



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

Problemática en torno a la inmigración en la Unión Europea

Presentado por:

Rafael Espinosa García

Tutelado por:

Margarita María Ana Corral Suárez

Valladolid, 9 de julio de 2024

RESUMEN

El fenómeno migratorio ha estado vinculado a los seres humanos desde los comienzos de la humanidad y continúa hasta los tiempos más modernos. Sin embargo, la percepción actual de la inmigración ha supuesto más inconvenientes que beneficios, suponiendo un verdadero problema, especialmente, para los países que ven cómo sus fronteras se ven superadas ante la cantidad de migrantes que acuden a su territorio.

El objetivo de este trabajo es dar una perspectiva general de toda la problemática que constituye el hecho de que cientos y miles de migrantes intentan entrar en la Unión Europea, con todos los problemas de gestión que implican para los principales países afectados, desbordados y sin capacidad de actuación, necesitando la colaboración del resto de países miembros para sofocar la crisis migratoria.

Para su análisis se evaluarán las políticas que se han adoptado desde el inicio de las Comunidades Europeas y el proceso por el que se ha llevado a cabo la regulación de una política migratoria común, así como los procedimientos de entrada y expulsión de los migrantes, sus derechos, la situación de los menores no acompañados, la lucha contra la inmigración ilegal y los acuerdos con terceros países involucrados. Para finalizar, se abordará la figura del Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, cuáles son sus objetivos y el momento actual que atraviesa.

PALABRAS CLAVE

Unión Europea, Inmigración ilegal, Migrante, Espacio Schengen, Fronteras, Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, Acuerdos de retorno y readmisión, Comunitarización, Países de origen, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Derechos Fundamentales, Frontex (Agencia Europea de la Guardia de las Fronteras y Costas), Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Procedimiento de Entrada y de Devolución, Política Migratoria, Menores no acompañados, Tratado de Ámsterdam.

ABSTRACT

The phenomenon of migration has been linked to humans since the beginning of humanity and continues into modern times. However, the current perception of immigration has posed more inconveniences than benefits, becoming a real problem, especially for countries whose borders are overwhelmed by the number of migrants arriving in their territory.

The objective of this work is to provide a general perspective on the entire issue of hundreds and thousands of migrants attempting to enter the European Union, with all the management problems this entails for the main affected countries, overwhelmed and unable to act, thus requiring the collaboration of the member states to mitigate the migration crisis.

To analyze this, the policies adopted since the inception of the European Communities and the process by which a common migration policy has been regulated will be evaluated, as well as the entry and expulsion procedures of migrants, their rights, the situation of unaccompanied minors, the fight against illegal immigration, and agreements with the involved third countries. Finally, the study will address the New Pact on Migration and Asylum, its objectives, and its current status.

KEY WORDS

European Union, Illegal Immigration, Migrant, Schengen Area, Borders, New Pact on Migration and Asylum, Return and readmission agreements, Communitarization, Countries of origin, Treaty on the Functioning of the European Union, Fundamental Rights, Frontex (European Border and Coast Guard Agency), Charter of Fundamental Rights of the European Union, Entry and Return Procedure, Migration Policy, Unaccompanied minors, Treaty of Amsterdam.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. CONCEPTO DE MIGRACIÓN.....	8
3. COMUNITARIZACIÓN DE LA INMIGRACIÓN.....	10
4. ESPACIO SCHENGEN.....	22
5. LA POLÍTICA MIGRATORIA DE LA UNIÓN EUROPEA.....	27
5.1 Introducción.....	27
5.2 Primeros pasos.....	29
5.2.1 Gestión de los flujos migratorios.....	29
5.2.2 Medidas previas al cruce de fronteras.....	32
5.2.3 Medidas frente a la inmigración ilegal.....	35
5.3 Regulación actual.....	36
5.3.1 Procedimiento de entrada.....	37
5.3.2 Procedimiento de devolución o expulsión.....	40
6. DERECHOS DE LOS INMIGRANTES.....	42
6.1 Evolución.....	42
6.2 Situación de los inmigrantes irregulares.....	47
6.3 Sentencia TS 3238/2023.....	53
7. GESTIÓN DE LAS FRONTERAS EXTERIORES.....	55
7.1 FRONTEX.....	55
7.1.1 Estructura.....	56
7.1.2 Cuerpo Permanente.....	57
7.1.3 Funciones.....	58
7.1.4 Derechos Fundamentales.....	60
7.2 EMSC (EUROPOL).....	60
8. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS.....	62
8.1 ¿Qué ocurre con los menores no acompañados cuando llegan a Europa?.....	63
8.2 Posibilidad de devolución de los menores no acompañados.....	64
8.3 Derechos de los menores no acompañados.....	66
9. ACUERDOS DE COOPERACIÓN ENTRE PAÍSES DE ORIGEN Y DE DESTINO.....	68
9.1 Los acuerdos de retorno y readmisión de migrantes de la UE.....	68
9.2 Concepto y características.....	69
9.3 Procedimiento de celebración.....	71

9.3.1	Acuerdos de retorno jurídicamente vinculantes.....	71
9.3.2	Convenios no vinculantes.....	72
9.3.3	Procedimiento.....	72
9.3.4	Contenido de los acuerdos.....	74
9.4	Devolución de los menores no acompañados.....	75
10.	NUEVO PACTO SOBRE MIGRACIÓN Y ASILO.....	77
10.1	Introducción.....	77
10.2	Contexto y contenido.....	80
10.3	Objetivos.....	82
10.4	Situación actual del Pacto.....	85
	CONCLUSIONES.....	87
	REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	89
	RECURSOS ELECTRÓNICOS.....	90

ABREVIATURAS

ACNUR	Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
AUE	Acta Única Europea
CA	Comunidad Autónoma
CE	Comisión Europea
CECA	Comunidad Económica del Carbón y del Acero
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEE	Comunidad Económica Europea
CESE	Comité Económico y Social Europeo
DDFF	Derechos Fundamentales
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
EMSC	European Migrant Smuggling Centre
MENA	Menores Extranjeros No Acompañados
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OIM	Organización Internacional para las Migraciones
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
SIS	Sistema de Información de Schengen
TEDH	Tribunal Europeo de los Derechos Humanos
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea

1. INTRODUCCIÓN

Los movimientos migratorios se han producido a lo largo de toda la Historia de la humanidad, de modo que se podría afirmar que es un aspecto inserto en la propia naturaleza humana. Sin embargo, las migraciones que se están llevando a cabo durante los últimos años, en el contexto europeo, están suponiendo un problema serio para la Unión Europea (UE) y más aún para los países fronterizos donde tienen lugar las llegadas masivas de migrantes.

El objetivo principal de este trabajo será analizar la problemática que hay entorno a la inmigración en el contexto de la UE y cuáles son las regulaciones con las que cuenta la Unión para hacerla frente.

Concretamente, mi objeto de trabajo, dentro de todo lo que constituye los flujos migratorios, donde se encuentran situaciones tales como los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados, quienes buscan la protección temporal o subsidiaria, se va a centrar en la inmigración ilegal en el contexto de la UE y en toda la problemática que genera.

Es importante hacer esta distinción porque en muchas ocasiones los términos migrante y refugiado se equiparan, cuando, en realidad, son status jurídicos diferenciados.

He enfocado mi estudio en este tema porque la inmigración me parece un tema muy complejo y de difícil solución, pero que encuentro apasionante por todos los elementos que involucra debido a que es un “problema” que se ha dado durante toda la Historia y que ha incrementado tanto durante las últimas décadas que ha llegado a una situación, la actual, en la que la inmigración, y sobre todo la ilegal, es un gran contratiempo al que nos tenemos que enfrentar.

Utilizo la palabra problema entre comillas porque anteriormente, en concreto, tras la Segunda Guerra Mundial (1939-45), la llegada de nacionales de terceros países a las entonces Comunidades Europeas no se veía con tanto recelo como se puede considerar ahora, sino todo lo contrario, la llegada de los inmigrantes era una situación muy beneficiosa para una Europa devastada tras años de guerra. Se les consideraba una mano de obra muy útil para comenzar la reconstrucción de las ciudades europeas, de modo que se permitía, sin mayor oposición, la entrada de nacionales de terceros países. Sin embargo, con el paso de los años y la evolución que fue experimentando Europa, se hizo evidente que ya no era necesaria tanta mano de obra como años atrás, de modo que los Estados europeos restringían cada vez más la entrada de nuevos migrantes en sus territorios ante las llegadas cada vez más numerosas

que se producían, alcanzado, tras varias crisis migratorias, la situación actual, donde los países están desbordados ante la llegada masiva de inmigrantes.

Se observa una situación en la que la población inmigrante está experimentando un notable aumento demográfico, en contraste con el envejecimiento y la baja natalidad en Europa.

En la actualidad, considero que la inmigración es un verdadero obstáculo al que se enfrenta la UE, sobre todo por la enorme cantidad de migrantes que se acercan a las fronteras, movidos por su atractivo de libertad y bienestar, por su prosperidad económica y por su estabilidad política, y porque constituye una vía de escape para quienes viven guerras y dictaduras. Constituye un verdadero problema porque la cantidad de personas que desean entrar en nuestras fronteras es inasumible, entraña mucha dificultad gestionar las migraciones en masa que se están produciendo últimamente, porque los países mediterráneos (España, Italia y Grecia) a los que acuden estos migrantes no cuentan con los medios suficientes para hacerse cargo de tantos migrantes y necesitan la ayuda del resto de países europeos, una ayuda que está tardando en llegar por las reticencias que presentan cada uno de los países en el tema de la inmigración.

Por ello, como dice el profesor Ortiz-Arce, “el control de la inmigración de terceros países no resulta del ámbito exclusivo de los Estados aisladamente considerados, sino más bien de los Estados comunitarios en régimen de cooperación”¹.

La inmigración ha crecido de manera exponencial en las últimas décadas, y con ello los desplazamientos ilegales también han aumentado debido a los requisitos de entrada, cada vez más restrictivos, que imponen los países miembros de la UE para permitir la entrada a ciudadanos de terceros países.

En este contexto de cada vez más difícil acceso a la UE, los migrantes, deseosos por alcanzar nuevos territorios donde poder vivir libremente y huir de las condiciones precarias de sus países de origen, tienen que recurrir a cualquier posibilidad que les permita traspasar las fronteras, llegando, fruto de la desesperación, a arriesgar la vida en muchos casos, porque no cumplen los requisitos establecidos por la UE que les permitan acceder legalmente a su interior.

¹ ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, Antonio. “La extranjería no comunitaria en el marco de la Comunidad Económica Europea: Hacia la configuración de una política migratoria comunitaria y el reforzamiento de los controles exteriores.” *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 12, mayo-agosto 1992, pág. 207.

2. CONCEPTO DE MIGRACIÓN

En palabras de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), constituye un migrante “toda persona que se traslada fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea dentro de un país o a través de una frontera internacional, de manera temporal o permanente, y por diversas razones”.²

Podemos adoptar la definición de migración dada por la RAE: “Desplazamiento geográfico de individuos o grupos, generalmente por causas económicas o sociales”.³

En base a estas definiciones podríamos entender que las migraciones son los movimientos de población mediante los cuales las personas salen del país que constituye su residencia habitual, por diferentes razones, para dirigirse a otras zonas donde alcanzar libertad y un mejor nivel de vida.

Los movimientos migratorios de los seres humanos han sido y son una parte intrínseca de su naturaleza desde que se tiene conocimiento de la existencia del hombre. Están unidos a su comportamiento desde los inicios, son un fenómeno constantemente repetido.

Desde los primeros homínidos, procedentes de África, se han llevado a cabo desplazamientos de poblaciones a lo largo de la historia.

Durante la etapa colonial se generaron grandes migraciones desde occidente hacia los diferentes territorios de nuevo descubrimiento, como América y Oceanía, así como migraciones forzadas de ciudadanos africanos esclavizados hacia Europa y América.

Las sucesivas guerras mundiales y civiles que se han sucedido durante los últimos siglos también han sido un factor determinante en la migración de millones de personas, forzadas a abandonar sus hogares con el riesgo de perder la vida si permanecían en ellas. Destacan, en este aspecto, las migraciones hacia Estados Unidos y América del Sur tras la Segunda Guerra Mundial, del mismo modo, la guerra de Vietnam motivó grandes desplazamientos, de nuevo, a Estados Unidos.

También habría que destacar las migraciones procedentes de Europa del Este durante la segunda mitad del siglo XX debido a la instauración de los regímenes comunistas. Principalmente provenían de la Unión Soviética, Polonia, Rumanía o Hungría. Junto a estas

² Definición extraída de la plataforma digital de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM): <https://www.iom.int/es/definicion-de-la-oim-del-termino-migrante> (Consulta: 2 de mayo de 2024).

³ Definición extraída del diccionario en su plataforma digital el Diccionario de la Real Academia Española (RAE): <https://dle.rae.es/migraci%C3%B3n> (Consulta: 2 de mayo de 2024).

habría que mencionar las migraciones que se produjeron durante los años 90 debido a las guerras de los Balcanes, provocando grandes movimientos de población procedentes de países como Serbia o Croacia.

Como se puede observar, los movimientos migratorios son un fenómeno que se ha venido repitiendo desde que se tiene constancia de la existencia del hombre debido a una variedad de razones, unas veces por propia voluntad y otras veces forzados a ello, hasta llegar a nuestros días, donde las necesidades de la población y los constantes conflictos armados provocan que las personas emigren a nuevos territorios.

De lo expuesto se puede observar que los principales focos atrayentes de población son los Estados Unidos y Europa. Por tanto, se han desarrollado sistemas migratorios entorno a estos espacios, estableciéndose relaciones entre la región de origen y la destino, y donde hay intención de permanecer.

Centrando el objeto de trabajo en el ámbito europeo, el principal foco de inmigración al que tiene que hacer frente es al procedente de la parte norte de África y de Oriente Medio. Los movimientos migratorios provenientes de ambas zonas se han venido repitiendo durante los años, sin embargo, se han acentuado durante el siglo XXI, desplazándose cada vez más migrantes huyendo de las condiciones paupérrimas en las que vivían y de la inestabilidad política, provocando un problema para la UE al no poder hacer frente a la cantidad ingente de migrantes que solicitan la entrada en su territorio.

En cuanto a las razones que motivan los movimientos migratorios, podemos encontrar una gran variedad de aspectos que motivan el desplazamiento a nuevos territorios con el objetivo de satisfacer las necesidades de la población.

El proceso por el cual se establecen movimientos migratorios de población está vinculado a una serie de circunstancias presentes y pasadas, pero también implican una proyección futura propia de toda acción humana. Por tanto, las migraciones reúnen en su interior una serie de aspectos económicos, sociales, políticos y culturales que constituyen un fenómeno complejo.

Los desplazamientos migratorios de las personas han obedecido y obedecen a distintas razones o motivaciones:

- Por motivos laborales u oportunidades económicas en busca de mejores condiciones de vida, con el objetivo de la reagrupación familiar o por estudios.

- Hay personas que se ven forzadas a emigrar de su lugar de residencia para huir de los conflictos, de persecuciones, del terrorismo o debido a violaciones de los derechos humanos. En este aspecto hay que hacer referencia a quienes emigran debido a sufrir persecución, pues serían considerados refugiados de acuerdo con la definición dada en el artículo 1.A. de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951. El Estatuto establece que será considerado refugiado quien “debido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”⁴.
- En último lugar, hay quienes se ven obligados a abandonar su territorio por temas ajenos a la voluntad humana, como pueden ser los desastres naturales, los efectos derivados del cambio climático u otros factores ambientales.

En la actualidad, los flujos migratorios obedecen a contextos diferentes a los vividos en el pasado, en parte causados por el crecimiento de la población durante los últimos siglos, de modo que las motivaciones han podido variar sustancialmente respecto a otras épocas.

Con independencia de los motivos de las migraciones, estas se seguirán dando mientras continúe la existencia de la especie humana, siempre que haya lugares donde emigrar.

3. COMUNITARIZACIÓN DE LA INMIGRACIÓN

El proceso de comunitarización de la inmigración comenzó con la eliminación de las fronteras interiores de los Estados comunitarios, una vez suprimidas las fronteras comunes se daría paso a la regulación de las fronteras exteriores. Aunque en un principio no estaba presente la idea de una política de inmigración común, sino que cada Estado tenía su propia política.

El inicio se dio con la supresión de las fronteras interiores entre Francia y Alemania mediante el Acuerdo de Sarrebrück de 1954 por el cual ambos países prometieron acabar con sus controles fronterizos comunes. Este hecho hizo pensar al resto de países comunitarios sobre la posibilidad de seguir la línea iniciada por Francia y Alemania.

⁴ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951, Ginebra, artículo 1.A.2).

Un hecho importante en este aspecto supuso la firma, por un lado, del Tratado de París de 18 de abril de 1951 constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), y, por otro lado, de los Tratados de Roma, el de la Comunidad Económica Europea (CEE) y el de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA o Euratom), ambos del 25 de marzo de 1957. Así se crearon las Comunidades Europeas.

El Tratado de París constituyó el primer paso hacia la integración europea y los Tratados de Roma acentuaron sus bases, así como establecieron el objetivo de alcanzar un mercado común con las libertades de circulación, económicas y personales. Lo que pretendían conseguir era la libertad de circulación, sin controles, a través de las fronteras interiores de los Estados miembros de mercancías, capitales, servicios y personas, el conocido espacio de libertad, seguridad y justicia. De este modo, las fronteras interiores desaparecerían pasando a tener una frontera exterior común.

Los países firmantes inicialmente fueron Alemania, Francia, Italia, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo, paulatinamente el resto de Estados se fueron adhiriendo a las Comunidades Europeas mediante la firma de los Tratados de París y Roma.

Tras la firma de estos Tratados se limitó en gran medida la cooperación comunitaria en materia migratoria hasta la redacción del Acta Única Europea en 1986. Por otra parte, en lo relativo a los derechos y libertades fundamentales, los Estados miembros han podido disfrutar de manga ancha para realizar su propia política migratoria, dejando de lado los aspectos regulados por las Comunidades Europeas, en los que también participan los Estados comunitarios.

En 1973, un hecho que marcó un antes y un después en la idea de la política migratoria fue la cantidad de mano de obra extranjera sobrante. Ante esta situación, los Estados, por su propia cuenta, comenzaron a endurecer las condiciones de entrada a nacionales de terceros países creándose una variedad de políticas migratorias con muchas diferencias entre ellas.

En esta tesitura la Comisión Europea (CE) decidió establecer “un procedimiento de comunicación previa y de concertación sobre las políticas migratorias respecto a terceros Estados”. Lo que pretendía con esto era que los Estados comunicaran previamente las políticas migratorias que iban a implantar para que la Comisión comprobara si eran acordes con la legislación comunitaria. Realmente, el efecto que provocó entre los Estados fue de malestar, consideraban que estas normas suponían una intromisión de la Comisión en su ámbito exclusivo y, por tanto, cinco Estados (Alemania, Francia, Dinamarca, Países Bajos y

Reino Unido) decidieron denunciar el procedimiento de comunicación previa ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.⁵

El Tribunal de Justicia, en su sentencia de 9 de julio de 1987, consideró que la decisión adoptada por la Comisión concordaba con el Tratado de la Comunidad Europea. Por tanto, declaró válidas las competencias de la Comisión para establecer un procedimiento de notificación previa y concertación en materia migratoria.

El siguiente paso en la materia lo constituyó la firma del Acta Única Europea el día 17 de febrero de 1986 en Luxemburgo y el día 28 en La Haya (Países Bajos) por los 12 Estados miembros de las Comunidades Europeas.

Con el Acta Única Europea (AUE) el objetivo del Mercado Común pasó a denominarse Mercado Interior, perseguían alcanzar el mismo objetivo, pero con un cambio de término.

El artículo 13 establecía que “el 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”. Para la consecución del objetivo de la libre circulación estableció como plazo fijo el 31 de diciembre de 1992.

Para conseguir el objetivo del artículo 13 el Consejo decidió adoptar medidas relativas a la aproximación de las disposiciones de los Estados miembros dirigidas al establecimiento y funcionamiento del mercado interior, es decir, en materia de política migratoria. Sin embargo, las mismas disposiciones del AUE establecieron una serie de cláusulas de salvaguardia en virtud de las cuales los Estados podrían aplicar medidas nacionales. De este modo, los Estados tendrían derecho a adoptar las decisiones que considerasen oportunas en lo relativo al control de la inmigración. Los Estados mantuvieron competencias en relación con la entrada, residencia y salida de los nacionales de terceros países, sin olvidar que las Comunidades Europeas también ostentaban competencias en la materia.

Con todo, los Estados comenzaron a establecer medidas más restrictivas en la materia, reforzaron el control de los flujos de entrada y la lucha contra la inmigración ilegal, así como una serie de sanciones contra empresarios y traficantes que trajeran inmigrantes ilegales para utilizarlos como mano de obra.

⁵ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio. *Derecho comunitario de la inmigración*. Barcelona, colección: Atelier Internacional, 2006, pág. 17.

Se creó un grupo ad hoc de inmigración formado por los ministros de asuntos de interior de los Estados miembros asistido y subsidiario del COREPER⁶, que se encargaba de la inmigración, del asilo y de los controles fronterizos.

Destacan, a su vez, distintos grupos que garantizarán la libertad de circulación, como el Grupo TREVII⁷, cuyos ámbitos de actuación estaban en relación con el terrorismo y la delincuencia organizada, también adoptó competencias en materia de inmigración ilegal, aunque centró su actividad en tareas policiales. El Grupo de Rodas⁸, que llevó a cabo trabajos relacionados con la libre circulación de personas y la cooperación en asuntos de justicia e interior. Este grupo desarrolló un documento conocido como el Documento de Palma, donde realizaba un análisis de tres sectores de importancia para la política migratoria: el de las fronteras exteriores, el de las fronteras interiores y el de los asilados y refugiados. El documento también dio un paso más allá y definió las fronteras exteriores portuarias y aeroportuarias, además comentó la necesidad de contar con profesionales que se encargaran de los controles. También pensó que sería conveniente la celebración de acuerdos bilaterales y multilaterales con el fin de readmitir inmigrantes ilegales.

El 7 de febrero de 1992, la firma del Tratado de Maastricht, o el Tratado de la Unión Europea (TUE), consiguió institucionalizar la cooperación intergubernamental en materia migratoria, además de integrar las tres Comunidades Europeas existentes y dos brazos de cooperación, donde se encontraba el Tercer Pilar de cooperación en los ámbitos de justicia e interior.

Habría que destacar del Tratado de Maastricht el artículo K-1:

“Para la realización de los fines de la Unión, en particular de la libre circulación de personas, y sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, los Estados miembros consideran de interés común los ámbitos siguientes:

1. La política de asilo.
2. 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.

⁶ Consejo de Representantes Permanentes.

⁷ Es una red intergubernamental integrado por los Ministros de Interior encargada de luchar contra el terrorismo y de coordinar la cooperación policial de toda la Comunidad en esta materia. Pese a no ser un Grupo comunitario se encuentra dentro del Tercer Pilar de la UE, formando parte de uno de los tres grupos directores, en concreto, del Grupo Director en materia de cooperación policial y aduanera.

⁸ Creado por el Consejo Europeo de Rodas de 3 de diciembre de 1988, es un Grupo de Coordinadores para la libre circulación de las personas.

3. La política de inmigración y la política relativa a los nacionales de terceros Estados acerca de:
 - a) las condiciones de acceso al territorio de los Estados miembros y la circulación por el mismo de los nacionales de terceros Estados;
 - b) 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;
 - c) la lucha contra la inmigración, la estancia y el trabajo irregulares de nacionales de los terceros Estados en el territorio de los Estados miembros”.

El tratado de Maastricht fijó la necesidad de establecer una política migratoria en condiciones, porque será la primera vez que los no comunitarios van a ser considerados extranjeros. Sin embargo, no estableció la política migratoria dentro del Primer Pilar, sino en el Pilar de asuntos de justicia e interior, en el Tercer Pilar, considerando que estos ámbitos necesitarían la ayuda de todos los Estados porque son de interés común. Son situaciones en las que, en función de las características actuales, los Estados no van a tener la capacidad suficiente para hacerlas frente y, por tanto, van a requerir de la cooperación conjunta del resto de Estados.

En concreto, el artículo K.3.1 del Tratado dice que “los Estados miembros se informarán y consultarán mutuamente en el seno del Consejo, con objeto de coordinar su acción. A tal fin establecerán una colaboración entre los servicios competentes de sus respectivas administraciones”.

Al igual que lo sucedido tras la firma del Acta Única Europea, tras la firma del Tratado de Maastricht se crearon una serie de grupos encargados de las actividades en materia migratoria. Dichas actividades estarían dirigidas por el Comité K-4⁹, cuya denominación hace referencia al artículo del tratado donde viene regulado. A su vez, habría tres Grupos Directores, cuyo primer grupo sería el sustituto del anterior grupo ad hoc de inmigración, establecido en el Acta Única Europea, y que se ocuparía de los temas dedicados a la inmigración y al asilo.

Sin embargo, la estructura organizativa planteada por el Tratado de Maastricht no cumplió con las expectativas y fracasaron, en un sentido jurídico y político, debido a que la operatividad de la estructura era poco ágil y las diferencias entre sus propios miembros eran notables.

⁹ Debe su nombre al artículo del Tratado de la UE en cuyo marco se crea, es el anterior Grupo de Coordinadores.

El paso definitivo hacia la comunitarización de la inmigración, y, por ende, hacia una política migratoria, lo dio la firma del Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997, entrando en vigor el 1 de mayo de 1999. La importancia de este Tratado es reseñable porque por vez primera las Comunidades Europeas asumen competencias dirigidas a la inmigración y al asilo, hasta entonces la inmensa mayoría de las medidas eran adoptadas por los propios Estados.

Durante el proceso previo a la elaboración del Tratado de Ámsterdam los diferentes informes preparatorios recogían la necesidad de establecer con garantías un ámbito espacial donde los ciudadanos europeos pudieran disfrutar de la libertad y seguridad, en estos momentos del proceso no se incluía aun la política migratoria, siempre se hacía referencia al ciudadano europeo. Así lo hizo también el Grupo de Reflexión¹⁰ que creó el Consejo Europeo para la convocatoria de la Conferencia Intergubernamental que desarrolló el Tratado de Ámsterdam, con el concepto de ciudadano. La CE se posicionó a favor de la celebración de la Conferencia y elaboró un informe donde relacionaba al ciudadano europeo con el espacio de libertad y seguridad. Por último, el Parlamento Europeo llevó a cabo una Resolución donde se enfocaba en “definir mejor el concepto de ciudadanía europea y respetar mejor los derechos humanos”, así como propuso el objetivo de “responder de modo más eficaz a las preocupaciones de los ciudadanos relativas a la seguridad interior”.¹¹

El desarrollo de la Conferencia Intergubernamental aunó diferentes opiniones al respecto de los asuntos de justicia e interior. Podemos observar posiciones muy opuestas desde la perspectiva del Reino Unido y Dinamarca, posiciones más beligerantes defendidas por países como Alemania, Austria, Italia, Bélgica, Luxemburgo y Países Bajos, y, desde posturas más neutrales podíamos encontrar a España. Esta lucha de opiniones se debió a los intereses concretos de cada país y al diseño de cómo debería ser la política migratoria del nuevo tratado. España, por su parte, estuvo muy participativa en los asuntos de justicia e interior y especialmente en materia migratoria, defendió la posibilidad de comunitarizar el régimen de extranjería, la política de inmigración, el asilo y las normas comunes para el control de las fronteras exteriores.

Se mostró a favor de implantar un mayor intervencionismo de los parlamentos nacionales y elaboró una propuesta en la que el Tribunal de Justicia tuviera la posibilidad de adquirir responsabilidades en los asuntos de justicia e interior. Sin embargo, no prosperó.

¹⁰ El Grupo de Reflexión sobre el Futuro de Europa es un comité creado para analizar y proponer ideas sobre el desarrollo y las reformas necesarias para la UE, se basa en el debate de la reflexión política.

¹¹ Boletín UE 3-1996, II. Conferencia Intergubernamental, pág. 1.

El resultado final fue un Tratado de enmienda que sitúa en el Primer Pilar algunos aspectos de la política migratoria y mantiene otros en el Tercer Pilar.

De esta forma, uno de los objetivos de la Unión, establecido en el artículo 2.4, se centrará en su consolidación y desarrollo para alcanzar un espacio de libertad, seguridad y justicia, donde las personas tengan la garantía de poder circular con libertad, del mismo modo que se adoptarán medidas relativas al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y erradicación de la delincuencia. Se puede observar un pleno reconocimiento de los objetivos de la UE en materia de control de fronteras, de asilo y de inmigración.

El Tratado de Ámsterdam añadió al conjunto normativo el Título IV, que trataba de los Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas. Su introducción permite comprobar la completa comunitarización de la política en materia de migración.

El artículo 61 confía al Consejo la adopción, en un plazo de cinco años, de “medidas destinadas a garantizar la libre circulación de personas (...), conjuntamente con las medidas de acompañamiento directamente vinculadas con aquellas y relativas a los controles en las fronteras exteriores, el asilo y la inmigración”, así como “otras medidas en los ámbitos del asilo, la inmigración y la protección de los nacionales de terceros países”.

A raíz de lo visto, el proceso mediante el que se establece la política migratoria común se va desarrollando con ciertas singularidades.

Con todo, el Tratado ha colocado en distintos ámbitos cada una de las competencias en materia de asuntos de justicia e interior, incluyendo en la regulación gran parte de la temática recogida por el Tratado de Maastricht perteneciente a los ámbitos de interés común de los Estados. Sin embargo, pese a las esperanzas depositadas en el Tratado de Ámsterdam en relación con la libertad, seguridad y justicia de los ciudadanos, se vio con necesidad el establecimiento de un Consejo Europeo que impulsara la política comunitaria en materia de migración, la cual se encontraba en un proceso muy ralentizado porque el traspaso de parte de las materias políticas de inmigración y asilo desde el Tercer Pilar al Primer Pilar no era un proceso automático, además, las medidas para llevarlo a cabo también se encontraban muy atrasadas.

De modo que se celebró un Consejo Europeo que tratara estos aspectos al poco de entrar en vigor el Tratado de Ámsterdam. En este sentido, los días 15 y 16 de octubre de 1999, tuvo lugar el Consejo Europeo de Tampere. Se realizaría un trabajo de estudio en dicho Consejo

relativo a la política migratoria y de asilo común, a un espacio europeo de justicia, al fin de acabar con la delincuencia organizada y otros temas relativos a la acción exterior.

La Disposición Final del Consejo Europeo, en materia migratoria y de asilo, declaró que “la Unión Europea necesita un enfoque global de la migración que trate los problemas políticos, de derechos humanos y de desarrollo de los países y regiones de origen y tránsito”, para poder alcanzar este objetivo se requirió a la Unión y a sus Estados miembros a “imprimir una mayor coherencia a las políticas interiores y exteriores de la Unión”. También habría que destacar de esta Disposición la llamada que hace, por primera vez, a la “colaboración con terceros países interesados, con objeto de fomentar el codesarrollo”.¹²

Pese a los esfuerzos del Consejo de Tampere, escasos objetivos de los planteados se consiguieron llevar plenamente a cabo. Junto a la necesaria reforma del Tratado de Ámsterdam, se abrió un periodo de tiempo en el que una nueva Conferencia Intergubernamental se vio con mucha necesidad.

Al poco se redactó el Tratado de Niza, de 26 de febrero de 2001, por el que se modifican el TUE, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y Determinados Actos Conexos. Su entrada en vigor se produjo el 1 de febrero de 2003.

Pese a estar redactado con el objetivo más enfocado hacia la reforma de las instituciones, también se recogieron aspectos en materia migratoria.

Una reforma importante que introdujo el Tratado de Niza en materia migratoria fue la sustitución del término unanimidad por el de mayoría cualificada en las votaciones, un cambio que posibilitaría la adopción por parte de los Estados más involucrados en la migración de una política más reforzada en la materia, pero que no alcanzaría a los controles de las fronteras exteriores, unas fronteras que deberían ser uniformes para que aquel que deseara entrar en la UE no dispusiera de las fronteras exteriores de los distintos Estados como si de un menú se tratara.

En el artículo 67 se estableció un procedimiento de toma de decisiones en los aspectos relativos al cruce de fronteras, inmigración, asilo, refugio, toda medida relacionada con la política migratoria, que imponía la unanimidad junto con la consulta al Parlamento Europeo. Años después se dio la posibilidad de acceder a la toma de decisiones mediante la mayoría cualificada. Así mismo, en lo relativo a los visados, asilo y política migratoria estableció un

¹² Declaración Final del Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, Conclusión núm. 11.

proceso de codecisión con el Parlamento Europeo, aunque solo en la mayor parte de los temas de la materia.

El Tratado de Niza dio a los Estados europeos la posibilidad de realizar acuerdos de cooperación reforzada en aspectos como la lucha contra la inmigración ilegal o en la readmisión de extranjeros, en virtud de dichos acuerdos un grupo de Estados tenía la posibilidad de investigar en asuntos comunitarios. Por tanto, tiene sentido que las decisiones que pudieran alcanzar solo vincularan a los Estados participantes en ellas.

Posteriormente, se celebró en la ciudad de Sevilla, los días 21 y 22 de junio de 2002, el Consejo Europeo de Sevilla.

Fue de gran importancia porque trasladó los aspectos de la política de asilo e inmigración de los asuntos de interior a la política exterior de la UE. De este modo, las decisiones futuras que se tomaran tendrían que tener en cuenta la política exterior común de la UE.

El Consejo, entre sus medidas, abogó por incrementar la cooperación económica, así como la ayuda al desarrollo y la prevención de conflictos para contribuir a que los países de origen de los migrantes desarrollaran un crecimiento económico que redujera los movimientos migratorios.

Por ello, “el Consejo Europeo insta a que se incluya una cláusula sobre gestión común de los flujos migratorios y sobre la readmisión obligatoria en caso de inmigración ilegal en todo futuro acuerdo de cooperación, de asociación o equivalente que la Unión Europea o la Comunidad Europea celebre con cualquier país”.¹³

Adherir la problemática de la readmisión de los inmigrantes ilegales en el ámbito de los tratados de cooperación supuso un avance en la materia, además, la UE prestó ayuda a los países de los procedían los migrantes y a los países de tránsito, en aspectos técnicos y financieros para que dichos Estados colaboraran con la Unión en materia migratoria.

Uno de los aspectos positivos del Consejo Europeo de Sevilla fue la adopción de fechas que establecían un límite para la consecución de los objetivos fijados en materia migratoria en el marco de la política exterior de la Unión.

Dejando a un lado el Consejo de Sevilla, se sucedieron una serie de reuniones ministeriales en el ámbito de la UE tendentes a establecer medidas en la cooperación en materia migratoria,

¹³ Consejo Europeo de Sevilla, 21 y 22 de junio, 2002, punto 33.

la gestión de los flujos migratorios y la lucha contra la inmigración ilegal. Serían la Conferencia Ministerial y Euromediterránea llevada a cabo en Valencia los días 22 y 23 de abril de 2002; la Conferencia sobre Migraciones entre los Estados de la UE y los de Asia, celebrada los días 4 y 5 de abril de 2002 en Lanzarote; y la Reunión de los Ministros de Asuntos Exteriores de Asia y de la UE, celebrada los días 6 y 7 de junio de 2002 en Madrid.

El proyecto de Constitución Europea, aprobado el 18 de junio de 2003 en Roma, también recogió regulación referida a la política migratoria. Se encuentra recogida dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia, y se establece que va a ser una materia compartida entre los Estados y la Unión. En este sentido, indica que “podrá concederse libertad de circulación y de residencia, de conformidad con lo dispuesto en la constitución, a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro”¹⁴.

La regulación de esta materia está recogida bajo el título de las políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración, en la sección segunda del capítulo IV, de la parte III.

En el artículo III-158.2 aparece garantizada la política común de asilo, inmigración y control de fronteras, de modo que la Unión “Garantizará la ausencia de controles de personas en las fronteras interiores y desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y que sea equitativa para con los nacionales de terceros países. A efectos del presente capítulo, los apátridas se asimilarán a los nacionales de terceros países”.

En el artículo III-166 podemos observar los objetivos establecidos en el proyecto de Constitución Europea que perseguiría la Unión. De este modo ya no hay dudas de que estamos efectivamente ante una verdadera política comunitaria, la cual se refleja en sus objetivos en materia de control de fronteras, inmigración y asilo. En cuanto a sus objetivos concretos, la Unión deberá “garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores”, así como, “instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores” (art. III-265.1).

Sin embargo, todo lo expuesto por la Constitución Europea no pudo llevarse a la práctica porque no fue ratificada por la totalidad de los Estados, la oposición de Francia y Países Bajos, dos Estados fundadores de las Comunidades Europeas, condujo al fracaso a esta Constitución para Europa.

¹⁴ Título V de la Parte II de la Constitución Europea, artículo 45.2.

El rechazo al proyecto supuso la paralización de la ratificación y el inicio de una nueva Conferencia Intergubernamental, en 2007, de la que nacería un nuevo tratado de reforma del TUE y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, el Tratado de Lisboa.

El Tratado de Lisboa se firmó el día 13 de diciembre de 2007 y entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

En virtud de este Tratado se obtienen las versiones consolidadas del TUE y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en cuyos textos se incluye la regulación de la política migratoria.

Respecto al TUE, el artículo 26 establece que “el Consejo Europeo determinará los intereses estratégicos de la Unión, fijará los objetivos y definirá las orientaciones generales de la política exterior y de seguridad común, incluidos los asuntos que tengan repercusiones en el ámbito de la defensa. Adoptará las decisiones que resulten necesarias”.

En lo referido al TFUE, la regulación en materia migratoria se encuentra en el Capítulo II del Título V bajo el nombre de Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración.

La regulación del TFUE acoge la redacción del proyecto de Constitución Europea, como demuestra la redacción del Capítulo II y el contenido del artículo 77, cuya regulación que además de ser idéntica a la de la Constitución Europea es de capital importancia para la comunitarización de la política migratoria. En este sentido, el artículo 77 dice lo siguiente:

1. La Unión desarrollará una política que tendrá por objetivo:
 - a) garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores;
 - b) garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores;
 - c) instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores.
2. A efectos del apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas relativas a:
 - a) la política común de visados y otros permisos de residencia de corta duración;
 - b) los controles a los cuales se someterá a las personas que crucen las fronteras exteriores;
 - c) las condiciones en las que los nacionales de terceros países podrán circular libremente por la Unión durante un corto período;

- d) cualquier medida necesaria para el establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores;
 - e) la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores.
3. Si resulta necesaria una acción de la Unión para facilitar el ejercicio del derecho, establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 20, y a menos que los Tratados hayan previsto poderes de actuación a tal efecto, el Consejo podrá establecer, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, disposiciones relativas a los pasaportes, documentos de identidad, permisos de residencia o cualquier otro documento asimilado. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo.
 4. El presente artículo no afectará a la competencia de los Estados miembros respecto de la delimitación geográfica de sus fronteras, de conformidad con el Derecho internacional.

El artículo 78 proclama que habrá un desarrollo por parte de la Unión para una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal. Mientras que, de acuerdo con lo establecido en el segundo apartado, el Parlamento Europeo y el Consejo llevarán a cabo medidas para la creación de un sistema común de asilo.

A efectos del artículo 79.1, “La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas.”

En los apartados sucesivos del presente artículo se dispone que lo relativo a las condiciones de entrada y de permanencia, a los derechos de los migrantes, así como los procedimientos de repatriación, se regirán por las medidas que adopten el Parlamento Europeo y el Consejo. Del mismo modo, se establece la posibilidad de celebrar acuerdos con terceros países para acordar políticas de readmisión y de integración de nacionales de terceros países.

Por último, el artículo 80 recoge que toda acción que ejerza la Unión en materia migratoria estará encabezada por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de responsabilidades entre los Estados miembros.

En lo que respecta al proceso de comunitarización de la política migratoria, se puso fin al mismo con la firma del Tratado de Lisboa, con cuyo trabajo se obtuvieron las versiones consolidadas del TUE y del TFUE, ambas aun en vigor.

Pese a lo conseguido en estos Tratados, la política migratoria se ha seguido desarrollando en la UE durante los años posteriores y, actualmente, el proceso se encuentra en un punto importante con la firma del Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo de 2020.

4. ESPACIO SCHENGEN

El 14 de junio de 1985 firmaron el Acuerdo de Schengen, en la ciudad de Schengen (Luxemburgo), Alemania, Francia, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo con el objetivo de acabar con los controles migratorios en las fronteras comunes, hacer efectiva la libertad de circulación en los territorios de los países firmantes, así como resolver problemas de seguridad y de control de inmigración.

Se tuvo que desarrollar debido a que los Estados comunitarios no fueron capaces llevar a la práctica un acuerdo sobre el cruce de las fronteras exteriores de las Comunidades Europeas.

El Acuerdo de Schengen es un tratado internacional multilateral entre Estados comunitarios y cuenta con objetivos comunitarios.

Fue muy destacado en el proceso de integración de la UE, sobre todo por su idea principal de acabar con las fronteras interiores, posibilitando la libre circulación de sus nacionales, de forma que contribuiría significativamente a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. De forma que, gracias a él, la UE sería un “Estado conjunto” con unas fronteras exteriores comunes a todos los países miembros.

Respecto de los objetivos que perseguía, junto al relativo a la libertad de circulación de personas, estará el de bienes, servicios y capitales. Otro de sus objetivos era contribuir a la integración europea en materia política y económica, y, por último, pretendía ayudar a mejorar la seguridad colectiva en el interior de los Estados miembros adoptando medidas adecuadas en el control de las fronteras exteriores.

Pese a haberse firmado el Acuerdo de Schengen en el año 85, no fue hasta cinco años más tarde cuando el Acuerdo de Aplicación de Schengen o Convenio de Schengen, pieza clave del sistema de libertad de circulación firmado el 19 de junio de 1990, lo desarrolló y completó. En la misma fecha de su firma se adhirieron Italia, España y Portugal.

Por tanto, el Acuerdo de Schengen, gracias al Acuerdo de Aplicación o Convenio, encargado del desarrollo del Acuerdo de 1985, pudo aplicarse definitivamente. El Acuerdo del 85 y el Convenio conforman el acervo de Schengen.

Del mismo modo que la entrada en vigor del Acuerdo de Schengen tuvo un retraso, el propio convenio de aplicación del mismo sufrió la misma situación. Estaba previsto que entrara en vigor en la fecha del 1 de enero de 1991. Sin embargo, debido a un conflicto entre España y Reino Unido en 1993 en relación con Gibraltar, no se pudo alcanzar un acuerdo para su aplicación definitiva y se acordó la fecha límite del 1 de enero de 1995 para la aprobación del Convenio y su entrada en vigor en el mes de marzo del mismo año. De modo que tras su aprobación definitiva se pudo completar el Acuerdo del 85 y se alcanzó una definición en lo referente a las condiciones y garantías de la aplicación de la libre circulación.

La entrada en vigor definitiva del Convenio se produjo el 26 de marzo de 1995 para Alemania, Francia, Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo, España y Portugal. Se excluyeron de la aplicación Italia y Grecia, adherido este último el 6 de noviembre de 1992, porque no cumplían los requisitos exigidos. Durante los meses sucesivos se mantuvieron negociaciones para la extensión del Convenio a Austria, adherido el 28 de abril de 1995, Dinamarca, Finlandia y Suecia, adheridos el 19 de diciembre de 1996.

Con el Tratado de Ámsterdam el Acuerdo de Schengen de 1985 pasó a formar parte de la estructura del acervo comunitario, quedó comunitarizado gracias a un protocolo adicional del Tratado de Ámsterdam, concretamente el Protocolo Schengen. Esto quería decir que la voluntad de la mayoría de los Estados pretendía establecer normas comunes en los controles migratorios para poder alcanzar el objetivo de la libre circulación de personas a la que hacía referencia el Acta Única Europea.

Las disposiciones del Convenio de Schengen se encuentran en una posición subsidiaria respecto a la legislación comunitaria, de modo que no hay posibilidad de incompatibilidad entre la regulación del Convenio y las disposiciones comunitarias. De hecho, sucede lo contrario, el Convenio adapta sus propias disposiciones a las del derecho comunitario.

Relacionado con esto, el artículo 134 del Convenio de Schengen dispone que: “las disposiciones del presente Convenio únicamente serán aplicables en la medida en que sean compatibles con el derecho comunitario”.

Con la comunitarización del acervo Schengen, la CE ocupó las tareas relacionadas con la iniciativa, mientras que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas adoptó la

regulación del cumplimiento de la normativa. Este control que ejercerá el Tribunal de Justicia sobre el cumplimiento será beneficioso para el sistema comunitario por el control jurisdiccional y parlamentario de las decisiones que se adopten en la materia.

En lo respectivo a la toma de decisiones en el ámbito de la cooperación policial y judicial, el Tratado de Niza incluyó un proceso de decisión que se debería resolver por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y donde habría que consultar previamente al Parlamento Europeo.

La firma del Acuerdo de Schengen también va a suponer para los Estados la necesaria adopción de una serie de medidas en materia migratoria, entre las cuales, se encuentra la obligación suprimir los controles en las fronteras interiores y alcanzar unas medidas comunes de control en las exteriores; tendrán que redactar los requisitos de entrada para los nacionales de terceros países que deseen atravesar las fronteras exteriores; en cuanto a la llegada de barcos y aviones, los Estados deberán separar a los nacionales de Estados pertenecientes al Espacio Schengen y a los nacionales de terceros países.¹⁵

Una medida de gran importancia fue la creación de un Sistema de Información de Schengen (SIS), mediante la cual se va a permitir el acceso a una información común a todos los cuerpos policiales fronterizos de los diferentes Estados, de forma que puedan estar conectados entre sí. A través de este sistema, las comisarías y puestos fronterizos van a tener al alcance de su mano información relevante que les va a servir de gran ayuda en su actividad de control de fronteras, permitiéndoles conocer si hay personas buscadas por otros países por haber cometido crímenes o porque se les necesita para comparecer en juicio, denegando la entrada a quienes ya han intentado acceder al interior de las fronteras en otro Estado. Es decir, todo tipo de información que va a poder agilizar el tráfico migratorio en las fronteras exteriores a través de un sistema informático accesible para todos los Estados y que les va a mantener conectados entre sí.

El sistema va a estar compuesto por un sistema de información central (C-SIS) y por un sistema nacional en cada uno de los Estados miembros (N-SIS), desde donde cada país introducirá información al sistema central.

Tendrá también un sistema que permitirá la comunicación entre ambos, así como un intercambio de información complementaria entre los servicios nacionales, denominado

¹⁵ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio. *op.cit.*, pág. 161.

SIRENE (Solicitud de Información adicional al puesto fronterizo de entrada). Esta red fue sustituida por una estructura comunicativa llamada SISNET.

Actualmente la primera versión del SIS se encuentra desfasada informáticamente debido a que se puso en funcionamiento en una etapa muy primaria de la informática. Es por ello que se puso en marcha el SIS de segunda generación (SIS II), el cual recoge las alertas sobre personas y objetos en el Espacio Schengen. Está basado normativamente por la Decisión 2007/533/JAI relativa el establecimiento, funcionamiento y utilización del SIS de segunda generación y el Reglamento 1987/2006¹⁶.

La Decisión se encargará de establecer las distintas categorías de datos que formarán parte del sistema y que apoyarán la cooperación entre los cuerpos policiales y judiciales. Ambos, Reglamento y Decisión, deberán incluir en su regulación disposiciones sobre la protección y el correcto uso de los datos personales de los ciudadanos, un uso indebido de estas informaciones derivaría en sanciones. Sin embargo, va a haber una serie de datos que no van a poder estar incluidos en el sistema, y son aquellos que traten sobre el origen étnico de las personas, opiniones políticas o religiosas y datos concernientes al estado de salud.

De nuevo, el paso de los años introdujo novedades en la materia y tanto la Decisión como el Reglamento fueron derogados por Reglamentos posteriores.

- Reglamento (UE) 2018/1861 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de noviembre de 2018 relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del SIS en el ámbito de las inspecciones fronterizas, por el que se modifica el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y se modifica y deroga el Reglamento (CE) n.º 1987/2016.
- Reglamento (UE) 2018/1862 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de noviembre de 2018 relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del SIS en el ámbito de la cooperación policial y de la cooperación judicial en materia penal, por el que se modifica y deroga la Decisión 2007/533/JAI del Consejo, y se derogan el Reglamento (CE) n.º 1986/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo y la Decisión 2010/261/UE de la Comisión.

Habría que añadir un último reglamento que no modifica ni deroga ninguno de los anteriores, pero es importante en la regulación de la política migratoria con intervención del SIS,

¹⁶ Información obtenida de la siguiente página web: <https://www.interior.gob.es/opencms/es/servicios-al-ciudadano/tramites-y-gestiones/extranjeria/acuerdo-de-schengen/sistema-de-informacion-schengen-de-segunda-generacion-sis-ii/>.

Reglamento (UE) 2018/1860 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de noviembre de 2018 sobre la utilización del SIS para el retorno de nacionales de terceros países en situación irregular.

Hay que destacar la importancia del Acuerdo Schengen, debido a su pretensión de alcanzar un espacio interior sin fronteras entre los Estados firmantes, en este ámbito se consiguieron eliminar los controles de identidad en las fronteras interiores a partir del 31 de diciembre de 1996. Del mismo modo, impulsaron la consecución de una legislación común.

Al respecto de la importancia del Acuerdo Schengen, el Parlamento Europeo, la Comisión o el Comité Económico y Social han expresado en reiteradas ocasiones la importancia de alcanzar un espacio interior sin fronteras y han manifestado su voluntad de hacer vinculantes dichos acuerdos para todos los Estados miembros.

En la actualidad 29 Estados han suscrito los Acuerdos de Schengen, eliminando sus fronteras interiores con el resto de Estados firmantes permitiendo la libre circulación, sin restricciones, de personas, bienes, servicios y capital.

Gracias a lo conseguido por los acuerdos los ciudadanos europeos pueden disfrutar de una circulación libre de pasaportes y controles en las fronteras, por lo tanto, el espacio Schengen funcionaría como un único país.

No todos los Estados suscritos al Acuerdo Schengen son miembros de la UE, del mismo modo que no todos los países miembros de la UE han suscrito los acuerdos. En concreto, los países asociados al espacio Schengen, pero no miembros de la UE, son Islandia, Noruega, Liechtenstein y Suiza. Mientras que los países miembros de la UE que no forman parte del espacio Schengen son Irlanda, Rumanía, Bulgaria y Chipre.

Debido a su naturaleza pudiera dar la impresión de ser un espacio paralelo al de las Comunidades Europeas, pero no fue así, sino lo contrario, ya que podía establecer medidas que posteriormente el resto de Estados miembros de la UE podían adoptar. Por tanto, sus normas no son estrictamente comunitarias.

Para hacer frente a las cuestiones migratorias era necesario un paso previo que garantizara un espacio de libertad, seguridad y justicia para los nacionales de los países comunitarios que les permitiese circular con libertad dentro de las fronteras interiores, y una vez que se obtuviera este espacio de libertad habría que pasar a regular las fronteras exteriores, a desarrollar una política migratoria común, para asegurar un cumplimiento efectivo del espacio de libertad, seguridad y justicia.

Esto queda reflejado en el artículo 3.2 del TUE, según el cual “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”. De modo que el objetivo va a ser garantizar la seguridad de los ciudadanos europeos mediante la adopción de medidas destinadas a la seguridad de las fronteras exteriores y de lucha contra la inmigración ilegal.

5. LA POLÍTICA MIGRATORIA DE LA UNIÓN EUROPEA

5.1 Introducción

Muchos de los principios y normas presentes en las legislaciones de los Estados miembros que regulan la materia migratoria son herencia de otra época en la que los países, individualmente considerados, tenían una libertad absoluta. Únicamente se encontraban limitados por los primeros convenios que exigían un trato no discriminatorio a los inmigrantes en los territorios de acogida.¹⁷

En virtud de estos inicios, los Estados de la UE han acabado siguiendo su propio camino en la regulación de la inmigración ante la imposibilidad de establecer una normativa común en la materia, lo que queda de manifiesto en las distintas reacciones adoptadas por los Estados miembros frente a las crisis migratorias, con medidas unilaterales. Las leyes que promulga cada Estado constituyen un espejo de la propia experiencia con los extranjeros.

De modo que, en este contexto, para hacer posible las libertades de circulación de los nacionales de terceros países¹⁸, era condición necesaria la realización de modificaciones comunes en las legislaciones nacionales y a nivel comunitario que permitieran a los migrantes acceder y circular por el espacio europeo bajo el cumplimiento de la normativa.

La supresión de las fronteras interiores en la UE, permitiendo la libre circulación de los ciudadanos europeos entre los Estados miembros, implicó la asunción de una mayor vigilancia en el control de los movimientos migratorios procedentes de terceros países.

¹⁷ LORCA CORRONS, Alejandro, LOZANO RUBIO, Luis Antonio, & ALONSO LAJARA, Marcos. “Inmigración en las fronteras de la Unión Europea.” Ediciones Encuentro, Colección Oikos Nomos. 1997. Pág. 186.

¹⁸ La libertad de circulación de los nacionales de los Estados miembros se garantizó en Europa con la supresión de las fronteras interiores a través de la creación del Espacio Schengen.

La política común de inmigración apareció por primera vez en el Tratado de Ámsterdam como competencia comunitaria sobre inmigración y asilo.

La elaboración de estas políticas migratorias se ha llevado a cabo desde el inicio de las Comunidades Europeas, pero no se han traducido en políticas comunes concretas, variando según las circunstancias temporales y la actitud de los Estados respecto a la posibilidad de asumir funciones concretas.

Con la llegada de los primeros Tratados de París y Roma se abrieron entre los Estados miembros las fronteras interiores cumpliendo los objetivos iniciales del mercado común, posteriormente denominado mercado interior, a través de las libertades de circulación de mercancías, capitales, servicios y personas. Alcanzado un mercado interior sin fronteras, habían pasado a tener una frontera exterior común.

Dado que en estos primeros años de integración europea los objetivos estaban centrados en la consecución de las libertades de circulación internas, no estaba presente una política en materia migratoria, provocando que cada Estado regulara esta materia por su propia cuenta.

Años después, con la evolución del proceso de integración se fueron adoptando medidas destinadas al fortalecimiento de los controles fronterizos. También se regularon otros aspectos relacionados con la extranjería, como podía ser la integración de los inmigrantes residentes legales en la UE, el reconocimiento de sus derechos o el establecimiento de medidas de lucha contra el racismo o la xenofobia¹⁹.

Esta situación cambió con la llegada del Tratado de Ámsterdam en 1997, recogió la competencia comunitaria en materia de migración y asilo por primera vez, haciendo pasar su base jurídica del tercer pilar del Tratado de Maastricht al primer pilar Comunitario.

Siguiendo la política iniciada por Ámsterdam, en el Consejo Europeo de Tampere de 1999 se decidió la creación de una política común de inmigración, y en los Consejos de Laeken de 2001 y de Sevilla de 2002 se mantuvo la necesidad de establecer normas comunitarias sobre inmigración y asilo.

Pese a los intentos por crear un marco comunitario que regulase la inmigración y el asilo, no se alcanzaron resultados satisfactorios ni siquiera en lo respectivo al proceso de integración del migrante.

¹⁹ LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, María Piedad. "Política común de inmigración en la Unión Europea: del Tratado de Ámsterdam a la Constitución Europea." *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, Ediciones Universidad de Valladolid, 2006, N. 7, pág. 88.

Un nuevo intento de regulación surgió en el año 2004 con el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, concretamente, en su artículo 168 se estableció que “la Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, la gestión eficaz de los flujos migratorios” (ap. 1).

La regulación de esta materia se encuentra en la sección segunda del capítulo IV del Título III de la Parte III de la Constitución, políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración (artículos 166-169).

La Constitución Europea establecía acciones a medio o largo plazo y recoge los principios y objetivos que deben estar presentes en la acción comunitaria. La política comunitaria estará dividida por un apartado dedicado al control de las fronteras y por otro dedicado a la integración social de los migrantes.

Los objetivos de esta política serán garantizar la gestión eficaz de los flujos migratorios; conceder un trato equitativo a los extranjeros que residan legalmente en los Estados miembros; y prevenir la inmigración ilegal y la trata de seres humanos.²⁰

5.2 Primeros pasos

5.2.1 Gestión de los flujos migratorios

La gestión de la migración por los países comunitarios ha sufrido variaciones en los últimos tiempos.

En origen, el carácter universalista de Europa llevó al establecimiento de una política humanitaria y solidaria abierta a la inmigración²¹, pero los efectos que generaban los flujos migratorios sobre el sistema europeo obligaron a un replanteamiento de la filosofía migratoria ante el miedo a perder los niveles de seguridad, bienestar y libertad alcanzados por los Estados y las instituciones europeas.

Desde inicios de la segunda mitad del siglo XX las legislaciones de los Estados europeos contemplaban los movimientos migratorios como un suceso positivo dada la escasez de mano de obra, de modo que apenas establecían impedimentos a las entradas de ciudadanos de terceros países en sus territorios. Además, se tenía la creencia de que esta situación era temporal y que los propios migrantes regresarían a sus casas tras obtener ingresos

²⁰ LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, María Piedad. *loc.cit.*, pág. 96.

²¹ MEDINA ORTEGA, Manuel. “La política de inmigración de la UE desde el punto de vista de los valores.” *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017. Pág. 552.

suficientes²², la misma creencia se tuvo en el momento de creación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), estableciéndose inicialmente con una duración limitada de tres años²³.

El paso de los años demostró que esto no era un hecho aislado, sino que constituía el inicio de un proceso (y una crisis) que iría aumentando y agravándose con el tiempo hasta llegar a nuestros días. Porque todas estas personas que entraban en la UE lo hacían con la intención de establecerse, de trasladar su residencia a un nuevo país, y esto se produjo en momentos donde las tensiones sociales estaban creciendo. Por tanto, esta mezcla de circunstancias podría desembocar en tensiones sociales.

Este cambio de perspectiva que experimentaron los Estados europeos hacia los migrantes transformó la regulación en la materia, sobre todo tras la creación del espacio de libertad, seguridad y justicia que trajo consigo el Acuerdo de Schengen, dando paso a restricciones más severas a la hora de acceder a las fronteras interiores de los países, y esta situación se ha venido manteniendo hasta la actualidad.

La política migratoria de los Estados se centraba, en el corto plazo, en limitar las opciones legales de inmigración, así como desarrollar un sistema de seguridad para reducir situaciones irregulares y crear políticas de integración para los migrantes ya situados en territorio europeo. Desde otra perspectiva, en el largo plazo, pretenden acabar con las causas de la presión migratoria poniendo en conjunto las políticas de exterior y las de seguridad común.

Como se puede observar, la no presencia de una regulación comunitaria en la materia provocaba diferencias entre las legislaciones porque cada Estado establecía sus normas en base a su propia experiencia. Esto daba lugar a una “Europa a la carta”, los migrantes podían elegir un país u otro dependiendo de los requisitos que exigiera cada uno.

Los primeros años de existencia de las Comunidades Europeas se focalizaron en el reforzamiento de las fronteras interiores de los Estados miembros, restando importancia a la regulación de las fronteras exteriores.

Una vez cubiertas las necesidades de las fronteras interiores con el establecimiento de las libertades de circulación de personas, servicios, mercancías y capitales a través del Espacio Schengen, trasladaron el foco de atención a las fronteras exteriores para asegurar las

²² LORCA CORRONS, Alejandro, LOZANO RUBIO, Luis Antonio., & ALONSO LAJARA, Marcos. *op.cit*, pág. 196.

²³ MEDINA ORTEGA, Manuel. *loc.cit*, pág. 542.

libertades de circulación, debido al crecimiento del fenómeno migratorio y a la presión que ejercía en los países de la UE. Por tanto, ahora la necesidad principal de la UE y de sus Estados era reforzar las fronteras exteriores, establecer controles fronterizos más rigurosos y exigentes que frenaran las continuas llegadas de migrantes.

Se constató la idea de que para alcanzar el espacio de libertad, seguridad y justicia era necesario adoptar medidas adecuadas para fortalecer las fronteras exteriores, garantizándose de este modo más seguridad para los ciudadanos europeos y el disfrute de sus derechos de circulación.

La preocupación europea en esta materia ha aumentado a raíz de las crisis migratorias que han tenido lugar en los últimos tiempos, de los continuos atentados terroristas y de los disturbios generados por toda Europa. Esto ha provocado en la sociedad un profundo miedo y ha hecho peligrar uno de los principales logros del proceso de integración europea, como es la libertad de circulación.

Dentro de la UE se han querido adoptar medidas para reducir los riesgos que puede provocar la llegada masiva de inmigrantes. Además del establecimiento de medidas dirigidas a la integración, se ha resaltado la necesidad de proteger los valores democráticos y sociales propios de la UE, prohibiendo la infracción de las normas constitucionales. Otra medida adoptada por muchos Estados ha sido limitar la libertad de circulación en las fronteras interiores, posibilidad contemplada por el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen y por el Código de Fronteras Schengen²⁴ (art. 29.1²⁵).

Estas medidas dirigidas a limitar la circulación en las fronteras interiores fueron respaldadas por la Comisión y el Consejo, tras la crisis migratoria de 2015, en relación a las llegadas masivas de migrantes, generando problemas de orden público y seguridad interior.

Dicha crisis, además de los atentados terroristas, supuso un cambio de perspectiva en la política migratoria, a partir de entonces los Estados podrán adoptar medidas unilaterales en el control de la circulación sin necesidad de autorización por parte de la UE si se sienten amenazados por grandes cantidades de migrantes.

²⁴ MEDINA ORTEGA, Manuel. *loc.cit*, pág. 555.

²⁵ Artículo 29.1: “En circunstancias excepcionales que pongan en riesgo el funcionamiento general del espacio sin controles en las fronteras interiores como consecuencia de deficiencias graves persistentes en los controles de las fronteras exteriores...los Estados miembros podrán restablecer los controles fronterizos en las fronteras interiores”.

La adopción de medidas en el control de la migración con el objetivo de conservar el sistema jurídico y político europeo por encima del mantenimiento de los valores humanitarios ha supuesto un dilema para la UE.

5.2.2 *Medidas previas al cruce de fronteras*

El Acuerdo de Aplicación de Schengen de 1990 estableció en su artículo 5 una serie de requisitos de entrada, aquel extranjero que solicitara la entrada deberá presentar los documentos acreditativos que autoricen el cruce de las fronteras, un visado válido, motivo del viaje, condiciones de estancia y la disponibilidad de medios de subsistencia.

El Tratado de Ámsterdam establece en el art. 63.3 que el Consejo deberá adoptar, en un plazo de cinco años, medidas en la política de inmigración sobre las condiciones de entrada y residencia, la expedición de visados, inmigración y residencia ilegales, así como medidas relativas a la repatriación de migrantes ilegales.

El Consejo de Tampere de 1999 propuso la gestión eficaz de los ámbitos relativos al régimen común de asilo e inmigración, el espacio judicial europeo y la lucha contra la delincuencia internacional organizada.²⁶

En la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una Política Común de Inmigración Ilegal²⁷, consideró que como medidas previas al cruce de las fronteras exteriores se podía apoyar la infraestructura de los solicitantes de asilo, desarrollar estructuras públicas de registro, contribuir a la devolución de los inmigrantes ilegales, fortalecer la gestión de los controles fronterizos y recogió la necesidad de establecer una guardia europea de fronteras. Para acabar con la inmigración ilegal es importante que el control fronterizo sea de calidad y para ello la Comisión propuso crear una guardia europea de fronteras, a la que destinará un proceso de formación y de estudio con el objetivo de establecer una escuela europea de guardia de fronteras²⁸.

En el ámbito español, el Consejo de Ministros de Justicia y Asuntos de Interiores creó, el 30 de mayo de 2002, una unidad móvil de policía que intervendría en situaciones de crisis de inmigración ilegal masiva.

²⁶ ARGEREY VILAR, Patricia. “La política de inmigración en la Unión Europea.” Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU, Madrid, N.4, 2001, págs. 6-7.

²⁷ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal, Bruselas, 15 de noviembre de 2011, COM (2011) 672 final.

²⁸ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio. *op.cit.*, pág. 175.

La Comisión también propuso en la anterior Comunicación la creación de una unidad de apoyo permanente que cooperaría con los Estados miembros en las acciones relativas al control y la vigilancia de las fronteras. Para el cumplimiento de estas medidas requiere el apoyo de Europol.

Otra medida que se diseñó fue la creación de una política de visado uniforme y de cruce de fronteras exteriores, se estableció en el marco de Schengen y ha sido recogida por la Comunicación de la Comisión bajo la idea del establecimiento de oficinas conjuntas de expedición de visados. Actualmente, en lo respectivo a la política uniforme de visado, rige el Reglamento (CE) 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.

Corresponderá a un organismo concreto de cada Estado la labor de imprimirlo y a las autoridades nacionales el deber de comprobar la veracidad de los documentos, pasaportes o visados presentados. Pese a que debe buscarse una política exterior común, este ámbito demuestra cómo los Estados son reticentes a ceder competencias en materia de derecho internacional.

En materia de visados está en vigor el Reglamento (UE) 2018/1806 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, 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.

También se crea, a este respecto, un Sistema de Información de Visados (SIV), mediante el que se diseña una estructura que contará con un sistema central y un sistema nacional en cada Estado miembro.

En el Consejo Europeo de Sevilla de 2002 se creó “un órgano común de expertos sobre fronteras exteriores, compuesto por los jefes de los servicios de control de fronteras de los Estados miembros y encargado de coordinar las medidas incluidas en el Plan para la gestión de las fronteras exteriores”²⁹. También se solicitó la puesta en marcha de medidas dirigidas a operaciones conjuntas en las fronteras exteriores; a la creación de una red de funcionarios de enlace de inmigración de los Estados miembros; la fijación de un sistema común de

²⁹ Consejo Europeo de Sevilla, 21 y 22 de junio, 2002, punto 32.

formación para los guardias de fronteras; y la elaboración de un estudio sobre el reparto de cargas en la gestión de las fronteras exteriores.

En el año 2004 se creó una Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores, a través del Reglamento (CE) 2007/2004, de 26 de octubre de 2004, del Consejo. Actualmente se encuentra en vigor en el Reglamento (UE) 1168/2011. La novedad que trajo consigo el Reglamento de 2004 fue la creación de Frontex³⁰.

En el Tratado de Niza se establecieron las condiciones de viaje para los extranjeros en los Estados miembros durante un periodo máximo de tres meses, medidas sobre la inmigración y residencia irregulares, y la repatriación de ilegales.

El Tratado de Lisboa introdujo un procedimiento legislativo por mayoría cualificada en cuanto a la adopción de medidas en la gestión de la inmigración.

En el año 2011 la Comisión adoptó la Comunicación sobre el Enfoque Global de la Migración y la Movilidad³¹ mediante el cual se estableció un marco de cooperación con terceros países en materia de inmigración y asilo. Abarcaba los ámbitos de la inmigración legal e ilegal, la trata de seres humanos, el tráfico ilegal de migrantes, la protección de los refugiados y la definición de los derechos de los migrantes, entre otros.

El 13 de mayo de 2015 se publicó la Comunicación de la Comisión sobre una Agenda Europea de Migración³². En ella se destaca la importancia de llevar a cabo una mejor gestión de la inmigración, como responsabilidad compartida que es, y adopta acciones concretas en los ámbitos destinados a reducir los incentivos de la inmigración irregular, al salvamento de vidas y protección de las fronteras exteriores y al establecimiento de una nueva política de migración legal.³³

La última medida llevada a cabo ha sido la publicación del Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo en septiembre de 2020 por la Comisión. Entre sus objetivos, destaca la integración del

³⁰ Será explicado en el apartado correspondiente a las Medidas de gestión de las fronteras exteriores.

³¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativo al Enfoque Global de la Migración y la Movilidad, Bruselas, 18 de noviembre de 2011, COM (2011) 743 final.

³² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativo a la Agenda Europea de Migración, Bruselas, 13 de mayo de 2015 COM (2015) 240 final.

³³ Información obtenida de la siguiente página web: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-migration-policy/migration-timeline/>.

procedimiento de asilo en la política general de la migración, el refuerzo de las fronteras exteriores y la respuesta ante situaciones de crisis.

5.2.3 *Medidas frente a la inmigración ilegal*

La Comunidad considera que la forma más adecuada para combatir la inmigración ilegal es la expulsión.³⁴

En este ámbito la UE ha adoptado importantes regulaciones.

Respecto a la definición del delito de ayuda a un extranjero a entrar, circular y residir ilegalmente en un Estado miembro se dictó la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002. Define la concreta acción de ayudar, desde la ejecución material a la incitación, la participación y la tentativa. También se incluye una causa de exoneración a favor de razones humanitarias.

La Decisión marco del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, cuyo objetivo era fortalecer el marco penal de esta conducta, establece las sanciones penales a la ayuda.

Ese mismo año, el Consejo de Ministros de Asuntos de Justicia e Interior, llevado a cabo el 28 de febrero de 2002 en Bruselas, adoptó un Plan Global de Lucha contra la Inmigración Ilegal y la Trata de Seres Humanos. Estableció medidas destinadas a la armonización de los visados, incrementando su seguridad e instaurando un Sistema Común de Identificación de Visados.³⁵ También recogen la cooperación con terceros Estados con el objetivo de facilitar la readmisión y la lucha contra la trata de seres humanos, así como la adopción de medidas que refuercen el control de fronteras.

Estas medidas se completaron con la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, a través de la que se prevé la emisión de permisos de residencia de corta duración a extranjeros que sean víctimas de la inmigración ilegal o de la trata de seres humanos, si colaboran con las autoridades policiales competentes.

De ese mismo día es la Directiva 2004/82/CE del Consejo sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas para “mejorar los controles fronterizos y combatir la inmigración ilegal mediante la comunicación previa por

³⁴ ARGEREY VILAR, Patricia. *Op.cit.*, pág. 37.

³⁵ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio. *op.cit.*, págs. 276-277.

los transportistas a las autoridades nacionales competentes de los datos de las personas transportadas”³⁶, así como la lucha contra el terrorismo y el control de los flujos migratorios. Se dictó en el año 2009 la Directiva 2009/52/CE sobre sanciones a los empleadores donde se recogen los castigos penales a quienes contraten inmigrantes ilegales.

En materia de expulsión se adoptó la Directiva 2008/115/CE sobre retorno de los extranjeros en situación irregular. Como complemento de la misma, será de aplicación la Directiva 2001/40/CE sobre reconocimiento de las decisiones de expulsión de un nacional extranjero de un Estado europeo por el resto de países miembros.

5.3 Regulación actual

La legislación europea contiene en su interior un conjunto de normas y reglas tendentes a la regulación de los flujos de migración legal e ilegal.

Actualmente hay en la UE un marco jurídico regulador de la inmigración bastante enredado y detallado. La normativa básica se encuentra en el Título V del TFUE dedicado al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (artículos 67-80) y más concretamente, en su Capítulo II, se sitúan las Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración (artículos 77-80).

La regulación contenida en los artículos 166 a 169 (Políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración) de la Constitución Europea es idéntica a la recogida en estos artículos del TFUE.

Previamente, el artículo 67 establece la doble labor que realizará la Unión, por un lado “garantizará la ausencia de controles en las fronteras interiores” y, por otro lado, “desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países” (art. 67.2).

El artículo 77 reafirma, como objetivo de una política común, “la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores”, promoviendo la creación de un “sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores” donde estén asegurados “los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores” (art. 77.1).

³⁶ Directiva 2004/82/CE, de 6 de agosto de 2004, págs. 24 y siguientes, núm. L 261.

A estos efectos, el apartado 2 otorga al Parlamento Europeo y al Consejo la capacidad para adoptar normas concernientes a “cualquier medida necesaria para el establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores” (ap. d)) y a “la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores” (ap. e)).

El artículo 78.3 resalta que “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”, la decisión que adopte el Consejo “se pronunciará previa consulta al Parlamento Europeo”.

El artículo 79 recoge la obligación de la Unión de desarrollar “una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas” (ap. 1).

El apartado 2 señala la obligación del Parlamento Europeo y del Consejo respecto a la adopción de normas en los ámbitos referentes a “las condiciones de entrada y residencia”; “la inmigración y residencia ilegales”; “la lucha contra la trata de seres humanos”.

Es importante destacar, en último lugar, que esta materia está compartida por los Estados y la UE, de modo que en la gestión de estas políticas deben imperar “el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros” (art. 80).

5.3.1 Procedimiento de entrada

En esta materia encontramos el Reglamento (UE) 2016/399³⁷, en él se ha establecido un código de normas de la Unión que controlarán el cruce de personas por las fronteras. El control ejercido sobre los ciudadanos comunitarios no deja ser visual, mediante el pasaporte o el documento acreditativo de la identidad correspondiente, mientras que los ciudadanos extranjeros, además de tener la obligación de poseer un visado válido para el Estado al que se quiere acceder, están sometidos a las reglas nacionales, en virtud de las mismas les podrán

³⁷ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen).

exigir la exhibición de documentos que demuestren la estancia y la disponibilidad de medios de subsistencia, entre otros.

El artículo 4 recoge la obligación de los Estados de respetar los derechos fundamentales (DDFF) en la aplicación del Reglamento, deberán cumplir el derecho de la UE, la Carta de DDFF de la UE, la Convención de Ginebra del 51, así como el principio de no devolución.

El artículo 5 establece en su apartado 1 que “las fronteras exteriores solo podrán cruzarse por los pasos fronterizos y durante las horas de apertura establecidas”. Por otro lado, su apartado 3 fija la imposición de sanciones efectivas y proporcionadas, según el derecho nacional correspondiente, para las personas que crucen las fronteras exteriores sin estar autorizadas para ello.

El artículo 6 recoge las condiciones de entrada para los nacionales de terceros países. Para estancias no superiores a tres meses, el migrante deberá “estar en posesión de un documento de viaje válido que otorgue a su titular el derecho a cruzar la frontera” y que siga siendo válido más de tres meses después de su salida, además, “deberá haberse expedido dentro de los diez años anteriores”. Deberá tener un visado válido emitido por la autoridad del Estado miembro de destino si se lo exige el Reglamento (CE) 593/2001³⁸ del Consejo, a menos que tenga “un permiso de residencia válido o un visado de larga duración válido”. En tercer lugar, deben “estar en posesión de documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios de subsistencia suficientes”. No deben aparecer en el Sistema de Información Schengen como no autorizados y no deben “suponer una amenaza para el orden público, la seguridad interior y la salud pública”.

En virtud del apartado 5.a) podrá concederse la entrada a un migrante que, aunque no cumpla los requisitos anteriores, esté en posesión de “un permiso de residencia o un visado de larga duración” de otro Estado miembro y quiera dirigirse a él.

Aquellos migrantes que no cumplan las condiciones establecidas en el artículo 6.1 y no posean un permiso de residencia o visado no podrán acceder al territorio del Estado miembro.

A efectos del artículo 8, los nacionales de terceros países “beneficiarios del derecho a la libre circulación con arreglo al Derecho de la Unión” serán sometidos a una inspección mínima al objeto de comprobar su identidad con los documentos de viaje (ap. 2).

³⁸ Reglamento en el que aparecen anotados los terceros países cuyos nacionales tendrán la obligación de presentar un visado para cruzar las fronteras exteriores y los terceros países cuyos nacionales están exentos.

Aquellos que no posean documentos válidos serán sometidos a una inspección minuciosa, en el momento de la entrada y de la salida, para verificar que se cumplen los requisitos del artículo 6.1 y “las condiciones de los documentos que autoricen la estancia y el ejercicio de actividad profesional” (art. 8.3).

El TFUE encomienda al Parlamento Europeo y al Consejo, en el artículo 77.2, la adopción de medidas respecto a “la política común de visados y otros permisos de residencia de corta duración” (ap. a)), “los controles a los cuales se someterá a las personas que crucen las fronteras exteriores” (ap. b)) y “las condiciones en las que los nacionales de terceros países podrán circular libremente por la Unión durante un corto período” (ap. c)).

Mientras que a efectos del artículo 79.2 encargará al Parlamento Europeo y al Consejo que adopten las medidas correspondientes en lo relativo a “las condiciones de entrada y residencia y las normas relativas a la expedición por los Estados miembros de visados y permisos de residencia de larga duración” (ap. a)).

Desde el punto de vista de la regulación española en la materia, encontramos la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Concretamente, en su artículo 25 se establecen los requisitos para la entrada en territorio español. El extranjero que quiera entrar en España deberá mostrar el pasaporte o documento acreditativo de la identidad correspondiente, los papeles “que justifiquen el objeto y condiciones necesarias, y acreditar medios de vida suficientes” (ap. 1). Deberá estar en posesión de un visado, en virtud del ap. 2, y podrá autorizarse la entrada a aquellos migrantes por razones humanitarias, aunque no cumplan los requisitos anteriores (ap. 4).

Los extranjeros que no cumplan lo establecido en el art. 25 no podrán entrar en España, la denegación se entrega por resolución motivada y se les informará de “los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deben formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada” (art. 26.2).

El artículo 26.1 prohíbe la entrada en España a los extranjeros que no tengan visado, a quienes hayan sido expulsados durante el plazo de prohibición y a “aquellos que la tengan prohibida por otra causa legalmente establecida”.

5.3.2 Procedimiento de devolución o expulsión

El procedimiento de devolución tendrá lugar cuando se decida proceder al retorno de un extranjero a su país de origen, lo que sucederá cuando trate de cruzar las fronteras exteriores de un Estado miembro sin estar en posesión de los documentos exigidos y cuando un extranjero legalmente hallado en territorio europeo deje de cumplir las condiciones requeridas para su estancia legal, si se ha consumido el plazo de tres meses para el que se expidió el visado, o si constituye una amenaza para la seguridad y el orden público.

En este sentido, la Comisión dice que “los nacionales de terceros países que no dispongan de un status que los permita quedarse de forma permanente o temporal y respecto a los cuales ningún Estado miembro está obligado a aceptar su residencia, deben abandonar la UE. Esto es importante para garantizar que no se socave la política de admisión y se respete el Estado de derecho que es un elemento esencial de un espacio de libertad, seguridad y justicia”.³⁹

A renglón seguido, afirma que “estas personas no tienen ningún estatuto jurídico que les permita permanecer en el territorio de los Estados miembros y pueden ser instados a dejar voluntariamente el territorio de la Unión u obligados a hacerlo. Tal podría ser el caso de los inmigrantes clandestinos o de los solicitantes de asilo cuya demanda ha sido rechazada que opten por regresar voluntariamente a su país de origen. Esta elección podría favorecerse y apoyarse mediante programas específicos”.⁴⁰

La ejecución efectiva de la devolución se llevará a cabo mediante un acuerdo de retorno con el país de origen del migrante en cuestión.⁴¹

Es muy importante tener en cuenta, en el posible retorno de los migrantes, el principio de no devolución.

Este principio viene recogido en el artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados e impone a las instituciones nacionales la obligación de estudiar individualmente y de manera concienzuda cada una de las peticiones de asilo que reciban

³⁹ Libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales, Bruselas, 10 de abril de 2002, COM (2002) 175 final, pág. 8.

⁴⁰ Libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales, Bruselas, 10 de abril de 2002, Doc. COM (2002) 175 final, pág. 7.

⁴¹ El procedimiento de devolución será explicado en el apartado correspondiente a los Acuerdos de cooperación entre países de origen y de destino.

antes de proceder a su rechazo y devolución. Del mismo modo, los Estados deben ofrecer protección al demandante durante el proceso de tramitación de su solicitud.

En virtud del artículo 33.1 no se podrá proceder a la expulsión o devolución de un migrante si con ello se pone en peligro su vida o su libertad por situarle en las fronteras de un territorio donde sufre persecución.

No será devuelto aquel extranjero que ha huido de su país de origen por sufrir persecución debido a su raza, religión, sexo u opinión política, tendrá la consideración de refugiado y podrá solicitar asilo o protección internacional en los Estados miembros de la UE.

El apartado 2 del artículo 33 incluye una importante excepción, según el mismo, “no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país”.

El principio de no devolución también se encuentra recogido en el TFUE cuando, en el art. 78.1, dispone que “la Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución”.

Mientras que en el art. 79 se establece que el Parlamento Europeo y el Consejo desarrollarán medidas en lo que se refiere a “la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación legal” cuando sea posible su devolución a su país de origen, donde no sufren persecución.

La Carta de DDF de la UE añade la prohibición de las expulsiones colectivas (art. 19.1) y reafirma el principio de no devolución en el art. 19.2, “nadie podrá 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”.

Respecto a la devolución, el artículo 28 de la Ley Orgánica 4/2000 recoge en el apartado 1 la posibilidad de salida voluntaria del territorio español, salvo los casos previstos en el código penal y en la presente ley. El apartado 2 establece la posibilidad de prohibir la expulsión “por razones de seguridad nacional o de salud pública”.

Será obligatoria la expulsión del territorio español cuando se dicte por orden judicial, por resolución administrativa, por denegación administrativa cuando el extranjero haya solicitado continuar su permanencia o por encontrarse en España sin autorización. En último lugar, se procederá a la expulsión del trabajador extranjero cuyo plazo para retornar voluntariamente hubiera finalizado (art. 28.3).

En virtud del artículo 57, procederá la expulsión del extranjero de España cuando haya cometido un delito muy grave (ap. 1), cuando “haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito” con pena de cárcel superior a un año (ap. 2), “la expulsión conllevará la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España” (ap. 4). El apartado 6 establece una excepción a la expulsión si viola el principio de no devolución, en los casos en los que el extranjero no suponga un peligro para el país como dice el art. 33.2 de la Convención de Ginebra.

La expulsión del territorio español implica la prohibición de entrada durante un periodo máximo de cinco años (art. 58.1), pero si el extranjero sujeto a expulsión supone una amenaza grave para el país podrá imponérsele una prohibición de hasta diez años (art. 58.2)

En el caso de la expulsión de un extranjero por la comisión de un delito hay que mencionar una excepción, en virtud del artículo 11 del Convenio Europeo de Extradición del Consejo de Europa, de 13 de diciembre de 1957, “si el hecho que motivare la extradición estuviera castigado con pena capital por la Ley de la Parte requirente y, en tal caso, dicha pena no se hallare prevista en la legislación de la Parte requerida, o generalmente no se ejecutare, podrá no concederse la extradición sino a condición de que la Parte requirente dé seguridades, consideradas suficientes por la Parte requerida, de que la pena capital no será ejecutada”.⁴²

6. DERECHOS DE LOS INMIGRANTES

6.1 Evolución

Los derechos humanos han sido proclamados en los diversos textos internacionales promulgados desde que se pusiera fin a la II Guerra Mundial. El primero de ellos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 18 de diciembre de 1948 de las Naciones Unidas, afirma que los principios de paz, libertad y justicia se basan en la dignidad y en los derechos de los seres humanos, derechos aplicables a cualquier persona,

⁴² FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio. *op.cit.*, pág. 263.

incluidos los migrantes, con independencia de su situación. Además, en su artículo 1 establece que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Por su parte, el artículo 13 recoge el derecho de toda persona a “circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”. Sin embargo, la redacción de este artículo debe matizarse, es cierto que se permite a todo ciudadano salir de su país y dirigirse a otros, pero también es cierto que no se incluye el derecho a cruzar las fronteras de cualquier Estado con el fin de establecerse en él. Así sucede igualmente en la actualidad, pues no hay un derecho internacional que reconozca la libre circulación de los ciudadanos fuera de las fronteras de su país. Cada Estado es soberano en su decisión de permitir o denegar la entrada a los extranjeros, este derecho que pertenece a todos los países tiene origen en las constantes migraciones que se han sucedido a lo largo de la historia y hoy esa facultad exclusiva para proteger las fronteras interiores permite afirmar que la libre circulación de las personas se encuentra limitada.

Solo en casos excepcionales que tienen que ver con la salud y la seguridad física se va a permitir a los migrantes la posibilidad de asentarse en un país distinto para que le otorgue protección, estas situaciones se pueden dar en casos de persecución o peligro para la vida (refugiados o solicitantes de asilo).

Años después, el Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos⁴³ reconoció la dignidad inherente y los derechos iguales e inalienables de todo ser humano y recogió la siguiente afirmación sobre estos derechos, “se derivan de la dignidad inherente a la persona humana”.

No reconoce tampoco el derecho a cruzar las fronteras de otros Estados, sino que únicamente reconoce la posibilidad de circular libremente por un país si se encuentra en él de manera legal (artículo 12.1).

También va a ser importante a nivel internacional la figura de la OIM, en todo lo relativo al status y derechos de los migrantes.

A nivel europeo, podemos encontrar en el TUE (en su última versión del Tratado de Lisboa) los artículos que recogen los valores comunes de la UE.

⁴³ Adoptado por la resolución 2200 A/XXI de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1966.

El párrafo segundo del Preámbulo define estos valores como universales⁴⁴ y afirma que han sido desarrollados “en la herencia cultural, religiosa y humanista de Europa”.

Por su parte, el párrafo cuarto del Preámbulo confirma que los Estados miembros se han adherido a “los principios de libertad, democracia y respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho”. Estos valores han sido incluidos como principios fundamentales en las diversas constituciones de dichos Estados, de modo que al pertenecer a sus legislaciones deben ser utilizados por los diferentes órganos jurisdiccionales de la UE y por sus miembros como inspiración en la adopción y aplicación de sus normas durante el ejercicio de sus funciones.

Por último, en el artículo 2 se afirma con rotundidad que “la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías”. Por otro lado, deja claro que “estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre hombres y mujeres”.

De los artículos anteriores se puede entender a priori que a los inmigrantes recién llegados a la UE les son de aplicabilidad dichos principios y valores, por lo que deberán ser tratados bajo los principios de respeto y de defensa de la dignidad humana que rigen todas las actuaciones de la UE y de sus Estados miembros.

Una actuación contraria a los principios comunes del sistema político pondría en tela de juicio la legitimidad del órgano que vulneró la presunción de conformidad de los actos con los valores europeos.

Un aspecto significativo de todo ciudadano es el valor de la dignidad humana, la cual se vio reforzada en la Conferencia Mundial de Viena de 2003 donde se afirmó que la dignidad y el valor de la persona humana son el origen de los derechos humanos. Dicha persona es el sujeto central, el beneficiario de los derechos y libertades fundamentales.

La conexión de los derechos humanos con la dignidad impone la universalidad y la indivisibilidad de los derechos, predicando su aplicabilidad para toda persona en cualquier situación, se rechazan las situaciones de barbarie y se impone la idea de inalienabilidad,

⁴⁴ Párrafo 2º del Preámbulo del TUE (versión consolidada): “... se han desarrollado los valores universales de los derechos inviolables e inalienables de la persona, así como la libertad, la democracia, la igualdad y el Estado de Derecho.”

durante toda la vida del sujeto, quedando también incluidos los grupos más vulnerables. Por tanto, se deben contemplar los derechos humanos desde esta perspectiva.

Pese a haberse experimentado un notable desarrollo normativo de protección de los derechos humanos, no se ha visto en la práctica una evolución del mismo nivel.

La primera regulación comunitaria que se llevó a cabo en esta materia fue la firma del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de Roma en el año 1950. Esta iniciativa promovida por el Consejo de Europa pretendía “tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal”⁴⁵. Partía del espíritu común que poseían los diferentes Estados respetando la libertad y la posición de primacía que ejercía el derecho.

Recoge una serie de derechos, relativos a los ciudadanos europeos y a los extranjeros legalmente hallados, en el Título I (derechos y libertades), y su Protocolo número 4, firmado el 16 de septiembre de 1963 en Estrasburgo, recoge la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros (artículo 4).

Los sucesivos tratados que se firmaron en Europa no atribuían a las instituciones supranacionales competencias en materia migratoria, de modo que no existía aún una regulación propia de los derechos en este aspecto.

Se establecieron en los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas algunos derechos en materia laboral que prohibían a los primeros Estados miembros establecer límites de acceso al empleo por razón de nacionalidad. No se puede afirmar que esta regulación estuviera destinada a los migrantes procedentes de fuera de Europa, sino que se dirigía principalmente a los nacionales del resto de países miembros con el fin de alcanzar los objetivos de libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales.

Así, el artículo 69 del Tratado CECA recogía la obligación de los Estados de “suprimir toda restricción, por motivos de nacionalidad, respecto al empleo, en las industrias del carbón y del acero, sin perjuicio de las exigencias fundamentales de salud y de orden público”.

Por su parte, el Tratado CEE introdujo cambios e incluyó capítulos relativos a los trabajadores, al derecho de establecimiento y a los servicios.⁴⁶

⁴⁵ MEDINA ORTEGA, Manuel. *loc.cit*, pág. 546.

⁴⁶ MEDINA ORTEGA, Manuel. *loc.cit*, pág. 547.

El principio de libre circulación se siguió desarrollando en el Acta Única Europea de 1986 y en el Tratado de Maastricht de 1992 se establecieron condiciones de acceso, de permanencia y de circulación para los nacionales de terceros Estados⁴⁷, pero no propiamente derechos de los migrantes. En el Tratado de Ámsterdam de 1997 se adoptaron “medidas en los ámbitos de asilo, la inmigración y la protección de los derechos de los nacionales de terceros países, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 K”⁴⁸, el cual establece condiciones de entrada y residencia para los migrantes y “medidas que definan los derechos y las condiciones con arreglo a los cuales los nacionales de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro pueden residir en otros Estados miembros” (artículo 73 K apartado 4).

Un hecho de relevancia en el contexto de protección de los migrantes fue la aprobación de la Convención Internacional para la protección de todos los trabajadores migrantes y sus familias⁴⁹. Con su ratificación se vislumbraba un proceso de efectiva igualdad entre nacionales y migrantes legales residentes en el territorio.

El TFUE en el ámbito reservado al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia concedió el derecho de acceso al mismo únicamente a los ciudadanos de la UE y no se reconocieron derechos parecidos a los nacionales de terceros países en situación irregular.

En virtud del artículo 79.2.b) corresponderá al Parlamento Europeo y al Consejo la adopción de medidas en lo respectivo a “la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros”.

Pero los ciudadanos de terceros países no tienen derecho a acceder libremente al territorio de la UE.⁵⁰

A este respecto supone una importante excepción la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril. Según la misma, a las personas que hayan sido víctimas de trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal se les entregará un permiso

⁴⁷ Título VI sobre Disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior, artículo K.1, apartados 1 a 3.

⁴⁸ Título III bis sobre visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, artículo 73 I, apartado b).

⁴⁹ Tratado adoptado mediante Resolución de la Asamblea General de la ONU 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

⁵⁰ MEDINA ORTEGA, Manuel. *loc.cit*, pág. 549.

de residencia gracias al cual no se les prohibirá la entrada en la UE, a menos que dicho sujeto suponga una amenaza para el orden o la seguridad pública.

Por su parte, el Tratado de la UE recoge en el artículo 6.1 el reconocimiento que hace la Unión de “los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de DDFD de la UE de 7 de diciembre de 2000”.

La Carta afirma en su preámbulo que “la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad”, y declara que al “al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación”. De esta forma se reconoce el carácter que posee la dignidad humana, como natural e indivisible.

Reconoce también DDFD a todas las personas, independientemente de donde provenga, aunque también menciona que hay ciertos derechos pertenecientes a los ciudadanos europeos. Un ejemplo puede ser la libertad de reunión pacífica y asociación, ejercitable por cualquier persona, mientras que la constitución de partidos políticos en Europa solo es predicable de ciudadanos europeos.

Se establece, así mismo, la libertad profesional y derecho a trabajar (art. 15 de la Carta) a toda persona, pero no podrán buscar empleo en cualquier Estado miembro si no están autorizados para ello.

El derecho de residencia y circulación se ejercerá por aquellos migrantes que se encuentren legalmente en un Estado miembro (art. 45.2).

Con todo, la mayor parte de los derechos descritos en la Carta están reservados, además de a los ciudadanos de la Unión, a los inmigrantes que se encuentren de forma regular en su territorio. Su ejercicio está supeditado a su presencia legal.

6.2 Situación de los inmigrantes irregulares

La situación que viven los inmigrantes en situación irregular es complicada, su presencia en el territorio de los Estados miembros de la UE sin visado ni permiso de residencia no parece otorgarles los derechos contenidos en las diferentes normas legales, que sí son ejercitables por parte de los nacionales de terceros países que residan en un país miembro conforme a la legalidad.

Aunque los derechos se presumen en todo ser humano, la realidad demuestra cómo en situaciones concretas ciertos grupos en estado de vulnerabilidad (caso de los migrantes

ilegales) no pueden disfrutar plenamente de tales derechos y necesitan un trato especial. Muchos de estos migrantes, en virtud de su presencia irregular en el territorio, ante los obstáculos legales, la ausencia de documentos identificativos, el miedo de muchos de ellos a ser descubiertos y denunciados, así como a las represalias que les pueden ocasionar, viven y trabajan de forma clandestina, siendo desposeídos de muchos derechos y libertades.

Las legislaciones tampoco les permiten el acceso a determinados derechos por su situación, como no tienen papeles que acrediten su permiso de residencia encuentran limitaciones en el ejercicio de derechos como la salud, la educación, la seguridad social y condiciones laborales favorables.⁵¹ Estas situaciones se dan en la práctica pese a que haya concretamente en la Carta de DDF de la UE derechos que otorgan a las personas, sin hacer ningún tipo de distinción, una dignidad humana inviolable (art. 1), el acceso a la educación y formación profesional (art. 14), unas condiciones de trabajo justas (art. 31), la protección de la salud (art. 35) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 47).

Sumando a todo ello la ausencia de una dirección de la migración sustentada en derechos humanos, tanto a nivel global como nacional, provocan violaciones sistemáticas y constantes de los derechos de los migrantes, desde los países de tránsito hasta los de destino, debido a su especial vulnerabilidad.⁵²

Es por eso que resultó necesario establecer sobre estas personas acciones de protección específicas para garantizar sus derechos, personas que requieren con urgencia la protección de sus derechos porque se hayan desamparadas y necesitan superar ese estado de desigualdad.

En origen, estas personas no tenían instrumentos internacionales que les protegieran, aunque se les aplicarán textos como los siguientes: la DUDH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos (PIDESC), Sociales y Culturales, la Convención para la prevención y sanción de la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes.⁵³

⁵¹ Información obtenida de la siguiente página web: <https://www.ohchr.org/es/migration/economic-social-and-cultural-rights-migrants-and-access-services>.

⁵² Información obtenida de la siguiente página web: <https://www.ohchr.org/es/migration/about-migration-and-human-rights>.

⁵³ CASTRO-RIAL GARRONE, Fanny. “Los derechos humanos de las personas en situación vulnerable: mujeres, niños, inmigrantes.” *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Madrid, Editorial Tecnos, 2001. Pág. 298.

Hay que señalar que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) se basa en los principios de libertad, igualdad y solidaridad.

El principio de libertad implica la posibilidad de disfrutar, por parte de los individuos, de las libertades en armonía con los derechos económicos, sociales y culturales.

La igualdad es resultado de la afirmación universal de la dignidad. Su definición a nivel internacional ha requerido de la máxima precisión debido a las diversas configuraciones que da cada legislación nacional del propio principio. De esta definición se han concretado DDDF en los textos internacionales.

Como consecuencia del principio de igualdad, que impone la adopción de la conducta debida para erradicar prácticas contrarias, se ha configurado el principio de no discriminación. A través de este los Estados tratarán de alcanzar medidas que asienten el principio de igualdad en sus legislaciones y que deroguen todas aquellas disposiciones que sean contrarias al mismo.

Del mismo modo, se ha dado a la igualdad, por parte del Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, un carácter de base en el DIDH con alcance general.

En la defensa de los derechos de los migrantes la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos tendrá un papel importante, sobre todo en aquellos que son más vulnerables y cuyos derechos pueden sufrir más violaciones.

Su trabajo enfatiza la importancia de enfocar la migración desde el punto de vista de los derechos humanos e incluyendo al migrante como punto de referencia en todas las estrategias que se lleven a cabo en la materia.

El ejercicio de su labor llevó a la Oficina del Alto Comisionado a elaborar una publicación en el año 2014 sobre los derechos económicos, sociales y culturales de los migrantes en situación irregular⁵⁴, describiendo la regulación internacional y regional en este tema y permitiendo comprender las dificultades jurídicas y políticas que deben hacer frente los migrantes ilegales, así como los derechos que les asisten.

Los principales derechos que recoge son la igualdad y la no discriminación, el derecho a la salud, el derecho a un nivel de vida adecuado, el derecho a la educación, el derecho a la

⁵⁴ Publicación de la Oficina del ACNUDH:

https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/HR-PUB-14-1_sp.pdf.

seguridad social y el derecho a trabajar en condiciones favorables, sin olvidar el derecho de acceso a la justicia.

- Igualdad y no discriminación

Son principios fundamentales en el DIDH y están directamente relacionados con el ejercicio de los DDDF. Están reconocidos en la DUDH, en virtud de su artículo 1 “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y según su artículo 2 “toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción”. El PIDESC asegura el disfrute de todos los derechos que contiene a toda persona y prohíbe tajantemente la discriminación, estableciendo una obligación en los Estados para su cumplimiento, especialmente sobre los migrantes al ser más vulnerables.

- Derecho a la salud

Los migrantes en situación irregular tienen muchos problemas para acceder a los servicios sanitarios, cuando su salud está más expuesta a peligrar en mayor medida por causa de las precarias condiciones en las que viven y trabajan. También se dificulta el acceso por la deficiente regulación al respecto y por el miedo de los propios migrantes a ser denunciados.

El principio de no discriminación anterior asegura el derecho a la salud de los migrantes ilegales. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció que “los Estados tienen la obligación de velar por que todas las personas, incluidos los migrantes, tengan igual acceso a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos, con independencia de su situación legal y su documentación”⁵⁵. También recogió la obligación de elaborar estrategias y medidas de acción de salud pública que protegieran y respetaran el derecho a la salud de los grupos más desfavorecidos, incluyéndose a los migrantes ilegales.

- Derecho a un nivel de vida adecuado

Dada la irregularidad de muchos migrantes, no tienen la posibilidad de alcanzar unas condiciones de vida adecuadas, sino que en muchas ocasiones se ven obligados a vivir en zonas marginadas o degradadas con escasez de servicios y de mantenimiento.

El PIDESC establece en su artículo 11.1 que “los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia”.

⁵⁵ Observación general número 14 (2000), párrafo 34.

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce en su artículo 27 “el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social”.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales declaró que “el derecho a una vivienda adecuada se aplica a todos”⁵⁶ y garantizar este derecho a todas las personas es una exigencia del principio de dignidad inherente a toda persona.

- Derecho a la educación

Para los niños inmigrantes la escuela es una vía para la integración social, sin embargo, la falta de documentos y la imposibilidad de asumir los gastos derivados por falta de recursos impiden la matriculación. Muchos países, pese a establecer en su legislación la obligatoriedad de ciertas etapas de la enseñanza, no llevan a la práctica tales normas sobre todo con las comunidades más desfavorecidas.

El artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que todos los niños y niñas deberán tener acceso a la enseñanza primaria gratuita. Esto choca con la imposibilidad de matriculación de los niños por carecer de documentos que acrediten la residencia válidamente.

El PIDESC reconoce en el artículo 13.1 el derecho de toda persona en el acceso a una educación destinada al desarrollo de la personalidad individual y de la dignidad.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales estableció la necesidad de que la educación cumpliera una serie de requisitos: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad⁵⁷. Señaló, por otro lado, que la educación es “el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades”⁵⁸.

- Derecho a la seguridad social

La seguridad social cumple una importante labor en los sectores más desfavorecidos de la sociedad, contribuyendo a la reducción de la pobreza, de la exclusión social, y promoviendo la inclusión. Es cierto que muchos migrantes tienen derecho a la seguridad social por su contribución a la economía, aunque sea desde actividades propias de la economía sumergida,

⁵⁶ Observación general número 4 (1991), párrafos 6, 7 y 9.

⁵⁷ Observación general número 13 (1999), párrafo 6.

⁵⁸ Observación general número 13 (1999), párrafo 1.

pero también es cierto que muchos de ellos no cumplen los requisitos exigidos por la legislación para tener acceso a los beneficios de la misma.

El PIDESC establece en su artículo 9 el derecho a la seguridad social. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señaló la existencia del derecho a recibir prestaciones en igualdad de condiciones que el resto de personas, sin discriminación, para obtener protección, también recogió las condiciones necesarias que debían llevarse a cabo para hacer efectivo el derecho⁵⁹.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias establece en su artículo 27 el derecho de los trabajadores migrantes, independientemente de su situación legal, siempre que cumplan los requisitos exigidos por la legislación vigente, a recibir el mismo trato que los nacionales respecto al derecho a la seguridad social.

- Derecho a trabajar en condiciones favorables

Pese a que, en teoría, los migrantes ilegales no tienen la posibilidad de trabajar de acuerdo con la legislación, muchos son empleados de manera clandestina en actividades propias de la economía sumergida donde corren el riesgo de sufrir explotación por parte de sus empleadores debido a las condiciones y a las horas de trabajo, careciendo así mismo de regulación y protección.

El PIDESC recoge en su artículo 6.1 el derecho a trabajar y en el artículo 7 a hacerlo en condiciones equitativas y favorables.

El Comité sobre los Trabajadores Migratorios dijo que, “aunque los Estados partes pueden denegar a los trabajadores migratorios que carecen de permisos de trabajo el acceso a sus mercados laborales, una vez que se inicia una relación de empleo y hasta que termina, todos los trabajadores migratorios, incluidos aquellos en situación irregular, tienen derecho a las mismas condiciones de trabajo y de empleo que los nacionales”⁶⁰.

- Derecho de acceso a la justicia

Acceder a la justicia es una situación complicada para muchos migrantes que se encuentran en situación irregular, debido principalmente al miedo de poder ser expulsados por las autoridades de inmigración. Por parte de los Estados se debe apoyar a estas personas en

⁵⁹ Observación general número 19 (2007), párrafo 2.

⁶⁰ Observación general número 2 (2013), párrafo 62.

mayor riesgo de vulnerabilidad en el acceso a los medios jurisdiccionales con el fin de evitar actitudes que violan los derechos humanos de los migrantes y que quedan impunes ante la justicia.

En el artículo 22 de la Ley Orgánica 4/2000 se reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros que se encuentren en España, en igualdad de condiciones que los nacionales. Se concederá la asistencia de intérprete si no son capaces de comprender y la asistencia será gratuita cuando no se tengan recursos suficientes.

6.3 Sentencia TS 3238/2023

En materia de derechos de los migrantes encontramos la Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (TS) 3238/2023, 11 de julio de 2023, número de Sentencia 956/2023.

El caso es el de un chico llamado Malick Fall que, a fecha de 6 de noviembre de 2018, siendo un menor irregular en territorio español, recibió una orden de expulsión, con prohibición de entrada en España por un periodo de tres años, por parte del Subdelegado del Gobierno de Granada.

El joven recurrió la orden de expulsión al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 5 de Granada considerando que la Administración no había practicado la prueba sobre la minoría de edad después de haber recibido un decreto de la Fiscalía de Menores donde se declaraba su mayoría de edad, en fecha de 10 de agosto de 2018. Aportó además un nuevo decreto de la Fiscalía de Menores, de 15 de marzo de 2019, donde se le declaraba menor de edad. Pidió la nulidad de la expulsión dictada y que se le reconociera su minoría de edad, facilitándole documentación que lo acreditara, además de un permiso de residencia y una estancia en un centro de menores.

El Juzgado, una vez demostrada la minoría de edad, anuló la expulsión con una resolución efectuada el 28 de mayo de 2019, pero sin responder a las pretensiones de regularización del menor, y archivó el procedimiento por satisfacción extraprocesal en el Procedimiento Abreviado n.º 189/2019, el día 9 de septiembre de 2019.

El joven presentó un recurso de apelación, porque su regularización no había sido resuelta, contra la sentencia del Juzgado ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Andalucía con sede en Granada (Sección Primera), recurso de apelación n.º 7217/2019.

Dicho recurso de apelación presentado por el recurrente fue desestimado el 27 de enero de 2022 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía.

Frente a la desestimación la parte recurrente promovió recurso de casación (n.º 4717/2022) ante la Sala de lo C-A del TSJ de Andalucía, quien emplazó a las partes al TS mediante auto de 19 de mayo de 2022.

A fecha de 5 de octubre de 2022 la Sección de Admisión de la Sala Tercera del TS acordó mediante auto que la cuestión presentaba interés para establecer jurisprudencia, consistía en “determinar si es compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva así como con el respeto al principio de superior interés del menor acordar la pérdida sobrevenida del objeto del recurso tras la revocación por la Administración de la resolución de expulsión impugnada por constatarse la minoría de edad del interesado, sin dar respuesta a la pretensión, también contenida en la demanda, de regularizar la situación del menor con las subsiguientes medidas de protección del mismo”⁶¹.

El recurso de casación quedó formalizado el 23 de noviembre de 2022 y pidieron anular la sentencia impugnada, que se procediera a la documentación del permiso de residencia del joven y que se fijara jurisprudencia. El 25 de noviembre de 2022 se comunicó el recurso a la parte recurrida para que tuvieran posibilidad de oponerse y el Abogado del Estado presentó oposición el día 27 de enero de 2023.

El 3 de marzo de 2023, después de no haberse solicitado vista pública en la celebración, se dio por concluido el recurso y mediante providencia se señaló fecha para su resolución.

El fallo de la sentencia tuvo lugar el 30 de mayo de 2023 y en él se estableció la fijación de doctrina, declaró que se vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva del menor cuando se acordaba la pérdida sobrevenida del objeto del recurso, sin haber respondido a la pretensión del menor que solicitaba su regularización; estimar el recurso de casación de la parte recurrente n.º 4717/2022 frente a la Sala de lo C-A del TSJ de Andalucía; anular la sentencia del Juzgado de lo C-A N.º5 de Granada por satisfacción extraprocesal; estimar el recurso de la parte recurrente contra el acuerdo de expulsión y que la Sala del TS se pronunciara sobre la regularización del menor.

Finalmente, la sentencia entró en vigor el 11 de julio de 2023.

⁶¹ Sentencia del TS 3238/2023, de 11 de julio de 2023, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Sentencia núm. 956/2024, Procedimiento de Recurso de Casación, antecedente de hecho tercero, 2º).

7. GESTIÓN DE LAS FRONTERAS EXTERIORES

7.1 FRONTEX

La Agencia Europea de la Guardia de las Fronteras y Costas (FRONTEX) se encarga de ayudar a los países miembros de la UE y a los Estados asociados al sistema Schengen en lo relativo a las actividades de gestión de las fronteras exteriores y en la persecución de la delincuencia transfronteriza. Es muy importante su papel para tratar de acabar con la inmigración ilegal y con todas las mafias que juegan con la desesperación de muchos migrantes ansiosos por llegar a Europa y huir de la miseria y de los conflictos, recurriendo a vías de acceso extremadamente caras y con un riesgo muy elevado de perder la vida.

Es un centro dedicado a las actividades de control en las fronteras exteriores de la UE, en su ejercicio comparten inteligencia y datos con los Estados miembros y con países territorialmente próximos a la UE que también sufren las consecuencias de las crisis migratorias y del crimen transfronterizo.

El origen de esta institución proviene del establecimiento en 1957 de las libertades de circulación de personas, mercancías, servicios y capitales a través del Tratado de Roma. A partir de este momento en el que comienza a sobrevolar la idea de supresión de las fronteras interiores, se inicia, a su vez, la necesidad de proteger las fronteras exteriores. La firma del Acuerdo de Schengen dio un paso más en la materia, tanto en el establecimiento de la libre circulación de personas como en la eliminación de las fronteras interiores, y procedió a crear una única frontera exterior para todos los países miembros.

Con el fin de mantener la libertad y seguridad en el territorio, los Estados decidieron contribuir al trabajo realizado por las autoridades policiales y judiciales con una serie de medidas destinadas a promover y mejorar la cooperación y la colaboración.

Desde comienzos de este siglo se han seguido llevando a cabo medidas que contribuyeran a la cooperación en materia migratoria, de asilo y de seguridad. En lo respectivo a la gestión de fronteras se creó la Unidad Común para los Profesionales de las Fronteras Exteriores (antecedente de FRONTEX). Dicha Unidad Común elaboró proyectos a nivel nacional para el establecimiento de centros ad hoc encargados del control de fronteras, además, controlaba los proyectos que se iniciaban en materia de gestión de fronteras en el ámbito europeo y llevaba a cabo operaciones comunes.

Años después, el Consejo Europeo decidió incrementar la eficacia del proceso de actuación y de los métodos de trabajo de la Unidad Común y dio entrada al Reglamento (CE) 2007/2004⁶² por el que se crea FRONTEX. Dicho reglamento fue derogado más de una década después por el Reglamento (UE) 2016/1624, de 14 de septiembre de 2016, mediante el cual se establece FRONTEX con el nombre que conocemos ahora, la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas.

Tuvo una última modificación con el Reglamento (UE) 2019/1896, de 13 de noviembre de 2019, sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas, que deroga a su vez el anterior Reglamento y el Reglamento (UE) 1052/2013⁶³. Por otro lado, atribuye a la Agencia más competencias y refuerza su mandato. En su artículo 93.5 se establece la sede de FRONTEX en Varsovia (Polonia).

7.1.1 Estructura

La actividad llevada a cabo por la Agencia está sometida a un sistema de controles y equilibrios que deben comprobar si lo realizado garantiza la rendición de cuentas, la transparencia y el respeto de los DDFF.

Así mismo, debe responder ante el Parlamento Europeo (representante de los ciudadanos de la UE) y ante el Consejo (representante de los diferentes gobiernos estatales).

Contiene un Consejo de Administración que debe controlar el correcto funcionamiento de la Agencia. Entre sus atribuciones, le corresponde establecer el presupuesto y velar por su ejecución, además, debe asegurarse, en los procesos de toma de decisiones, que existan procesos con transparencia. Por otro lado, de él depende un agente independiente encargado de verificar el adecuamiento de su actividad con el correspondiente respeto a los DDFF y cooperará con el Foro Consultivo⁶⁴.

⁶² Reglamento 2007/2004/CE del Consejo, de 26 de octubre de 2004, por el que se crea la Agencia Europea para la Gestión de la Cooperación Operativa en las Fronteras Exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea.

⁶³ Reglamento por el que se crea el Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras (EUROSUR), por medio de sus disposiciones se establece “un marco común para el intercambio de información y la cooperación entre los Estados miembros y la Agencia destinado a mejorar el conocimiento de la situación y aumentar la capacidad de reacción en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión (fronteras exteriores) con el fin de permitirles detectar, prevenir y combatir la inmigración ilegal y la delincuencia transfronteriza, y contribuir a garantizar la protección y salvamento de los inmigrantes (EurosUR)”, art. 1.

⁶⁴ El Foro Consultivo se creó en el año 2012 y está al servicio de la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas en lo relativo a los derechos fundamentales, ejerce funciones de asesoría. El Foro opera en relación con lo establecido en el Reglamento de la Agencia y, en virtud del mismo, tanto la Agencia como su Consejo de Administración deberán consultarle sobre cualquier cuestión relativa con los derechos

A cargo de la gestión de la Agencia está un director ejecutivo propuesto por la CE y nombrado por el Consejo de Administración. La ejecución de su cargo implica llevar a cabo actividades de preparación y aplicación respecto de las decisiones estratégicas del Consejo de Administración y garantizar, en el día a día, el correcto funcionamiento y administración de FRONTEX.

El director ejecutivo dispondrá de tres directores ejecutivos adjuntos con ámbitos de competencias diferentes y específicos, contará con un ejecutivo en materia de administración y gestión de la información, otro de planificación operativa y retorno, y un director adjunto de capacidades.

7.1.2 Cuerpo Permanente

Creado por el Reglamento (UE) 2019/1896, el Cuerpo Permanente constituye una verdadera novedad para la historia de Europa, pues es la primera vez que la UE tiene su propio servicio uniformado, es una especie de policía europea fronteriza.

Está compuesto por agentes propios de FRONTEX y por personal procedente de los Estados miembros enviados para llevar a cabo misiones que pueden ser de corto o largo plazo (estos agentes enviados constituyen la mayor parte de los miembros del Cuerpo).

Los agentes no se encuentran solo en la sede de la Agencia (Varsovia), sino que pueden desplegarse en las fronteras de los Estados miembros de la UE, donde trabajarán bajo el mando de la autoridad nacional correspondiente. Podrán también actuar en pasos fronterizos y aeropuertos.

Cuando un Estado requiera de asistencia en sus fronteras, los oficiales del Cuerpo participarán en el país requirente.

La principal tarea de este Cuerpo es ayudar a mejorar la fortaleza y resistencia del espacio Schengen, como espacio más amplio de libre circulación. Este objetivo se traduce en apoyar la gestión de la migración, asistir a los Estados en los controles fronterizos, participar en operaciones de retorno, así como detección de armas y drogas.

fundamentales. El Foro está integrado por trece organizaciones, destacando la OIM, el Consejo de Europa y ACNUR.

7.1.3 Funciones

Entre las operaciones que deberá llevar a cabo la Agencia, donde participará activamente el Cuerpo Permanente, apoyará la vigilancia y protección de las fronteras, la lucha contra la delincuencia transfronteriza, asistencia en las operaciones de retorno y reintegración, análisis de riesgos en las operaciones que vaya a realizar, cooperación a nivel internacional y europeo, y llevar a cabo tareas de investigación e innovación.

Las operaciones de la Agencia se van a realizar en las fronteras terrestres y marítimas, así como en los aeropuertos internacionales, de los Estados de la UE y Schengen, además de en ciertos países que no son miembros, pero que han firmado acuerdos para la protección de sus fronteras, como Serbia o Moldavia. Dichas tareas estarán relacionadas con actividades de seguridad, búsqueda y rescate, y lucha contra la delincuencia transfronteriza.

Dentro de todas las obligaciones que tiene en la actualidad la Agencia, las principales están situadas en las fronteras terrestres del este de Europa (Terra⁶⁵) y en las fronteras marítimas del mar Mediterráneo: Grecia (Poseidón⁶⁶), Italia (Themis⁶⁷) y España (Indalo y Canarias⁶⁸).

Respecto a la lucha contra la delincuencia transfronteriza, Frontex colabora con los Estados miembros y con agencias de la UE, como Europol, para conseguir el objetivo y reforzar la seguridad dentro de las fronteras. Su actividad va desde el tráfico de inmigrantes ilegales y la trata de seres humanos hasta otros delitos graves que influyen en la seguridad, como el contrabando de armas de fuego, drogas, documentación falsificada y delitos económicos como el blanqueo, así como la detección de posibles terroristas extranjeros. Dadas las especiales características que poseen estas actividades, es necesario que exista una cooperación eficaz y global entre los diferentes países afectados y las organizaciones implicadas, basándose en el análisis de los riesgos existentes y en el asesoramiento recíproco.

⁶⁵ La operación Terra ha sido llevada a cabo desde Finlandia hasta Grecia, abarcando las fronteras terrestres orientales de 11 países de la UE como consecuencia del crecimiento del flujo migratorio en esta zona, registrándose en 2021 un aumento significativo de movimientos irregulares respecto al año anterior.

⁶⁶ La operación Poseidón se ocupa de los problemas migratorios de las fronteras marítimas de Grecia con Turquía. Desde la pandemia esta ruta de acceso a Europa ha sufrido un crecimiento constante, alcanzándose en 2023 la cifra de 60.000 cruces de fronteras irregulares.

⁶⁷ La operación Themis cubre los movimientos ilegales realizados en las costas italianas procedentes del norte de África. En el año 2023 esta ruta fue la más utilizada por los migrantes, produciendo 158.000 cruces fronterizos ilegales, un 50% más respecto a las cifras del año anterior.

⁶⁸ En España se han establecido dos operaciones en torno a dos flujos migratorios. La operación Indalo se encarga de la ruta del Mediterráneo occidental procedente de Marruecos, Frontex brinda apoyo a las autoridades españolas en tareas de vigilancia y control, identificación, y búsqueda y rescate. La operación llevada a cabo en las Islas Canarias se centra en los movimientos migratorios procedentes del África subsahariana, registrándose en 2023 la cifra más alta con 40.000 cruces irregulares.

Además, para poder combatir en condiciones adecuadas dichos delitos los agentes reciben constante y actualizada información sobre las formas de actuar de los delincuentes y sobre las formas correctas de proceder para mejorar sus habilidades y conocimientos cuando les toque intervenir.

Frontex también tiene un papel en las operaciones de retorno, prestará el debido apoyo operativo y técnico en las distintas fases del proceso a aquel país de la UE que lo solicite, siempre que adopte una decisión de retorno que sea ejecutable.

Es importante remarcar que Frontex no participa en el procedimiento a través del cual se alcanza la decisión y no entrará en el fondo de las razones que hayan motivado su declaración, solo las autoridades nacionales tendrán el poder de decidir quién será devuelto. Únicamente participará en el proceso con medidas de apoyo cuando un país se lo solicite.

Su tarea en esta materia abarcará funciones de apoyo. En cumplimiento de esta operación pueden destinar agentes a largo plazo y ad hoc con funciones específicas de retorno, llamados escolta de retorno de Frontex y agentes de apoyo. Estos agentes podrán prestar asistencia sobre el terreno o en aeropuertos y también tendrán misiones en las que deberán escoltar al nacional de un tercer país durante el vuelo de retorno con el objetivo de que la seguridad y el bienestar estén plenamente garantizados.

En la fase previa al retorno tendrá una serie de funciones, destacando la ayuda que prestarán en la correcta identificación de los individuos que serán devueltos y en la recopilación de todos los documentos necesarios, ayudará a los Estados involucrados en las operaciones a mejorar su capacidad en las actividades de retorno, y podrá mandar agentes del Cuerpo Permanente especializados en la materia.

La actividad principal de Frontex en este aspecto es prestar asistencia en operaciones de retorno organizadas por los Estados miembros. Sin embargo, hay una excepción y la Agencia podrá organizar operaciones de retorno por su propia cuenta, siempre que esté de acuerdo el Estado correspondiente, realizando todos los procedimientos necesarios para llevar a cabo el retorno, como puede ser la contratación de los agentes necesarios y ponerse en contacto con el país de retorno. Dichos traslados podrán realizarse por diferentes medios, por vía aérea, en vuelos chárter y regulares, y por vía marítima o terrestre.

7.1.4 *Derechos fundamentales*

El respeto por los DDFF debe estar presente en toda actividad que realice la Agencia. Es por eso que está adherida a la Carta de los DDFF de la UE, al CEDH y a instrumentos internacionales como la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

Estos derechos deberán regir la conducta de Frontex y estarán también presentes en el desarrollo de la formación y en los estudios que cursarán todos los agentes implicados, recibirán información sobre DDFF que deberán aplicar en el ejercicio de su actividad fronteriza, permitiéndoles identificar correctamente aquellas situaciones en las que se están llevando a cabo violaciones de los derechos.

Durante el ejercicio de su actividad sigue una estrategia que trata de coordinar lo realizado con los DDFF. Además, incluye los requisitos que se deben cumplir para entender protegidos los derechos de aquellos que atraviesan las fronteras exteriores de la UE.

Es importante la figura del agente de DDFF, encargado de la supervisión del cumplimiento de los DDFF en las actividades de la Agencia. También ejerce funciones asesoras y de asistencia en esta materia.

Cuentan también con el Foro Consultivo de los DDFF, cuya función consiste en asesorar la actividad de Frontex en el cumplimiento de los DDFF.

7.2 EMSC (EUROPOL)

El Centro Europeo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes, traducido a sus siglas en inglés European Migrant Smuggling Centre⁶⁹ (EMSC), es un centro especializado que opera dentro de EUROPOL (Agencia de Seguridad de la UE) y lucha contra la delincuencia organizada que se beneficia del tráfico de inmigrantes.

Este Centro fue creado a principios del año 2016 como sistema de ayuda especializado de la UE para reforzar y fortalecer la actividad llevada a cabo por Europol consistente en apoyar las acciones policiales de los Estados miembros. Su establecimiento se produjo tras un periodo de grandes movimientos migratorios irregulares en el que los migrantes irregulares acudían en masa a las fronteras europeas. Junto al EMSC se han desarrollado dos centros de especialización, como el Centro Europeo de Ciberdelincuencia (EC3) y el Centro Europeo

⁶⁹ Información obtenida de la siguiente página web: <https://www.europol.europa.eu/about-europol/european-serious-and-organised-crime-centre-esocc/european-migrant-smuggling-centre-emsc>, (fecha de consulta 10/06/2024).

de Lucha contra el Terrorismo (ECTC), ya que estos ámbitos delictivos están interrelacionados.

Con el objetivo de seguir desarrollando y reforzando las capacidades de Europol en estas materias se ha considerado la posibilidad de crear un núcleo de intercambio de información con las autoridades nacionales que permita compartir datos acerca de las posibles amenazas para la seguridad de la Unión.

En lo que respecta a EMSC, así como participa en operaciones para desarticular redes criminales donde posee una ingente cantidad de información sobre posibles sospechosos de participar en el tráfico de migrantes, en actividades terroristas y en otras áreas, tiene entre sus objetivos prestar asistencia y cooperar con aquellos Estados miembros que se vean afectados por la migración ilegal⁷⁰.

Previamente al nacimiento de este Centro, Europol constató que, detrás de las llegadas masivas de inmigrantes a las costas europeas en condiciones verdaderamente peligrosas, existía un negocio enormemente lucrativo de mafias que planificaban todos estos viajes. De este modo, la razón principal por la que se creó EMSC fue para apoyar a los Estados miembros en la lucha contra el negocio que se escondía detrás del tráfico ilegal de inmigrantes, como respuesta a la crisis migratoria.

Estas redes de tráfico ilegal de migrantes generan millones de euros para los criminales implicados y se espera que este proceso siga creciendo en los años posteriores debido a las constantes crisis que asolan a los migrantes en sus países de origen. La evolución que ha tenido esta actividad ha generado un profundo impacto en el panorama europeo, calculándose que la mayor parte de los migrantes que acceden a Europa lo hacen a través de estas redes criminales que juegan con la desesperación y la vulnerabilidad de estas personas que intentan escapar de los conflictos armados y de la persecución. Estas mafias ofrecen diversos servicios como el transporte, alojamiento y documentos falsos, todo ello a precios desorbitados, pudiendo provocar que los migrantes se vean obligados a trabajar al servicio de los traficantes para pagar sus deudas⁷¹.

⁷⁰ Información obtenida de la siguiente página web: <https://www.seguridadinternacional.es/?q=es/content/europol-centros-de-especializaci%C3%B3n-ectc-emsc>, (fecha de consulta 10/06/2024).

⁷¹ Información obtenida de la siguiente página web: <https://www.europol.europa.eu/crime-areas/facilitation-of-illegal-immigration>, (fecha de consulta 10/06/2024).

Con todo, estas mafias o redes de tráfico ilegal de migrantes podrían seguir facturando miles de euros si la crisis migratoria persiste. Con el fin de evitarlo y para acabar con su negocio que juega con la vida de las personas se creó el Centro Europeo Contra el Tráfico Ilícito de Migrantes (EMSC).

8. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LOS MENORES NO ACOMPAÑADOS

La presencia de niños y niñas no acompañados es cada vez mayor y constituye un elemento esencial de la crisis migratoria que se vive en la actualidad en Europa. Su delicada situación está presente en todo el mundo, haciendo que la mayoría de las personas refugiadas sean menores de 18 años.

Estos niños y niñas han vivido circunstancias extremadamente complejas en las que el carácter de peligrosidad incrementa dada su condición de edad, conflictos armados en sus países de origen, violencia intrafamiliar, imposibilidad de satisfacer sus necesidades básicas y discriminación.

En esta materia tiene importancia la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, cuya entrada en vigor se produjo el 2 de septiembre de 1990.⁷²

Entre los derechos recogidos en la Convención destacan el de no discriminación (art. 2); primacía del interés del niño (art. 3); derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo (art. 6); derecho a ser protegido frente a la violencia (art. 19); derecho a la salud (art. 24); y el derecho a no ser sometido a penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 37).

En el ámbito europeo destaca el Convenio sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños de 25 de enero de 1996 hecho en Estrasburgo, entrando en vigor el 1 de julio del año 2000. Este Convenio presenta una serie de derechos procesales en favor de los menores que les asisten y facilitarán su ejercicio, destacando el derecho a ser informado y a expresar su opinión en los procedimientos (art. 3) y el derecho a solicitar la designación de un representante especial (art. 4).

Dada la especial situación de los menores, encontrándose desamparados en su llegada a los territorios europeos, es importante que se respete su derecho a no ser sometidos a penas o

⁷² Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 44/25 de 20 de noviembre de 1989 por la que se adopta el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño. Nueva York.

tratos inhumanos o degradantes. Conectado con este derecho se encuentra el art. 3 del CEDH, el cual prohíbe la tortura, así como los tratos inhumanos o degradantes.

Se han establecido una serie de medidas, en este aspecto, para valorar si un concreto acto puede ser calificado de degradante o inhumano. En concreto, habrá que atender al grado de gravedad del trato, teniéndose en cuenta su naturaleza y contexto, así como los efectos que provoque sobre la víctima. También deberán valorarse una serie de datos, como el sexo, la edad y la salud que poseía el menor.

Es por esta especial condición del menor por la que el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) dijo que: “Los niños y cualesquiera otros grupos de personas especialmente vulnerables, tienen, en particular, derecho a la protección del Estado, mediante la prevención eficaz que les ponga al abrigo de formas tan graves de atentado a su integridad física”⁷³.

Otro sistema de protección que asiste a los menores inmigrantes no acompañados es el Comité de los Derechos del Niño, órgano perteneciente a las Naciones Unidas encargado de controlar el cumplimiento de los términos recogidos en la Convención sobre los Derechos del Niño por los Estados miembros, de modo que impone a los gobiernos de los diferentes países la aplicación de las normas nacionales e internacionales de defensa del menor con mayor eficacia.

8.1 ¿Qué ocurre con los menores no acompañados cuando llegan a Europa?

Una vez que un menor no acompañado llega a un país de la UE es importante saber qué hay que hacer con él, ¿puede ser devuelto a su país? ¿quién debe hacerse cargo de él? Existen una serie de cuestiones en torno al tratamiento del menor que deben resolverse.

Hay que remarcar, primero de todo, la inexistencia de un texto legal vinculante en Europa, que englobe a todos los países, sobre la cuestión de los menores migrantes no acompañados. En consecuencia, los Estados se enfrentan a dificultades para regular el problema de los de forma coherente, ya que cada país, ante la ausencia de un texto común, tiene su propia forma de proceder ante esta complejidad, generándose enormes diferencias entre las legislaciones.

Por tanto, está presente la necesidad de reforzar el marco jurídico de esta materia. El Comité Económico y Social Europeo (CESE) elevó una petición a la CE para la elaboración de una

⁷³ CASTRO-RIAL GARRONE, Fanny. *loc.cit.*, pág. 322.

Directiva relativa a la protección de los MENA⁷⁴, pero aún no se ha alcanzado nada al respecto.

Únicamente contamos con el Dictamen del CESE sobre “La protección de los menores inmigrantes no acompañados en Europa” del 11 de diciembre de 2020 (C 429/24). Estará presente también la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

A nivel nacional contamos principalmente con la Ley de Extranjería, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, junto con todas las modificaciones de la misma.

8.2 Posibilidad de devolución de los menores no acompañados

La primera cuestión a resolver versa sobre la posible devolución de los menores no acompañados. Dado que no hay una regulación europea que lo trate, recurriré a la Ley de Extranjería española, y a sus sucesivas reformas, para comprobar cómo se lleva a cabo el procedimiento.

Una vez que llega el menor a territorio español deberá ser identificado de manera individual al igual que todo migrante, determinando por razón de la documentación o de la apariencia si es menor de edad. En caso de que no se pueda saber con certeza la minoría de edad del inmigrante, deberá seguirse el procedimiento recogido en el artículo 35.3⁷⁵ de la LO 4/2000.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 190 del Real Decreto 557/2011⁷⁶, cuando la minoría de edad sea demostrable mediante los documentos presentados o por su apariencia, el menor se pondrá a disposición de los servicios de menores competentes. En caso contrario, si no se puede establecer fehacientemente la edad del migrante, se seguirá el procedimiento establecido en el art. 35.3 de la LO 4/2000 para la determinación de la edad.

En atención a lo establecido en el Dictamen del CESE para la verificación de la edad, se enumeran una serie de indicios a los que deberá atenderse para acertar la minoría de edad,

⁷⁴ Dictamen del CESE sobre “La protección de los menores migrantes no acompañados en Europa”, C 429/24, 11/12/2020, 2.9.

⁷⁵ Artículo 35.3: “En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias”.

⁷⁶ Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, artículos 189-198.

entre ellos estarán las declaraciones del sujeto y los documentos presentados. Subsidiariamente aparece la realización de pruebas médicas, las cuales solo podrán llevarse a cabo en situaciones de duda y como último recurso.⁷⁷ Dentro de estas se encuentran las pruebas óseas, muy criticadas por el CESE por la escasa fiabilidad que presenta y porque supone una vulneración de la intimidad del menor (Recomendación 1.12 y Observación específica 4.9 del Dictamen)

Hay que añadir que, en España, el 12 de abril de 2022 el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley por el que se Regula el Procedimiento de Evaluación de la Edad, de este modo se suprimirán aquellas medidas destinadas a averiguar la edad del migrante que atenten contra su dignidad, como los desnudos o las pruebas ginecológicas. Mediante esta norma el procedimiento pasa de ser administrativo a judicial y, una vez escuchadas las declaraciones del menor, finalizará con una sentencia que deberá dictarse en un plazo máximo de 25 días y que contará con recurso de apelación⁷⁸.

Verificada la minoría de edad del migrante, “el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma (CA) en la que se halle” (art. 35.4 LO 4/2000). Así mismo, deberán ser inscritos en el Registro de Menores Extranjeros no Acompañados (MENA).

El siguiente paso será comprobar la posible repatriación del menor no acompañado. En atención a lo establecido tanto en el art. 35 de la LO 4/2000 como en el capítulo III relativo a los Menores extranjeros no acompañados del Real Decreto 557/2011, se contempla la posible devolución del menor.

La competencia para llevar a cabo la repatriación recae en la Delegación y Subdelegación del Gobierno donde se encuentra la residencia del menor. Además de ser competente para realizar todos los trámites de la repatriación, realizará las actuaciones informativas previas, así como la incoación, la tramitación y la resolución del procedimiento. Pero previamente al inicio del proceso, la administración del Estado deberá contactar con el país de origen y solicitarle la entrega de información sobre las circunstancias familiares del menor. Atendidas las informaciones, tendrá lugar la repatriación si en interés del menor la mejor solución es la reagrupación con su familia o la entrega a los servicios de protección de su país que garanticen

⁷⁷ Artículo 4.7 del Dictamen del CESE sobre “La protección de los menores migrantes no acompañados en Europa”.

⁷⁸ Información obtenida de la siguiente página web: <https://www.rtve.es/noticias/20220412/ley-edad-menores-migrantes/2330531.shtml>.

sus derechos. Por tanto, no tendrá lugar la repatriación y permanecerá en España si es la mejor solución en atención al interés del menor (como viene recogido en el artículo 3 en la Convención sobre los Derechos del Niño).

8.3 Derechos de los menores no acompañados

A nivel internacional contamos con la Convención sobre los Derechos del Niño, establece una variedad de derechos perteneciente a todo niño y obliga a los Estados a prestarles el mismo trato. Es importante también el Dictamen del CESE sobre “La protección de los menores migrantes no acompañados en Europa”.

Hay que decir en primer lugar que el principio del interés superior del menor debe estar presente en todas las actuaciones que se tomen en relación con él y debe primar sobre normativas nacionales e internacionales.

Respecto a lo expresado en el Dictamen del CESE, los menores no acompañados deben ser protegidos de acuerdo con los sistemas de protección de la infancia establecidos en cada Estado. Tienen derecho a ser asistidos por un tutor lo antes posible y hasta que cumplan la mayoría de edad⁷⁹; a intervenir en las decisiones que les afecten; deben ser informados de los derechos que les asisten; disponen del acceso a la protección internacional; tienen derecho a acceder a la protección social de acogida y alojamiento temporal; pueden participar en el sistema educativo; en caso de que el menor esté documentado se presume la validez de los mismos.

A nivel nacional, la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros recoge una amplia variedad de derechos que pertenecen a los menores no acompañados, dispondrán de los recogidos en el Título I relativo a los derechos y libertades de los extranjeros y en el artículo 35 destinado concretamente a los menores no acompañados.

En atención a la regulación española, los migrantes deben ser identificados⁸⁰ por las autoridades españolas a su llegada y una vez verificada su edad serán puestos a disposición de los servicios protectores del menor de la CA oportuna, la cual ejercerá las labores de tutela garantizando su protección.

⁷⁹ De acuerdo con el artículo 3.14 del Dictamen del CESE, “el tutor legal debería ser un representante cualificado que tenga experiencia en el trato con menores y conocimientos del Derecho nacional en materia de extranjería y de la legislación sobre protección de la infancia”.

⁸⁰ Si los menores poseen documentos que los identifiquen tienen derecho a conservar los mismos, en caso de no tener documentación las autoridades nacionales les darán documentos que acrediten su situación (art. 4.1 LO 4/2000).

Si la repatriación del menor no puede realizarse, la CA que lo tutela lo enviará temporalmente a un centro de acogida hasta que sea acogido por una familia o se establezca en una residencia adecuada donde poder vivir y desarrollarse.⁸¹

Tienen derecho a la tutela judicial efectiva en todos los procedimientos que se lleven a cabo en España⁸². En este caso no podrán ser devueltos a su país mientras estén inmersos en un proceso en el que se gestione su permiso de residencia.

Tienen derecho a que se les otorgue un permiso de residencia cuando en interés del menor no es posible su repatriación a su país de origen. Podrán disfrutar del resto de derechos que les pertenecen por su condición de menor, pese a que no cuente con una efectiva autorización de residencia. En el caso de que obtengan la autorización para residir en territorio español, esto no supondrá un problema para una posible repatriación futura si en interés del menor es lo más favorable⁸³.

Cuando cumplan los 16 años dispondrán de una renovación de la autorización de residencia que les permitirá entrar en el mercado laboral para hacer trabajos que favorezcan su integración. Esta renovación extenderá la validez de su autorización anterior de residencia. En ambos casos tendrá lugar la renovación cuando estén presentes los motivos de su concesión inicial.

Los mayores de 16 años y menores de 18 tendrán la capacidad para participar en el procedimiento de repatriación personalmente o a través de representante.

Cuando los menores alcancen la mayoría de edad tendrán la posibilidad de renovar su autorización de residencia u obtener una autorización de residencia y trabajo en función de si poseen medios económicos para subsistir, si tienen antecedentes penales y en virtud de la actitud del inmigrante para integrarse y trabajar. En este aspecto las Comunidades Autónomas contribuirán a su inserción en el mundo laboral.

⁸¹ Información obtenida de la siguiente página web: <https://www.unicef.es/blog/infancia/ninos-extranjeros-y-solos-en-espana>.

⁸² Artículo 20.1 LO 4/2000: “Los extranjeros tienen derecho a la tutela judicial efectiva”.

⁸³ Artículo 35.8 LO 4/2000: “La concesión de una autorización de residencia no será obstáculo para la ulterior repatriación cuando favorezca el interés superior del menor, en los términos establecidos en el apartado cuarto de este artículo”.

La renovación será por periodos de dos años⁸⁴ y esto le permitirá acceder a la tarjeta de identidad de extranjero que le habilitará para trabajar⁸⁵.

9. ACUERDOS DE COOPERACIÓN ENTRE PAÍSES DE ORIGEN Y DE DESTINO

9.1 Los acuerdos de retorno y readmisión de migrantes de la UE

La llegada del Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo trajo consigo una apertura a nuevos aspectos en materia migratoria. En concreto, un paso importante lo dio la CE con la Comunicación relativa al Nuevo Pacto.

En dicha Comunicación, la CE declaró que “es necesario un sistema común de retorno de la UE que combine estructuras sólidas dentro de la Unión Europea con una cooperación más eficaz con terceros países en materia de retorno y readmisión”⁸⁶. Se constató, con ello, que en la UE no existía, en la práctica, ningún tipo de regulación en materia de retorno y de readmisión de migrantes. La propuesta política presentada por la Comisión pretendía establecer un sistema de retorno común en la UE e implementar una cooperación con terceros países que fuera más eficaz.

Pese a este primer intento de la CE por iniciar un proceso de retorno, no se llevó eficazmente a la práctica dicha declaración de la Comisión. Este fracaso se debió a que el proceso de retorno se iniciaba, pero no se completaba por desconfianza. En primer lugar, los Estados emitían órdenes de retorno de los inmigrantes, pero el paso siguiente, que consistía en solicitar la readmisión en los terceros países, no se llevaba a cabo ante la creencia de los Estados europeos de la presumible negativa de cooperación en la identificación de los nacionales que iban a llevar a cabo los países de origen.

⁸⁴ Artículo 197.3 Real Decreto 557/2011: “La vigencia de la autorización renovada será de dos años, renovables por periodos de dos años si se mantienen los requisitos, salvo que corresponda una autorización de residencia de larga duración”.

⁸⁵ Artículo 197.4 Real Decreto 557/2011: “En el plazo de un mes desde la notificación de la resolución por la que se renueva la autorización, su titular deberá solicitar ante la Oficina de Extranjería o Comisaría la correspondiente Tarjeta de Identidad de Extranjero que indicará expresamente “habilita para trabajar””.

⁸⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, Bruselas, 23.9.2020, COM (2020) 609 final, págs. 8-9.

Dicho fracaso se recogió en otra Comunicación dictada por la CE en el año 2021⁸⁷, en la que se llevaba a cabo una evaluación de lo que habían sido las conclusiones generales del primer año de vigencia de la Comunicación que daba entrada al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo.

Es importante dejar claro en qué consisten los procesos de retorno y readmisión porque esta última no es más que una pequeña parte de la política de retorno. Este constituye el proceso por el que se produce la relocalización de un migrante irregular en su país de origen, en un país de tránsito o en un tercer Estado, pudiendo realizarse con la cooperación del individuo o de manera forzosa. Mientras que la readmisión tiene lugar cuando el país de origen del migrante, un país de tránsito o un tercer Estado deciden acogerle voluntariamente.

En esta materia puede intervenir, desde las competencias que tiene asignada, FRONTEX⁸⁸. Aunque la ejecución material del proceso de retorno y readmisión se va a llevar a cabo por las autoridades del Estado requirente (miembro de la UE) y el tercer Estado requerido. Todo el procedimiento debe respetar las distintas normativas legales que subyacen al ejercicio de la actividad por los Estados, con especial atención a la Directiva sobre el retorno⁸⁹.

Las últimas modificaciones en plano europeo han supuesto la llegada del Reglamento (UE) 2024/1349 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece un procedimiento fronterizo de retorno.

9.2 Concepto y características

Los Acuerdos de Retorno de la UE pueden definirse como Acuerdos o Convenios internacionales que se celebran entre la UE y un tercer Estado, estableciendo obligaciones recíprocas para las partes contratantes, así como los procedimientos administrativos y operativos detallados, con el fin de facilitar el retorno y el tránsito de las personas que ya no cumplen las condiciones de entrada, estancia o residencia en el Estado solicitante.⁹⁰

⁸⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo en relación con el refuerzo de la cooperación en materia de retorno y readmisión como parte de una política migratoria de la UE justa, efectiva y general, Bruselas, 10.2.2021, COM (2021) 56 final.

⁸⁸ Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas

⁸⁹ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. Diario Oficial de la Unión Europea núm. L 348, de 24 de diciembre de 2008.

⁹⁰ MARTÍN ARRIBAS, Juan José. “Los acuerdos de retorno y readmisión de migrantes de la UE: entre la legitimidad y la utilidad.” *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 45, 2023, pág. 5.

Los acuerdos de retorno pueden no vincular jurídicamente o pueden ser jurídicamente obligatorios y regirse por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones internacionales o entre Organismos internacionales de 21 de marzo de 1986.

Vinculan a un Estado miembro de la UE y a un tercer Estado, es decir, se ha celebrar entre dos sujetos de Derecho Internacional.

Son contratos en los que se establecen obligaciones bilaterales de hacer entre las partes. Los Estados de la UE van a tener idénticas obligaciones a las del tercer país con el que contraten y estos deberán readmitir en sus territorios a aquellos ciudadanos propios que no cumplen los requisitos para permanecer en el territorio de otro país.

Deben concretarse mediante el cumplimiento de una serie de procedimientos administrativos y operativos que determinan el momento, forma y lugar para proceder a la devolución de aquellos residentes irregulares en la UE.

Por último, lo que se busca con su firma es que se produzca el efectivo retorno de los migrantes de terceros países que residen de manera irregular en un Estado parte.

En la actualidad, la UE tiene en vigor veinticuatro Acuerdos de Retorno firmados con terceros Estados, siendo jurídicamente obligatorias dieciocho y los seis restantes no vinculantes. Respecto de los primeros, se han firmado con Albania, Cabo Verde y Ucrania entre otros, y se han firmado acuerdos no vinculantes con países como Guinea, Afganistán y Costa de Marfil.

La principal diferencia entre ambos tipos de acuerdo estriba en las condiciones más flexibles, en función de las circunstancias, que presentan los convenios no vinculantes, frente a las características más rígidas que poseen los vinculantes, teniendo los dos tipos de acuerdo los mismos objetivos.

La práctica de los Estados europeos muestra cómo ha decaído la firma de acuerdos de retorno vinculantes (el último de ellos se firmó con Bielorrusia en 2020) dando paso a la alternativa de los convenios no vinculantes, aunque estos deben cumplir, al igual que los primeros, las disposiciones del Derecho Internacional y del Derecho de la UE.

9.3 Procedimiento de celebración

La regulación europea en materia de celebración de acuerdos de retorno se encuentra en el TFUE, concretamente en el artículo 79.3⁹¹ y en el artículo 218, en este último se recoge el procedimiento general a seguir para su realización.

En estos acuerdos tendrán papeles destacados el Consejo, la CE y el Parlamento Europeo, en aspectos como el inicio y el cierre de la negociación, aspectos de la misma, la aprobación, y la aplicación. También poseerá el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) competencias en materia de control.

Este procedimiento es el correspondiente a los acuerdos jurídicamente vinculantes, pero no para los convenios no vinculantes, los cuales difieren de los anteriores en el aspecto de las negociaciones. Siendo en los primeros más complejas y necesitando mucho tiempo, las negociaciones presentan más flexibilidades en los segundos.

9.3.1 *Acuerdos de retorno jurídicamente vinculantes*

El Consejo, institución más importante en todo el procedimiento, autorizará el inicio de las negociaciones con el país correspondiente, establece las fases de la negociación y la persona encargada de la misma. También tendrá la competencia para autorizar la firma del acuerdo y su aplicación provisional.

La CE puede hacer recomendaciones al Consejo y ejecutará las negociaciones según las pautas que le haya dictado. De este modo, su margen de autonomía queda limitada por las directrices del Consejo y podría decirse que tiene un papel secundario, ejerciendo funciones de ejecución, de propuesta y de información.

El Parlamento Europeo recibe información durante todo el procedimiento y ejerce control sobre estos acuerdos a través de la autorización previa al Consejo antes de la celebración de cualquier acuerdo.

Las negociaciones finalizan con la firma de la CE y del tercer Estado. Posteriormente el Consejo adopta el acuerdo por mayoría cualificada.

⁹¹ Artículo 79.3 TFUE: “La Unión podrá celebrar con terceros países acuerdos para la readmisión, en sus países de origen o de procedencia, de nacionales de terceros países que no cumplan o que hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, presencia o residencia en el territorio de uno de los Estados miembros”.

Los Estados miembros o cualquier institución, de las participantes en el proceso, podrán solicitar al TJUE que compruebe si el acuerdo de retorno alcanzado es compatible con el Derecho de la UE, si es incompatible no entrará en vigor.

9.3.2 Convenios no vinculantes

En estos no se sigue el procedimiento formal de negociación previsto en el artículo 218 del TFUE, sino que son procesos más simples y donde se permite en la negociación y conclusión más fluidez. Los Estados miembros pueden, incluso, entrometerse en el proceso, cosa que no sucedía en los anteriores.

La CE lleva a cabo una negociación más informal después de la oportuna autorización del Consejo. No va a ser necesaria la aprobación previa del Parlamento Europeo y se cuestiona el papel del TJUE. Por tanto, es un procedimiento con características que permiten su adaptación al tercer Estado.

9.3.3 Procedimiento

Visto el papel de cada una de las instituciones europeas en los acuerdos de retorno, hay que hablar de la Directiva 2008/115/CE⁹² sobre normas y procedimientos para el retorno de migrantes irregulares a su país de origen. No va a ser necesario hablar en este aspecto del nuevo Reglamento (UE) 2024/1349 porque en virtud de los apartados 3 y 4 del artículo 4, sigue el procedimiento de retorno recogido en la Directiva de 2008.

El artículo 1 establece que los Estados deberán actuar respetando “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”.

Debe recordarse la presencia de FRONTEX en estos acuerdos, ejerciendo funciones de apoyo a los Estados europeos desde la identificación previa del migrante ilegal hasta el traslado de la persona a readmitir, llevando a cabo tareas de escolta.

El proceso se inicia con la presentación de la solicitud de readmisión emitida por el Estado requirente ante la autoridad competente del Estado requerido. Se lleva cabo sobre una

⁹² Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

persona que se haya detenida por las autoridades del requirente en la región fronteriza⁹³ y que se encuentra en su territorio de manera irregular.

La decisión por la que se proceda al retorno del migrante irregular establecerá un breve plazo de entre siete y treinta días para que se produzca la salida voluntaria, de acuerdo con el artículo 7.1 de la Directiva. Según el mismo, “los Estados miembros podrán disponer en su legislación nacional que este plazo se concederá únicamente a petición del nacional de un tercer país interesado”. En este aspecto se ha introducido una modificación por el artículo 4.5 del Reglamento (UE) 2024/1349, según el mismo, “el plazo de salida voluntaria se concederá únicamente previa solicitud y no excederá de quince días ni conferirá derecho a entrar en el territorio del Estado miembro de que se trate”.

Si este plazo no se cumple o no se concede la posibilidad de retorno voluntario por las características del sujeto concreto (riesgo de fuga, peligro para el orden público...), el Estado miembro requirente ejecutará las medidas necesarias para proceder al retorno.

Es importante no pasar por alto la posibilidad que tiene el inmigrante de recurrir esta decisión de retorno. Bien, de acuerdo con el artículo 13.1 de la Directiva, “se concederá al nacional de un tercer país de que se trate el derecho efectivo a interponer recurso contra las decisiones relativas al retorno o pidiendo que se revisen estas” “ante un órgano competente”. La autoridad encarga tendrá la opción de suspender temporalmente la ejecución y el migrante concreto podrá tener asesoramiento jurídico, representación y traductor⁹⁴.

La solicitud de retorno emitida debe contener información sobre la persona a readmitir y de su familia, su estado de salud, así como los indicios y pruebas que demuestren su nacionalidad⁹⁵. En lo que se refiere a la forma, deberá presentarse por escrito⁹⁶.

Hay que tener en cuenta el plazo para solicitar el retorno, que se establecerá entre seis meses y un año desde que al Estado requirente le consta la presencia de un inmigrante ilegal en su territorio.

⁹³ MARTÍN ARRIBAS, Juan José. *loc.cit*, pág. 16.

⁹⁴ Artículo 13.4 Directiva 2008/115/CE.

⁹⁵ Una de las obligaciones más importantes que tienen las autoridades del Estado requirente es probar que el migrante concreto es nacional del Estado requerido basándose en indicios o pruebas fundadas, corren, por tanto, con la carga de la prueba.

⁹⁶ Artículo 12.1 Directiva 2008/115/CE: “Las decisiones de retorno y -si se dictan- las decisiones de prohibición de entrada y de expulsión se dictarán por escrito y consignarán los fundamentos de hecho y de derecho, así como información sobre las vías de recurso de que se dispone”.

La prueba de la nacionalidad admite una amplia variedad de documentos que pueden tomarse en consideración, como el pasaporte, un documento de identidad o certificaciones de ciudadanía. Como indicios pueden considerarse las fotocopias de los anteriores, el carnet de conducir, la partida de nacimiento o declaraciones de testigos y del sujeto concreto. Si no hay pruebas que demuestren su nacionalidad, la oficina consular de la parte requerida puede entrevistar al migrante.

Los medios de prueba que se establecen en los acuerdos han evolucionado desde el primer acuerdo de retorno que llevó a cabo la UE con Hong Kong en 2002 hasta el último celebrado con Bielorrusia en 2020. Aunque, en función de las circunstancias del país con el que se contrate, los medios pueden adaptarse al contexto.

La contestación del Estado requerido debe realizarse en un plazo de diez a treinta días naturales desde que se recibe la solicitud. Son plazos rígidos y concluyentes, considerándose la ausencia de respuesta expresa en plazo como aceptación. En este aspecto, tanto la aceptación expresa como la denegación deben realizarse por escrito.

El siguiente paso del proceso consiste en el traslado efectivo del migrante. Hay de plazo tres meses desde la autorización expresa o desde el fin del plazo de contestación, aunque el Estado requirente puede prorrogarlo.

Corresponderá a las autoridades del Estado requirente notificar a las autoridades del requerido toda la información relativa al traslado (fecha, medios, escolta, punto de entrada en el país...). Respecto a los medios de transporte, podrán optar por el terrestre, marítimo o aéreo. Los costes del transporte correrán a cargo del requerido, hasta la llegada a la frontera del país requerido⁹⁷.

La última fase del procedimiento consiste en la acogida del migrante por las autoridades de su país. Sin embargo, la UE no puede desentenderse una vez efectuado el retorno, deberá contribuir a la reintegración de la persona en su comunidad, también colaborará con la otra parte en la gestión de los flujos migratorios.

9.3.4 *Contenido de los acuerdos*

El contenido de los acuerdos de retorno se compone de una parte preambular, donde se hace referencia a las partes que intervienen, a la finalidad de la cooperación y a los principios en que basa su actividad, y de una parte dispositiva, en la que se recogen las obligaciones de las

⁹⁷ MARTÍN ARRIBAS, Juan José. *loc.cit*, pág. 20.

partes para proceder al retorno de los migrantes irregulares, el procedimiento, las operaciones y la ejecución, entre otros.

Los acuerdos de retorno vinculantes pueden generar nuevas obligaciones de Derecho Internacional para las partes contratantes, a diferencia de los convenios no normativos. La principal obligación es la readmisión de los propios nacionales y de los ciudadanos de otros Estados que no cumplan las condiciones necesarias para residir en el Estado requirente.

La readmisión de los nacionales no presenta dificultades, respecto de los ciudadanos de otros países es necesario que el Estado requirente presente documentos de esa persona que hayan sido emitidos por el Estado requerido (como permisos de residencia, visados o declaraciones) o que demuestre que entró ilegalmente a través del territorio de la parte requerida. En base a estos dos indicios podría acordarse la readmisión de estas personas, aunque no sean nacionales del Estado requerido.

Los acuerdos de retorno implicarán una prohibición de entrada en el territorio de la UE, si es con esta con quien se firma, por no haberse establecido plazo para la salida voluntaria o porque no se ha cumplido la obligación de retorno por parte del sujeto concreto. El plazo máximo será de cinco años, aunque puede aumentar si constituye una amenaza para la seguridad. El migrante objeto de devolución puede alegar que sí cumplió la obligación de retorno y, si consigue probarlo, podrá obtener la suspensión de la prohibición.⁹⁸

9.4 Devolución de los menores no acompañados

En este punto, dado que no hay una regulación comunitaria, me centraré en las normas de las leyes españolas que regulan esta materia.

Lo primero que hay que hacer es determinar la edad del sujeto concreto, si efectivamente es menor de edad, como paso previo a la decisión del retorno, la Administración del Estado solicitará información al Estado de origen del menor sobre sus circunstancias familiares⁹⁹.

Se llevará a cabo el retorno del menor extranjero no acompañado cuando atendiendo a su interés superior esta sea la solución más beneficiosa para él, volviendo con su familia o quedando bajo la tutela de los servicios de protección de menores de su país de origen.

⁹⁸ Artículo 11 Directiva 2008/115/CE.

⁹⁹ Artículo 35.5 Ley Orgánica 4/2000.

Previamente a la decisión de retorno, “se concederá la asistencia de los servicios pertinentes distintos de las autoridades encargadas de la ejecución del retorno”¹⁰⁰ y antes de la expulsión las autoridades competentes de la parte requirente comprobarán que la entrega del menor en su país se vaya a realizar a un miembro efectivo de su familia o a un servicio de protección de menores adecuado.

Una vez se constate que la mejor solución para el menor es volver a su país, la competencia que ponga en marcha el procedimiento de repatriación corresponderá a la Delegación y Subdelegación del Gobierno del territorio donde se encuentre el menor, que además efectuará la información previa y los procesos de incoación, tramitación y resolución¹⁰¹.

El procedimiento lo inicia el Delegado o Subdelegado del Gobierno mediante la incoación del proceso de repatriación del menor, identificándose correctamente al menor. Será notificado de manera inmediata del acuerdo de incoación el menor, el Ministerio Fiscal y la autoridad encargada de su tutela. Al menor se le informará en su lengua de los derechos que posee en el proceso y de los fundamentos en los que se basa la iniciación del procedimiento.¹⁰²

Desde la notificación se abrirá un plazo de diez días en el que el menor, el Ministerio Fiscal y la autoridad encargada de la tutela podrán elevar tantas alegaciones como consideren y proponer la prueba de los hechos en los que se basa la decisión de retorno. El menor puede intervenir en el proceso por sí mismo una vez cumple los dieciséis años, en caso contrario estará representado por su tutor.

Las alegaciones efectuadas por el menor, el Ministerio Fiscal y su tutor serán objeto de prueba, si fueran relevantes en la decisión de repatriación, en un plazo de diez a treinta días.

Practicadas todas las pruebas, el Delegado o Subdelegado del Gobierno dará paso al trámite de audiencia, en el que estarán el Ministerio Fiscal, el tutor, el menor si tuviera suficiente juicio para participar¹⁰³ y, en su defecto, su representante.

Finalizada la audiencia, la autoridad competente del Gobierno decidirá, en interés superior del menor, si procede la repatriación o debe permanecer en España y, en caso positivo, decidirá si es entregado a su familia o a los servicios de protección del menor de su país.

¹⁰⁰ Artículo 10.1 Directiva 2008/115/CE.

¹⁰¹ Artículo 191.1 Real Decreto 557/2011.

¹⁰² Artículo 192 Real Decreto 557/2011.

¹⁰³ En virtud de lo establecido en el artículo 193.1 del Real Decreto 557/2011, “se entenderá que el extranjero mayor de doce años tiene suficiente juicio”.

En lo referente al plazo, el artículo 194.3 del Real Decreto 557/2011 establece que “el plazo máximo para la resolución y notificación del procedimiento será de seis meses desde la fecha del acuerdo de inicio del procedimiento”.

La ejecución se realizará bajo la supervisión del Cuerpo Nacional de Policía, sin perjuicio de que el menor estará acompañado, hasta que se hagan cargo de él las autoridades de su país, por personal de la autoridad que ha ejercido su tutela en España.

La Administración General del Estado asumirá los costes del proceso de repatriación, excepto los costes de desplazamiento del personal de la entidad de tutela.

De la práctica europea en materia de retorno puede decirse a modo de conclusión que la política de la misma no es suficientemente eficiente y debería modificarse con la introducción de medidas que hicieran estos procesos más rápidos, más protectores de los derechos de la persona afectada y destinados en lograr la reintegración.

Finalmente, junto a la UE y a sus Estados miembros los terceros Estados con los que se contrata deben considerarse países seguros de acuerdo con la Directiva 2013/32/UE¹⁰⁴. Esta directiva establece en su artículo 38 una serie de principios que deben asegurar a las autoridades de los Estados requirentes que la persona objeto de retorno tiene protegidos sus derechos. Estos principios deben asegurar su vida, su libertad, la ausencia de daños y la no devolución, entre otros.

10. NUEVO PACTO SOBRE MIGRACIÓN Y ASILO

10.1 Introducción

El 23 de septiembre de 2020 la CE decidió emprender un proyecto para crear un Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo para la UE que permitiera a los Estados miembros afrontar con las debidas garantías los grandes desafíos que suponían los movimientos migratorios.

Tales movimientos suponen una verdadera complejidad para toda la UE y es necesario establecer una respuesta común, teniendo en cuenta tanto la situación de los inmigrantes que llegan a Europa en busca de protección y de una mejor vida, como las dificultades que afrontan los países europeos al no poder asumir las grandes cantidades de migrantes que llegan a sus fronteras.

¹⁰⁴ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional.

Para dar respuesta a estas situaciones de necesidad la Comisión propuso este Pacto. Diseña un sistema cuyo objetivo principal se centra en el apoyo a los países europeos fronterizos que soportan mayores presiones migratorias, así como ofrecer a los migrantes medidas de seguridad y claridad, y a los ciudadanos europeos un sistema de gestión eficaz y centrado en las personas, respetando los valores y normas europeos y de Derecho Internacional.

El factor clave que inició este proceso fue la Comunicación de la CE en la que se promovía un Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, promulgada en Bruselas el 23 de septiembre de 2020.

En su exposición, la Comisión presentó el pacto como un inicio nuevo en lo concerniente a la regulación política de la migración, pretende aumentar la confianza de la ciudadanía europea en las instituciones a través de la adopción de nuevas medidas y procedimientos en la materia que permitan la consecución de resultados más eficaces, así como alcanzar una posición de equilibrio entre responsabilidad y solidaridad.

La iniciativa del nuevo pacto se encuentra enmarcada en un contexto un tanto complejo, pues se trata de la tercera iniciativa promovida por la UE en los últimos diez años. Anteriormente se habían adoptado varios acuerdos: el Enfoque Global de la UE sobre Migración y Movilidad de 2011, la Agenda Europea de Migración de 2015¹⁰⁵ y, al poco tiempo, el Plan de Acción para la integración e inclusión dictado en noviembre de 2020.

Margaritis Schinas (vicepresidente de la CE para la Promoción del estilo de vida europeo, responsable de la cartera de Migración) declaró que el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo pretendía dar respuesta a una situación actual que, en su opinión, está formada por un “cúmulo de distintos esquemas reglamentarios y normativos con efectos distintos, basado en la gestión de la crisis”¹⁰⁶.

En palabras de Schinas el Pacto tiene una estructura con tres plantas. La primera hace referencia a la dimensión exterior, se centran los objetivos en el establecimiento de relaciones con los países de origen y en el desarrollo de los procedimientos de control de fronteras y de

¹⁰⁵ La Agenda Europea de Migración se trata del último trabajo que se desarrolló en materia de gestión de la migración y asilo. La respuesta que ofrecía se entendía que estaba enfocada únicamente en la situación de crisis que se vivió en Europa en aquellos años, mientras que el Nuevo Pacto pretende dotar a la UE de normas que tengan carácter duradero y puedan aplicarse no solo a situaciones críticas.

¹⁰⁶ ZAPATA-BARRERO, Ricard. “El nuevo pacto sobre migración y asilo de la UE, o la psicología del fracaso.” *Claves de la Razón Práctica*, núm. 277, julio 2021, pág. 83.

recepción, dando lugar a procesos de retorno más veloces y eficaces, así como al establecimiento de una policía europea encargada de las fronteras y las costas.

En la segunda planta se recogen las asociaciones internacionales con los países de origen, donde se regulan principalmente los ámbitos de los retornos y las readmisiones, del mismo modo, se trata de luchar contra la migración ilegal y se protegen las fronteras exteriores de los países comunitarios.

Por último, en la tercera planta la regulación se centra en la solidaridad. El objetivo perseguido pretende alcanzar que los Estados miembros asuman una responsabilidad compartida en materia migratoria. Esta pretensión de solidaridad busca presentarse como una solución a los problemas migratorios de los países fronterizos de la UE (España, Italia y Grecia), los cuales gestionan llegadas masivas de migrantes.

De nuevo, Schinas declaró que era injusto que estos países estuvieran solos en la recepción de los migrantes, “Esto no puede seguir siendo la norma. Creo y confío en que Europa no puede fracasar por segunda vez en un tema tan importante como las migraciones”¹⁰⁷.

En este aspecto, quedó claro que el objetivo del Pacto solo iba a ser posible si en su gobierno estaban presentes los aspectos de solidaridad y responsabilidad compartida. Su consecución no iba a ser posible si cada Estado iba por libre, era, y es, necesario un proyecto de cooperación en la materia para la consecución de los fines pretendidos.

El concepto de solidaridad que utiliza la Comisión es el tradicional empleado por la UE y se encuentra en muchos de sus documentos. Regula las relaciones internas entre los Estados miembros y se vincula con el concepto de corresponsabilidad. Esta solidaridad permite a los Estados optar por dos vías para resolver las llegadas masivas de migrantes, facilitar su traslado a otro país miembro desde aquel por el que entró o promover el retorno al país de origen o tránsito aportando medios económicos y técnicos.

El contenido del Pacto está principalmente centrado en aspectos que tienen que ver con el control y la seguridad, dejando en un segundo plano lo relativo a aspectos relacionados con la integración de los migrantes. Se puede decir que se enfoca en el control de fronteras.

¹⁰⁷ ZAPATA-BARRERO, Ricard. *loc.cit.*, pág. 84.

10.2 Contexto y contenido

El Nuevo Pacto expone, al igual que hacen los países de Europa, un contexto de crisis en el ámbito de la migración, donde debe primar la seguridad y estabilidad de la Unión, justificando una situación de excepcionalidad en la que pueden adoptarse actitudes hostiles hacia aquellos que tratan de acceder a las fronteras europeas vulnerando la legalidad.

Un contexto en el que Europa puja por controlar los movimientos que tienen lugar en el mar Mediterráneo y en el que la cooperación y coordinación con otros países mediterráneos no europeos busca la subordinación de los mismos en el ámbito del control de los flujos migratorios.

La llegada de este Nuevo Pacto trajo consigo una reestructuración de la política migratoria de la UE, “propone una hoja de ruta para la gobernanza interna de la inmigración y refugiados manteniendo el control externo de las aguas del Mediterráneo y consolidando la relación de subalternos que tienen con otros países de la ribera sur, bajo contraprestaciones económicas”¹⁰⁸.

De modo que trae consigo una manera diferente de enfocar el problema de la migración, trata la gestión de las fronteras y promete que las distintas dimensiones de la política migratoria, tanto la interna como la externa, gozarán de integridad. En segundo lugar, su llegada implica el establecimiento de un sistema de gobierno más eficiente y completo, así como la práctica eficaz de la solidaridad entre Estados y la regulación integral de los desafíos migratorios.

También incorporó importantes novedades, pondría fin al Sistema de Dublín¹⁰⁹ e incorporaría un novedoso sistema de control en los procesos de entrada al territorio europeo. Sin embargo, el consenso europeo no ha sido unánime debido a las reticencias expresadas por España, Italia y Grecia, haciendo planear la idea de un posible fracaso del Pacto.

Ha generado críticas y dudas, por tanto, en esta situación es necesario que se promueva el debate externo sobre la idea que tiene la UE con el Pacto, cómo va a afectar a las relaciones de cooperación y colaboración entre los países mediterráneos, fortaleciéndolas o

¹⁰⁸ ZAPATA-BARRERO, Ricard. *loc.cit.*, pág. 87.

¹⁰⁹ El Convenio o Sistema de Dublín es una ley europea firmada el 15 de junio de 1990 mediante la cual se determina el Estado miembro de la UE que debe tramitar una solicitud de asilo por un ciudadano extranjero en territorio europeo.

debilitándolas, y si puede contribuir a la solidaridad entre los Estados miembros de forma realista.

En cuanto al contenido, dentro de la regulación del Pacto se contempla el establecimiento de un sistema que controle el proceso previo de entrada de los nacionales de terceros países irregulares mediante su identificación, con controles sanitarios y de seguridad, tomando las huellas dactilares y apuntándolo en la base de datos de Eurodac¹¹⁰. De este modo se permite a las autoridades nacionales correspondientes identificar a los ciudadanos susceptibles de acceder a la protección internacional (asilados, refugiados) y a los que no tienen esa posibilidad (aquellos que podrían ser devueltos). En este punto, las dudas se plantean sobre si el proceso va a permitir la efectiva realización de estudios individualizados a cada inmigrante y si, en este caso, se garantizaría la velocidad del propio proceso de estudio teniendo en cuenta que hay que identificar correctamente a cada persona.

En segundo lugar, el Pacto contempla la gestión de los movimientos migratorios sobre la base de la solidaridad entre Estados, apoyando a quienes sufren las mayores consecuencias de la presión migratoria, ya sea a través del reparto equitativo de migrantes que no han sido devueltos o promoviendo activamente procesos de retorno (contribuyendo económica y técnicamente). Los problemas en este aspecto surgen en torno a las dificultades para garantizar esta solidaridad, ya que hay Estados que se niegan a acoger a estos migrantes procedentes del sur de Europa, dando lugar a la imposición de sanciones al incumplir la normativa.

En el caso de los retornos, la Comisión estableció que cuando estos no fueran posibles los migrantes irregulares que no hayan sido devueltos en el plazo de ocho meses serán enviados al Estado que promovió el retorno.

El Pacto introduce una garantía legal a favor de los migrantes desarrollada en dos vertientes. Por un lado, introduce un mecanismo de supervisión independiente para garantizar que sus DDFE son respetados. Por otro lado, incluye una medida según la cual cada migrante debe ser evaluado individualmente.¹¹¹

¹¹⁰ Eurodac es una base de datos biométrica de la UE establecida por el Reglamento (UE) 603/2013, a través de ella se registran las huellas dactilares de los inmigrantes permitiendo su posterior comparación entre los Estados de la UE.

¹¹¹ Información obtenida de la siguiente página web: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/migration-and-asylum/pact-migration-and-asylum_es.

Por último, pese a que el Pacto se centra en la dimensión interna de la migración, no descuida del todo la dimensión exterior, las cuales están vinculadas, y establece que la dimensión externa tiene verdadera importancia para conseguir que la interna sea eficaz.¹¹²

La planificación llevada a cabo detalla el procedimiento para la regulación del asilo y de la migración, basado en la solidaridad y en el reparto equitativo entre Estados miembros, a la vez que se mantiene el control externo en el Mediterráneo.

10.3 Objetivos

El Pacto presenta un sistema de gestión de la migración que busca aumentar la confianza de los ciudadanos europeos, con procesos eficaces, y alcanzar entre la responsabilidad de todos los Estados y la solidaridad requerida un nuevo punto de equilibrio. Los procesos más eficientes contribuirán al establecimiento de responsabilidades claras y a una mayor precisión de las mismas, ello mejorará la confianza entre los Estados miembros y ayudará a los inmigrantes aportando claridad.

Pretende fomentar una actitud de solidaridad entre los Estados de forma que ayuden a aquellos que sufren en mayor escala la presión migratoria. Puede ser a través del traslado de los migrantes a otro Estado miembros, acogiéndolos en su país o contribuyendo a su retorno, y colaborando con terceros países para responder de manera más eficaz ante los desafíos de la migración.

Podemos encontrar, más en concreto, otros objetivos recogidos en la Comunicación¹¹³ de la Comisión:

- Alcanzar un marco común europeo para la gestión de la migración y el asilo

Desde las crisis migratorias acaecidas durante las últimas décadas en Europa, la UE y sus países miembros han considerado la necesidad de establecer una cooperación reforzada en esta materia, estableciendo normas comunes que permitan gestionar de manera más eficaz los problemas migratorios, así como colaborar con terceros países involucrados.

La regulación común europea va a regular la gestión de los procesos migratorios en las fronteras de los Estados, va a establecer la necesidad de solidaridad en la cooperación y un

¹¹² Sección 6, “Colaboración con nuestros socios internacionales”, de la Comunicación de la Comisión relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, 23 de septiembre de 2020, Bruselas, COM (2020) 609 final.

¹¹³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, de 23 de septiembre de 2020, Bruselas, COM (2020) 609 final.

reparto de responsabilidades, las políticas nacionales deben coincidir con la normativa común, debe primar la protección de la infancia y de las personas en situación de vulnerabilidad, existencia de un sistema de retorno común y efectivo, y se va a reforzar la base de datos Eurodac para que gestione más información.

- Establecer un sistema sólido de respuesta ante situaciones críticas

Gracias al establecimiento de una política común y fuerte de la migración, una nueva situación de crisis va a poder ser afrontada con garantías. La UE está mejor preparada que en crisis anteriores, como en 2015, posee un marco común que refuerza la preparación y la solidaridad permanente. Sin embargo, la UE debe estar lista para lo inesperado, adaptando respuestas a diferentes crisis con anticipación y planificación basada en datos.

Se implementará un Plan Rector de Preparación y Gestión de crisis migratorias, que reunirá instrumentos y protocolos para asegurar la preparación a nivel nacional y de la UE. Este plan implica monitorear continuamente las capacidades de los Estados miembros y proporcionar apoyo operativo en caso de crisis.

Además, un nuevo instrumento legislativo establecerá medidas temporales para otorgar protección inmediata y ajustar el sistema de solidaridad en situaciones de crisis con llegadas masivas. Esto incluye la reubicación obligatoria y la promoción de retornos.

- Gestionar íntegramente las fronteras europeas

La gestión integrada es crucial en la UE para proteger sus fronteras exteriores y mantener el funcionamiento de un espacio Schengen sin controles internos. Esta responsabilidad es compartida por los Estados miembros, los países asociados y las agencias de la UE, como Frontex. La Comisión introducirá un Plan Rector de Preparación y Gestión de crisis migratorias, unificando estrategias técnicas y operativas para asegurar coherencia y eficacia. La operatividad interna de los sistemas informáticos también es esencial para la vigilancia de las llegadas y la detección de movimientos irregulares. Se adoptará un enfoque común europeo en las operaciones de búsqueda y salvamento por mar, reforzando la cooperación y los recursos de Frontex. Finalmente, la UE promoverá la protección del espacio Schengen, abordando las deficiencias actuales y fortaleciendo el control más eficaz en las fronteras exteriores, para evitar desplazamientos irregulares y garantizar la seguridad interior.

- Reforzar la lucha contra la inmigración ilegal

Para el cumplimiento de este objetivo se implementó un Plan de Acción contra el Tráfico Ilícito de Migrantes centrado en acabar con las mafias organizadas que juegan con la vida de las personas. Dicho Plan promocionará la celebración de acuerdos con terceros países en pos de asociarse para luchar contra la inmigración ilegal. Concretamente, la UE proporcionará información y apoyará operaciones comunes de investigación. También va a ser necesario que los distintos Estados miembros y entidades involucradas (Frontex, Europol) cooperen eficazmente entre sí, del mismo modo, la buena gestión fronteriza también tendrá importancia. La experiencia de los años ha demostrado que las normas actuales han funcionado en su objetivo de luchar contra quienes facilitan la entrada ilegal en Europa. Otro aspecto importante será el fortalecimiento que hará la Comisión en la prohibición de contratar a migrantes irregulares con el fin de hacer menos atractiva la llegada a Europa en situación irregular.

- Colaborar con los países de origen y tránsito

La llegada del Nuevo Pacto implicó la necesidad de entablar relaciones de colaboración y cooperación con los países de origen y tránsito. Establecer acuerdos con estos países va a permitir a la UE proteger a aquellos migrantes necesitados de protección internacional, investigar con más facilidad los motivos de la migración irregular, podrá prestar apoyo a sus socios en la gestión de la migración garantizando los derechos de los migrantes, promoverá la cooperación en materia de readmisión y reintegración, y le permitirá establecer vías de acceso a Europa de forma legal, de esta manera podrá proteger a aquellos que realmente lo necesitan y los disuadirá de acudir a otras formas de acceso más peligrosas e ilegales.

- Atraer talento a la UE

Europa está envejeciendo y eso es un hecho, sumado a ello la falta de personal en sectores concretos (como la agricultura), vaticina un futuro complicado para Europa. Sin embargo, la llegada de migrantes regulares ha mitigado esta carencia de mano de obra y han contribuido al mercado laboral europeo cubriendo vacantes de empleo en todos los Estados miembros.

Su objetivo en este aspecto es hacer más atractiva a la UE, proteger mejor a los migrantes en materia laboral, promover mejores derechos, procedimientos flexibles, así como establecer

mejores condiciones para desplazarse y trabajar en otros Estados, todo con el fin de acercar a Europa talento altamente cualificado. También pretende reforzar la tarjeta azul¹¹⁴.

- Apoyar la integración

La inclusión social es clave para lograr que los migrantes establecidos en la UE obtengan rédito del bienestar, la prosperidad y la cohesión social. Para lograr este objetivo, la UE, aunque la política de integración es competencia de los Estados, ha impulsado su apoyo con diversas iniciativas, como la Red Europea de Integración¹¹⁵, crear un grupo de expertos informal que investigue la opinión de los migrantes en este aspecto y preparar un plan de acción sobre integración e inclusión.

Todos los objetivos perseguidos por el Pacto solo van a ser posibles si se cuenta con las herramientas necesarias, como la existencia de un marco jurídico con normas firmes u justas que aporten claridad y precisión, y de un presupuesto con capacidad suficiente para afrontar las responsabilidades que implica la política migratoria. También requiere que todos los Estados miembros participen y trabajen juntos de manera comprometida.

10.4 Situación actual del Pacto

Las últimas novedades del Pacto han sido su adopción por el Consejo Europeo a través de un comunicado de prensa del día 14 de mayo de 2024 a las 12:20 horas¹¹⁶.

La adopción del Pacto supone un hito histórico para Europa, con él se van a poner en marcha normas destinadas a facilitar la gestión ordenada de las llegadas y una nueva forma de proceder más eficaz y uniforme. También garantizará el reparto de la carga migratoria entre los Estados de forma equitativa.

En palabras de la secretaria de Estado de Asilo y Migración de Bélgica, Nicole de Moor, “el Pacto sobre Migración y Asilo garantizará un sistema migratorio más justo y más reforzado que marque una diferencia real sobre el terreno”. Así mismo, las nuevas normas adoptadas “harán que el sistema europeo de asilo sea más eficaz y aumentará la solidaridad entre los Estados miembros”. Sus declaraciones también aluden a la dimensión externa del Pacto, y es

¹¹⁴ La tarjeta azul, regulada en la Directiva (UE) 2021/1883, se emite a nacionales de terceros países altamente cualificados y establece las condiciones y derechos de entrada y residencia, para el trabajador y su familia.

¹¹⁵ La Red Europea de Integración es un foro que define las prioridades políticas y acciones concretas para asistir a las autoridades nacionales de la UE en la integración de los migrantes.

¹¹⁶ Comunicado de prensa del Consejo Europeo por el adopta el Pacto de la UE sobre Migración y Asilo: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2024/05/14/the-council-adopts-the-eu-s-pact-on-migration-and-asylum/>.

que “la Unión Europea seguirá cooperando estrechamente con terceros países para abordar las causas profundas de la migración irregular. Solo juntos podemos encontrar respuestas al reto mundial de la migración”.

La decisión del Consejo ha traído consigo una serie de reformas legislativas en el marco europeo del sistema de migración y asilo. Destacando las modificaciones producidas en Eurodac, donde se han introducido normas que permitirán recabar mayor cantidad de datos más precisos, permitiendo que la identificación de los migrantes necesitados de protección internacional sea más eficaz.

Las reformas también han incluido una serie de reglamentos que complementarán al Pacto, entre ellos se encuentra el reglamento sobre la gestión del asilo y la migración, identifica al Estado correspondiente para examinar una solicitud de protección y añade un sistema de reparto equitativo de la responsabilidad, un reglamento sobre los procedimientos de asilo y otro sobre el procedimiento fronterizo de retorno.

En materia de solidaridad y responsabilidad se han introducido mejoras reforzando el reparto equitativo entre Estados de la responsabilidad. En segundo lugar, se han incluido situaciones de excepcionalidad donde los países que enfrenten crisis migratorias tienen a su disposición la posibilidad de solicitar al resto de Estados mayor solidaridad.

Todas las reformas que ha traído consigo la adopción del Consejo deberán ser puestas en marcha por los Estados en el plazo de dos años, desde el momento en que tuvo lugar el Comunicado de prensa.

CONCLUSIONES

A modo de conclusión del trabajo, es necesario remarcar la complejidad de los movimientos migratorios y la cantidad de dificultades que ha habido en la UE para alcanzar una política migratoria común, desde el inicio de las Comunidades Europeas con los Tratados de París y Roma, pasando por la consecución de las libertades de circulación gracias al espacio Schengen, hasta llegar al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo.

También es importante dejar constancia de la falta de regulación en algunos sectores, como en lo relativo a los menores no acompañados, que carecen de una norma comunitaria que les ampare, y la deficiente efectividad de las leyes relativas a los derechos de los inmigrantes, lo cual se incrementa en la situación de aquellos que están de forma irregular.

La llegada del Nuevo Pacto supuso un hito para la historia de Europa, porque conseguir una regulación común en materia de inmigración ha sido un objetivo anhelado desde años atrás por la UE, pero que nunca cristalizó en normas efectivas, pese a los continuos y numerosos intentos llevados a cabo, a causa de los diferentes intereses de cada Estado y del rechazo a la cesión de competencias en este ámbito.

No estamos frente a un Pacto sino ante un Acuerdo entre Estados miembros: es un *agreement* disfrazado de pacto interno.¹¹⁷

El Pacto conlleva la asunción, de manera subliminal, de las divisiones internas de la UE entre los Estados miembros derivadas de periodos conflictivos o situaciones de crisis.

Es una muestra de las dificultades que hay dentro de la UE para emitir normativas plenamente unánimes, desde una sola voz. Este aspecto está aún muy focalizado en el Estado, no se ha alcanzado ese grado óptimo de confianza que permita a la Unión promulgar una ley con el beneplácito de todos los países miembros.

Es una materia en la que poner de acuerdo a más de veinte países entraña verdadera dificultad, porque la consecución de los objetivos en materia migratoria solo es posible si existe una cooperación real y una solidaridad efectiva entre todos los Estados, pero no solo con los países europeos más afectados por las llegadas de extranjeros, sino también con los países mediterráneos vecinos. Su escasa solidaridad es uno de los principales defectos del Nuevo Pacto.

¹¹⁷ ZAPATA-BARRERO, Ricard. *loc.cit.*, pág. 90.

Pasa por alto la situación de los países de origen y tránsito y exhibe una ausencia de verdadera solidaridad con ellos. La UE trabaja sin tener en cuenta la realidad caótica que viven estos países en materia migratoria y únicamente promueve la cooperación con fines de seguridad, sin atender a la posibilidad de desarrollo. Denota un claro eurocentrismo¹¹⁸ por parte de las autoridades e instituciones europeas.

La cooperación exigida no es compartida por algunos miembros de la UE, rehúsan hacerse cargo de los concretos deberes que fija el Pacto para todos los Estados, como el reparto equitativo de inmigrantes.

Por tanto, uno de los principales problemas, con los que contamos en la actualidad, es la falta de cooperación real entre los Estados miembros, y hasta que no se consiga un verdadero espíritu de solidaridad y ayuda en el ámbito comunitario no se podrán alcanzar los objetivos pretendidos por el Nuevo Pacto, de modo que seguiremos extendiendo año tras año los problemas migratorios.

Junto a ello, el nuevo proceso de control previo a la entrada establecido por el Pacto no es adecuado porque no contiene garantías procesales que aseguren el respeto a los DDFF de los migrantes.

Está claro que establecer una regulación en materia migratoria que satisfaga los intereses de todas las partes en juego es muy difícil, porque además de los países involucrados tienen un papel primordial los propios migrantes, para quienes se deben diseñar regulaciones que definan y aseguren sus DDFF, necesitan protección y que sus derechos sean respetados.

Todo se resume, a mi modo de ver, en una falta de colaboración y cooperación, hasta que no se alcance una actitud positiva y solidaria no será posible contar con la presencia de un verdadero sistema común en el ámbito de la migración, que contente a todas las partes y que regule todos los aspectos implicados, como el establecimiento de normas efectivas en la gestión de las fronteras, leyes concretas que regulen la situación de los menores no acompañados y medidas que garanticen a los migrantes el disfrute y la defensa efectiva de sus derechos, así como la creación de vías legales de acceso a Europa para que los extranjeros que deseen acudir a sus fronteras lo hagan con mayores garantías.

¹¹⁸ Tendencia que considera a Europa como el centro de todo y que los puntos de vista europeos deben ser contemplados y seguidos como modelo de conducta por el resto del mundo, desechando cualquier perspectiva diferente o contraria.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARGEREY VILAR, Patricia. “La política de inmigración en la Unión Europea.” Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo-CEU, Madrid, N. 4, 2001.

CASTRO-RIAL GARRONE, Fanny. “Los derechos de las personas en situación vulnerable: mujeres, niños, inmigrantes.” *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, Madrid, Editorial Tecnos, 2001. Págs. 297-329.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio. “Derecho comunitario de la inmigración.” Barcelona, Atelier Internacional, 2006.

LÓPEZ-ROMERO GONZÁLEZ, María Piedad. “Política común de inmigración en la Unión Europea: del Tratado de Ámsterdam a la Constitución Europea.” *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, Ediciones Universidad de Valladolid, 2006, N. 7, págs. 87-101.

LORCA CORRONS, A., LOZANO RUBIO, L.A., & ALONSO LAJARA, M. “Inmigración en las fronteras de la Unión Europea.” Ediciones Encuentro, Colección Oikos Nomos. 1997.

LUQUE GONZÁLEZ, José Manuel. “Schengen. Un espacio de libertad, seguridad y justicia.” *Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, núm. 21, 2004, págs. 139-149.

MARTÍN ARRIBAS, Juan José. “Los acuerdos de retorno y readmisión de migrantes de la UE: entre la legitimidad y la utilidad.” *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 45, 2023.

MEDINA ORTEGA, Manuel. “La política de inmigración de la Unión Europea desde el punto de vista de los valores.” *Retos para la acción exterior de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017. Págs. 535-561.

OLESTI RAYO, Andreu. “La crisis migratoria y la reinstauración de los controles en las fronteras interiores del espacio Schengen.” *Revista española de derecho internacional*, núm. 1, 2016, págs. 243-247.

ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, Antonio. “La extranjería no comunitaria en el marco de la Comunidad Económica Europea: Hacia la configuración de una política migratoria comunitaria y el reforzamiento de los controles exteriores.” *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Núm. 12, mayo-agosto 1992, pág. 207.

ZAPATA-BARRERO, Ricard. “El nuevo pacto sobre migración y asilo de la UE, o la psicología del fracaso.” *Claves de la Razón Práctica*, núm. 277, julio 2021. Págs. 82-93.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

ACNUDH: <https://acnudh.org/>

COMISIÓN EUROPEA: https://commission.europa.eu/index_es

CONSEJO EUROPEO: <https://www.consilium.europa.eu/es/>

EUROPOL: <https://www.europol.europa.eu/>

FRONTEX: <https://www.frontex.europa.eu/?etrans=es>

MINISTERIO DEL INTERIOR, servicios al ciudadano:
<https://www.interior.gob.es/opencms/es/servicios-al-ciudadano/>

NACIONES UNIDAS: https://www.ohchr.org/es/ohchr_homepage

OIM: <https://www.iom.int/es>

RAE: <https://www.rae.es/>

RTVE Noticias: <https://www.rtve.es/>

UNICEF: <https://www.unicef.org/es>