

EL TRATADO DE PRÜM Y LA INMIGRACIÓN ILEGAL

Antonio Bar Cendón*

SUMARIO

- 1.- *El Tratado de Prüm: desarrollo y crítica*
- 2.- *La inmigración en los Tratados*
- 3.- *La inmigración en el Tratado de Prüm*
- 4.- *Crítica de las medidas adoptadas sobre la migración ilegal*
- 5.- *Conclusión*

1. EL TRATADO DE PRÜM: DESARROLLO Y CRÍTICA

1.1. *Desarrollo*

El Tratado de Prüm, firmado el 27 de mayo de 2005 en Prüm (Alemania), por Alemania, Austria, Bélgica, Países Bajos, Luxemburgo, España y Francia, es una de las aportaciones más controvertidas que se han producido en el proceso de integración europea, desde la firma del Acuerdo de Schengen en 1985; y la controversia se refiere tanto al proceso que se siguió para su formulación como a su contenido material.

El Tratado de Prüm, que fue al principio una iniciativa de Alemania, Austria y los Estados del Benelux, fue finalmente firmado también por Francia y España, si bien cuando el texto se encontraba ya prácticamente concluido y sin que se introdujese, con este motivo, modificación sustantiva alguna en el mismo. El objetivo del Tratado, como se indica con toda cla-

* Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia. Catedrático Jean Monnet de Derecho Constitucional de la UE.

ridad en su denominación oficial, es «la profundización de la cooperación transfronteriza, en particular en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal». Se trata, pues, de un serio intento de profundización en la cooperación entre Estados que se encuentran muy preocupados y directamente afectados por los tres problemas en cuestión y que concentran esta cooperación principalmente en el intercambio de información (sobre datos de carácter personal; datos de ADN; datos dactiloscópicos; conocimientos en materia de migración ilegal; datos sobre registro de vehículos y conductores) y en la cooperación operativa (ayuda en caso de catástrofes, en caso de grandes eventos y de eventos de alcance transfronterizo; escoltas de seguridad en aeronaves; vuelos conjuntos para la expulsión de nacionales de terceros países; asistencia en casos de tránsito por el territorio de otro Estado a efectos de repatriación; patrullas e intervenciones policiales conjuntas; actuaciones policiales en el territorio de otro Estado).

Se trata de Estados que pertenecen a la Unión Europea y que, sin embargo, no sólo han concluido su acuerdo al margen del marco jurídico de la misma, sino que también han incluido en el Tratado contenidos materiales que se encuentran ya definidos tanto en el ámbito específico de la Unión, fijado por el Tratado de la Unión Europea, como en el ámbito de la Comunidad Europea, fijado por su respectivo Tratado. Y esto es precisamente lo que convierte al Tratado de Prüm en un texto discutido y criticado, tanto en foros académicos como en instancias políticas.

Los Estados signatarios, sin embargo –como se establece en el preámbulo del Tratado– dicen pretender sólo «asumir un papel pionero en la consecución del máximo nivel posible de cooperación, en aras del desarrollo de la cooperación europea y sin perjuicio del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea», buscando después «incorporar el régimen que establece el presente Tratado al marco jurídico de la Unión Europea, para conseguir una mejora al nivel de toda la Unión del intercambio de información, especialmente en materia de lucha contra el terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, creando a tal fin las bases jurídicas y técnicas necesarias». En esta línea, el Art. 1(2) del Tratado establece que esta cooperación «no afectará al derecho de la Unión Europea» y «estará abierta a la adhesión de cualquier Estado miembro de la Unión Europea», y el Art. 47(1) establece que «Las disposiciones del presente Tratado solo serán aplicables en la medida en que sean compatibles con el derecho de la Unión Europea». A mayor abundamiento, los Estados signatarios se comprometen –en el mismo Art.1(4)– a poner en marcha una iniciativa para trasladar las disposiciones del Tra-

tado al marco jurídico de la Unión Europea, como máximo, tres años después de la entrada en vigor del mismo, previo acuerdo con –o a propuesta de– la Comisión Europea.

Y, efectivamente, en el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, celebrado en Bruselas el 15 de Febrero de 2007, la Presidencia alemana informó de que el Tratado había entrado ya en vigor en Austria, Alemania y España¹, y se esperaba que entrase en vigor en los otros Estados signatarios originales en la primera mitad de 2007, a más tardar². Por otra parte cuatro Estados más –Italia³, Finlandia, Portugal y Eslovenia– han presentado ya formalmente su declaración de adhesión al Tratado, y otros cuatro –Bulgaria, Rumanía, Grecia y Suecia– han expresado su intención de hacerlo inmediatamente⁴, y a este grupo se ha añadido más recientemente Estonia, en enero de 2007⁵. Por lo que la cifra total de Estados signatarios será muy pronto de, al menos, dieciséis Estados.

Por otra parte –en cumplimiento del compromiso adquirido por los siete Estados signatarios iniciales de presentar una iniciativa para integrar las previsiones del Tratado en el marco jurídico de la Unión Europea–, la Presidencia alemana, antes de que se cumpliese el término previsto de tres años, inició el debate sobre la integración del Tratado de Prüm en el marco legal de la Unión en la reunión informal de Ministros de Interior del 15-16 de enero de 2007, en Dresden⁶. En este debate, si bien la propuesta de la Presidencia alemana obtuvo un amplio apoyo, se manifestaron también

¹ España ratificó formalmente el Tratado de Prüm el 18 de julio de 2006 y fue publicado en el BOE, 307, del 25 diciembre 2006, pp. 45524 a 45534.

² Background note for the Justice and Home Affairs Council, Brussels, 15 February 2007.

³ Italia se había opuesto inicialmente a la firma del Tratado, porque –según afirmaba su entonces Ministro del Interior, Giuseppe Pisanu– si bien creían en la utilidad de esta cooperación, tenían reservas con respecto al intercambio de datos de ADN y a la utilización de guardas armados en los vuelos comerciales. El cambio de Gobierno y la llegada al Ministerio del Interior de Giuliano Amato permitió el cambio de criterio y el apoyo de Italia al Tratado (Joint declaration of the Italian Interior Minister, Giuliano Amato, and his German counterpart Wolfgang Schäuble, signed in Berlin, 4 July 2006).

⁴ Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, Sesión n.º 2781, Bruselas, 15 de febrero de 2007 (5922/07).

⁵ Declaraciones del Ministro del Interior de Estonia, Kalle Laanet (*The Baltic Times*, Jan 17, 2007, <http://www.baltictimes.com/news/articles/17140/>).

⁶ Si bien el plazo de tres años se había fijado en el Tratado de Prüm a efectos de tener un plazo de tiempo holgado para ver primero cómo funcionaba en la práctica el sistema, el éxito inicial del mismo y la precipitación de los acontecimientos, fundamentalmente en materia de inmigración ilegal, en el sur de Europa –Ceuta, Melilla, Islas Canarias, Lampedusa– llevó a la Presidencia alemana a acelerar el proceso de incardinación del Tratado de Prüm en el ordenamiento jurídico comunitario.

algunas reservas, referidas principalmente a tres cuestiones: (a) la integración en el ámbito de la Unión de lo que en el Tratado se denomina «medidas en caso de peligro inminente» (Art. 25); es decir, la actuación de fuerzas policiales de un Estado en el territorio de otro Estado –»persecución en caliente», etc.–; (b) la cooperación previa petición y las medidas incluíbles en ella (cooperación de carácter policial: Art. 27 del Tratado); y (c) qué materias del Tratado son incluíbles sólo en las previsiones –»bases jurídicas»– del TUE (i.e.: Art. 30.1(a) y (b), Art. 31.1(a), Art. 32 y Art. 34.2(c)), o han de ser tratadas como materia comunitaria, bajo las previsiones del TCE (i.e.: Arts. 61-69: «Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas»); lo cual tiene una evidente trascendencia en lo que respecta al tipo de norma –»instrumento jurídico»– a utilizar para esta transposición y al tipo de procedimiento normativo a seguir –iniciativa, instituciones participantes, mayoría requerida, etc.–⁷.

En este sentido, la Presidencia alemana, por un lado, decidió no presentar por el momento iniciativa alguna referida a las materias del Tratado de Prüm cubiertas por el marco jurídico del pilar comunitario –asilo, inmigración–⁸; y, por otro, presentar, en cambio, dos propuestas de Decisión del Consejo, referidas a las materias cubiertas sólo por el marco jurídico del tercer pilar de la Unión:

- la «Draft Council Decision on improving cooperation on request», discutida previamente en el Comité de Coordinación del Art. 36 TUE, el 18 de Enero de 2007, y que ha sido finalmente retirada, y

- la «Draft Council Decision on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime» (6002/

⁷ Entre las posiciones reacias al Tratado de Prüm y a su transposición al ordenamiento jurídico de la UE se destacan la del Reino Unido, quien, si bien considera positiva la profundización en la cooperación en ámbitos como la lucha contra el terrorismo, se opone a convertir el contenido del Tratado en un instrumento comunitario y, desde luego, se opone a la concesión de poderes operativos a policías de otros Estados en su territorio. Cuestión, esta última, en la que ha encontrado la solidaridad de Irlanda, Polonia y la República Checa, por ejemplo, manifestaron su preocupación por el coste de la modernización de sus bases de datos, para adaptarse a las exigencias del Tratado. El ministro alemán de Interior, Wolfgang Schäuble, con el apoyo explícito de España y de los otros Estados signatarios del Tratado sostuvo que la puesta en marcha de los mecanismos previstos en el Tratado de Prüm, no sólo no son tan caros –Alemania habría empleado un millón de euros en 2006 para la puesta en práctica del sistema–, sino que son verdaderamente eficaces y, así, puso como ejemplo la puesta en práctica del mecanismo de información sobre datos de ADN entre Alemania y Austria. (Declaraciones a la prensa del Ministro Schäuble, al cierre de la reunión informal de Ministros de Justicia y Asuntos de Interior en Dresden 14-16 enero 2007).

⁸ Council Presidency Note (5.2.07): EU doc no: 6003/07.

07, Bruselas, 6 Febrero 2007). Esta misma propuesta sería objeto de posteriores revisiones, siendo la última versión la de fecha 6 de marzo de 2007 (6566/1/07 REV 1 (en), Bruselas, 6.3.2007).

La Presidencia alemana, de acuerdo con los demás Estados signatarios del Tratado de Prüm dejó claro que (como ya había ocurrido con la firma del Tratado de Prüm por Francia y España) no era su intención introducir cambios sustanciales en las previsiones del Tratado, el cual, en su transposición al ordenamiento jurídico de la Unión, debería ser mantenido en sus objetivos y contenido normativo, de manera literal («one-to-one»)⁹. La Presidencia alemana sí permitió, en cambio, que las Decisiones del Consejo que llevasen a cabo la transposición del Tratado de Prüm al ordenamiento jurídico de la Unión pudiesen ir aún más lejos en este proceso de cooperación interestatal. Así, efectivamente, la mencionada «Draft Council Decision on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime» (6566/1/07 REV 1) establece en su Art. 36(1) que «Los Estados miembros pueden continuar aplicando acuerdos bilaterales o multilaterales concernientes al objeto de esta Decisión que se encuentren ya en vigor en el momento de su adopción, en tanto que tales acuerdos prevean la ampliación o extensión de los objetivos de esta Decisión. Para estos Estados miembros, se aplicarán las previsiones pertinentes de esta Decisión en vez de las previsiones concernientes contenidas en el Tratado de Prüm. Cualquier artículo o parte de un artículo del Tratado de Prüm con respecto al cual esta Decisión no contenga previsión alguna seguirá siendo aplicable para las partes signatarias del Tratado de Prüm»¹⁰.

De esta manera, de los tres objetivos temáticos del Tratado de Prüm – la lucha contra el terrorismo, contra la delincuencia transfronteriza y contra la inmigración ilegal–, sólo los dos primeros han sido objeto de atención en esta primera fase de la integración de las previsiones de Prüm en el ámbito

⁹ Nota de la Presidencia: Informal Meeting of Justice and Home Affairs Minister, Dresden 14-16 January 2007, Plenary session I, Monday, 15 January 2007. Topic: Stepping up cross-border police cooperation by transposing the Prüm Treaty into the legal framework of the EU.

¹⁰ Traducción propia, no oficial. El original en inglés establece lo siguiente: «*Article 36: Relationship with other instruments: (1) Member States may continue to apply bilateral or multilateral agreements or arrangements which concern the scope of this Decision and are in force on the date it is adopted in so far as such agreements or arrangements provide for the objectives of this Decision to be extended or enlarged. For the Member States concerned, the relevant provisions of this Decision shall be applied instead of provisions concerning the scope of this Decision contained in the Prüm Treaty. Any Article or any part of an Article of the Prüm Treaty with regard to which no provision of this Decision is applied instead of the Prüm Treaty shall remain applicable between the contracting parties of the Prüm Treaty.*».

de la Unión. La lucha contra la inmigración ilegal, cuyos aspectos sustantivos son hoy materia de la Comunidad Europea, en cambio, ha quedado relegada para lo que sería una segunda fase en este proceso de transposición normativa.

En realidad, la decisión no puede sorprender demasiado, por cuanto existe una mayor y menos problemática continuidad entre lo acordado en un proceso de negociación intergubernamental –internacional–, como lo es el proceso que concluyó en la firma del Tratado de Prüm, y el ámbito del tercer pilar de la Unión –la cooperación en justicia y asuntos de interior–, que es sustantivamente también un ámbito de cooperación intergubernamental. La transposición del Tratado de Prüm al ámbito de la Unión Europea, pues, no plantea mayor dificultad, ni normativa ni política, más allá de los posicionamientos o los intereses particulares de algunos Estados con respecto a algunos de los extremos del Tratado. En cambio, en lo que se refiere a la lucha contra la inmigración ilegal, la cuestión es mucho más problemática, por cuanto, no sólo nos encontramos aquí con una materia – la inmigración– que es hoy, tras el Tratado de Ámsterdam, una parte de las políticas de la Comunidad Europea, sino que esta materia está también hoy mucho más regulada y sometida a procedimientos normativos más complejos y estrictos –el «método comunitario»–, lo cual no se compagina muy bien con el método intergubernamental seguido en la aprobación del Tratado de Prüm. La integración del Tratado de Prüm en el ámbito comunitario, pues, requeriría, de manera general, la iniciativa de la Comisión Europea, la participación del Parlamento Europeo, a través del procedimiento de codecisión, la decisión del Consejo por mayoría cualificada y la utilización de los instrumentos normativo comunitarios, previstos en el Art. 249 del TCE. De no ser así, la integración del Tratado de Prüm en el ámbito de la Comunidad Europea requeriría algo aún más complejo: la reforma del Tratado de la Comunidad, como en su momento hubo de hacerse para integrar los aspectos sustantivos del Acuerdo de Schengen.

Por otra parte, del Tratado de Prüm ha sido desarrollado ya por un acuerdo de tipo técnico, alcanzado por las partes signatarias en Bruselas, el 5 de diciembre de 2006, al que acompaña un largo anexo de 145 páginas:

- Council of the European Union, «Administrative and technical implementing Agreement to the Prüm Convention» (Brussels, 22 January 2007, 5473/07, CRIMORG 13, ENFOPOL 9, MIGR 3).

- Council of the European Union, «Administrative and technical implementing Agreement to the Prüm Convention - Addendum» (Brussels, 22 January 2007, 5473/07 ADD 1, CRIMORG 13, ENFOPOL 9, MIGR 3).

Este acuerdo, sin embargo, no se refiere a materia de migración y, por

el contrario, formula previsiones de tipo técnico referidas a la operatividad de sólo cuatro aspectos de la cooperación:

1) La búsqueda automatizada de perfiles de ADN: su realización, la seguridad y la arquitectura de la comunicación.

2) La búsqueda automatizada de datos dactiloscópicos y la capacidad diaria de búsqueda de rastros de huellas dactilares.

3) La búsqueda automatizada de datos registrados de vehículos: datos comunes y condiciones técnicas del intercambio de datos.

4) La cooperación policial: los procedimientos para la realización de operaciones conjuntas y de operaciones transfronterizas, tipos de armas y de munición prohibidos y otros aspectos legales y prácticos.

Es evidente, pues, que, más allá de toda crítica de tipo académico – basada en la evidente inadecuación del Tratado de Prüm a los procedimientos propios de la UE para la consecución de cooperaciones reforzadas entre los Estados y en el solapamiento de sus contenidos materiales con normativa o planes ya existentes en el seno de la UE–, o de carácter político –basada en cuestiones de interés nacional de algunos Estados–, el Tratado de Prüm es ya una realidad incontestable que camina hacia la generalización de su ratificación por todos o, al menos, la inmensa mayoría de los Estados miembros de la UE y, como consecuencia, también hacia su integración completa en el ordenamiento jurídico de la UE, bien a través de instrumentos jurídicos comunitarios, bien a través de instrumentos jurídicos propios del tercer pilar –cooperación en justicia y asuntos de interior–.

En este sentido, de acuerdo con el presidente del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, el ministro alemán de Interior, Wolfgang Schäuble, la puesta en práctica de las previsiones del Tratado de Prüm entre los dos primeros países que procedieron a su ratificación demuestran su plena eficacia y operatividad. Así, en sus seis primeras semanas de funcionamiento, la puesta en práctica del mecanismo de información sobre datos de ADN entre Alemania y Austria, produjo 1.510 concordancias en los archivos austriacos, a solicitud de Alemania, y otras 1.400 en los archivos alemanes, a solicitud de Austria. Es decir, 1.510 personas buscadas por actividad criminal en Alemania fueron encontradas, ya registradas por similar motivo, en los archivos austriacos; y 1.400 personas buscadas por Austria fueron encontradas en los archivos alemanes¹¹.

¹¹ Declaraciones a la prensa del Ministro Schäuble, al cierre de la reunión informal de Ministros de Justicia y Asuntos de Interior en Dresden 14-16 enero 2007. Y, en similar sentido: Informal Meeting of Justice and Home Affairs Ministers, Dresden, 14-16 January 2007, Plenary session I, Background note.

En última instancia, para los Estados signatarios, el Tratado de Prüm es –en términos del Ministro holandés de Justicia, Ernst Hirsch Ballin– un instrumento verdaderamente revolucionario que viene a superar los obstáculos hasta hoy existentes para la cooperación entre las agencias encargadas de la aplicación de la ley y de la persecución del delito. Obstáculos que son de tipo técnico (normas, métodos y técnicas de almacenamiento y proceso de datos inadecuadas, que impiden el intercambio de datos) y de tipo político (reticencias de algunos Estados, excesivamente celosos de su soberanía en el campo de la persecución del delito, lo que impide la realización efectiva de la cooperación en el campo de la justicia y los asuntos de interior, a pesar de los años transcurridos ya desde la aprobación del Tratado de Maastricht). En definitiva, el Tratado de Prüm vendría a aportar la solución adecuada a los problemas que hoy ha de afrontar la UE en el terreno de la lucha contra el terrorismo, la criminalidad transfronteriza y la inmigración ilegal, gracias fundamentalmente a dos cosas: la previsión de un nuevo mecanismo de intercambio de información entre las bases de datos de los Estados miembros (electrónico, automático y centralizado), y una nueva visión de la cooperación operativa entre las autoridades policiales y judiciales de los Estados miembros, más estrecha, práctica y flexible¹².

1.2. *Crítica*

La crítica al Tratado de Prüm –que proviene fundamentalmente del mundo académico– no ve, en cambio, tan positiva la aportación del Tratado de Prüm, ni desde el punto de vista de su formulación –y de las consecuencias que ello puede tener para el proceso de integración supranacional que supone la UE–, ni desde el punto de vista de sus contenidos materiales –algo que se analizará más adelante, al estudiar la regulación de la inmigración ilegal en el Tratado de Prüm–.

En lo que se refiere al proceso de formulación y ratificación del Tratado de Prüm, se juzga muy negativo el camino seguido, por cuanto se entiende que éste ha venido a romper el marco jurídico de la UE, al haberse concluido fuera del mismo, sin atenerse a sus exigencias formales¹³. En este sentido, es evidente que los Estados signatarios no han acudido a la vía formal de la «cooperación reforzada», previsto en los artículos 27A y 43-45 del TUE y 11 del TCE, si bien es verdad que su objetivo era precisamente

¹² Vortrag des Niederländischen Justizministers Herr Prof. Dr. Ernst Hirsch Ballin Seminar Prüm, Wien, 16 November 2006.

el reforzamiento de su cooperación en los terrenos mencionados. Esto es lo que ha permitido a Ziller hablar de «une vraie-fausse coopération renforcée»; falsa, porque no se atiene a las previsiones de los Tratados, y verdadera, porque, en realidad, se trata de un reforzamiento evidente de la cooperación entre los Estados signatarios en estas materias¹⁴.

Esta actuación de los Estados signatarios es, para Balzacq –uno de los más duros críticos del Tratado–, una verdadera vulneración del principio de lealtad exigido por el Art. 10 TCE. Principio que, en términos positivos, exige a los Estados miembros adoptar «todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado» y, en términos negativos, abstenerse «de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado»¹⁵.

Por otra parte, desde el punto de vista del proceso europeo, la dinámica abierta por la conclusión del Tratado de Prüm viene a suponer un reverdecimiento del intergubernamentalismo. Pues, es evidente que, dadas las dificultades formales que presenta el proceso decisorio comunitario, los Estados signatarios han decidido acudir a una vía de cooperación absolutamente flexible e indeterminada, como es la cooperación internacional –la conclusión de un tratado internacional clásico– para llevar adelante su proyecto de cooperación reforzada. Lo cual, de confirmarse esta dinámica, vendría a suponer una sobrecarga del proceso decisorio comunitario, por cuanto consolida un nuevo proceso decisorio, basado en la negociación intergubernamental, paralelo al ordinario, que es el previsto en los Tratados¹⁶. Este modo de actuar por los Ministros del Interior, a puertas cerradas, mediante reuniones secretas o, cuando menos, opacas a toda observación y control, impide la participación en el debate de otras instancias interesa-

¹³ F. DEHOUSSE, D. SIFFLET, «Les nouvelles perspectives de la coopération de Schengen: Le traité de Prüm» *Prüm FD DS* 08.04.2006.

¹⁴ J. ZILLER, *Le traité de Prüm. Une vraie-fausse coopération renforcée dans l'Espace de sécurité de liberté et de justice*, EUI Working Paper LAW No. 2006/32 (European University Institute, Department of Law, Florence, 2006).

¹⁵ T. BALZACQ, *The Treaty of Prüm And the Principle of Loyalty (Art. 10 TEC)* (European Parliament, DG Internal Policies of the Union, Directorate C – Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Briefing Paper, 13 January 2006, IP/C/LIBE/FWC/2005-08). En la misma línea: D. KIETZ, A. MAURER, «From Schengen to Prüm. Deeper Integration through Enhanced Cooperation or Signs of Fragmentation in the EU?», *SWP Comments*, 15 (Stiftung Wissenschaft und Politik, May 2006).

¹⁶ F. DEHOUSSE, D. SIFFLET, «Les nouvelles perspectives...», op. cit.; T. BALZACQ, D. BIGO, S. CARRERA and E. GUILD, *Security and the Two-Level Game: The Treaty of Prüm, the EU and the Management of Threats* (CEPS Working Document, No. 234/January 2006).

das y, sobre todo, el debate y el control parlamentario, lo cual ha llevado a la Cámara de los Lores a realizar un estudio y crítica especial de esta cuestión, que, sin embargo, no ha tenido hasta el presente continuidad en ninguna otra instancia parlamentaria de los Estados miembros de la UE¹⁷.

En este sentido, se produce lo que se ha venido a denominar una «regresión institucional», tanto en lo que se refiere al proceso de formulación y ratificación parlamentaria del Tratado, como en lo que se refiere a su proceso de aplicación y control¹⁸. Así, no es sólo que —como ha criticado la Cámara de los Lores— ni los parlamentos nacionales ni, desde luego, el Parlamento Europeo, hayan participado en el proceso de elaboración del Tratado, es que ni siquiera el proceso de ratificación del mismo ha supuesto una actuación interesada y escrutadora de los parlamentarios. Muy al contrario, en los países en los que ya ha tenido lugar una participación de los parlamentos nacionales en la ratificación del Tratado —como es el caso de España— no se ha producido un debate parlamentario de relevancia y, más bien, se ha aprobado el texto como si se tratase de una mera cuestión de trámite¹⁹. Y en algunos Estados se ha considerado el Tratado —a pesar de su importante implicación en el ejercicio de los derechos fundamentales— como un mero «executive agreement», que no requiere ratificación parlamentaria. El Tratado mismo es, en este sentido, muy ambiguo en la terminología empleada a este respecto; así, en el Art. 48 se establece que «El presente Tratado estará sujeto a ratificación, aceptación o aprobación».

Y, en lo que se refiere a su proceso de aplicación y control, la «regresión institucional» se aprecia en el hecho de que el Tratado refiera su ejecución y control sólo a un Comité de Ministros (art. 43.1), que es apoyado por un Grupo de Trabajo Conjunto, formado por representantes de los Estados signatarios (art. 43.2). Y en que esta ejecución se realice mediante

¹⁷ House of Lords, *Behind Closed Doors: the meeting of the G6 Interior Ministers at Heiligendamm. Report with Evidence* (European Union Committee, 40th Report of Session 2005–06. Ordered to be printed 11 July 2006 and published 19 July 2006); House of Lords, *After Heiligendamm: doors ajar at Stratford-upon-Avon* (European Union Committee, Fifth Report, Session 2006-07. Ordered by the House of Lords to be printed 30 January 2007). También sobre esta cuestión: Statewatch, *G6-G8-Prum: Behind closed doors. Policy-making in secret intergovernmental and international fora* (<http://www.statewatch.org/news/2006/sep/05eu-g6.htm>).

¹⁸ J. ZILLER, *Le traité de Prüm* op. cit.; T. BALZACQ, *From a Prüm of 7 to a Prüm of 8+: What are the Implications?* (European Parliament, Directorate-General Internal Policies, Policy Department C, Citizens Rights and Constitutional Affairs, Briefing Paper, 31.07.2006).

¹⁹ E. GUILD, F. GEYER, «Getting local: Schengen, Prüm and the dancing procession of Echternach. Three paces forward and two back for EU police and judicial cooperation in criminal matters», *Journal of European Criminal Law*, 3rd issue, 2006.

acuerdos de ejecución administrativa entre los mismos Estados (art. 44)²⁰.

Se trata, salvadas las distancias de tiempo y oportunidad, de una reedición del proceso de Schengen –lo que, incluso, ha llevado a algunos a referirse al Tratado de Prüm como «Schengen III»–²¹, un proceso de cooperación restringida entre determinados Estados que queda después abierto a la adhesión –sin posibilidades de modificación– de los demás²². Este procedimiento –para algunos críticos– introduce fragmentación en el proceso europeo, divide a los Estados y crea una jerarquía en la UE²³, al establecer dos niveles de Estados: uno superior, de Estados pioneros, que son los que deciden y crean, y otro inferior, de Estados que se limitan a aplicar lo decidido. Se produce así lo que Balzacq denomina con acierto «a two-level game»²⁴.

En definitiva, se viene a sostener que el Tratado de Prüm, en realidad, debilita, más que fortalece, la cooperación ya establecida entre los Estados miembros en el área de libertad, seguridad y justicia, que ha ido incrementándose poco a poco, en un difícil camino, desde el Tratado de Maastricht, minando así el proceso de europeización²⁵. No es, por ello, sorprendente que ignore completamente la Constitución de la UE y ni siquiera la mencione²⁶.

Por lo demás, en lo que se refiere a los contenidos materiales del Tratado de Prüm –que no son analizados en este apartado–, se critica fundamentalmente que sus previsiones se solapen y confundan con instrumentos jurídicos ya debatidos y aprobados por la UE²⁷, y, de manera particular, se critica que los mecanismos de intercambio de información establecidos vengan a vaciar de contenido el «principio de disponibilidad», dirigido

²⁰ F. DEHOUSSE, D. SIFFLET, «Les nouvelles perspectives...», op. cit.;

²¹ STATEWATCH, *Some remarks on Schengen III* (Statewatch News online: <http://www.statewatch.org/news/2005/jul/17schengen-III.htm>).

²² F. DEHOUSSE, D. SIFFLET, «Les nouvelles perspectives» op. cit.; STATEWATCH, *Some remarks on Schengen III* op. cit.; D. KIETZ, A. MAUER, «From Schengen to Prüm» op. cit.; T. BALZACQ, *From a Prüm of 7*, op. cit.

²³ T. BALZACQ, *From a Prüm of 7*, op. cit.

²⁴ T. BALZACQ, D. BIGO, S. CARRERA and E. GUILD, *Security and the Two-Level Game*, op. cit.

²⁵ T. BALZACQ, *The Treaty of Prüm And the Principle of Loyalty*, op. cit.; T. BALZACQ, D. BIGO, S. CARRERA and E. GUILD, *Security and the Two-Level Game*, op. cit.

²⁶ J. ZILLER, *Le traité de Prüm*, op. cit.

²⁷ F. DEHOUSSE, D. SIFFLET, «Les nouvelles perspectives» op. cit. ; T. BALZACQ, *From a Prüm of 7*, op. cit.

precisamente a la flexibilización del intercambio de información entre los organismos policiales y que comenzó a discutirse en la UE a partir del ataque terrorista de Madrid, del 11 marzo 2004²⁸.

En todo caso, de las páginas precedentes se deduce con toda claridad que –como ya se ha dicho–, a pesar de las críticas habidas, el Tratado de Prüm y sus previsiones, lejos de debilitarse, se consolidan con el paso del tiempo y, no sólo son cada vez más los Estados signatarios del Tratado, sino que avanza también su proceso de integración en el marco jurídico de la UE.

Lo que sí es evidente también es que, de los tres motivos de preocupación que llevaron a los Estados signatarios a concluir el Tratado de Prüm –la lucha contra el terrorismo, contra la delincuencia transfronteriza y contra la inmigración ilegal–, la lucha contra la inmigración ilegal no ocupa el mismo nivel de prioridad, en lo que se refiere a la transposición de las previsiones correspondientes del Tratado al ordenamiento jurídico de la UE. En esta materia, pues, el Tratado de Prüm permanece plenamente operativo entre las partes signatarias, de manera paralela a las previsiones correspondientes del Tratado de la Comunidad Europea.

En las páginas que siguen, pues, se analiza el cuadro normativo en el que pretende enmarcarse el Tratado de Prüm y las relaciones posibles entre ambos ámbitos normativos, en lo que se refiere al control de la inmigración ilegal en la UE.

2. LA INMIGRACIÓN EN LOS TRATADOS

2.1. *El inicio de las Comunidades Europeas*

Inicialmente, la migración no fue prevista como una política comunitaria por los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, ni la migración interior de los trabajadores de los Estados miembros de las Comunidades, de un Estado a otro, ni la inmigración proveniente del exterior, de terceros Estados.

²⁸ STATEWATCH, *Some remarks on Schengen III*, op. cit.; E. GUILD, F. GEYER, «Getting local», op. cit.; T. BALZACQ, *From a Prüm of 7*, op. cit.; T. BALZACQ, D. BIGO, S. CARRERA and E. GUILD, *Security and the Two-Level Game*, op. cit. Sobre el *principio de disponibilidad*, véase: T. BUNYAN, «The 'principle of availability'. The free market in access to data/intelligence will rely on 'self-regulation' by the law enforcement agencies and make accountability almost meaningless», *Statewatch analysis*, December 2006; y Aplicación del Principio de Disponibilidad (Acta del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, Luxemburgo, 14 Abril 2005, Sesión nº 2652, Comunicado de Prensa 7721/05 (Presse 74) (OR. fr).

Es paradójico observar que, si bien las primeras oleadas de inmigración masiva procedente del exterior comienzan a producirse en los Estados fundadores de las Comunidades Europeas precisamente en los años en las que éstas son constituidas, el carácter y el ámbito limitados con los que nacen van a hacer que la migración no sea un tema que merezca un tratamiento específico y detallado en los Tratados. La única mención a la migración que se encuentra recogida en la versión original del Tratado de la Comunidad Económica Europea, firmado el 25 de marzo de 1957, se refiere exclusivamente a los trabajadores emigrantes provenientes de los mismos Estados miembros y el objeto de la previsión correspondiente es asegurar a los trabajadores comunitarios unas prestaciones sociales adecuadas, que permitan de manera efectiva la libre circulación y el derecho de establecimiento de éstos. Así, el Art. 51 del TCEE establecía entonces lo siguiente:

«Artículo 51. El Consejo, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, adoptará, en materia de seguridad social, las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación de los trabajadores, creando, en especial, un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes y a sus derechohabientes:

a. la acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas;

b. el pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros».

A lo que el Art. 121 añadía, además, que el Consejo, por su parte, podía atribuir a la Comisión funciones relacionadas con la aplicación de medidas comunes, en especial, por lo que respecta a la seguridad social de los trabajadores emigrantes. Eso sí, por unanimidad y previa consulta al Comité Económico y Social.

Habrían de pasar treinta años para que nuevas y progresivas oleadas migratorias, extendidas ahora también hacia otros Estados miembros de las Comunidades, hiciesen que la inmigración de países terceros saltase a los primeros puestos de las listas de prioridades de los gobiernos de Europa y, como consecuencia, terminase por ser mencionada por primera vez en un Tratado comunitario.

2.2. *El Acta Única Europea*

La primera vez en la que la inmigración es mencionada en un Tratado comunitario es el Acta Única Europea, firmada el 28 de febrero de 1986 y

que entraría en vigor el 1 de julio de 1987²⁹. Uno de los objetivos principales de la reforma del Acta Única era la consecución progresiva de lo que entonces pasó a ser denominado «mercado interior», a lo largo de un período de tiempo que debía culminar en diciembre de 1992. El mercado interior fue entonces definido por el Acta Única como un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estaría garantizada. Se trataba, pues, de completar la tarea iniciada en 1957, levantando finalmente todas las barreras que aún obstaculizaban el proceso de integración europeo; y entre éstas –en lo que aquí más nos interesa–, la libre circulación de personas y el derecho subsiguiente de establecimiento. Ello, sin duda alguna, iba a incidir de pleno en la cuestión de la migración: la interna, de nacionales de los Estados miembros, y también la externa, proveniente de terceros Estados, en sus dos fases –la entrada, a través de las fronteras exteriores de los Estados miembros, y su movimiento de uno a otro Estado, dentro del ámbito comunitario, una vez traspasadas esas fronteras–.

Sin embargo, las previsiones del Acta Única no van en la línea de considerar a la inmigración como una política comunitaria sino, más bien al contrario, lo que se viene a hacer entonces es reafirmar la plena soberanía estatal sobre esta materia, junto con la lucha contra el terrorismo y la criminalidad, en términos generales.

Así, cuando el Art. 13 del Acta Única Europea introduce en el TCE el nuevo Art. 8A, por el que se establece de manera progresiva el «mercado interior», como un espacio sin fronteras interiores con libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales (en un período de 5 años), se añade a la misma una Declaración general sobre los artículos 13 a 19 del Acta Única Europea, en la que se establece que:

«Ninguna de estas disposiciones afectará al derecho de los Estados miembros de adoptar aquellas medidas que estimen necesarias en materia de control de la inmigración de terceros países, así como con respecto a la lucha contra el terrorismo, la criminalidad, el tráfico de drogas y el tráfico de obras de arte y de antigüedades».

En todo caso, la preocupación por la cuestión de la inmigración, que entonces comenzaba a extenderse por las oficinas gubernamentales de los Estados miembros, hizo que comenzase a sentirse la necesidad de aportar también soluciones comunes para todo el ámbito comunitario. Así, en 1986 se creó un nuevo grupo de trabajo «ad hoc» en el seno del Consejo, formado por Ministros responsables de inmigración, el cual, por otra parte,

²⁹ DO, L 169, de 29.6.1987.

acompañó en su establecimiento a la formación del Consejo de Ministros de Justicia, que comenzó a reunirse periódicamente también a partir de aquel momento.

2.3. *El Tratado de la Unión Europea*

El Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht, el 7 de febrero de 1992 y que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993³⁰, es el primer Tratado comunitario en el que se regula de manera propia la inmigración, la cual es considerada ahora como un «ámbito de interés común» para la realización de los fines de la Unión, en particular de la libre circulación de personas (al lado de la política de asilo y las normas por las que se rigen el cruce de las fronteras exteriores de los Estados miembros y la práctica de controles sobre esas personas) (Art. K.1).

Así, efectivamente, el Art. K.1, en su párrafo 3, establece que los Estados miembros consideran de interés común «La política de inmigración y la política relativa a los nacionales de terceros Estados», y, en este sentido, se precisan los seis aspectos específicos de estas políticas que se consideran de interés de la Unión:

- 1) las condiciones de acceso al territorio de los Estados miembros de los nacionales de terceros Estados,
- 2) la circulación por el mismo de éstos,
- 3) sus condiciones de estancia en el territorio de los Estados miembros,
- 4) su acceso al empleo,
- 5) su reagrupación familiar, y
- 6) la lucha contra la inmigración, la estancia y el trabajo singular de los nacionales de los terceros Estados en el territorio comunitario.

Por lo demás, en el Tratado de Maastricht se sigue pensando en la migración como un fenómeno interno de la Unión, que se refiere más a la libertad de circulación y de establecimiento de los trabajadores de los Estados miembros, que a los trabajadores inmigrantes provenientes de terceros países. Y, en este sentido, el Tratado busca proteger esta libertad de circulación y de establecimiento de los trabajadores suprimiendo las barreras que en aquel momento aún la obstaculizaban. Así, de acuerdo con las modificaciones que los puntos 15 y 85 del artículo G del TUE realizan sobre el Art. 73 H del TCE, los Estados miembros se comprometen a no introducir

³⁰ DO, C 191, de 29.7.1992.

en sus relaciones nuevas restricciones a las transferencias relacionadas con las transacciones invisibles enumeradas en la lista del Anexo III del Tratado, entre las cuales, el mencionado Anexo III incluye las «Remesas de emigrantes». Lo que es de subrayar aquí, una vez más, es que esto se hace «sin perjuicio del derecho de los países de regular la inmigración».

2.4. *El Tratado de Ámsterdam*

El Tratado de Ámsterdam, que fue firmado en esta ciudad el 2 de octubre de 1997 y que entró en vigor el 1 de mayo de 1999³¹, es verdaderamente el primero de los Tratados comunitarios que va a profundizar en el concepto de la inmigración como una política europea y que va a regular con mayor extensión este fenómeno social. La inmigración adquiriría ya entonces en Europa una enorme gravedad, por su gran dimensión y por su concentración en determinados Estados miembros, que se veían desbordados e incapaces de controlar o regular el flujo migratorio. De aquí que la visión de la materia que entonces se manifiesta en las previsiones del Tratado siga siendo de tinte negativo: se trata de algo que hay que controlar y restringir.

En lo que se refiere al Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Ámsterdam modifica su Art. 2 (antiguo artículo B) y considera ahora las medidas referidas a la inmigración (junto con las referidas al asilo y el control de las fronteras exteriores), como una parte indisoluble del objetivo de desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia:

«Art. 2: 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.»

Y, en lo que se refiere al Tratado de la Comunidad Europea, el Tratado de Ámsterdam introduce un nuevo Título (Tit. IV: «Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas»), con una regulación muy completa de esta materia cuyo objetivo último es garantizar la libre circulación de personas dentro del mercado interior, como exige el Art. 14 TCE.

Las previsiones del Tratado de Ámsterdam permiten a la Comunidad

³¹ DO, C 340, de 10.11.1997.

Europea, a partir de entonces, adoptar medidas en los siguientes terrenos (Arts. 61, 62 y 63, ex Arts. 73 I, 73 J, 73 K TCE):

1) supresión de controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores, tanto de ciudadanos de la Unión como de nacionales de terceros países,

2) el cruce de las fronteras exteriores de la UE,

3) el asilo y el refugio,

4) la política de inmigración,

5) la lucha contra la delincuencia y, por consiguiente, la cooperación policial y judicial en materia penal,

6) la cooperación judicial en materia civil, y

7) la cooperación a estos efectos entre los servicios de las administraciones de los Estados miembros, y entre dichos servicios y la Comisión.

Lo cual, sin embargo, no excluye la plena competencia de los Estados miembros en lo que se refiere al mantenimiento del orden público y salvaguardia de la seguridad interior (Art. 64.1, ex Art. 73 L), ni la posibilidad de que –tanto sobre la política de inmigración, como sobre las condiciones con arreglo a las cuales los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro puedan residir en otros Estados– puedan mantener o introducir disposiciones nacionales, eso sí, con la exigencia de que sean compatibles con el Tratado y con los acuerdos internacionales (Art. 63, penúltimo párrafo, ex Art. 73 K).

En lo que se refiere específicamente a la política de inmigración, las previsiones del Tratado se dirigen a regular lo siguiente:

a) Entrada en la UE:

- adopción de normas sobre procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración (más de tres meses).

b) Residencia en un Estado miembro:

- adopción de normas sobre procedimientos de expedición de permisos de residencia,

- medidas que definan los derechos y las condiciones con arreglo a las cuales los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro puedan residir en otros Estados miembros,

- adopción de normas sobre la reagrupación familiar.

c) Persecución de la inmigración ilegal:

- adopción de medidas sobre la inmigración y la residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales.

Ahora bien, lo que no hace el Tratado es fijar qué tipo de norma o instrumento jurídico ha de utilizarse para regular estas materias, ni tampoco qué fuerza vinculante habría de tener ésta. Muy al contrario, el Tratado establece con toda claridad que los Estados miembros, no sólo siguen siendo plenamente soberanos para adoptar las medidas que consideren oportunas para el mantenimiento del orden público y de la seguridad interior en su seno (Art. 64.1, ex Art. 73 L), sino que podrán también mantener o introducir en estos ámbitos disposiciones nacionales, siempre que sean compatibles con el Tratado y con los acuerdos internacionales. Así, dice Art. 63 TCE:

«Las medidas adoptadas por el Consejo sobre política de inmigración y sobre las condiciones con arreglo a las cuales los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro puedan residir en otros Estados miembros, no impedirán a cualquier Estado miembro mantener o introducir en estos ámbitos disposiciones nacionales que sean compatibles con el presente Tratado y con los acuerdos internacionales.»

El Tratado sí va a introducir, en cambio, un procedimiento normativo especial para la regulación de esta materia. Procedimiento que subdivide en dos etapas diferentes, en las cuales va a ser diferente también el modo de actuar de las instituciones comunitarias en el proceso de adopción de normas (Art. 67, ex Art. 73 O).

Así, en una primera fase, durante un período transitorio de cinco años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam (entró en vigor el 1 de mayo de 1999, por lo tanto, hasta 1 de mayo de 2004), el Consejo decidiría por unanimidad, a propuesta de la Comisión o a iniciativa de un Estado miembro y previa consulta al Parlamento Europeo.

En esta primera fase, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, como excepción y sin que fuese necesario el transcurso de cinco años, el Consejo podría decidir por mayoría cualificada, sólo a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, cuando fuese a elaborar la lista de terceros países a quienes sería –o no sería– aplicable la exigencia de visado para estancias inferiores a tres meses, o cuando fuese a diseñar un modelo uniforme de visado.

También ya en esta primera fase, a partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, como excepción y sin que fuese necesario el transcurso de cinco años, el Consejo podría acudir al procedimiento de codecisión, para adoptar los procedimientos y las condiciones necesarios para la expedición de visados por los Estados miembros, y para adoptar las normas necesarias para el establecimiento de un visado uniforme para todos los Estados de la Unión.

En una segunda fase, transcurrido ya el período transitorio de cinco años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam (es decir, a partir del 1 de mayo de 2004), el Consejo ya sólo podrá decidir, de manera general, a propuesta de la Comisión (si bien ésta ha de tener en cuenta cualquier petición que le haga un Estado miembro para que presente una propuesta al Consejo).

Por otra parte, también en esta segunda fase, el Consejo podrá –por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo– adoptar una Decisión por la cual todos o parte de los ámbitos cubiertos por el Título IV del Tratado se rijan por el procedimiento de codecisión.

Además, el Tratado introduce también un principio de solidaridad, con el fin de prestar ayuda a todo Estado miembro que haya de enfrentarse a una situación de emergencia derivada de la llegada repentina de nacionales de terceros países. En este caso, el Consejo podría adoptar –por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión– medidas provisionales en beneficio de los Estados afectados, para un período máximo de seis meses (Art. 64.2, ex Art. 73 L).

De esta manera, la política de inmigración –y como tal política comunitaria– pasa a ser integrada en el ámbito de la Comunidad Europea, sin que ello suponga, sin embargo, que los Estados miembros hayan perdido su competencia en esta materia; competencia que, en realidad, van a conservar y sólo la van a someter a medidas comunitarias de carácter indicativo, coordinador y muy someramente armonizador, como se deduce del mencionado Art. 63 TCE y de la práctica seguida hasta el presente por los Estados miembros.

Del carácter comunitario que se atribuye a la política de inmigración – y también a las otras materias incluidas en el Tit. IV del TCE– es un buen indicativo la competencia que el Tratado de Ámsterdam atribuye al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Así, el Tribunal de Justicia pasa ahora a ser competente para conocer de cuestiones prejudiciales que se planteen por órganos jurisdiccionales nacionales sobre la interpretación del Título IV del Tratado, o sobre la validez o la interpretación de actos de las instituciones comunitarias basados en el mismo. Y, en similar línea, el Consejo, la Comisión y los Estados miembros podrán también pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre una cuestión de interpretación del Título IV del Tratado, o de actos de las instituciones comunitarias basados en el mismo. El Tribunal de Justicia, en cambio, no tendrá competencia sobre medidas relativas al mantenimiento del orden público y a la salvaguardia de la seguridad interior (Art. 68, ex Art. 73 P).

2.5. *El Tratado de Niza*

El Tratado de Niza, uno de los más debatidos y difíciles de concluir desde el inicio de las Comunidades Europeas, fue firmado en esta ciudad el 26 de febrero de 2001 y entró en vigor el 1 de febrero de 2003³². El Tratado de Niza, considerado como un «tratado existencial», por la trascendencia que suponía la consecución de un acuerdo en las cuestiones institucionales, a fin de permitir la importante ampliación de la UE que se pretendía abordar, no fue un tratado que aportase muchas novedades en otros aspectos del contenido material de la Unión³³.

Así, en el campo que aquí nos ocupa, el Tratado de Niza mantiene al pie de la letra todas las previsiones del Título IV del TCE («Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas»), tal y como quedó formulado por la reforma del Tratado de Ámsterdam, con la excepción del añadido de un nuevo apartado 5 al Art. 67. En este apartado se prevé que el período transitorio de cinco años a partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, en el cual el Consejo habría de decidir por unanimidad, a propuesta de la Comisión, o a iniciativa de un Estado miembro y previa consulta al Parlamento Europeo, no se aplicaría (a) a las medidas en materia de asilo (referidas a determinar el Estado miembro que asume la responsabilidad de examinar una solicitud de asilo presentada en uno de ellos, y a fijar normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo), (b) en materia de protección temporal a las personas desplazadas procedentes de terceros países, y (c) a las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, previstas en el artículo 65 TCE, con exclusión de los aspectos relativos al Derecho de familia. En estos ámbitos, el Consejo adoptaría sus decisiones de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 TCE, es decir, a través del procedimiento de codecisión.

En todo lo demás, pues, las previsiones introducidas en el TCE por la reforma del Tratado de Ámsterdam han permanecido plenamente vigentes hasta el momento de redactar estas líneas.

³² DO, C 80, de 10.3.2001.

³³ Véase el informe del entonces Secretario General de la Comisión, David O'Sullivan: Commission of the European Communities, Secretary-General, *Memorandum to the Members of the Commission: Summary of the Treaty of Nice* (Brussels, January 18, 2001, SEC(2001) 99). La caracterización del Tratado de Niza como un «tratado existencial» se debe a Jean-Claude Piris, Director General del Servicio Jurídico del Consejo.

2.6. La Constitución de la UE

El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004 y en este momento pendiente de su plena ratificación³⁴, es mucho más detallado en la regulación de esta materia, atribuyendo en la misma un mayor papel a la Unión:

1) En primer lugar, en línea con las previsiones del Tratado de Ámsterdam, la Constitución de la UE concibe también a la inmigración como objeto de una política común de la UE: la «política común de inmigración» (Art. III-267). Política que es, en realidad, un desarrollo necesario del área de libertad, seguridad y justicia que constituye la Unión (Art. III-257).

2) En segundo lugar, concebida como política de la Unión, la Constitución de la UE considera a la inmigración como una competencia compartida entre la Unión y los Estados, por ser un componente sustantivo del espacio de libertad, seguridad y justicia, el cual es uno de los ámbitos específicos a los que la Constitución atribuye la realización de las competencias compartidas (Art. I-14). Ello quiere decir –en los términos de la propia Constitución de la UE– que tanto la Unión como los Estados miembros podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en dicho ámbito, si bien los Estados sólo podrán ejercer su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya o haya decidido dejar de ejercerla (Art. I-12).

3) En tercer lugar, la política común de inmigración tiene como objeto primordial –según Constitución de la UE– lo siguiente (Art. III-267.1):

- garantizar la gestión eficaz de los flujos migratorios,
- dar un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, y
- prevenir y perseguir –con una «lucha reforzada contra ambas»– la inmigración ilegal y la trata de seres humanos.

En este sentido, establece la Constitución de la UE que los aspectos técnico-jurídicos del desarrollo normativo de estos objetivos de la política común de inmigración serán regulados por una ley o una ley marco europea. Esta ley se encargará de establecer las medidas que sean necesarias en los ámbitos siguientes (Art. III-267.2):

a) las condiciones de entrada y residencia y las normas relativas a la expedición por los Estados miembros de visados y permisos de residencia de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar;

³⁴ DO, C 310, de 16.12.2004. En adelante: Constitución de la UE.

b) la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros;

c) la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación ilegal;

d) la lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños.

La Constitución, sin embargo, reserva a los Estados miembros el derecho a establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países en busca de trabajo, por cuenta ajena o propia (Art. III-267.5).

Por otra parte, la Constitución atribuye a la Unión también la posibilidad de celebrar acuerdos con terceros países para la readmisión de inmigrantes ilegales; es decir: los «nacionales de terceros países que no cumplan o que hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, presencia o residencia en el territorio de uno de los Estados miembros» (Art. III-267.3).

Pero, igualmente, la Constitución atribuye a la Unión la posibilidad de establecer –a través de una ley o una ley marco europea– medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros destinada a propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio, si bien se excluye la posibilidad de todo intento de armonización, a través de esta vía, de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en esta materia (Art. III-267.3).

4) En cuarto lugar, también en línea con lo ya establecido por el Tratado de Ámsterdam, la Constitución de la UE desarrolla igualmente los otros aspectos del espacio de libertad, seguridad y justicia, tanto en lo que se refiere a la ausencia total de controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores, sea cual fuere su nacionalidad (Art. III-265.1.a), como, en sentido contrario, en lo que se refiere al control estricto sobre las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores de la Unión (Arts. III-257.2, III-265.1.b y 2).

En este último campo, la Constitución de la UE no sólo reitera los aspectos técnico-jurídicos a regular, que ya habían sido previstos por el Tratado de Ámsterdam y que ahora habrán de ser regulados por una ley o una ley marco europea (Art. III-265.2), es decir:

a) la política común de visados y otros permisos de residencia de corta duración;

b) los controles a los cuales se someterá a las personas que crucen las fronteras exteriores;

c) las condiciones en las que los nacionales de terceros países podrán circular libremente por la Unión durante un corto período;

d) cualquier medida necesaria para el establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores; y

e) la ausencia de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores.

sino que también pretende instaurar de manera progresiva un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores de la Unión (Art. III-265.1.c).

5) Por lo demás, en quinto lugar, también en línea con el Tratado de Ámsterdam, la Constitución de la UE, a efectos de facilitar la movilidad transfronteriza de los trabajadores, mantiene el deber de la Unión de establecer un sistema que permita garantizar a los trabajadores emigrantes la acumulación de los períodos que dan derecho a las prestaciones sociales, y el pago de las prestaciones a las personas que residan en el territorio de los Estados miembros, que ya había establecido el TCEE en 1957, con la sola particularidad de que ahora esto habría de hacerse a través de una ley o una ley marco europea (Art. III-136).

6) Y, en fin, en sexto lugar, la Constitución de la UE introduce una nueva cláusula de solidaridad entre los Estados miembros en este terreno, teniendo en cuenta que, después de todo, el espacio de libertad seguridad y justicia es un espacio común, como lo es la política de inmigración, y, por lo tanto, la presión inmigratoria sobre uno de los Estados es, en realidad, tarde o temprano, una presión que se extiende sobre todos. Así, establece la Constitución que la ejecución de la política de inmigración se regirá por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, lo que se extiende también al aspecto financiero (Art. III-268).

Pero, sobre todo, más allá de la definición de la política de inmigración como una política común de la UE, lo que merece ser subrayado aquí es que la Constitución de la UE, cambiando la línea seguida hasta el momento, regula por primera vez los derechos de los inmigrantes, de los «nacionales de terceros países que residan legalmente en uno de los Estados miembros de la Unión». Así, en términos generales, la Constitución introduce en su Título II la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, la cual encierra toda una serie de derechos, muchos de los cuales son de aplicación específica en este ámbito, en el ámbito de la política común de inmigración.

Ateniéndonos al orden de enumeración de la propia Carta, entre estos derechos cabe mencionar: el derecho a la protección de los datos de ca-

rácter personal (Art. II-68), que incide en las medidas de intercambio de información sobre datos de carácter personal entre los Estados, «i.e.» en el ámbito de la inmigración ilegal. El derecho a la educación, que incluye el respeto de los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas (Art. II-74). El derecho de los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros a unas condiciones laborales equivalentes a aquellas que disfrutaban los ciudadanos de la Unión. (Art. II-75). La prohibición de las expulsiones colectivas y de las devoluciones o extradiciones cuando el expulsado corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes (Art. II-79). La igualdad ante la ley (Art. II-80). La no discriminación, en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, [...] pertenencia a una minoría nacional (Art. II-81). El respeto a la diversidad cultural, religiosa y lingüística (Art. II-82). El derecho de acceso a las prestaciones de seguridad social y a los servicios sociales (Art. II-94). El derecho a la protección de la salud (Art. II-95). Y, en fin, la libertad de circulación y de residencia, que se concede a todo ciudadano de la Unión, pero que también podrá concederse a los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro (Art. II-105).

En todo caso, la Constitución de la UE prevé también que una ley o una ley marco europea podrá establecer las medidas que sean necesarias en la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros (Art. III-267.2.b).

3. LA INMIGRACIÓN EN EL TRATADO DE PRÜM

Teniendo en cuenta el marco jurídico descrito, en el que se va a enmarcar el Tratado de Prüm ¿qué es, por tanto, lo que éste aporta de novedoso en el ámbito de la inmigración ilegal? ¿cuál es la mayor utilidad que se pueda derivar del mismo en este terreno?

A diferencia de lo que ocurre con los otros dos temas que el Tratado de Prüm regula –la lucha contra el terrorismo y la lucha contra la delincuencia transfronteriza–, la lucha contra la migración ilegal es la que menos espacio ocupa: solamente cuatro artículos dedicados exclusivamente a esta materia, los cuales sólo aportan dos mecanismos específicos para afrontar

el problema. Sin embargo, el Tratado incluye también una amplia serie de medidas, algunas de las cuales pueden ser igualmente aplicadas en el campo de la lucha contra la migración ilegal. En este sentido, no es tan corta su regulación en materia de migración ilegal y, además, puede sostenerse que es precisamente éste el aspecto del Tratado –no directamente dirigido a la migración ilegal, pero también aplicable a la misma– donde puedan surgir mayores problemas de legalidad a la hora de su aplicación.

En lo que se refiere de manera específica a la migración ilegal, pues, el Tratado de Prüm le dedica el Capítulo 4: «Medidas para la lucha contra la migración ilegal», compuesto de cuatro artículos: Arts. 20-23. El Capítulo 4, en sustancia, establece solamente dos instrumentos para afrontar el problema de la migración ilegal:

- a) los asesores en materia de documentos, y
- b) el apoyo en casos de repatriación de nacionales de terceros países.

3.1. *Los asesores en materia de documentos*

Regulados en los Arts. 20 y 21 del Tratado, los Asesores en materia de documentos son personas especializadas en el reconocimiento de documentos falsos o manipulados, así como en la detectación del uso fraudulento de documentos auténticos y también en materia de migración ilegal, en términos generales. Estas personas serán enviadas a aquellos Estados que hayan sido calificados como Estados de origen o de tránsito de la migración ilegal y, una vez allí, habrán de realizar funciones de asesoramiento, de formación y de información.

De acuerdo con el Art. 21 del Tratado, estas funciones de asesoramiento y de formación van dirigidas sólo a las siguientes entidades:

- las representaciones en el extranjero de los Estados signatarios del Tratado. En este caso, el asesoramiento versará sobre cuestiones relacionadas con pasaportes y visados, en particular para el reconocimiento de documentos falsos y de documentos manipulados, así como otras cuestiones relacionadas con el uso fraudulento de documentos y la migración ilegal;

- las empresas de transporte, en relación con las obligaciones que les incumben con arreglo al Convenio de 19 de junio de 1990, de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, y el Anexo 9 del Convenio de Chicago, de 7 de diciembre de 1944, relativo a la aviación civil internacional, así como para reconocer los documentos falsos o manipulados y conocer las disposiciones vigentes en materia de entrada en la UE y en los Estados firmantes, y

- las autoridades e instituciones del país anfitrión competentes en materia de control policial en las fronteras.

Pero, además, estos asesores realizarán una función de información, que no es muy bien definida, –más allá de lo referido a la documentación fraudulenta–, cuyo objetivo es el incremento de los conocimientos de los Estados signatarios en materia de migración ilegal. Información que los Estados signatarios se obligan a intercambiar mutuamente y de manera periódica, sobre la base de su Derecho interno (Art. 20.2 del Tratado).

Y, en esta línea, se establece que, cuando los Estados firmantes envíen asesores en materia de documentos a otros Estados terceros, podrán designar a uno de ellos para que se encargue de la coordinación de esta tarea o de medidas concretas adoptadas al respecto. Dicha coordinación podrá también estar limitada en el tiempo (Art. 20.3 del Tratado).

Sin embargo, conscientes de las dificultades que pueda suponer la introducción de esta nueva figura, los Estados firmantes del Tratado de Prüm se apresuran a afirmar –además de las salvedades que, de manera general, se establecen en los Arts. 1.2 y 47.1 del Tratado, sobre el respeto al Derecho de la UE– que la actuación de los asesores en materia de documentos respetará las competencias de las representaciones en el extranjero y de las autoridades de los Estados signatarios encargadas de funciones policiales en las fronteras (Art. 21 del Tratado). Y, en el mismo sentido, se dice también que los Estados signatarios tendrán en cuenta, en esta materia, el Reglamento del Consejo 377/2004/CE, de 19 de febrero de 2004, sobre la creación de una red de funcionarios de enlace de inmigración (Art. 20.1).

Por otra parte, como es general a lo largo del Tratado y para cada una de las materias específicas reguladas, se establece también, en lo que se refiere al asesoramiento en materia de documentos fraudulentos, «puntos nacionales de contacto y de coordinación». Estos puntos nacionales de contacto y de coordinación, designados por los respectivos Estados firmantes, serán los interlocutores capacitados para acordar todo lo relativo al envío de asesores en materia de documentos y la planificación, ejecución, supervisión y revisión de las medidas de asesoramiento y formación a las que se refiere este Capítulo 4 del Tratado (Art. 22).

3.2. Apoyo en casos de repatriación

El Tratado de Prüm establece que los Estados firmantes se prestarán apoyo para las repatriaciones de inmigrantes ilegales (Art. 23). Para ello, se

prevé que los Estados que vayan a realizar la expulsión de su territorio de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión, han de informar a los demás Estados signatarios con antelación suficiente de este hecho y han de ofrecerles la posibilidad de participar en la operación de expulsión, siempre que ello sea posible.

En este sentido, se establece igualmente en el Tratado que, cuando se organicen operaciones conjuntas de repatriación, los Estados implicados se habrán de poner de acuerdo acerca de la escolta que haya de acompañar a las personas que vayan a ser devueltas y acerca de todas las medidas de seguridad que se requieran al respecto.

El Tratado de Prüm prevé también la posibilidad de que un Estado signatario pueda proceder, cuando ello sea necesario, a la repatriación de personas a través del territorio de otro Estado también firmante del Tratado. El Tratado establece, sin embargo, que el Estado por cuyo territorio haya de realizarse la repatriación tiene plena capacidad para decidir acerca de la misma, tanto en lo que se refiere a la forma o condiciones de la ejecución de la repatriación, como en lo que se refiere a los medios de coerción utilizables con respecto a las personas que hayan de ser repatriadas, de acuerdo con el régimen establecido por su Derecho interno.

En lo que se refiere a la coordinación entre los Estados signatarios del Tratado a este respecto, el Tratado de Prüm establece aquí también –como en el caso de los asesores en materia de documentos y de las otras formas de cooperación previstas en el Tratado– que los Estados designarán «puntos de contacto nacionales» para la planificación y ejecución de las repatriaciones.

Pero, además, el Tratado prevé igualmente la creación de un grupo de trabajo de expertos en materia de repatriaciones, el cual habrá de reunirse de manera periódica (Art. 23.3). La finalidad de este grupo de expertos es:

- evaluar los resultados de las operaciones de repatriación ya realizadas y tenerlos en cuenta en la planificación y ejecución de las siguientes, y

- examinar los posibles problemas que plantee el tránsito de personas repatriadas a través del territorio de otro Estado también firmante del Tratado y buscar soluciones a estos problemas.

El Tratado de Prüm, sin embargo, no ignora el hecho de que esta materia –la repatriación conjunta de nacionales de terceros países– ha sido regulada ya en el ámbito de la Unión y, por ello, establece que las operaciones mencionadas han de realizarse teniendo en cuenta la Decisión del Consejo de la Unión Europea 2004/573/CE, de 29 de abril de 2004, relativa

a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión, así como la Directiva 2003/110/CE del Consejo de la Unión Europea, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación por vía aérea.

3.3. Otros preceptos del Tratado de Prüm aplicables a la migración ilegal

La utilización de «asesores en materia de documentos», y la colaboración entre los Estados signatarios en casos de repatriación de nacionales de terceros países no son, sin embargo, las únicas medidas que, de acuerdo con el Tratado de Prüm, serían utilizables en la prevención y persecución de la migración ilegal. Es verdad que el Tratado se refiere sólo a estas dos en el capítulo que dedica de manera específica a la migración ilegal (capítulo 4: «Medidas para la lucha contra la migración ilegal»), sin embargo, analizadas en detalle sus previsiones, es evidente que las medidas que se mencionan a continuación serían igualmente aplicables, si bien, en algunos casos, con las limitaciones que se indican.

En este sentido, es precisamente en la posibilidad de aplicar al campo de la inmigración ilegal otras medidas más contundentes previstas en el Tratado, en donde se encuentran los aspectos que más problemas de legalidad puedan plantear en su puesta en práctica.

3.3. a) Archivo y utilización de datos de ADN

Así, en primer lugar, el Tratado prevé la creación de ficheros nacionales para el archivo y análisis de datos de ADN y, con ello, la consulta automatizada, particularizada o general, de los perfiles de ADN por parte de los Estados signatarios. Pero prevé también la transmisión de otros datos de carácter personal y de otro tipo de informaciones relacionadas, en el caso de que se compruebe la existencia de concordancia entre perfiles de ADN.

Es verdad que el Tratado prevé la utilización de estos instrumentos sólo «para los fines de la persecución de delitos» (Art. 2.1) y que la inmigración ilegal no es, en sí misma, un delito en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE; es sólo, como mucho, una falta o una mera infracción administrativa. Sin embargo, es claro que el tráfico y la trata de seres humano sí es un delito, reconocido como tal por los ordenamientos jurídicos de todos los Estados miembros de la UE y, por lo tanto, de todos los Estados signatarios del Tratado de Prüm, que son también miembros de

la Unión. En este sentido, pues, estas previsiones del Tratado son de plena utilización para la persecución de quienes utilicen la inmigración con fines delictivos.

Ahora bien, replanteando el tema en términos más concretos ¿es el inmigrante ilegal por motivos económicos un delincuente y, por ello, susceptible de ser sometido a la extracción de material fisiológico para la obtención de su ADN, la inclusión de estos datos en el fichero correspondiente y la puesta a disposición de los mismos a la consulta de las autoridades de todos los Estados signatarios del Tratado?

La respuesta a esta pregunta depende de varias cosas. En primer lugar, de cómo se entiendan los términos «persecución de los delitos». Si se entienden como la persecución de actividades delictivas ya realizadas, no creo que las medidas referidas sean aplicables al inmigrante individual, salvo que el ordenamiento jurídico prevea ese cruce ilegal de fronteras como una actividad delictiva, y no como una falta o una mera infracción administrativa. Pero, si esos términos se entienden de manera más amplia, en el sentido de dar cabida también a la prevención del delito y, por lo tanto, a todas las medidas dirigidas a evitar que la acción delictiva se produzca, entonces nada se opondría a que una mera infracción administrativa, como el acto de cruzar una frontera sin autorización, pudiese dar lugar a la extracción de datos de ADN del infractor y su archivo, a efectos de facilitar su persecución posterior, en el caso de que cometiese un delito.

En mi opinión, esto último supondría un verdadero exceso inaceptable, por cuanto, por un lado, vendría a suponer una sospecha generalizada de que todo inmigrante ilegal es un delincuente en potencia y, por otro lado – lo que es mucho más grave–, vendría a abrir la puerta a la posibilidad de que cualquier otra infracción administrativa pudiese dar lugar también a este tipo de identificación, pues, si cabe en un caso ¿por qué no habría de haber en los otros? Ello, en el caso de España, vendría a vulnerar los Arts. 15 y 17.1 de la Constitución.

En todo caso, es de subrayar que el Tratado establece que la obtención y el análisis del material genético molecular, así como la transmisión de los datos del perfil de ADN, ha de ser realizado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno del Estado requerido (Art. 7).

3.3. b) Archivo y utilización de datos dactiloscópicos

El Tratado de Prüm obliga también a los Estados signatarios a disponer de archivos de datos dactiloscópicos y a mantener índices de referencia relativos a estos datos, para permitir su consulta automatizada por parte de

las autoridades nacionales de los Estados, con el fin de prevenir y perseguir la comisión de delitos (Art. 8).

En mi opinión, nada se opone a que este mecanismo de información mutua pueda ser utilizado por los Estados en el campo de la prevención y persecución de la inmigración ilegal, tanto en lo que se refiere a la persecución de actividades delictivas relacionadas, como en lo que se refiere a la prevención de las mismas. Y ello, en términos similares a lo dicho más arriba, al hablar de los perfiles de ADN.

No veo, pues, problema alguno en el hecho de que el Estado pueda identificar a todas las personas que traspasen sus fronteras y residan en su seno, obteniendo y registrando a este fin sus huellas dactilares, como, de hecho, ocurre ya en España –y en otros Estados de la UE– con los nacionales y los extranjeros con residencia legal. El problema pudiera plantearse con respecto a la posibilidad de que el Estado ponga estos datos a disposición de otro Estado, de manera abierta y automática. Pero, aquí el Tratado de Prüm es cuidadoso y, no sólo exige reciprocidad, sino que sólo permite que la consulta se haga sobre unos índices automatizados y que la transmisión de otros datos de carácter personal disponibles se realice sólo cuando se compruebe la concordancia de los datos dactiloscópicos en cuestión, y siempre con arreglo al Derecho interno del Estado requerido (Art. 10).

3.3.c) Consulta de datos de los registros de vehículos

El Tratado de Prüm obliga a los Estados signatarios a permitir que todos ellos tengan acceso de forma automatizada a datos contenidos en los registros nacionales de vehículos, referidos tanto a los vehículos mismos, como a sus propietarios o usuarios. Y ello –aquí de una manera más amplia y detallada–, para la prevención y persecución de delitos y para la persecución de infracciones que sean competencia de los tribunales o de los ministerios fiscales en el territorio del Estado que realice la consulta, y para la prevención de amenazas para la seguridad y el orden público.

Evidentemente, esta previsión tiene una conexión más remota con la prevención y persecución de la migración ilegal; sin embargo, es de plena utilización para la prevención y persecución de cualquier actividad delictiva conexas, como el tráfico o trata de seres humanos, en términos similares a lo dicho con respecto a los instrumentos ya mencionados anteriormente.

3.3.d) Cooperación previa petición

El Tratado de Prüm prevé igualmente una forma de cooperación amplia

que obliga a los Estados signatarios a prestarse asistencia recíproca, previa petición, para prevenir e investigar hechos delictivos (Art. 27). Esta cooperación mediante petición previa, permite a las partes del Tratado transmitirse información sobre las cuestiones siguientes: la identidad del propietario, el usuario o el conductor de vehículos, y sobre permisos de conducción; la residencia y el domicilio de personas; títulos de residencia; los titulares de conexiones de teléfono y de otros medios de telecomunicación; la identidad de personas; la procedencia de objetos; las informaciones obrantes en bases de datos policiales y documentos policiales; los avisos urgentes relativos a armas o explosivos y avisos relativos a falsificaciones de moneda o efectos timbrados; informaciones sobre la ejecución de medidas de observación transfronteriza, persecuciones transfronterizas y entregas controladas; y la disposición de una persona a prestar declaración.

Ni que decir tiene que esta cooperación es igualmente aplicable al campo de la migración ilegal, en cuanto se trate de la persecución de toda actividad delictiva relacionada, tal y como se dice en los párrafos anteriores, al analizar las otras medidas de cooperación. En este sentido, el artículo 39, en relación con el Art. 40, del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990, al que se refiere expresamente el Tratado de Prüm, menciona el tráfico de seres humanos como uno de los hechos delictivos a los que son de aplicación estas medidas especiales de cooperación.

3.3.e) Cooperaciones operativas

El Tratado de Prüm, yendo más allá del intercambio de información, prevé también la realización de acciones operativas por parte de las fuerzas de seguridad de los Estados signatarios, con el fin de prevenir amenazas para la seguridad y el orden público y para la prevención y persecución de las actividades delictivas. Así, el Tratado prevé la posibilidad de la organización de patrullas comunes y de otras formas de intervención conjunta en las que los agentes de un Estado participen en acciones en el territorio de otro Estado, así como la posibilidad de encargar a agentes de otro Estado el desempeño de facultades soberanas en el ámbito territorial del Estado propio (Art. 24).

Pero también admite el Tratado, en el marco de lo que denomina «Medidas en caso de peligro inminente» (Art. 25), la posibilidad de que los agentes de un Estado crucen la frontera común, sin la autorización previa del otro Estado, para adoptar en la zona próxima a la frontera las medidas provisionales necesarias para evitar un peligro inminente para la vida o la integri-

dad física de las personas. Así expresada, es difícil que esta previsión pudiese ser aplicada al caso de la persecución de actividades criminales relacionadas con la inmigración ilegal, pero no imposible. En todo caso, resulta paradójico que el Tratado de Prüm, que pretende ser una profundización en la cooperación entre los Estados firmantes para la persecución del terrorismo, la delincuencia transfronteriza y la migración ilegal, se haya quedado en este tema más corto de lo que ya por sí mismo establecía el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990, integrado ya en el ámbito comunitario. Pues, efectivamente, el Convenio establece en su Art. 40 la posibilidad de que los agentes encargados de la vigilancia de una persona que presuntamente haya participado en un hecho delictivo puedan proseguir tal vigilancia en el territorio de otro Estado limítrofe, incluso –en caso de urgencia– sin autorización previa de ese Estado, pero sólo cuando ese hecho delictivo sea susceptible de extradición y sea uno de los que el propio Art. 40 enumera en su párrafo 7, entre los que se encuentra el tráfico de seres humanos; delito sustancialmente unido a la migración ilegal.

3.3.f) Intercambio de información en materia de *migración ilegal*

Y, en fin, y como se mencionaba en párrafos anteriores, al hablar de los asesores en materia de documentos, el Tratado prevé también que las partes firmantes se intercambiarán información en materia de migración ilegal, de manera general, informándose periódicamente sobre los nuevos datos y conocimientos que vayan surgiendo sobre esta cuestión, utilizando para ello la actividad de sus asesores en materia de documentos (Art. 20.2).

La información a obtener e intercambiar, pues, no se refiere de manera exclusiva al reconocimiento de documentos falsos o manipulados, o a la detección del uso fraudulento de documentos auténticos, sino que puede tener un objeto mucho más amplio, si bien referido, en última instancia, a la prevención y persecución de la migración ilegal. Ello hace, en realidad, que la figura del asesor en materia de documentos trascienda mucho el papel meramente técnico del asesor y se convierta en un informante de amplio espectro, al servicio de los Estados signatarios del Tratado.

4. CRÍTICA DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS SOBRE LA MIGRACIÓN ILEGAL

Más allá de las críticas de carácter general que se hacen al Tratado de Prüm –que son mencionadas en el apartado B de la sección primera de

este trabajo—, en lo que se refiere a su regulación para la persecución de la migración ilegal, las críticas se dirigen fundamentalmente a censurar la duplicidad o solapamiento de las medidas previstas, que vienen a recaer sobre campos ya regulados —de una u otra manera— por la normativa vigente de la UE. Pero también se critica la problemática que la puesta en práctica de estas medidas puede crear.

Con respecto a la duplicidad o solapamiento de medidas, efectivamente, la inmigración, desde su integración en el ámbito de la Comunidad Europea, por virtud de la reforma del Tratado de Ámsterdam, ha experimentado un amplio desarrollo normativo que, en realidad, había comenzado a producirse ya antes, desde la creación de la Unión Europea por el Tratado de Maastricht, bajo la cobertura del tercer pilar de la Unión. Y, desde luego, muchas de estas normas versan sobre materias en las que el Tratado de Prüm incide de lleno.

4.1. Los asesores en materia de documentos y su puesta en acción

En primer lugar, en lo que se refiere a los asesores en materia de documentos, la previsión del Tratado de Prüm colisiona con el Reglamento (CE) n° 377/2004 del Consejo, de 19 de febrero de 2004, sobre la creación de una red de funcionarios de enlace de inmigración³⁵. Esta red, fue prevista por primera vez por el Plan para la gestión de las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, aprobado por el Consejo el 13 de junio de 2002. En realidad, muchos Estados miembros de la UE poseían ya funcionarios especializados en esta materia en sus embajadas y consulados en los países de origen de los flujos migratorios. La idea era, pues, crear una red de coordinación y de intercambio de información que permitiese obtener el mejor resultado de la actividad de estos funcionarios. Así, el Consejo Europeo de Sevilla, del 21 y 22 de junio de 2002, decidió que esta red de funcionarios de enlace de inmigración estuviese creada antes del final de 2002. El Reglamento 377/2004 lo que viene a hacer es formalizar esta red, detallando las funciones de los funcionarios y el papel de los Estados miembros a este respecto.

¿Qué es lo que hace el Tratado de Prüm, pues, a este respecto? El Tratado lo que parece pretender es completar esta red de funcionarios de

³⁵ Diario Oficial, L 064, de 02.03.2004, p. 1-4. Desarrollado por la Decisión de la Comisión, de 29 de septiembre de 2005, relativa al modelo de informe sobre las actividades de las redes de funcionarios de enlace de inmigración y sobre la situación de la inmigración ilegal en el país anfitrión [notificada con el número C(2005) 1508].

enlace de inmigración con especialistas en materia de documentos, que presten su trabajo de manera primordial en el asesoramiento de las entidades indicadas en páginas anteriores. Por otra parte, la debilidad del diseño de la función informativa de los asesores de documentos –ya reseñada– se ve complementada con la muy detallada regulación que, a este respecto, establece el Art. 2.2 del Reglamento 377/2004. No se trata, pues, ni de sustituir, ni de duplicar, sino de complementar.

En esta línea, nada excluye que el asesor en materia de documentos sea también, al mismo tiempo, el funcionario de enlace de inmigración. Ahora bien, cuando ello sea así, el funcionario –sobre todo cuando actúe en su función de colector y proveedor de información– se verá ante la imposibilidad práctica de distinguir cuando actúa en su condición de funcionario de enlace de inmigración y cuando actúa en su condición de asesor en materia de documentos y a quién debe dar cuenta en cada caso, a la totalidad de los Estados de la Unión, o sólo a los Estados signatarios del Tratado de Prüm. Claro que, a fin de cuentas, en uno y otro caso va a informar siempre a Estados miembros de la UE, lo que reduce un tanto la gravedad del problema.

El mayor problema, sin embargo, se creará con la función de coordinación de estos agentes, que el Tratado de Prüm atribuye a uno de los Estados signatarios, designado por todos ellos, mientras que el Reglamento 377/2004 atribuye esta función al país que tenga la Presidencia del Consejo en cada momento. Claro que, de nuevo aquí, el Tratado de Prüm se refiere sólo a la coordinación de determinadas y concretas medidas, mientras que el Reglamento 377/2004 atribuye esta función de manera general³⁶.

4.2. *El apoyo en casos de repatriación y su crítica*

En lo que se refiere al apoyo en casos de repatriación de nacionales de terceros países, la crítica al Tratado de Prüm insiste, una vez más en que el Tratado viene a duplicar previsiones jurídicas ya vigentes.

Debe subrayarse aquí, en todo caso, que –como reconocen los textos de la UE– la política de repatriación de inmigrantes en situación irregular es

³⁶ Claramente contrarios a la figura del asesor de documentos y receloso con respecto a la confusión de estas dos figuras se manifiestan T. BALZACQ, D. BIGO, S. CARRERA y E. GUILD, *Security and the Two-Level Game*, cit. También, la misma crítica en T. BALZACQ, *The Treaty of Prüm And the Principle of Loyalty*, cit.; y STATEWATCH, *Some remarks on Schengen III*, op. cit.

una parte integrante y necesaria de la lucha contra la inmigración ilegal, sobre la que ahora el Tratado de Prüm no hace sino volver, tratando de producir un refuerzo de la cooperación en este terreno. Así, el Plan global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea, aprobado por el Consejo el 28 de febrero de 2002, establecía ya que la política de repatriaciones es una parte sustantiva de la lucha contra la inmigración ilegal³⁷, y el Plan para la gestión de las fronteras exteriores de la Unión Europea, aprobado por el Consejo el 13 de junio de 2002, preveía operaciones de repatriación entre las medidas y acciones a adoptar para una gestión integral de las fronteras exteriores de los Estados miembros de la UE. Y, en fin, el Programa de acción sobre la repatriación, aprobado por el Consejo de 28 de noviembre de 2002, recomienda, entre las medidas y acciones a adoptar para la mejora de la cooperación operativa entre Estados miembros, la organización de vuelos conjuntos para repatriar del modo más eficaz posible a los nacionales de terceros países en situación ilegal en un Estado miembro.

En realidad se trata aquí de dos cosas diferentes, pero que convergen en el objetivo común, y así lo ve también el Tratado de Prüm: (a) por un lado, la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión, y (b) por otro, la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación por vía aérea. En el primer caso, la organización de vuelos conjuntos para la expulsión de inmigrantes ilegales, se encuentra regulada en la actualidad por la Decisión del Consejo (2004/573/CE) de 29 de abril de 2004 relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión, adoptada por el Consejo a iniciativa de Italia³⁸. Y, en el segundo caso, la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación, se encuentra regulada por la Directiva 2003/110/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea³⁹. Se trata de medidas de cooperación frente a la inmigración ilegal que, además, tienen ya precedentes lejanos, tanto en la Recomendación de los ministros de los Estados miembros de las Comunidades Europeas encargados de la inmigración, de 30 de noviembre de 1992, relativa al tránsito a efectos de

³⁷ Diario Oficial, C 142 de 14.6.2002, p. 23.

³⁸ Diario Oficial, L 261, de 6.8.2004, p. 28.

³⁹ Diario Oficial, L 321, de 6.12.2003, p. 26.

expulsión, y su complemento de los días 1 y 2 de junio de 1993, como en la Recomendación del Consejo de 22 de diciembre de 1995 relativa a la concentración y cooperación en la ejecución de las medidas de expulsión⁴⁰.

¿Qué aporta de nuevo el Tratado de Prüm a este conjunto normativo? En realidad bien poco, prácticamente nada. El Tratado, lo que viene a hacer, por un lado, es forzar el compromiso de los Estados signatarios a cooperar, a no denegar su autorización (dado que todos los demás mecanismos, como las comunicaciones, autorizaciones, autoridad de enlace, etc., ya están previstos en la normativa mencionada), y por otro lado, se crea un grupo de trabajo formado por expertos en esta materia, que asesorará a los Estados signatarios del Tratado.

Lo criticable aquí, pues, no está tanto en la duplicación o el solapamiento de las medidas (dado que no se altera lo ya previsto, y el mismo Tratado se refiere a la Decisión 2004/573/CE y a la Directiva 2003/110/CE), que es, en todo caso innecesario y un ejemplo de mala técnica normativa; ni siquiera en la creación de ese grupo de expertos que va a asesorar sólo a los Estados firmantes del Tratado; sino en el hecho de que se dé por sentado que esta cooperación no va a hallarse en los demás miembros de la UE y que, por tanto, es necesario buscarla sólo en el grupo reducido de Estados más afectados por el problema y que se encuentren más dispuestos a la acción conjunta.

4.3. *Otras medidas reiteradas*

Por lo demás, y sin tratar de ser aquí exhaustivo, por cuanto, como ya se ha dicho en páginas anteriores, las demás medidas del Tratado de Prüm sólo afectan a la migración ilegal en cuanto ésta incurra en actividad perseguible como delito, desde el mismo punto de vista de la migración ilegal, es evidente que la normativa vigente en el ámbito de la UE contiene ya mecanismos de cooperación similares, sino iguales, a aquéllos que introduce el Tratado de Prüm.

Así, con respecto al intercambio de información entre los Estados sobre esta materia, se puede mencionar la Decisión del Consejo (2006/688/CE) de 5 de octubre de 2006, relativa al establecimiento de un mecanismo de información mutua sobre las medidas de los Estados miembros en materia de asilo e inmigración⁴¹, y la Decisión del Consejo (2005/267/CE) de 16 de

⁴⁰ Diario Oficial, C 5, de 10.1.1996, p. 3.

⁴¹ Diario Oficial, L 283, de 14.10.2006, p. 40.

marzo de 2005, por la que se crea en Internet una red segura de información y coordinación para los servicios de gestión de la migración de los Estados miembros⁴².

En lo que se refiere a la asistencia técnica a los países de origen de los flujos migratorios, se puede mencionar el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo (491/2004/CE) de 10 de marzo de 2004, por el que se establece un programa de asistencia financiera y técnica a los terceros países en los ámbitos de la migración y el asilo (Aeneas)⁴³.

Y, en fin, en lo que se refiere a la dimensión penal de la migración ilegal, ha de ser mencionada la Decisión marco del Consejo (2002/946/JAI) de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares⁴⁴, la Directiva (2002/90/CE) del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares⁴⁵, y la Decisión marco del Consejo (2002/629/JAI), de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos⁴⁶.

5. CONCLUSIÓN

El Tratado de Prüm, en lo que se refiere a la persecución de la migración ilegal no es realmente el monstruo que algunos autores –citados en páginas anteriores– han querido ver. No es en este terreno donde verdaderamente se encuentran sus aspectos más controvertidos o problemáticos, excepción hecha de los aspectos mencionados en páginas anteriores.

Su mal, pues, no se encuentra tanto en el contenido material de sus previsiones, como –y así se ha reseñado– en la filosofía subyacente, que inspira su formulación, y en el procedimiento mismo de su elaboración. El Tratado busca la consecución del máximo nivel posible de cooperación en las áreas mencionadas, pero lo hace al margen, de los Tratados. Y lo hace así porque los Estados han llegado a la conclusión –no errada– de que en la UE actual, de 27 Estados miembros, es necesario un papel de liderazgo político en pos de los objetivos comunitarios y un marco adecuado de integración política que hoy no se dan. El papel de liderazgo político, que

⁴² Diario Oficial, L 83, de 1.4.2005, p. 48.

⁴³ Diario Oficial, L 80, de 18.3.2004, p. 1.

⁴⁴ Diario Oficial, L 328, de 5.12.2002, p. 1.

⁴⁵ Diario Oficial, L 328, de 5.12.2002, p. 17.

⁴⁶ Diario Oficial L 203, 1.8.2002, p. 1.

debería corresponder a la Comisión, lamentablemente ésta no lo ejerce y ha dejado la iniciativa en manos de los Estados miembros. Y el marco de integración política adecuado para un proceso más acentuado de cooperación entre los Estados, que quería establecer el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa⁴⁷, no existe y no puede ser sustituido por el complejo mecanismo de las cooperaciones reforzadas. Alguien, pues, ha de llevar la iniciativa, y no lo pueden hacer los 27 Estados al mismo tiempo. De aquí que los Estados firmantes del Tratado se atribuyan a sí mismos ese «papel pionero», como se dice en el preámbulo del Tratado.

En este sentido, cabría decir que el Tratado de Prüm –y los que posiblemente le vayan a seguir en la conformación de la Europa de dos velocidades–, no es la causa de este mal, sino un efecto del mismo. Lo paradójico es que quienes a día de hoy rechazan el proceso de integración política que supone la Constitución de la UE, son miembros firmantes, o pretenden serlo, del Tratado de Prüm.

RESUMEN

En este trabajo se analiza un aspecto concreto del Tratado de Prüm: su incidencia en la persecución de la migración ilegal. El planteamiento general es que, en este ámbito, apenas contiene aspectos controvertidos o problemáticos. Por tanto, lo que se rechaza en este trabajo no es su contenido material sino la «filosofía subyacente» y el procedimiento de elaboración. Se busca el máximo nivel posible de cooperación, pero al margen de los Tratados constitutivos. Se explica en el trabajo que se hace así porque los Estados han llegado a la conclusión de que en la Unión Europea es necesario un papel de liderazgo político en pos de los objetivos comunitarios y un marco adecuado de integración política que hoy no se dan. Por ello, los Estados firmantes del Tratado se atribuyen a sí mismos ese «papel pionero».

PALABRAS CLAVE: Unión Europea, inmigración, tratados constitutivos.

ABSTRACT

This article analyzes the particular incidence of the Prüm Agreement in combating illegal migration. To combat illegal migration does not pose significant or controversial problems. This work does not refuse the particular measures adopted by the Convention, but it is against the underlying philosophy of the Agreement and its making process.

⁴⁷ Diario Oficial, C 310, de 16.12.2004, p. 1.

The Conventions aims to reach a high cooperation level but outside the European founding treaties. In the European Union there is nowadays no political leadership capable of extending the political integration. The author explains how the Prüm Convention Contracting Parties have acted as «pioneers» in European political integration.

KEY WORDS: European Union, Migration, Founding Treaties.