El estatuto jurídico de los nacionales de terceros países debería aproximarse al de los nacionales de los Estados miembros. A una persona que haya residido legalmente en un Estado miembro durante un período de tiempo por determinar y que cuente con un permiso de residencia de larga duración, se le debería conceder en ese Estado miembro un conjunto de derechos de carácter uniforme lo más cercano posible al de los ciudadanos de la Unión (p. 4, punto 21).*

través de su trabajo realizando el carácter instrumental de la inmigración, a pesar que se atenúa al reconocer a la inmigración como un fenómeno pluridimensional con repercusiones legales, sociales y culturales. También, y al igual que en las políticas de la lucha contra la inmigración ilegal, se asocia a la inmigración con el crimen y la delincuencia al plantear que las políticas de integración son una forma de evitar dichos problemas sociales.

En cuarto lugar, Tampere considera que una política común de migración no sería tal sin una buena gestión de los flujos migratorios. En este punto radica la lucha contra la inmigración ilegal y es por eso que la UE le otorga especial atención.

Tal y como se estableció en el primer eje, la gestión de flujos migratorios no podría ser posible sin la colaboración estrecha con los países extracomunitarios de origen y de tránsito. Es así que dicha colaboración debía estar presente en todos los ámbitos de la lucha contra la inmigración ilegal, la cual, debía considerar factores políticos, de derechos humanos y de desarrollo.

Otro aspecto considerado para luchar contra la inmigración ilegal propuesto dice relación con los orígenes de ésta. Para el Consejo de Tampere era de especial relevancia centrar sus esfuerzos en combatir la trata de seres humanos y la explotación económica de los migrantes. Dicho esfuerzo se debía traducir en establecer, antes de finales del 2000, la legislación necesaria que impusiera fuertes sanciones para estos delitos, en la detección y desmantelamiento de las redes que se dedican a los mismos y en la especial atención que se debía otorgar a los derechos de las víctimas. Hilando más fino la Comunicación sobre una política comunitaria de migración reconoce que el fenómeno de la inmigración ilegal es complejo y, al momento de establecer políticas comunes en este ámbito, se debe considerar toda la cadena de situaciones que involucra el fenómeno de la inmigración irregular, desde que el nacional del tercer país emprende su viaje, considerando su trayecto, hasta su situación posterior a la entrada en el territorio comunitario europeo. La comunicación citada propuso en una primera fase influir en los motivos de las personas que abandonan sus países, los cuales son múltiples y complejos. Para ello se consideró necesario realizar campañas de información tanto en los países de origen y tránsito, como en la misma UE con el objeto de informar sobre las posibilidades tangibles de migración regular hacia la UE y, sobre todo, entregando información sobre los riesgos y peligros que significa entrar de manera irregular al territorio comunitario. Lo que se buscaba realmente era disuadir a los potenciales migrantes de entrar a la UE si no cumplían con los requisitos de entrada, los que, como sabemos, estaban basados en los beneficios que podría conseguir la UE con la migración,

al menos en el ámbito de la migración económica. Luego la Comunicación mencionada propuso que todas las demás fases de migración debían ser combatidas con medidas específicas, entre ellas, las medidas en los países de origen y de tránsito; la cooperación policial para poner en común los datos sobre las operaciones de tráfico que, por su naturaleza, son internacionales; las acciones en los puntos de entrada, incluido los controles fronterizos y las políticas de visado; la legislación contra los traficantes, la ayuda a las víctimas y su repatriación (Comunicación de la Comisión, Sobre una Política Comunitaria de Migración, COM 2000/757, p. 13).

Se propuso también reforzar los controles fronterizos a través de la cooperación y asistencia técnica mutua entre los servicios de control fronterizo de los Estados miembros. En Tampere ya se tenía conciencia de que, ante la incorporación del Acervo de Schengen a la UE y el constante crecimiento de este espacio de libre circulación de personas, se hacía necesario establecer un sistema de control de fronteras exteriores que fuera capaz y efectivo en su actuar. Es por eso que las conclusiones de la presidencia dieron luces de lo que sería la formación de la Agencia FRONTEX al establecer que para un control efectivo de las futuras fronteras exteriores de la UE se debía contar con profesionales especialmente preparados para tal objeto.

En conjunto con la lucha contra la trata de personas y el refuerzo del control de las fronteras exteriores, se propuso también el fomento y promoción del retorno voluntario. Esta tarea quizás ha sido una de las más difíciles y poco fructíferas en cumplir para la UE. Tampere señalaba que la UE debía asistir a los países de origen y de tránsito para promover el retorno voluntario y facilitar la readmisión. Lo anterior es posible llevarlo a cabo a través de acuerdos en donde, tanto la UE como los terceros países contraigan obligaciones recíprocas respecto a readmisión de personas. La Comunicación sobre una política comunitaria de migración establece que debe darse mayor prioridad a la repatriación voluntaria, pero es enfática al establecer que si aquella no se logra, no se debe dudar en aplicar medidas de repatriación forzosa a fin de garantizar la integridad de la política de inmigración europea pues se considera que la mayor amenaza de ésta sería la inmigración irregular.

La Comunicación de la Comisión relativa a un método abierto de coordinación de la política comunitaria en materia de inmigración (COM 2011/387) plantea tres directrices para abordar la gestión de los flujos migratorios, a saber, (i) elaborar un método global y coordinado de gestión de las migraciones a nivel nacional (directriz n° 1); (ii) mejorar la difusión de información sobre las posibilidades legales de entrada en la UE y las consecuencias de la utilización de vías

clandestinas (directriz n° 2) y (iii) reforzar la lucha contra la inmigración clandestina, las actividades de tráfico y la trata de seres humanos (directriz n° 3).

En esta materia, un instrumento de suma importancia en el desarrollo del Programa de Tampere fue el Plan Global de lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos de 2002³⁹. Realizado por instrucciones del Consejo Europeo de Laeken⁴⁰, este programa profundiza y especifica aún más los objetivos para el desarrollo de una política común en el ámbito de la inmigración irregular y la trata de seres humanos.

Este Plan Global identifica la influencia que tienen las medidas destinadas a luchar contra la inmigración irregular en el sistema de asilo que se definen por el concepto de equilibrio entre el derecho a conceder o rechazar la admisión de nacionales de terceros Estados y el deber de respetar el derecho de asilo. Por un lado, al aplicar las medidas para combatir la inmigración irregular existe un riesgo considerable que se vulnere el derecho de asilo de aquellas personas que necesitan protección internacional, y, por otro lado, existe el mismo riesgo respecto a personas que se acojan a los derechos propios del estatuto de refugiado sin serlo. En este sentido, el Plan Global consideró que las políticas de lucha contra la inmigración irregular ayudaban directamente a evitar que se produjeran abusos al sistema de asilo y, a su vez, a ofrecer con rapidez protección a los refugiados para evitar que recurrieran a entrar irregularmente al territorio comunitario.

En cuanto a las medidas y acciones que propuso este Plan Global podemos señalar que se dividían en políticas de visado; intercambio y análisis de información; medidas previas al cruce de fronteras; medidas de gestión de fronteras; políticas de readmisión y repatriación; el papel de europol en la lucha contra la inmigración irregular y, por último; las sanciones para los distintos ilícitos asociados a la inmigración irregular.

Resulta relevante destacar que este Plan Global profundizó la idea de atacar la inmigración irregular en todas sus fases o etapas, desde su origen. Este “principio de la cadena” quedó gráficamente plasmado en las propuestas contenidas en este documento y que estaban dirigidas a cada momento y forma de inmigración irregular existente, pero que se complementaban íntimamente. Por ejemplo, las políticas de visados son útiles para evitar la inmigración irregular que se produce al momento de que un nacional de un tercer país intente entrar a la UE por un

³⁹ Propuesta de Plan global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea n° C 142 de 14 de junio de 2002.

⁴⁰ Declaración de Laeken sobre el futuro de la Unión Europea. (15 de Diciembre de 2001). Laeken, Bélgica.

punto de acceso específico, pero no en los casos de personas que accedieron con un visado que posteriormente caduca, en este último caso se deberían aplicar las medidas de readmisión y repatriación, entre otras.

En el Plan Global, redactado tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, también se reafirmó la idea de fortalecer la seguridad en la gestión de fronteras. Desde entonces, la política migratoria es vista como una herramienta más en la lucha contra el terrorismo⁴¹, lo que explica las propuestas de medidas contenidas en el Plan para mejorar la gestión de fronteras⁴² y fortalecer la labor de EUROPOL⁴³ en la lucha contra la inmigración irregular.

No obstante el reconocimiento de la importancia de las propuestas contenidas en el Programa de Tampere, no se ha logrado, durante su periodo de aplicación, cumplir todos los ejes relativos a política de inmigración. Tal se explica, en gran parte, por la existencia de la unanimidad en la adopción de medidas, por lo que los actos vinculantes aprobados solo establecían mínimos basados en las legislaciones internas y las necesidades propias de los Estados miembros desvirtuándose de los objetivos establecidos en el Programa. Todavía imperaba la visión doméstica acerca de la migración, lo que naturalmente obstaba a la creación de una política común en la materia. Aquello impidió un progreso parejo entre los distintos ejes propuestos por el Programa de Tampere y, por ende, su condicionamiento a las políticas internas de cada Estado miembro.

Por ejemplo, el poco progreso logrado con el eje de integración de los inmigrantes se refleja en el contenido de las directivas adoptadas en esta materia, a saber, la Directiva sobre reagrupación familiar⁴⁴ y la Directiva relativa al estatuto de los nacionales de terceros países

⁴¹ En concreto, en su Título II, punto uno, se señala, por ejemplo, la tarea de una política de visados: “Al mismo tiempo que facilita la libre circulación de personas, la política de visados puede también contribuir perceptiblemente a la prevención de la inmigración ilegal y coadyuvar en la lucha contra el terrorismo”.

⁴² En concreto, se propuso una gestión de fronteras desde la perspectiva de un espacio común que a corto plazo debía poner en práctica un sistema de evaluación de riesgos, también se propuso reforzar los controles de fronteras marítimas, un plan de estudios y formación comunes destinado a los funcionarios de guardias de fronteras y cooperación y resultados en materia de control de fronteras por equipos conjuntos.

⁴³ En esta materia se estableció que a medio plazo se deberá “aplicar en su totalidad el artículo 30 del TUE, otorgando a Europol más amplias posibilidades de apoyo de la investigación por parte de los Estados miembros de redes de inmigración ilegal, incluida la trata de seres humanos, apoyo a los Estados Miembros, y participación, cuando sea posible y apropiado, en el cotejo e intercambio de información de los organismos de aplicación de leyes relativas a dichos casos” (Plan Global, 2002, p. 4).

⁴⁴ Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea n° L 251 de 03 de octubre de 2003.

residentes de larga duración⁴⁵. En el primer caso vemos que el objetivo de la Directiva sobre reagrupación familiar (proteger a la familia de los inmigrantes y respetar su vida familiar) dista mucho de ser cumplido pues solamente garantizaría el derecho a la reagrupación del cónyuge y los hijos menores de edad dejando a voluntad de los Estados miembros agregar otros familiares no contempladas en la Directiva como sería el caso de la reagrupación de los ascendientes en línea directa, los hijos mayores solteros, el miembro de la pareja no casada o registrada, el caso del matrimonio polígamo, entre otros casos (González, 2006, p.13). En el segundo caso, la Directiva relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración tenía como objetivo lograr la máxima aproximación de los derechos de estas personas a los derechos de los ciudadanos de la UE. Si bien esta Directiva establece una serie de derechos para los nacionales de terceros países que residan por más de cinco años en un Estado miembro, este último puede exigir, además de los requisitos establecidos en la directiva, otros requisitos de integración establecidos a través de leyes nacionales. Lo anterior abre la puerta a que las legislaciones nacionales establezcan requisitos adicionales de residencia más exigentes e impedir la libre circulación de los nacionales de terceros países residentes de larga duración en el territorio de la UE debido a que un segundo Estado miembro podría eventualmente exigir otros requisitos distintos a aquellos establecidos por el primero.

2.2.4. *El Programa de la Haya*

Sobre la base de la experiencia adquirida durante los cinco años de implementación de los objetivos de Tampere, el Programa de la Haya busca consolidar el ELSJ. El Programa de La Haya estaba influenciado por el contenido del fallido Tratado por el que se establece una Constitución para Europa del año 2004 estableciendo por ejemplo objetivos para garantizar los derechos fundamentales de las personas, pero a su vez, también instaurando de manera urgente los lineamientos para mejorar la seguridad en la UE debido a los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos y aquellos acaecidos en Madrid el 11 de marzo de 2004. Será este factor el preponderante en este Programa y, también por supuesto, en el futuro de la política migratoria europea como pasaremos a explicar en los siguientes párrafos.

⁴⁵ Directiva 2003/109/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea n° L 16 de 23 de enero de 2004.

El Programa de La Haya, a través de un Plan de Acción, estableció diez prioridades específicas para cumplir entre 2005 y 2009⁴⁶ cuyos objetivos eran más específicos y concretos que los establecidos en el periodo anterior, esto, según la Comisión, facilitaría su cumplimiento por cuanto se evitaría dispersar esfuerzos. Además, hay que considerar que a partir del 2005 se introdujo el procedimiento de codecisión y la toma de decisiones por mayoría cualificada a todas las medidas del Título IV del TCE a excepción de la migración legal, otorgando mayor agilidad en la adopción de estas medidas que la ofrecida por el sistema de unanimidad quitándoles el derecho a veto a los Estados miembros y otorgando mayores atribuciones al Parlamento Europeo.

La protección de los derechos fundamentales es una orientación general del Programa de La Haya para todos los ámbitos del ELSJ. Como ya señalamos, el Programa de La Haya está íntimamente ligado al Tratado Constitucional del 2004 que incorporaba la Carta de Derechos Fundamentales y preveía la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así, se hacía legal la obligación de respetar y promocionar activamente las garantías y derechos que contemplaban estos instrumentos internacionales en el ordenamiento jurídico de la UE, lo que incluía la política europea de migración.

A la vez, el Programa de La Haya se dedica de manera especial a la seguridad, con el objeto de hacer frente a la lucha contra el terrorismo, y se señala que: “La libertad, la justicia, el control en las fronteras exteriores, la seguridad y la prevención del terrorismo deberían en adelante considerarse indivisible en la UE en su conjunto” (Comunicación del Consejo “El Programa de La Haya: Consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea”, 2005, p. 2). En dicho programa se aprecia también la intención del Consejo de hacer trascender el concepto de seguridad a todos los ámbitos del ELSJ, incluyendo expresamente las políticas de migración ilegal:

La seguridad de la Unión Europea y de sus Estados miembros reviste actualmente mayor urgencia, en particular a la luz de los atentados terroristas cometidos en los Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001 y en Madrid el 11 de marzo de 2004. Los ciudadanos de Europa tienen la legítima expectativa de que la Unión Europea, al tiempo que garantiza el respeto de las libertades y derechos fundamentales, adopte una actitud común más eficaz ante los problemas transfronterizos como la migración ilegal, la trata y la introducción clandestina de seres humanos, el terrorismo y la

⁴⁶ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo - Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia (COM/2005/0184), Bruselas, Bélgica.

delincuencia organizada, así como respecto a su prevención. Particularmente en el ámbito de la seguridad, ha crecido la importancia de la coordinación y coherencia entre las dimensiones interna y externa, que debe propiciarse con firmeza (Comunicación del Consejo “El Programa de La Haya: Consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea”, 2005, p.1).

El texto recién citado pareciera hacer una enumeración de todos los “males” que ponen en riesgo el ELSJ, en los cuales se deben centrar los esfuerzos para combatirlos. Es llamativo que a estos males se les señale “problemas transfronterizos” sometiéndolos en una misma categoría: la migración irregular, la trata de seres humanos, el terrorismo y la delincuencia organizada. Resulta claro que en estos párrafos se criminaliza la migración irregular de nacionales de terceros países per se, sin identificar las distintas categorías de migrantes irregulares que existen, pero lo que resulta más interesante es la intención de realizar una asociación entre la migración irregular y la lucha contra el terrorismo.

Así las cosas, una de las diez prioridades de este programa relativa a la gestión de la migración estaba basada en una visión que intentaba armonizar distintos factores.

En primer lugar, se planteaba el objetivo de desarrollar una política migratoria que abarcara tanto materias de inmigración regular, como también materias de migración irregular. Respecto a la primera, el programa se inclinaba favorablemente a ésta, reconociendo su importancia para el desarrollo de la economía y la sociedad europea y estableció la necesidad de otorgar un estatuto de derechos que garantizara seguridad e integración a esta categoría de migrantes. Sin perjuicio de lo anterior, también se reconoce la necesidad de establecer un planteamiento común basado en un uso racional de la mano de obra migrante, pues se reconoce ya desde el Programa de Tampere el impacto que tiene el fenómeno migratorio en los países de origen y tránsito.

En segundo lugar, respecto de la migración irregular, este programa es más determinante en cuanto a establecer que este fenómeno es un mal que se debe evitar cumpliendo con los siguientes objetivos: (i) existencia de normas sobre procedimiento de retorno, (ii) agilización de la conclusión de acuerdos de readmisión, (iii) una mayor coordinación para luchar contra el contrabando y la trata de seres humanos, (iv) potenciar las relaciones con terceros países de origen y tránsito consistente en ayuda y cooperación. No obstante lo anterior, el Programa de La Haya al menos estableció un equilibrio claro respecto a cuáles son los límites de la lucha contra la migración irregular:

Sin embargo, el respeto de los derechos y la dignidad de los ciudadanos de terceros países, incluso de aquellos que se hallan en situación irregular en la Unión, debe seguir siendo siempre un principio rector de la política de la UE. Concretamente, el trato dado a las personas introducidas o que circulan en la UE de resultas de dicho tráfico debe respetar su situación concreta y las normas internacionales en materia de derechos (Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo - Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia, 2005, p. 9).

Otro aspecto importante que repercutió directamente en la migración irregular y de la tendencia a potenciar las políticas de seguridad fue la propuesta destinada a desarrollar una gestión integrada de las fronteras exteriores. Con la bandera de conseguir o alcanzar una UE más segura, se propuso varias medidas para fortalecer la vigilancia y el control en las fronteras exteriores. Entre ellas, el desarrollo de una política común de visados, el uso de las nuevas tecnologías tales como identificadores biométricos o implantación de bases de datos y sistemas de información. Pero, sin duda una de las más importantes, fue la creación de una Agencia destinada a vigilar y controlar efectivamente las fronteras exteriores. La Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación en las Fronteras Exteriores (o agencia Frontex) fue creada por el Reglamento (CE) N° 2007/2004 del Consejo, con el objeto de coordinar la cooperación de los Estados miembros de la UE en materia de fronteras exteriores toda vez que se consideraba que esta tarea no podía llevarse a cabo de manera óptima mediante los Estados actuando individualmente.

En conclusión, la política europea de migración propuesta por el Programa de La Haya contempla expresamente el pleno respeto de los derechos fundamentales en la adopción de cualquier medida o acto jurídico de la UE. Sin perjuicio de aquello, y como reacción a los atentados terroristas que afectaron a Estados Unidos y España, se tomó la bandera de la lucha contra el terrorismo, que alteró la agenda de la UE en cuanto al desarrollo del ELS, y en concreto, la política europea de migración, sobre todo lo relativo a la lucha contra la inmigración ilegal.

Este programa se proponía definir un planteamiento equilibrado en la gestión de los flujos migratorios, sin embargo consideramos que este objetivo pareciera cargarse más hacia la seguridad. Por una parte, se proponía ofrecer un estatuto jurídico favorable a los migrantes regulares que proteja sus derechos e integración para sacar el máximo provecho económico y

social a este fenómeno y, por otra parte, se proponían medidas más restrictivas contra el “mal” de la inmigración irregular a través de procedimientos de retorno más efectivos que incluían acuerdos de readmisión, refuerzo de la vigilancia y control de las fronteras exteriores. Además, en ambas políticas (migración regular e irregular) se proponía la existencia de un fluido dialogo de responsabilidad y cooperación entre los países de origen y tránsito y la UE que favoreciera, en principio, el desarrollo de ambas partes. Pero como veremos a lo largo del desarrollo del Programa de La Haya, el objetivo más importante y preponderante dentro de la política migratoria de la UE, siempre fue la “lucha contra la inmigración ilegal”. De hecho, los demás objetivos de esta política, como el fomento a la migración regular y el desarrollo de terceros países, parecieran estar subsumidos y condicionados a no entorpecerla, e incluso, como piensan algunos, a aportar al cumplimiento de este objetivo (Gortázar, 2009, p. 213).

En el período de vigencia del Programa de La Haya surgieron distintas comunicaciones e instrumentos que reflejarían el avance de la política europea común migratoria y el rumbo que tomaría ésta. A continuación nos referiremos a los principales instrumentos que marcaron esta época en las materias migratorias centrándonos en el “Enfoque Global de Migración” adoptado por el Consejo Europeo el 2005 y la comunicación de 2007 titulada “Una Política Común de Inmigración” (COM 2007/780).

Una de las primeras comunicaciones que serían la antesala del Enfoque Global de la Migración de 2005 fue la realizada por el Consejo ese mismo año titulada “Migración y Desarrollo: Algunas orientaciones concretas” (COM 2005/390). Tal y como su título lo indicaba, esta comunicación se refería directamente a la relación existente entre las migraciones hacia la UE y el desarrollo de los países de origen y tránsito. Desde el Programa de Tampere que se adoptó oficialmente dicha visión identificando el impacto que tiene el desarrollo de los terceros Estados en los flujos de las migraciones hacia la UE y viceversa, es decir, los aspectos positivos y negativos que experimentan las sociedades y economías de los terceros países por efecto de las migraciones.

En esta Comunicación, la Comisión Europea propuso distintas iniciativas destinadas a promover el desarrollo de los países de origen y tránsito. En primer lugar, se refería al papel que juega el envío de remesas por parte de los inmigrantes hacia los países de origen presentando mecanismos que facilitaran y favorecieran el envío de dinero a los países de origen haciéndolos más fáciles, seguros y al menor costo para los nacionales de terceros países. Luego se refería a un tema no menor, el asunto de las diásporas establecidas en los Estados miembros. Cabe

destacar en este punto que ya en el Programa de La Haya se hacía referencia al fomento de las relaciones entre los migrantes de la misma nacionalidad establecidos en territorio de la UE y la tarea de éstos en el desarrollo de sus países de origen, pero en esta oportunidad se trató con mayor detalle este asunto, reconociendo derechamente la importancia de las diásporas en el desarrollo de sus países de origen el cual debía potenciarse y promoverse. Para conseguir lo anterior, la Comisión propuso ayudar a sus países a contar con mayor conocimiento de sus diásporas, promover programas de intercambio para los jóvenes de terceros países con sus respectivas comunidades de emigrantes y facilitar la integración y la ciudadanía. En tercer lugar, esta Comunicación introduce el concepto de migración circular.

El concepto de la migración circular se acuña a partir de la idea (difícilmente verificable) de que los inmigrantes económicos del siglo XXI emprenden movimientos migratorios temporales; que dicha temporalidad contribuye a no descapitalizar los países de origen ya que los inmigrantes temporales reciben una formación y adquieren experiencias y destrezas que más adelante pondrán al servicio de la sociedad del país de origen ya que, se insiste, el carácter de su migración es temporal (Gortázar, 2009, p. 210).

Bajo esta perspectiva, la Comisión propuso facilitar y promover este tipo de migración a través de programas de empleos temporales y facilitando el retorno a los países de origen. Relacionado con lo anterior, se propone también atenuar los efectos negativos provocados por el fenómeno de la fuga de cerebros.

Este es el sentido que tuvo el “Enfoque Global de la Migración”, adoptado por el Consejo Europeo de Bruselas en diciembre de 2005, y que consolidó la idea de establecer una relación entre migración y desarrollo, sin descuidar el principal objetivo de la política migratoria europea: La lucha contra la inmigración irregular. Todo lo anterior no se podría conseguir sin la cooperación y dialogo con los terceros países de origen y tránsito.

Así, se señala su finalidad: “adoptar un enfoque equilibrado, global y coherente, que abarque medidas orientadas a luchar contra la inmigración ilegal y aproveche, en cooperación con terceros países, los beneficios de la migración legal”. Además se reconoció que:

Las cuestiones relacionadas con la migración constituyen un elemento central de las relaciones de la UE con una extensa variedad de terceros países, que son, en particular, los de las regiones limítrofes de la Unión (...). La UE ha de reforzar su diálogo y su cooperación con todos esos países sobre migraciones, entre ellas la gestión de los retornos, en un espíritu de asociación y habida cuenta de las circunstancias de cada país afectado (De La Villa, 2006, p. 300).

El Consejo Europeo de Bruselas adoptó cinco medidas que debían ser desarrolladas en lo inmediato: (i) aumentar la colaboración práctica entre los Estados miembros de la UE; (ii) establecer un dialogo y una cooperación con los países africanos; (iii) establecer colaboración con los países vecinos; (iv) intensificar la asistencia financiera; (v) ejecutar las propuestas con celeridad. Desde un principio se puede apreciar que estas medidas a corto plazo tendían, ya sea directa o indirectamente, a controlar y combatir el flujo de las migraciones irregulares (Olesti, 2008, p. 32). Por ejemplo, en la primera medida señalada se proponía confiar ciertas tareas a la Agencia Europea de Fronteras en operaciones conjuntas en el Mediterráneo, informes sobre la situación africana e instauración de un sistema de supervisión y vigilancia de fronteras todas ellas inclinadas claramente a detener la migración irregular que tiene lugar en el Mediterráneo. En la segunda medida también queda claro que el dialogo y cooperación entre la UE y África tenía como tarea principal disminuir la migración irregular a través de la cooperación y desarrollo de dichos países. Se proponían objetivos para fomentar el desarrollo de países africanos tocando temas como el envío de remesas, evitar la fuga de cerebros e incentivo de la tarea de las diásporas, pero también se proponían planes de colaboración con los países africanos destinados a gestionar los flujos migratorios desde los mismos países de origen y tránsito.

Adicionalmente, se destaca la Comunicación “Prioridades de actuación frente a los retos de la inmigración: Primera etapa del proceso de seguimiento de Hampton Court” (COM 2005/621), dirigida a las migraciones provenientes del continente africano y en la que se refuerzan temas como la cooperación entre los Estados miembros, asociación con países vecinos y cooperación con países africanos.

Otro hito importante en el avance del Enfoque Global de la Migración fue sin duda la conferencia Euro-Africana sobre migración y desarrollo celebrada el año 2006 en Rabat, Marruecos, en donde países de origen, de tránsito y de destino establecieron crear una asociación para luchar contra la inmigración irregular, no solamente con la aplicación de medidas de control y seguridad, sino que también con la cooperación y apoyo a los terceros países para reducir las causas que originan la migración desde África hacia Europa.

En 2006 surge la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento titulada “El Planteamiento Global sobre la migración un año después: Hacia una Política Global Europea en materia de migración” (COM 2006/735) la cual tenía como objeto informar sobre los progresos alcanzados en la ejecución de la primera fase del Planteamiento global y las acciones prioritarias previstas para África y el Mediterráneo para finales de 2006 y proponer vías para que el

planteamiento de la UE sea verdaderamente global. Nuevamente centrados en África y el Mediterráneo, aunque con la sugerencia de que se prestara mayor atención a la aplicación del planteamiento a otras regiones, se establecieron criterios para reforzar una política global de migración, reforzar el diálogo y cooperación con terceros Estados africanos de origen y tránsito, realizar esfuerzos para gestionar de mejor manera los flujos migratorios y que dicha gestión beneficiara a todos los actores.

En definitiva, el Enfoque Global de la Migración consideró a la migración como un fenómeno complejo con varias aristas arraigadas sobre todo en la situación de desarrollo de los países de origen y tránsito de los migrantes. Se buscó vincular íntimamente las políticas de migración regular e irregular y las políticas de desarrollo de los países de origen y tránsito, con el objetivo de que toda política migratoria, ya sea destinada a la gestión de la migración regular como a la lucha contra la migración irregular, debía fomentar las sinergias entre migración y desarrollo para así favorecer y atender las necesidades de los países en desarrollo. Basado en los principios de responsabilidad y solidaridad, se reconocía que una política común de migración de carácter global debía necesariamente considerar una buena política exterior de la UE, el diálogo y la cooperación entre la UE y los terceros países de origen y tránsito resultaba trascendental para su éxito. Para algunos lo anterior significaba que de cierta manera la UE podría influir más directamente en las políticas migratorias internas de un tercer Estado, pudiendo controlar los flujos migratorios incluso antes de que estos se produjeran. La profesora Gortázar grafica más claramente esta idea:

Quizá la UE esconde, bajo esta plausible tarea antes descrita (políticas migratorias que favorezcan el desarrollo de los terceros Estados), la de trasladar parcialmente su frontera externa a la misma frontera de los países de origen y tránsito para así asegurarse de que no se producen salidas de inmigrantes que puedan acceder al territorio de la UE en situación irregular (Gortázar, 2009, p. 202).

Sin perjuicio de la idea anterior, lo que sí resulta claro es que la UE, a través de esta relación entre migración y desarrollo, conseguía que los países de origen y de tránsito participaran más activamente en su política migratoria, sobre todo en la lucha contra la inmigración irregular.

Por último, cabe hacer referencia a la Comunicación de la Comisión “Una Política Común de Inmigración” de 2007 (COM 2007/780) cuyos postulados son posteriormente precisados por la Comunicación de la Comisión “Una Política Común de Emigración para Europa: Principios, medidas e instrumentos” de 2008 (COM 2008/359).

Marcado por el contexto de la firma del Tratado de Lisboa y teniendo como antecedentes los avances y fracasos en el cumplimiento de los programas de Tampere y de La Haya y el Enfoque Global de la Migración, la Comunicación “Una Política Común de Inmigración” proponía “un cambio profundo que utilice los cimientos existentes para desarrollar un nuevo compromiso y establecer una política europea de inmigración, reforzando las oportunidades económicas y las medidas de integración basadas en la solidaridad y la distribución de las cargas”(Comunicación de la Comisión, una política común de inmigración, 2007, p.7). Este documento reafirmaba la necesidad de una política común migratoria efectiva, realizaba un diagnóstico de los problemas en la confección de ésta, y establecía las bases de una política común de inmigración y las oportunidades y retos que esto conllevaría.

La comunicación resume que las bases de una política común de inmigración europea son (i) la inmigración legal, (ii) Schengen, visados, gestión de fronteras exteriores y nuevas tecnologías, (iii) la inmigración ilegal y (iv) la dimensión exterior.

En cuanto a la inmigración irregular, en esta comunicación encontramos ciertos puntos que merecen destacarse. Reconocía que “una mejor gestión de la inmigración legal y una lucha firme contra la inmigración ilegal son las dos caras de la misma moneda” (Comunicación de la Comisión, una política común de inmigración, 2007, p.5). Es importante destacar esto último ya que se convenía con el Enfoque Global de las Migraciones al reconocer que las políticas de inmigración regular que se adoptaren y ejecutaren tendrían necesariamente una repercusión en la inmigración irregular. Por tanto, las políticas de inmigración regular no debían ser aisladas, sino coadyuvar o, al menos, no interferir con las políticas de inmigración irregular.

Otro punto a destacar es el diagnóstico realizado a las medidas de regularización a gran escala adoptadas por ciertos Estados miembros en sus políticas internas. Se señalaba que dichas medidas debilitaban las políticas migratorias, tanto respecto a la migración regular como respecto a la lucha contra la inmigración irregular. Algunos Estados miembros aplican estas regularizaciones masivas con el objeto de bajar las estadísticas de la inmigración irregular de nacionales de terceros países, pero dicho mecanismo es muy cuestionado por las instituciones de la UE ya que fomentaría los flujos irregulares de migración por sobre los regulares. Otro factor es el incremento del trabajo clandestino. Se ha señalado que “mientras el mercado laboral europeo ofrezca esta posibilidad, los flujos de inmigración no podrán administrarse de manera coherente e incluso aumentarán” (Comunicación de la Comisión, una política común de inmigración, 2007 p. 5). Según esta comunicación, los empresarios europeos no deberían otorgar

la posibilidad de trabajo a los inmigrantes irregulares y, por ende, se les debería sancionar por ello lo que se conseguiría a través de la adopción de una Directiva destinada a tal efecto.

Ante la insuficiencia de las políticas europeas en materia de retorno en cuanto a la baja ejecución de las órdenes de expulsión, se debía establecer como prioridad la creación de mecanismos de retorno eficaces con la cooperación de los terceros países de origen o tránsito a través del cumplimiento de acuerdos de readmisión de inmigrantes. Desde la adopción de esta comunicación vemos como empieza a tomar fuerza las políticas de retorno en el contexto de la lucha contra la inmigración irregular. De hecho en la Comunicación “Una Política Común de Inmigración para Europa: Principios, medidas e instrumentos” de 2008 se establecía como uno de los diez principios básicos fundamentado en la seguridad es el de establecer políticas de retorno sostenibles y efectivas y, así, evitar las regularizaciones masivas:

Las medidas de retorno efectivas son un componente imprescindible de la política de la UE en materia de inmigración clandestina. Deben evitarse las regularizaciones indiscriminadas a gran escala de personas que permanecen ilegalmente en el país, al tiempo que se deja abierta la posibilidad de regularizaciones individuales basadas en criterios justos y transparentes (Comunicación “Una Política Común de Inmigración para Europa: Principios, medidas e instrumentos”, 2008, p. 14).

En este mismo documento se establecían las oportunidades que la inmigración ofrece a los Estados de la UE y los retos que necesariamente se deben proponer. Reafirmando documentos anteriores, se señalaba que las oportunidades económicas de la inmigración son vitales para apalejar la crisis demográfica de Europa y su consecuencia más directa, la falta de mano de obra. En cuanto a los retos que se proponían, estos dicen relación con la integración de los inmigrantes regulares y las relaciones exteriores con los terceros países.

2.2.5. El Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo

La Comunicación “Una Política Común de migración para Europa: Principios, medidas e instrumentos” de 2008 (COM 2008/359) establecía diez principios para gestionar los flujos migratorios a la UE, fundamentados por tres ejes: prosperidad, solidaridad y seguridad. El primero hacía relación a los beneficios económicos y sociales que se debían aprovechar de la migración, el segundo a la colaboración y coordinación de los Estados miembros y terceros países en las políticas migratorias, y, por último, el tercero se enfocaba en la lucha contra la inmigración irregular. A la luz de esta comunicación, el Consejo Europeo adopta ese mismo año

el “Pacto Europeo de Inmigración y Asilo”⁴⁷ que sintetiza los objetivos y las bases de la política migratoria de la UE.

Se parte descartando de plano la idea de la inmigración “cero” por ser imposible conseguirla y ocasionaría más perjuicios reconociendo que la inmigración es una necesidad para la UE, tanto económica como demográfica. Lo anterior contrasta con la capacidad que tiene la UE para acoger grandes cantidades de inmigrantes que deseen ingresar ya que no existen los medios suficientes para acogerlos a todos dignamente. Por tanto, la capacidad de acogida es un factor clave para determinar cuántos inmigrantes se pueden aceptar, y está definida por las necesidades del mercado laboral y de los servicios sociales y sanitarios disponibles. Luego se hace hincapié en el principio de la solidaridad y cooperación que deben tener los Estados miembros en materias migratorias.

Se establecieron cinco compromisos (organizar la inmigración legal teniendo en cuenta las prioridades, las necesidades y la capacidad de acogida determinadas por cada estado miembro, y favorecer la integración; combatir la inmigración irregular, garantizando, entre otras cosas, el retorno a su país de origen o a un país de tránsito de los extranjeros en situación irregular; fortalecer la eficacia de los controles en las fronteras; construir una Europa de asilo; crear una colaboración global con los países de origen y de tránsito que favorezca las sinergias entre la migración y el desarrollo), mediante los cuales se buscaba complementar los intereses colectivos de la UE con los intereses y particularidades propias de cada Estado miembro, bajo un planteamiento coherente y donde rijan los principios de la prosperidad, solidaridad y seguridad, en el sentido de la Comunicación “Una Política Común de migración para Europa: Principios, medidas e instrumentos” de 2008.

Estos cinco compromisos sintetizaron la composición de materias que debía tratar una política migratoria a nivel europeo, tocando temas como la inmigración regular e irregular, fronteras externas, derecho de asilo y, por último, promoción al codesarrollo.

Uno de los puntos a los cuales el Pacto puso mayor énfasis fue sin duda en la lucha contra la inmigración ilegal. A estas alturas, en cada uno de los instrumentos comunitarios en donde se trataba de las políticas migratorias a nivel general, se reafirmaba esta lucha, reforzándola y endureciéndola aún más. Con el compromiso determinante de “Combatir la inmigración irregular, en particular garantizando el retorno a su país de origen o a un país de tránsito de los

⁴⁷ Consejo de la Unión Europea. (24 de Septiembre de 2008). 13440/08 ASIM 72 Pacto Europeo sobre inmigración y asilo. Bruselas, Bélgica.

extranjeros en situación irregular” (Doc. 13440/08 ASIM 72, p. 7), se establecía que era fundamental que todo inmigrante irregular que se encontrara en territorio comunitario debía hacer abandono de éste, ya sea mediante el retorno voluntario o la expulsión. Los Estados miembros debían comprometerse cumplir de manera efectiva lo anterior, pero dentro de ciertos límites:

Cada Estado miembro se comprometerá a garantizar la aplicación efectiva de este principio, dentro del respeto del Derecho y la dignidad de las personas implicadas, dando preferencia al retorno voluntario, y reconocerá las decisiones de retorno adoptadas por otro Estado miembro (Doc. 13440/08 ASIM 72, p.7).

Ya en las Comunicaciones de la Comisión “Una Política Común de Inmigración” de 2007 y “Una Política Común de Emigración para Europa: Principios, medidas e instrumentos” de 2008 se le otorgaba mayor protagonismo a las medidas de retorno como instrumento para hacer frente a la inmigración irregular. El Pacto sobre inmigración y asilo, siguiendo esta tónica, se refería derechamente al retorno como instrumento de lucha contra la inmigración irregular y establecía como compromiso preferir este método por sobre otros, como lo son las regularizaciones masivas que estimularían la venida de inmigrantes irregulares de terceros países a Europa⁴⁸.

Así las cosas, el Pacto promovía las medidas de retorno voluntario y forzado, limitando la aplicación de medidas de regularización de forma casuística por motivos humanitarios o económicos. Además se promueve la celebración de acuerdos de readmisión con terceros países con el objeto de facilitar la expulsión de inmigrantes irregulares del territorio comunitario. También se hacía un llamado a los Estados miembros a respetar las decisiones de expulsión de otro Estado miembro, es decir, la expulsión de una determinada persona en situación de inmigrante irregular tendría validez en todo el territorio de la UE debiendo registrarse en el Sistema de Información Schengen.

Resulta, por tanto, clara la preponderancia que se le otorgaba a la lucha contra la inmigración irregular por sobre otras materias destinadas a otorgar más derechos a los inmigrantes. Y dentro de las políticas contra la inmigración irregular, con la premisa de que todo

⁴⁸ Las medidas de regularizaciones masivas se pueden observar desde el punto de vista de la teoría de atracción y repulsión o “push and pull” acuñada a finales del siglo XIX por Ernest Georg Ravenstein. Existen variados factores que empujan (push) a abandonar un lugar cuando se procede a compararlo con las condiciones más ventajosas que existen en otros lugares, lo cual produce una fuerza de atracción (pull), por tanto, los factores positivos que ofrece un determinado país suelen predominar por sobre los factores negativos del país de origen (Arango, 1985, pp. 14-15). En este sentido las regularizaciones masivas serían percibidas por el potencial migrante de un tercer país como un factor positivo para migrar a algún Estado miembro de la UE que aplique dichas medidas.

inmigrante irregular que se encuentre en territorio comunitario debe abandonar éste, se instaba a los Estados miembros a desarrollar y aplicar medidas de retorno, por sobre otras medidas como las regularizaciones masivas.

2.2.6. *El Programa de Estocolmo*

Bajo la premisa de “una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano” el Programa de Estocolmo, que rigió entre 2010 y 2014, estaba llamado a ser “la transposición de grandes conceptos en medidas concretas que beneficien al ciudadano de manera que ésta pueda percibirlos” (Garrido, 2011, p. 233). Se llegó a la conclusión que todos los avances desarrollados durante la vigencia de los programas de Tampere y de La Haya debían tener una aplicación práctica y así pudieran ser percibida por el ciudadano de la UE. Su objetivo general era acercar a la ciudadanía europea los avances en las materias de libertad, seguridad y justicia.

En la quinta prioridad del Programa de Estocolmo se fijó la hoja de ruta que debía seguir la política migratoria: “Una Europa de la responsabilidad, la solidaridad y colaboración en los ámbitos de la migración y el asilo”.

En dicho punto quedó establecido que el Programa de Estocolmo venía a ser la continuación de lo que ya se había construido anteriormente en cuanto a las políticas migratorias. Por lo anterior, se comprende que el mismo programa haya establecido que el Enfoque Global de la Migración y el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo son las bases en donde se asentaría el futuro de las políticas migratorias.

Como ya anticipábamos seguía patente el objetivo de consolidar una política europea común sobre migración, la cual debía formularse como “una política de migración previsor y global, basada en la solidaridad y la responsabilidad” (Programa de Estocolmo, 2010, p. 5).

En primer lugar, se aboga a que la política migratoria sea flexible. Entendemos que este anhelo de flexibilidad apunta a la visión de que una política rígida no permitiría sacar el mayor provecho económico a la migración. El diagnóstico de una sociedad que envejece obliga a la UE a mitigar los efectos que tiene este fenómeno en el mercado laboral. Ante esto, el Programa señalaba que “Europa necesitará una política flexible que responda a las prioridades y necesidades de los Estados miembros y permita a los inmigrantes desarrollar plenamente su potencial” (Programa de Estocolmo, 2010, p. 5). Es así también como el Consejo Europeo recordaba y reafirmaba la tarea de adaptar la política migratoria a las necesidades del mercado laboral nacional (Programa de Estocolmo, 2010, p. 63).

Con la tarea de alcanzar una política de migración dinámica y global, potenciando la cooperación y el desarrollo trabajando con terceros países, también se hacía un llamado a acelerar la aplicación del Enfoque Global de la Migración. Esta era una senda que la UE se negaba a dejar, ya que se consideraba como un marco estratégico para lograr que la política migratoria formara parte integrante de la política exterior de la UE como lo explicábamos en párrafos anteriores.

Igualmente cabe mencionar los compromisos adquiridos en cuanto a integración de los inmigrantes, entendido como “un proceso dinámico y bidireccional de interacción mutua, que requiere no sólo esfuerzos por parte de las autoridades nacionales, regionales y locales, sino también un mayor compromiso por parte de la comunidad de acogida y de los inmigrantes” (Programa de Estocolmo, 2010, p. 64). Como ya sabemos, la integración solo alcanzaba a los inmigrantes legales, y a través de ésta se buscaba que dicho colectivo pudiera contribuir a la sociedad europea de la manera más óptima posible. Por ello, se buscaba no tan solo reconocer derechos a favor de los inmigrantes regulares, sino que también el establecimiento de obligaciones, ambos comparables a la de los ciudadanos europeos (Programa de Estocolmo, 2010, p. 64).

Todo lo planteado anteriormente respecto a la política europea de inmigración tenía una base sólida en la lucha contra la inmigración irregular. Para la UE resultaba indispensable fortalecer los esfuerzos en este ámbito, pues sin una buena política contra la inmigración irregular todos los demás ámbitos de la política migratoria se desmoronarían.

De manera especial el Programa de Estocolmo se refiere a las políticas de retorno, instando a la UE y a los Estados miembros a aplicar estas medidas con mayor fuerza:

Una política de retorno efectiva y sostenible constituye un elemento esencial de un sistema bien gestionado de migración en el marco de la Unión. La Unión y los Estados miembros deberían intensificar sus esfuerzos para repatriar a los nacionales de terceros países que residen ilegalmente (Programa de Estocolmo, 2010, p. 66).

El Programa de Estocolmo señalaba expresamente los límites de las políticas de retorno tales como el respeto al principio de no devolución y los derechos y libertades fundamentales y la dignidad de los repatriados. Así también el Plan de Acción del Programa de Estocolmo (COM

2010/171)⁴⁹ señala que las políticas de inmigración irregular debieran ser aplicadas con arreglo a la Carta de Derechos Fundamentales.

También es importante destacar la importancia especial que otorgó el Programa de Estocolmo a la situación de los menores no acompañados que llegan a territorio europeo. Se les reconocía su vulnerabilidad y, por aquello, merecían un tratamiento especial.

2.2.7. *Orientaciones estratégicas para el período 2014-2020*

Ante el fin del Programa de Estocolmo, en diciembre de 2014, se hacía necesario establecer un nuevo plan en materia de libertad, seguridad y justicia. La Comisión emitió en marzo de 2014 una nueva comunicación cuyo título denotaba un momento de consolidación de todo lo realizado hasta ahora: “Una Europa abierta y segura: ha llegado la hora de hacerla realidad” (COM 2014/154)⁵⁰. Esta comunicación reafirmaba y reforzaba lo avanzado en los programas anteriores, sobre todo las materias que quedaron inconclusas en el Programa de Estocolmo y para que fueran consideradas en la confección del próximo programa por el Consejo Europeo y el Parlamento.

Dentro de las prioridades políticas que establecía esta comunicación se destacaban las materias migratorias. Se reconocía que el marco jurídico para una política común de migración aún no se había finalizado y la necesidad de mayores esfuerzos en el ámbito de la integración como motor para maximizar sus beneficios. También se reafirmaba la orientación de la UE a favor del retorno como elemento esencial para combatir la inmigración irregular, priorizando el retorno voluntario, pero a la vez garantizar el retorno efectivo de los nacionales de terceros países “sin derecho a permanecer legalmente en la UE”, esto hacía referencia a la aplicación necesaria del retorno forzado.

En esta comunicación se volvía a reafirmar la orientación utilitarista de las políticas migratorias europeas tendientes a maximizar los beneficios que brinda la inmigración a la economía de la UE. Tal se reafirma en expresiones como “personas con capacidades adecuadas” y “viajeros legítimos” para referirse a los inmigrantes deseados por la UE (Comunicación de la Comisión, Una Europa abierta y segura: ha llegado la hora de hacerla realidad, p. 2). Con esta

⁴⁹ Comisión Europea. (20 de Abril de 2010). COM/2010/171 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos, Plan de acción por el que se aplica el programa de Estocolmo. Bruselas, Bélgica.

⁵⁰ Comisión Europea. (11 de Marzo de 2014). COM/2014/154 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Europa abierta y segura: ha llegado la hora de hacerla realidad. Estrasburgo, Francia

comunicación la Comisión entregaba su visión respecto a las materias pendientes para la consolidación del ELSJ, otorgando gran importancia a la política migratoria.

Luego, el 26 y 27 de junio de 2014, el Consejo Europeo entregó las conclusiones acerca de las “Orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa en el espacio de libertad, seguridad y justicia” (EUCO 79/14, 2014), respecto del futuro del ELSJ. Con estas conclusiones se dejarían atrás los “programas” pues se entendía que la construcción del ELSJ estaba en una etapa de consolidación y aplicación de las medidas políticas e instrumentos jurídicos ya existentes de los programas anteriores.

Las conclusiones de 2014 no hacían más que confirmar lo llevado a cabo en los programas anteriores. Se reafirmaba la doble visión que se tenía respecto de las políticas migratorias, encontrando, por un lado, la migración regular y sus beneficios a la UE y, por otro, el “mal” de la migración irregular:

Es necesario un planteamiento general que optimice los beneficios de la migración legal y ofrezca protección a quienes la necesitan, combatiendo al mismo tiempo con resolución la migración irregular y gestionando de modo eficiente las fronteras exteriores de la UE (EUCO 79/14, 2014 p. 2).

Se acentuaba la política migratoria basada en criterios utilitaristas y económicos, concibiendo a la migración legal como una oportunidad que se le presentaba a la UE para atraer personas de terceros países talentosos y capacitados que aporten a la sociedad, sobre todo en el mercado laboral. Esta visión acotada de los beneficios de la migración, subsumida a factores económicos, también se apreciaba en las conclusiones respecto de las políticas de integración, las cuales, como señalamos en otros apartados, solo concede derechos a los migrantes regulares para facilitar su aporte a la sociedad de destino.

Se mantuvo la visión de la migración irregular como un “enemigo a derrotar” y la preponderancia del “retorno” como la medida más efectiva contra este fenómeno. Sin perjuicio de lo anterior, ante los constantes naufragios de barcas de inmigrantes en el Mar Mediterráneo, la Comisión puso énfasis en el rol que juega la UE para evitar la pérdida de vidas humanas. También se enfatizaba las consecuencias de la guerra civil en Siria y el papel la UE en la contribución al reasentamiento de personas.

Todo lo anterior se potenció con la tarea de seguir reforzando la seguridad en la gestión de las fronteras exteriores a través de organismos y sistemas comunitarios⁵¹. También se planteaba la necesidad de crear un sistema europeo de guardias de fronteras y modernizar la política de visados.

Como se puede apreciar, en las conclusiones de la Comisión de 2014 se seguía enfatizando en los beneficios que se le puede extraer a la migración, sobre todo aquellos que aporten al alicaido mercado europeo, y también en la seguridad de las fronteras exteriores. Se incluyó también una especial referencia a evitar la pérdida de vidas humanas, reacción esperable luego de las constantes muertes de nacionales de terceros países en las peligrosas rutas de la inmigración irregular, sobre todo aquellas que surcan el Mar Mediterráneo.

2.2.8. *La Agenda Europea de Migración*

Una de las caras más crudas de la crisis migratoria son las muertes provocadas por naufragios de barcas atestadas de inmigrantes en el mar mediterráneo. El 19 de abril de 2015 los medios de comunicación alertaron sobre uno de los peores naufragios de estas características entre las costas de Libia y la isla italiana de Lampedusa. Se estima que en dicha tragedia humana habrían muerto cerca de 700 personas (BBC Mundo, 2015). La magnitud de estos sucesos pusieron en evidencia la crisis migratoria europea y la forma en cómo Europa la estaba abordando.

La urgencia de la crisis necesitaba acciones inmediatas a nivel de políticas migratorias europeas las que intentaron ser sistematizadas en una comunicación presentada por la Comisión el 13 de mayo de 2015, la llamada Agenda Europea de Migración (COM 2015/240), en donde confluyen medidas a corto, medio y largo plazo.

En primer lugar, proponía acciones inmediatas para hacer frente a la crisis migratoria del mediterráneo, con el énfasis en “salvar vidas humanas”. Se plantea redoblar los esfuerzos en las tareas de rescate y salvamento, haciendo referencia al restablecimiento de la operación italiana “Mare Nostrum”⁵². A este respecto, una de las críticas hace alusión a la inexistencia en la UE de operaciones de salvamento.

⁵¹Ejemplo de aquello son la Agencia Europea para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Magnitud (eu-LISA), la FRONTEX, y el Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras (EUROSUR)

⁵² Desde el 2013 Italia cuenta con la operación “Mare Nostrum” destinada a patrullar las costas italianas en búsqueda de inmigrantes que necesiten ayuda humanitaria, pero dicho esfuerzo de Italia no es suficiente para abarcar la magnitud del problema, considerando que dichas operaciones no recibían la cooperación suficiente de la UE.

Entre las funciones de FRONTEX está la coordinación de la protección y gestión de fronteras exteriores, por lo que la tarea de salvar vidas humanas y realizar operaciones de rescate y salvamento no le son propias no contando con personal especializado en materias humanitarias. Aun así la Comisión propuso aumentar los fondos para las operaciones Tritón y Poseidón de FRONTEX.

La acción inmediata contemplaba también la lucha contra las redes delictivas de traficantes de personas a través del aumento de fondos para las operaciones destinadas a su persecución, desmantelamiento y destrucción de sus embarcaciones.

También se hacía referencia a mejorar los sistemas de reubicación y reasentamiento para enfrentar la crisis migratoria. Estos dos conceptos definidos en el anexo de la Agenda Europea de Migración⁵³ son aplicables solamente a las personas de terceros países que necesiten manifiestamente protección internacional, excluyendo por definición a los inmigrantes irregulares. En el caso de la reubicación, la Agenda Europea propone la aplicación del mecanismo de emergencia del artículo 78.3 del TFUE⁵⁴ que consiste justamente en la aplicación material del principio de solidaridad y reparto de responsabilidad ante una situación de emergencia migratoria. En cuanto al reasentamiento, la Agenda se centra en establecer un régimen común para toda la UE. En este punto la Comisión manifestó su preocupación por los migrantes que recurren a redes delictivas de traficantes y tratantes para escapar de sus países y llegar a la UE y consideró necesario proponer vías seguras y legales para llegar a la UE. Pero dicha preocupación solamente se centró en refugiados y solicitantes de asilo, dejando fuera a las personas que más recurren a redes delictivas de traficantes: los inmigrantes irregulares.

Por último, se establecen como acción inmediata medidas para (i) trabajar en asociación con los terceros países para abordar la migración desde su origen y (ii) utilizar los instrumentos de la UE para ayudar a los Estados miembros situados en primera línea. El primer aspecto se refiere a la intervención inmediata que realizará la UE en terceros países con la creación o reforzamiento de programas regionales de desarrollo y de protección además de la creación en Níger de un

⁵³ Se entiende por “reubicación” la “distribución entre los Estados miembros de las personas que necesitan manifiestamente protección internacional y por “reasentamiento” el “traslado de personas desplazadas que necesitan manifiestamente protección internacional, a instancias del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados de acuerdo con el país de reasentamiento, de un tercer país a un Estado miembro, en el que serán admitidas y se les concederá el derecho de estancia y cualesquiera otros derechos comparables a los concedidos a un beneficiario de protección internacional” (Agenda Europea de Migración, 2015, p. 22).

⁵⁴ Artículo 78.3 del TFUE: “Si uno o varios Estados miembros se enfrentan a una situación de emergencia caracterizada por la afluencia repentina de nacionales de terceros países, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, medidas provisionales en beneficio de los Estados miembros afectados. El Consejo se pronunciará previa consulta al Parlamento Europeo”.

“centro piloto polivalente” que tendrá la tarea de “facilitar información, prestar protección a nivel local y ofrecer oportunidades de reasentamiento a las personas que lo necesiten”. El segundo punto se refería a la coordinación de las distintas instituciones de la UE a favor de los Estados miembros de primera línea de la frontera exterior en la identificación y registro de los migrantes.

Seguido de esta “Acción inmediata” la Comisión se hizo cargo de la necesidad de reformas estructurales a la política migratoria europea mediante el establecimiento de “cuatro pilares para una mejor gestión de la migración”: (i) reducir los incentivos a la migración irregular; (ii) gestión de las fronteras: salvar vidas y proteger las fronteras exteriores; (iii) deber de protección que incumbe a Europa: una política común de asilo sólida y (iv) una nueva política de migración legal.

El enfoque que la UE ha dado a las políticas migratorias no hace más que confirmarse. Se mantiene la lucha contra la inmigración irregular, proponiendo atacar las causas profundas que la provocan en terceros países y a través de la lucha contra los traficantes y tratantes sin reconocer que la verdadera razón de la migración irregular son las trabas existentes en la política de migración legal.

Luego, encontramos variadas medidas para fortalecer la gestión de las fronteras exteriores a través del reforzamiento de los mecanismos ya existentes y, así, salvar vidas humanas. Es decir, a través del aumento de las medidas de seguridad en las fronteras exteriores se aumentaría, en consecuencia, el salvamento de vidas humanas lo que resulta curioso ya que no establece un mecanismo exclusivo para esta última tarea. Se deja, así, en evidencia que la migración irregular de nacionales de terceros países es un tema que se aborda desde una perspectiva securitaria.

En cuanto a la política común de asilo se puso el énfasis en los abusos que algunas personas hacen del sistema de asilo y a la aplicación del principio de solidaridad entre los Estados miembros. Respecto a este punto de la Agenda Europea de Migración se ha señalado que:

En materia de asilo y refugio parece como si el cumplimiento de la ley fuese voluntario, y por eso se invoca simplemente la solidaridad y no la obligación de cumplir con las obligaciones internacionales asumidas voluntariamente por todos y cada uno de los Estados (González Ferrer, 2015).

Por último, respecto a la “nueva política de migración legal” nuevamente se basaba en el modelo ideal de inmigrante que beneficie a la UE. Como hemos visto, este utilitarismo en la

política migratoria promueve la atracción de inmigrantes altamente cualificados que cubran las necesidades laborales de la UE producto de la crisis demográfica y económica. Así se estableció modernizar la política de visados, fomentar la integración de los migrantes legales, maximizar beneficios para el desarrollo de los países de origen facilitando la transferencia de remesas, entre otras medidas.

Como podemos apreciar, la Agenda Europea de Migración, si bien fue realizada con el objetivo de dar respuesta a una crisis migratoria y de refugiados, también se refirió al futuro de la política migratoria europea, en la que siguen presente, incluso con mayor convicción, los factores que hasta ahora han preponderado: Las medidas de seguridad, la maximización de beneficios y la criminalización de la migración irregular. Así quedó reflejado en su apartado “Próximos pasos” donde se refiere a la proyección a largo plazo de la política europea de migración al hacer referencia a la necesidad de potenciar la cooperación en la gestión de fronteras, la creación de un sistema europeo de guardias de fronteras y de guardacostas europeo, la confección de un “nuevo modelo” de migración legal que incluya un sistema que concilie las necesidades colectivas de la economía europea con la reserva de los Estados miembros sobre el número de migrantes económicos que desea admitir lo que fomentaría el ingreso de migrantes cualificados.

A raíz de la crisis de refugiados, el 14 de septiembre de 2016 por medio del Reglamento 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo⁵⁵, se transformó Frontex en una Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (en adelante la Agencia) siendo el objetivo de este nuevo órgano el señalado en el Artículo 1 del Reglamento citado:

El presente Reglamento crea una Guardia Europea de Fronteras y Costas con el objetivo de garantizar una gestión europea integrada de las fronteras exteriores, con miras a gestionar eficazmente el cruce de las fronteras exteriores., Esto incluye hacer frente a los retos de la migración y a posibles amenazas futuras en dichas fronteras, contribuyendo a combatir las formas graves de delincuencia con dimensión transfronteriza para garantizar un nivel elevado de seguridad interior en el seno de la Unión, con pleno respeto de los derechos fundamentales, salvaguardando al mismo tiempo la libre circulación de personas en su interior. (Artículo 1, Reglamento 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo).

⁵⁵ Reglamento (UE) 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2016 sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se derogan el Reglamento (CE) n° 863/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, el Reglamento (CE) n° 2007/2004 del Consejo y la Decisión 2005/267/CE del Consejo, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea número L 251 de 16 de septiembre de 2016.

También se refuerza la independencia de la Agencia respecto de los Estados miembros en cuanto a las atribuciones. Esto se refleja por ejemplo en que contará con recursos propios para desplegar sus operativos, además de expandir las funciones de supervisión y asistencia operativa en comparación a las que tenía Frontex. Una de las competencias de la Agencia más innovadora es la relacionada a su capacidad de intervención, la que incluso puede ser aplicada a un Estado miembro que no solicite asistencia en una situación de emergencia o que no siga las recomendaciones del director ejecutivo de la Agencia para evitar poner en riesgo el espacio de Schengen (artículos 13.6, 13.8 y 19 del Reglamento 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo).

Resulta novedosa la creación de un mecanismo de denuncia sobre eventuales violaciones a los derechos humanos que cometa la Agencia en su actuar. De acuerdo al artículo 72 del Reglamento 2016/1624 estas denuncias sólo deben ser admitidas si se basan en violaciones concretas de los derechos fundamentales. Específicamente, se establece que los legitimados activos para realizar dicha denuncia pueden ser:

Cualquier persona directamente afectada por las acciones del personal que participa en una operación conjunta, un proyecto piloto, una intervención fronteriza rápida, el despliegue de un equipo de apoyo a la gestión de la migración o una operación o intervención de retorno, y que considere que debido a estas actividades se han violado sus derechos fundamentales, así como cualquier parte que represente a dicha persona, podrá presentar una denuncia por escrito ante la Agencia (artículo 72.2, Reglamento 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo).

Dentro de las funciones de la Agencia está su participación en las operaciones e intervenciones de retorno⁵⁶ las que deberán realizarse con observación a un código de conducta que incluirá garantías a los derechos fundamentales. Resulta destacable que el artículo 35.2 del Reglamento 2016/1624 especifique ciertos principios que deben ser respetados en la ejecución de estas operaciones o intervenciones de retorno, tales como, la dignidad humana, la prohibición de la tortura y de las penas o los tratos inhumanos o degradantes, el derecho a la libertad y a la

⁵⁶ El artículo 2 del Reglamento 2016/1624 define “operación de retorno” e “intervención de retorno”: i) Operación de retorno: una operación coordinada por la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas con el apoyo técnico y operativo de uno o más Estados miembros en cuyo marco se lleva a cabo el retorno desde uno o más Estados miembros, tanto mediante el retorno forzoso como voluntario; ii) Intervención de retorno: una actividad de la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas que proporciona a los Estados miembros una asistencia técnica y operativa reforzada consistente en el despliegue en los Estados miembros de equipos europeos de intervención en materia de retorno y en la organización de operaciones de retorno.

seguridad, el derecho a la protección de los datos personales y a la no discriminación (artículo 35.2, Reglamento 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo).

También cabe destacar que, a diferencia de Frontex, la Agencia debe considerar en su actuar la existencia de emergencias humanitarias y salvamento marítimo (Artículo 8 letras d y e, .d y Reglamento 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo).

3. LA INMIGRACIÓN IRREGULAR DE LOS NACIONALES DE ESTADOS TERCEROS EN LA UNIÓN EUROPEA

3.1. La lucha contra la inmigración irregular de los nacionales de Estados terceros como política común

La lucha contra la inmigración irregular ha sido el eje central de las políticas de inmigración europea. Tan es así que pareciera que todos los demás aspectos de esta política dependieran del éxito de aquella. Desde el Programa de Tampere se han condicionado los demás aspectos de la política migratoria de la UE en función de la lucha contra la inmigración irregular considerando a ésta como “esencial para el establecimiento de una política de inmigración legal” y no viceversa (Pomares, 2014, p. 158).

Se ha dejado expresamente claro que el fenómeno de la inmigración irregular es un obstáculo a la viabilidad del ELSJ, por cuanto aquella atentaría contra la seguridad interior del territorio de la UE. En consecuencia, el desarrollo de estas políticas radican en el ámbito de la seguridad del ELSJ.

Este capítulo analiza la política europea de lucha contra la inmigración irregular centrándonos en tres elementos claves, a saber: (a) cooperación con terceros países; (b) gestión de fronteras exteriores y (c) retorno. Veremos cómo en cada uno de estos elementos se refleja la forma en cómo la UE ha abordado el fenómeno de la migración irregular con un decidido carácter coercitivo considerando al inmigrante irregular como una amenaza a la seguridad y al orden, desembocando en su sistemática criminalización. Bajo este enfoque no resulta extraño que los programas de la UE le adjudiquen una importancia esencial al retorno en la política migratoria, considerada como una de las más eficaces en la lucha contra la inmigración irregular que ataca directamente la permanencia de un nacional de un tercer país en situación irregular en el territorio de un Estado miembro. Desarrollaremos con mayor detención las políticas de retorno, especialmente a través del análisis de la Directiva (CE) 115/2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, conocida comúnmente como “Directiva de Retorno”, con el propósito de dar cuenta de la falta de garantías destinadas a proteger los derechos de los inmigrantes irregulares y develar su enfoque criminalizador del inmigrante.

Cabe advertir que existen otros aspectos que están directamente relacionados con las políticas de inmigración irregular tales como la trata de seres humanos y la contratación ilegal, pero que resultan ser tratados con mayor autonomía, excediendo de nuestro trabajo.

3.1.1. *Cooperación con terceros países en la lucha contra la inmigración irregular*

Esta cooperación, enmarcada en las relaciones exteriores de la UE, abarca a terceros países de origen y de tránsito de inmigrantes, pues según la lógica del Enfoque Global de las Migraciones, hay que considerar el fenómeno migratorio en su totalidad, desde su origen, pasando por su recorrido, hasta la llegada al país de destino.

Bajo esta lógica tanto la UE como sus Estados miembros deben celebrar acuerdos con terceros países que traten temas como el control de la migración legal mediante la entrega de información sobre las reales posibilidades que el mercado laboral europeo necesita con el objetivo de disuadir la migración ilegal, la celebración de acuerdos de readmisión que garanticen la expulsión de inmigrantes ilegales, el refuerzo de la cooperación policial y judicial en los terceros países y el reforzamiento de controles de fronteras.

Con el Enfoque Global de la Migración, a través de las relaciones internacionales y la cooperación al desarrollo, se busca hacer partícipes a actores no comunitarios, en las materias migratorias. Sin embargo también existe una dimensión interna de dicho fenómeno, a que la UE le otorga mayor importancia, catalogándola como una materia que atenta contra la seguridad interior de la UE. Es aquí donde la cooperación con terceros países en materias migratorias encuentra sus mayores críticas. Lo que se reprocha es la instrumentalización de estos países por parte de la UE con el objeto de controlar la migración incluso desde fuera del espacio Schengen. Al respecto, Cristina Cortázar plantea que la UE no busca más que externalizar el control de sus fronteras exteriores:

Quizá la UE esconde, bajo esa plausible tarea antes descrita (el codesarrollo planteado en el Enfoque Global de las Migraciones), la de trasladar parcialmente su frontera externa a la misma frontera de los países de origen y tránsito para así asegurarse de que no se producen salidas de inmigrantes que puedan acceder al territorio de la UE en situación irregular (Gortázar, 2009, p. 202).

La cooperación policial con terceros países se posiciona como una de las principales manifestaciones de esta externalización fronteriza. El Pacto europeo sobre migración y asilo recomienda una política de cooperación más ambiciosa en los ámbitos policial y judicial para luchar contra la inmigración irregular (13440/08 ASIM 72, p.8). Las fuerzas policiales

destinadas al control de las fronteras exteriores de la UE que incluyen las policías nacionales y de otros Estados miembros coordinadas por FRONTEX han recibido el apoyo de fuerzas policiales de países extranjeros los que, naturalmente, tienen competencia dentro del mismo territorio de los países de origen y tránsito.

La Política Europea de Vecindad, desarrollada entre la UE y terceros países del mediterráneo y la Europa Oriental, ha incluido acuerdos para llevar a cabo un sistema de vigilancia y control de la migración con la ayuda y cooperación de terceros países que incluya intercambio de información, formación de funcionarios especializados para la gestión de fronteras, entre otras tareas.

Ejemplo de esta cooperación policial con terceros países son las “Operaciones Seahorse”, conjunto de operaciones de vigilancia de las fronteras marítimas atlánticas en las que participan fuerzas policiales de distintos países, europeos y africanos (FUHEM Ecosocial, 2013, p. 6).

En segundo lugar, la existencia de centros de detención de inmigrantes ubicados en terceros países ha sido objeto de críticas. Por ejemplo, el centro de detención de Nouadhibou, en Mauritania, instaurado luego de un acuerdo logrado entre España y dicho país, consistía en la readmisión de personas provenientes de distintos países de África en territorio mauritano con el objetivo de derivarlos a la frontera de sus respectivos países de origen. Un informe de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) recomendó el cierre de dicho centro de detención dada sus condiciones de insalubridad, falta de espacio, falta de equipamiento, condiciones de hacinamiento, falta de formación especializada de los policías asignados, no se establecen plazos máximos de detención, las condiciones de los traslados hacia los países de origen son insuficientes, además el proceso de repatriación termina cuando se deja a los repatriados en la frontera con el país de origen, dejándolos a kilómetros de la primera aldea⁵⁷.

En tercer lugar, los acuerdos de readmisión celebrados entre la UE y terceros países que consisten en el compromiso que adquieren estos últimos en la readmisión de sus nacionales a su territorio. También se incluye la readmisión de otras personas que no necesariamente son nacionales del tercer Estado, pero, sin embargo, lo han utilizado como país de tránsito. Entre los acuerdos de readmisión más destacables se menciona los celebrados con Macao, Hong Kong, Sri

⁵⁷ La falta de garantías jurídicas mínimas para los inmigrantes en el proceso de repatriación quedó latente en dicho informe: “La ausencia de una regulación desarrollada y coherente de las migraciones en Mauritania se refleja de una manera directa en la indefinición y carencia de base jurídica del centro de detención de Nouadhibou” (CEAR, 2008, p. 27).

Lanka, Albania, Rusia, Bosnia-Herzegovina, Montenegro, Serbia y Macedonia, Moldavia, Ucrania, Pakistán, Georgia y Turquía (Migreurop, 2012).

3.1.2. *Gestión de las fronteras exteriores*

La gestión de fronteras exteriores no se agota en la vigilancia material de los controles de las líneas fronterizas, sino que tiene como principal blanco las trayectorias o rutas migratorias. El control de las fronteras exteriores se centra hoy en la tarea de identificar, vigilar e interceptar las principales rutas migratorias, desde su origen, lugares de paso, hasta su destino con el objetivo de evitar que crucen la frontera.

Con el Enfoque Global naturalmente se complejiza la tarea de gestionar las fronteras exteriores ampliándola más allá de las mismas fronteras. Esto, unido a la tarea de evitar al máximo la entrada de inmigrantes irregulares, significa un desafío mayor, tanto en implementación de nuevas estrategias como en inyección de recursos económicos para llevar a cabo dichas estrategias.

Distintos son los mecanismos que convergen entre sí con el objeto de evitar al máximo la entrada de inmigrantes irregulares en territorio europeo creando un verdadero marco legal y operativo a nivel comunitario. La Comunicación de la Comisión sobre las prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países (COM 2006/402) señalaba que este marco legal y operativo estaba compuesto por el Código de Fronteras, incluido el manual práctico y no vinculante para los guardias fronterizos, el Reglamento sobre el tráfico fronterizo local y el Reglamento que creaba la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación operativa en las Fronteras Exteriores (FRONTEX), este último reemplazado en la actualidad por el Reglamento 2016/1624 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas.

Así, se infiere que la gestión de fronteras exteriores se sustenta en ciertos pilares cuya tarea no se agota en el “patrullaje de la línea fronteriza”, sino que abarca todo el trayecto migratorio.

El primer sustento de esta política de gestión de fronteras es el Código de Fronteras Schengen, que “determina las normas relativas al cruce de las fronteras exteriores, así como las condiciones que rigen el restablecimiento temporal de los controles en las fronteras interna” (Neville, 2016, p. 1).

Luego debemos hacer referencia a la aplicación de nuevas tecnologías en la gestión de fronteras. El establecimiento de grandes bases de datos y la aplicación de tecnología biométrica

han sido uno de los principales desafíos que se ha impuesto la UE para hacer aplicable una gestión de fronteras acorde al Enfoque Global de las Migraciones. Dentro de las grandes bases de datos operativas podemos mencionar el Sistema de Información Schengen (SIS)⁵⁸ y el Sistema de Información de Visados (VIS)⁵⁹. El fundamento de ambos sistemas de información es el intercambio de datos entre los Estados miembros para mejorar la cooperación y coordinación en materias relacionadas con la gestión de fronteras exteriores. El SIS se enmarca en la cooperación policial y judicial de la UE y contiene información respecto de personas desaparecidas o buscadas, además de información sobre especies robadas, entre otros datos. En cuanto a la gestión de fronteras exteriores, el SIS cumple una tarea fundamental en la seguridad y el control de fronteras. Cualquier Estado miembro puede acceder al SIS consultando información respecto de determinada persona y respecto de la existencia de prohibiciones de ingreso, entre otros. Por su parte, el VIS es un sistema de información de visados emitidos por los Estados miembros, con el propósito de aumentar la cooperación entre los consulados de los Estados miembros y la seguridad en los cruces de fronteras.

En ambos sistemas de información se aplican nuevas tecnologías desarrolladas para incrementar la seguridad y eficacia en la gestión de fronteras. Es el caso de la inclusión de datos biométricos en estos sistemas. Ya lo señalaba la Comisión en 2006, con una clara inclinación a la aprobación de la aplicación de nuevas tecnologías en esta área:

La tecnología biométrica tendrá un impacto significativo en los sistemas de control fronterizo. El potencial de esta tecnología debe aprovecharse para aumentar la eficacia de las actividades de control fronterizo teniendo presentes también cuestiones éticas y la protección de los derechos fundamentales (COM 2006/402, punto 22).

Posteriormente se modificó el SIS para dar paso al Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II)⁶⁰, el cual contempla mejoras como la posibilidad de que se incluyan

⁵⁸ Acuerdo de Schengen, Título IV, firmado en Schengen, Luxemburgo el 14 de junio de 1985. A partir del Acuerdo de Schengen surgió el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen que se firmó el 19 de junio de 1990, entrando en vigor el 26 de marzo de 1995.

⁵⁹ Reglamento (CE) n° 767/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, sobre el Sistema de Información de Visados (VIS) y el intercambio de datos sobre visados de corta duración entre los Estados miembros (Reglamento VIS), publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea número L 218 de 13 de agosto de 2008.

⁶⁰ Creado por dos normas: 1) Reglamento (CE) n° 1987/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II), publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea número L 381 de 28 de diciembre de 2006 y; 2) Decisión 2007/533/JAI del Consejo, de 12 de junio de 2007, relativa al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II), publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea número L205 de 07 de agosto de 2007

datos biométricos, mayor detalle en las descripciones de algunos bienes, posibilidad de realizar cruce de datos, entre otras.

No podemos dejar de mencionar el rol de Frontex en la gestión integrada de las fronteras exteriores. De acuerdo al Título V del TFUE, la UE tiene la tarea de desarrollar una política sobre control de fronteras, asilo e inmigración que garantice la ausencia de controles en las fronteras interiores, pero que refuerce los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores, además de instaurar progresivamente un sistema integrado de fronteras exteriores (artículos 67.2 y 77.1, TFUE). Frontex se ha convertido en una herramienta trascendental en la cooperación, coordinación, complementación y solidaridad entre los Estados miembros y la UE.

En el cumplimiento de sus tareas, Frontex ha llevado a cabo variadas operaciones, tanto en tierra como en el mar. Las operaciones más conocidas del Frontex⁶¹ consisten justamente en interceptar embarcaciones de migrantes que tratan de alcanzar las fronteras del sur y sureste con el fin de impedir que lleguen a territorio europeo. Luego de realizada la interceptación de los buques, se procede a la devolución de sus pasajeros al país del cual partieron, que no necesariamente es el país de origen.

Estas operaciones marítimas han sido fuertemente criticadas por organizaciones no gubernamentales, la sociedad civil, el Defensor del Pueblo de la UE (El Mundo, 2012) y la comunidad internacional, pues reflejan una lógica bélica y de miedo teniendo en cuenta los medios logísticos de que dispone Frontex, su forma organizativa de carácter militar y sus modalidades de intervención. Por eso, se afirma que la aplicación de estos métodos obedece a la visión instrumental del modelo migratorio de la UE que se caracteriza por “una óptica unilateral y recortada que regatea los derechos fundamentales y reduce la inmigración a la mano de obra que necesita el mercado de trabajo” (Ceriani, 2009, p. 189). Es decir, se ha buscado la aplicación mínima de los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos que han suscrito los Estados miembros, tales como la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiado, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, el Pacto internacional sobre

⁶¹ Podemos señalar tres grandes operaciones realizadas por Frontex: 1) Operación Tritón o Frontex Plus, la cual fue creada para mantener un control en las fronteras del Mar Mediterráneo. Se dio comienzo a esta operación el 1 de noviembre de 2014. Dentro de los Estados miembros que contribuyen voluntariamente a la operación Tritón se encuentran Suecia, Francia, España e Italia; 2) Operación Poseidón, la que se llevó a cabo en el Mar Mediterráneo Oriental en la cual Grecia tomó protagonismo. Este operativo tuvo dentro de sus objetivos, la búsqueda de sustancias ilegales que pudieran ser ingresadas, la pesca ilegal y el control migratorio en la zona; 3) Operación Minerva, centrada en los puertos de Algeciras, Tarifa y Ceuta ubicados en España, con el fin de detectar inmigración irregular, combatir la delincuencia transfronteriza, incluyendo amenazas terroristas.

derechos civiles y políticos, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, entre otros.

El principal argumento de los Estados miembros, sobre todo los que se benefician de las operaciones del Frontex, es que los instrumentos internacionales de derechos humanos no son aplicables en alta mar, porque la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, en su artículo 29, señala que “Un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo”.

Es decir, la aplicabilidad de los tratados internacionales tiene como límite la soberanía territorial de los Estados miembros. Alemania intentó imponer una tesis que consistía en la no aplicación de la prohibición de *refoulement* establecido en el artículo 33 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, cuando las personas que reclaman persecución se encuentren en alta mar, ya que ésta sería un área extraterritorial que no cabe en su jurisdicción (Ministerio de Asuntos Interiores de Alemania, 2005 citado por Fischer-Lescano y Löhr, 2007, p. 8). Asimismo ocurrió también con el caso *Hirsi Jamaa y Otros contra Italia* (STEDH de 23 de febrero de 2012) en el cual cerca de 200 inmigrantes somalíes y eritreos los cuales viajaban desde Libia, siendo interceptados por autoridades italianas y posteriormente enviados de vuelta a Libia. Pero el término “jurisdicción” no necesariamente es sinónimo de “territorio” de un Estado. Es así como Pablo Ceriani señala que:

Las obligaciones de derechos humanos no se refieren únicamente a las acciones que realice un Estado en su territorio, sino que alude a la responsabilidad del Estado por la afectación de los derechos a una persona mediante cualquier conducta que sus agentes efectúen en ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de lugar donde ello ocurra (Ceriani, 2009, p. 191).

3.1.3. Política común de retorno

En una Comunicación de la Comisión sobre las prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países (COM 2006/402) se establece como una de las prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal las políticas en materias de retorno, considerándola piedra angular de toda la política migratoria europea:

El retorno, en el completo respeto de los derechos fundamentales, continúa siendo una piedra angular de la política de la UE en materia de migración. Una política de retorno eficaz es fundamental para asegurar el respaldo público a cuestiones como la migración legal y el asilo

(Comunicación de la Comisión sobre las prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países, 2006, p. 10).

Su carácter de piedra angular de la política migratoria se desarrolló a través de distintas comunicaciones e instrumentos de la UE estableciendo la necesidad de desarrollar mecanismos de retorno eficaces ante la baja ejecución de las órdenes de expulsión y la tendencia de los Estados miembros a las regularizaciones masivas⁶².

El segundo compromiso del Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo reiteraba el combate a “la inmigración irregular, garantizando, entre otras cosas, el retorno a su país de origen o a un país de tránsito de los extranjeros en situación irregular” (Doc. 13440/08 ASIM 72, p.7).

También en el Programa de Estocolmo se refiere a las políticas de retorno como elemento esencial de la lucha contra la inmigración irregular:

Una política de retorno efectiva y sostenible constituye un elemento esencial de un sistema bien gestionado de migración en el marco de la Unión. La Unión y los Estados miembros deberían intensificar sus esfuerzos para repatriar a los nacionales de terceros países que residen ilegalmente. Se deberían asignar los medios financieros necesarios para ello. Una política de este tipo debe ponerse en práctica respetando plenamente el principio de no devolución, así como los derechos y las libertades fundamentales y la dignidad de los repatriados. Debería darse preferencia al retorno voluntario, aunque se reconoce la inevitable necesidad de medios eficaces para ejecutar las repatriaciones cuando sea necesario (Programa de Estocolmo, 2010, punto 6.1.6., p. 30).

Como mencionado anteriormente, las medidas de retorno no solamente incluyen procedimientos coercitivos, sino que también tienen un ámbito voluntario. Es decir, y de acuerdo a lo establecido en el Programa de Estocolmo, estas medidas coercitivas no debieran ser aplicadas cuando existe una voluntad de abandonar el territorio de la UE. El Consejo Europeo está de acuerdo con esta visión invitando a los Estados miembros a dar preferencia a las medidas voluntarias de retorno por sobre las forzosas señalando que se debe “fomentar el retorno voluntario, incluso a través del desarrollo de sistemas de incentivos, formación, reintegración y subsidios, y mediante el recurso a las posibilidades que ofrecen los instrumentos financieros existentes” (Programa de Estocolmo, 2010, punto 6.1.6., p. 31). Pero, por otro lado, el Consejo Europeo reconoce los bajos y casi nulos resultados del retorno voluntario y que, ante dicho

⁶² Así se indica por ejemplo en las comunicaciones de la Comisión sobre una política común de inmigración (COM 2007/780) y sobre política común de emigración para Europa: Principios, medidas e instrumentos (COM 2008/359).

escenario, resulta indispensable para la UE contar con procedimientos que ejecuten las repatriaciones de manera forzada, las cuales serán, en la práctica, la regla general.

El Pacto Europeo de Inmigración y Asilo estableció como uno de los principios fundamentales en la lucha contra la inmigración irregular que toda persona originaria de un tercer país que se encuentre en situación irregular debe abandonar el territorio europeo⁶³ en donde la aplicación de medidas de retorno resulta trascendental.

Para la UE el retorno es una de las herramientas más efectivas contra la inmigración irregular ya que ataca directamente la permanencia de un inmigrante irregular en el territorio de un Estado miembro. Otras, como las regularizaciones masivas, son ilusorias porque no abordarían directamente a la inmigración irregular de nacionales de terceros países careciendo de la eficacia y efectividad de las medidas de retorno, incluso fomentarían dicha migración, además de perjudicar a los otros Estados miembros debido a la eliminación de los controles en las fronteras interiores del espacio Schengen.

⁶³ El Pacto Europeo de Inmigración y Asilo, al referirse al compromiso de combatir la inmigración irregular, señala: “El Consejo Europeo confirma su determinación de luchar contra la inmigración irregular. Recuerda su compromiso a favor de la aplicación de tres principios fundamentales: i) Es necesario reforzar la cooperación de los Estados miembros y de la Comisión con los países de origen o tránsito para luchar contra la inmigración irregular en el marco del Enfoque Global de la Migración; ii) Los extranjeros en situación irregular en el territorio de los Estados miembros deben abandonar dicho territorio. Cada Estado miembro se compromete a garantizar la aplicación efectiva de este principio, dentro del respeto del Derecho y la dignidad de las personas implicadas, dando preferencia al retorno voluntario, y reconocerá las decisiones de retorno adoptadas por otro Estado miembro; iii) Todos los Estados tienen la obligación de volver a admitir sus nacionales que se encuentren en situación irregular en el territorio de otro Estado” (p. 7).

3.2. La Directiva de Retorno como instrumento de la lucha contra la inmigración irregular

3.2.1. Consideraciones previas

La Directiva de Retorno es un instrumento que se discutió dentro del proceso de elaboración de una política común europea de inmigración, siendo su aprobación un aporte significativo considerando el gran valor adjudicado al retorno en la lucha contra la inmigración irregular.

En 2001 la Comisión Europea elaboró el informe “Una Política Común de Inmigración Ilegal” (COM 2001/672)⁶⁴ y el “Plan de Acción contra la Inmigración Ilegal”. Ambos proveen un marco conceptual para enfrentar la inmigración irregular de nacionales de terceros países. A raíz de lo anterior surge el “Libro Verde sobre una Política de Retorno”⁶⁵ que buscaba elevar la efectividad de las medidas de alejamiento en la UE. El “Libro Verde” puso sobre la mesa la necesidad de contar con una regulación más eficaz respecto del retorno.

En 2005 una propuesta de Directiva fue presentada por la Comisión Europea, siendo reiteradamente bloqueada. Posteriormente, comenzaron diversas negociaciones en conjunto con el Comité de Libertades Civiles, Justicia e Interior y la Comisión. Luego de casi tres años de discusiones y negociaciones, el 18 de junio de 2008 el Parlamento Europeo aprobó el texto de la Directiva de Retorno a través del procedimiento de codecisión.

Dicha Directiva fue influenciada por la regulación europea ya existente, por el Acervo de Schengen y la Directiva 2001/40/CE del Consejo de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países que contemplaba los estándares mínimos que debían respetar los Estados miembros dentro del procedimiento de expulsión, siendo una suerte de ensayo para la aplicación de la Directiva de Retorno que resulta ser una última versión mejorada de la primera. Sin embargo, aquella Directiva sobrevivió pese a que se pensaba derogar a través de la recién citada y ha servido para marcar los principales temas que debían ser abordados por la nueva normativa.

La Directiva de Retorno influye en el Acervo de Schengen en el sentido que es aplicada cuando los inmigrantes extracomunitarios no han cumplido o han dejado de cumplir con las reglas del Acervo. A través de la Directiva se reemplazaron los artículos 23 y 24 relativos al

⁶⁴ Comisión de las Comunidades Europeas. (15 de noviembre de 2001). COM/2001/672 Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal. Bruselas.

⁶⁵ Comisión de las Comunidades Europeas. (10 de abril de 2002). COM/2002/175 Libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales. Bruselas.

Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen en relación a las medidas de expulsión y de compensación económica en caso de que el inmigrante no cuente con los medios para financiar su propia expulsión.

3.2.2. *Objetivo de la Directiva de Retorno*

En el derecho de la UE, la directiva es un acto jurídico vinculante que establece obligaciones de resultado que los Estados miembros deben cumplir, pero deja a las autoridades nacionales la libertad de elegir las normas internas que regularán las formas y los medios destinados a conseguirlo (artículo 288 del TFUE).

En base a lo anterior, el objetivo de la Directiva de Retorno es armonizar las normas de retorno que los Estados miembros aplican a los nacionales de terceros países que no cumplen o hayan dejado de cumplir con las condiciones de entrada, permanencia o residencia dentro de su territorio. Se pretende establecer parámetros mínimos en el proceso de retorno y que sean conforme con los derechos fundamentales y principios generales del derecho de la UE como del derecho internacional.

El referido objetivo se indica de manera expresa tanto en el título de la misma Directiva como en el artículo primero:

La presente directiva establece normas y procedimientos comunes que deberán aplicarse en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, de conformidad con los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, así como del Derecho internacional, incluidas las obligaciones en materia de protección de los refugiados y de derechos humanos.

Así también lo indican los considerandos quinto, sexto y vigésimo de la Directiva:

(5) Conviene que la presente Directiva establezca un conjunto horizontal de normas aplicable a todos los nacionales de terceros países que no cumplen o que han dejado de cumplir las condiciones de entrada, estancia o residencia en un Estado miembro.

(6) Procede que los Estados miembros se aseguren de que la finalización de la situación irregular de nacionales de terceros países se lleve a cabo mediante un procedimiento justo y transparente. De conformidad con los principios generales del Derecho comunitario, las decisiones que se tomen en el marco de la presente Directiva deben adoptarse de manera individualizada y fundándose en criterios objetivos, lo que implica que se deben tener en cuenta otros factores además del mero hecho de la situación irregular.

(20) Dado que el objetivo de la presente Directiva, a saber, el establecimiento de normas comunes sobre retorno, expulsión, uso de medidas coercitivas, internamiento y prohibición de entrada, no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, debido a la dimensión y a los efectos de la presente Directiva, puede lograrse mejor a nivel comunitario, la Comunidad puede adoptar medidas de conformidad con el principio de subsidiariedad establecido en el artículo 5 del Tratado.

Sin embargo, dentro de este objetivo general se le brinda mayor importancia a la utilidad del retorno en la expulsión de inmigrantes irregulares por sobre la protección de sus derechos humanos. Al analizar el preámbulo de la Directiva encontramos algunos considerandos que destacan la efectividad de la expulsión.

El considerando segundo indica que:

El Consejo Europeo de Bruselas de 4 y 5 de noviembre de 2004 pidió que se establezca una política eficaz de expulsión y repatriación, basada en normas comunes, para que las personas sean retornadas humanamente y respetando sus derechos humanos y su dignidad.

Por otra parte, el considerando cuarto hace hincapié en lo imprescindible que resulta el retorno para la política migratoria europea, pues “es necesario fijar normas claras, transparentes y justas para establecer una política efectiva de retorno como un elemento necesario de una política migratoria bien gestionada”.

El considerando octavo reconoce el derecho de los Estados miembros a expulsar a los inmigrantes irregulares, siempre que se observe el principio de no devolución:

Se reconoce que es legítimo que los Estados miembros hagan retornar a los nacionales de terceros países en situación irregular, siempre y cuando existan sistemas de asilo justos y eficientes que respeten plenamente el principio de no devolución.

Aún más explícitos resultan ser los considerandos décimo y décimo tercero, indicando que la aplicación de medidas de retorno voluntario y medidas que impliquen el uso de la fuerza no deben obstruir o impedir la expulsión, e incluso este último establece como un principio la eficacia del retorno, el cual se debe respetar en conjunto con el principio de proporcionalidad:

En los casos en que no haya razones para creer que con ello se dificulte el objetivo del procedimiento de retorno, debe preferirse el retorno voluntario al forzoso y concederse un plazo para la salida voluntaria.

Debe supeditarse expresamente el uso de medidas coercitivas a los principios de proporcionalidad y eficacia por lo que se refiere a los medios utilizados y a los objetivos perseguidos.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia (TJ) confirma la importancia otorgada a la expulsión del inmigrante irregular nacional de un tercer país como objetivo principal de la Directiva. En palabras de González Saquero, el TJ ha creado la noción del efecto útil de la legislación de la UE que también se aplica en los casos relacionados con la Directiva de Retorno:

En esta línea argumental, el TJ abandona todo razonamiento basado en la garantía de derechos fundamentales. La cuestión principal es salvaguardar el efecto útil de la directiva, que se cifra en establecer procedimientos comunes para la rápida expulsión de los inmigrantes irregulares del territorio de la Unión (González Saquero, 2015, p. 219).

En el asunto *El Dridi*, el TJ ha argumentado en esta línea para establecer que la existencia de una pena privativa de libertad ante la infracción de una orden de expulsión se opone a la Directiva de Retorno por cuanto impide que se realicen sus objetivos, a saber, “la instauración de una política eficaz de expulsión y de repatriación de los nacionales de terceros países en situación irregular” (TJ, Sala primera, *El Dridi* C-61/211 PPU, ap. 59). Así se argumenta también en los asuntos de *Achughbabian* (TJ, Gran sala, *Achughbabian* C-329/11, ap. 28, *Sagor* (TJ, Sala primera, *Sagor* C-430/11, ap. 31 y 32) y *Celaj* (TJ, Sala cuarta, *Celaj* C-290/14, ap. 20 y 21) en las cuales queda establecido que la Directiva de Retorno no se opone a que un Estado miembro califique de delito la situación de irregular de un inmigrante, siempre y cuando la aplicación de la respectiva sanción penal no impida o entorpezca el procedimiento de expulsión. Incluso el TJ ha sostenido que si la sanción es más favorable al inmigrante irregular, ésta no debe aplicarse cuando se opone a los objetivos de la directiva y como consecuencia de ello la priva de su efecto útil, como en la sentencia del caso *Zaizoune* (TJ, Sala cuarta, *Zaizoune* C-38/14), que trata sobre la situación de aquellos nacionales de terceros países que han entrado a territorio español de manera regular, pero luego pierden o no renuevan su autorización de estancia o residencia en el plazo y en la forma establecida por el ordenamiento jurídico español, lo cual es considerado una infracción grave que se sanciona con una multa o con la expulsión resultando incompatible la aplicación de ambas al mismo tiempo⁶⁶. En todos estos casos, el TJ no desarrolla mayormente

⁶⁶ Hay que hacer presente que González Saquero hace un análisis más profundo de éste caso y sus posibles problemas en González Saquero (2015, pp. 133-158).

argumentos relacionados con la protección de los derechos fundamentales de los migrantes nacionales de terceros países.

También, como veremos más adelante, el nulo desarrollo de mecanismos de protección de derechos fundamentales dentro del texto de la Directiva da a entender que la prioridad es otra, relegando a los derechos fundamentales a un carácter inferior que no se merece.

3.2.3. *Los conceptos de “inmigración ilegal” e “inmigración irregular”*

Estos términos se encuentran presentes en la Directiva de Retorno así como en los programas, estrategias y derecho derivado de la UE relacionados con la inmigración de nacionales de terceros países. En la Directiva de Retorno encontramos el concepto de inmigrante irregular en su artículo tercero, definiendo en primer lugar lo que se debe entender por “nacional de un tercer país” y luego qué significa que dicha persona se encuentre en “situación irregular”.

Como indicamos en el primer capítulo de este trabajo, la Directiva establece que, por regla general, un nacional de un tercer país es aquella persona que no es ciudadano de la Unión y que no es beneficiario de derecho a la libre circulación según lo dispuesto por el Código de Fronteras Schengen.

Luego, la Directiva, en el artículo 3.2, se hace cargo de definir el momento en que una persona “nacional de tercer país” se encontraría en “situación irregular”:

La presencia en el territorio de un Estado miembro de un nacional de un tercer país que no cumple o ha dejado de cumplir las condiciones de entrada establecidas en el artículo 5 del Código de fronteras Schengen u otras condiciones de entrada, estancia o residencia en ese Estado miembro.

Por su parte, el artículo 5.1 del Código de Fronteras Schengen establece las condiciones de entrada que deben cumplir los nacionales de terceros países. Según la normativa citada, dichas condiciones son aplicables a los nacionales de terceros países para una estancia que no exceda de tres meses dentro de un período de seis meses. A grandes rasgos, dichas condiciones son las siguientes:

- a) Estar en posesión de un documento o documentos de viaje válidos que permitan el cruce de la frontera.
- b) Estar en posesión de un visado válido, cuando así lo exija el Reglamento (CE) nº 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras

exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación, salvo que sean titulares de un permiso de residencia válido;

- c) Estar en posesión de documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios de subsistencia suficientes, tanto para el período de estancia previsto como para el regreso al país de origen o el tránsito hacia un tercer país en el que su admisión esté garantizada, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.
- d) No estar inscrito como no admisible en el SIS.
- e) No suponer una amenaza para el orden público, la seguridad interior, la salud pública o las relaciones internacionales de ninguno de los Estados miembros ni, en particular, estar inscrito como no admisible en las bases de datos nacionales de ningún Estado miembro por iguales motivos.

Se entiende que dichas condiciones son copulativas y a la vez bastante detalladas sin perjuicio de existir ciertas excepciones a su cumplimiento que dicen relación con la expedición de permisos por parte del Estado miembro, expedición de visados en fronteras y razones humanitarias⁶⁷. Sin perjuicio de lo anterior, la Directiva de Retorno también establece que se considerarán nacionales de terceros países en “situación irregular” aquellos que incumplan “otras condiciones de entrada, estancia o residencia en ese Estado miembro”. Entendemos que lo anterior es el reflejo de la reserva que tienen los Estados miembros respecto de la cantidad de inmigrantes que está dispuesto a recibir, pero abre el abanico de condiciones que tienen que

⁶⁷ Artículo 5.4 del Código de Fronteras Schengen: “No obstante lo dispuesto en el apartado 1: a) podrá autorizarse la entrada al territorio de los Estados miembros a aquellos nacionales de terceros países que no cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1 pero sean titulares de un permiso de residencia o de un visado de regreso expedido por uno de los Estados miembros o, cuando así se exija, de ambos documentos, al objeto de que puedan llegar al territorio del Estado miembro que haya expedido el permiso de residencia o el visado de regreso, a no ser que figuren en la lista nacional de no admisibles del Estado miembro en cuyas fronteras exteriores se presenten y que la descripción que les afecte esté acompañada de medidas que se opongan a la entrada o al tránsito; b) podrá autorizarse la entrada al territorio de los Estados miembros a aquellos nacionales de terceros países que se presenten en la frontera y cumplan las condiciones establecidas en el apartado 1, excepto la de la letra b), si se les puede expedir visado en la frontera en virtud del Reglamento (CE) no 415/2003 del Consejo, de 27 de febrero de 2003, sobre expedición de visados en frontera, incluidos los de marinos en tránsito (1). Los visados expedidos en la frontera se registrarán en una lista. En caso de que no fuera posible colocar el visado en el documento, se adherirá la etiqueta, con carácter excepcional, en una hoja suelta que se incorporará al documento. En tal caso, se utilizará obligatoriamente el modelo uniforme de impreso para la colocación del visado establecido por el Reglamento (CE) no 333/2002 del Consejo, de 18 de febrero de 2002, sobre un modelo uniforme de impreso para la colocación del visado expedido por los Estados miembros a titulares de un documento de viaje no reconocido por el Estado miembro que expide el impreso (2); c) por motivos humanitarios, de interés nacional o por obligaciones internacionales, todo Estado miembro podrá autorizar la entrada en su territorio a nacionales de terceros países que no cumplan alguna de las condiciones establecidas en el apartado 1. En tales casos, cuando un nacional de un tercer país esté inscrito como no admisible con arreglo al apartado 1, letra d), el Estado miembro que le autorice la entrada en su territorio informará de ello a los demás Estados miembros.

cumplir los nacionales de terceros países a la merced del ordenamiento jurídico de cada Estado miembro haciendo más amplia la posibilidad de caer en la “situación de irregular”.

Gran parte de la doctrina y organismos internacionales han señalado que la terminología correcta es “inmigrante irregular” y que por ningún motivo debería llamárseles “inmigrantes ilegales”.

Peña Pérez hace referencia a la existencia de un principio conocido por los estudiosos del fenómeno de las migraciones que dice lo siguiente: “ningún inmigrante es ilegal. Las personas no pueden ser consideradas ilegales, solamente sus actos pueden ser calificados como ilegales” (Peña Pérez, 2012, p. 87). Por lo mismo, considera el término “inmigrante ilegal” como una “aberración jurídica”.

Chueca Sancho también sostiene lo anterior considerando la ilegalidad de la persona como uno de los principales mitos que componen la visión de las migraciones en Europa:

Desde el punto de vista del Derecho, ninguna persona es ilegal. Aunque sí pueden serlo sus actos. Por tanto, al calificar como ilegal a una persona, se pervierte el más íntimo sentido del derecho, se comete un auténtico fraude en la interpretación o en la aplicación del derecho; este fraude, esta perversión surgen cualquiera que sea el contenido de la norma concreta que se pretende interpretar o aplicar (Chueca Sancho, 2005, p. 17).

Por tanto, la elección de uno u otro término dará cuenta del verdadero sentido que se le desea otorgar a lo que se pretende transmitir. La potencia del término “inmigrante ilegal” se evidencia en que por sí solo criminaliza a un grupo indeterminado de personas en situación de irregularidad administrativa que no han cometido ningún delito. En el texto de la Directiva de Retorno se hace referencia en cuatro oportunidades al término “inmigrante ilegal” o “inmigración ilegal”.

En sus consideraciones iniciales señala: “El Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999 estableció un planteamiento coherente en materia de inmigración y asilo, que abarca a la vez la creación de un sistema común de asilo, una política de inmigración legal y la lucha contra la *inmigración ilegal*”. En el artículo 11.3, párrafo segundo: “Las víctimas de la trata de seres humanos a quienes se haya concedido un permiso de residencia de conformidad con la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la *inmigración ilegal* (...)”. En el artículo 12.3, párrafo primero: “Los Estados miembros podrán decidir no aplicar el apartado 2 a los

nacionales de terceros países que hayan entrado ilegalmente en el territorio de un Estado miembro y que no hayan obtenido ulteriormente una autorización o derecho de estancia en él”. En el artículo 12.3, párrafo tercero: “Los Estados miembros facilitarán folletos informativos generales en los que se explicarán los principales elementos del formulario tipo en al menos cinco de las lenguas que con mayor frecuencia utilicen o comprendan los *inmigrantes ilegales* que llegan al Estado miembro de que se trate.

Distintos instrumentos de la UE han hecho especial referencia al retorno como uno de los elementos esenciales de esta lucha, así lo ha señalado, por ejemplo, el Programa de Estocolmo, las Orientaciones estratégicas para el período 2014-2020 y la Agenda Europea de Migración. Este último instrumento reafirma la importancia de la Directiva ordenando a los Estados miembros su aplicación irrestricta. La Agenda Europea de Migración no cuestiona en ningún momento el contenido de la Directiva de Retorno y ubica el problema justamente en su poca aplicación.

En conclusión, la Directiva de Retorno es un instrumento que no utiliza correctamente la terminología para hacer referencia a los inmigrantes en situación de irregularidad administrativa, pero también es el elemento esencial de la lucha contra la inmigración ilegal, por lo que la Directiva se impregna doblemente de lo que la doctrina y organismos internacionales han sostenido respecto de la inadmisibilidad del uso del término “inmigración ilegal”, esto es, la inminente intención de criminalización del inmigrante, y así, justificar la aplicación de medidas coercitivas de *ultima ratio* propias del derecho penal.

3.2.4. *La Expulsión en la Directiva de Retorno*

3.2.4.1. *Salida voluntaria y expulsión*

Según el Capítulo II de la Directiva la situación irregular de un nacional de tercer país finaliza con la decisión de retorno dictada por el Estado miembro correspondiente. Dicha decisión desemboca en el otorgamiento de un plazo para la salida voluntaria o en su expulsión. Son dos los casos en los cuales opera la expulsión: cuando la decisión de retorno no haya establecido un plazo determinado para la salida voluntaria o, cuando otorgado dicho plazo, el inmigrante irregular no hiciera abandono voluntario del territorio europeo.

La Directiva deja en segundo plano el retorno voluntario y se inclina por la regulación de medidas de expulsión forzosa. Lo anterior queda de manifiesto en la poca regulación que existe respecto del retorno voluntario en contraposición a la frondosa normativa relativa a la expulsión.

La aplicación de la decisión de retorno resulta imperativa hacia los Estados miembros toda vez que, como indica el TJ, “la misma Directiva prevé ante todo, con carácter principal, la obligación de los Estados miembros de dictar una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio” (TJ, Sala primera, *El Dridi* C-61/211 PPU, ap. 35).

La salida voluntaria es ilusoria dado que en ningún instante resulta ser “voluntaria”, ya que resulta de una decisión de carácter administrativa o judicial que establece una “obligación de retorno”. Lo único que establece la Directiva es la posibilidad que la decisión de retorno establezca un plazo mínimo de 7 y máximo de 30 días para que el inmigrante haga abandono de territorio europeo sin el uso de medidas coercitivas, plazo que se otorga sólo si el nacional del tercer país lo solicita, y si no cumple con dicha obligación es inminente su expulsión. También este retorno voluntario resulta poco realista ya que no se consideran las circunstancias del inmigrante. Si bien se establece una prórroga del plazo para la salida voluntaria por razones de duración de la estancia, la existencia de niños escolarizados y existencia de otros vínculos familiares y sociales, no se aborda completamente las razones por las cuales los inmigrantes se vieron en la necesidad de entrar a territorio europeo de manera irregular, ni tampoco las traumáticas experiencias del trayecto que realizaron para poder entrar a la UE, las que probablemente sean las mismas que tengan que hacer para salir. Al respecto Ceriani ha señalado:

Resulta difícil, sino imposible, que las personas acepten salir del país en que viven (y seguramente, con o sin autorización), considerando las dificultades, obstáculos o incluso abusos experimentados para migrar, el esfuerzo realizado o las diversas privaciones de derechos que pueden haber sufrido en el país que los quiere expulsar (Ceriani, 2009, p. 87).

Por lo tanto, consideramos que la Directiva de Retorno no cumple con lo que ella misma se propone al establecer un mecanismo de salida voluntaria que en la práctica no existe pues está vinculado directamente con medidas coercitivas y no se establecen incentivos para que la salida voluntaria sea una alternativa realista.

3.2.4.2. *La perspectiva razonable de expulsión*

Relacionando el carácter principal de la Directiva de Retorno, el cual es la expulsión del individuo, nos encontramos con el principio utilizado por la jurisprudencia proveniente de la misma Directiva de Retorno, la que en su artículo 15 apartado 4, nos habla de “perspectiva razonable de expulsión”. En el asunto *Kadzoev* se señala a modo de conceptualizar negativamente dicho término que “no existe una perspectiva razonable de expulsión cuando

parece poco probable que el interesado sea admitido en un tercer país, habida cuenta de los citados plazos” (TJ, Gran sala, *Kadzoev* C-357/09 PPU, ap. 66). Asimismo, en el asunto *Mahdi* se indica que:

Cuando parezca haber desaparecido la perspectiva razonable de expulsión, bien por motivos jurídicos o por otras consideraciones, o hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas en el artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2008/115, dejará de estar justificado el internamiento del nacional del tercer país y dicho nacional será puesto en libertad inmediatamente (TJ, Sala tercera, *Mahdi* C-146/14 PPU, ap. 59).

Por lo tanto, entendemos que el TJ, al interpretar la Directiva, ha indicado que la expulsión es el objetivo que se debe alcanzar y que, en el caso que se vea probablemente inviable, deja de tener sentido la aplicación de la Directiva. En definitiva, si no hay perspectiva razonable de expulsión la persona afectada debe ser puesta en libertad de inmediato.

Lo anterior es nuevamente confirmado por el TJ en el asunto *Sagor*. Ante la pregunta del Estado Italiano sobre si la Directiva se oponía a que el Derecho de un Estado miembro pueda calificar como delito penal la situación irregular de un inmigrante, el TJ ha respondido negativamente. Sin embargo, aclaró que “un Estado miembro no puede aplicar una normativa penal que pueda menoscabar la aplicación de las normas y de los procedimientos comunes establecidos por la Directiva 2008/115 y privar de ésta de su efecto útil, (TJ, Sala primera, *Md Sagor* C-430/11, ap. 32). Entonces, la aplicación de aquella normativa penal podría menoscabar significativamente la perspectiva razonable de expulsión.

En un informe de 2013, emitido por el Centro de Internamiento de Extranjeros de Madrid, se señaló al respecto que:

También se abusa del internamiento cuando en muchos casos no hay perspectivas razonables de que vaya a poder ejecutarse la expulsión. La diferencia entre el número de internamientos y de expulsiones evidencia que, en un alto porcentaje, la medida de internamiento es ineficaz para garantizar el fin que la justifica: la materialización de la expulsión. En Barcelona, el 54% de los internos fue puesto en libertad y el 46% fue expulsado en 2013 (CIE de Madrid, 2013, p. 9).

En nuestro entender, estas cifras demuestran que muchas veces el internamiento deja de ser visto como un medio para llegar a la expulsión y derechamente es tomado como un fin para lograr un castigo o pena.

3.2.4.3. *El retorno y la expulsión en contraste con el principio de no devolución*

El principio de no devolución o *non-refoulement* es la esencia de la protección de los derechos de los refugiados y es parte del derecho internacional consuetudinario, por lo que obliga a todos los Estados de la comunidad internacional:

El non refoulement habría llegado a ser norma consuetudinaria, y la aceptación de la regla se probaría no solo por las muchas adhesiones a la Convención de Ginebra, sino sobre todo, por la práctica pacífica de los Estados en general -también de los Estados no Parte en la tan citada Convención-, y la creencia de que una actuación contraria sería antijurídica. (Gortázar, 1997, p.342)

Lo mismo se desprende de lo señalado por Mariño Menéndez, al indicar que este principio es una norma consuetudinaria autoejecutiva, es decir, completa y susceptible de producir efecto directo en el ordenamiento interno de todo Estado sin necesidad de que éste haya procedido a su incorporación o aplicación por vía de normas internas. (Mariño, 1995, pp. 514-515)

Este principio impide la devolución de un individuo a un territorio en el que su vida o libertad corre peligro. Distintos son los instrumentos internacionales que recogen este principio, pero uno de los principales es la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, en su artículo 33.1:

Prohibición de expulsión y de devolución (“refoulement”)

1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas (Convención de Ginebra, 1951).

La Directiva de Retorno consagra expresamente dicho principio en los siguientes preceptos: (i) en el considerando 8 (“Se reconoce que es legítimo que los Estados miembros hagan retornar a los nacionales de terceros países en situación irregular, siempre y cuando existan sistemas de asilo justos y eficientes que respeten plenamente el principio de no devolución”); (ii) respecto a los nacionales de terceros países excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, el artículo 4.4, letra b señala expresamente que los Estados miembros deberán respetarlo; (iii) el artículo 5 relativo a la “No devolución, interés superior del niño vida familiar y estado de salud” hace especial referencia a que en la aplicación de la Directiva los Estados miembros deberán tenerlo

en cuenta, y, por último, (iv) el artículo 9.1, letra a) señala como una de las causales del aplazamiento de la expulsión, la vulneración del principio de no devolución.

En conclusión, la Directiva de Retorno debe aplicarse con irrestricto respeto al principio de no devolución. Pero cabe preguntarse si para garantizar plenamente este principio ¿resulta suficiente su mera enunciación en el texto de la Directiva o hubiese sido preferible un desarrollo más acabado del mismo?

El ACNUR, antes de la aprobación de la Directiva demostró su preocupación respecto del riesgo de devolución ante “la ausencia explícita de las garantías/salvaguardas procesales para las personas que pueden tener necesidades de protección” (ACNUR, 2008). Para ejemplificar lo anterior, se hace referencia al caso de las personas cuyas solicitudes de protección son rechazadas por un Estado miembro sin un examen sustancial del caso, por ejemplo, bajo el criterio de “tercer país seguro”, esto es, que la persona provenga o haya transitado por un país en el que libremente pudo haber solicitado asilo.

Lo anterior se agrava aún más cuando el retorno de un nacional de tercer país puede realizarse tanto a su país de origen, a un país de tránsito con arreglo a acuerdos de readmisión o a otro tercer país al que él decida volver voluntariamente y en el que sea admitido. Paradigmático fue el caso de inmigrantes subsaharianos que intentaron llegar a España abandonados en el desierto por el ejército marroquí sin la más mínima atención humanitaria. Si bien estos hechos ocurrieron el 2005 (Cué y Cembrero, 2005) y 2008 (La Opinión, 2008), es decir, antes de la entrada en vigencia de la Directiva, es un claro ejemplo de las situaciones que pueden generarse por la no observación del principio de no devolución en el retorno de nacionales de terceros países en situación irregular.

Estas situaciones no solamente ponen en riesgo el principio de no devolución, sino que también incumplen con el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que señalan respectivamente:

Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.

y

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

Como se puede apreciar, el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos está directamente relacionado con el principio de no devolución e incluso es de mayor alcance que el artículo 33 de la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados. Así se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el conocido caso *Chahal con Reino Unido* que, refiriéndose a la expulsión de un ciudadano indio, ha determinado que una medida de expulsión de un extranjero decretada por el Estado puede constituir una vulneración del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y, en consecuencia, comprometer la responsabilidad del Estado en caso de que existan motivos considerables para creer que el interesado corre el riesgo real de ser sometido a un trato contrario a dicho artículo, en caso de ser devuelto a un determinado país (TEDH, *Chahal c. Reino Unido* A n° 22414/93, párrafos 80, 98, 151 y 153). En este sentido se ha considerado que el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos es de carácter absoluto y no permite excepciones.

Ahora bien, La Directiva solamente puede establecer normas mínimas que deben cumplir los Estados miembros al establecer sus propios procedimientos. Por lo tanto, la UE no puede establecer un procedimiento único de retorno toda vez que atentaría contra la soberanía de los Estados miembros de decidir quienes entran y salen de su territorio. Sin perjuicio de lo anterior, la enunciación del principio de no devolución en la Directiva de Retorno se debe entender en el sentido que el derecho internacional y el derecho de la UE le otorga y de esta forma lo deben aplicar los Estados miembros en sus procedimientos de retorno. Así por ejemplo, se ha sostenido que las expulsiones que se realicen en virtud de la Directiva de Retorno deben respetar el principio de no devolución según lo indicado por la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE contempla el principio de no devolución en su artículo 19:

El artículo 19 de la Carta establece que nadie puede ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes. Las Explicaciones sobre la Carta subrayan que el artículo 19.2 «incorpora la jurisprudencia pertinente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al artículo 3 del CEDH». Así, en virtud del Derecho de la UE, cualquier forma de expulsión con arreglo a la Directiva sobre retorno (2008/115/CE) o traslado de una persona a otro Estado miembro de la UE con arreglo al Reglamento de Dublín tienen que realizarse de conformidad con el derecho de asilo y el principio de no devolución (Marengoni, 2016, p. 21).

3.2.4.4. *La expulsión en contraste con el Derecho a la Vida Familiar*

La Directiva señala de manera expresa que al ser aplicada, los Estados miembros deberán tomar en cuenta la vida familiar. Pero, como ocurre con el principio de no devolución, la protección contemplada es de carácter muy general y parcial.

Existen distintos instrumentos internacionales que se refieren a la protección de la vida familiar, a saber, el artículo 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y asimismo el preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño.

Entre los instrumentos europeos podemos mencionar la referencia a la protección de la familia que realizan la Carta Social Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. El primero de estos instrumentos establece en su artículo 16:

Con miras a lograr las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad, las Partes se comprometen a fomentar la protección económica, jurídica y social de la familia, especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayuda a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas.

Por su parte, el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, aplicable tanto a los nacionales de los Estados partes como a cualquier extranjero, protege el derecho a la vida familiar en conjunto con el derecho a la vida privada, estableciendo limitaciones respecto de la injerencia de la autoridad en el ejercicio de este derecho:

Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia". "No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás (artículo 8).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es fuente de basta jurisprudencia donde se analiza la aplicación de este principio en casos de expulsión de nacionales de terceros países⁶⁸ y se ha

68 Por ejemplo, Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (18 de febrero de 1991), Sentencia Moustaquim contra Bélgica, A n° 12313/86; Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (26 de marzo de 1992), Sentencia Beldjoudi

llegado a la conclusión de que las medidas de expulsión de extranjeros sólo serán proporcionales cuando se cumplan los requisitos indicados en el artículo 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, esto es, (a) la previsión legal de la medida de expulsión (principio de legalidad), así se estableció por ejemplo en las sentencias de *Moustaquim contra Bélgica* (TEDH, A n°12313/86, párrafo 38), *Beldjoudi contra Francia* (TEDH, A n° 12083/86, párrafo 69), *Nasri contra Francia* (TEDH, A n° 19465/92, párrafo 36) y *Boughanemi contra Francia* (TEDH, A n° 22070/93, párrafo 37); (b) que ella sea necesaria en una sociedad democrática para concreción de la seguridad nacional, seguridad pública, bienestar económico del país, defensa del orden, prevención del delito, protección de la salud o de la moral, y la protección de los derechos y de las libertades de las personas, por ejemplo, en el caso *Moustaquim contra Francia* el TEDH estableció que en una orden de deportación existía un objetivo legítimo de defensa del orden el cual es compatible con la Convención (TEDH, A n°12313/86, párrafo 40); (c) que entre la medida tomada y la finalidad perseguida se verifica la existencia de una relación de proporcionalidad. El Tribunal ha tenido que determinar, en base a las circunstancias especiales del caso, si existe un equilibrio entre los intereses que el Estado miembro desea proteger con la decisión de expulsión y el respeto a la vida privada y familiar (TEDH, *Boughanemi c. Francia* A n°22070/93, párrafo 42). Por ejemplo en el asunto *Beldjoudi contra Francia* se determinó que la decisión de deportación no sería proporcional con los objetivos de defender el orden y prevenir el delito en Francia (TEDH, A n° 12083/86, párrafos 70 y 79). Lo contrario se resolvió en la sentencia del caso *Boughanemi contra Francia* en donde el Tribunal no considera que la deportación sea desproporcionada con los fines legítimos perseguidos y que por no tanto, no se estaría violando el derecho a la vida familiar (TEDH, A n°22070/93, párrafo 45).

Cabe precisar que el Consejo de Europa, en su Resolución 1509 (Asamblea Parlamentaria, 1509/2006, 2006) respecto de los derechos de los migrantes irregulares, ha reconocido que no puede aplicarse una medida de expulsión de un inmigrante irregular si existen fuertes lazos familiares en el país de residencia ya que aquello implicaría una violación al derecho a la vida familiar reconocido a nivel internacional.

contra Francia, A n° 12083/86; Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (13 de julio de 1995), Sentencia *Nasri contra Francia*, A n° 19465/92; Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (24 de abril de 1996), Sentencia *Boughanemi contra Francia*, A n° 22070/93; Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (28 de mayo de 1985), Sentencia *Abdulaziz, Cabales e Balkandali contra Reino Unido*, A n°s 9214/80, 9473/81, 9474/81.

También cabe mencionar el reconocimiento del respeto a la vida privada y familiar que realiza el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, que, como sabemos, tiene el mismo carácter jurídico vinculante que los tratados.

La Directiva de Retorno, en su artículo 5, hace referencia expresa al derecho a la vida familiar y a la obligación de los Estados miembros, al aplicar la directiva, de tener “debidamente en cuenta” la vida familiar. Tal y como ocurre con el principio de no devolución, y en realidad, con todo lo relacionado a reconocimiento de los derechos humanos y fundamentales de los inmigrantes irregulares, no existe un desarrollo mayor de éste derecho que haga efectivo su respeto en la práctica.

El respeto a la vida familiar, según los instrumentos internacionales citados, no es absoluto, incluso el Convenio Europeo de Derechos Humanos establece una serie de excepciones a este derecho. Sin embargo, reprochamos que la Directiva de Retorno no establezca de manera expresa el impedimento de una decisión de retorno o expulsión ante la existencia de lazos familiares, considerando las excepciones del artículo 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En efecto, en el artículo 7 de la Directiva se contempla la posibilidad de prorrogar el plazo de salida voluntaria ante la existencia de “vínculos familiares o sociales”, pero en ningún caso la suspensión de la sanción. Por otra parte, el artículo 14.1, letra a) establece que los Estados miembros deberán tener en cuenta el mantenimiento de la unidad familiar del nacional del tercer país durante el plazo concedido para la salida voluntaria, pero no se contempla la posibilidad de impedir la ejecución de una decisión de retorno fundamentada en el respeto a este derecho.

Un análisis de la Directiva de Retorno bajo el prisma de la Convención Europea de Derechos Humanos, que contempla una serie de excepciones a la aplicación del derecho a la vida familiar en las expulsiones, nos permite concluir que la expulsión administrativa contemplada en la Directiva puede no necesariamente estar fundamentada por razones de seguridad nacional, delictuales o criminales en cuyo caso no existiría un motivo plausible que justifique la expulsión de un nacional de un tercer país en situación irregular por el solo hecho de no cumplir con un requisito administrativo, lo que incumpliría a su vez con el requisito de proporcionalidad entre la medida tomada y la finalidad perseguida con esa medida.

Por lo tanto, la Directiva de Retorno tiene una tarea importante en otorgar garantías mínimas para la protección de la vida familiar de los nacionales de terceros países, pero es deficiente si

solamente contempla la prorroga y no la suspensión del plazo de expulsión ante la presencia de fuertes lazos familiares. Esta situación acentúa aún más la criminalización del inmigrante irregular que encontramos a lo largo de la política de migración europea, pues, según los instrumentos internacionales citados, el derecho a la vida familiar solamente se puede interrumpir en situaciones excepcionales relacionadas con el orden público, la seguridad nacional y criminales, pero no por la mera infracción administrativa.

3.2.4.5. *La expulsión y su aplicación en menores*

Pese a que el derecho internacional se ha preocupado de salvaguardar los derechos de los menores, éste aparentemente no es observado, dado que se le atribuye mayor importancia al origen del niño más que a su condición de menor:

La Directiva prevé el internamiento y el retorno (o expulsión) de los mismos (menores no acompañados), aunque como algunos autores afirman esta regulación se hace de forma contraria a la normativa internacional de protección de la infancia, ya que en todo momento prima la condición de su origen nacional sobre su edad considerándose en todo momento al MNA (menor no acompañado) como inmigrante irregular (Pinazo y Zapater, 2015, p. 5).

El derecho internacional reconoce el principio del interés superior del niño. Su definición resulta es compleja, dado que no existe una definición legal de su contenido. La Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 1, lo califica como uno de sus principios rectores. El artículo 17.5 de la Directiva recoge este principio respecto de la aplicación del internamiento, pero carece de las garantías de carácter procesal y de reglas claras que nos permitan saber quién es el responsable de la aplicación del mismo. Tampoco indica cuales son los parámetros que deben cumplirse para saber si el procedimiento de retorno de un menor no acompañado pone en peligro o no dicho interés.

La Directiva contempla en su artículo 10 el retorno para los menores de edad:

Antes de dictar una decisión de retorno respecto de un menor no acompañado, se concederá la asistencia de los servicios pertinentes distintos de las autoridades encargadas de la ejecución del retorno, teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño (artículo 10.1).

Antes de expulsar del territorio de un Estado miembro a un menor no acompañado, las autoridades de ese Estado miembro se cerciorarán de que será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno. (Artículo 10.2).

La ambigüedad de su redacción pone en serio peligro la integridad del niño, toda vez que, por ejemplo, se puede fácilmente considerar por un Estado miembro que un lugar que realmente no cumpla con las condiciones para acoger a un menor sea catalogado por éste como un lugar idóneo. Por otro lado, la normativa se encuentra redactada en términos de carácter coercitivo, lo que no se condice con la Convención sobre los Derechos del Niño que llama a tener un especial cuidado al tratar con menores de edad, situación que por lo demás no es directamente contraria al Derecho Internacional, sino que indirectamente lleva a la mayor posibilidad de que se puedan ver afectados algunos de los derechos contemplados en dicha convención. La Directiva no da lugar a que se pueda evitar la expulsión del menor, en el sentido que tanto en artículo 10 contempla como premisa la decisión de retorno o derechamente la expulsión sin alguna excepción que le permita su permanencia en el Estado miembro, limitándose solamente a establecer mayores garantías para el menor en cuanto a su seguridad corporal y psicológica mientras sea objeto de dichos procedimientos.

La Red Europea de Defensores de la Niñez (ENOC) señala que la única forma de retorno admisible en los menores es la de carácter voluntaria, la cual propende a la reintegración del menor a su lugar de origen tanto familiar, social, etc., e incluso solo si esta medida es propuesta considerando el interés del menor y tras una minuciosa evaluación del impacto que le causaría el retorno.

Consideramos que la expulsión jamás debiese aplicarse a menores de edad, entendiendo como trasfondo su especial situación de vulnerabilidad, el interés superior del niño y los derechos fundamentales garantizados en distintos pactos internacionales. La única manera de concretar un retorno sería a través de una medida que implique el retorno voluntario opuesto a la expulsión forzosa que busque la adecuada reintegración del menor en su lugar de origen considerando sus mejores intereses y que implique los más altos estándares de protección.

3.2.5. *El internamiento en la Directiva de Retorno*

3.2.5.1. *El internamiento y otras medidas cautelares menos coercitivas*

La Directiva otorga una amplia libertad a los Estados miembros para establecer medidas destinadas a llevar a cabo el retorno de nacionales de terceros países, teniendo especial regulación en cuanto a la aplicación de medidas privativas de libertad:

Salvo que en el caso concreto de que se trate puedan aplicarse con eficacia otras medidas suficientes de carácter menos coercitivos, los Estados miembros podrán mantener internados a los

nacionales de terceros países que sean objeto de procedimientos de retorno, únicamente a fin de preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión (artículo 15.1).

Una de las instituciones de mayores críticas contempladas en la Directiva de Retorno ha sido el internamiento de nacionales de terceros países en situación irregular. Al tratarse de una medida de privación de libertad resulta muy cuestionable, del punto de vista jurídico, su aplicación. Las críticas se concentran en que dichas medidas pertenecen al derecho procesal penal, por lo tanto su aplicación debería ser excepcional, sobre todo respecto de infracciones de normas administrativas. Lo anterior se agrava aún más al contemplar la posibilidad de aplicar medidas de internamiento en menores de edad.

En el artículo 3 de la Directiva no se contempla una definición de internamiento y la no existencia de una definición clara es trascendental atendida la naturaleza del internamiento que conlleva la privación de libertad de una persona, de contenido netamente punitivo. Lo anterior trae ambigüedad al concepto corriendo el riesgo de la existencia de abusos en su aplicación, por cuanto:

Esa indefinición de no ser centros penitenciarios, ni centros de acogida ni algo definido, hace que sean, como ya se ha adelantado, espacios propicios para crear limbos jurídicos en los que los derechos no están claros (Nieto, 2008, p. 49).

El título del capítulo IV (“Internamiento a efectos de expulsión”) resume con elocuencia el objeto único que tendrá el internamiento: hacer efectivas las medidas de expulsión. Por lo tanto, esta medida es de carácter cautelar y sólo se debe aplicar exclusivamente para garantizar el cumplimiento efectivo de una medida de retorno o expulsión. Es así que el TJ advierte, en el asunto *Kadzoev*, refiriéndose a la medida de internamiento, que:

El artículo 15, apartado 4, de la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que sólo una perspectiva real de que la expulsión puede llevarse a buen término, habida cuenta de los plazos fijados en los apartados 5 y 6 del mismo artículo, corresponde a una perspectiva razonable de expulsión, y que ésta no existe cuando parece poco probable que el interesado sea admitido en un tercer país, habida cuenta de los citados plazos (TJ, Gran sala, Kadzoev C-357/09, ap. 67).

Es decir, solo debe aplicarse el internamiento en el caso de que exista cierta seguridad respecto del éxito que tendrá la expulsión, siendo el internamiento simplemente un medio para lograr el fin que significa el retorno del individuo.

El artículo 15.1 de la Directiva se refiere justamente al objeto del internamiento, precisando que se debe aplicar con el único fin de “preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión”. Incluso antes de referirse al objeto del internamiento esta norma reconoce el respeto al principio de proporcionalidad al establecer que, si el caso concreto lo permite, deberán aplicarse medidas menos coercitivas que sean suficientes para hacer efectiva una medida de retorno o expulsión. Lamentablemente en la Directiva no existe desarrollo de “otras medidas menos coercitivas” que el internamiento. Tal no obsta a que los Estados miembros las establezcan, aunque si efectivamente la Directiva considerara el internamiento como medida de *ultima ratio* aquella debió regular, e incluso innovar, dando alternativas en otras medidas que no contemplaran la detención de una persona. Refiriéndose al internamiento en el sistema español, Sánchez Tomás razona lo siguiente:

En efecto, en un contexto en que se posibilita la restricción e incluso la privación de libertad como medidas cautelares en materia de extranjería, la lógica del principio de proporcionalidad determinaría el diseño de un sistema escalonado en que primara la no adopción de ninguna medida cautelar y que, sólo en función de la necesidad de adopción de medidas cautelares, se fuera optando desde las menos restrictivas hasta la cúspide de la excepcionalidad que la representara el internamiento. El sistema español sin embargo, resulta con un diseño un tanto estrambótico, ya que contempla como medida cautelar principal y directa el internamiento, sólo posibilitando acudir a medidas menos limitativas de la libertad cuando el juez deniegue el internamiento. (Sánchez Tomás, 2014, p. 85).

El Abogado General Ján Mazák, en su opinión respecto del asunto Kadzoev, pone el énfasis en la tensión permanente que existe entre el derecho de los Estados a controlar la entrada y permanencia de los extranjeros en su territorio y las exigencias de un Estado de Derecho y el grado de protección ofrecido a los inmigrantes, y sostiene que las normas sobre el internamiento deben interpretarse de manera estricta y como medida de *ultima ratio* ya que afecta directamente la libertad de un individuo. Refiriéndose a la cuestión prejudicial de si se permite que a una persona no se le ponga inmediatamente en libertad a pesar de haberse alcanzado la duración máxima del internamiento prevista en la Directiva, por carecer de documentos válidos, por mostrar un comportamiento agresivo y no disponer de medios propios de subsistencia, ha señalado lo siguiente:

Al respecto basta observar que la prolongación del internamiento a causa de las circunstancias mencionadas se opondría directamente a las disposiciones de la Directiva «retorno» sobre el internamiento de un nacional de un tercer país en situación irregular que, como resulta de

mis anteriores consideraciones, disponen que el internamiento sólo se permite como medida de último recurso, subsidiaria en relación con cualquier otra medida administrativa menos coercitiva, sometida a una justificación estricta y únicamente a efectos y en conexión con un procedimiento de expulsión –y ello durante 18 meses como máximo (TJ, Opinión del Abogado SR. Ján Mazak, Kadzoev C-357/09 PPU, ap. 101).

En la misma línea el TJ, en el asunto *El Dridi*, ha interpretado el procedimiento de retorno regulado por la Directiva como un sistema de “graduación de medidas” que está regido por el principio de proporcionalidad sin posibilidad de aplicar otra medida más gravosa que el internamiento regulado en la Directiva, siendo ésta el techo del sistema:

*De cuanto precede resulta que el orden de desarrollo de las fases del procedimiento de retorno regulado por la Directiva 2008/115 corresponde a una graduación de las medidas que han de tomarse para la ejecución de la decisión de retorno, graduación que va desde la medida que más libertad permite al interesado, a saber, la concesión de un plazo para su salida voluntaria, hasta las medidas coercitivas que más la restringen, a saber, el internamiento en un centro especializado, debiendo garantizarse en todas esas fases el respeto del principio de proporcionalidad (TJ, Sala primera, *El Dridi* C-61/11 PPU, ap. 41).*

*También se pone de manifiesto que el recurso a esa última medida, que constituye la medida restrictiva de libertad más grave que permite esa Directiva en el contexto de un procedimiento de expulsión forzosa, está estrictamente delimitado en aplicación de los artículos 15 y 16 de la misma Directiva, con objeto en especial de asegurar el respeto de los derechos fundamentales de los nacionales de los terceros países afectados (TJ, Sala primera, *El Dridi*, C-61/11 PPU, ap. 42).*

El carácter excepcional y de último recurso del internamiento también se pone de relieve en las conclusiones y opinión del Abogado General Melchior Wathelet sobre los asuntos *Arslan*⁶⁹ y *G. y R.*⁷⁰, respectivamente, y asimismo en las conclusiones del Abogado General Yves Botde en los asuntos acumulados *Bero* y *Bouzalmate* y del asunto *Pham*⁷¹, en la opinión y conclusiones del Abogado General Maciej Szpunar, en los asuntos *Mahdi*⁷² y *Affum*⁷³, respectivamente.

⁶⁹ Conclusiones del Abogado General Sr. Melchior Wathelet (31 de enero de 2013) Asunto *Arslan*, C-534/11, apartado 60.

⁷⁰ Opinión del Abogado General Sr. Melchior Wathelet (23 de agosto de 2013) Asunto *G. y R.*, C-383/13 PPU, apartado 54.

⁷¹ Conclusiones del Abogado general Sr. Yves Bot (30 de abril de 2014), asuntos acumulados *Adala Bero*, C-473/13 y *Ettayebi Bouzalmate*, C-514/13 y asunto *Pham*, C-474/13, apartados 7 y 42.

⁷² Opinión del Abogado General Sr. Maciej Szpunar (14 de mayo de 2014) Asunto *Mahdi*, C-146/14 PPU, apartado 47.

Tal y como está regulado el internamiento en la Directiva de Retorno, a los Estados miembros se les otorga la libertad de crear un sistema de medidas menos coercitivas. Entendemos que la Directiva de Retorno, como norma de carácter general, no tiene la tarea de establecer un sistema íntegro de medidas aplicables en un procedimiento de expulsión y que su regulación respecto del internamiento se debe justamente al carácter restrictivo del derecho a la libertad de las personas⁷⁴, pero creemos que la falta de desarrollo de otras medidas que no sea el internamiento⁷⁵ pone en duda el respeto del principio de proporcionalidad dentro de los sistemas de los Estados miembros, e incluso se podría ver afectado el principio de eficacia, ya que la aplicación de medidas cautelares menos coercitivas no necesariamente significa que éstas sean menos eficaces. Existe una amplia discusión respecto de la creación de sistemas alternativos al internamiento de inmigrantes irregulares que cumplan, con la misma eficacia, o incluso de mejor forma, el objetivo de expulsión de inmigrantes irregulares, en donde instituciones internacionales, como la ONU, se muestran partidarias⁷⁶.

3.2.5.2. *Las causales para aplicar el internamiento y ampliar su plazo*

El artículo 15.1 establece las causales por las cuales los Estados miembros pueden internar a un nacional de un tercer país, indicando dos hipótesis. Sin embargo, de la lectura del referido artículo se puede desprender que dichas hipótesis no son taxativas al señalar que el internamiento se aplicará “únicamente a fin de preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión, *especialmente* cuando (a) haya riesgo de fuga, o (b) el nacional de un tercer país de que se trate evite o dificulte la preparación del retorno o el proceso de expulsión” (cursiva

⁷³ Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar (02 de febrero de 2016), asunto *Affum*, C-47/15, apartados 48 y 49.

⁷⁴ Así lo entiende el Abogado General del TJ Sr. Ján Mazák, quien en su opinión en el asunto *El Dridi*, ha indicado lo siguiente:

*Es cierto que la Directiva 2008/115 no enumera de forma exhaustiva las medidas que pueden tomarse para ejecutar la decisión de retorno. Sin embargo, dada la especificidad (singularidad) de cada procedimiento de retorno, eso no sería siquiera posible. No obstante, conforme a su voluntad de garantiza el respeto de los derechos fundamentales de los extranjeros y de su dignidad, la Directiva 2008/115 menciona y regula en sus artículos 15 a 18, con relativo detalle, una de las medidas previstas en el artículo 8, apartado 1, de la misma Directiva, el internamiento a efectos de expulsión, ya que éste constituye una restricción considerable del derecho a la libertad garantizado por el artículo 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (TJ, Opinión del Abogado General SR. Ján Mazák, *El Dridi* C-61/11 PPU, párrafos 32 y 33).*

⁷⁵ Hay que mencionar que la propuesta de la Comisión Europea para la Directiva de Retorno establecía en su artículo catorce otras medidas distintas y menos coercitivas tales como “la obligación de presentarse periódicamente a las autoridades, depósito de fianza, retención de documentos, obligación de permanecer en un lugar designado u otras medidas para prevenir dicho riesgo”(Propuesta de texto de la Directiva de Retorno de la Comisión Europea COM(2005) 391 final, 2005/0167 (COD) citado en Chueca Sancho, 2009, p. 39).

⁷⁶ En relación al tema véase: Sánchez Tomás, J.M. (2014). “Hacia un sistema alternativo al internamiento de inmigrantes irregulares”. *Eunomia, Revista en Cultura de la Legalidad* (5), pp. 75-94. Recuperado de <http://eunomia.tirant.com/?p=2231>.

nuestra). En el mismo sentido, Chueca Sancho sostiene que “esta norma señala dos hipótesis para el internamiento, pero estamos ante una lista abierta; por eso dice la norma «especialmente cuando» se dé alguna de esas hipótesis y no dice exclusivamente cuando se produzca alguna de ellas” (Chueca Sancho, 2009, p. 39).

La primera causal establecida consiste en la existencia de un “riesgo de fuga”, es decir, la “existencia de motivos en un caso concreto que se basen en criterios objetivos definidos por ley y que hagan suponer que un nacional de un tercer país sujeto a procedimientos de retorno pueda fugarse” (artículo 3.7). Como podemos apreciar de la definición anterior, las causales que determinan cuando estamos frente a un riesgo de fuga se dejan a la voluntad del legislador del Estado miembro, lo cual concuerda con la naturaleza de la Directiva, consistente en establecer estándares mínimos dentro de los cuales las legislaciones de los Estados miembros pueden actuar. En opinión de Fernanda Sabah es inconveniente que la Directiva de Retorno no haya especificado cuando se está frente a un riesgo de fuga (Sabah Gomes Soares, 2014, p. 54). La directiva ni siquiera exige que este riesgo de fuga obedezca a algún acto que pueda imputársele al inmigrante irregular, como sería el caso de un intento concreto de fuga, sino que fácilmente el Estado miembro puede establecer como criterio la falta de documentación, o incluso, algún hecho que se base en la mera sospecha de que un nacional de un tercer país pueda fugarse. En efecto, el *Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants* (PICUM) ha destacado la importancia de una definición más precisa de lo que se debe entender por “riesgo de fuga” ya que su definición actual se presta para amplios márgenes de interpretación que hacen del internamiento una medida de aplicación sistemática en la gestión migratoria de los Estados miembros (Manieri y LeVoy, 2015, pp. 15-16) y no una medida de último recurso, tal y como se debe concebir según el TJ. En virtud de lo anterior el PICUM, basándose en los datos otorgados por la Comunicación de la Comisión Europea sobre la Política de Retorno del 28 de marzo de 2014 (COM(2014) 199), ha indicado que en al menos trece Estados miembros el criterio objetivo que determina la existencia del riesgo de fuga es la falta de documentación de identidad, lo que podría considerarse como una “presunción de facto de riesgo de fuga sobre todos los migrantes indocumentados contra los que se haya emitido una orden de retorno” sin tener en cuenta circunstancias individuales para determinar la existencia del riesgo de fuga (Manieri y LeVoy, 2015, p. 15)

La segunda causal prevista, cuando “el nacional de un tercer país de que se trate evite o dificulte la preparación del retorno o el proceso de expulsión” (artículo 15.1, letra b), también

carece de la especificidad que deberían tener las causales de aplicación de una medida privativa de libertad. Al respecto, Nieto García (2008, p. 51) ha señalado que esta causal es de “contenido ambiguo y amplio que puede permitir la aplicación indiscriminada de la medida de internamiento”. Es aún más amplia que el riesgo de fuga toda vez que no es clara al establecer cuándo un inmigrante irregular “evita o dificulta” el retorno o la expulsión, tampoco exige que dichas circunstancias se fijen por ley como al menos sí se exige en la causal de “riesgo de fuga”. Por lo tanto, esta hipótesis resulta ser un “cajón de sastre” cuya aplicación queda al arbitrio de las autoridades administrativas o judiciales del Estado miembro, según corresponda.

Una vez que se cumpla una de estas causales, la medida de internamiento puede ser aplicada por una autoridad administrativa o judicial por un plazo máximo de seis meses mientras sigan existiendo las causales señaladas. Sin embargo, este plazo podrá ampliarse hasta los doce meses en caso de (a) falta de cooperación del nacional de un tercer país de que se trate o (b) demora en la obtención de terceros países de la documentación necesaria.

Se han realizado muchas críticas a la posibilidad de una autoridad administrativa ordenar la privación de libertad de una persona y la indeterminación del plazo para que dicha medida sea controlada judicialmente, y también a los excesivos plazos fijados como “máximos” para la duración del retorno siendo la prórroga (doce meses) más larga que el plazo para la medida originaria (seis meses). Sin perjuicio de que los aspectos anteriores refuerzan esa imagen de “enemigo” que se le ha forjado al inmigrante irregular, consideramos de especial gravedad el contenido de las causales enumeradas en el artículo 15.6, las cuales, en el evento de que se cumplan, los Estados miembros pueden prorrogar el internamiento por un plazo de doce meses. De lo anterior se concluye que el nacional del tercer país sometido a un proceso de expulsión puede estar detenido por hasta el excesivo plazo de dieciocho meses. A saber, (a) la falta de cooperación del inmigrante irregular; (b) la demora en la obtención de terceros países de la documentación necesaria. En relación al plazo máximo de internamiento, cabe señalar que el Tribunal de Justicia en el asunto *Kadzoev* señala que una vez cumplido el plazo máximo de duración del internamiento, ni siquiera el hecho de que a esas alturas aún exista una posibilidad razonable de hacer efectiva la expulsión, pondrá alguna traba como para no dejar en libertad de manera inmediata al inmigrante irregular. Lamentablemente, han existido interpretaciones de la Directiva contrarias a los derechos fundamentales de los inmigrantes. Por ejemplo, en el caso

*Achughbavian*⁷⁷ en donde, pese a que la Directiva señala un plazo máximo de internamiento, el nacional de un tercer país no podría eximirse de una sanción penal que le signifique quedar recluido en un recinto carcelario si dicha pena fue aplicada con anterioridad a la decisión de retorno, situación que podría posponer a su arbitrio la autoridad de turno.

La protección a la libertad ambulatoria de las personas es una de las materias que recibe mayor regulación en los instrumentos internacionales de derechos humanos⁷⁸ y en las constituciones de los Estados. En ellos la privación de libertad provisoria de una persona es excepcional y solamente se aplicará cumpliendo ciertos requisitos que deben ser taxativos, lo que también es válido para la eventual ampliación del plazo de dicha detención. La Directiva de Retorno establece como criterio para la ampliación del internamiento basándose en dos tipos de presunciones. Una de éstas se basa en la falta de cooperación del inmigrante en situación irregular sometido a internamiento y la otra en demoras en la obtención de documentación por parte de terceros países. En primer lugar, quien determina la existencia de esta presunción es la autoridad administrativa o la judicial, contradiciendo parámetros más garantistas de la libertad establecidos, tanto en instrumentos de derechos humanos como en el propio ordenamiento jurídico de ciertos Estados miembros que prescriben que será una autoridad imparcial, libre de arbitrariedades, aquella que podrá limitar la libertad de una persona. Entre cuanto a los preceptos internacionales destacamos los artículos 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁷⁹, 9 del PIDCP⁸⁰ y 5.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁸¹. Respecto a lo regulado por los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros podemos ejemplificarlo con España:

En este punto se hace difícilmente compatible el texto de esta Directiva y el reconocimiento constitucional de los derechos de libertad (art 17 CE) y de tutela judicial efectiva (art. 24 CE), cuyo alcance a todas las personas sin excepción de su nacionalidad han sido reiterados por el Tribunal Constitucional en numerosas sentencias. Baste recordar como ha señalado el Alto Tribunal que

⁷⁷ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala (06 de diciembre de 2011) Sentencia *Achughbavian*, C-329/11.

⁷⁸ A saber, en los artículos 1, 3, 9 y 13 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 9, 10, 12, 13 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 8 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares; 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 6 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

⁷⁹ “Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”.

⁸⁰ “Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”.

⁸¹ “Toda persona detenida o privada de libertad en las condiciones previstas en el párrafo 1 c), del presente artículo deberá ser conducida sin dilación ante un juez u otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento”.

“corresponde a un órgano judicial la decisión sobre el mantenimiento o no de la limitación de la libertad” (STC 115/1987), así como que el internamiento “debe regirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar” (STC 41/1982) (Pérez Sola, 2008, p. 10).

Así, en el caso particular del Estado español los parámetros para garantizar la libertad de una persona resultan ser más altos que la propia Directiva, la que, como supuesto instrumento armonizador de los derechos de los inmigrantes, debió regular esta situación con los parámetros más altos de derechos humanos existentes en los Estados miembros ya que de lo contrario, y como ocurre en la práctica, permite que dichos Estados miembros con estándares más garantistas puedan tener la posibilidad de bajarlos para adecuarlos a la Directiva lo que resulta retrogrado en cuanto a protección de los derechos humanos. Lo anterior se refleja aún mejor en cuánto a los plazos fijados por la Directiva para el internamiento donde, por ejemplo en España⁸² los plazos de internamiento tienen un máximo de sesenta días, lo que permitiría a estos Estados aumentar dicho periodo, igualándolo al establecido en la Directiva.

Respecto al contenido de las causales de prolongación del plazo de internamiento se ha señalado que “se culpabiliza al afectado por la falta de diligencia en el procedimiento con la prolongación de la privación de libertad” (Pérez Sola, 2008, p. 10). La primera causal, referida a “la falta de cooperación” del inmigrante detenido en el proceso de expulsión, castiga el hecho de que el inmigrante no entregue antecedentes para que se lleve a cabo una medida que lo perjudica, lo que se contradice con el denominado principio de “no autoincriminación”. Además, por hechos que no dependen de la voluntad del inmigrante en situación irregular de que se trate, éste no puede cooperar como quisiera, como es el típico caso de la brecha idiomática y cultural entre el nacional del tercer país y las autoridades del Estado receptor. Por lo tanto, esta hipótesis también se presta para una amplia interpretación de las autoridades de los Estados miembros.

La causal relativa a las “demoras en la obtención de terceros países de la documentación necesaria” abre la posibilidad de ampliar el internamiento por razones que no empecen al propio inmigrante. En este caso el procedimiento de expulsión se dilata por factores externos al inmigrante en situación irregular y que corresponde a demoras administrativas imputables al procedimiento administrativo llevado a cabo por un tercer país. Para Ceriani lo anterior no es

⁸² Según el artículo 21 número 2, del Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo de 2014, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 15 de marzo de 2014, el plazo máximo del internamiento no podrá exceder en ningún caso de sesenta días.

trivial ya que un Estado miembro estaría restringiendo un derecho fundamental por la actuación de un tercer Estado lo que violaría el principio de universalidad de los derechos humanos, pues la restricción de la libertad estaría supeditada a la nacionalidad de una determinada persona (Ceriani, 2009, p. 90).

3.2.5.3. *El internamiento y el interés superior del niño*

Según la Directiva de Retorno, las medidas que involucren a un menor no acompañado, incluyendo el retorno, deben ser interpretadas a la luz del interés superior del niño. Entonces, a propósito de la medida de retorno, resulta central definir cuáles son los parámetros que abarca el interés superior del niño para poder determinar cuándo es efectivamente respetado. El Comité de los Derechos del Niño establece, a grandes rasgos y sin ser taxativo, algunos parámetros como la seguridad personal y pública y las condiciones socioeconómicas en las que será recibido el niño en el país de retorno, dejando a cargo de organizaciones sociales la tarea de estudiar dichas condiciones; la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y que se preste atención a su origen étnico religioso, cultural y lingüístico, entre otras.

La Directiva de Retorno pese a señalar en su artículo 5 que los Estados miembros deberán contemplar el respeto del interés superior del niño, no cuenta con procedimientos que lo garanticen en la práctica, tanto en el retorno como en el internamiento. Entendemos que por el sólo hecho de permitir la aplicación de dichas instituciones en menores de edad se estarían violando los derechos del niño.

Cabe mencionar que la “admisibilidad del trato entre nacionales y extranjeros es consecuencia del principio de la soberanía territorial que, entre otras cosas, reconoce la legitimidad de los Estados de no consagrar un idéntico estatuto jurídico entre nacionales y extranjeros” (Lages, 2012, p.116). Según la Directiva de Retorno, los Estados estarían legitimados a aplicar las medidas de internamiento y expulsión en menores de edad en situación irregular, pero con matices, otorgándoles un tratamiento especial distinto de los migrantes irregulares mayores de edad. Si bien el Derecho Internacional actúa como límite a la soberanía de los Estados, solo establece mínimos de protección.

El artículo 10.1 de la Directiva contempla medidas mitigativas como la asistencia de servicios distintos de las autoridades que ejecutan el retorno los cuales se componen en parte de profesionales especialistas que puedan brindar apoyo al menor y el aseguramiento de que el menor no acompañado sea entregado a algún integrante de su familia, algún tutor o institución de

acogida en el país que sean retornados. Sin perjuicio de que dichas medidas consideraran en parte la especial vulnerabilidad de un menor de edad, no excluye, en definitiva, la aplicación de la medida de expulsión.

La Directiva en vez de apearse a los estándares integrales de protección de los menores, genera un clima hostil dado que termina finalmente aplicando la expulsión, medida que indudablemente tiene un carácter coercitivo. Entonces, en resumen:

Pese a reconocerse en la Directiva la especial vulnerabilidad de este colectivo (menores adultos), no se adopta el mayor estándar de protección que implicaría su no devolución forzosa, sino que sólo se regulan ciertos mínimos protectores que en ningún caso impiden que esta práctica se lleve a cabo (Pinazo y Zapater, 2015, p. 7).

Respecto del internamiento cabe señalar que el artículo 17.1 de la Directiva establece que esta medida, en el caso de los menores no acompañados o que se encuentren con sus familias, será aplicada como último recurso y por el menor tiempo posible. En otras palabras, la Directiva permite el internamiento de los menores de edad, situación que consideramos de especial gravedad al permitir la privación de libertad, que incluso los puede llevar a centros penitenciarios, lo que resulta inadmisibles en cualquier Estado democrático.

El PICUM al referirse al artículo 17 señala que el internamiento es una medida completamente incompatible con el principio del interés superior del niño, entendiendo que éste es la plena satisfacción de sus derechos. La regulación solo establece que a las familias se les brindará alojamiento separado con el fin de obtener cierto grado de intimidad junto con ver la posibilidad (ni siquiera existiendo certidumbre) de que el menor podrá acceder a actividades básicas y propias de un niño lo que incluye jugar y ser educado. Inclusive, más adelante, señala que en la medida de lo posible el menor podrá cumplir el internamiento en centros adecuados que cuenten con el personal e instalaciones adecuadas, lo que se traduce en que al no existir dicha posibilidad de cumplimiento del internamiento, será aplicado lo señalado en el artículo 16. Esta norma supletoria establece que en principio el internamiento será llevado a cabo en centros especializados, pero en las situaciones en que el Estado miembro no cuente con aquellas instalaciones podrá recurrirse al uso de centros penitenciarios y, en consecuencia, el menor podría llegar a ser internado en dicho lugar.

El artículo 17, al expresar que el interés superior del niño será considerado de primera orden, valida su aplicación en menores, lo que es contradictorio con la protección de dicho principio.

A modo de ejemplo de esta grave situación de vulnerabilidad de los menores, está el asunto *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga contra Bélgica* en donde una pequeña congoleña de cinco años de edad quien buscaba reencontrarse con su madre en Canadá y se encontraba internada en el Estado de Bélgica durante dos meses sin apoderado o tutor que velase por ella, siendo posteriormente deportada a su país de origen sin compañía. El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos falló en favor de la menor, señalando que se habían transgredido derechos establecidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos los cuales eran la prohibición de tratos inhumanos, el derecho a la libertad y a la seguridad y el derecho al respeto de la vida privada y familiar. Rita Lages, en relación al fallo emitido por dicho tribunal concluye lo siguiente,

4° En cuanto a la virtualidad de los estándares internacionales de los derechos humanos y sus garantías para abordar y resolver la problemática de la migración de menores, hemos podido establecer cierto respeto y aceptación de los estándares mínimos. Así, recordando a la jurisprudencia europea del caso Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica, cuando los bienes colectivos –como pudiese ser la seguridad y orden públicos o la protección de las fronteras– son ponderados con derechos individuales protegidos por instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, como, in casu, la CDN (Convención de los Derechos del Niño), debe compatibilizarse su ejercicio con las obligaciones establecidas por esta última. (Lages, 2012. p.128).

La regulación del retorno en menores en la UE se debe reformar lo antes posible, con el fin de establecer reglas claras y lo suficientemente específicas con las que se pueda proteger eficazmente el interés superior del niño, señalando en principio que el menor de edad jamás podrá ser sujeto de aplicación tanto de una sanción de retorno como una de internamiento.

3.2.5.4. *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el internamiento*

Los tribunales de justicia u órganos administrativos de los Estados miembros han presentado varias peticiones de decisión prejudicial ante el TJ, para que éste se pronunciara respecto de determinados asuntos que involucran la aplicación del internamiento de nacionales de terceros países en situación irregular, en los cuales existen complicaciones en la aplicación de ciertas normas en las distintas etapas de los procedimientos de retorno que contemplan sus legislaciones internas. Dentro de estas complicaciones encontramos, por ejemplo, aquellas

surgidas de la compatibilidad con el régimen de asilo y la obligación de los Estados miembros de establecer centros penitenciarios especializados para efectuar el internamiento.

La petición de decisión prejudicial presentada por un tribunal e Bulgaria, que dio origen al asunto *Kadzoev* y a la primera sentencia respecto a la Directiva de Retorno, justamente tenía por objeto la interpretación del artículo 15 que contiene las normas del internamiento a efectos de expulsión y, en particular, se buscaba esclarecer el plazo del internamiento.

La situación particular del señor Kadzoev generó ciertas dudas que se plantearon al TJ, respecto al cómputo del plazo de internamiento, considerando, por ejemplo, que el internamiento empezó antes que comenzara a regir la Directiva de Retorno y que durante el mismo se tramitaron solicitudes de asilo suspendiendo la ejecución de la resolución de expulsión. Respecto al primer caso, el TJ determinó que, si el internamiento se dictó durante la vigencia de una norma anterior, la norma nueva, en este caso la Directiva de Retorno, regirá inmediatamente en el cómputo del plazo del internamiento, de lo contrario se superaría el plazo máximo de internamiento establecido en los artículos 15.5 y 15.6 de la Directiva, “una situación como ésta no sería conforme con el objetivo perseguido por la Directiva 2008/115, que consiste en garantizar, en cualquier caso, que el internamiento a efectos de la expulsión no exceda de dieciocho meses” (TJ, Gran sala, *Kadzoev* C-357/09, ap. 37).

Frente a la segunda situación, el TJ determinó que la detención de un solicitante de asilo y el internamiento a efectos de expulsión están sujetos a regímenes jurídicos distintos y, por lo tanto, el periodo del primero no debe computarse en el segundo. Respecto a este asunto *Mangas Martin* concluye que:

No cabe la detención del solicitante de asilo por el hecho de no tener documentos o entrar ilegalmente en un Estado miembro. Se reconoce excepcionalmente la facultad del internamiento ligada a las situaciones en que resulte necesario o sea la forma de asegurar el fin del procedimiento de asilo. Si sucede este internamiento, el tiempo transcurrido no cuenta para la detención por motivos de expulsión. Pero si el internamiento, independientemente de la solicitud de refugio, se hizo en el procedimiento de expulsión, se computara para el plazo máximo de los 18 meses previsto en la Directiva 2008/1158 (Mangas Martin, 2012, p. 1642).

En este sentido, el apartado 47 de la sentencia en análisis establece que, si se acredita que el internamiento al que estaba sometido el señor Kadzoev no correspondía a una “detención de un solicitante de asilo” sino que se fundaba en un “internamiento para efectos de expulsión”, deberá necesariamente computarse el periodo durante el cual se tramitó el procedimiento de asilo.

En el asunto *Arslan*, el TJ nuevamente tuvo que pronunciarse respecto de la compatibilidad de los regímenes jurídicos del asilo y del retorno basándose en el temor que tenía el Tribunal Administrativo Supremo de República Checa sobre el uso abusivo de la presentación de recursos de asilo, solo para los efectos de retrasar la ejecución de una decisión de expulsión.

En este asunto se plantean al TJ dos problemas de aplicación práctica en los procedimientos de retorno. En primer lugar, ¿la directiva de retorno se aplica a un nacional de un tercer país que ha presentado una solicitud de protección internacional? En segundo lugar, ¿debe ponerse fin al internamiento de un nacional extranjero a efectos de retorno si éste presenta una solicitud de protección internacional y no existen otras razones para mantenerlo internado? (TJ, Sala tercera, *Arslan* C-534/11, ap. 31)

Para responder a la primera pregunta el TJ contrapone dos Directivas: la Directiva de Retorno y la Directiva 2005/85/CE sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. De la interpretación del artículo 2.1.⁸³, del noveno considerando⁸⁴ de la Directiva 2008/115 y de los artículos 7.1. y 7.2. de la Directiva 2005/85/CE⁸⁵ el TJ concluye que la Directiva de Retorno no es aplicable a un nacional de un tercer país cuando permanezca vigente un procedimiento respecto a una solicitud de protección internacional.

De acuerdo a lo anterior, la Directiva de Retorno es inaplicable cuando se da inicio a un procedimiento de solicitud de asilo o de protección internacional. Sin embargo, el organismo jurisdiccional checo va más allá y se pregunta en particular ¿qué pasa con la vigencia del internamiento para efectos de expulsión? Esto es, ¿aunque se haya solicitado protección

⁸³ El artículo 2.1. de la Directiva de Retorno indica lo siguiente: “La presente Directiva se aplicará a los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de un Estado miembro”.

⁸⁴ El considerando noveno de la Directiva de Retorno indica lo siguiente:

Con arreglo a la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado, no se debe considerar que el nacional de un tercer país que haya solicitado asilo en un Estado miembro se halla en situación irregular en el territorio de dicho Estado miembro hasta que entre en vigor una decisión desestimatoria de la solicitud o que ponga fin a su derecho de estancia como solicitante de asilo.

⁸⁵ Artículo 7.1. de la Directiva 2005/85/CE:

Los solicitantes estarán autorizados a permanecer en el Estado miembro, únicamente a efectos del procedimiento, hasta que la autoridad decisoria haya dictado una resolución de conformidad con los procedimientos en primera instancia establecidos en el capítulo III. Este derecho a permanecer no constituirá un derecho a obtener un permiso de residencia.

Artículo 7.2. de la Directiva 2005/85/CE:

Los Estados miembros sólo podrán hacer una excepción cuando, de conformidad con los artículos 32 y 34, no se vaya a examinar una solicitud posterior o cuando vayan a entregar o a extraditar, según proceda, a una persona bien a otro Estado miembro en virtud de obligaciones derivadas de una orden de detención europea u otro tipo de mandamiento, bien a un tercer país ante órganos jurisdiccionales penales internacionales.

internacional igualmente puede seguir vigente un internamiento iniciado en virtud del artículo 15 de la Directiva de Retorno? o ¿debe ponerse término a dicha medida cautelar solo por el hecho de existir una solicitud de protección internacional en proceso de resolverse? Para resolver esta pregunta, el TJ destaca lo ya resuelto en el asunto *Kadzoev* en cuanto el internamiento para efectos de expulsión y la detención de un solicitante de asilo se sujetan a regímenes jurídicos diferentes (TJ, Sala tercera, *Arslan* C-534/11, ap. 52). Sin perjuicio de lo anterior, de las normas de la Directiva 2005/85/CE y de la Directiva 2003/9 se desprende que, en circunstancias determinadas, se puede mantener el internamiento de la Directiva de Retorno. Al respecto se indica:

En una situación como la del litigio principal, en la cual, por una parte, el nacional de un tercer país ha sido internado con arreglo al artículo 15 de la Directiva 2008/115 porque su comportamiento hacía presagiar que, de no ser internado, se fugaría y pondría en jaque su expulsión y, por otra parte, la solicitud de asilo parecía haber sido presentada únicamente con el fin de retrasar, e incluso de frustrar, la ejecución de la decisión de retorno adoptada contra él, procede señalar que dichas circunstancias pueden justificar efectivamente que se mantenga el internamiento del citado nacional aun después de presentada la solicitud de asilo.(TJ, Sala tercera, *Arslan* C-534/11, ap. 57).

Más allá del análisis de las Directivas referidas⁸⁶, lo importante es que el TJ se hace cargo de la duda principal del órgano jurisdiccional checo respecto a la instrumentalización de las solicitudes de asilo solamente para retrasar o frustrar un procedimiento de retorno iniciado con anterioridad, estableciendo que la inaplicabilidad de la Directiva de Retorno durante la vigencia de un procedimiento de asilo se considera temporal toda vez que, si se deniega el asilo o la protección internacional, el procedimiento de retorno puede seguir su curso. Sin embargo, si se debiera poner en libertad al nacional de un tercer país por el simple hecho de presentar una solicitud de asilo mal podría continuar el procedimiento de asilo. Lo anterior, según el TJ, atentaría contra el objetivo de la Directiva 2008/115 de llevar a cabo un retorno de manera eficaz.

⁸⁶ Respecto a las directivas 2003/9 y 200/85/CE, el TJ indica lo siguiente:

Sin embargo, en el estadio actual, ni la Directiva 2003/9 ni la Directiva 2005/85 llevan a cabo una armonización de los motivos por los que puede ordenarse el internamiento de un solicitante de asilo. En efecto, como observó el Gobierno alemán, la propuesta de una lista que establezca esos motivos con carácter exhaustivo fue abandonada durante las negociaciones que precedieron a la adopción de la Directiva 2005/85 y tan sólo en el marco de la refundición de la Directiva 2003/9, actualmente en vía de adopción, se ha proyectado introducir dicha lista a escala de la Unión. (TJ, Sala tercera *Arslan* C-534/11, ap. 55).

Por consiguiente, por el momento corresponde a los Estados miembros demostrar, dentro del pleno respeto de sus obligaciones derivadas tanto del Derecho internacional como del Derecho de la unión, los motivos por los que debe internarse o mantenerse en internamiento a un solicitante de asilo (asunto *Arslan*, C-534/11, apdo. 56).

El TJ también se ha pronunciado respecto del artículo 16 de la Directiva de Retorno, que se refiere a las condiciones del internamiento y establece una obligación a los Estados miembros, que versa de la siguiente forma:

Como norma general, el internamiento se llevará a cabo en centros de internamiento especializados. En los casos en que un Estado miembro no pueda proporcionar alojamiento en un centro de internamiento especializado y tenga que recurrir a un centro penitenciario, los nacionales de terceros países sujetos al internamiento estarán separados de los presos ordinarios.

Esta norma ha suscitado dudas en cuanto a su aplicación referidas principalmente al alcance de su obligatoriedad y sus excepciones. El TJ específicamente ha conocido de dos problemáticas al respecto. Una fue discutida en los asuntos *Bero* y *Bouzalmate*, en los cuales el TJ se pronunció en una sola sentencia, y tiene que ver con el alcance de la obligación de los Estados miembros de estructura federal de establecer un centro de internamiento especializado cuando este no existe en la entidad territorial federal en la que se está aplicando el procedimiento de expulsión. La otra se presentó en el asunto *Pham*, donde la cuestión prejudicial involucra el alcance de la voluntad de un nacional de un tercer país en la aplicación de una decisión de internamiento, en particular, con la posibilidad de renunciar a lo establecido en el artículo 16.1 de la Directiva de Retorno en cuanto a prohibición de mantener juntas a personas internadas para el solo efecto de expulsión con presos ordinarios en un mismo centro penitenciario.

En el primer caso, la señora Bero, supuestamente de origen sirio, se encontraba en situación irregular en el Estado de Hesse, Alemania, y presentó una solicitud de asilo a las autoridades, que fue desestimada. Acto seguido, el servicio de extranjería solicita su expulsión y, para dichos efectos, se procedió a su internamiento en un centro penitenciario ordinario ya que en el Estado de Hesse, no existía un centro especializado, sin perjuicio de que otros estados de Alemania sí contaban con estos centros. Según la ley alemana, si un *Land*⁸⁷ no dispone de un centro especializado de internamiento puede llevarlo a cabo en otros centros penitenciarios del mismo *Land*, prescindiendo de la posibilidad de acudir a otros centros especializados de otros *Länder*. La señora Bero presentó un recurso de casación ante el *Bundesgerichtshof*, el más alto tribunal de justicia de Alemania, basado en que el sometimiento a su internamiento vulnera sus derechos.

En el segundo caso, un ciudadano marroquí de apellido Bouzalmate entró de manera irregular en Alemania solicitando un mes después el estatuto de refugiado ante las autoridades alemanas. Posteriormente se desestima su solicitud y se le ordena abandonar el país en una semana bajo

⁸⁷ En la estructura federal alemana un *Land* es la mayor entidad territorial con su propio gobierno y parlamento.

pena de expulsión. El señor Bouzalmate no cumplió con dicha orden y fue condenado por situación irregular a una pena privativa de libertad de cinco meses con suspensión de la ejecución. Luego fue puesto en libertad y no compareció ante ninguna autoridad. Dado lo anterior nuevamente fue detenido en Múnich y se ordena su internamiento por un plazo máximo de 10 semanas. Durante dicho plazo Bouzalmate se intentó suicidar por lo que las autoridades alemanas decidieron internarlo en una clínica psiquiátrica y anular la fecha de su expulsión. Una vez que se concluye el tratamiento psiquiátrico se ordenó su internamiento para los efectos de su expulsión en un módulo específico de un centro penitenciario de Múnich. Frente a la situación anterior el afectado por el internamiento presenta un recurso ante el *Landgericht München I*, un tribunal de jurisdicción general en el distrito de Múnich, Alemania.

Al respecto el TJ plantea el siguiente problema:

El artículo 16, apartado 1, de la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que un Estado miembro está obligado, como norma general, a internar a efectos de expulsión a los nacionales de terceros países en situación irregular en un centro de internamiento especializado de ese Estado, aun cuando dicho Estado miembro tenga una estructura federal y el Estado federado competente para acordar y ejecutar ese internamiento en virtud del Derecho nacional no cuente con un centro de internamiento de esa índole (TJ, Gran sala, Bero y Bouzalmate C-473/13 y C-514/13, ap. 24).

En una escueta sentencia, el TJ se muestra determinante en que el artículo 16.1 de la Directiva no se presta para interpretaciones en el sentido indicado por Alemania. La excepción de internamiento en un centro penitenciario debe interpretarse de manera estricta tan solo por el hecho de ser una excepción. Así, fija la interpretación del artículo referido en el sentido que la obligación contenida en éste se dirige a los Estados miembros como tales, y no a las unidades territoriales que compongan una determinada estructura administrativa o constitucional, como es el caso de un Estado federado (TJ, *Bero y Bouzalmate* C-473/13, y C-514/13, ap. 28). En dicho sentido, un Estado federado no puede eximirse del cumplimiento del artículo 16.1 si es que en otro Estado federado sí existen centros especializados, garantizándose por el Estado miembro la posibilidad de cooperación administrativa suficiente que permita el internamiento en dichos establecimientos.

De esta forma, sin resistir mayor análisis, el TJ responde a la pregunta prejudicial en el sentido que el artículo 16.1 de la Directiva:

Debe interpretarse en el sentido de que un Estado miembro está obligado, como norma general, a internar a efectos de expulsión a los nacionales de terceros países en situación irregular en un centro de internamiento especializado de ese Estado, aun cuando dicho Estado miembro tenga una estructura federal y el Estado federado competente para acordar y ejecutar ese internamiento en virtud del Derecho nacional no cuente con un centro de internamiento de esa índole (asuntos acumulados Bero, C-473/13, y Bouzalmate, C-514/13, apdo. 32).

En el asunto *Pham* la situación varía en el sentido que ahora ya no es la inexistencia de centros especializados lo que impide cumplir el artículo 16.1, sino que es el propio inmigrante en situación irregular que desea ser internado en un centro penitenciario. La señora Thy Ly Pham, originaria de Vietnam, entró sin documentos a Alemania, por lo que se decidió internarla para efectos de su expulsión. El deseo manifiesto de la señora Pham de ser internada en un centro penitenciario ordinario se debe a que era la única forma de mantener contacto con alguno de sus compatriotas. La situación anterior estaría doblemente incumpliendo el artículo 16.1 de la directiva, en primer lugar, porque, pudiendo internar a doña Pham en un centro especializado, no se realiza, y, en segundo lugar, porque las autoridades alemanas estarían mezclando personas internadas para efectos de su expulsión con presos ordinarios, lo cual está estrictamente prohibido por la Directiva y no admite ningún tipo de excepción.

El supremo órgano jurisdiccional alemán indica que el internamiento así concebido sería lícito porque el artículo 16.1 se debe interpretar en el sentido de que los Estados miembros disponen de un margen de apreciación al aplicarlo dando así la posibilidad de tener en cuenta el consentimiento del nacional del tercer país afectado. Sin embargo, también se preocupa de que se corra el riesgo de que las autoridades administrativas alemanas incurran en el vicio de solicitar, e incluso incitar, a los nacionales de terceros países que accedan voluntariamente a ser internados en cárceles ordinarias. A este respecto el supremo tribunal de Alemania pregunta al TJ si “¿Es compatible con el artículo 16, apartado 1, de la Directiva [2008/115] el internamiento compartido con otros presos [ordinarios] de una persona internada a efectos de expulsión cuando ésta ha accedido a dicho internamiento compartido?” (TJ, Gran sala, *Pham* C-474/13, ap. 13).

El TJ es tajante en indicar que un Estado miembro siempre debe cumplir la obligación de separar a los internados con los presos ordinarios, incluso con el consentimiento del nacional de un tercer país. Esta obligación es incondicional y se basa en que las personas afectadas deben ser retornadas humanamente y respetando plenamente sus derechos humanos y su dignidad (TJ, Gran sala, *Pham* C-474/13, ap. 20).

Respecto a las sentencias referidas, el Abogado General, Yves Bot, ha profundizado en los derechos humanos de los migrantes. El internamiento para efectos de expulsión no debe tener un carácter punitivo y, como tal, no debe ser practicado bajo ningún motivo en un centro carcelario en conjunto con otros presos. Bajo esta misma lógica, la Directiva de Retorno obliga a separar a los presos ordinarios de los internados para efectos de expulsión. El abogado indica que el artículo 16.1 tiene su origen en el principio rector contenido en el artículo 1 de la Directiva el cual tiene coherencia con el artículo 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, esto es, “la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”. A este respecto indica:

En mi opinión, por tanto, para observar estas normas, el artículo 16, apartado 1, de la Directiva hace que el internamiento de un nacional de un tercer país en espera de expulsión se apoye en dos principios básicos relativos a las condiciones y al régimen de retención. Por un lado, el internamiento debe llevarse a cabo en un centro especializado con las condiciones de vida adaptadas y, por otro lado, en el supuesto excepcional de que el internamiento deba producirse en un centro penitenciario, el Estado miembro debe garantizar la separación del nacional afectado respecto de los presos ordinarios, exigencia esta última que resulta imprescindible, dado que es obligatoria cualquiera que sea el lugar de internamiento” (TJ, Conclusiones del Abogado General Yves Bot, Bero, Bouzalmate y Pham, C-473/13, C-514/13 y C-474/13, ap. 83).

La naturaleza y la finalidad del internamiento impiden que se interprete fuera de estos parámetros, de lo contrario se estaría incumpliendo el objetivo de la Directiva de Retorno de llevar a cabo un procedimiento de retorno de manera eficaz y con respeto a los derechos fundamentales de los migrantes.

CONCLUSIONES

En la segunda mitad de siglo XX se dio inicio al proceso de integración europea con el objetivo de la creación de un mercado interno basado en cuatro libertades: personas, servicios, mercancías y capitales. La creación de las Comunidades Europeas, luego la Unión Europea por el Tratado de Maastricht, el surgimiento del espacio Schengen y la creación y consolidación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia influyeron de manera sustancial en las políticas migratorias.

En la libre circulación de personas es donde las políticas migratorias cobran importancia toda vez que, ante la eliminación de los controles fronterizos internos, necesariamente se debían aplicar un paquete de medidas de seguridad que contrarrestaran los efectos considerados riesgosos como consecuencia de la supresión de las fronteras interiores, dentro de los cuales se consideraba el ingreso masivo de personas nacionales de terceros países a territorio europeo, tendencia de las políticas migratorias que se mantiene hasta hoy en día.

Actualmente las materias de migración son de competencia compartida entre la UE y los Estados Miembros (capítulo 2 del título V del TFUE). Por ejemplo, en cuanto a migración legal la UE puede establecer condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en un Estado miembro, incluidos los destinados a la reagrupación familiar y los Estados miembros tiene derecho a establecer porcentajes de admisión de inmigrantes con el fin de buscar trabajo por cuenta propia o ajena. Respecto a la inmigración irregular la UE tiene la obligación de evitarla y prevenirla, principalmente, a través de una política eficaz de retorno y también puede celebrar acuerdos de readmisión con otros países.

La creación de una política común de inmigración se trazó en los programas e instrumentos que, entre otras cosas, buscan la existencia de un sistema uniforme de fronteras. Durante la vigencia del Programa de Tampere se estableció la urgencia de la creación de una política de inmigración, basada en el “Enfoque Global de la Migración”, que consiste en que deben considerarse factores económicos, políticos y sociales. Sin perjuicio de lo anterior, el factor económico siguió imperando y las medidas de seguridad que la amparan en los programas de Tampere, La Haya, Estocolmo, las orientaciones estratégicas para el periodo 2014-2020 y, finalmente, la Agenda Europea de Inmigración de 2015, en donde se ha reforzado de manera desmesurada el discurso a favor de la seguridad para la protección del ELSJ.

El surgimiento de la lucha contra la inmigración irregular de los nacionales de terceros países en la UE como parte esencial de la política migratoria europea es el fiel reflejo del rumbo que ha tomado esta última. Según lo anterior, la inmigración irregular atentaría contra la viabilidad del ELSJ y por ende, contra la seguridad interior de la UE. Este elemento clave se compone de herramientas que criminalizan al inmigrante. En primer lugar, la cooperación con terceros países en la práctica llevan a la UE a “externalizar” sus controles fronterizos, dando paso a la intervención de fuerzas policiales de terceros países y la creación de centros de detención afuera del territorio europeo todo alejado de cualquier marco de protección de los Derechos Humanos. En segundo lugar, la gestión de fronteras exteriores ha incidido en un cambio de paradigma en la vigilancia de fronteras. Ahora no se agota dicha tarea en el control de la frontera en específico sino que se lleva a cabo una minuciosa tarea de detección de rutas o trayectorias migratorias, siguiéndolas desde su origen para luego interceptarlas. Esto también conlleva una discusión de cómo se están llevando a cabo dichas interceptaciones, sobre todo, por la FRONTEX, dado que no se estaría respetando el principio de *non refoulement*. En tercer lugar, una de las armas más importantes de la política migratoria de la UE es el retorno.

El retorno ha sido desarrollado y regulado bastante a nivel comunitario. Los distintos programas y comunicaciones de la UE lo consideran la piedra angular de la política migratoria, dada su eficacia en la “lucha contra la inmigración ilegal” ya que ataca directamente la permanencia de un inmigrante en territorio europeo.

El retorno está regulado por la “Directiva de Retorno” cuya principal tarea es establecer mínimos para la aplicación de las normas de retorno de cada uno de los Estados Miembros. Consideramos que este instrumento es el resultado del enfoque que la UE le ha otorgado a su política migratoria centrada en la “lucha contra la inmigración ilegal” en detrimento de otros aspectos como la flexibilidad en las políticas de migración regular e integración. En el contenido de esta Directiva se reflejan las intenciones de la UE de criminalizar a nacionales de terceros países que no han cometido delito alguno. Sin perjuicio de que la Directiva de Retorno defina claramente cuando un nacional de un tercer país está en situación irregular, sostenemos que al usar términos como “inmigración ilegal”, “nacionales de terceros países que hayan entrado ilegalmente” e “inmigrantes ilegales” (los que también son usados libremente en otros instrumentos emanados de la UE) conllevan a imputarle a un determinado grupo de personas un carácter peyorativo y prejuicioso que perturba la imagen de éstos, ilegalizando a la persona independiente de sus actos. De esta forma se extiende dicha imagen a todo inmigrante, sea

irregular o no, ya que se potencia el mito que relaciona al extranjero con la delincuencia o el terrorismo, potenciando la aplicación de medidas de ultima ratio, propias del derecho penal. Las principales instituciones reguladas por la Directiva, la expulsión y el internamiento, se impregnan de este espíritu sancionador y radical impuesto por los programas de la UE en la “lucha” a toda costa contra el inmigrante irregular.

En primer lugar, la institución de la expulsión está fuertemente regulada lo que no ocurre con la “salida voluntaria” que resulta ilusoria y poco aplicable al estar amparada por decisiones fundadas en medidas coercitivas. Tampoco se establecen mecanismos específicos para que en el proceso de expulsión no se viole el principio de no devolución sobre todo considerando que el Estado de retorno puede ser incluso un tercer país que no necesariamente es el país de origen del inmigrante. Lo mismo podemos decir del respeto al derecho a la vida familiar, que, según instrumentos internacionales de derechos humanos, solamente se puede interrumpir en situaciones de orden público, seguridad nacional y criminales, pero nunca por una infracción administrativa. El derecho a la vida familiar nunca se encontrará protegido por la Directiva de Retorno mientras no se establezca un mecanismo que impida la ejecución una medida de expulsión ante la existencia de lazos familiares.

En segundo lugar, la posibilidad de internamiento de un inmigrante en situación irregular es un claro ejemplo del contenido punitivo que se le quiere otorgar a las políticas migratorias, ya que las medidas de privación de libertad deberían ser excepcionalísimas y nunca aplicarse por una mera infracción administrativa. La nula regulación de otros métodos menos coercitivos para hacer efectiva una medida de expulsión, la interpretación amplia de las hipótesis en las que se puede aplicar o ampliar el internamiento potencian la aplicación desmedida de esta institución. Además resulta de especial gravedad la posibilidad de privar de libertad a menores de edad, lo cual está contra el interés superior del niño protegido a nivel internacional.

La Directiva de Retorno es la concretización de lo que se propone la “lucha contra la inmigración ilegal”. Es por aquello que la tarea armonizadora de la Directiva es tan minuciosa en la regulación de las instituciones que establece para ampliar su eficacia, no siendo así en la protección de los derechos de los inmigrantes donde resulta ser general y vaga. La criminalización del inmigrante valida la aplicación de medidas cada vez más duras y radicales, mal que mal se trata de una “lucha”, una verdadera guerra donde todo vale.

La Agenda Europea de Migración del 2015 no hace ninguna crítica a las pocas garantías existentes a favor de los nacionales de terceros países ubicando el problema de la política migratoria justamente en la poca aplicación de medidas coercitivas de expulsión de inmigrantes.

La UE debe ampliar el desarrollo de las políticas de migración regular y no solamente centrarlas en medidas de migración selectiva, como por ejemplo la atracción de inmigrantes altamente calificados, negando la entrada a aquellos que justamente representan el mayor beneficio al alicaído mercado laboral europeo: los inmigrantes poco calificados. Son estos quienes generalmente tienen más dificultades para entrar y que, ante dicha situación, buscan otras alternativas. La ampliación de la creación y aplicación de medidas que permitan con mayor facilidad el ingreso de inmigrantes y su integración a la sociedad europea y el respeto irrestricto a los Derechos Humanos basándose en los instrumentos internacionales que los amparan deben ser los protagonistas de una política europea de inmigración para evitar catástrofes humanitarias como las vividas en el Mar Mediterráneo. La lucha contra la inmigración ilegal no logrará aplacar nunca el sentido de supervivencia del ser humano, que es más fuerte que cualquier frontera.

BIBLIOGRAFÍA

- Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). (16 de Junio de 2008). *Posición del ACNUR sobre la Propuesta de la Directiva sobre procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio*. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin%2FDocumentos%2FBDL%2F2008%2F6422>.
- Álvarez Rubio, J. J. (2008). “El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (15), 1-33. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://www.reei.org/index.php/revista/num15/articulos/tratado-lisboa-plena-comunitarizacion-espacio-libertad-seguridad-justicia>.
- Aníbarro Martínez, E. (2016). *El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea: Proyecto Jurídico-Político* In Fieri (tesis doctoral). Universidad de Valladolid, España. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/16888/1/Tesis1031-160506.pdf>.
- Arango Vila-Belda, J. (2005). “Dificultades y dilemas de la política de inmigración”. *Revista Arbor*, 181 (713), 17-25. Recuperado el 19 de diciembre de 2017 de <http://arbor.revistas.csic.es/index.php/arbor/article/view/439/440>.
- Consejo de Europa. (27 de Junio de 2006). Resolución 1509/2006 de la Asamblea Parlamentaria “Los Derechos Humanos de los migrantes irregulares”. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17456&lang=EN>.
- Boixareu Carrera, A. (1989). “Los trabajos del grupo de coordinadores para la libre circulación de personas”. *Gaceta Jurídica de la CEE* (72), 3-11.
- Bunyan, T. (1993). “Trevi, Europol and European state”, *Statewatching the New Europe*, 1-15. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://www.statewatch.org/news/handbook-trevi.pdf>.
- Centro de Internamiento de Extranjeros. (2013) *Informe 2013. Criminalizados Internados Expulsados*. Madrid: Fundación San Juan del Castillo PUEBLO UNIDOS y Servicio Jesuita A Migrantes (SJM España), 9. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <https://abriendofronteras.net/wp-content/uploads/2017/06/13-InformeCIE.pdf>.

- Ceriani Cernadas, P. (2009). “Control Migratorio Europeo en Territorio Africano: La omisión del carácter extraterritorial de las obligaciones de Derechos Humanos”. *Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos* 6(10), 189-216. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r23746.pdf>.
- Ceriani Cernadas, P. (2009). “La Directiva de Retorno de la Unión Europea: Apuntes críticos desde una perspectiva de derechos humanos”. *Anuario de Derechos Humanos* (5), 85-94. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/11519/11878>.
- Chueca Sancho, A. (2005). “Un análisis de las migraciones internacionales a través de cinco mitos”. *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* (9), 45-63. Recuperado el 19 octubre de 2017 de http://www.unizar.es/union_europea/files/Chueca%202005.pdf.
- Cillero Bruñol, M. (1999). “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”. En E. García (compilador). *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. Bogotá: Temis, 69-85.
- Comisión Española de Ayuda al Refugiado. (2008). Informe de Evaluación del Centro de Detención de Migrantes en Nouadhibou (Mauritania). Madrid. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <https://boletinderechoshumanos.files.wordpress.com/2015/02/informe-cear-nouadhibou-2009.pdf>.
- Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos. (2010). *Migración Irregular, Tráfico Ilícito de Migrantes y Derechos Humanos: Hacia la Coherencia*. Ginebra, Suiza: ICHRP.
- Continúa el bloqueo de carreteras por los camioneros franceses. (20 de Febrero de 1984). *El País*. Recuperado el 15 de Abril de 2015 de http://elpais.com/diario/1984/02/20/economia/446079603_850215.html.
- Cué, C. y Cembrero, I. (8 de Octubre de 2005). “Rabat abandona en el desierto a cientos de inmigrantes que intentaban entrar en España”. *El País*. España. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de http://elpais.com/diario/2005/10/08/espana/1128722402_850215.html.
- Europa Press. (13 de Marzo de 2012). “El Defensor del Pueblo Europeo investiga si Frontex respeta los derechos humanos”. *El Mundo*. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de http://www.elmundo.es/elmundo/2012/03/13/union_europea/1331655285.html.

Eurostat. (2015). *Estadísticas de migración y población migrante*. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration and migrant population statistics/es](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics/es).

Fernández Rozas, J. (2004). “El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia consolidado por la Constitución Europea”. *Revista Jurídica Española La Ley* (4), 1867-1881. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de [http://eprints.sim.ucm.es/6870/1/EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA CONSOLIDADO.pdf](http://eprints.sim.ucm.es/6870/1/EL_ESPACIO_DE_LIBERTAD,_SEGURIDAD_Y_JUSTICIA_CONSOLIDADO.pdf).

Fisher-Lescano, A. y Löhr, T. (2007). *Control fronterizo marítimo. Medidas acorde a los Derechos Humanos y de Refugiados* (Dictamen Jurídico). Centro Europeo de Derecho Constitucional y de los Derechos Humanos. Fráncfort, Alemania.

FRONTEX. (2015). *Annual Risk Analysis 2015*. Varsovia: Recuperado el 19 de octubre de 2017 de

http://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Annual_Risk_Analysis_2015.pdf

_____. (2016). *Risk Analysis for 2016*. Varsovia: Recuperado el 19 de octubre de 2017 de

http://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Annula_Risk_Analysis_2016.pdf

_____. (2017). *Risk Analysis for 2017*. Varsovia: Recuperado el 19 de octubre de 2017 de

http://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Annual_Risk_Analysis_2017.pdf

Fuhem Ecosocial. (Septiembre de 2013). “La externalización de la frontera sur. Control migratorio más allá de las fronteras oficiales de España y de la UE”. *Boletín Ecos* (24), 1-12. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de [https://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/Boletin_ECOS/24/la-externalizacion-de-la-frontera-sur PRODUCCIONES TRANSLOCALES 28sept2013.pdf](https://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/Boletin_ECOS/24/la-externalizacion-de-la-frontera-sur_PRODUCCIONES_TRANSLOCALES_28sept2013.pdf).

Garrido Rodríguez, P. (2005). *Inmigración y diversidad cultural en España. Un análisis histórico desde la perspectiva de los derechos humanos* (Tesis doctoral). Universidad de Salamanca, Salamanca. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de [https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110693/1/DHMMC Garrido Rodriguez P Inmigracion y diversidad.pdf](https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/110693/1/DHMMC_Garrido_Rodriguez_P_Inmigracion_y_diversidad.pdf).

González Ferrer, A. (15 de Mayo de 2015). La nueva estrategia migratoria de la UE: ¿Valiente y audaz? *Eldiario.es*. España. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de

http://www.eldiario.es/piedrasdepapel/estrategia-migratoria-UE-Valiente-audaz_6_388171188.html.

- González Vega, J. (2008). “¿Regreso al futuro? la difícil concreción de una política europea de inmigración”. En Aldecoa Luzarraga, F. (coord.), *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario: perspectivas desde la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional*. (pp. 1561-1578), Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- González Saquero, P. (2015). “La regularización de la expulsión administrativa por estancia irregular en España, incompatible con la Directiva de Retorno (Sentencia del Tribunal de justicia, Asunto f C-38/14, Zaizoune)”. *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo* (55), 133-158.
- Gomes Soares, F. (2014). “La Violación de los Derechos de los inmigrantes en la Unión Europea”. *Revista Jurídica*, 4(33), 41-67.
- Gortázar Rotaeché, C. (2009). “El enfoque Global de la Migración en la Unión Europea y el Derecho Humano al desarrollo”. *Miscelánea Comillas* 67 (130), 199-216. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <https://revistas.upcomillas.es/index.php/miscelaneacomillas/article/viewFile/895/756>.
- Grupo del Visegrado. (2017). Declaración conjunta de los primeros ministros de los países pertenecientes al V4 sobre migración. Budapest: Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <https://www.vlada.cz/assets/media-centrum/aktualne/Joint-Statement-by-the-Prime-Ministers-of-V4-Countries-on-migration.pdf>.
- Hatton, T. y Williamson, J. (2004). “¿Cuáles son las causas que mueven la migración mundial?”. *Revista Asturiana de Economía* (30), 7-36. Recuperado el 15 de Abril de 2013 de <http://www.revistaasturianadeeconomia.org/raepdf/30/HATTON.pdf>.
- Iglesias Suárez, A., Juliá Dorado, M. y Baños Torres, J. (1996).” La Comunitarización de la Política Regional”. En Vence, X. y Díaz, C. (coords.). *V Jornadas de Economía Crítica. La crisis de Estado de Bienestar y la Unión Europea*. (pp.1-28). Santiago de Compostela: Asociación Cultural Economía Crítica. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/ec/jec5/pdf/area5/area5-9.pdf>.
- Izquierdo Sanz, C. (2000). “Las Fronteras Exteriores de la Unión Europea y el Convenio de Schengen”. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 16, 133-190. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://hdl.handle.net/10171/21697>.

- La operación “Mare Nostrum” para ayudar a los inmigrantes le cuesta a Italia 300.000 euros diarios. (07 de junio de 2.014). *teinteresa.es*. Recuperado el 19 de octubre de 2.017 de http://www.teinteresa.es/mundo/operacion-Mare-Nostrum-inmigrantes-Italia_0_1152485105.html.
- Lacueva Bertolacci, R. (01 de Julio de 2011). “Situación actual de la inmigración irregular en la Unión Europea”. *Noticias Jurídicas*. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4675-situacion-actual-de-la-inmigracion-irregular-en-la-union-europea/>.
- Lages, R. (2012). “La situación actual de los migrantes menores a la luz del derecho internacional público”. *Revista Tribuna Internacional* 1(2), 107-128.
- _____. (2013). “Breves notas sobre la libre circulación de personas y la política comunitaria de inmigración en los procesos regionales de integración económica. Una visión comparada de las experiencias europeas y sudamericana”. *Escenarios Actuales*, Centro de Estudios e Investigación Militares (2), 11-24.
- López-Romero González, M. P. (2006). “Política Común de Inmigración en la Unión Europea: del Tratado de Ámsterdam a la Constitución Europea”. *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo* (7), 87-101. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/11343/1/RevistaUniversitariadeCienciasdelTrabajo-2006-7-Politicacomundeinmigracion.pdf>.
- Ludeña Benítez, O. (2014). “El Derecho de Familia de la Unión Europea: Cuestiones de Cooperación Jurídica Comunitaria entre los Estados Miembros”. *Revista Jurídica de Castilla y León* (32), 1-44.
- Mangas Martín, A. y Liñán Noguera, D. (2010). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos.
- Manieri, M. G. y LeVoy, M. (2015). Posición de PICUM sobre la directiva de retorno de la UE. *Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants*. Bruselas.
- Marengoni, V. (2016). El desplazamiento de personas: refugiados y el principio de non refoulement. (Trabajo fin de máster). Universidad Internacional de La Rioja. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/4844/Valeria%20Marengoni.pdf?sequence=1>

“Marruecos abandona a 48 inmigrantes en el desierto”. (18 de Septiembre de 2008). *La Opinión*. Tenerife, España. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://www.laopinion.es/sociedad/2008/09/18/marruecos-abandona-48-inmigrantes-desierto/171082.html>.

Martínez Puñal, A. (2009). *El Sistema Institucional del Mercosur: De la intergubernamentalidad hacia la supranacionalidad*. Santiago de Compostela: Tórculo Edicións.

Martín y Pérez de Nanclares, J. (2008). *Tratado de Lisboa*. Madrid: Real Instituto Elcano y Marcial Pons.

Massey, D., Arango, J., Hugo, G., Kouaouci, A., Pellegrino, A. y Taylor, J. E. (2008). “Teorías de Migración Internacional: Una revisión y aproximación”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (10), 437-438. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://cienciassociales.edu.uy/wp-content/uploads/sites/6/2014/11/14DouglasMASSEY.pdf>.

Meissner, D. (1993). *Los nuevos retos de las migraciones internacionales: perspectivas y prioridades de las políticas migratorias en Norteamérica, Europa, Japón y la Comunidad Internacional: Informe para la Comisión Trilateral*. Instituto de Cuestiones Internacionales y Política Exterior, Madrid.

Migreurop. (2012). “Acuerdos de readmisión. La “cooperación” al servicio de la expulsión de migrantes”. *Boletín de Migreurop* (1). Recuperado el 19 de octubre de 2017 de http://www.migreurop.org/IMG/pdf/note_de_migreurop_062012_accords_de_r_r_admission_version_espagnole_version_web.pdf.

Moya Malapeira, D. (2008). “La nueva Directiva de Retorno y la Armonización Comunitaria de las Medidas de Alejamiento de Extranjeros”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (10), 101-164.

Neville, D. (Mayo de 2016). *La gestión de las fronteras exteriores*. Parlamento europeo a su servicio. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/es/displayFtu.html?ftuId=FTU_5.12.4.html.

Nieto García, L. C. (2008). “Derechos humanos e inmigración. Europa y la Directiva de Retorno”. *Revista Papeles* (104), 39-56. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de https://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/PDF%20Papeles/104/derechos_%20humanos_e%20inmigracion_directiva_retorno.pdf.

- Olesti Rayo, A. (2012). “El Espacio Schengen y la reinstauración de los controles en las fronteras interiores de los Estados miembros de la Unión Europea”. *Revista d'estudis autonòmics i federals* (15), 44-84. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3937817>.
- _____. (2008). “Las políticas de la Unión Europea relativas al control en las fronteras, asilo e inmigración”. *Revista de derecho constitucional europeo* (10), 13-48.
- Oreja Aguirre, M. (2013). Los orígenes de la unión Europea: El Método Comunitario. *Anales (1949-2017) de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 1-19.
- Organización Internacional de las Migraciones. (2006). *Glosario sobre Migración*. Ginebra: Organización Internacional para las Migraciones.
- _____. (2015). *Global Migration Trends*. Berlín: Global Migration Data Analysis Centre (GMDAC).
- _____. (2010). *Informe Mundial sobre las Drogas*. Viena: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.
- _____. (2016). *International Migration Report 2015: Highlights 2016*, Organización de las Naciones Unidas. Nueva York: Recuperado el 19 de octubre de 2017 de http://www.un.org/en/development/desa/population/migration/publications/migrationreport/docs/MigrationReport2015_Highlights.pdf.
- Peña Pérez, A. (2012). “Inmigrantes Ilegales: concepto infame. Responsables y Dishonrados”. *Revista de derecho migratorio y extranjería* (29), 87-113. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://portaljuridico.lexnova.es/articulo/JURIDICO/134593/iv-inmigrantes-ilegales-concepto-infame-responsables-y-deshonrados-pena-perez-alejandra-revi>.
- Pérez, C y Mora, M. (20 de Abril de 2012). “París y Berlín quieren recuperar el control de fronteras sin depender de Bruselas”. *El País*. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de http://internacional.elpais.com/internacional/2012/04/19/actualidad/1334854425_577479.html.
- Pérez Sola, N. (2008). “La directiva de retorno y la involución en la Europa de los derechos”. *Revista de Estudios Jurídicos* (8), 1-13.
- Pinazo Lozano, I. y Zapater Duque, E. (2015). “La determinación del interés superior del menor no acompañado en el proceso de retorno desde la Unión Europea”. *Cei International Affairs*

- (6), 1-34. Recuperado El 19 de octubre de 2017 de [http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/65844/1/Pinazo Irene %20TFM.pdf](http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/65844/1/Pinazo_Irene_%20TFM.pdf).
- Pomares Cintas, E. (2014). "La Unión Europea ante la inmigración ilegal: la institucionalización del odio" *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* (7), 143-174. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/viewFile/2237/1173>.
- Quindimil López, J. (2012). "La Unión Europea, Frontex y la seguridad en las fronteras marítimas. ¿Hacia un modelo europeo de seguridad humanizada en el mar?" *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (41), 57-118. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4019191.pdf>.
- Quintero Niño, E. (2011). "Hacia una política común de inmigración: "Principios e instrumentos de la política de migración de la Unión Europea". *Revista Aequitas* 1, 215-248. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <https://revistaequitas.files.wordpress.com/2011/11/215-250.pdf>.
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la Lengua Española* (23ª ed.). Madrid: Espasa.
- Sánchez Tomás, J.M. (2014). Hacia un sistema alternativo al internamiento de inmigrantes irregulares. *Eunomia, Revista en Cultura de la Legalidad*, (Nº5), pp. 75-94. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2148/1081>.
- Sassen, S. (1996). *Losing Control, Sovereignty in an age of Globalization*. Nueva York: Columbia University Press.
- Schwarze, P. (31 de Mayo de 2014). "Llegada de inmigrantes ilegales a la Unión Europea creció 48% en 2013". *La Tercera*. Chile. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://www.latercera.com/noticia/mundo/2014/05/678-580468-9-llegada-de-inmigrantes-ilegales-a-la-union-europea-crecio-48-en-2013.shtml>.
- Scuto, F. (2011). "Derecho de los inmigrantes en situación irregular". *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (16), 215-260.
- Solanes Corella, A. (2005). "La política de inmigración en la Unión Europea, desde tres claves". *Revista Arbor* 181(713), 81-100. Recuperado el 22 de octubre de 2017 de <http://arbor.revistas.csic.es/index.php/arbor/article/viewArticle/444>.
- "Tragedia en el Mediterráneo: temen que cientos de migrantes hayan muerto en naufragio en Lampedusa". (19 de Abril de 2015). *BBC Mundo*. Reino Unido. Recuperado el 19 de octubre de

http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/04/150419_rescate_naufragio_inmigrantes_malta_libia_italia_ch.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (2017). El Abogado General Bot propone al Tribunal de Justicia que desestime los recursos de Eslovaquia y de Hungría contra el mecanismo provisional de reubicación obligatoria de solicitantes de asilo. *Comunicado de prensa n° 88/17*. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2017-07/cp170088es.pdf>.

UK axes support for Mediterranean migrant rescue operation. (27 de octubre de 2014). The Guardian. Reino Unido. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <https://www.theguardian.com/politics/2014/oct/27/uk-mediterranean-migrant-rescue-plan>.

Vacchiano, F. (2015). “Los hundidos y los salvados. Reflexiones sobre movilidad y frontera en tiempo de crisis”. *Revista de Dialectología y Tradiciones Populares* 70(2), 315-323. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de http://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/22286/1/ICS_FVacchiano_Hundidos_ARI.pdf.

Valle Gálvez, A. (2003). “Control de fronteras y Unión Europea”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* (7), 67 - 92.

Van Ostrive, L (2001). “Historia del Acuerdo y del Convenio de Schengen”. *Revista cidob d'afers internacionals* (53), 43-61. Recuperado de <http://www.cidob.org/content/download/58478/1518887/version/1/file/53oustrive.pdf>.

Vestri, G (2012). “Inmigración y extranjería. En camino hacia el Tratado de Ámsterdam”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (134), 689-714. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v45n134/v45n134a8.pdf>.

Villa de la Serna, S. (2006). “El Consejo Europeo de Bruselas. Enfoque Global de la Migración”. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* (62), 299-306. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/62/Docu02.pdf.

TRATADOS INTERNACIONALES

Comunidad Europea (1957). Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Roma.

_____. (1967). Convenio de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea para la asistencia mutua entre las respectivas administraciones aduaneras. Roma.

_____. (1990). Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas. Dublín. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:41997A0819\(01\)&from=ES](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:41997A0819(01)&from=ES).

_____. (1999). Tratado de Ámsterdam, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos. Ámsterdam: Publicado en Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas el 01 de Mayo de 1999.

_____. (2002). Versión consolidada del Tratado Constitutivo de la Unión Europea. Roma: Publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 24 de Diciembre de 2002.

Consejo de Europa (1996). Carta Social Europea (revisada). Estrasburgo. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <https://rm.coe.int/1680630939>.

_____. (1950). Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Roma. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.

Organización de Naciones Unidas (1984). Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Nueva York. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>.

_____. (1969). Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Viena. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://www.derechos.org/nizkor/ley/viena.html>.

_____. (1990). Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990). Nueva York. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CMW.aspx>.

_____. (1951). Convención sobre el estatuto de los refugiados. Ginebra. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de

<http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3%2Ffileadmin%2FDocumentos%2FBDL%2F2001%2F0005>.

____. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. París: Recuperado el 19 de octubre de 2017 de http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf.

____. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Nueva York. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>.

Unión Europea (1992). Tratado de la Unión Europea. Maastricht: Publicado en Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas el 01 de Noviembre de 1993.

____. (2001). Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los tratados constitutivos de las comunidades europeas y determinados actos conexos. (2001). Niza: Publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 10 de Marzo del 2001.

____. (2004). Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Roma: Publicado en el Diario Oficial de las Unión Europea el 16 de diciembre de 2004.

____. (1990). Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas. Dublín: Publicado en Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 01 de Septiembre de 1997.

____. (2000). Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Roma: Publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 18 de Diciembre del 2000. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf.

____. (2010). Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea. Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 30 de Marzo de 2010.

____. (26 de Octubre de 2012). Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Maastricht: Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar%3Ac382f65d-618a-4c72-9135-1e68087499fa.0007.02%2FDOC_3&format=PDF.

ACTOS JURIDICOS DE LA UE

Comisión Europea. (10 de abril de 2002). COM/2002/175 Libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales. Bruselas. _____. (01 de septiembre de 2005).

COM/2005/390 Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. El nexo entre migración y desarrollo: algunas orientaciones concretas para la cooperación entre la UE y los países en vías de desarrollo. Bruselas.

_____. (05 de diciembre de 2007). COM/2007/780 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una política común de inmigración. Bruselas.

_____. (05 de diciembre de 2007). COM/2007/780 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una política común de inmigración. Bruselas, Bélgica.

_____. (10 de junio de 2009). COM/2009/263 Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Justicia, libertad y seguridad en Europa desde 2005: una evaluación del programa de La Haya y del plan de acción. Bruselas.

_____. (10 de mayo de 2005). COM/2005/0184 Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo - Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia. Bruselas.

_____. (11 de julio de 2001). COM/2001/387: Relativa a un Método Abierto de Coordinación de la Política Comunitaria en Materia de Inmigración. Bruselas, Bélgica.

_____. (15 de noviembre de 2001). COM/2001/672 Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal. Bruselas.

_____. (17 de febrero de 1986). Acta Única Europea. Publicada en Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo.

_____. (17 de junio de 2008). COM/2008/359 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Política Común de Emigración para Europa: Principios, medidas e instrumentos. Bruselas.

- _____. (19 de julio de 2006). COM/2006/402 Comunicación de la Comisión sobre las prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países. Bruselas.
- _____. (22 de noviembre de 2000). COM/2000/757 Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de migración. Bruselas.
- _____. (30 de noviembre de 2005). COM/2005/621 Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Prioridades de actuación frente a los retos de la inmigración: Primera etapa del proceso de seguimiento de Hampton Court. Bruselas.
- _____. (30 de noviembre de 2005). COM/2005/735 Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. El Planteamiento global sobre la migración un año después: Hacia una política global europea en materia de migración. Bruselas.
- _____. (11 de marzo de 2014). COM/2014/154 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una Europa abierta y segura: ha llegado la hora de hacerla realidad. Estrasburgo.
- _____. (13 de mayo de 2015). COM/2015/240 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una agenda europea de migración. Bruselas.
- _____. (20 de abril de 2010). COM/2010/171 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos, Plan de acción por el que se aplica el programa de Estocolmo. Bruselas.
- _____. (25 de julio de 2001). COM/2001/428. Comunicación de la Comisión: La gobernanza europea - Un Libro Blanco. Bruselas. Consejo (25 de Noviembre de 2003). 2003/109/CE Directiva del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 23 de Enero de 2004.
- _____. (03 de Marzo de 2005). 2005/C53/01 Comunicación del Consejo “El Programa de La Haya: Consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea”. Publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 03 de marzo de 2005.
- _____. (1999). 1999/435/CE Decisión del Consejo sobre la definición del acervo de Schengen a efectos de determinar, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Tratado

Constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen dicho acervo. Publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 10 de Julio de 1999.

_____. (1999). 1999/C19/01. Plan de Acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Texto adoptado por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior. Publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 23 de Enero de 1999.

_____. (2007). No 2007/2004 Reglamento (CE) de Consejo por el que se crea una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea. Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 25 de Noviembre de 2011.

_____. (1999). 1999/436/CE Decisión del Consejo, por la que se determina, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen el acervo de Schengen, (1990). Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 10 de Julio de 1999.

_____. (2002). Plan Global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea. Publicada en Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 14 de junio de 2002.

_____. (2003). 2003/9/CE Directiva sobre normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros. Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 06 de febrero de 2003.

_____. (2005). 2005/85/CE Directiva sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 13 de Diciembre de 2005.

_____. (2003), 2003/86/CE Directiva del Consejo sobre el derecho a la reagrupación familiar. Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 3 de Octubre de 2003.

_____. (2008). 13440/08 ASIM 72 Pacto Europeo sobre inmigración y asilo. Bruselas.

_____. 2004/927/CE Decisión del Consejo por la que determinados ámbitos cubiertos por el Título IV de la Tercera parte del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea se regirán por el

procedimiento previsto en el artículo 251 de dicho Tratado. Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 31 de diciembre de 2004.

Consejo Europeo (2001). Declaración de Laeken sobre el futuro de la Unión Europea. Laeken. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://www.consilium.europa.eu/es/european-council/conclusions/pdf-1993-2003/consejo-europeo-de-laeken--conclusiones-de-la-presidencia/>.

_____. (2010). Programa de Estocolmo (2010/C 115/01). Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano. Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 04 de mayo de 2010.

_____. (2005). Consejo Europeo de Bruselas. Conclusiones de la Presidencia. Bruselas. Recuperado de http://europa.eu/rapid/press-release_DOC-05-4_es.htm.

_____. (1999). Consejo Europeo de Tampere. Conclusiones de la Presidencia. Sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea. Tampere.

_____. (2014). EUCO 70/14 Conclusiones del Consejo Europeo. Bruselas. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?f=ST%2079%202014%20INIT&l=es#page=2>.

Parlamento Europeo y Consejo. (2006). Reglamento (ce) n° 562/2006 por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen). Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 13 de Abril de 2006. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX%3A32006R0562&from=ES>.

_____. (2008). 2008/115/CE Directiva relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 24 de Diciembre de 2008. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX%3A32008L0115&from=ES>.

_____. (2016). 2016/1624 Reglamento (UE) sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 y por el que se derogan el Reglamento (CE) n° 863/2007, el Reglamento (CE) n° 2007/2004 y la Decisión 2005/267/CE. Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 16 de septiembre de 2016. Recuperado el 19 de octubre

de 2017 de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2016:251:FULL&from=ES>.

JURISPRUDENCIA

Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar (02 de febrero de 2016). Asunto Affum, C-47/15. Luxemburgo: Recopilación Electrónica de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d58616fcb19c704c5da44feb249548d324.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4PaNaTe0?text=&docid=174070&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1045634>.

Conclusiones del Abogado General Sr. Melchor Wathelet (31 de enero de 2013). Asunto Arslan, C-534/11. Luxemburgo: Recopilación Electrónica de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=133223&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1046131>.

Conclusiones del Abogado general Sr. Yves Bot (30 de abril de 2014). Asuntos acumulados Adala Bero, C-473/13 y Ettayebi Bouzalmate, C-514/13 y asunto Pham, C-474/13. Luxemburgo: Recopilación Electrónica de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=151561&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1046521>.

Opinión del Abogado General Sr. Maciej Szpunar (14 de mayo de 2014). Asunto Mahdi, C-146/14 PPU. Luxemburgo: Recopilación Electrónica de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=153321&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1046906>.

Opinión del Abogado General Sr. Melchior Wathelet (23 de agosto de 2013). Asunto G. y R., C-383/13 PPU. Luxemburgo: Recopilación Electrónica de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=140861&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1047140>.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala (17 de julio de 2014). Asunto Pham, C-474/13. Luxemburgo: Recopilación Electrónica de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=155107&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1047738>.

___, Gran Sala (17 de junio de 2014) Asuntos acumulados Bero, C-473/13 y Bouzalmate, C-514/13. Luxemburgo: Recopilación Electrónica de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=155112&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1047946>.

___, Gran Sala (28 de abril de 2011) Asunto Kadzoev, C-357/09 PPU. Luxemburgo: Recopilación Electrónica de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72526&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1048087>.

___, Sala Primera (28 de Julio de 2011). Asunto Hassen El Dridi C-61/11 PPU. Luxemburgo: Recopilación Electrónica de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=82038&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1048249>.

___, Sala Primera (6 de diciembre de 2012). Asunto Md Sagor, C-430/11. Luxemburgo: Recopilación Electrónica de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=131495&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1048440>.

___, Sala Tercera (30 de mayo de 2013) Asunto Arslan, C-534/11. Luxemburgo: Recopilación Electrónica de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=137831&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1048578>.

___, Sala Tercera (5 de junio de 2014). Asunto Bashir Mohamed Ali Mahdi, C-146/14 PPU. Luxemburgo: Recopilación Electrónica de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Recuperado el 19 de octubre de 2017 de <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=153314&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1048739>.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. (13 de julio de 1995). Asunto Nasri contra Francia, A n° 19465/92.

___ (15 de Noviembre de 1996). Asunto Chahal contra Reino Unido n° 22414/93.

___ (18 de febrero de 1991), Asunto Moustaquim contra Bélgica, A n° 12313/86.

___ (24 de abril de 1996). Asunto Boughanemi contra Francia, A n° 22070/93.

___ (26 de marzo de 1992), Asunto Beldjoudi contra Francia, A n° 12083/86.

___ (28 de mayo de 1985), Asunto Abdulaziz, Cabales e Balkandali contra Reino Unido, A n°s 9214/80, 9473/81, 9474/81.