

Cuadernos Europeos de Deusto

Núm. 43/2010

Sumario

Estudios

La responsabilidad actualizada
de la nueva Europa
D. López Garrido

Robert Schuman: Memory and
Topicality of a great European
J.-M. Palayret

Sobre la adhesión de la Unión
Europea a la Convención
de Roma
J. A. Pastor Ridruejo

Los acuerdos europeos de
readmisión de inmigrantes en
situación irregular. Diez años de
política europea de readmisión
a debate

N. Arenas Hidalgo

Construcción europea y
liberalización económica en
América Latina: desafíos
comunes en la evolución del
Derecho internacional
económico
M. Monteagudo Valdez

Jurisprudencia

Comentario de Jurisprudencia
reciente del Tribunal de Justicia
de la Unión Europea
M. L. Sánchez Barrueco

Crónica

Crónica comunitaria: la
actualidad institucional y
económica de España en el
marco de la Unión Europea
B. Iñarritu

Cuadernos Europeos de Deusto

Cuadernos Europeos de Deusto

Núm. 43/2010

Dirección, Consejo de Redacción y Consejo Asesor:

Directora: Beatriz Pérez de las Heras (U. Deusto, Bilbao)

Consejo de Redacción: Joana Abrisketa Uriarte (U. Deusto, Bilbao)

M.ª Jesús Cava (U. Deusto, Bilbao)

Cristina Churruca Muguruza (U. Deusto, Bilbao)

Ana Garmendia Gutiérrez (U. Deusto, Bilbao)

Laura Gómez Urquijo (U. Deusto, Bilbao)

Beatriz Iñarritu (U. Deusto, Bilbao)

Santiago Larrazabal Basañez (U. Deusto, Bilbao)

Nicolás Mariscal (U. Deusto, Bilbao)

María Obieta Vilallonga (U. Deusto, San Sebastián)

Francisco Rodríguez Ortiz (U. Deusto, Bilbao)

M.ª Luisa Sánchez Barrueco (U. Deusto, Bilbao)

M.ª Luz Suárez Castiñeira (U. Deusto, Bilbao)

Consejo Asesor:

Francisco Aldecoa (U. Complutense, Madrid)

Javier Bilbao (U. País Vasco, Bilbao)

Pablo Antonio Fernández Sánchez (U. Sevilla)

Igor Filibi (U. País Vasco, Bilbao)

Enrique Linde Paniagua (UNED, Madrid)

José Martín y Pérez de Nanclares (U. Salamanca)

Mariola Urrea (U. La Rioja, Logroño)

Administración y suscripciones:

Instituto de Estudios Europeos

Universidad de Deusto - Apartado 1 - E48080 Bilbao

Tfno.: 944 139 102 Fax: 944 139 282 Email: estudios.europeos@deusto.es

Precios de Suscripción:

	2 números año	Número suelto
Zona euro	36 euros (IVA incluido)	21 euros (IVA incluido)
Otras zonas	51 dólares	31,50 dólares

Cuadernos Europeos de Deusto es una revista universitaria, tanto por la mayoría de sus autores y lectores como por su estilo, especializada en el estudio de temas jurídicos, económicos, políticos, sociales e históricos relativos al proceso de integración europea.

Cuadernos Europeos de Deusto agradece el patrocinio de la Dirección General de Servicios del Departamento de Hacienda y Finanzas de la Diputación Foral de Bizkaia, que ha hecho posible la publicación del presente número.

Revista incluida en el catálogo LATINDEX.

Indexada en la base de datos ISOC.

Impreso en España/Printed in Spain

ISSN: 1130-8354

Depósito legal: BI - 620-91

Revista

Cuadernos Europeos de Deusto

Normas de publicación

1. **Contenido.** La revista *Cuadernos Europeos de Deusto* publica, con carácter semestral (octubre y abril), estudios jurídicos, económicos, políticos, sociales e históricos sobre el proceso de integración europea.
2. **Envío de originales.** Los originales han de ser inéditos, escritos en alguna de las lenguas oficiales de la Unión Europea o en euskera, en Microsoft Word o formato compatible. Se enviarán en papel al Instituto de Estudios Europeos (a la atención del Director de la Revista) y, también, en soporte electrónico (disquete, CD-ROM o correo electrónico) a la dirección: *estudios.europeos@deusto.es*.
3. **Formato.** En primera página se incluirá el título, nombre del autor, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto. La segunda página recogerá un sumario, dos resúmenes, en castellano e inglés, de unas 120 palabras cada uno y las palabras clave del trabajo (entre 3 y 5 palabras) tanto en castellano como en inglés.
4. **Normas de edición.** Las normas de edición son las habitualmente utilizadas en publicaciones científicas, tal como se recoge en las «Normas básicas para la presentación de trabajos escritos» de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto. Ejemplos:
 - a) Bibliografía
 - MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Ed. Tecnos, Madrid, 2005, 5.ª ed.
 - ROJO SALGADO, A., «La importancia de la dimensión regional para la buena gobernanza europea», *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 35/2006, pp. 119-142.
 - DE WITTE, B., «Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order», en CRAIG, P. P. & DE BURCA, G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, University Press, Oxford, 1999, pp. 177-213.
 - b) Legislación
 - España. Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, 10 de julio de 2003, n.º 164, p. 26901.
 - Convención de 11 de abril de 1980 de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena. Instrumento de adhesión de España de 17 de julio de 1990, *Boletín Oficial del Estado*, 30 de enero de 1991, n.º 26/1991, p. 3170.
 - Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º L 338, de 23 de diciembre de 2003, p. 1.
 - c) Jurisprudencia
 - Sentencia del Tribunal Constitucional (o STC) 32/1981, de 28 de julio, FJ 5.º.
 - Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de febrero de 1984. Öztürk. Publicaciones del Tribunal Europeo, Serie A, Vol. 73.
 - Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Sexta) de 15 de enero de 2004, As. C-230/01, Intervention Board for Agricultural Produce/Enycloed Farming Partnership. Rec. 2004, p. 175.

5. **Proceso de publicación.** La Dirección de la Revista, con la participación y asesoramiento del Consejo de Redacción decidirá la publicación de los trabajos basándose en un doble dictamen. Los trabajos serán publicados como «Estudios» debiendo tener una extensión entre 7.000 y 15.000 palabras. Los autores de los trabajos podrán realizar la corrección de las pruebas de imprenta, si así lo solicitan, y, si en el plazo de una semana natural no se recibe su corrección, se entenderá que el autor está conforme con la impresión recibida.
6. **Copyright.** Los trabajos inéditos publicados en esta Revista podrán ser reproducidos en otro lugar con la debida referencia a su publicación original en *Cuadernos Europeos de Deusto*.

Cuadernos Europeos de Deusto

Núm. 43/2010

Sumario

Presentación: M.^a Luz Suárez 11

Estudios

D. LÓPEZ GARRIDO, La responsabilidad actualizada de la nueva Europa 15

J.-M. PALAYRET, Robert Schuman: Memory and Topicality of a great European 19

J. A. PASTOR RIDRUEJO, Sobre la adhesión de la Unión Europea a la Convención de Roma 43

N. ARENAS HIDALGO, Los acuerdos europeos de readmisión de inmigrantes en situación irregular. Diez años de política europea de readmisión a debate 53

M. MONTEAGUDO VALDEZ, Construcción europea y liberalización económica en América Latina: desafíos comunes en la evolución del Derecho internacional económico 91

Jurisprudencia

M. L. SÁNCHEZ BARRUECO, Comentario de Jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 117

Crónica

B. IÑARRITU, Crónica comunitaria: la actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea 139

Presentación

Coincidiendo con el 60 aniversario de la Declaración Schuman y el 30 aniversario de su Centro de Documentación Europea, el Instituto de Estudios Europeos de la UD celebró, el pasado mayo, sus IX. Jornadas sobre la Unión Europea bajo el lema «Hitos en la construcción europea: de la Declaración Schuman al Tratado de Lisboa» con el objetivo de realizar un balance de los momentos clave en el proceso de la configuración de Europa, desde la Declaración con la que Schuman sentó los pilares el 9 de mayo de 1950 hasta los todavía frescos acontecimientos históricos que han tenido como colofón la reciente firma del Tratado de Lisboa y su ratificación por los Estados Miembros.

Algunas de las intervenciones, de carácter revisionista, abordaron el proceso de construcción desde los pactos que empezaron propugnando la mera cooperación económica en el Tratado de Roma, para acabar perfilando los rasgos diferenciadores de la ciudadanía europea. Otras presentaron temas para el debate y la reflexión en torno a retos importantes que la Europa de los 27 tendrá que seguir abordando desde los ámbitos jurídico-políticos por un lado, y socio-culturales por otro: la política de seguridad y defensa de la UE, el tema de los Derechos Humanos, el desafío que supone la integración de una inmigración creciente, la gestión de la diversidad lingüística y cultural, entre otros.

El presente número de *Cuadernos Europeos de Deusto* recoge algunas de las contribuciones de las IX. Jornadas así como análisis aportados por otros expertos sobre el proceso de construcción europea desde un enfoque interdisciplinar, analizando y valorando los desafíos y factores que van determinando su evolución y progresión hacia una unión política. A todos los que han hecho posible este nuevo número, a las autoras de las habituales crónicas de jurisprudencia y de actualidad europea y a la Diputación Foral de Bizkaia, nuestro más sincero agradecimiento.

M.^a LUZ SUÁREZ

Directora del Instituto de Estudios Europeos

Los acuerdos europeos de readmisión de inmigrantes en situación irregular.

Diez años de política europea de readmisión a debate

Nuria Arenas Hidalgo

Doctora en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de la Universidad de Huelva

Sumario: Introducción. La política europea de readmisión al servicio de la lucha contra la inmigración irregular.—I. Orígenes de la política de readmisión y base jurídica de la competencia comunitaria. 1. De las «cláusulas de readmisión» a los acuerdos comunitarios de readmisión. 2. ¿Una competencia exclusiva o concurrente?—II. Contenido básico de los Acuerdos de Readmisión. 1. Criterio de selección de los terceros Estados e «incentivos» a la firma de los acuerdos puestos a su disposición. 2. Obligaciones jurídicas y procedimiento de readmisión.—III. La política de readmisión comunitaria y las obligaciones en materia de derechos humanos, en particular, el derecho de asilo.—Epílogo. Más allá de la readmisión. La importancia de vigilar la reintegración de los retornados.

Resumen: Este estudio analiza la actual política europea de readmisión, en especial, los acuerdos comunitarios de readmisión de inmigrantes en situación irregular, concluidos por la Unión y terceros Estados con objeto de facilitar la readmisión de nacionales que han sido hallados residiendo en situación irregular, así como nacionales de terceros Estados en tránsito. Se analizarán los orígenes de esta política, así como el contenido básico de los once acuerdos concluidos hasta la fecha y, en especial, la compatibilidad entre las obligaciones que derivan de estos acuerdos y aquellas relacionadas con los derechos humanos, principalmente, el derecho de asilo.

Palabras clave: Política europea de readmisión, inmigración irregular, política migratoria comunitaria, política de retorno, acuerdos de readmisión de inmigrantes en situación irregular, derechos humanos, derecho de asilo.

Abstract: *This study analyses the current European Readmission Policy, in particular, readmission agreements of irregular migrants signed by the Union and third states in order to facilitate the readmission of nationals who were apprehended while residing irregularly within the territory of a foreign state, but also third country nationals who transited through their soil. It will be explain the origin and content of the eleven conventions adopted and the compatibility between these agreements and the international and European human rights obligations, mainly, the right to asylum.*

Keywords: *European Readmission Policy, irregular migration, return policy, European migration policy, readmission agreements of irregular migrants, human rights, right to asylum.*

Introducción. La política europea de readmisión al servicio de la lucha contra la inmigración irregular

Hoy en día es posible identificar la inmigración como uno de los hitos de la construcción europea, pues se trata de uno de los hechos cuya regulación, en el marco comunitario, ha obtenido una evolución más exponencial. En este periodo de tiempo, hemos pasado de unos Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas que no mencionaban, en absoluto, la inmigración, al actual Tratado de Lisboa que dispone, en el art. 79 TFUE, el desarrollo de una «política común de inmigración», considerada como una de las prioridades de la agenda europea¹. Esta evolución tiene mayor mérito si cabe, si tenemos en cuenta que la política migratoria se ha considerado una materia esencialmente vinculada a la soberanía estatal, de ahí la resistencia de los Estados a ceder competencias en este terreno. Tras la comunitarización de esta área llevada a cabo por el Tratado de Ámsterdam, gran parte de los esfuerzos se han cifrado en la lucha contra la inmigración irregular —uno de los principales motivos de preocupación de los ciudadanos— y, en especial, en la armonización de las normas nacionales en materia de retorno.

La política de retorno europea, y más específicamente los acuerdos de readmisión de personas en situación irregular, forman parte del llamado planteamiento global para prevenir y controlar la inmigración irregular, en el marco de las relaciones exteriores de la Unión Europea. Es tal la importancia que ha adquirido el retorno de los nacionales de terceros países que han dejado de tener derecho a permanecer en territorio comunitario que la propia credibilidad e integridad de la política migratoria común se hace depender de la eficacia de la política de retorno y, *por ende*, de su principal instrumento técnico, los acuerdos de readmisión con Estados de origen y tránsito de los inmigrantes².

No ha de sorprender el consenso europeo en la virtualidad de esta medida, pues todos los Estados miembros se enfrentan a los mismos problemas a la hora de proceder a la devolución de los inmigrantes en situación irregular: dificultades para identificar a la persona y, en particular, su nacionalidad, pues a menudo se destruyen los documentos de identidad con objeto de

¹ Art. 79 TFUE: «La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas».

² «La premisa es que es necesaria una política de retorno para salvaguardar la integridad de los sistemas legales y humanitarios de admisión». *Libro Verde relativo a una política de retorno de residentes ilegales*. COM (2002) 175 final, para. 1 (en adelante, Libro Verde sobre Retorno).

evitar o retrasar el retorno, así como los obstáculos en la cooperación con los terceros países que suelen negar que la persona en cuestión posea su nacionalidad o bien no proporcionan los documentos necesarios para proceder a su retorno u objetan las modalidades del mismo. Estrechamente relacionado con la readmisión está el problema del tránsito. Efectivamente, las dificultades son aún mayores si lo que se pretende es la readmisión a un país de tránsito, cuando el extranjero inmigrante que se encuentra en situación ilegal en el territorio del Estado miembro no ha llegado al mismo directamente desde su país de origen sino a través del territorio de otros Estados. A la vista de que los acuerdos de readmisión son convenios internacionales que disponen la obligación de aceptar el retorno de nacionales de terceros Estados, imposición que no puede deducirse del Derecho internacional general, es comprensible que la obtención del mayor número posible de acuerdos de readmisión con países de origen y tránsito se haya convertido en una de las prioridades de las relaciones exteriores de la Unión.

Tras el reconocimiento de la competencia comunitaria para concluir acuerdos de readmisión por el Tratado de Ámsterdam (art. 63.3.b TCE) y su posterior confirmación en los sucesivos Consejos Europeos y Programas Plurianuales que fijan las prioridades en materia de libertad, seguridad y justicia, la Unión ha tratado de reforzar la cooperación con los países de origen y tránsito de los inmigrantes irregulares, a lo largo de la última década, con los acuerdos de readmisión como instrumento estrella³. Así,

³ El artículo 63.3.b) del TCE disponía: «El Consejo (...) adoptará (...) medidas sobre política de inmigración en los siguientes ámbitos: b) La inmigración y la residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales».

Recién entrado en vigor el Tratado de Ámsterdam, el Consejo Europeo de Tampere aprueba el primer programa plurianual (1999-2004) en el que invita al Consejo a celebrar acuerdos de readmisión con países de origen y tránsito de inmigrantes, al tiempo que hace un llamamiento a desarrollar la asistencia a estos países con objeto de hacerles más llevadero el cumplimiento de sus obligaciones en materia de readmisión (paras. 26 y 27).

El Programa de La Haya (2004-2009) vuelve a insistir en la necesidad de agilizar la conclusión de los acuerdos de readmisión (para lo que nombra un Representante Especial de la Comisión para la Política Común de Readmisión) y la cooperación con terceros países en este sentido y desde un planteamiento equilibrado en la gestión de la migración que se ocupe tanto de la migración legal como de la ilegal. *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia*, DO C 53, 3.3.2005 (p. 6).

El último programa plurianual adoptado en el Consejo Europeo de Estocolmo ya no dispone tanto la celebración de nuevos acuerdos como la garantía de aplicación de los vigentes, así como la necesidad de intensificar la cooperación de con los países de origen y tránsito dentro del marco del Enfoque Global de la Migración y en sintonía con el Pacto Europeo de Inmigración y Asilo. *El Programa de Estocolmo: Una Europa abierta y segura que protege al ciudadano*, DO C 115, 4.5.2010 (para. 6.1.6).

en septiembre de 2000, el Consejo dispone el primer mandato a la Comisión con objeto de negociar acuerdos de readmisión⁴. Desde entonces, ha recibido dieciséis mandatos, respecto de los cuales se han concluido once acuerdos de readmisión con los siguientes países o entidades: Hong Kong, Macao, Sri Lanka, Albania, Rusia, Ucrania, Bosnia-Herzegovina, Montenegro, Macedonia, Serbia y Moldova⁵. El resto de Estados (Marruecos, Argelia, China, Pakistán o Turquía) al tratarse de complicados países de origen y tránsito de inmigrantes, permanecen aún en negociación⁶. En definitiva y siempre de acuerdo con las autoridades comunitarias, los acuerdos de readmisión europeos se espera jueguen un papel determinante para una mejor y más eficiente gestión —en asociación con los terceros países en cuestión— de los movimientos migratorios que se dirigen a territorio europeo.

⁴ Formalmente, la Dirección General de la Comisión encargada de la negociación es la DG Relex, con Karen Kovanda como Representante Especial para la Política Común de Readmisión (véase el nombramiento en el Programa de La Haya: COM (2005) 184 final). Sin embargo, en la práctica, gracias a un compromiso tácito, esta etapa del proceso se deja en manos de la DG JLS.

⁵ Hong Kong: Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China sobre readmisión de residentes ilegales (DO 2004, L 17/23, 21/01/2004).

Macao: Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Región Administrativa Especial de Macao de la República Popular China sobre la readmisión de residentes ilegales (DO 2004, L 143/97, 30/04/2004).

Sri Lanka: Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República Socialista Democrática de Sri Lanka sobre la readmisión de residentes ilegales (DO 2005, L 124/41, 17/05/2005).

Albania: Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Albania sobre la readmisión de residentes ilegales (DO 2005, L 304/14, 23/11/2005).

Rusia: Acuerdo entre la Federación Rusa y la Comunidad Europea sobre readmisión (DO 2007, L 129, 17/05/2007).

Ucrania: Acuerdo entre la Comunidad Europea y Ucrania sobre la readmisión de personas (DO 2007, L 332/46, 18/12/2007).

Bosnia-Herzegovina: Acuerdo entre la Comunidad Europea y Bosnia y Herzegovina sobre readmisión de residentes ilegales (DO 2007, L 334/25, 19/12/2007).

Montenegro: Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Montenegro sobre readmisión de residentes ilegales (DO 2007, L 334/25, 19/12/2007).

Macedonia: Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Antigua República Yugoslava de Macedonia sobre readmisión de residentes ilegales (DO 2007, L 334/1, 19/12/2007).

Serbia: Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Serbia sobre readmisión de residentes ilegales (DO 2007, L 334/46, 19/12/2007).

Moldova: Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Moldova sobre readmisión de residentes ilegales (DO 2007, L 334/148, 19/12/2007).

Véase el anexo I de este estudio.

⁶ Para conocer el estado de la negociación con el resto de países, véase el anexo II de este estudio.

No obstante, dejando al margen su también cuestionada eficacia, la política europea de readmisión plantea serias dudas en cuanto a su compatibilidad con las obligaciones internacionales y europeas, en materia de retorno y, especialmente, respecto de aquellas derivadas del derecho de asilo, recientemente consagrado al más alto nivel⁷. Efectivamente, los acuerdos de readmisión no sólo disponen el retorno de los inmigrantes en situación irregular sino también de los solicitantes de asilo cuya solicitud de protección ha sido rechazada o aquellos cuya demanda no ha sido analizada en cuanto al fondo debido a su procedencia de un tercer país considerado «seguro». Como han señalado Peers y Rogers, en los casos de personas que pueden hallarse en necesidad de protección, disponer los vínculos necesarios entre los acuerdos de readmisión y las obligaciones en materia de derechos humanos es esencial⁸. Las dudosa reputación de algunos de los Estados con los que se ha concluido un acuerdo de readmisión o se continúa en negociación, la ausencia de salvaguardas específicas en los propios tratados o el hecho de incluir en ellos procedimientos acelerados de retorno aplicables a aquellos que son interceptados en la frontera tratando de entrar de forma irregular, plantean serias dudas sobre su compatibilidad con el principio de *non refoulement* consagrado en la Carta Magna del Derecho de los Refugiados, esta es, la Convención de Ginebra de 1951 y ahora en el propio Derecho originario europeo⁹.

Es preciso subrayar, no obstante, que ni el instrumento jurídico ni la preocupación por sus consecuencias en materia de derechos humanos son nuevos. A pesar del reciente interés político y académico por los acuerdos de readmisión, se trata de un clásico instrumento estatal para facilitar el retorno de inmigrantes y solicitantes de asilo que obtuvo particular importancia a finales de los años ochenta y principios de los años noventa, cuando la

⁷ Artículo 18 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: «Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea».

⁸ PEERS, S.; ROGERS, N., «EC Readmission Agreements», *EU Immigration and Asylum Law, Text and Commentary*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 893.

⁹ Artículo 33.1 de la Convención de Ginebra de 1951: «Prohibición de expulsión y de devolución («refoulement») 1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas».

Véase también el artículo 19 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Protección en caso de devolución, expulsión y extradición. «1. Se prohíben las expulsiones colectivas. 2. Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes».

Europa occidental introduce la noción de «tercer país seguro»¹⁰. En aquellos años, el uso combinado de los acuerdos de readmisión con la aplicación de dicho principio recibió duras críticas por parte de ACNUR a causa del detrimento que causaban estas medidas en los refugiados *bona fide*¹¹. Si bien es cierto que ninguna norma obliga al solicitante de asilo a presentar su solicitud de protección en el primer país de asilo posible, tampoco se puede afirmar que existan reglas definidas que prohíban enviar a un solicitante de asilo a otro Estado donde no tema sufrir persecución que es justo lo que facilitan los acuerdos de readmisión.

En todo caso, ahora es necesario analizar este instrumento en un marco jurídico diferente. Ahora no sólo los Estados pueden negociar acuerdos bilaterales de readmisión sino que la propia Comunidad Europea (ahora Unión) tiene asignadas competencias en relación con la repatriación de nacionales de terceros países, lo que incluye competencias exteriores para concluir acuerdos de readmisión con objeto de acelerar y facilitar el retorno de estas personas o incluir cláusulas estándar de readmisión en otros acuerdos entre la Comunidad Europea y terceros Estados. En todo caso, no se trata sólo de una cuestión de adquisición de nuevas competencias comunitarias sino éstas se confieren en un estadio de armonización en materia de asilo y de retorno completamente diferente del que se disponía en los años noventa. La primera fase del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) ha concluido, por lo que ya se dispone de un estándar de medidas que deben hallarse en completa consonancia con la Convención de Ginebra por imperativo del Derecho originario, lo que significa, principalmente, que se

¹⁰ En 1986, Dinamarca adoptaba en su Derecho interno el principio de «tercer país de asilo», en virtud del cual se podía rechazar una solicitud de asilo, sin entrar a valorar el fondo, si el sujeto procedía de un país considerado seguro, es decir, del que no cabe considerar peligro de la persecución prohibida por la Convención de Ginebra de 1951. Poco después, Alemania, Dinamarca y otros países europeos introducen en su legislación el principio de «país seguro de origen», con la misma finalidad respecto de aquellos países de origen de los solicitantes de asilo. A finales de los noventa, el resto de países europeos occidentales habían incorporado dichas disposiciones en sus ordenamientos y hoy día, algo más de veinte años después, tales principios forman parte del acervo comunitario en materia de asilo, obligatorio para todos los Estados miembros (véase el artículo 26 para el principio de «tercer país de asilo» y los artículos 29, 30 y 31 para el concepto de «países de origen seguros» de la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado: DO L 326 13.12.2005 p. 13 (en adelante, Directiva de Procedimientos).

Para conocer algo más sobre la fase formativa del actual sistema europeo común de asilo, véase: BYRNE, R., NOLL, G., VEDSEN-HANSEN, J., «Understanding Refugee Law in an Enlarged European Union», *European Journal of International Law*, vol. 15, n.º 2, 2004, pp. 355-379.

¹¹ Véase, *inter alia*, «UNHCR Position on Readmission Agreements, “Protection Elsewhere” and Asylum Policy», 1.8.1994.

respetará el principio de *non refoulement* y nadie será enviado a un lugar donde pueda temer persecución¹². Al mismo tiempo, recuérdese que la obli-

¹² El SECA supone un sistema normativo —parte integrante del espacio de libertad, seguridad y justicia— que define las obligaciones comunitarias en materia de asilo y que, tras la finalización de la primera fase de ejecución, que dispuso la armonización de los marcos legales de los Estados miembros sobre la base de normas mínimas comunes, se concentra, de forma principal, en siete normas de Derecho derivado que comprenden: un mecanismo para la distribución de la responsabilidad entre los Estados miembros en relación al examen de una demanda de asilo (Reglamento Dublín II y EURODAC); normas mínimas sobre los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar el estatuto de refugiado (Directiva de Procedimientos), así como la definición de cuatro estatutos de protección (convencional, subsidiario y temporal): el estatuto de solicitante de asilo (Directiva de Acogida); el estatuto de refugiado y el de beneficiario de protección subsidiaria (Directiva de Cualificación), así como el estatuto de beneficiario de protección temporal para casos de afluencia masiva (Directiva de Protección Temporal); y todo ello con el apoyo financiero del Fondo Europeo de Refugiados (FER).

Reglamento (CE) n.º 1560/2003 de la Comisión, de 2 de septiembre de 2003, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n.º 343/2003 del Consejo por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país. DO L 222 05.09.2003 p. 3 (en adelante, Reglamento Dublín II). Reglamento (CE) n.º 2725/2000 del Consejo, de 11 de diciembre de 2000, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín. DO L 316 15.12.2000 p. 1.

Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado DO L 326 13.12.2005 p. 13 (en adelante, Directiva de Procedimientos).

Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros. DO L 031 06.02.2003 p. 18 (en adelante, Directiva de Acogida).

Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. DO L 304, 30.09.2004 (en adelante, Directiva de Cualificación).

Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida. DO L 212 07.08.2001 p. 12 (en adelante, Directiva de Protección Temporal).

Decisión 2000/596, por la que se crea el Fondo Europeo para Refugiados, DO L 252, de 6 de octubre de 2000.

Pueden verse el resto de iniciativas comunitarias en: http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/asylum/doc_asylum_intro_en.htm.

Es importante subrayar que los Tratados no disponen una definición del SECA. El Consejo Europeo de Tampere lo cita por primera vez, sin aportar mayor concreción sobre su contenido o funciones. Desde entonces, los preámbulos de las normas que conforman la política común de asilo hacen referencia al sistema y cómo contribuir a su conformación supone el objeto último de las mismas.

gación de readmisión supone la continuación natural y, al mismo tiempo, necesaria, de las medidas de retorno. La regulación de esta cuestión se ha de situar en relación de complementariedad o sinergia con la vía comunitaria de la Directiva de retorno, recientemente adoptada¹³. Así las cosas, en este estadio de evolución, es necesario estudiar la interconexión entre las obligaciones que se deducen de los acuerdos comunitarios de readmisión y aquellas derivadas del SECA —en el más amplio contexto del Derecho internacional de los Refugiados—, y de la política de retorno, en especial, de la Directiva 2008/115/CE.

Tras diez años de política de readmisión y ante los inciertos resultados de la misma, el Consejo Europeo, en el recientemente adoptado Programa de Estocolmo hace un llamamiento para crear un «planteamiento global» sobre repatriación y readmisión, donde más que adoptar nuevos convenios, se garantice la aplicación de los vigentes y su evaluación, también de las negociaciones en curso, a lo largo del año 2.010, con una propuesta de mecanismo para el seguimiento de su aplicación y la definición de una «estrategia renovada»¹⁴. Desde luego, el diseño de esta estrategia se va a ver del todo condicionada por el papel que en codecisión —gracias al Tratado de Lisboa— jugará en breve el Parlamento Europeo. De hecho, la Cámara está pendiente de aprobar la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y Pakistán sobre readmisión, tras el demoledor informe de la ponente que recomienda su rechazo debido a la situación de violencia e inestabilidad del país, a la falta de preocupación de la Comisión durante las negociaciones respecto a la seguridad de los repatriados y a las sospechas de que el acuerdo servirá para repatriar, de forma encubierta, a ciudadanos afganos, un país que sufre una cruenta guerra entre talibanes y fuerzas internacionales¹⁵. Una negativa del Parlamento Europeo pondría en cuestión diez años de política de readmisión y obligaría a redefinir su contenido y principios de base. Tenemos nuevos actores utilizando los acuerdos de readmisión (UE) y un nuevo marco normativo que les resulta obligatorio; el contexto ha cambiado, pero

¹³ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, DO L 348/de 24.12.2008 (en adelante, Directiva de Retorno).

¹⁴ Programa de Estocolmo, para. 6.1.6 (véase la cita n.º 3).

¹⁵ Parlamento Europeo. *Proyecto de Opinión de la Comisión de Asuntos Exteriores para la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y Pakistán sobre readmisión*. 2009/0036/ (NLE). Ponente: Nicole Kiil-Nielsen.

También se espera en breve la opinión del Parlamento Europeo respecto del Acuerdo de readmisión con Georgia: COM (2010) 200 final.

no las causas de preocupación. En este marco, parece del todo oportuno realizar una puesta al día de este importante componente de la política migratoria comunitaria. Así, en la primera parte del análisis se dará cuenta de los orígenes de la política de readmisión con objeto de poner en evidencia cómo la actual política comunitaria de readmisión se basa y supone una continuación de la bilateral llevada a cabo por los Estados miembros, con la que se halla en relación de complementariedad, así como con las «cláusulas de readmisión» incorporadas a los convenios de asociación y cooperación. En el apartado segundo, se expondrá el contenido básico de los acuerdos comunitarios de readmisión adoptados haciendo hincapié en las obligaciones jurídicas y en los tipos de procedimientos de readmisión previstos en los mismos, en especial, el controvertido «procedimiento acelerado 48 horas», así como en la ausencia de salvaguardas específicas en materia de derechos humanos. Por último, en el apartado tercero se expondrán las principales preocupaciones que en el ámbito de los derechos humanos, en general, y del derecho de asilo, en particular, plantean estos instrumentos jurídicos, para concluir que se debe producir un efectivo diálogo entre las obligaciones jurídicas que disponen éstos y aquellas derivadas de la Directiva de Retorno y, en particular, el Sistema Europeo Común de Asilo, con objeto de evitar el riesgo, *a contrario*, de crear condiciones que puedan poner en peligro la garantía de derechos fundamentales e incluso resultar ineficaces, a la postre, respecto de su principal objetivo, la lucha contra la inmigración irregular.

I. Orígenes de la Política de readmisión y base jurídica de la competencia comunitaria

Como se ha indicado en la introducción, la política de readmisión no es una iniciativa europea totalmente nueva sino que la conclusión de acuerdos de readmisión de personas, por el contrario, es un instrumento estatal clásico empleado con objeto de controlar los flujos migratorios, tanto a nivel bilateral como multilateral. Gracias a estos tratados internacionales, de carácter técnico, se trata principalmente de establecer un procedimiento claro para la identificación y el retorno de los nacionales de terceros Estados en situación irregular que procure el efectivo cumplimiento de unas obligaciones internacionales que, en esta materia, resultan especialmente poco precisas.

Efectivamente, la obligación de los Estados de readmitir a sus propios nacionales suele deducirse como corolario del derecho a volver al propio país, consagrado en el artículo 13.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos o el 12.4 del Pacto Internacional de Derechos

Civiles y Políticos y considerada, en general, una costumbre internacional¹⁶.

Sin embargo, en el caso de la readmisión de nacionales de terceros países en tránsito por el territorio del Estado, no existe una obligación similar en Derecho internacional general. Una parte residual de la doctrina se aventura a deducir dicha obligación de la más general de «buena vecindad» o, en el caso de las Instituciones comunitarias, como complemento de la obligación de controlar las fronteras; deducciones ambas controvertidas y sin apoyos en la práctica o en la jurisprudencia¹⁷. He ahí, pues, la gran virtualidad de estos convenios que consiguen que el Estado requerido acepte el regreso de personas que se han limitado a transitar por su territorio sin verse jurídicamente obligados *prima facie*; sin duda, la disposición más compleja en la negociación. En virtud de este tipo de tratados, la nacionalidad ya no resulta un factor decisivo para el retorno del inmigrante si se puede demostrar o presumir sobre la base de indicios que esa persona ha transitado por

¹⁶ Art. 13.2 DUDH: 2. «Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país». Art. 12.4 del PCDP: «Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país». Véase también el art. 2.2 del Protocolo cuarto al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El *Pacto Europeo de Inmigración y Asilo* proclama, de forma contundente, que «todos los Estados tienen la obligación de volver a admitir a sus nacionales que se encuentren en situación irregular en el territorio de otro Estado», sin embargo, no alude al origen consuetudinario de dicha obligación (Consejo, doc. n.º 13440/08); tampoco el *Programa de Estocolmo* cuando «exige a todos los Estados que readmitan a sus propios nacionales que están residiendo ilegalmente en el territorio de otro Estado». El único acuerdo de readmisión que confirma el origen consuetudinario internacional de la obligación de readmisión de nacionales es el Acuerdo con Pakistán, en su artículo 20.3 («Sin perjuicio de las obligaciones de reaceptación de los propios nacionales impuesta a las Partes por el Derecho consuetudinario internacional, el presente Acuerdo y sus protocolos de ejecución se aplicarán a las personas que hayan entrado en los territorios de Pakistán y de los Estados miembros tras la entrada en vigor del Acuerdo»).

¹⁷ Según el Profesor Hailbronner: «Due to lack of a long standing common European practice and *opinio iuris* there is no evidence to date of a strict obligation, derived from customary international law, of neighbouring States to readmit “illegal” third-country nationals and stateless persons. Principles of good neighbourly conduct do, however, provide an element of emerging customary law regard to the development of a common European responsibility for dealing with uncontrolled migration movements». Hailbronner, K. *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, p. 482.

También el Consejo Europeo de Edimburgo de 1992, si bien dicha afirmación no se repite en Consejos Europeos posteriores: «Si ha lugar, procurarán celebrar acuerdos bilaterales o multilaterales con países de origen o tránsito para asegurar que los inmigrantes ilegales puedan ser devueltos a sus países de origen, haciendo extensiva así la cooperación en este ámbito a otros Estados sobre la base de las buenas relaciones entre vecinos».

En conversación con los representantes de la Comisión en materia de readmisión, siempre se refieren a la obligación de los Estados de controlar sus fronteras con objeto de justificar esta política.

dicho territorio. La actual proliferación de acuerdos de readmisión, tanto bilaterales como multilaterales, con esta cláusula, está dando lugar a una práctica consistente y uniforme que sumada a la convicción de su obligatoriedad jurídica (*opinio iuris*) podría derivar en breve en una costumbre internacional también en este campo.

En todo caso y dejando a un lado la base jurídica de la readmisión en Derecho internacional general, lo cierto es que a falta de un acuerdo sobre estos términos y habida cuenta que el Estado de origen o tránsito puede rehusar a la readmisión del sujeto si el Estado que reclama no puede válidamente probar o demostrar que el inmigrante en situación irregular tiene la nacionalidad de ese Estado o, en el caso de nacionales de terceros países, que dicha persona ha transitado a través de su territorio, la devolución resulta imposible a menos que el Estado requerido expresamente la acepte. En consecuencia, disponer de un acuerdo sobre los medios de prueba, la documentación a utilizar o sobre quiénes serán los funcionarios de enlace se hace imprescindible para la aplicación efectiva de la obligación de readmisión; dichos tratados la hacen realmente operativa y, por ello, se ha convertido en el instrumento clave de la política de retorno europea.

1. De las «cláusulas de readmisión» a los acuerdos comunitarios de readmisión

Con objeto de identificar las obligaciones en materia de readmisión de los Estados europeos se han de distinguir dos marcos de actuación complementarios: el marco bilateral, en el que cada Estado miembro negocia acuerdos de readmisión de personas con terceros Estados en función de sus necesidades específicas; y el marco multilateral-comunitario, en el que se han adoptado dos tipos de iniciativas al respecto: la introducción de «cláusulas de readmisión» en todos los acuerdos de asociación y cooperación, así como la negociación y conclusión de acuerdos de readmisión de inmigrantes en situación irregular que son tratados firmados por la Comunidad (ahora Unión) y los Estados miembros.

Respecto de la primera medida, en 1996 el Consejo Europeo acuerda un «modelo de cláusula de readmisión» que debía ser incorporada, caso por caso, en futuros tratados mixtos —acuerdos entre la Comunidad Europea, los Estados miembros y terceros Estados—. Dicho modelo disponía de dos artículos básicos, un artículo «X» que contenía una cláusula estándar de readmisión de nacionales y un artículo «Y» con el compromiso de negociar acuerdos de readmisión bilaterales, a petición de las partes, y que podían incluir la readmisión también de nacionales de terceros países y apátridas. Con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam y la adquisición de nue-

vas competencias comunitarias, se actualiza el modelo que ya no se negocia caso por caso sino que ahora debe ser incluido en todos los futuros acuerdos comunitarios y mixtos y que incorpora de nuevo la cláusula estándar de readmisión de nacionales (art. A), así como dos artículos que disponen el compromiso de negociar acuerdos de readmisión no sólo con los Estados miembros (art. C) sino también con la Comunidad Europea (art. B). Ni el modelo de 1996, ni el actualizado de 1999 incluyen disposición alguna sobre la específica protección que, en estos casos, merecen los solicitantes de asilo o refugiados¹⁸.

Las primeras cláusulas de readmisión se incorporan en los acuerdos de asociación y cooperación firmados con países de Asia central y el Cáucaso, a mediados de los años noventa. Desde entonces se generaliza su uso gracias al mandato al respecto de los Consejos Europeos de Tampere o Sevilla y ello a pesar de su relativa eficacia¹⁹. En este sentido, es preciso subrayar que estas cláusulas no son acuerdos de readmisión en sentido estricto sino «cláusulas habilitadoras» que precisan de la celebración de un tratado bilateral con el Estado miembro o la Comunidad para ser realmente operativas. La firma de un acuerdo de asociación o cooperación que incluya dicha disposición se convierte, así, en un paso previo ineludible que sienta las bases para la negociación futura del convenio de readmisión *stricto sensu*. Estas cláusulas son ahora obligatorias y no se firmará acuerdo de asociación o cooperación (comunitario o mixto) a menos que la otra parte acepte estas obligaciones. De hecho, se reconoce que sigue siendo la base adecuada para la negociación de acuerdos bilaterales suplementarios de readmisión con los países ACP, en el marco del Acuerdo de Cotonú, cuyo artículo 13 contiene la clásica cláusula de readmisión en los términos expuestos²⁰. Así las cosas,

¹⁸ 1995 EU Council Conclusion on readmission clauses (Council doc. 4272/96). 1999 EU Conclusion on readmission clauses (Council doc. 13409/99).

Pueden verse ambos documentos en: <http://www.statewatch.org/news/2003/may/12a1995ccs.html> y <http://www.statewatch.org/news/2003/may/12b1999dec.html> (visitado por última vez el 29 de junio de 2010).

¹⁹ Consejo Europeo de Tampere (1999): «El Consejo Europeo invita al Consejo a que celebre acuerdos de readmisión o inserte cláusulas modelo en otros acuerdos entre la Comunidad Europea y los terceros países o grupos de países pertinentes» (para. 27).

Consejo Europeo de Sevilla (2002): «El Consejo Europeo insta a que se incluya una cláusula sobre gestión común de los flujos migratorios y sobre la readmisión obligatoria en caso de inmigración ilegal en todo futuro acuerdo de cooperación, de asociación o equivalente que la Unión Europea o la Comunidad Europea celebre con cualquier país» (para.33).

²⁰ *Acuerdo de Asociación entre los Estados de África y del Pacífico, por una parte y la Comunidad Europea y sus Estados miembros por otra*, firmado en Cotonú el 23 de junio de 2000. DO L 317, 15.12.2000. Artículo 13 titulado «Emigración». Véase en concreto el apartado 13.5.c) i) para la cláusula estándar de readmisión y el 13.5.c) ii) para el compromiso de celebración de posteriores acuerdos de readmisión.

aunque los acuerdos europeos de readmisión suelen identificarse como un fenómeno «post-Ámsterdam», lo cierto es que descansan ampliamente sobre la trayectoria dispuesta al respeto por estas cláusulas incorporadas a los acuerdos de asociación y cooperación desde mediados de los años noventa. Ambas se complementan o se suceden, según las relaciones de cooperación dispuestas con el Estado tercero.

Por lo que se refiere a la conclusión de acuerdos de readmisión propiamente dichos, hasta la adopción del Tratado de Ámsterdam, el retorno de las personas que se hallaban residiendo de forma irregular en territorio europeo era una competencia exclusiva de los Estados miembros, en consecuencia, eran ellos los únicos que podían negociar y concluir dichos tratados internacionales. Ello daría como resultado lo que se conoce en la doctrina como la primera y segunda generación de acuerdos de readmisión: la primera equivaldría a los acuerdos bilaterales concluidos en la década de los cincuenta y sesenta con objeto de atender a los movimientos irregulares de personas producidos entre los propios Estados europeos —los cuales no contemplaban la readmisión más que de los nacionales—; y la segunda generación de acuerdos de readmisión se referiría a aquellos adoptados en la etapa «post-Schengen», con los países de Europa central y oriental, países de origen y tránsito de inmigrantes ubicados a lo largo de la frontera exterior europea.

En función de sus competencias y tras la consideración de estas cuestiones como interés común, la Comunidad se limita a recomendar vivamente la adopción de estos convenios y para ello dispone de un «modelo común de acuerdo de readmisión» —adoptado por la *Recomendación del Consejo de 30 noviembre de 1994 relativa a un modelo de acuerdo bilateral normalizado de readmisión entre un Estado miembro y un tercer país*—, como base para la negociación con terceros Estados, al tiempo que se diseñan unas directrices que debían seguirse en la elaboración de los protocolos sobre la aplicación de los acuerdos de readmisión —*Recomendación del Consejo de 24 de julio de 1995 sobre los principios rectores que deberán seguirse en la elaboración de protocolos sobre la aplicación de acuerdos de readmisión*—. Ambas recomendaciones sientan las bases de lo que se conocerá más tarde como política europea de readmisión, pues disponen un contenido normativo que prácticamente es el que se reproduce en la ac-

Según la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento: *El Planteamiento global sobre la migración un año después: Hacia una política global europea en materia de migración*: «En términos de cooperación con los países ACP, la obligación de readmisión contenida en el artículo 13 Cotonú es decisiva, y es una base adecuada para los acuerdos bilaterales suplementarios de readmisión entre Estados miembros de la UE y los países ACP seleccionados». COM (2006) 735 final, para. 3.4.

tualidad: la readmisión de nacionales, sin mayores formalidades, siempre que se tenga constancia o se acredite la nacionalidad de las personas concernidas; la readmisión de nacionales de terceros Estados, siempre que se tenga constancia o se acredite su entrada por la frontera exterior; la distinción entre un procedimiento ordinario o regular de 15 días y otro acelerado de 48 horas, aplicable éste último siempre que la persona hubiera sido detenida en la zona fronteriza; un listado de medios de prueba de la nacionalidad y de la entrada en el territorio por las fronteras exteriores sentando las bases del principio según el cual la prueba establecida de la nacionalidad y de la entrada en el territorio debería ser admitida obligatoriamente por las partes, sin mayor investigación a tal efecto; y, de especial importancia para nuestro análisis, todo acuerdo ha de incluir una «cláusula de compatibilidad o no perjuicio» en virtud de la cual, los Estados reconocen que dicho acuerdo no afectará a las obligaciones de las partes contratantes derivadas de convenios internacionales como el CEDH o la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, si bien no se dispone ninguna otra salvaguarda específica respecto a este colectivo²¹.

La entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam marca el inicio de la política comunitaria de readmisión al disponer el artículo 63.3.b) TCE que «El Consejo (...) adoptará (...) medidas sobre política de inmigración en los siguientes ámbitos: (...) la inmigración y residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales». Se trataba, sin duda, de un enunciado poco preciso, pero que en todo caso suponía el reconocimiento a la Comunidad de competencias implícitas exteriores para concluir acuerdos de readmisión con terceros países, con objeto de acelerar y facilitar el retorno de los inmigrantes en situación irregular —da comienzo, así, la llamada tercera generación de acuerdos de readmisión europeos—. En opinión de algunos autores,

²¹ *Recomendación del Consejo de 30 noviembre de 1994 relativa a un modelo de acuerdo bilateral normalizado de readmisión entre un Estado miembro y un tercer país*: DO C 274, 19.09.2006, pp. 20 y ss. Según esta recomendación, los acuerdos de readmisión tendrían una estructura dividida en los 13 artículos: art. 1: readmisión de un nacional; art. 2: readmisión de nacionales de terceros países a su entrada por una frontera exterior; art. 3: readmisión de nacionales de terceros países por parte de la parte contratante responsable de la entrada; art. 4: permiso de residencia; art. 5: plazos; art. 6: plazo de prescripción de la obligación de readmisión; art. 7: tránsito; art. 8: protección de datos; art. 9: gastos; art. 10: comité de expertos; art. 11: cláusula de no perjuicio; art. 12: entrada en vigor; y art. 13: suspensión y denuncia.

Recomendación del Consejo de 24 de julio de 1995 sobre los principios rectores que deberán seguirse en la elaboración de protocolos sobre la aplicación de acuerdos de readmisión: DO C 274, 19.09.2006, pp. 25-33. En virtud de dicha recomendación, los protocolos deberán especificar las obligaciones de las partes contratantes sobre I: procedimientos de readmisión regulares y acelerados; II: medios de identificación de las personas que deban readmitirse; III: designación de las autoridades competentes; IV: tránsito; V: protección de datos; y VI: condiciones de aplicabilidad del Protocolo.

la cuarta generación de acuerdos de readmisión emerge de la dimensión exterior de la política de readmisión en el contexto de las asociaciones de movilidad²².

Desde entonces, los Consejos Europeos han dado prioridad a la celebración de estos tratados o a la inserción de cláusulas modelo en sus acuerdos de cooperación entre la Comunidad y terceros países o grupos de países pertinentes, como instrumento para una gestión eficaz de los flujos migratorios. Se considera que, incluso, proporcionan un marco institucional fiable para la cooperación y ayudan a socavar la credibilidad y los intereses financieros de las redes de contrabando implicadas²³. Sin embargo, a la espera de una evaluación oficial de los acuerdos concluidos hasta el momento y a la vista de que comparten la naturaleza y contenido de los acuerdos de segunda generación, no parece que vayan a medirse por su eficacia. Diversos análisis demuestran que si bien gracias a los acuerdos bilaterales y multilaterales de la década de los noventa el número de readmisiones aumento, así como se redujo el número de rechazos a la misma²⁴, lo cierto es que no resultaron mecanismos útiles en el control de la inmigración irregular, ni acabaron con las redes de tráfico de personas, mientras que, por el contrario, sí tuvieron un importante impacto negativo en solicitantes de asilo y refugiados. Según Bouteillet el hecho de que los acuerdos comunitarios de readmisión compartan la filosofía de los de segunda generación demuestra que la Unión parece no haber aprendido ninguna lección del pasado²⁵.

2. ¿Una competencia exclusiva o concurrente?

La Comisión Europea ha reclamado, de forma reiterada, el carácter exclusivo de la competencia comunitaria para adoptar acuerdos de readmisión; interpretación rechazada por los Estados miembros. En virtud de la doble base jurídica (arts. 63.3.b) y 300.3 TCE, ahora arts. 79.3 y 218 TFUE), es posible deducir que la Unión no tiene competencias exclusivas respecto a la política común de readmisión, por lo tanto, en lo que respecta a la adop-

²² *Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones sobre migración circular y asociaciones de movilidad entre la Unión Europea y terceros países*: COM (2007) 248 final.

Bouteillet-Paquet, D. «Passing the buck: A Critical Analysis of the Readmission Policy Implemented by the European Union and Its Member States», *European Journal of Migration and Law*, 5, 2003, pp. 359-377.

²³ Libro Verde sobre Retorno, para. 4.

²⁴ *IGC Report Intergovernmental Consultations to Asylum, Refugee and Migration Policies in Europe, North America and Australia*. January 2002.

²⁵ Bouteillet-Paquet, D., *op. cit.* 364-368.

ción de acuerdos de readmisión de personas actúa en la medida en que la actuación comunitaria suponga un valor añadido para los Estados miembros en su negociación bilateral, esto es, resulte un problema supranacional que requiera una actuación a este nivel para su mayor eficacia. La adopción de acuerdos de readmisión comunitarios no supone, en consecuencia, la supresión de la capacidad nacional para concluir acuerdos de readmisión. Al ser una competencia concurrente, los Estados miembros podrán continuar con sus políticas nacionales de readmisión y, por tanto, adoptando estos acuerdos siempre y cuando la Unión no haya concluido un acuerdo con ese país tercero, pues en ese caso éstos dispondrían de prioridad, o bien en los casos en los cuales los acuerdos concluidos por la Unión contengan sólo vagas referencias a la readmisión²⁶. Eso sí, es una competencia compartida pero en cierto modo «excluyente», pues, en todo caso, recibido un mandato de negociación y en virtud del principio de cooperación leal (actual art. 4.3 TUE), los Estados deberían abstenerse de llevar a cabo negociaciones bilaterales y, además, el acuerdo de readmisión comunitario tiene preferencia respecto de los bilaterales en caso de incompatibilidad, tal y como precisan los propios acuerdos de readmisión. Efectivamente, todos disponen de un artículo titulado «relación con los instrumentos o acuerdos bilaterales de readmisión de los Estados miembros» donde se dispone la primacía del acuerdo comunitario frente a estos en la medida en que las disposiciones de estos instrumentos sean incompatibles²⁷.

²⁶ Vid: 218th Council Meeting Justice and Home Affairs, Brussels, 27/28 May 1999: «Readmission agreements-consequences of the entry into force of the Amsterdam Treaty: (...) The Community's responsibility with regard to the conclusion of readmission agreements is therefore not exclusive. A Member State can continue to conclude readmission agreements with third States provided that the Community has not concluded an agreement with the third State concerned or has not concluded a mandate for negotiating such an agreement. In individual cases Member States may also conclude bilateral agreements after the conclusion of a Community agreement or after the opening of negotiations, for instance where the Community agreement or the negotiating mandate contains only general statements on readmission but one or more States require more detailed arrangements on the matter. The Member State may no longer conclude agreements if these might be detrimental to existing Community agreements».

Sobre la negociación de los acuerdos bajo la égida del art. 63.3.b) TCE y la naturaleza de la competencia comunitaria, véase: SCHIEFFER, M., «Community Readmission Agreements with Third Countries-Objectives, Substance and Current State of Play», *European Journal of Migration and Law*, 5, 2003, pp. 350-351. SCHIEFFER, M., «Readmission and Repatriation of Illegal Residents», MARTENCZUK, B.; SERVAAS VAN THIEL (eds.), *Justice, Liberty and Security. New Challenges for EU External Relations*, Vubpress, Brussels University Press, Institute for European Studies, Brussels, 2008, pp. 100-103.

²⁷ Véase por ejemplo el artículo 17 del Acuerdo con Ucrania: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del presente artículo, las disposiciones del presente Acuerdo primarán sobre las disposiciones de cualquier Acuerdo bilateral u otro instrumento jurídicamente vincu-

La compatibilidad entre los acuerdos de readmisión bilaterales y comunitarios resulta de especial importancia para España, en el caso de las negociaciones con Marruecos, país con el que disponemos de un acuerdo de readmisión²⁸. En este sentido, es previsible que el acuerdo comunitario sea compatible con el español, pues éste último se ha firmado en un marco más amplio de cooperación que incluye formas de asistencia adicional. España podría continuar con su acuerdo de readmisión bilateral en tanto en cuanto persigue objetivos más amplios o bien reemplazarlo por el acuerdo de implementación del comunitario con Marruecos —que es la intención de este último—.

En todo caso, aunque la Comisión es responsable de la negociación de los acuerdos de readmisión, la decisión de expulsar al inmigrante en situación irregular y solicitar su readmisión es competencia y responsabilidad, en exclusiva, del Estado miembro. En consecuencia, los Estados miembros han de cumplir con todas las obligaciones internacionales al respecto, incluido el principio de *non refoulement*, y la Directiva de retorno, so pena de incurrir en responsabilidad.

El Tratado de Lisboa mejora la redacción de la base jurídica, al disponer expresamente el actual artículo 79.3 TFUE que «La Unión podrá celebrar con terceros países acuerdos para la readmisión, en sus países de origen o de procedencia, de nacionales de terceros países que no cumplan o que hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, presencia o residencia en el territorio de uno de los Estados miembros». Pero si en algo resulta relevante la adopción del nuevo Tratado es por la aplicación que lleva a cabo del procedimiento de codecisión (procedimiento legislativo ordinario) a este campo y, por tanto, la ampliación de la competencia legislativa del Parlamento europeo (art. 218 TFUE). Ello es especialmente relevante para nuestro análisis, pues si en algo se han distinguido los informes del Parlamento Europeo, en aplicación del procedimiento de consulta realizado hasta la fecha, ha sido por su preocupación respecto de la compatibili-

lante relativo a la readmisión de personas que se haya concluido o vaya a concluirse en aplicación del artículo 16 entre los distintos Estados miembros y Ucrania, en la medida en que las disposiciones de esos instrumentos sean incompatibles con las del presente Acuerdo.

²⁸ Sobre el acuerdo de readmisión con Marruecos, vid. GONZÁLEZ GARCÍA, I., «El acuerdo España-Marruecos de readmisión de inmigrantes y su problemática aplicación: las avalanchas de Ceuta y Melilla», *Anuario de Derecho Internacional*, n.º 22, 2006, pp. 255-284.

Sobre los acuerdos de readmisión adoptados por España, en general, véase: Fajardo del Castillo, T. «Los acuerdos de readmisión de inmigrantes en situación irregular celebrados por España», ALDECOA LUZÁRRAGA, F. y SOBRINO HEREDIA, J.M. (coords.), *Migraciones y Desarrollo, II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales, Montevideo, 25, 26 y 27 de octubre de 2006*, Marcial Pons, 2007, pp. 87-102.

dad de estos convenios internacionales con las obligaciones internacionales y europeas en materia de derechos humanos. Dicha institución ha llegado a reclamar la inclusión de referencias más específicas respecto de las obligaciones derivadas de la Convención de Ginebra de 1951; se ha preguntado sobre la necesidad de que dichos países fueran considerados «seguros»; o ha llamado la atención sobre el potencial papel monitorizador de ACNUR en dichos procesos de retorno²⁹. Si bien se mostró más contundente en sus informes sobre los primeros acuerdos de readmisión, en general, en todos destaca que: «It is of the utmost importance to ensure that the readmission procedures fully respect the rights and duties arising from international law in the field of human rights and the protection of asylum seekers and refugees»³⁰. Gracias a su nueva competencia normativa, ahora tendrá oportunidad de exigir la introducción de dichas demandas en los acuerdos de readmisión e incluso rechazar la adopción de los mismos si no se dan las mínimas garantías de seguridad —como se ha recomendado respecto del Acuerdo con Pakistán—.

II. Contenido básico de los Acuerdos de Readmisión. Obligaciones jurídicas y procedimiento de readmisión

1. Criterio de selección de los terceros Estados e «incentivos» a la firma de los acuerdos puestos a su disposición

Habida cuenta de la finalidad de estos convenios, no es de extrañar que el Consejo haya identificado la «presión migratoria» y la «proximidad geográfica a la frontera exterior común» como los criterios básicos de selección de los países candidatos a la negociación de un acuerdo de readmisión —los países adyacentes a la Unión son claves especialmente respecto a la readmisión de inmigrantes en tránsito³¹—. Dicha evaluación, por ende, ha de hacerse «caso por caso», tomando en consideración la aplicación práctica del

²⁹ *Inter alia*, European Parliament Report on the proposal for a Council decision on the signing of the Agreement between the European Community and the Government of the Special Administrative Region of the People's Republic of China on the readmission of persons residing without authorization (SEC(2002) 412 — C5-0263/2002— 2002/0092(CNS)).

³⁰ *Inter alia*, European Parliament Report 12 October 2007 on the proposal for a Council decision on the conclusion of the Agreement between the European Community and the Republic of Montenegro on readmission COM (2007)0431-C6-0301/2007-2007/0146(CNS)).

³¹ Dos documentos del Consejo identifican los criterios de selección: «Criteria for the identification of third countries with which new readmission agreements need to be negotiated», Council Doc. 7990/02, 16.04.2002. Y Council Doc. 13588/04 REV 1. 2614th Council meeting, Brussels, 2 November 2004.

acuerdo y las necesidades reales del momento —método éste último que no resulta incompatible con una aproximación regional, como se ha puesto de manifiesto en la negociación de los acuerdos con los Balcanes occidentales—. En todo caso, la elección del país, a través de este método individualizado, ha de responder a uno de los principios rectores de la política europea de readmisión, este es, que los acuerdos comunitarios supongan un «valor añadido» para los Estados miembros en sus negociaciones bilaterales, en clara consonancia con la naturaleza de competencia compartida.

Como puede comprobarse, el Consejo obvia por completo aquel requisito previo identificado por la Comisión, en virtud del cual, antes de la negociación de cualquier acuerdo de readmisión, se debía tener en cuenta la situación política y el respeto a los derechos humanos en el país de origen y de tránsito³². De nuevo, los criterios conformadores de la política de readmisión aparecen disociados de las obligaciones de los Estados miembros, y ahora de la Unión, en materia de derechos humanos y el principio de *non refoulement*. Este es uno de los motivos de crítica incluido en el Informe del Parlamento Europeo sobre el Acuerdo con Pakistán. En concreto, la ponente lamenta que «aunque el acuerdo reafirma los compromisos respecto a las obligaciones internacionales relativas a los derechos fundamentales en las repatriaciones, no parece que durante las negociaciones la Comisión haya hecho intentos de garantizar los derechos y la seguridad de los repatriados (...)».³³ En función de los términos de la decisión final del Parlamento Europeo sobre dicho acuerdo, puede que se vuelva a los orígenes y las condiciones de seguridad del país se conviertan en un criterio ineludible de selección que exija un estudio concreto y expresa motivación por la Comisión.

Cada acuerdo de readmisión es redactado en unas condiciones de reciprocidad jurídica que no se corresponden con una equivalencia de condiciones en la práctica, pues es de sobra conocido que estos convenios actúan más a favor de los intereses comunitarios que de los terceros Estados. Su conclusión con éxito depende, pues, de los «incentivos positivos» o «efecto

El primero resulta más amplio e incluye cinco criterios (presión migratoria; países con los cuales la Comunidad ha concluido acuerdos de cooperación o asociación que contuviesen cláusulas de readmisión; proximidad geográfica a la Unión; equilibrio geográfico entre regiones de origen y tránsito; y suponer un valor añadido para los Estados miembros en negociación bilateral) que en 2004 se condensan en los dos básicos: la presión migratoria y la proximidad geográfica a la Unión.

³² *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a una Política común de inmigración ilegal*. COM (2001) 672 final. para. 4.8.

³³ Parlamento Europeo. *Proyecto de Opinión de la Comisión de Asuntos Exteriores para la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y Pakistán sobre readmisión*, *op. cit.*, para. 2.

palanca» —en palabras de la Comisión³⁴— que se ponga a disposición de ellos, especialmente, la firma de acuerdos sobre la facilitación de la expedición de visados de corta duración³⁵. De cualquier forma, a pesar de disponer de estos incentivos, en el caso de los acuerdos de readmisión con Marruecos, Argelia, China o Turquía se ha demostrado que no son suficientes. La readmisión no sólo de sus nacionales sino también de los nacionales de terceros Estados puede convertirlos en una «zona de contención» de todos los inmigrantes procedentes de África y Asia, algo que la Unión tiene difícil compensar. La Comisión ha reclamado, de forma reiterada, un mayor apoyo político y diplomático de los Estados miembros, así como la implicación de otros sectores comunitarios con objeto de proporcionar nuevos alicientes a la firma de estos tratados en forma de expansión comercial, asistencia técnica y financiera o ayuda complementaria al desarrollo³⁶. El uso, *a contrario*, de medidas coercitivas —o «incentivos negativos»— con objeto de doblegar la voluntad de estos países no resulta una opción a considerar, por mucho que el Consejo Europeo de Sevilla la pusiera sobre la mesa y el reciente Programa de Estocolmo, desafortunadamente, haya pedido un plan-

³⁴ COM (2002) 564 final, para. 252. Con un lenguaje aún más desafortunado, el Representante Especial de la Comisión en materia de Readmisión se ha referido al uso de «zanahorias»: «Successful readmission negotiations so indeed depend very much on incentives that the Community has to offer, or carrots if you wish. In point of fact, carrots have not always been easy to find». Entrevista celebrada con eurasylum en marzo de 2006: www.eurasylum.org

³⁵ Acuerdo de facilitación de visado con Bosnia: DO L 334/97, 19.12.2007; Macedonia: DO L 554/125, 19.12.2007; Albania: DO L 334/85, 19.12.2007; Moldova: DO L 334/169, 19.12.2007; Montenegro: DO L 334/109, 19.12.2007; Serbia: DO L 334/137, 19.12.2007; Rusia: DO L 129/27, 15.05.2007; Ucrania: DO L 332/68, 18.12.2007.

Sobre las particularidades de estos convenios, véase: TRAUNER, F.; KRUSE, I., «EC Visa Facilitation and Readmission Agreements: A New Standard EU Foreign Policy Tool?», *European Journal of Migration and Law*, 10, 2008, pp. 411-438.

³⁶ COM (2002) 564 final, para. 252. Ucrania consiguió que se incluyera en el Acuerdo una «Declaración conjunta sobre apoyo técnico y financiero», en los siguientes términos: «(...). En este contexto, la CE se ha comprometido a facilitar recursos financieros con vistas a ayudar a Ucrania en la ejecución del presente Acuerdo. Para ello, se prestará especial atención al desarrollo de la capacidad. Este apoyo se ha de ofrecer en el contexto de las prioridades generales de ayuda a Ucrania, en el marco de los límites del total de fondos para este país y cumpliendo plenamente las normas y procedimientos pertinentes a efectos de la aplicación de la ayuda exterior de la CE».

En el caso de la Propuesta de Acuerdo con Pakistán la Declaración conjunta va más allá y trata de conseguir incentivos en materia de migración legal: «(...). En este contexto, la Unión Europea prestará apoyo a Pakistán a través de programas comunitarios de asistencia, especialmente el programa Aeneas, en la aplicación de todos los componentes del presente Acuerdo, incluido el apoyo destinado a la reinstalación y el bienestar de las personas readmitidas. En principio, tal apoyo puede asimismo servir para fomentar los vínculos entre la migración y el desarrollo, organizar y promover la migración económica legal, gestionar la migración clandestina y proteger a los emigrantes contra la explotación y la exclusión».

teamiento común en este ámbito³⁷. No cabe duda de que ello minaría aún más la capacidad del Estado de readmitir a sus ciudadanos y a los nacionales de terceros Estados.

2. Obligaciones jurídicas y procedimiento de readmisión

Las instituciones comunitarias han definidos los tratados de readmisión como el acuerdo por el que se establecen obligaciones recíprocas para las partes contratantes, así como los procedimientos administrativos y operativos detallados, con el fin de facilitar el retorno y el tránsito de las personas que ya no cumplen las condiciones de entrada, estancia o residencia en el Estado solicitante³⁸.

Dichos tratados se han aprobado por unanimidad y, posteriormente por mayoría cualificada³⁹, tras consulta preceptiva al Parlamento Europeo, y reflejan la fragmentación espacial propia de estas materias derivadas de los

³⁷ Consejo Europeo de Sevilla (para. 35 y 36): «35. El Consejo Europeo estima que hay que llevar a cabo una evaluación sistemática de las relaciones con los terceros países que no colaboren en la lucha contra la inmigración ilegal. Esta evaluación se tendrá en cuenta en las relaciones de la Unión Europea y sus Estados miembros con los países afectados, en todos los ámbitos pertinentes. Una colaboración insuficiente por parte de un país podría dificultar la intensificación de las relaciones de dicho país con la Unión. 36. Una vez que se hayan agotado sin resultado los mecanismos comunitarios existentes, el Consejo podrá constatar, por unanimidad, una falta injustificada de colaboración por parte de un tercer país en la gestión común de los flujos migratorios. En tal caso, el Consejo podrá adoptar, de conformidad con lo dispuesto en los tratados, medidas o posiciones en el marco de la Política Exterior y de Seguridad Común y de las demás políticas de la Unión Europea, dentro del respeto de los compromisos contraídos por la Unión y sin menoscabo de los objetivos de la cooperación para el desarrollo».

Programa de Estocolmo (para. 6.1.6): «El Consejo debería definir una estrategia renovada y coherente en materia de readmisión sobre dicha base, teniendo en cuenta el conjunto de las relaciones con el país afectado, con inclusión de un planteamiento común respecto de los terceros países que no cooperen en la readmisión de sus propios nacionales».

³⁸ COM (2002) 564 final, anexo.

En la parte dispositiva de todos los acuerdos adoptados, se pone de manifiesto la finalidad de estos convenios, al mostrarse deseosos de establecer, por medio del convenio y sobre una base de reciprocidad, procedimientos rápidos y eficaces para la identificación y el retorno de personas que no cumplen o han dejado de cumplir las condiciones de entrada, estancia o residencia en el territorio del Estado tercero o en uno de los Estados miembros de la Unión Europea, y facilitar el tránsito de estas personas en un espíritu de cooperación.

³⁹ Los acuerdos concluidos hasta el 1 de enero de 2005, fueron adoptados por unanimidad y a partir de esa fecha por mayoría cualificada. En ese sentido, recuérdese la *Decisión del Consejo, de 22 de diciembre de 2004, por la que determinados ámbitos cubiertos por el Título IV de la Tercera Parte del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se regirán por el procedimiento previsto en el artículo 251 de dicho Tratado*. DO L 396, 31.12.2004.

Sobre la supresión del voto por unanimidad, véase también el Programa de La Haya, p. 5.

Protocolos de Reino Unido, Irlanda y Dinamarca. Así, el ámbito de aplicación *ratione loci* de estos convenios, en territorio comunitario, se hace efectivo en veintiséis de los veintisiete Estados miembros tras la negativa de Dinamarca a participar en estas materias; los convenios de readmisión no son de obligado cumplimiento para ella⁴⁰.

El contenido de los acuerdos de readmisión comunitarios incluye, básicamente, tres tipos de obligaciones jurídicas: las obligaciones de readmisión de las partes contratantes, tanto en lo que respecta a los nacionales de ambos países, como en relación con los nacionales de terceros Estados y apátridas, obligaciones de tránsito y de reaceptación en caso de readmisión por error⁴¹.

Efectivamente, las partes contratantes se comprometen a readmitir en su territorio —sin más trámite que los especificados en el acuerdo—, a sus propios nacionales (o en el caso de los Acuerdos con Hong Kong y Macao a los residentes permanentes) que no cumplan o hayan dejado de cumplir los requisitos vigentes para entrar, estar o residir en el territorio del Estado requirente, siempre que se demuestre o se presuma sobre la base de indicios, que la persona en cuestión es nacional del país —y ello independientemente de la voluntad de la persona que deba ser readmitida⁴²—. Dicha obligación de readmisión incluye a los familiares del nacional sólo en el caso de los Acuerdos de readmisión con los Balcanes, en el resto de casos, se interpreta que han de cumplir con los requisitos de forma indepen-

⁴⁰ Protocolo (n.º 4) sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda (véase el actual Protocolo n.º 21 del Tratado de Lisboa); Protocolo (n.º 5) sobre la posición de Dinamarca (véase el actual Protocolo n.º 22 del Tratado de Lisboa).

En los acuerdos de readmisión se suele incluir una declaración conjunta relativa a Dinamarca, en la que se confirma que el acuerdo no le será de aplicación, por lo que expresan la conveniencia de celebrar uno paralelo entre dicho Estado miembro y el tercer Estado concernido.

La misma fórmula se utiliza con Islandia, Noruega y Suiza —éste último sólo en los Acuerdos con los Balcanes y la propuesta de Decisión con Georgia—. Téngase en cuenta que a pesar de que estos países no son Estados miembros de la Unión Europea gozan de un régimen especial de asociación y forman parte del sistema Schengen. Por este motivo, los acuerdos de readmisión incluyen una declaración conjunta relativa a estos países por la que se dispone la conveniencia de que el Estado tercero en cuestión celebre un acuerdo de readmisión con ellos en las mismas condiciones del acuerdo concernido, de lo contrario, las obligaciones de readmisión no les serían aplicables.

⁴¹ Recuérdese que en virtud de la Directiva de Retorno, «nacional de un tercer país» es cualquier persona que no sea ciudadano de la Unión en el sentido del artículo 17, apartado 1, del Tratado y que no sea un beneficiario del derecho comunitario a la libre circulación con arreglo a la definición del artículo 2, apartado 5, del Código de fronteras Schengen.

⁴² El artículo 2 del Acuerdo de readmisión con Ucrania recuerda que la voluntad del nacional que debe ser remitido no resulta determinante. Ningún otro acuerdo incluye una disposición semejante.

diente⁴³. La obligación de readmisión implica la expedición del documento de viaje requerido para el retorno de dicha persona que, en función del acuerdo, pueden acordar utilizar el normalizado comunitario a efectos de expulsión⁴⁴.

En el caso de los nacionales de terceros países o apátridas, la obligación de readmisión va unida a ciertas condiciones. La persona que vaya a ser readmitida debe ser titular de un visado o permiso de residencia válido expedido por el Estado requerido o bien ha debido entrar ilegal y directamente en el territorio del Estado requirente tras haber permanecido en el territorio del Estado requerido o transitado por él. Dicha permanencia no incluye el tránsito aéreo en un aeropuerto internacional, circunstancia que queda excluida de la obligación de readmisión. El nacional del tercer Estado o apátrida debe hallarse, por tanto, en «situación irregular», circunstancia que en virtud de la Directiva de Retorno va unida a los requisitos exigidos por el Código de Fronteras Schengen, es decir principalmente, a la posesión de un visado válido⁴⁵. Sin duda se trata de la obligación jurídica más gravosa para los terceros Estados, de ahí que algunos hayan negociado fórmulas con objeto de limitar su aplicación. Así, el Acuerdo con Pakistán dispone la no retroactividad de la obligación de readmisión de los nacionales de terceros Estados, por lo que excluye de su ámbito de aplicación material a aquellos que se hallaran en situación irregular con carácter previo a la entrada en vigor del citado convenio (art. 20.3). En otros casos, se ha negociado una cláusula de suspensión de la obligación, de carácter temporal, de dos años en los casos de Albania o Ucrania y de tres años en el caso de Rusia, por lo que la obligación de readmisión de nacionales de terceros Estados sólo sería operativa transcurrido ese plazo desde la entrada en vigor del tratado⁴⁶. Pero la fórmula de suspensión de las obligaciones de readmisión relativas

⁴³ En virtud de estos acuerdos, la familia incluye a los hijos solteros, independientemente de su lugar de nacimiento o nacionalidad, y al cónyuge que posea otra nacionalidad, a menos que tengan derecho independiente de residencia en el Estado requirente. *Vid. inter alia*, art. 2.2 del Acuerdo de readmisión con Bosnia y Herzegovina.

⁴⁴ Véase la Recomendación del Consejo de la UE de 30 de noviembre de 1994.

⁴⁵ Artículo 5 del Código de Fronteras Schengen Reglamento (CE) n.º 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006 (DO L 105 de 13.4.2006), en lectura combinada con el Reglamento (CE) n.º 1244/2009 del Consejo de 30 de noviembre de 2009 que modifica el Reglamento (CE) n.º 539/2001 por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación.

⁴⁶ Artículo 20.3 del Acuerdo de readmisión con Ucrania: «Las obligaciones enunciadas en el artículo 3 del presente Acuerdo sólo serán aplicables a los dos años de la fecha mencionada en el apartado 2 de este artículo. Durante ese periodo de dos años, sólo serán aplicables a los apátridas y nacionales de terceros países con los que Ucrania haya celebrado tratados o convenios bilaterales de readmisión (...)».

a nacionales de terceros países o apátridas que deja un mayor margen de apreciación a los Estados es la incluida en los Acuerdos con los Balcanes. El artículo 22.4 de cada uno de los acuerdos permite la suspensión temporal de la obligación de readmisión respecto de estos colectivos por «razones de seguridad, protección del orden público o de la salud pública». La consulta previa con carácter preceptivo al comité mixto de readmisión no parece limitar mucho su carácter discrecional.

En todo caso, para cumplir con las obligaciones de readmisión es indispensable cerciorarse de que el sujeto es nacional del Estado o, en el caso de nacionales de terceros Estados, que posee una autorización de entrada o se halla en situación irregular. La obligación de readmisión se condiciona, en consecuencia, a la prueba o presunción *iuris tantum* de la posesión de nacionalidad del Estado requerido. La nacionalidad o tránsito puede ser válidamente asumido en base a evidencias *prima facie*. En todo caso, cada acuerdo incluye un anexo con la lista de documentos cuya presentación se considera probatoria de la nacionalidad (pasaporte, documento de identidad, certificado de ciudadanía, cartilla y documentos de identidad militares, o cartilla de marinero y licencias de patrón de buques) o de las condiciones para la readmisión de nacionales de terceros países o apátridas (sellos de entrada/salida o inscripción similar en los documentos de viaje del interesado, certificados de atención hospitalaria o billetes de compañías aéreas o marítimas)⁴⁷.

⁴⁷ A modo de ejemplo, véanse los anexos del Acuerdo con Pakistán:

- Anexo 1: lista común de documentos cuya presentación se considera prueba de la nacionalidad: pasaporte auténtico de cualquier tipo, documentos nacionales de identidad; certificados auténticos de ciudadanía.
- Anexo 2: lista de documentos cuya presentación deberá iniciar el proceso de establecimiento de la nacionalidad: huellas dactilares digitales u otros datos biométricos; documentos nacionales de identidad temporales y provisionales, documentos de identidad militares y partidas de nacimiento; fotocopia de cualquiera de los documentos mencionados en el anexo 1; permiso de conducir o fotocopia del mismo; fotocopia de otros documentos oficiales en los que se haga mención de la ciudadanía; tarjetas de servicio, libretas de inscripción marítima, tarjetas de servicio de capitanes o fotocopia de las mismas; declaraciones hechas por el interesado.
- Anexo 3: lista común de documentos que serán considerados elementos probatorios de las condiciones para la readmisión de nacionales de terceros países y apátridas: sellos de entrada/salida o inscripciones similares en el documento de viaje del interesado; visado válido y/o permiso de residencia expedido por el Estado requerido.
- Anexo 4: lista de documentos que serán considerados elementos probatorios para iniciar las investigaciones para la readmisión de nacionales de terceros países o apátridas: declaraciones oficiales realizadas, en particular, por el personal de los puestos fronterizos y otros testigos oficiales o de buena fe (por ejemplo, personal de compañías aéreas) que puedan atestiguar que la persona interesada cruzó la frontera; descripción, por las autoridades competentes del Estado requirente, del lugar y las circunstancias de la interceptación del interesado tras su entrada en el territorio de dicho Estado; in-

En los casos en los que no se pueda devolver al nacional del tercer país o apátrida directamente al país de destino, las partes contratantes se comprometen a autorizar el tránsito siempre y cuando se den dos tipos de condiciones: en primer lugar, se ha de garantizar la continuación del viaje a otros Estados de tránsito, así como la readmisión por el Estado de destino. En segundo lugar, la parte requerida podrá negarse a autorizar el tránsito si existe riesgo de que el nacional de un tercer país o apátrida corra riesgo de ser sometido a tortura o a un trato o castigo inhumano o degradante o a la pena de muerte o la persecución a causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social particular o condena política en el Estado del destino u otro Estado de tránsito; o cuando pueda ser objeto de procesamiento o sanciones penales en el Estado requerido o en otro Estado de tránsito; o por razones de sanidad pública, seguridad nacional u orden público, u otros intereses nacionales del Estado requerido.

En caso de error respecto a la nacionalidad o tránsito de la persona readmitida, los acuerdos disponen el compromiso de aceptación de la misma por el Estado que había solicitado la readmisión. Dicha obligación caduca en el plazo de tres meses desde el traslado de la persona.

Por lo que respecta al procedimiento de readmisión, todos los convenios incluyen un conjunto de disposiciones técnicas (sección III de los acuerdos) en relación con dicho procedimiento (solicitud de readmisión, elementos probatorios, límites temporales, modalidades de traslado y medios de transporte o los costes normalmente a cargo del Estado requirente). Éste se inicia con la presentación de una solicitud formal de readmisión —que ha de contener una información concreta y cuyo formulario modelo suele acompañar al acuerdo en un anexo—, salvo que la persona disponga de documentos de viaje válido, en cuyo caso, bastará con una comunicación escrita. El Estado requirente dispone de un año como máximo para solicitar la readmisión, a contar desde el momento en que la autoridad competente del Estado requirente tiene conocimiento de la situación de irregularidad, condición que permite disponer de la readmisión prácticamente en cualquier momento. El Estado requerido debe emitir una respuesta en un plazo que varía entre los acuerdos (10 días en el caso del acuerdo con Bosnia y Herzegovina o 25 en el caso de Rusia), pero

formación relativa a la identidad y/o la estancia de una persona proporcionada por una organización internacional (por ejemplo, ACNUR); informes/confirmación de la información por miembros de la familia; declaraciones efectuadas por el interesado; billetes nominativos, certificados y facturas de cualquier tipo (por ejemplo, facturas de hotel, recordatorios de citas con médicos o dentistas, entradas a establecimientos públicos o privados, etc.) que muestren claramente la presencia del interesado en el territorio del Estado requerido; billetes nominativos y/o listas de pasajeros de avión o barco que muestren el itinerario en el territorio del Estado requerido; información que demuestre que el interesado ha recurrido a los servicios de un guía o agencia de viajes.

que de cualquier forma, no puede superar los treinta días, en cuyo caso, operaría el silencio positivo. En todos los acuerdos se dispone el traslado del individuo, superados todos estos trámites, en el plazo máximo de tres meses.

Los plazos disminuyen considerablemente en los casos excepcionales de intercepción en frontera en los que se contempla la posibilidad de aplicar el controvertido «procedimiento acelerado de 48 horas». Efectivamente, en los acuerdos de readmisión concluidos con Ucrania, Macedonia, Serbia, Rusia y Moldova —países que comparten frontera exterior con la Unión Europea— si se detiene a una persona procedente directamente del territorio del Estado requerido, justo después de cruzar ilegalmente la frontera se podrá presentar la solicitud de readmisión en el plazo de dos días laborables tras su detención. Habida cuenta que el Estado requerido debe responder en el plazo máximo de dos días, ello significa que en un total de cuatro días podría disponerse la readmisión del individuo, periodo excesivamente breve que obliga a extremar las precauciones con objeto de evitar el incumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de retorno o el principio de *non refoulement*, en el caso de potenciales solicitantes de asilo.

Sin embargo, los acuerdos no disponen de específicas garantías en este sentido más allá de la clásica «cláusula de compatibilidad» del acuerdo con los derechos, obligaciones y responsabilidades de la Comunidad, los Estados miembros y el Estado tercero derivados del Derecho internacional. En función de las obligaciones internacionales del Estado concernido, se citan más o menos instrumentos jurídicos —la cláusula de los tres primeros acuerdos de readmisión fue criticada por el Parlamento por excesivamente vaga, pero es que los Estados en cuestión ni siquiera eran parte del Convenio de Ginebra sobre el Estatuto de los refugiados⁴⁸—, entre los que se

⁴⁸ *European Parliament Report on the proposal for a Council decision on the signing of the Agreement between the European Community and the Government of the Special Administrative Region of the People's Republic of China on the readmission of persons residing without authorization* (SEC(2002) 412 - C5-0263/2002 - 2002/0092(CNS)) . «The main question on which your rapporteur intends to focus is the “non-attachment clause” (article 16 of the Agreement), which says that “*this Agreement shall be without prejudice to rights, obligations and responsibilities arising from international law applicable to the Community, the Member States and the Hong Kong SAR*”. Your rapporteur considers that this clause is too weak and does not refer explicitly to respect for human rights on the basis of the Universal Declaration of Human Rights and the 1951 Geneva Convention on the status of refugees. In the case of Hong Kong, which has not formally acceded to the Geneva Convention, but seems essentially to respect its dictates, the negotiators found it impossible to draw up a more explicit text. However, since the Agreement with Hong Kong is the first in a long series and the Commission is modeling subsequent agreements on it, the Commission should be called upon to reconsider the wording of the clause or to make provision for the definition of a joint declaration, annexed to the Agreement itself, making the obligation deriving from international treaties in the sphere of respect for human dignity, rights and fundamental freedoms more explicit».

suelen contar: la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados; los convenios internacionales sobre extradición y tránsito; convenios y acuerdos internacionales multilaterales sobre la readmisión de extranjeros; el Convenio de 10 de diciembre contra la tortura y otros tratos o penas, inhumanos o degradantes; y el Convenio Europeo de 1950 para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Se parte de la base que las garantías establecidas en el mecanismo convencional de readmisión alcanzan derechos y garantías reconocidos en las legislaciones de los Estados involucrados⁴⁹. Sin embargo, como se verá en la parte tercera de este estudio, dicha presunción no parece suficiente.

Los Estados miembros no podrán corregir estas deficiencias en los Protocolos de aplicación del acuerdo previstos en todos los convenios de readmisión, pues en realidad, están pensados para desarrollar disposiciones técnicas. En todo caso, es preciso subrayar que su adopción no es obligatoria salvo en el caso de Rusia⁵⁰, con objeto de ahorrar esfuerzos y no agotar en negociaciones a veintiséis lo que ya se ha acordado para el conjunto por parte de la Comunidad. Tampoco los Comités mixto de readmisión parece que vayan a vigilar estas cuestiones⁵¹.

El procedimiento finalizaría con el retorno operativo del individuo, actuación en la que la Dirección General de Libertad, Seguridad y Justicia se ve apoyada por FRONTEX (Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la

⁴⁹ Se añaden también detalladas disposiciones sobre la protección de datos de carácter personal, aunque los terceros Estados no están obligados a cumplir con el estándar mínimo comunitario.

⁵⁰ El acuerdo de readmisión con Rusia dispone la necesidad de concretar en los protocolos de aplicación a) las autoridades competentes, los puntos de paso de fronteras, el intercambio de información sobre puntos de contacto y las lenguas de las comunicaciones; b) las modalidades para la readmisión por el procedimiento acelerado; c) condiciones aplicables a los traslados con escolta, incluido el tránsito con escolta de nacionales de terceros países y apátridas; d) justificantes y pruebas adicionales a las enumeradas en los anexos 2 a 5 del presente Acuerdo; e) el procedimiento para las entrevistas previstas en el artículo 9 del presente Acuerdo; f) en caso necesario, acuerdos específicos sobre plazos para la tramitación de solicitudes de readmisión de conformidad con el artículo 11, apartado 2, del presente Acuerdo. Ello ha dado lugar a la adopción del Protocolo de Ejecución entre el Reino de España y la Federación de Rusia, relativo a los plazos de respuesta a las solicitudes de readmisión de conformidad con el acuerdo entre la Comunidad europea y la Federación de Rusia sobre readmisión de 25 de mayo de 2006: BOE núm. 269, de 9 de noviembre de 2007.

⁵¹ Véase, *inter alia*, las funciones asignadas al mismo en el Acuerdo de readmisión con Bosnia y Herzegovina (art. 18): a) supervisar la aplicación del presente Acuerdo; b) adoptar las decisiones necesarias para la ejecución uniforme del presente Acuerdo; c) mantener intercambios regulares de información sobre los protocolos de aplicación celebrados por cada uno de los Estados miembros y Bosnia y Herzegovina de conformidad con el artículo 19; d) proponer modificaciones del presente Acuerdo y sus anexos.

Unión Europea⁵²) en la coordinación de los aspectos operacionales de la devolución.

III. La política de readmisión comunitaria y las obligaciones en materia de derechos humanos, en particular, el derecho de asilo

Como se ha podido comprobar en el apartado anterior, los convenios comunitarios de readmisión se configuran como unos instrumentos principalmente operativos, con un objeto muy concreto cifrado en conseguir un acuerdo entre la Unión y el tercer Estado sobre procedimientos rápidos y eficaces para la identificación y repatriación de las personas que han dejado de tener derecho a residir en el Estado y facilitar el tránsito de éstas en un espíritu de cooperación. La virtualidad de estos tratados se mide por su brevedad y carácter eminentemente técnico, sin embargo, la ausencia de específicas disposiciones que vinculen a ambas partes en la consecución de un retorno conforme a Derecho y habida cuenta que estos convenios pueden servir de «catalizador» de una devolución en circunstancias cuestionables, es lógico que su compatibilidad con las obligaciones internacionales y europeas en materia de derechos humanos, en particular el derecho de asilo, se haya puesto de manifiesto no sólo por ONGs o la doctrina sino también al más alto nivel.

Efectivamente, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en 2008, explicaba así su interés por estos convenios: «These readmission agreements (...) raise a number of human concerns, which must not be over-ridden by migration management concerns. This is why it is essential that the Council of Europe looks carefully at these agreements from both a migration management and human rights angle»⁵³. Por los mismos motivos, el Parlamento Europeo ha recomendado dejar de celebrar acuerdos de readmisión y someter a evaluación los existentes, pues «resulta preocupante constatar que los once acuerdos de readmisión en vigor nunca se han sometido a evaluación y que tampoco se ha suministrado información al Parla-

⁵² DO L 349/1, 25.11.2004.

⁵³ Council of Europe. Parliamentary Assembly. *Readmission agreements: a mechanism for returning irregular migrants*. Doc. 11519, 1 de febrero de 2008, para. 3. La Asamblea Parlamentaria reconoce las virtudes de estos convenios, pero también alerta sobre: «(...) the absence of safeguards for asylum seekers whose claims have not been examined in substance; a wide-ranging re-entry ban which could deny Access to protection for people who may require it in the event of changed circumstances in their home countries; separation of families during the expulsion procedure and the need to respect the best interest of children; readmission of non-nationals, including stateless and undocumented irregular migrants; lengthy detention periods; lack of adequate funding for durable re-integration of returnees».

mento Europeo sobre las readmisiones llevadas a cabo. Antes de que se celebren otros acuerdos de readmisión es absolutamente necesario que dicha evaluación se lleve a cabo, *sobre todo para comprobar que se respetan los derechos humanos*»⁵⁴.

La situación era aún más insostenible cuando no se disponía de la Directiva de Retorno y, por tanto, no existían normas mínimas vinculantes para todos los Estados miembros sobre la necesidad de garantizar un retorno voluntario, periodos y condiciones de detención de los inmigrantes o sobre el estatuto jurídico que les corresponde durante el procedimiento de devolución. Conviene recordar aquí que el derecho del Estado a expulsar a los extranjeros que se encuentran en situación ilegal en su territorio está limitado al estándar mínimo de derechos que se reconoce a los extranjeros en general, y al principio de *non refoulement* en particular, el cual resulta de especial importancia en la readmisión en tránsito, pues no se podrá devolver al inmigrante a un tercer Estado en que carezca de protección efectiva contra la devolución al país perseguidor, con arreglo a la Convención de Ginebra. A ello hay que añadir que la prohibición de las expulsiones colectivas, el pleno control judicial de las expulsiones y los retornos, las garantías de defensa efectiva, el trato humano y digno durante el proceso de expulsión y retorno y la no criminalización de las personas por el mero hecho de su situación irregular son derechos universalmente aceptados y deben ser respetados especialmente en territorio europeo⁵⁵. En el caso de los menores —colectivo que, sorprendentemente, no merece mención específica alguna en ninguno de los once acuerdos de readmisión en vigor— debe primar el interés superior del menor (art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño) y que su repatriación al país de origen sólo se acuerde si se dan las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del mismo, o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen⁵⁶.

El hecho de que la obligación de velar por el correcto cumplimiento de estas obligaciones se corresponda con la fase de adopción de la decisión de retorno, a nivel nacional —justo la etapa anterior a la entrada en acción de los acuerdos de readmisión—, podría justificar la ausencia

⁵⁴ Parlamento Europeo. *Proyecto de Opinión de la Comisión de Asuntos Exteriores para la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y Pakistán sobre readmisión*, op. cit, para. 4 (la cursiva es de la autora).

⁵⁵ AGUDO NAVARRO, P.; CHUECA SANCHO, A., «Directiva de Retorno, Directiva de Expulsión (Nota crítica vuelapluma desde los derechos humanos)», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 18, julio 2008, p. 123.

⁵⁶ En el caso de España, vid. Art. 92.4 RD 2393/2004 y LO 1/1996 de protección jurídica del menor.

de salvaguardas específicas en estos tratados. De hecho, el propio Consejo Europeo ha defendido esta disociación entre la adopción de la decisión de retorno que sí ha de velar por el estricto cumplimiento de estas obligaciones —incluida la garantía de un recurso efectivo previo a la expulsión— y el acuerdo de readmisión que aparecería simplemente como la base jurídica de una operación de traslado de carácter técnico⁵⁷.

Aunque la evaluación en materia de derechos humanos deba realizarse en una etapa previa, lo cierto es que las condiciones en el país de destino pueden cambiar mientras se lleva a cabo la readmisión, de ahí que estos acuerdos deban observar determinadas garantías. Además, en todo caso, la «cláusula de compatibilidad» operaría a modo de condición preclusiva fiscalizable por el Tribunal de Justicia, de tal forma que en función del respeto a las obligaciones internacionales en el tercer Estado, el Consejo estaría obligado a vigilar en todo momento su cumplimiento y, en su caso, suspender la aplicación del acuerdo⁵⁸.

No obstante, a pesar de que los acuerdos de readmisión deben entrar en funcionamiento una vez se ha garantizado que el retorno cumple con todas las exigencias jurídicas internacionales y europeas, se ha considerado que la «seguridad» del Estado en cuestión sea, en todo caso, una pre-condición de la negociación. En un *briefing paper* preparado para el Parlamento Europeo, Balzacq considera que la Unión debe condicionar, sistemáticamente, la firma de los acuerdos de readmisión con un país tercero al estricto cumplimiento con los convenios y principios internacionales, tales como el respeto por los derechos humanos, dignidad y no devolución⁵⁹. Las consecuencias

⁵⁷ «As far as the expulsion of illegal migrants is concerned, it is the responsibility of each member state to ensure the expulsions are carried out in accordance with its obligations arising from the Geneva Convention of 28 of July 1951 and the Protocol of 31 January 1967 relating to the status of refugees and other relevant treaties». Council of European Union, Doc. n.º: 5472/00.

⁵⁸ Peers y Rogers consideran que «since the EC Courts have found in several cases involving individuals that they have jurisdiction over wrongful conclusion and termination of agreements and arguably also over wrongful behaviour by the EC as a member of an international organisation, they logically have jurisdiction over wrongful failure by the Council to terminate a treaty». PEERS, S.; ROGERS, N., «EC Readmission Agreements», *EU Immigration and Asylum Law, Text and Commentary*, op. cit., p. 893.

⁵⁹ Balzacq recuerda en concreto que: «In a report issued on 11 January 2006, the European Parliament called «for the European Neighborhood Policy (ENP) to be used as a strong tool for consolidating democracy and the rule of Law in the EU's neighboring countries and promoting democratization in non-democratic countries», y, por ello, recomienda que la Comunidad «should, systematically, condition the signing of a readmission agreement with a third country to the strict compliance with international Conventions and principles, such as the respect of human rights, dignity, and non refoulement. In this context the European Parliament should defend its idea that 'if countries violate international and European standards of respect for human rights and democracy, the EU should be ready to restrict or suspend aid

derivadas de una violación del principio de no devolución, o *refoulement* indirecto, son demasiado graves para dejarlo todo en manos de una correcta aplicación de las normas internacionales en la práctica. Roig y Huddleston añaden: «The transfer of responsibility to countries of transit with fragile capacities and spotty human rights records could result in rendering the EU as an accomplice in forced returns, human rights violations and human tragedies»⁶⁰.

Ello es especialmente delicado en los casos de devolución de solicitantes de asilo que son enviados a terceros países sin una sentencia firme sobre sus solicitudes de protección tras la aplicación del principio de «tercer país seguro» y la invocación de un acuerdo de readmisión. O peor aún cuando interceptados en frontera y ni siquiera se garantiza su acceso al procedimiento de asilo en aplicación del «procedimiento acelerado de 48 horas» que incorporan algunos de los acuerdos en liza. Este mecanismo aplicado en las circunstancias descritas mina la capacidad del solicitante de asilo de obtener acceso a un procedimiento efectivo y, en el peor de los casos, crea un riesgo de *refoulement*.

Así las cosas, se ha reclamado que los acuerdos europeos de readmisión incluyan una cláusula en virtud de la cual nadie sea expulsado o extraditado a un Estado donde haya riesgo de que sea sometido a tortura, pena capital o tratos inhumanos o degradantes, así como ciertas garantías procedimentales, incluida aquella que garantice que la solicitud de asilo va a ser examinada efectivamente en aquel país. De esta manera, se evitaría que el uso del principio de «tercer país seguro» y los acuerdos de readmisión pueda derivar en una «cadena de devoluciones»⁶¹. El problema es, como puntualiza Coleman, que no existe obligación internacional ni europea que duplique la necesidad de tal garantía⁶². A lo sumo la Directiva de Procedimientos exige que se entregue un documento en el que se informe a las autoridades del tercer país, en la lengua de dicho país, que no se estudió el contenido de la solicitud (art. 27.3.b). Se trata, por tanto, de una mera obligación de notificación previa.

En todo caso, no creemos que en el transcurso de un procedimiento de determinación del estatuto de refugiado, se pudiera considerar «tercer país

and even to cancel agreements». European Parliament, Civil Liberties, Justice and Home Affairs. *The Implications of European Neighbourhood Policy in the context of Border Controls (Readmission Agreements, Visa Policy and Human Rights)*, 2008, p. 31.

⁶⁰ ROIG, A.; HUDDLESTON, Th., «EC Readmission Agreements: A Re-Evaluation of the Political Impasse», *European Journal of Migration and Law*, 9, 2007, pp. 363-387.

⁶¹ KRUSE, I., «EU Readmission Policy and Its Effects on Transit Countries. The Case of Albania», *European Journal of Migration and Law*, 8, 2006, pp. 115-142.

⁶² COLEMAN, N., *European Readmission Policy. Third Country Interests and Refugee Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

seguro», y menos aún «país seguro de origen», a los terceros Estados con los que la Unión ha concluido un acuerdo de readmisión. De acuerdo con los requisitos de la Directiva de procedimientos en relación con el principio de «tercer país seguro», dicho Estado debe observar las obligaciones de la Convención de Ginebra y el principio de *non refoulement*, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH. Los requisitos aumentan en los casos de aplicación del principio de «país seguro de origen». Téngase en cuenta que en virtud del artículo 27.1.d) no es suficiente que el Estado sea parte de los instrumentos del Derecho internacional de los refugiados, sino que es necesario también que ambos Estados dispongan de un procedimiento para determinar el estatuto de los refugiados que garantice el disfrute de los derechos secundarios que dispone la Convención de Ginebra. En los casos de Hong Kong, Macao o Sri Lanka ambos requisitos, procedimiento y derechos secundarios, son totalmente desconocidos. Lo mismo ocurre en los supuestos de Ucrania y Moldova que han sido identificadas como potenciales participantes en Programas Regionales de Protección, con objeto de mejorar la capacidad de estas áreas para proteger a los refugiados. Por lo que respecta a Rusia, Serbia y Montenegro, no sólo la readmisión de nacionales de terceros Estados es motivo de preocupación sino también la relativa a nacionales, pues se trata de algunos de los principales países de origen de los solicitantes de asilo de los últimos años⁶³.

Además, y en atención al sentido literal de los términos del artículo 18 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y del contexto de la disposición, es posible afirmar que el derecho de asilo implica «el derecho a una solución duradera a través de una protección que ha de ser adecuada y que incluye la solicitud de derechos secundarios», no es otra la principal consecuencia del vínculo ineludible dispuesto con la Convención de Ginebra. El derecho de asilo bajo este contexto jurídico llevaría aparejada una consecuencia del todo relevante: siempre que un Estado miembro proceda a la devolución de un solicitante de asilo a un tercer país —evidentemente se ha de tratar de un tercer país seguro— se ha de garantizar que aquellos que tengan derecho al asilo disfruten de una solución duradera vinculada a derechos secundarios⁶⁴. Ninguno de los Estados con los que se

⁶³ http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/population/publications/migration_asylum.

Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre los Programas Regionales de Protección, COM (2005) 388 final.

⁶⁴ Permítaseme citar: ARENAS HIDALGO, N., «El derecho de asilo en la carta (art. 18): un corolario esencial del “sistema europeo común de asilo”», *Integración Europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, pp. 513-539.

ha concluido un acuerdo de readmisión se halla en condiciones de garantizar esta premisa. Los solicitantes de asilo, por tanto, no podrían ser devueltos a sus países de origen o tránsito, en aplicación de un acuerdo de readmisión en estas circunstancias.

En el caso de la legislación española, además, la aplicación del principio de «tercer país seguro» va acompañada de una exigencia adicional que hace inviable la devolución de un solicitante de asilo a un país en tránsito. El artículo 20.1.d) de la Ley 12/2009 dispone que podrá exigirse la existencia de una relación entre el solicitante de asilo y el tercer país de que se trate por la que sería razonable que el solicitante fuera a tal país⁶⁵. Las autoridades estarían obligadas a estudiar la existencia de lazos familiares o similares habitualmente desconocidos en los países en tránsito.

Así las cosas, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha hecho un llamamiento a sus Estados miembros para: «conclude readmission agreements only with countries that comply with relevant human rights standards and with the 1951 Geneva Convention, that have functioning asylum systems in place and that project their citizens' rights to free movement, neither criminalising unauthorised entry into, nor departure from, the country in question». E invita a la Unión Europea a: «properly consider the human rights situation and the availability of a well-functioning asylum system in a country prior to entering into negotiation on readmission agreements with that country, and use its strong bargaining position to negotiate provisions in readmission agreements that safeguard the human rights of the persons to whom they are to be applied»⁶⁶.

Obviamente, si el país no es seguro, el principio no es aplicable, pero para ello resulta sumamente importante tener garantías jurídicas reales de poder rebatir la presunción de seguridad. Según el artículo 27.2.b) y c) de la Directiva de Procedimientos la aplicación del principio de «tercer país seguro» debe incluir una consideración *caso por caso* de la seguridad del país para el solicitante concreto. En materia de derechos procedimentales, el TEDH ha exigido un examen de la solicitud individual antes de la transferencia (el caso T.I v. UK es central en este tema⁶⁷). Sin embargo, el hecho de que no se pueda asegurar el carácter suspensivo del recurso interpuesto contra una resolución que afirmara la seguridad del tercer país implicaría la devolución del individuo en aplicación del acuerdo de readmisión sin una

⁶⁵ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. BOE núm. 263, de 23 de octubre.

⁶⁶ Council of Europe. Parliamentary Assembly. *Readmission Agreements: a mechanism for returning irregular migrants*, Doc. 12168, 16 March 2010, paras. 6.1 y 7.1-7.2.

⁶⁷ TEDH. *T.I. v. The United Kingdom*, Rec. No. 43844/98.

sentencia firme⁶⁸. De igual forma, en los casos de aplicación del procedimiento acelerado de 48 horas, si no se garantiza la asistencia legal desde el primer momento para todos los inmigrantes interceptados en frontera, resultará imposible siquiera manifestar la intención de solicitar asilo. En el caso de la legislación española, para los solicitantes de asilo interceptados en frontera, la asistencia legal es preceptiva (art. 19.2 de la Ley de asilo), pero habrá que estar atentos a su garantía efectiva a menudo reclamada en sede judicial⁶⁹. Piénsese que más de la mitad de las 38.000 personas procedentes de Somalia y Eritrea que llegaron a Italia y Malta en 2008 a través de cauces ilegales, se les reconoció, a la postre, el estatuto de refugiado o de protección subsidiaria⁷⁰. No se trata, pues, de un problema de toma de conciencia sino de ausencia de mecanismos legales o salvaguardas que garanticen un acceso físico a la protección, vehículo de realización material del derecho de asilo tal y como se conforma en la actualidad.

Desde un punto de vista teórico, parece que no hay conflicto entre las obligaciones de la política de readmisión y las obligaciones internacionales en materia de asilo. Si se garantiza un acceso efectivo al procedimiento y el solicitante tiene garantizada un estudio de la seguridad del país para su caso concreto, no habría violación del principio de *non refoulement*, aunque el acuerdo de readmisión no incluya salvaguardas en ese sentido. Sin embargo, no podemos obviar que las circunstancias en la práctica son muy distintas. A menudo, los problemas tienen que ver con la ausencia de intérpretes, dificultades en el acceso a ayuda legal, el poder discrecional de los guardias de frontera, todo ello puede suponer que los refugiados *bona fide* queden excluidos del procedimiento de determinación del estatuto⁷¹. La combinación del principio de tercer país de asilo y los acuerdos de readmisión puede ser objeto de abuso, sin embargo, no es una cuestión que pueda ser resuelta por los acuerdos de readmisión, en exclusiva, sino que se trata de procurar una correcta aplicación del acervo en materia de asilo.

⁶⁸ En el caso de la legislación española, cuando se interpone un recurso contencioso-administrativo y se solicita la suspensión del acto recurrido, dicha solicitud tiene la consideración de especial urgencia del artículo 135 de la Jurisdicción contencioso-administrativa (art. 29.2 Ley de asilo).

⁶⁹ En numerosos casos, AN o TS han admitido las demandas de asilo por defectos en la garantía de asistencia legal. Véase *Inter. alia*: STS de 8 de noviembre de 2007, rec. 2328/2004; SAN de 6 de febrero de 2008, rec. 346/2006 o SAN de 8 de noviembre de 2007, rec. 170/2007.

⁷⁰ «UN calls on EU to treat asylum seekers fairly», www.euobserver.com

⁷¹ Véase la denuncia de graves casos de incumplimiento del principio de *non refoulement* en Europa en: Council of Europe. Parliamentary Assembly. *Readmission Agreements: a mechanism for returning irregular migrants*, *op. cit.*

En todo caso, si bien se puede predicar la legalidad y compatibilidad de los convenios comunitarios de readmisión con las estrictas obligaciones internacionales, no se pueden analizar como instrumentos aislados sino que, por el contrario, deben ser estudiados en su contexto. Piénsese que las políticas indiscriminadas de lucha contra la inmigración irregular están haciendo inviable el ejercicio del derecho de asilo, anulando el efecto útil del Convenio ginebrino. La dimensión externa del asilo, la aplicación de la «alternativa de huida interna», la utilización de conceptos como «país seguro de origen», «tercer país seguro», solicitudes «manifiestamente infundadas», unidos a política de visados, sanciones a transportistas o el uso arbitrario de los acuerdos de readmisión han convertido la posibilidad de solicitar asilo en Europa una odisea a menudo insalvable, con independencia de que podrían hallarse en abierta contradicción con las obligaciones internacionales. La gestión integrada de las fronteras exteriores —en especial de las marítimas meridionales—, prioridad en la lucha contra la inmigración irregular,⁷² se concibe, además, a través del incremento del uso de medidas coercitivas y una sofisticada tecnología de vigilancia, así como con el desarrollo de un sistema de acciones coordinadas a través de FRONTEX. Este modelo de gestión se basa en la *extraterritorialidad del control* y en la *prevención de la movilidad humana* hacia el área europea común⁷³. Con base en acuerdos con terceros países de origen y tránsito, se desplaza el control a estos países, así como la readmisión/retorno de aquellos llamados «ilegales» incluso antes de haber abandonado el territorio. Se trata de una estrategia preventiva que ignora el hecho de que el individuo puede no ser un «ilegal» sino un «potencial refugiado». En definitiva, podría afirmarse que el desarrollo de la política de asilo en la Europa comunitaria, en los términos expuestos, podría vaciar de contenido el propio derecho de asilo que ahora consagra la Carta de Derechos Fundamentales, siempre y cuando impida su ejercicio efectivo (principio *pacta sunt servanda*).

Los Estados miembros no cumplen con sus obligaciones internacionales con el mero reconocimiento formal de las mismas en una escueta «cláusula de compatibilidad o no perjuicio» porque de lo que se trata es de garantizar el ejercicio *efectivo* de los derechos, en particular, el derecho de asilo. El acceso al procedimiento de asilo depende del acceso al territorio de la Unión y éste resulta más complicado si cabe cuanto más se incrementan y sofisti-

⁷² Comisión. Comunicación. *Sobre las prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países*. COM (2006) 402 final, Bruselas, 19.7.2006.

Véase también: Comisión. Comunicación. *Refuerzo de las fronteras marítimas meridionales de la Unión Europea*. COM (2006) 733 final, Bruselas, 30.11.2006.

⁷³ CARRERA, S.; GEYER, F., «Terrorism, Borders and Migration. The Commission 2008 Policy Strategy in the Area of Freedom, Security and Justice», CEPS 2007.

can los controles fronterizos. Se trata, en definitiva, del irresuelto conflicto entre el derecho soberano al control de las fronteras y la lucha contra la inmigración irregular y la obligación internacional de garantizar acceso al procedimiento de asilo para aquellos que, en el contexto de los flujos migratorios mixtos, pudieran hallarse en necesidad de la protección internacional. De esta forma, la obligación de garantizar protección a través de un acceso al procedimiento de asilo imposibilitado en aplicación de las férreas medidas de *non entrée* se convierte en la auténtica *pedra de toque del sistema*, donde se pone a prueba el compromiso real de crear un espacio de libertad, seguridad y justicia compatible con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos en general y asilo, en particular.

Epílogo. Más allá de la readmisión. La importancia de vigilar la reintegración de los retornados

La readmisión de los propios nacionales y, en especial, de los nacionales de terceros Estados constituye un enorme desafío para los países de tránsito desde el punto de vista administrativo, institucional, social o financiero. Podría decirse que gracias a la política de readmisión, la Unión Europea traslada la gestión de la inmigración a los países de origen y tránsito de inmigrantes —la llamada *burden-shifting policy*— que se hallan en condiciones menos favorables con objeto de asegurar un retorno sostenible. Por mandato de la Directiva de Retorno, las obligaciones en materia de readmisión no acaban con la entrega del individuo al Estado requerido sino que los Estados miembros están obligados a asegurar un retorno sostenible del mismo, y en consecuencia, han de velar por las condiciones de reintegración de estas personas en sus sociedades de origen⁷⁴. Este tipo de salvaguardas sólo pueden incorporarse en los acuerdos de readmisión porque es el único instrumento que dispone obligaciones jurídicas vinculantes al mismo tiempo para los Estados miembros y terceros países⁷⁵. En realidad, la mo-

⁷⁴ Véase el Considerando n.º 7 de la Directiva de Retorno: «A fin de facilitar el proceso de retorno se destaca la necesidad de que haya acuerdos de readmisión comunitarios y bilaterales con terceros países. La cooperación internacional con los países de origen en todas las fases del proceso de retorno constituye un requisito previo para la consecución de un retorno sostenible».

⁷⁵ En un informe realizado para el Parlamento Europeo, Claudia Charles recomendaba exigir a las autoridades de las Partes contratantes la realización de un informe anual sobre la reintegración de estas personas: «If the non-affectation clauses and references to respect for fundamental rights contained in the readmission agreements are to have any real meaning, the follow-up of the implementation of those agreements must extend to the conditions under which foreign nationals are readmitted into third countries. The negotiations must include the princi-

nitorización del retorno se convertiría en la auténtica piedra de toque de la política de retorno, pues si los retornados no reciben apoyo para su reintegración o, peor aún, si se les deja en un país extranjero en tránsito, no les quedaría más remedio que tratar de volver a entrar en la territorio europeo, sea por los cauces que sean. Según datos aportados por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, un tercio de las personas readmitidas por Rusia, trataron de volver al país del que habían sido retornados⁷⁶. Esto nos debe hacer pensar sobre la eficacia real de estos instrumentos respecto de su finalidad última, esta es, la lucha contra la inmigración irregular.

Desde este punto de vista, la política europea de readmisión mantiene una perspectiva meramente defensiva, operacional y de control absolutamente desconectada de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Los compromisos comunitarios en materia de gobernanza, protección de los derechos fundamentales y desarrollo económico de los principales países de origen de los inmigrantes irregulares aparecen disociados de la esta política que adquiriría, así, un perfil más sancionador. Se ha criticado que los acuerdos de readmisión no tengan un objetivo omnicompreensivo que vaya más allá de las obligaciones recíprocas en materia de readmisión para incorporar también compromisos en la lucha contra las causas que se encuentran en el origen de los desplazamientos humanos. Sin embargo, se ha de observar que esos acuerdos son instrumentos técnicos complementarios de la política de retorno y ésta sí ha de velar por crear condiciones para la reintegración de estas personas en sus sociedades de origen. Sin embargo como denuncia Bouteillet «Partnership with countries of origin is an euphemism for a policy that has so far produce little more than extended the control driven policy, while very little progress has been made in the field of economic development and root causes prevention. This new generation of readmission agreements raises serious concerns owing to the humanitarian and political situation prevailing in the countries that are generating forced displacements».⁷⁷ Así las cosas, la gestión de la inmigración irregular va a poner a prueba, por ende, la coherencia de la acción exterior de la Unión con los compromisos asumidos en materia de condicionalidad democrática y protección de los derechos humanos.

ple that the third country authorities must draw up an annual report giving at the very least statistical indications of the fate of readmitted persons (detention, release, expulsion in the case of third country nationals and, in the case, breakdown of statistics by country of return).

⁷⁶ European Parliament. Policy Department External Policies. Readmission Agreements and Respect for Human Rights in Third Countries. Review and Prospects for the European Parliament, 2007, p. 10.

⁷⁷ Bouteillet-Paquet, D. «Passing the buck: A Critical Analysis of the Readmission Policy Implemented by the European Union and Its Member States», *European Journal of Migration and Law*, *op. cit.*, p. 360.

Anexo I

Acuerdos en vigor

País	Mandato recibido	Primera ronda negociaciones	Firma	Entrada en vigor
Hong Kong	Abr. 2001	Octubre 2001	27 nov. 2002	1 marzo 2004
Macao	Abr. 2001	Octubre 2001	13 oct. 2003	1 junio 2004
Sri Lanka	Set. 2000	Julio 2001	4 junio 2004	1 mayo 2005
Albania	Nov. 2002	Mayo 2003	14 abril 2005	1 mayo 2006
Rusia	Set. 2000	Enero 2003	25 mayo 2006	1 junio 2007
Ucrania	Jun. 2002	18 nov. 2002	18 junio 2007	1 enero 2008
Macedonia	Nov. 2006	1 dic. 2006	18 sept. 2007	1 enero 2008
Bosnia-Herzegovina	Nov. 2006	20 dic. 2006	18 sept. 2007	1 enero 2008
Montenegro	Nov. 2006	15 dic. 2006	18 sept. 2007	1 enero 2008
Serbia	Nov. 2006	4 dic. 2006	18 sept. 2007	1 enero 2008
Moldova	Dic. 2006	9 feb. 2007	10 oct. 2007	1 enero 2008

Anexo II

Acuerdos que no han entrado aún en vigor

País	Mandato recibido	Primera ronda negociación	Última ronda	Estado actual
Pakistán	Septiembre 2000	Abril 2004	7. ^a ronda formal Septiembre 2007	El acuerdo fue firmado el 26 de octubre de 2009. Pendiente dictamen Parlamento Europeo
Georgia	Noviembre 2008	Abril 2009	3. ^a ronda formal Agosto 2009	El Acuerdo fue firmado el 26 de noviembre de 2009. Pendiente dictamen Parlamento Europeo
Marruecos	Septiembre 2000	Abril 2003	14. ^a ronda formal Octubre 2009	Las negociaciones están en curso
Turquía	Noviembre 2008	Mayo 2005	4. ^a ronda formal Diciembre 2006	Las negociaciones están en curso
Cabo Verde	Junio 2009	Julio 2009	13. ^a ronda formal Julio 2009	Las negociaciones están en curso
China	Noviembre 2002			Las negociaciones formales aún no han comenzado
Argelia	Noviembre 2002			Las negociaciones formales aún no han comenzado