

LA COMUNITARIZACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE INMIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA: ESPECIAL REFERENCIA A ESPAÑA

Por CARLOS JIMÉNEZ PIERNAS*

SUMARIO:

I. LA RECIENTE REFORMA DE LA POLÍTICA ESPAÑOLA SOBRE INMIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA: 1. LOS DATOS DE LA REFORMA Y NUESTROS OBJETIVOS. 2. LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA REFORMA.—II. EL MARCO JURÍDICO COMUNITARIO: LA PROGRESIVA COMUNITARIZACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE INMIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA: 1. ORIGEN Y FUNDAMENTOS DEL PROCESO DE COMUNITARIZACIÓN. 2. UN RÉGIMEN JURÍDICO INCIPIENTE. A) *Mucha atención a la inmigración y poca al régimen de extranjería: control y ordenación de los flujos y colaboración con terceros Estados.* B) *La clave de bóveda del principio de no discriminación.*—III. CONFORMIDAD DE LA POLÍTICA ESPAÑOLA SOBRE INMIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA CON EL DERECHO COMUNITARIO EN LA MATERIA.—IV. CONCLUSIONES.

I. LA RECIENTE REFORMA DE LA POLÍTICA ESPAÑOLA SOBRE INMIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA

1. LOS DATOS DE LA REFORMA Y NUESTROS OBJETIVOS

Hace dos años que entró en vigor, rodeada de mucha polémica, la novísima «Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley

* Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Cátedra Jean Monnet de la Comisión Europea. Universidad de Alcalá.

Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social»¹, que ha reformado en profundidad apenas once meses después a la citada Ley Orgánica (a partir de ahora, LO) 4/2000². La reforma de la LO 4/2000 ha sido de tanto calado que justifica que hablemos de una nueva Ley de extranjería, aunque técnicamente no sea cierto³.

Es nuestro objetivo ocuparnos exclusivamente del marco normativo externo al que se encuentra sometida esta novísima LO española y las normas que la acompañan, establecido *a priori* por el Derecho Comunitario Europeo y el Derecho Internacional Público (a partir de ahora, DI o DIP), aunque vamos a centrarnos exclusivamente en el Derecho Comunitario Europeo⁴. Forman ese marco externo, por supuesto, los principios y reglas en vigor tanto en el orden comunitario como internacional que obligan a España y que constriñen necesariamente la conducta legislativa, administrativa y judicial de nuestro Estado en esta materia. Así lo reconoce expresamente, en su Exposición de Motivos, la LO 8/2000, ateniéndose al mandato constitucional de los artículos 13.1º y 10.2º⁵ y refirién-

¹ BOE de 23 de diciembre de 2000. El conjunto de textos legales de cita más frecuente en esta ponencia puede consultarse en la edición anotada de J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y A. FERNÁNDEZ PÉREZ (eds.), *Ley de Extranjería y legislación complementaria*, Madrid 2002.

² BOE de 12 de enero de 2000. Ver también el Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero, por el que se establece el procedimiento para la regularización de extranjeros prevista en la Disposición Transitoria 1ª de la Ley Orgánica 4/2000, y una corrección de errores de ese Real Decreto, en BOE de 19 de febrero y 9 de marzo de 2000, respectivamente.

³ De hecho, la LO 8/2000 reforma la inmensa mayoría de los preceptos de la antigua LO 4/2000, añade una exposición de motivos y otros siete artículos, modifica la disposición adicional única y añade otra.

⁴ Ofrecemos un análisis del marco normativo internacional en el trabajo «La política y legislación española sobre extranjería e inmigración y su conformidad con el Derecho Europeo e Internacional en la materia», en *Estudios de Derecho Internacional en homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, 2 ts., Córdoba (Argentina) 2002, t. II, 893-924.

⁵ El art. 13.1º (Título Primero) CE dice así: «Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley».

El art. 10.2º CE, dentro del mismo Título, reza así: «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

dose tanto al DI convencional como al Derecho Comunitario (en concreto, al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y a las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de octubre de 1999)⁶. Viene a

⁶ Ver apartados I, IV, V y VI de dicha Exposición de Motivos. En concreto, podemos leer en el apartado I, que es introductorio: «Al mismo tiempo, nuestra normativa debe ser conforme con los compromisos asumidos por España, concretamente, con las conclusiones adoptadas por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea los días 16 y 17 de octubre de 1999 en Tampere sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia.»

En el apartado IV, dedicado a explicar el Título I de la nueva Ley, leemos: «Se ha conjugado este mandato constitucional [el del art. 13 CE] con los compromisos internacionales adquiridos por España, especialmente como país miembro de la Unión Europea.»

Los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros de la Unión Europea acordaron el mes de octubre de 1999 en Tampere que se debía garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residieran legalmente en el territorio de sus Estados miembros. Una política de inmigración debe encaminarse a conceder a estos residentes derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión, así como a fomentar la ausencia de discriminación en la vida económica, social y cultural y al desarrollo de medidas contra el racismo y la xenofobia».

En el apartado V, dedicado a explicar el Título II de la nueva Ley, leemos: «Este Título ha sido adaptado a lo establecido respecto a la entrada, régimen de expedición de visados, estancia y prórroga de estancia en el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, en tanto que España forma parte de este Acuerdo».

En el apartado VI, dedicado a explicar el Título III de la nueva Ley, leemos: «La reforma incluye en el contenido de la Ley Orgánica, conforme a los compromisos internacionales suscritos por España, como miembro de Schengen, sanciones a los transportistas que trasladen a extranjeros hasta el territorio español sin verificar que cumplen los requisitos para la entrada...»

Por otra parte, partiendo de que en un Estado de derecho es necesario establecer los instrumentos que permitan hacer efectivo el cumplimiento de las normas, en este caso, de aquéllas que rigen la entrada y permanencia en territorio español, se ha introducido como infracción sancionable con expulsión la permanencia de forma ilegal en el territorio español, pretendiéndose, con ello, incrementar la capacidad de actuación del Estado en cuanto al control de la inmigración ilegal, al nivel de otros Estados miembros de la Unión Europea, que cuentan en sus ordenamientos jurídicos con la posibilidad de expulsar a los extranjeros que se encuentran en esta situación, un criterio que se refleja en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere».

Ello explica las remisiones del art. 27.5º y la Disposición final quinta de la LO al acervo Schengen, creado a partir de un Acuerdo de 14 de junio de 1985 y un Convenio de aplicación de dicho Acuerdo, de 14 de junio de 1990 y en vigor de forma plena desde el 26 de marzo de 1995 (ver BOE de 5 de abril de 1994 y co-

cuento y es de interés esta indagación porque observamos que la doctrina está haciendo un mal uso de las relaciones entre estos ordenamientos en presencia a causa de una interpretación unilateral y sesgada de sus preceptos y jurisprudencia hecha desde la perspectiva casi exclusiva del Derecho interno, prescindiendo siempre del análisis comparado en un campo que se ha convertido en un excelente medio de prueba de la interdependencia entre ordenamientos⁷.

No vamos a estudiar, por tanto, la realidad inmigratoria española (esto es y por citar sus patologías, las tasas de irregularidad y condiciones que las generan, las situaciones de exclusión social, la discriminación en el mercado de trabajo y la precariedad laboral, entre otros aspectos), porque el análisis de ese estado de cosas merece tratamiento aparte y requiere una indagación en áreas muy alejadas de los fines de este trabajo⁸. Tampoco vamos a tratar, más que marginalmente, la presunta inconstitucionalidad que un amplio sector de la oposición reprocha a esta LO y que ha culminado en el correspondiente recurso ante nuestro Tribunal Constitucional (a partir de ahora, TC), por entender que la comparación de estándares jurídicos a que ello nos llevaría (los de la novísima LO frente a los constitucionales establecidos en nuestra Carta Magna tal y como ha sido interpretada y desarrollada por la jurisprudencia del TC) escapa del objeto

recepción de errores en *BOE* de 9 de abril), sobre supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, del que son partes trece Estados miembros de la Unión Europea (no participan Irlanda y el Reino Unido) y dos Estados no miembros (Islandia y Noruega).

⁷ Pueden ser sujetos de tal reproche, entre otros, C. VIDAL FUEYO, «La nueva Ley de extranjería a la luz del texto constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 62 (2001), 179-218, pp. 196-197, 207-209 y 212-215. M. F. MASSÓ GARROTE, «La nueva regulación del derecho de extranjería en la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social», en *Actualidad Administrativa*, n.º 11 (12 al 18 de marzo de 2001), 241-259, pp. 247-248. Y E. COBREROS MENDAZONA, «Un ejemplo (más) de la fuerza expansiva del Derecho comunitario: la reciente interpretación del orden público en la expulsión de extranjeros», en *Revista de Administración Pública*, n.º 156 (2001), 271-281, pp. 278-281.

⁸ Aunque no sirva de consuelo, son problemas compartidos por el conjunto de Estados miembros según reconoce el Consejo Económico Social Europeo (a partir de ahora, CES), en su Dictamen de 21-3-2002 sobre «La inmigración, la integración y el papel de la sociedad civil organizada», aprobado por unanimidad, en *DOCE* C 125, de 27-5-2002, pp. 112-122, párs. 2.8, 2.9 y 3.1.

concreto de este trabajo, centrado en la comparación de los estándares de la LO con el estándar europeo en estas materias, que es precisamente lo que echamos en falta, entre otros, en los trabajos citados en la nota 7. Porque nos parece crucial recordar ese estándar y averiguar las tendencias imperantes en el subsistema regional europeo de cara sobre todo a los futuros pronunciamientos de nuestro TC acerca de la nueva legislación.

Por otra parte, al calor del proceso apenas iniciado de comunitarización de las políticas de inmigración y extranjería, que a continuación analizaremos, se han avanzado propuestas de incorporación de los extranjeros residentes al vigente estatuto de ciudadanía de la Unión, equiparándolos en derechos a los nacionales comunitarios que residen en un Estado miembro distinto del Estado de su nacionalidad, lo que supone desvirtuar los fines de dicho estatuto mediante el consabido y popular método de desvestir un santo para vestir otro, porque la ampliación *ratione personae* de su ámbito de aplicación que ello supone acarrearía un grave riesgo para la propia supervivencia o el desarrollo del estatuto vistas las reticencias que ya despierta entre algunos Estados miembros. Nos ocuparemos también de estas propuestas porque evidencian otro riesgo: si malo es caer en el autismo obviando las tendencias reguladoras que hoy parecen prevalecer en el ordenamiento comunitario en relación con la inmigración y la extranjería, peor sería incurrir en el cómodo mimetismo de pretender resolver el delicado problema del régimen de extranjería en la Unión Europea aplicando a una institución de índole intergubernamental y claramente adscrita a la estructura relacional del DI (como es el caso de la nacionalidad y la extranjería) nada menos que categorías jurídicas de índole supranacional y sometidas al postulado jurídico del principio de integración (como es el caso sin duda del concepto de ciudadanía de la Unión).

De cualquier modo, esta reforma casi inmediata de la LO de enero de 2000 evidencia una política errática sobre extranjería e inmigración que la clase política debería evitar en el futuro, al margen de las causas que la expliquen. La política de inmigración y extranjería no puede convertirse, en este momento, en un pasatiempo o una excusa para los agentes políticos y sociales. Las circunstancias históricas nos enfrentan al desafío del incremento de los grandes flujos migratorios como resultado del desarrollo de las comunicaciones, que aumentan los incentivos para migrar, y del avance tecnológico y de los transportes, que hacen la migración más fácil por ser más rápida, barata y segura. Ello exige una política de Esta-

do que se haga presente también en el seno de la Unión Europea⁹, al resguardo de cualquier demagogia y fundada en un consenso que vaya más lejos de los consabidos ideales de la regulación de los flujos migratorios y de la integración social de los inmigrantes. Es decir, un consenso que alcance a establecer en España, en la medida de lo posible, una política de inmigración que tienda a equilibrar, siempre desde el punto de vista del interés general, tanto las contribuciones como los costes sociales de la migración, despreciando los intereses particulares de ciertos sectores económicos sin duda proclives al mantenimiento de bolsas de trabajadores irregulares que proporcionen mano de obra barata, a pesar del grave deterioro que ello ocasiona en la estabilidad sociopolítica del Estado a medio y largo plazo a causa de la proliferación de guetos¹⁰ y la exclu-

⁹ A ello obedece, según se desprende de su propio tenor literal, el llamado «Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración para el período 2001-2004» (Programa GRECO), aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros del 30 de marzo de 2001 y publicado por Resolución de 17 de abril de 2001 de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración (BOE de 27 de abril de 2001): ver las Conclusiones del epígrafe «II. La inmigración en España: Evolución y perspectivas», donde se habla de «afrontar el diseño de una política de Estado» en esta materia; el epígrafe III.1 («Diseño global y coordinado de la inmigración como fenómeno deseable para España en el marco de la Unión Europea»), donde puede leerse que es «imprescindible abordar la inmigración desde una perspectiva global que permita planificar el tratamiento de este fenómeno, como necesario y positivo para la sociedad española, en el marco de nuestra pertenencia a la Unión Europea y los compromisos adquiridos por nuestro país en este contexto»; y el epígrafe IV-1.5 («Participación de España en el diseño de la política común de inmigración, fronteras y asilo de la Unión Europea»).

La propia LO 8/2000 y el Programa GRECO se han acompañado de forma inmediata de una batería de Decretos: el Real Decreto 1946/2000, de 1 de diciembre, por el que se regula la composición y el funcionamiento de la Comisión Interministerial de Extranjería (BOE de 2 de diciembre), modificado por el Real Decreto 645/2002, de 5 de julio (BOE de 13 de julio); el Real Decreto 344/2001, de 4 de abril, por el que se crea el Consejo Superior de Política de Inmigración (BOE de 6 de abril), modificado por el Real Decreto 507/2002, de 10 de junio (BOE de 15 de junio); el Real Decreto 345/2001, de 4 de abril, por el que regula el Observatorio Permanente de la Inmigración (BOE de 6 de abril), y el Real Decreto 367/2001, de 4 de abril, por el que se regula la composición, competencias y régimen de funcionamiento del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes (BOE de 6 de abril).

¹⁰ El gueto es un fenómeno de desigualdad y exclusión social habitual en muchas ciudades europeas y fuente de numerosos conflictos; lo produce una alta concentración de personas de un mismo origen nacional o cultural en suburbios periféricos, acompañada del abandono o de la desatención pública en un entorno degradado

sión social de este grupo de población. Al mismo tiempo, deben tomarse con mucha prevención y a beneficio de inventario las propuestas fundadas en el relativismo cultural y la moda de lo políticamente correcto predicadas por algunos teóricos del derecho¹¹ y animosos defensores de los derechos humanos¹², cuya inercia es la equiparación del estatuto jurídico de los nacionales comunitarios y de los extracomunitarios en el territorio de la Unión Europea.

Como vemos, el fenómeno de la inmigración en Europa se presta hoy a especulaciones y propuestas muy contrapuestas. Nos concentraremos, como hemos advertido, en la ordenación comunitaria de este fenómeno, sin duda un esfuerzo más práctico y constructivo porque se funda, primero, en la evidencia material de que ya no es posible hacer frente al fenómeno global de los flujos migratorios desde los sistemas nacionales (los Estados miembros); también, en segundo lugar, en la certeza de las normas comunitarias hoy en vigor, que fijan el marco institucional y normativo dentro del que necesariamente debe desenvolverse la política española sobre inmigración y extranjería. El Derecho Comunitario es el más cercano a nuestro ordenamiento nacional y, en su calidad de ordenamiento especial o particular la aplicación de sus normas prevalece —sin derogarlas— sobre las del DI general o universal en la misma materia¹³. Por ello expondremos los fundamentos y el régimen jurídico en ciernes de la política común de la Unión Europea en la materia, todavía apenas desarrollada, para establecer la relación y la conformidad o no de la política española con ella. Es un ejercicio muy sencillo pero ilustrativo del margen de

urbanística y socialmente. El gueto lo genera ante todo la falta de atención pública y la discriminación en el acceso a los bienes y servicios públicos así como a la vida social y cívica de la comunidad: ver Dictamen del CES citado *supra* en nota 8, párs. 4.2.1 y 4.2.2.

¹¹ Sirvan de ejemplo, entre otros, los trabajos eminentemente dogmáticos de J. DE LUCAS MARTÍN, «Políticas de inmigración y estrategias de legitimidad en la Unión Europea», en A. BLANC ALTEMIR (ed.), *El Mediterráneo: un espacio común para la cooperación, el desarrollo y el diálogo intercultural*, Madrid 1999, 137-148, pp. 142-146; y «Europas: culturas, identidades, reconocimiento», en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz* (2000), 17-50, pp. 39-41.

¹² Ver el ensayo militante de J. OSSET, *Más allá de los derechos humanos*, Barcelona 2001, pp. 170-173.

¹³ M. DÍEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 13ª ed., Madrid 2001, p. 95. Así pues, los tratados, que contienen normalmente reglas particulares porque obligan a un número limitado o menor de sujetos, priman por esta razón sobre las reglas generales.

maniobra de que goza España en este ámbito, a fin de conocer bien tanto las directrices como los principios y normas que España misma está contribuyendo a elaborar en el seno de la Unión Europea y a las que debe necesariamente someterse. Esta obvia interacción deberá ser tenida muy en cuenta por nuestros tribunales al dirimir los litigios y recursos que les lleguen.

2. LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA REFORMA

Es evidente que en la LO 8/2000 podemos distinguir dos grandes campos de estudio, sin duda complementarios. Uno estaría formado por los preceptos relativos al control de los flujos migratorios, a saber, la entrada, estancia, salida y trabajo de los extranjeros; la regularización de los que se encuentran en situación ilegal o irregular; las medidas legislativas y administrativas dirigidas a facilitar la integración social de los extranjeros, así como el conjunto de derechos sociales que la LO extiende a los extranjeros o a un determinado grupo de extranjeros. En estas materias, la libertad del legislador es muy amplia y todo dependerá de la sensibilidad de la mayoría parlamentaria de turno, que orientará discrecionalmente la aplicación de la LO hacia posiciones más o menos garantistas e integradoras. En torno a este primer campo de estudio se conforma la denominada política pública de inmigración y es, significativamente, la parcela que más atención ha recibido y está más regulada en el Derecho Comunitario hoy vigente, como tendremos enseguida oportunidad de comprobar.

El segundo campo de estudio lo forman aquellos preceptos que garantizan y desarrollan los derechos fundamentales que nuestra Constitución reconoce a los extranjeros, que dan vida a la política pública de extranjería, complementaria —insistimos— de la anterior. En este segundo campo, en cambio, es nuestra Constitución, según la viene interpretando el TC, quien establece qué derechos fundamentales pertenecen a todas las personas en tanto que garantía de su dignidad humana (como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad personal y a la seguridad, así como a la tutela judicial efectiva), qué otros se reservan a los españoles (como el derecho de sufragio activo y pasivo, con excepción del régimen especial de que gozan los ciudadanos de la Unión Europea), y cuáles pueden extenderse a los extranjeros en la medida y condiciones que establezcan los tratados y las leyes a que hace referencia *in genere* el ar-

título 13.1º CE. La sospecha de inconstitucionalidad de la LO 8/2000 radicaría precisamente, según algunos, en que priva a los extranjeros en situación ilegal del ejercicio de ciertos derechos fundamentales que nuestra Constitución extendería a todas las personas por razón de su dignidad humana, como sería el caso de los derechos de asociación y reunión¹⁴.

Todo ello es debido a que uno de los principios básicos en que se sustenta la reforma de la LO 4/2000 es la distinción de trato entre los extranjeros que residen legalmente en España y los que no, corrigiendo la ausencia de distinción a este respecto de dicha LO, que atribuía ciertos derechos a todos los extranjeros residentes en España con independencia de la legalidad o no de su situación, lo que no parecía facilitar el control razonable de los flujos migratorios y tampoco favorecía la entrada y permanencia legal de los extranjeros en territorio español. En este sentido, la LO 8/2000 es más restrictiva y se muestra preocupada, en primer lugar, por la acción de prevención y control sobre la inmigración y los extranjeros, y sólo después por la integración social de los extranjeros que residen legalmente en España¹⁵.

Por supuesto, la LO 8/2000 no acoge de ninguna manera las propuestas partidarias de políticas muy generosas e incluso automáticas e incondicionales de concesión de la nacionalidad que exploren todas las posibles ventajas que se deriven del ejercicio por la población inmigrante, incluidos los ilegales, de los plenos derechos de ciudadanía, en virtud de una radical redefinición del concepto liberal de la ciudadanía nacional, que lo relativice y en su opinión democratice para acomodarlo al reconocimiento de las particularidades culturales de la nueva ciudadanía, obviando por

¹⁴ Ver para este párrafo las SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, fj 4 (BOE de 21 de diciembre de 1984); 99/1985, de 30 de septiembre, fj 2 (BOE de 5 de noviembre de 1985); 115/1987, de 7 de julio, fj 3 (BOE de 29 de julio de 1987); 130/1995, de 11 de septiembre, fj 2 (BOE de 14 de octubre de 1995); y 95/2000, de 10 de abril, fj 3 (BOE de 18 de mayo de 2000). El Dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de reforma de la LO 4/2000, 1-26, pp. 10-11. Así como los arts. 13, 15 a 17, 23 y 24 CE. Cfr. por la doctrina VIDAL FUEYO, loc. cit., pp. 183-184 y 201 y ss.; y MASSÓ GARROTE, loc. cit., pp. 244-246.

¹⁵ Conviene advertir, a este respecto, que el Dictamen del CES citado *supra* en nota 8, cuyo contenido no puede ser en nuestra opinión más favorable a la *recepción e integración de la inmigración económica en el seno de la Unión Europea*, no contempla en ningún caso la situación del inmigrante ilegal y se limita a afirmar que la «utilización de vías irregulares de entrada y la inserción laboral en la economía sumergida son barreras para la integración social» (pár. 1.9).

supuesto los problemas de la doble y múltiple nacionalidad¹⁶. Tampoco ampara otras propuestas menos radicales partidarias al menos de la plena equiparación jurídica entre ciudadanos de la Unión y extranjeros, promoviendo un llamado modelo inclusivo (no excluyente) y más integrador para los extranjeros basado en esa equiparación de derechos, en cuya virtud se sustituye el vínculo de la nacionalidad por el de la residencia permanente para que el extranjero alcance esa equiparación de derechos con el ciudadano europeo en todo el territorio de la Unión sin necesidad de renunciar a su nacionalidad de origen¹⁷.

La LO 8/2000 se basa, por el contrario, en la premisa de que la supervivencia del Estado de Bienestar tal y como se ha conformado en la Unión Europea impone la regulación de los flujos migratorios, en suma, la ordenación de la inmigración, ya que las prestaciones sociales (seguro de desempleo, asistencia sanitaria, pensiones no contributivas) que ofrece el Estado de Bienestar no soportarían presupuestariamente una inmigración no regulada o salvaje¹⁸. Dicha ordenación, amén de obstaculizar la proliferación de las mafias dedicadas al tráfico de personas y evitar la explotación de los inmigrantes ilegales por empresarios sin escrúpulos, facilita al menos teóricamente la incorporación al mercado de trabajo y la integración social del inmigrante mediante una política pública migratoria activa, basada ante todo en la cooperación con los Estados de origen (celebración de convenios, establecimiento de cupos tanto para empleos estables como para temporeros, etc.).

¹⁶ Ver R. RUBIO-MARÍN, *Immigration as a Democratic Challenge. Citizenship and Inclusion in Germany and the United States*, Cambridge 2000, pp. 236-250. La perspectiva metodológica seguida en esta monografía es exclusivamente interna e incide en un análisis prospectivo preferentemente dogmático y politológico del debate constitucional en sólo dos Estados (Alemania y Estados Unidos): *Ibid.*, pp. 124-129.

¹⁷ Ver A. CASTRO OLIVEIRA, «The Position of Resident ThirdCountry Nationals: Is it too Early to Grant them Union Citizenship?», en M. LA TORRE (ed.), *European Citizenship: An Institutional Challenge*, The Hague 1996, pp. 198 y ss; M. MEDINA ORTEGA, «Ciudadanía europea y representación popular», en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz* (2001), 319-340, pp. 327-328; y A. I. PÉREZ CEPEDA, «Instrumentos internacionales en la lucha contra el tráfico de inmigrantes y la trata de seres humanos», en *Suplemento Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja*, n.º 10 (julio 2002), 45-64, pp. 52-57.

¹⁸ Como ha reiteradamente expuesto el demógrafo italiano M. LIVI BACCI. Sirva de ejemplo su magnífico discurso de investidura como Doctor *honoris causa* por la Universidad Complutense de Madrid el 10 de noviembre de 1999.

Aunque ya se ha publicado el correspondiente Reglamento de la LO¹⁹, que al parecer fue objeto de negociación entre la oposición y el Gobierno para alcanzar algún consenso en torno a ciertos aspectos como la regularización de los inmigrantes ilegales que no la habían conseguido en aplicación del citado Real Decreto 239/2000²⁰, lo cierto es que esta nueva reforma legislativa acaba de empezar a aplicarse y queda pendiente de su inevitable convalidación ante los tribunales españoles y europeos. Incluso con el Reglamento publicado, tanto las Circulares e Instrucciones de la Fiscalía General del Estado²¹ como las Órdenes Circulares del Ministerio

¹⁹ Ver Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (BOE de 21 de julio de 2001 y corrección de errores en BOE de 6 de octubre de 2001).

²⁰ Así, en el BOE de 20 de febrero de 2001 se publicó el Real Decreto 142/2001, de 16 de febrero, por el que se estableció los requisitos para la regularización prevista en la disposición transitoria primera de la nueva LO 8/2000, en cuya virtud se abrió un proceso de regularización extraordinaria de los extranjeros que encontrándose en España y habiendo presentado solicitud de regularización al amparo del anterior Real Decreto 239/2000 (ver *supra* nota 2), «hayan visto denegada la misma exclusivamente por no cumplir el requisito de encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999» (ver Preámbulo del Real Decreto 142/2001), procediéndose a su documentación mediante un permiso de trabajo y residencia o permiso de residencia en un plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto (ver arts. 1 y 3). Es sabido que a estos dos procesos de regularización (el primero extraordinario y el segundo de reexamen), han seguido otros dos más, un tercero que ha afectado sólo a nacionales ecuatorianos (en virtud del Acuerdo de inmigración entre España y Ecuador), y un cuarto y último según declaración reiterada del actual Gobierno español (basado en la prueba del arraigo en el país según lo dispuesto en el art. 31.4º de la LO, que reza así: «Podrá otorgarse un permiso de residencia temporal cuando concurren razones humanitarias, circunstancias excepcionales o cuando se acredite una situación de arraigo, en los supuestos previstos reglamentariamente»). Estos cuatro procesos han posibilitado desde el año 2000 la regularización de unos 400.000 inmigrantes, lo que elevaba a 31 de marzo de 2002 la cifra de extranjeros en España a 1.250.000 personas, de los que unos 100.000 constaban formalmente como desempleados en tanto que inscritos en el Instituto Nacional de Empleo (INEM). Parece que quedan al menos otros 200.000 inmigrantes ilegales que no han conseguido la regularización y a los que la Administración española no ofrece ya otra opción que el regreso a sus países de origen. Ver *El País*, 6.7.2001, p. 24; 11.4.2002, p. 23; 15.4.2002, p. 24, y 17.4.2002, p. 16.

²¹ Ver en este sentido tanto la Circular número 3/2001, de 21 de diciembre, sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería, como la Instrucción número 4/2001, de 25 de julio, sobre la autorización judicial de la expulsión de los

del Interior pueden matizar y dar uno u otro cariz en su aplicación a ciertas disposiciones de la LO²². Todo ello requerirá, a medio plazo, el estudio de nuestra jurisprudencia interna y en particular constitucional para obtener una idea cabal del trato que van a recibir los inmigrantes extranjeros en España de acuerdo con la nueva legislación, a fin de enjuiciar

extranjeros imputados en procedimientos penales, en *BIMJ*, Suplemento al núm. 1912 (2002), pp. 990-1020 y 1040-1041, respectivamente. La Circular se ocupa de las dos situaciones de privación de libertad del extranjero sometido a procedimiento administrativo de expulsión u obligado al cumplimiento de determinadas resoluciones administrativas de salida del territorio nacional, a saber la detención cautelar y el internamiento preventivo (ver arts. 61 a 63 de la LO y 127 y ss. del Reglamento de la LO), así como de la propia expulsión y de la situación de los menores extranjeros. En cuanto a la Instrucción, instruye en efecto al Ministerio Fiscal para que promueva activamente la autorización de expulsión por el Juez de Instrucción competente del extranjero contra el que se haya adoptado una resolución que acuerde su expulsión y se halle inculcado en un proceso penal, así como el informe favorable para la adopción de las medidas cautelares que se estimen precisas para garantizar la eficacia de dicha resolución; de forma análoga, se instruye sobre la solicitud general por parte del Ministerio Fiscal de la expulsión por decisión judicial como sustitutiva de la condena impuesta para el extranjero que no resida legalmente en España y haya sido condenado a pena privativa de libertad inferior a seis años.

²² De hecho, la oposición y los sindicatos ya se han quejado de que, mediante Órdenes Circulares remitidas a las Delegaciones del Gobierno en toda España, el Gobierno ha cerrado desde enero del 2002 cualquier vía de regularización de extranjeros denegando los permisos de trabajo y residencia que se presentan fuera del procedimiento del contingente anual (que fija el número de inmigrantes a admitir cada año tanto para empleos estables como temporeros y procede a su contratación en los países de origen), convirtiendo así a dicho contingente en el instrumento casi exclusivo de ordenación de los flujos migratorios en España: ver *El País*, 31.1.2002, p. 18; 23.9.2002, p.26 y 30.9.2002, p. 24. Cfr. el art. 39 de la LO 8/2000; MASSÓ GARROTE, loc. cit., pp. 255-256, que resalta la novedad que representa en esta LO la participación formal de las Comunidades Autónomas en la elaboración del contingente anual (ver art. 4-d del Real Decreto 344/2001, de 4 de abril, por el que se crea el Consejo Superior de Política de Inmigración, en *BOE* de 6 de abril, y Real Decreto 507/2002, de 10 de junio, por el que se modifica el anterior sin afectar en nada a esta novedad, en *BOE* de 15 de junio); C. MOLINA NAVARRETE, «La política de contingentes: funciones y disfunciones como instrumento de control de la inmigración», en la obra colectiva *Jornadas sobre la Ley de Extranjería: sus repercusiones en el ámbito laboral*, Granada 2001, 43-52, pp. 44-46 y 50-52; así como la Res. de 11 de enero de 2002 por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001, que determina el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario para el año 2002 (*BOE* de 12 de enero de 2002).

luego su conformidad o no con los estándares tanto del DI como del Derecho Comunitario vigente y por venir en esta materia. Este trabajo es sólo una primera aproximación centrada en la relación y comparación entre nuestro Derecho interno y el Derecho Comunitario, que pretende corregir la deriva hacia el análisis puramente constitucional de los asuntos de extranjería e inmigración, así como los riesgos de desnaturalización del estatus de ciudadanía de la Unión a causa de las propuestas muy dogmáticas e ingenuas sobre equiparación de derechos entre nacionales comunitarios y extracomunitarios.

II. EL MARCO JURÍDICO COMUNITARIO: LA PROGRESIVA COMUNITARIZACIÓN DE LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA

1. ORIGEN Y FUNDAMENTOS DEL PROCESO DE COMUNITARIZACIÓN

El Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997, en vigor desde el 1 de mayo de 1999²³, constituye el origen de la creación de una política comunitaria de inmigración, actualmente en fase de cristalización. Poco después, el Consejo Europeo de Tampere, celebrado los días 16 y 17 de octubre de 1999, acordará en sus Conclusiones las grandes directrices a las que se someterá esa política comunitaria²⁴; refrendadas y concretadas

²³ BOE de 7 de mayo de 1999. Para las novedades introducidas por el Tratado de Ámsterdam en los ámbitos del Título VI del TUE y del Título IV del propio TCE, ver A. VALLE GÁLVEZ, «La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 3 (1998), 41-78, sobre todo pp. 51-56 y 60-62.

²⁴ Téngase en cuenta que «el Consejo Europeo no es una institución comunitaria. Los impulsos y orientaciones generales que da constituyen compromisos políticos importantes, pero no se trata de actos jurídicos en el sentido del tratado CE. El Consejo Europeo deja siempre la tarea a las instituciones, generalmente al Consejo, de proceder a la aplicación jurídica de las medidas legislativas y ejecutivas apropiadas. Al ejercer el poder político supremo, el Consejo Europeo se presenta aquí como 'una especie de autoridad presidencial de la Comunidad'» (ver G. ISAAC, *Manual de Derecho comunitario general*, 5.ª ed., trad. de la 7.ª ed. francesa de G.-L. Ramos Ruano, Barcelona 2000, p. 125; si se quiere en la versión original, *Droit communautaire général*, 7e éd., Paris 1999, p. 81). Por tanto, debemos modular el valor que quepa atribuir a las directrices políticas de Tampere en el seno de nuestro ordenamiento interno.

sólo en una pequeña parte en las Conclusiones del Consejo Europeo de Sevilla, celebrado los días 21 y 22 de junio de 2002, en el que por fin, tras unos años de dudas y titubeos, se ha logrado un mínimo compromiso formal para poner definitivamente en marcha una política común de inmigración con una batería de medidas a corto plazo cuyo contenido y eficacia son todavía una incógnita²⁵.

Los avances del proceso de integración europea y el perfeccionamiento de la libre circulación de personas en un espacio sin fronteras interiores²⁶, junto a las circunstancias del considerable incremento de los flujos migratorios hacia Europa, han conducido de forma inevitable a que la Unión Europea se plantee la comunitarización de las políticas públicas sobre inmigración y extranjería, que hasta 1993 habían permanecido bajo la competencia exclusiva de los Estados miembros, al margen de la cooperación *sui generis* de naturaleza convencional en el ámbito Schengen establecida en 1990, que supuso un período previo y útil de concertación de las políticas nacionales de la gran mayoría de los Estados miembros en estas materias²⁷.

Los antecedentes de dicha comunitarización se remontan al Título VI («Disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior») del Tratado de Maastricht de 1992, en vigor desde 1993, que establece una tímida forma de cooperación intergubernamental en la materia²⁸, manteniéndose la política de inmigración en el

²⁵ Ver conclusión n.º 30 de las Conclusiones de la Presidencia española n.º doc. SN 200/02.

²⁶ Ver art. 14 TCE, cuya directa y efectiva plenitud se pretende en Amsterdam.

²⁷ Con la excepción de algunos Estados miembros que quedaron voluntariamente fuera de este proceso de cooperación intergubernamental: ver *supra* nota 6.

²⁸ Ver en particular el art. K.1 del TUE: «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 formas 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;
- 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 de 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;

ámbito de la soberanía de los Estados miembros; de ahí que en Maastricht sólo se comunitarice la concesión de visados de acuerdo con el nuevo artículo 100C TCE introducido por el TUE²⁹, cuya regulación se ha ido paulatinamente ampliando y perfeccionando desde entonces por razones obvias³⁰.

El Tratado de Amsterdam, por fin, incluye como uno de los grandes objetivos de la Unión Europea la plena libertad de circulación de las personas y avanza en la definición de una política comunitaria de inmigración³¹, incorporando para ello un nuevo Título IV en el TCE sobre «Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas»³², cuya finalidad es desarrollar paulatinamente en un plazo de cin-

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...»

²⁹ Sobre la base del art. 100C TCE, derogado por el Tratado de Amsterdam, el Consejo adoptó el 29-5-95 el Reglamento CE 1683/95 relativo a un modelo uniforme de visado (*DOCE* L 164, de 14-7-1995), y un nuevo Reglamento CE 574/1999, de 12 de marzo (*DOCE* L 72, de 18-3-1999). Para una síntesis formal de la evolución del régimen de extranjería en la Unión Europea desde Maastricht a Amsterdam, ver C. ESCOBAR HERNÁNDEZ, «Extranjería y ciudadanía de la Unión Europea», en el número monográfico sobre «Extranjería e Inmigración en España y la Unión Europea» publicado en *Colección Escuela Diplomática*, n.º 3 (1998), 103-126, pp. 110-119. Para otra preferentemente material, ver A. MARQUINA, «El lento proceso de elaboración de una política de inmigración común en la Unión Europea», en A. MARQUINA (ed.), *Flujos migratorios norteafricanos hacia la Unión Europea. Asociación y diplomacia preventiva*, Madrid 1997, 91-121, pp. 98-110.

³⁰ Cfr. N. FERNÁNDEZ SOLA, «Distintas aproximaciones de la Unión Europea al fenómeno de la inmigración. Variedad tipológica de inmigrantes en la Unión Europea», en N. FERNÁNDEZ SOLA y M. GARCÍA CALVO (Coords.), *Inmigración y Derechos*, Zaragoza 2001, 125-146, pp. 130-135.

³¹ Ver art. 2, guión cuarto, del TUE tal y como queda modificado por el Tratado de Amsterdam: «La Unión tendrá los siguientes objetivos: ... —mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia...» Para una recopilación de textos sobre este objetivo, consultar F. J. CARRERA HERNÁNDEZ y N. NAVARRO BATISTA (eds.), *El espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea. Textos fundamentales*, Madrid 1999.

³² Ver arts. 61-69 TCE más los Protocolos y las Declaraciones anejos al Tratado de interés para el caso. Se mantiene, no obstante, el Título VI del TUE reestructurado y modificado por el Tratado de Amsterdam, si bien reducido a la cooperación intergubernamental policial y judicial en materia penal (ver arts. 29-42 TUE).

co años desde la entrada en vigor del Tratado (por tanto, antes del 1 de mayo de 2004) un *corpus* normativo con los caracteres y sistemas de control propios del Derecho Comunitario, atrayendo por tanto al pilar comunitario la cooperación intergubernamental acordada en Maastricht. El Título IV TCE pretende, en suma, regular las consecuencias que provocará la supresión de los controles en las fronteras interiores y el perfeccionamiento del mercado interior en lo que concierne a las personas³³, dedicando especial atención a la previsión de una política de inmigración y de un régimen común de extranjería para los nacionales no comunitarios, que acompañen y complementen la libertad de circulación de los ciudadanos comunitarios³⁴. En el bien entendido de que esta proyectada comunitarización se llevará a cabo con la cautela eminentemente intergubernamental que impone exigir la unanimidad en el seno del Consejo y limitar la participación del Parlamento Europeo al dictamen consultivo.

Los avances en esta materia se han acrecentado y consolidado mediante la incorporación del acervo Schengen en virtud del «Protocolo por el que se integra el acervo Schengen en el marco de la Unión Europea», anejo al Tratado de Amsterdam, cuyo artículo 2 establece que dicho acervo es inmediatamente aplicable a trece (excluyendo al Reino Unido e Irlanda) de los quince Estados miembros desde el 1 de mayo de 1999, día de la entrada en vigor del tratado de Amsterdam, si bien el artículo 3 del mis-

³³ No olvidemos que el art. 14 TCE, que es Derecho originario, excluye en principio cualquier control en las fronteras interiores.

³⁴ Prescindimos, por considerarlo excepcional, del estudio del régimen de acogida y estancia en la Unión Europea de solicitantes de asilo, refugiados y personas desplazadas: ver, si se quiere, la Directiva sobre el estatuto de refugiado (DOCE C 62, de 27-2-2001); J. J. MARTÍN ARRIBAS, *Los Estados europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo*, Madrid 2000, pp. 111-233; y A. VALLE GÁLVEZ, «La libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia (II)», en M. LÓPEZ ESCUDERO y J. MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES (Coords.), *Derecho Comunitario Material*, Madrid 2000, 51-63, pp. 57-60. Para resumir y manifestar la interdependencia que existe entre el DIP y el Derecho Comunitario, el Tratado de Amsterdam hace una expresa remisión al marco convencional general aplicable en la materia (la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y el Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el estatuto de los refugiados, así como otros tratados pertinentes), y a la necesidad de coordinarse con la actuación de las Organizaciones Internacionales, en particular las Naciones Unidas. Lo relevante, pues, es «la asunción como Derecho originario de este marco convencional e institucional», de modo que la conducta de la Unión Europea se encuentra sujeta a los contenidos del DI vigente en la materia (p. 58).

mo Protocolo autoriza un régimen diferenciado para Dinamarca³⁵. El artículo 1 del Protocolo autoriza a los trece Estados miembros signatarios del Convenio de Schengen a establecer entre sí una cooperación reforzada de Derecho originario dentro del marco institucional y jurídico de la Unión Europea, que no requiere por tanto ningún procedimiento previo de puesta en marcha y cuyo ámbito de aplicación también está determinado por el propio acervo Schengen³⁶.

No estudiamos en este trabajo, aunque nos sirve de presupuesto para el mismo como punto de referencia y elemento comparativo, el estatuto personal de los nacionales comunitarios, que como es bien sabido gozan de un régimen especial y más favorable como ciudadanos de la Unión Europea, una especie de *tertium genus* respecto de las instituciones tradicionales de la nacionalidad y extranjería³⁷, que ha sido aceptado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al entender que posee una justificación objetiva y razonable. Ello explica, por ejemplo, que el Real Decreto 543/2001, de 18 de mayo³⁸, sobre acceso al empleo público de la Administración General del Estado y sus Organismos públicos de nacio-

³⁵ Ver A. MANGAS MARTÍN (ed.), *Tratado de la Unión Europea, Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y otros actos básicos de Derecho Comunitario*, 9.ª ed., Madrid 2001, pp. 638-642 y ss. y 792-795. En los arts. 4 y 5 del Protocolo se han previsto las condiciones a cumplir por los Estados no participantes si desean incorporarse a esta cooperación reforzada. De hecho, a solicitud del gobierno irlandés, el Consejo ha reconocido recientemente a Irlanda participar en ciertas disposiciones del acervo Schengen (DOCE L 64, de 7-3-2002, p. 20).

³⁶ Ver M. URREA CORRES, *La cooperación reforzada en la Unión Europea. Concepto, naturaleza y régimen jurídico*, Madrid 2002, pp. 284-296.

³⁷ Ver arts. 17 a 22 TCE, en relación con el art. 1 del Convenio de Schengen, que define al extranjero «como toda persona que no sea nacional de los Estados miembros de las Comunidades Europeas». En cuanto a España, el art. 1.2º de la LO 8/2000 excluye de su ámbito de aplicación a los nacionales comunitarios salvo «en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables», cuya entrada y permanencia en España, así como la de los nacionales de otros Estados partes en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, se regula por el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio (BOE de 30 de junio y corrección de errores en BOE de 18 de noviembre), con las modificaciones incorporadas en el Real Decreto 737/1995, de 5 de mayo (BOE de 5 de junio), y 1710/1997, de 14 de noviembre (BOE de 15 de noviembre). Cfr. por la doctrina A. ORTIZ-ARCE, «Los extranjeros no comunitarios ante el Derecho comunitario europeo», en F. MARIÑO MENÉNDEZ (ed.), *Derecho de extranjería, asilo y refugio*, Madrid 1996, 155-176, pp. 156 y ss.

³⁸ BOE de 31 de mayo de 2001 (corrección de errores en BOE de 3 de octubre de 2001), ver Preámbulo y arts. 1 a 5 del Real Decreto.

nales de otros Estados a los que se aplica el derecho a la libre circulación de trabajadores, haya excluido legítimamente de su ámbito de aplicación personal a los nacionales de terceros Estados salvo que medie un tratado internacional por el que sea de aplicación la citada libre circulación. Dicho Real Decreto regula en España el acceso limitado al sector público de los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea en igualdad de condiciones que los españoles, a excepción de aquellos empleos que impliquen una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público y se trate de funciones que tengan por objeto la salvaguarda de los intereses del Estado o de las Administraciones públicas (como las fuerzas armadas, las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado y los órganos constitucionales, entre otros).

Si hiciéramos un primer balance³⁹, el proceso de comunitarización apenas acaba de empezar; padece una excesiva confusión y complejidad jurídica porque en el Título IV TCE se mezcla en un *totum revolutum* la regulación del asilo y refugio, los visados, la inmigración y la extranjería propiamente dicha y queda además matizado por siete protocolos, diecisiete declaraciones anexas al Acta Final más cuatro declaraciones de Estados miembros de las que toma nota la Conferencia; está sometido a evidentes limitaciones materiales, temporales y territoriales (período transitorio de cinco años, unanimidad del Consejo, cláusula de salvaguardia del orden público —artículo 64.1º TCE— y exclusión voluntaria de tres Estados miembros del ámbito del Título IV); y, por si fuera poco, sufre una cierta contaminación intergubernamental a causa de la quiebra del monopolio de la iniciativa legislativa de la Comisión (puede correr a cargo de un Estado miembro) y la relegación del papel del Parlamento Europeo a la simple consulta; además, el Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001, aún pendiente de entrar en vigor, no ha aportado ningún cambio relevante al respecto en buena prueba de las dificultades políticas a las que se enfrenta el avance del proceso de comunitarización. Nuestro análisis del régimen jurídico vigente parte de este contexto todavía muy provisional y aleatorio y lo tiene en cuenta.

³⁹ Seguimos a J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Madrid 2002, pp. 64-66.

2. UN RÉGIMEN JURÍDICO INCIPIENTE

A) *Mucha atención a la inmigración y poca al régimen de extranjería: control y ordenación de los flujos y colaboración con terceros Estados*

En primer lugar, como el propio caso español pone de manifiesto, la política de inmigración que Amsterdam prefigura convive ahora con un importante margen de competencia nacional en estas materias, ya que el artículo 63.4, segundo párrafo, del TCE reconoce que los Estados miembros «pueden mantener o introducir en los ámbitos de que se trate disposiciones nacionales» en tanto que sean compatibles con el TCE y con los acuerdos internacionales, cláusula de salvaguardia que remite al DI convencional tanto general como particular en la materia; se trata, pues, de un ámbito de competencia compartida cuya parte principal la siguen deteniendo por ahora los Estados miembros. En segundo lugar, el Derecho Comunitario originario vigente desde el Tratado de Amsterdam no es explícito acerca del régimen de extranjería aplicable a los nacionales extracomunitarios, sobre todo cuáles sean sus derechos cuya protección pretende asegurar según declara el artículo 61.b TCE. De hecho, el artículo 63.4, primer párrafo, del TCE sólo prevé regular las condiciones bajo las que los nacionales extracomunitarios podrán cambiar su residencia legal de un Estado miembro a otro Estado miembro, salvándose también en este caso la competencia de los Estados miembros para introducir disposiciones nacionales compatibles con el Derecho Comunitario y con los acuerdos internacionales en la materia. En tercer lugar, las instituciones comunitarias están llevando a cabo desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam un apreciable esfuerzo para diseñar una política común de inmigración y extranjería, pero es evidente que tanto los líderes europeos como el Consejo, siguiendo desde luego las pautas de Amsterdam, han jerarquizado como primera prioridad la política de inmigración. Por tanto, la nueva legislación española en la materia, muy preocupada por el control y ordenación del flujo migratorio así como por la distinción entre inmigrante legal e ilegal, atiende y respeta sin duda esta prioridad comunitaria.

Podemos sostener que el Derecho Comunitario sobre inmigración se articula en torno a tres grandes conceptos, a saber, visados, inmigración legal e inmigración ilegal. Si empezamos por el primer renglón (visados),

el artículo 62 TCE se centra en las medidas sobre el cruce de las fronteras exteriores, las condiciones para estancias breves no superiores a tres meses de nacionales de terceros países y el régimen de visados de corta duración, reconociéndose la competencia de los Estados miembros para celebrar acuerdos con terceros siempre que observen el Derecho Comunitario y el DI convencional pertinente al caso. Estas medidas de acompañamiento se han visto muy facilitadas gracias precisamente a la integración del acervo Schengen como Derecho de la Unión. Es fácil, sin embargo, que se produzcan colisiones entre este Derecho en ciernes y las normas que los Estados miembros pueden todavía dictar en la materia, como se aprecia en una reciente sentencia de nuestro TC⁴⁰. Por tanto, aun tratán-

⁴⁰ Es oportuno citar *in extenso* las observaciones hechas por el Magistrado J.D. González Campos en su voto particular formulado a la STC 13/2001 (BOE de 1 de marzo de 2001), discrepando de la mayoría de la Sala que desestimó una demanda de amparo por supuesta vulneración del derecho a no ser discriminado por razón de la raza, al considerar la mayoría conforme a derecho una diligencia policial de identificación en la estación de ferrocarril de Valladolid que utilizó el criterio racial como indicio de una mayor probabilidad de que la requerida a identificarse, de raza negra y que resultó ser nacional española, fuera extranjera:

«...ha de tenerse presente que el control general de los extranjeros se ha potenciado en España a partir de 1994, tras la adhesión al Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985. *Si bien no cabe estimar que dicho control, con carácter general respecto a las personas y efectuado en cualquier zona del territorio nacional, venga impuesto por el Derecho comunitario.*

En efecto, uno de los objetivos básicos de la Unión Europea según el Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997 es el de mantener y desarrollar la Unión 'como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas'. A lo que ciertamente se agrega, 'conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia' (art. 2). *Pero ello no significa que estas medidas estén destinadas a restringir la libertad de circulación sino que poseen otra finalidad: el control del acceso por nacionales de terceros Estados al espacio comunitario.* Lo que se corrobora en el nuevo Título IV del Tratado constitutivo de la Comunidad europea reformado por el Tratado anteriormente citado, *pues su art. 62 contrapone claramente, de un lado, 'la ausencia de controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores' tanto de los ciudadanos de la Unión como de los nacionales de terceros países (apartado 1), con las 'medidas sobre el cruce de las fronteras exteriores de los Estados miembros', que en diferentes extremos indicados en este precepto condicionan el acceso de los extranjeros al espacio de la Comunidad europea (apartado 2).*

Este dato, a mi entender, es relevante para el caso resuelto por la Sentencia de la que discrepo, dado que el control de extranjeros no se ha llevado a cabo en su

dose de un ámbito poco conflictivo, de contenido administrativo y adjetivo⁴¹, aun reconociendo que la vigente legislación española se atiende plenamente a las normas comunitarias en vigor, siempre cabe que se produzcan tensiones entre ambos ordenamientos a la hora de su aplicación concreta, como el voto particular del Magistrado González Campos pone de manifiesto.

En virtud del citado artículo 62 TCE, en relación con el vecino artículo 61, el Consejo ha adoptado el nuevo Reglamento CE 539/2001, de 15 de marzo de 2001, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores de la Unión y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación siempre que la duración de su estancia no supere los tres meses⁴². Sin embargo, la ausencia de una coordinación efectiva entre los Estados miembros viene posibilitando que un extranjero consiga un visado en un consulado tras haber sido rechazado en otro u otros; de ahí que ahora se persiga el objetivo de crear un visado común con un banco de datos común que combata con eficacia el *visa shopping*, o lo que es lo mismo, seguir avanzando en la comunitarización de esta política pública⁴³, con el fin de evitar que los visados de corta duración se conviertan en un aliviadero para la inmigración ilegal.

En cuanto a la inmigración legal, el art. 63.3 TCE aborda a corto (cinco años) y medio plazo una serie de medidas sobre política de inmigración, por tanto dirigidas exclusivamente a nacionales extracomunitarios, centradas en los siguientes aspectos. Se prevé regular las condiciones de entra-

ámbito natural, esto es, en los puestos autorizados para su entrada en las fronteras de los Estados miembros, sino en el interior del país y lejos de éstas. Lo que hace que sea cuestionable que la medida, en atención a este dato, pueda considerarse proporcionada en relación con su finalidad. Y ello se refuerza si se contrasta con el objetivo antes indicado del Derecho comunitario, la libre circulación de personas, pues mal se compadece con este objetivo un control de carácter general y que se lleva a cabo en cualquier lugar del territorio español» (fj 5 del voto particular; la cursiva es nuestra).

⁴¹ Ver MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *op. cit.*, pp. 150-158.

⁴² Ver DOCE L 81, de 21-3-2001. El presente Reglamento sustituye al Reglamento CE 574/1999 citado *supra* en nota 29. En el Consejo Europeo de Sevilla se ha acordado revisar esas listas antes de que termine 2002 (ver *supra* nota 25).

⁴³ Se ha modificado recientemente el modelo uniforme de visado y se ha adoptado un modelo uniforme de impreso con la finalidad de mejorar su seguridad (DOCE L 53, de 23-2-2002, pp. 4 y 7); también se ha desarrollado a este efecto un sistema de comparación de impresiones dactilares (DOCE L 62, de 5-3-2002, p. 1).

da y residencia, así como las normas sobre expedición de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar⁴⁴. Ya sabemos que los Estados miembros pueden todavía celebrar acuerdos con terceros países en estos ámbitos siempre que respeten el Derecho Comunitario. En su virtud, España, de acuerdo con las actuaciones previstas en el ya citado Programa GRECO⁴⁵, viene celebrando una serie de convenios bilaterales sobre inmigración con los Estados de origen de los principales flujos migratorios que recibe (a saber y por orden cronológico, Colombia, Ecuador, Marruecos, República Dominicana y Polonia⁴⁶). El fin de dichos convenios es ordenar dichos flujos sobre la base de un acuerdo equilibrado de los intereses en presencia que alcanza, por citar los aspectos más relevantes, no sólo a la colaboración para el control de los flujos sino también al trato justo y no discriminatorio y a la integración social de los trabajadores migrantes de los Estados de origen, sin olvidar el codesarrollo socioeconómico de esos Estados, estableciendo entre otras vías el mecanismo efectivo de la reagrupación familiar para el primer objetivo y el de los programas de retorno voluntario y reinserción laboral de los trabajadores migrantes para el segundo. No nos consta que exista o se haya alegado contradicción alguna entre el contenido de esos convenios y el incipiente Derecho Comunitario en esta materia.

⁴⁴ De hecho, hay una propuesta de Directiva sobre las condiciones de entrada y residencia (*DOCE C 332E*, de 27-11-2001), una iniciativa legislativa de la Comisión que como otras en esta materia ha sido recibida con cautela y ánimo restrictivo en el seno del Consejo, según opinión del CES (ver Dictamen citado *supra* en nota 8, pág. 2.1).

⁴⁵ Ver epígrafes IV-1.3 («Ordenación de la llegada de inmigrantes desde los países de origen, mediante la firma de Convenios que contemplen todos los aspectos del fenómeno migratorio») y 1.4 («Codesarrollo de los países de origen y tránsito de los inmigrantes») del Programa GRECO, cit. *supra* en nota 9.

⁴⁶ Ver los Acuerdos entre España y Colombia de 21 de mayo de 2001 (*BOE* de 4 de julio), España y Ecuador de 29 de mayo de 2001 (*BOE* de 10 de julio), España y Marruecos de 25 de julio de 2001 (*BOE* de 20 de septiembre), España y República Dominicana de 17 de diciembre de 2001 (*BOE* de 5 de febrero de 2002) y España y Polonia de 21 de mayo de 2002 (*BOE* de 20 de septiembre de 2002). Todos los Acuerdos responden al mismo patrón y las diferencias entre ellos son de detalle, salvo en el caso del Acuerdo con Polonia, lo que se explica por su próxima adhesión a la Unión Europea. Cfr. en este sentido los Preámbulos de todos ellos así como los arts. 6, 12 y 15 del Acuerdo con Colombia; 6, 13 y 19 del Acuerdo con Ecuador; 6 y 16 del Acuerdo con Marruecos, sin duda el de contenido más pobre; y 6, 10 y 16 del Acuerdo con la República Dominicana. Así como los arts. 2, 3, 5, 6, 8 y 9 del Acuerdo con Polonia.

Respecto a la inmigración ilegal, el citado artículo 63.3 TCE prevé la adopción de medidas sobre la inmigración y residencia ilegales de nacionales extracomunitarios, incluida la repatriación de residentes ilegales, fijando así una clara base jurídica para la adopción por parte de la Comunidad Europea de medidas generales sobre el retorno de las personas que se encuentren ilegalmente en territorio comunitario y la celebración de acuerdos de readmisión con terceros Estados⁴⁷, que deben jugar un papel clave en el diseño de esa nueva política común de inmigración. La reducción de la inmigración ilegal y especialmente la lucha contra las redes organizadas (mafias) dedicadas a este tráfico y a la trata de seres humanos se contempla en los artículos 29, 31.e) y 34.2.b) dentro del Título VI (cooperación policial y judicial en materia penal) del TUE, que animan a la adopción de medidas de cooperación intergubernamental, tanto policiales como judiciales, para combatir esas actividades ilícitas.

Dichas actividades se perciben, además, desde las instituciones europeas como uno de los principales problemas que afectan a la realización del espacio de libertad, seguridad y justicia que propugna el Tratado de Amsterdam; de ahí que en las Conclusiones del Consejo Europeo extraordinario de Tampere (Finlandia), reforzadas en el Consejo Europeo de Sevilla, se invitara al Consejo a celebrar acuerdos de readmisión o bien a insertar cláusulas modelo en los acuerdos de asociación o cooperación que celebre con terceros Estados o grupos de Estados. Por tanto, el Consejo y la Comisión han entendido que una política de retorno voluntario o forzoso de los residentes ilegales y de readmisión en sus Estados de origen forma parte integrante y fundamental de la lucha contra la inmigración

⁴⁷ Aspecto sobre el que la Comisión viene trabajando y acaba de elaborar un «Libro Verde» recomendando y abriendo un debate sobre la necesidad de definir una política común en materia de retorno y readmisión en el contexto de una política global sobre inmigración: ver «Libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales», COM(2002) 175 final, de 10 de abril de 2002. Para la Comisión, un acuerdo de readmisión es aquel «por el que se establecen los procedimientos prácticos y los medios de transporte para el retorno y la readmisión por las partes contratantes de las personas que residen ilegalmente en el territorio de una de las partes contratantes» (p. 28). Cfr. por la doctrina J. D. JANER TORRENS, «Política común de inmigración y acuerdos de readmisión», en *Comunidad Europea Aranzadi*, Mayo 2001, 29-35, pp. 32-33. En las Conclusiones del Consejo Europeo de Sevilla se prevé, en sintonía con los contenidos de ese «Libro Verde», la aprobación antes de finalizar 2002 de un programa de repatriaciones de inmigrantes ilegales (ver *supra* nota 25).

clandestina⁴⁸. Por ello se anima a celebrar acuerdos de readmisión o a insertar cláusulas modelo en otros acuerdos entre la CE y los países terceros, como ocurre en los Acuerdos de Cooperación y de Asociación⁴⁹, en nuestra opinión una pretensión plausible en reciprocidad a la igualdad de trato respecto de ciertos derechos sociales que en esos Acuerdos se ofrece a los trabajadores de terceros países y a sus familiares regularmente establecidos en territorio comunitario⁵⁰.

Pero la Comisión confiesa encontrar dificultades apreciables para avanzar en las negociaciones de esos acuerdos de readmisión ante la imposibilidad de ofrecer contrapartidas de interés a los terceros Estados (que son origen de la inmigración o sirven de tránsito) en este ámbito; por ello recomienda la complementariedad con otras políticas comunitarias para

⁴⁸ Ver el «Libro Verde» ya citado, pp. 6-12 y 25-27. Se ha autorizado a la Comisión para negociar acuerdos de readmisión con Rusia, Marruecos, Pakistán, Sri Lanka y las regiones administrativas especiales chinas de Hong Kong y Macao de conformidad con el art. 300 TCE, y pronto entrará en vigor el primer acuerdo comunitario de readmisión celebrado con Hong Kong.

En cuanto a las cláusulas modelo de readmisión, las más recientes corresponden al Acuerdo con Uzbekistán (*DOCE* L 229, de 31-8-1999, p. 22) y al Acuerdo de Cotonú entre la Unión Europea y los países ACP (*DOCE* L 317, de 15-12-2000, pp. 10-11). Como cabía esperar, el Consejo Europeo de Sevilla ha instado a que se incluya una cláusula modelo más amplia, sobre gestión común de los flujos migratorios, en todo futuro acuerdo de asociación o cooperación de la Unión Europea, para asegurarse la colaboración de los países de origen y tránsito de la inmigración en el control de las fronteras y la readmisión de los inmigrantes ilegales (ver *supra* nota 25).

⁴⁹ Ver el punto 27 de las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, ratificado en las Conclusiones del Consejo Europeo de Sevilla. Cfr. el sistema de colaboración, que entendemos muy blando, para prevenir y controlar la inmigración ilegal que establece el art. 69 del Acuerdo Euro-mediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros, por una parte, y el Reino de Marruecos por otra, hecho en Bruselas el 26 de febrero de 1996, publicado en el *BOE* de 1 de marzo de 2000; ver sobre este Acuerdo A. ALMEIDA NASCIMENTO, «Las relaciones entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos: el marco general y el Acuerdo Euromediterráneo de Asociación», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 10 (2001), 545-593, pp. 565 y ss.

⁵⁰ Ver, por ejemplo, el Acuerdo concluido con Marruecos citado en la nota precedente, arts. 64 a 66, y ALMEIDA NASCIMENTO, loc. cit., pp. 587-591. Esta igualdad de trato en el ámbito social también se contempla en los Acuerdos de asociación con los Estados de la antigua Europa socialista, si bien en este supuesto se trata de Estados candidatos a la adhesión: ver, por ejemplo, los Acuerdos de asociación con Hungría y Polonia en *DOCE* L 347 y L 348, de 31-12-1993.

alcanzar los objetivos propuestos sobre retorno y readmisión. Ahora bien, aunque el objetivo y la tarea no son fáciles, es evidente que la prevención y control de la inmigración ilegal en la Unión Europea pasa por estos acuerdos de readmisión, visto el escaso éxito de los acuerdos bilaterales celebrados por los Estados miembros, del que puede servir como ejemplo el Acuerdo entre España y Marruecos relativo a la readmisión de personas en situación irregular, de 13 de febrero de 1992, que Marruecos incumple sistemáticamente negándose a readmitir a los nacionales de otros países que utilizan su territorio para pasar clandestinamente a España⁵¹.

De cualquier manera, la nueva política y legislación española en la materia se ha aplicado decididamente en idéntico sentido⁵²; otro asunto es juzgar la fortuna de ciertas iniciativas políticas adoptadas en este contexto por nuestra Administración, como la costosa y disfuncional repatriación voluntaria de ecuatorianos en situación ilegal para organizar luego su regreso dentro del llamado contingente anual, finalmente fracasada.

La comunitarización de la política de inmigración y extranjería iniciada en Amsterdam ha recibido un impulso político decisivo en las Cumbres de Tampere (Finlandia) de octubre de 1999 y Sevilla de junio de 2002. En Tampere se sientan las bases del consenso sobre la política común de inmigración conforme a las siguientes directrices principales: la colaboración con los Estados de origen de la inmigración (punto 11), la concesión de un trato justo al inmigrante que facilite su integración y aproxime su estatuto jurídico al de los ciudadanos de la Unión (puntos 18 a 21)⁵³,

⁵¹ Ver *BOE* de 25 de abril de 1992, arts. 1 a 3, 6 y 8 del Acuerdo.

⁵² Ver *supra* notas 9 y 44 y textos correspondientes.

⁵³ El punto 18 reza así: «La Unión Europea debe garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de sus Estados miembros. Una política de integración más decidida debería encaminarse a concederles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión, así como a fomentar la ausencia de discriminación en la vida económica, social y cultural y a desarrollar medidas contra el racismo y la xenofobia».

El punto 21 dice así: «El estatuto jurídico de los nacionales de terceros países debería aproximarse al de los nacionales de los Estados miembros. A una persona que haya residido legalmente en un Estado miembro durante un período de tiempo por determinar y que cuente con un permiso de residencia de larga duración, se le debería conceder en ese Estado miembro un conjunto de derechos de carácter uniforme lo más cercano posible al de los ciudadanos de la Unión, que contenga, por ejemplo, el derecho a residir, recibir educación y trabajar por cuenta ajena o propia, sin olvidar el principio de no discriminación respecto de los ciudadanos del Estado de residencia».

la gestión de los flujos migratorios y la erradicación de la inmigración ilegal (punto 23). Estas grandes directrices de la política de inmigración se conjugan con otras medidas concretas, como el desarrollo de campañas de información en los Estados de origen de la inmigración, el fomento del retorno voluntario y la ayuda a los Estados de origen y de tránsito para que cumplan las obligaciones de readmisión que les incumben frente a la Unión y los Estados miembros. Como vemos, el peso se inclina claramente del lado de la política de inmigración, programáticamente preventiva, fundada en la seguridad del control y la ordenación de los flujos migratorios gracias a una parafernalia de medidas represivas, y en la conveniencia de la colaboración con los países de origen y tránsito de los flujos que llegan a Europa⁵⁴. Esta es, pues, la fuente del cambio y del endurecimiento relativo de la política y legislación española sobre inmigración.

B) *El principio de no discriminación, clave de bóveda del régimen de extranjería*

El estatuto jurídico del nacional extracomunitario en la Unión Europea no es uniforme y viene determinado tanto por las escasísimas normas comunitarias sobre extranjería, que comparten su regulación con las normas de cada Estado miembro, como por los acuerdos mixtos celebrados en su caso por ese tercer Estado con la Comunidad Europea y sus Estados miembros.

Si prescindimos de los actos adoptados por el Consejo en el ámbito intergubernamental de la cooperación en asuntos de justicia y de interior anteriores además al Tratado de Amsterdam⁵⁵, es lógico que apenas se haya

⁵⁴ Ver por todos MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *op. cit.*, pp. 162-168.

⁵⁵ Ver Resolución del Consejo de 4 de marzo de 1996 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países que son residentes de larga duración en el territorio de los Estados miembros (DOCE C 80, de 18-3-96); Resolución del Consejo de 20 de junio de 1994 sobre las limitaciones de la admisión de nacionales de países no comunitarios para trabajar en el territorio de los Estados miembros (DOCE C 274, de 19-9-1996); y Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997 relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (DOCE C 221, de 19-7-1997). Cfr. J. M. RODRÍGUEZ BARRIGÓN, «La extranjería en la Unión Europea», en F. MARINO MENÉNDEZ y C. FERNÁNDEZ LIESA (Dir. y Coords.), *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo*, Madrid 2001, 95-146, pp. 119-125.

desarrollado el Derecho derivado en la materia sobre todo en aspectos controvertidos, dado el corto plazo de tiempo transcurrido desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam y las importantes diferencias de criterio que aún persisten entre los Estados miembros. Sirvan de prueba la Propuesta de Directiva sobre el derecho a la reagrupación familiar, presentada por la Comisión en diciembre de 1999⁵⁶, y la Propuesta modificada⁵⁷, estancada desde entonces; así como la Propuesta de Directiva sobre el Estatuto de los residentes de larga duración⁵⁸, en la que la Comisión, con el respaldo del CES⁵⁹, apostaba por la adquisición de dicho estatuto a los cinco años de residencia, con derechos comparables a los de la ciudadanía europea, entre ellos el de la libertad de circulación y establecimiento. Ambas propuestas no han gozado del favor del Consejo; si bien en la Cumbre de Sevilla parece haberse desbloqueado esta última propuesta y se anuncia su aprobación en el 2003, imaginamos que no en los mismos términos propuestos por la Comisión. Pero conviene recordar, en sintonía con la posición de la Comisión, que la nueva legislación española también establece el mismo plazo de cinco años de residencia legal temporal de forma continuada para lograr la residencia permanente en España⁶⁰.

A pesar de estas dificultades, en sus Comunicaciones al Consejo y al Parlamento Europeo la Comisión viene intentando el diseño de propuestas concretas de desarrollo de las directrices de la Cumbre de Tampere, confirmadas en la Cumbre de Sevilla, que fijen un diagnóstico y articulen un marco normativo que cuenten con el consenso de los Estados miembros⁶¹. Para ello, la Comisión se ha avenido a ser muy severa frente a la inmigración ilegal, apostando por la represión penal del tráfico ilícito y la trata de personas así como por la sanción administrativa tanto contra los transportistas que incumplan sus obligaciones como contra el empleo

⁵⁶ En COM(1999) 638 final, 1 de diciembre de 1999.

⁵⁷ En COM(2000) 624 final, 10 de octubre de 2000.

⁵⁸ En COM(2001) 127 final, 13 de marzo de 2001.

⁵⁹ Ver Dictamen en *DOCE* C 36, de 8-2-2002.

⁶⁰ Ver art. 32 de la LO 8/2000 en relación con el art. 42 de su Reglamento de ejecución.

⁶¹ Ver la «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la política comunitaria de migración», COM(2000) 757 final, 22 de noviembre de 2000; y la «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una política común de inmigración ilegal», COM(2001) 672 final, 15 de noviembre de 2001, así como el Dictamen del CES de 25-4-2002 sobre dicha «Comunicación», aprobado casi por unanimidad, en *DOCE* C 149, de 21-6-2002, pp. 79-83.

ilegal de personas en situación irregular, además de la exigencia a los futuros Estados miembros de que acepten todo el acervo Schengen⁶². Al mismo tiempo, siempre con más cautela, la Comisión ha avanzado también soluciones normativas que prueban la preocupación de la Unión Europea por atender, complementaria y paralelamente, tanto los requerimientos sobre la prevención y control de la inmigración ilegal como las exigencias de un trato justo y la integración de la inmigración legal⁶³.

Así se refleja en el escaso Derecho derivado hoy vigente en la materia. Por un lado, el rigor con los inmigrantes ilegales: la Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, cuyo plazo de transposición finaliza el 2 de diciembre de 2002, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países⁶⁴, fundada naturalmente en el artículo 63.3 TCE, tiene por objeto permitir el reconocimiento de una decisión de expulsión adoptada por una autoridad competente de un Estado miembro contra un nacional de un tercer país que se encuentre en el territorio de otro Estado miembro, basada ya «en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacionales» ya «en el incumplimiento de las normas nacionales sobre entrada o residencia de extranjeros», previsión que incide en el tratamiento severo ya comentado de la inmigración ilegal en el seno de la Unión Europea, dentro siempre del debido respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales de los extranjeros sometidos a estas medidas⁶⁵.

⁶² Ver epígrafes 4.7 y 5 del documento COM(2001) 672 final, cit. en nota precedente. Conforme al Convenio de las Naciones Unidas contra la criminalidad organizada transnacional y sus dos protocolos de acompañamiento sobre el tráfico de migrantes y la trata de personas, firmados en Palermo el 15 de diciembre de 2000, aún no en vigor, se entenderá por tráfico ilícito de migrantes facilitar la entrada ilegal de una persona en un Estado parte del que no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico o de orden material; el tráfico, por tanto, siempre posee un elemento transnacional. En cambio, la trata implica la intención de explotar a una persona, con independencia de cómo haya llegado (legal o ilegalmente) esa persona al lugar donde se realiza la explotación. La inmigración ilegal, en sentido estricto, se relaciona exclusivamente con la entrada y residencia ilegal de personas en un Estado sin que sean necesariamente víctimas de traficantes o tratantes. Cfr. por la doctrina PÉREZ CEPEDA, loc. cit., pp. 46-49. Sobre las sanciones a los transportistas, ver la Directiva 2001/51/CE del Consejo, en DOCE L 187, de 10-7-2001.

⁶³ Como demanda muy sensatamente el CES en su Dictamen recién citado en nota 59 (ver párs. 2.8 y 3.1).

⁶⁴ Ver DOCE L 149, de 2-6-2001.

⁶⁵ Ver arts. 2 y 3 de la Directiva 2001/40.

Por otro lado, la exigencia al menos de un trato justo al inmigrante legal: la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico⁶⁶, cuyo plazo de transposición acaba el 19 de julio de 2003, si bien está fundada en el artículo 13 TCE en relación con el artículo 6 TUE, extiende expresamente su aplicación mediante el párrafo 13 de su Preámbulo a los nacionales extracomunitarios⁶⁷ que sean inmigrantes económicos, sobre todo si son residentes permanentes o de larga duración, defendiendo también en su favor la ausencia de toda discriminación tanto directa como indirecta basada en el origen étnico o racial especialmente en el mercado laboral (acceso al empleo, condiciones de trabajo, afiliación a organizaciones de trabajadores o empresarios, protección social), facilitando su integración social incluso mediante acciones positivas que tiendan a prevenir o compensar las desventajas que afecten a estas personas⁶⁸. Conviene subrayar que el art. 23.2º de la LO 8/2000 califica como actos de discriminación la mayor parte de los establecidos en la Directiva 2000/43.

La ampliación del ámbito de aplicación del principio de no discriminación del artículo 13 TCE tiene continuidad en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, firmada y solemnemente proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza⁶⁹, que carece de valor jurídico vinculante pero que abunda en la formulación de algunos derechos aplicables a los nacionales extracomunitarios con el loable propósito de ir dotando de contenido normativo a su estatuto jurídico⁷⁰, girando su nú-

⁶⁶ DOCE L 180, de 19-7-2000. Cfr. M. REQUENA CASANOVA, «La aplicación de la Directiva 2000/43 del Consejo, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico a los nacionales de terceros Estados: un paso hacia delante en su integración en la UE», en *Actas de las XIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid 2002, en prensa (consultado y citado por cortesía del autor).

⁶⁷ «Esta prohibición de discriminación se aplicará asimismo a los nacionales de terceros países, pero no se refiere a las diferencias de trato basadas en la nacionalidad y se entiende sin perjuicio de las disposiciones que regulan la entrada y la residencia de los nacionales de terceros países y su acceso al empleo y al ejercicio profesional.» Cfr. en este mismo sentido la redacción del art. 3.2º de esa Directiva (ámbito de aplicación), que deja a salvo el principio de preferencia comunitaria.

⁶⁸ Ver arts. 2 a 5 de la Directiva 2000/43.

⁶⁹ Ver DOCE C 364, de 18-12-2000.

⁷⁰ Es el caso de los arts. 15.3º (derecho a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutaban los ciudadanos de la Unión Europea), 18 (derecho de

cleo duro en torno al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad gracias a la *vis expansiva* que posee el artículo 12 TCE⁷¹, en relación desde Amsterdam con su vecino artículo 13 tal y como hemos apreciado en la Directiva 2000/43. Ahora bien, el principio general de prohibición de la discriminación contra cualquier persona contenido en el artículo 13 TCE, que otorga competencia normativa en la materia a las instituciones comunitarias, está plenamente recogido y mejor desarrollado en el artículo 23 de nuestra LO 8/2000, que no sólo acoge la prohibición general sino que detalla sin ánimo exhaustivo un conjunto de actos de discriminación en su numeral 2.

No obstante, existen riesgos de que se desvirtúe la fuerza expansiva de ese principio. Como desafortunadamente ha hecho el Tribunal Supremo español (a partir de ahora, TS), ampliando torpemente el campo de aplicación de la cláusula de orden público tal y como ha sido interpretada estrictamente en la jurisprudencia comunitaria para el supuesto de expulsión de nacionales comunitarios al supuesto de expulsión de nacionales extracomunitarios, a pesar de la palpable diferencia en el ámbito de aplicación personal⁷². ¿Cómo es posible calificar de razonable, convincente y bien fundada tamaña e indiscriminada exportación del concepto comunitario de orden público al Derecho común de extranjería, aduciendo la necesidad de interpretar restrictivamente una disposición sancionadora que afecta al ejercicio de un derecho fundamental, protegido por el artículo

asilo), 19 (protección en caso de devolución, expulsión y extradición), 21 (no discriminación), 34 (seguridad social y ayuda social) y 45.2º (libertad de circulación y residencia) de dicha Carta. El art. 21.2º de la Carta reza así: «Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea y sin perjuicio de las disposiciones particulares de dichos Tratados.» Entendemos que esta redacción admite interpretar la extensión del principio a los nacionales extracomunitarios que residan legalmente en el espacio de la Unión, con las diferencias y salvedades previstas en esas disposiciones particulares.

⁷¹ El art. 12 TCE reza así: «En el ámbito de aplicación del presente Tratado, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en el mismo, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad.

El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, podrá establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones».

⁷² Ver las SSTs de 18 de abril de 2000 (*Aranzadi* 3365, Ponente Sr. Mateos García), 9 de octubre de 2000 (*Aranzadi* 8623, Ponente Sr. Lecumberri Martí), y 27 de diciembre de 2000 (*Aranzadi* 343 de 2001, Ponente Sr. Lecumberri Martí), citadas y comentadas por COBREROS MENDAZONA, loc. cit., pp. 278-279.

19 CE, del que los extranjeros no estarían excluidos⁷³? ¿Es riguroso equiparar *in genere*, en cuanto a los supuestos de alteración del orden público que den lugar a su expulsión, a un ciudadano de la Unión con un nacional argelino o marroquí? La jurisprudencia de nuestro TS es aún más insensata si se repara en la evidencia de que viene a reducir el Derecho Comunitario a un ordenamiento de mercaderes extraño al hombre de la calle, más preocupado por equiparar los derechos de los nacionales extracomunitarios y de los ciudadanos de la Unión que por desarrollar el estatuto de ciudadanía del TCE potenciando la comunidad jurídica entre los nacionales de los Estados miembros⁷⁴. No olvidemos además que va más lejos que la propia jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia⁷⁵. Sin que ello suponga cuestionar la conveniencia de extender algunos derechos de ciudadanía a los nacionales extracomunitarios, como de hecho ya ocurre con el derecho de petición al Parlamento Europeo (art. 194 TCE), el derecho a dirigirse al Defensor del Pueblo (art. 195 TCE) y el derecho a acceder a los documentos de las Instituciones europeas (art. 255 TCE).

Tan desmesurado es reivindicar hoy la ciudadanía romana como defender en el seno de la Unión Europea la equiparación de derechos mediante

⁷³ Como hace COBREROS MENDAZONA, loc. cit., pp. 280-281.

⁷⁴ Ver la fundada opinión de RODRÍGUEZ BARRIGÓN (loc. cit., pp. 138 *in fine*-145) sobre los desarreglos y riesgos de desvirtuación y congelación del estatuto de ciudadanía de la Unión si prospera la aventurada doctrina partidaria de la equiparación entre ciudadanos de la Unión y extranjeros.

⁷⁵ El TEDH ha declarado compatible con el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), de 4 de noviembre de 1950, enmendado por el Protocolo número 11, de 11 mayo de 1994 (*BOE* de 26 de junio de 1998; corrección de errores en *BOE* de 17 de septiembre), la legislación belga sobre expulsión de extranjeros cuando la justifica a causa de una condena penal, mientras que tal causa no basta para exponer a la expulsión a los nacionales de los Estados miembros; también ha sentado que puede darse un trato diferente a un menor delincuente belga respecto a un menor delincuente extranjero; en fin, para el TEDH Bélgica está sometida a un ordenamiento particular, el Derecho Comunitario Europeo, que hasta ha creado un estatuto propio de ciudadanía y que justifica de forma objetiva y razonable otorgar un trato distinto a los nacionales comunitarios y a los extranjeros en estas materias: ver Sentencias del TEDH de 18 de febrero de 1991 en el Caso *Moustaquin c. Bélgica*, *Série A n.º 193*, párs. 48-49; y de 7 de agosto de 1996 en el Caso *C. c. Bélgica*, *Rec. 1996-III*, párs. 37-38. Cfr., por cierto, en este mismo sentido la Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado, citada *supra* en nota 21, pp. 1009-1010.

la concesión ya de la ciudadanía europea o de una especie de «ciudadanía cívica», a semejanza de la ciudadanía europea, que incluya el derecho al voto en las elecciones locales y en las del Parlamento Europeo, a los nacionales extracomunitarios que dispongan del estatuto de residentes de larga duración⁷⁶; a pesar de que así lo aconseje la moda de lo políticamente correcto frente a una práctica internacional que se nos muestra cotidianamente muy alejada y extraña a esas proposiciones sobre la hermandad universal. En rigor, el sentido de las directrices del Consejo Europeo y de los trabajos de la Comisión en esta materia sugiere el robustecimiento del estatuto de los extranjeros que sean residentes de larga duración en el territorio de la Unión Europea, limitando por ejemplo las posibilidades de expulsión, equiparando sus derechos laborales y sociales a los que gocen los nacionales del Estado miembro en que residan y flexibilizando las condiciones de naturalización para los que la deseen. Ese parece ser el futuro de la política común en esta materia a la vista del ambiente en los Consejos Europeos de Tampere y Sevilla y así parece compartirlo con algún importante matiz discordante la Comisión⁷⁷.

La presencia de otros ordenamientos competentes en la materia (nos referimos al DI convencional sobre derechos humanos), que es ineludible respetar según recomiendan las propias directivas citadas, completa el panorama normativo que sirve de referencia a la política pública y legislación interna españolas sobre extranjería e inmigración; pero ya hemos explicado las razones que nos llevan a no preguntarnos por la compatibilidad de nuestra nueva política y legislación con esos estándares convencionales tanto regionales como universales. No obstante, valga advertir que el carácter incipiente y el todavía leve contenido normativo del Derecho

⁷⁶ Como hace, erróneamente en nuestra opinión, el CES (ver Dictamen citado *supra* en nota 8, párs. 1.4, 1.5, 5.5, 5.6 y 5.7). Que sigue la estela de la Comisión en su propuesta de equiparación de derechos entre residentes extranjeros de larga duración y ciudadanos de la Unión por la vía de una pretendida «ciudadanía cívica» fundada en la Carta de Derechos Fundamentales proclamada en Niza: ver la Comunicación de noviembre de 2000 de la Comisión sobre la política comunitaria de inmigración, COM(2000) 757 final, ya citada *supra* en nota 61.

⁷⁷ Ver al respecto la Comunicación de la Comisión COM(2000) 757 final y sus propuestas sobre la nueva política de inmigración, basada en la integración social del inmigrante mediante avances hacia la libre circulación, la mejora de su situación económica y sociocultural y medidas contra la xenofobia y la discriminación racial. En cambio no compartimos, y el Consejo tampoco, su propuesta de equiparación de derechos con los ciudadanos de la Unión.

Comunitario sobre inmigración y extranjería queda suplido con creces por el CEDH y la jurisprudencia del TEDH que lo interpreta y lo desarrolla.

En fin, como puede observarse, la Unión Europea ha llegado a este inicio de siglo sin una política común en esta materia que sirviera de referencia a sus Estados miembros. Se han ido adoptando, eso sí, medidas parciales y paliativas con el objetivo primordial de controlar la gran inmigración de estos últimos años, sin hacer frente al reto del establecimiento de un estatuto jurídico del extranjero que le ofreciera un trato justo. Es imprescindible que la Unión Europea emprenda este camino y desarrolle un estatuto del nacional extracomunitario fundado esencialmente en el principio de no discriminación y en la integración del residente de larga duración.

III. CONFORMIDAD DE LA POLÍTICA ESPAÑOLA SOBRE INMIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA CON EL DERECHO COMUNITARIO EN LA MATERIA

Es obvio que la LO 8/2000 debe necesariamente someterse a la incipiente política comunitaria sobre extranjería e inmigración, así como al marco jurídico más maduro fijado por las normas convencionales europeas sobre derechos humanos y la jurisprudencia del TEDH que las desarrolla. Dada la escasa entidad de las normas comunitarias en la materia, a causa de la juventud de su proceso de comunitarización, es relativamente fácil que la legislación española cumpla con todos sus requerimientos como así ocurre, *prima facie*, con la citada LO 8/2000 y su Reglamento de aplicación, que en nuestra opinión no ya contrarían sino que son muy coherentes tanto con el Derecho Comunitario vigente como con las directrices políticas fijadas hasta ahora por el Consejo Europeo para su desarrollo.

En efecto, la nueva política española sobre extranjería e inmigración nos parece respetuosa y coherente en todos sus términos con los fundamentos comunitarios recién expuestos, al margen del juicio de valor que dichos fundamentos nos merezcan. No hay mérito sino lógica en que así sea ya que España participa en un proceso de integración regional que ha decidido comunitarizar dicha política tras el evidente fracaso de las políticas de inmigración nacionales de sus Estados miembros⁷⁸. Sería absur-

⁷⁸ Ver A. MARQUINA, «Introducción», en A. MARQUINA (ed.), *op. cit.*, 7-16, *passim*.

do que España contraviniera esa política común en ciernes que supone para nuestro Estado la oportunidad histórica de colaborar en la ordenación de los flujos migratorios masivos hacia la Europa rica, sin duda un reto demográfico y cultural tan decisivo para el futuro de la Unión Europea como el otro gran reto de la adhesión de los Estados de la antigua Europa socialista.

Es más, el actual marco normativo comunitario avala los criterios estratégicos sobre los que se inspira la nueva política y legislación española en la materia⁷⁹. *Ad extra* y en primer lugar, se trata de favorecer como criterio la admisión de nacionales de aquellos países que hayan mantenido o posean una vinculación especial con España, como es el caso de los nacionales iberoamericanos, ya que la evidente afinidad cultural, la posesión de la misma lengua y la práctica de la religión mayoritaria en nuestro Estado son ventajas objetivas que casi garantizan su integración social, uno de los fines principales perseguidos por nuestra legislación en la materia; sin olvidar a los nacionales ecuatoguineanos y saharauis, ya que también poseen esa vinculación especial y las circunstancias políticas que están padeciendo justifican sobradamente un trato preferente por parte de nuestra Administración⁸⁰. En este mismo sentido y en segundo lugar, la proximidad geográfica de Marruecos y los lazos históricos con ese país, especialmente con su mitad norte (el antiguo Protectorado), hacen muy idónea la recepción privilegiada de trabajadores marroquíes como temporeros, como de hecho viene ocurriendo, debiendo lograrse una relación estable y mutuamente ventajosa con el país vecino que pase por una aplicación estricta y leal de los acuerdos alcanzados entre las dos partes.

⁷⁹ Cfr. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *op. cit.*, pp. 202-205; y FERNÁNDEZ SOLA, *loc. cit.*, pp. 142-144.

⁸⁰ A este criterio responde la Ley 32/2002, de 5 de julio, de modificación de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, al objeto de permitir el acceso de extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería (*BOE* de 6 de julio). En su Exposición de Motivos se advierte la conveniencia de «limitar los países cuyos nacionales pueden optar al acceso a los Ejércitos en función de los especiales y tradicionales vínculos históricos, culturales e incluso lingüísticos que les unen a España», aclarándose después en su articulado, concretamente en el nuevo art. 68bis.1º, que se determinará reglamentariamente esa lista de países «entre aquellos que mantienen con España especiales y tradicionales vínculos históricos, culturales y lingüísticos...», «siempre que, por la legislación de su país de origen o por cuanto pueda establecerse en convenios internacionales, no pierdan su nacionalidad al entrar al servicio de las Fuerzas Armadas españolas ni tengan prohibición de alistamiento militar en las mismas».

Por otra parte, *ad intra*, el incipiente marco jurídico comunitario anima y facilita que la política española en este ámbito se guíe por estos otros criterios. En primer lugar y ante todo, el cumplimiento escrupuloso y continuado de las normas europeas (y también internacionales) en la materia, para evitar el círculo vicioso de la explotación y la marginación del inmigrante, que es el mejor caldo de cultivo de la delincuencia de subsistencia, las reacciones xenófobas y el racismo; ello forzaría, llegado el caso, a sancionar con severidad a los empresarios que sigan explotando a los inmigrantes ilegales, porque impiden con su conducta el buen funcionamiento de la política de contingentes y cupos. En segundo lugar, la integración más fácil y rápida del inmigrante, que no se logra con alardes románticos sino con una firme voluntad política de mantener un razonable equilibrio entre los legítimos intereses de los Estados de origen y de los Estados receptores y entre los derechos de los propios inmigrantes y las normas básicas de convivencia (en términos forenses, el *orden público*) del Estado que los acoge⁸¹. En tercer y último lugar, la política pública de inmigración debería ser lo menos onerosa y arriesgada posible para el contribuyente, quien a través de los impuestos y del incremento o empeoramiento de las disfunciones sociales termina pagando las incoherencias y veleidades de toda mala política pública. En el modelo europeo de Estado del Bienestar del que hoy participa España, las bolsas de inmigrantes ilegales, que son pasto de empresarios sin escrúpulos cómodamente instalados en la economía sumergida, ocasionan un coste económico y social que repercute al final tanto sobre el bolsillo del contribuyente como sobre la convivencia ciudadana.

Por último, las posiciones extremas, que sin duda se tocan, de la anomia, la desregulación, el fundamentalismo del mercado global, el tráfico ilícito, la trata o la explotación de inmigrantes, por una parte, y la moda del relativismo cultural y lo políticamente correcto por otra, que se desliza hacia el desvanecimiento de la distinción entre inmigrantes legales e ilegales o entre nacionales comunitarios (ciudadanos de la Unión) y extranjeros (nacionales de terceros Estados), conducen fatalmente a sociedades desintegradas y conflictivas, cotidianamente expuestas a disfunciones sociales tan graves como el gueto, la xenofobia y el racismo. Frente a esa realidad, hay un espacio de equilibrio al que creemos que tiende, todavía con muchas limitaciones y disfunciones, tanto la incipiente política comu-

⁸¹ Ver en este mismo sentido el Dictamen del CES (citado *supra* en nota 8, párs. 1.6, 1.10 y 1.11).

nitaria de inmigración y extranjería como la nueva política española en esta materia fijada en la última reforma legislativa y normas que la acompañan, que en un primer análisis entendemos respetuosas con el ordenamiento comunitario y con las directrices políticas emanadas de los Consejos Europeos. Ese espacio de equilibrio lo definen medidas bien sencillas como, entre otras: fortalecer el estatuto jurídico de los extranjeros residentes de larga duración mediante la extensión en su beneficio del ejercicio de algunos derechos del estatuto de ciudadanía de la Unión (el derecho de libre circulación y residencia ofrece muchas posibilidades, como ya apunta el artículo 63.4 TCE); equiparar sus derechos laborales y sociales a los que disfrutaban los nacionales del Estado miembro en que residan, gozando así de una especie de *ciudadanía social comunitaria*; establecer el principio general de reagrupación familiar; restringir las causas de expulsión y flexibilizar los requisitos de naturalización⁸². Esta parece la mejor opción a seguir para que el régimen de extranjería en la Unión Europea, al menos a corto y medio plazo, salvedad hecha de los regímenes particulares más favorables para los extranjeros acordados convenientemente con terceros Estados por diversas causas, entre las que se cuenta la de preparar la futura adhesión de algunos de esos Estados⁸³.

IV. CONCLUSIONES

Dada la obvia interdependencia entre ordenamientos en esta materia y las nuevas circunstancias históricas que la envuelven, sería una temeridad que tanto la doctrina como la jurisprudencia española, en especial la constitucional, ignoraran la práctica comunitaria al respecto así como las tendencias que alumbraba, y siguieran una vía autista en un tema de tanta trascendencia política como la inmigración y extranjería. Nuestro ordenamiento

⁸² En este sentido, J. M. RODRÍGUEZ BARRIGÓN, *La ciudadanía de la Unión Europea*, Madrid 2002, pp. 337-352.

⁸³ Ver MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, *op. cit.*, pp. 186-199, que analiza la rica jurisprudencia comunitaria en torno a esos regímenes particulares. Las diferencias de trato que generan se antojan excesivas para alguna doctrina, que reprocha sobre todo la ausencia de un modelo convencional uniforme que aproxime y equilibre entre sí el estatuto jurídico de los inmigrantes extracomunitarios, todavía muy dependiente de esos regímenes convencionales particulares: ver A. FERNÁNDEZ TOMÁS, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Valencia 2001, pp. 133-145; y FERNÁNDEZ SOLA, *loc. cit.*, pp. 137-138 y ss.

no se desenvuelve en el vacío. Desde esta perspectiva, parece haber mucha ignorancia o cinismo en la oposición a la nueva política y legislación española en la materia, en buena medida determinada desde Bruselas. Al margen de los juicios de valor que ese marco comunitario nos merezca y de la incompetencia y los errores que hagan gala las Administraciones nacionales, empezando por la nuestra, en su desarrollo y aplicación.

Es evidente, en este supuesto, la influencia que ejerce el sistema comunitario y su ordenamiento sobre los sistemas nacionales y sus ordenamientos internos. En Bruselas se gestionan y coordinan ciertas políticas, cada vez mayores en número e importancia a medida que el proceso de integración avanza. Ocurre que los gobiernos aceptan de buen grado esta inercia porque refuerza, más que debilita, su control sobre los asuntos internos permitiéndoles alcanzar objetivos inasequibles de otra forma, gracias entre otras causas a la autonomía que les ofrece esa estructura supranacional frente a toda clase de actores y agentes sociales, empezando por la propia oposición política. Nos tememos que eso está ocurriendo con la nueva política de inmigración y extranjería. El problema es encontrar un acomodo satisfactorio a las tensiones casi inevitables entre los requerimientos constitucionales internos de los Estados miembros y el contenido normativo, por ahora bien leve, de esa nueva política común. Entiendo que, por ahora, esas tensiones han sido mínimas y son en cualquier caso superables. Siempre que no se adopten vías autistas frente al Derecho Comunitario ni tampoco se caiga en lo contrario, esto es, en una aproximación mimética a este ordenamiento que lleve a justificar, por ejemplo, la equiparación de los derechos políticos entre ciudadanos de la Unión y nacionales extracomunitarios.

Es cierto que el estatuto de ciudadanía de la Unión (artículos 17 a 22 TCE), globalmente considerado, puede encerrar el germen de una futura e hipotética superación de la institución tradicional de la nacionalidad, pero en el seno de una nueva comunidad jurídica determinada por el principio de integración supranacional. Ahora bien, no vemos posible trasladar unilateralmente esa experiencia al ámbito de las relaciones interestatales, determinadas por el principio de reciprocidad, si no es mediando un arbitrio voluntarismo político que prescinda del principio de realidad y del conjunto de argumentos lógicos y jurídicos sobre los que se viene fundando la diferencia de trato por razón de la nacionalidad.

En cualquier caso y a grandes rasgos, las directrices que parece seguir la Unión Europea a este respecto pueden resumirse como sigue: por

una parte, el desarrollo de una política migratoria centrada en el control de los flujos, contando con la cooperación de los Estados de origen y tránsito de dichos flujos; por otra, la consolidación de un estatuto jurídico específico para los extranjeros que sean residentes de larga duración, que incluya no sólo la equiparación de derechos laborales y sociales con los nacionales del Estado miembro en que residan sino también el derecho de libre circulación y residencia entre los Estados miembros. El objetivo es facilitar su integración social por el camino de la concesión de un estatuto comparable, que no equiparable, al estatuto de ciudadanía de la Unión.

En definitiva, no hay atajos jurídicos mágicos, como los que ingenuamente apuntan al desvanecimiento o manipulación de los vínculos tradicionales de la nacionalidad y ciudadanía, para lograr la integración de los grupos de población extranjera atrapada en los guetos de las grandes ciudades europeas. Ese es un problema de índole material y sustantiva cuya solución no depende de esta clase de transacciones jurídicas sino que se encuentra en otra sede.