

Cuadernos Europeos de Deusto

Núm. 36/2007



La Unión Europea ante la inmigración

R. Aparicio, N. Arenas, L. Cachón, M.^a P. Canedo,
M.^a E. Casanova, M.^a T. Gil-Bazo

**Instituto de
Estudios Europeos**

• • • • • • • • • • • • • • • • • • • •

Cuadernos Europeos de Deusto

Cuadernos Europeos de Deusto

Núm. 36/2007

Dirección y Consejo de redacción:

Director: Nicolás Mariscal (U. Deusto, Bilbao)
Directora adjunta: Beatriz Pérez de las Heras (U. Deusto, Bilbao)
Secretario: Francisco Rodríguez (U. Deusto, Bilbao)
Consejo de redacción: Francisco Aldecoa (U. Complutense, Madrid)
Javier Bilbao (U. País Vasco, Bilbao)
José Ramón Canedo (U. Deusto, Bilbao)
M.^a Jesús Cava (U. Deusto, Bilbao)
Félix Echevarría (Bufete Echevarría Portell, Barakaldo)
Fernando García de Cortázar (U. Deusto, Bilbao)
J. Carlos García Gallego (Tribunal Económico Administrativo
Regional del País Vasco, Bilbao)
Laura Gómez Urquijo (U. Deusto, Bilbao)
Beatriz Iñárritu (U. Deusto, Bilbao)
José Martín y Pérez de Nanclares (U. La Rioja, Logroño)
José Palacio (TJCE, Luxemburgo)

Administración y suscripciones:

Instituto de Estudios Europeos
Universidad de Deusto - Apartado 1 - E48080 Bilbao
Tfno.: 944 139 284 Fax: 944 139 284 Email: estudios.europeos@deusto.es

Precios de Suscripción:

2 números año:
Zona euro 32 euros (IVA incluido)
Otras zonas..... 43 dólares

Número suelto:
Zona euro 18 euros (IVA incluido)
Otras zonas..... 26,50 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 Patrimonio, Catastro y Asuntos relacionados con la Unión Europea, del Departamento de Hacienda y Finanzas de la Diputación Foral de Bizkaia, que ha hecho posible la publicación del presente número.

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. 36/2007

Sumario

Presentación: La Unión Europea ante la inmigración	11
Estudios	
R. APARICIO GÓMEZ, Las «segundas generaciones» en España: marroquíes, dominicanos, peruanos	19
N. ARENAS HIDALGO, La credibilidad de una solicitud de asilo. Derecho comunitario y jurisprudencia de Estrasburgo (el caso <i>N v. Finland</i>)	57
L. CACHÓN RODRÍGUEZ, La inmigración y el mercado de trabajo en la Unión Europea	77
M. ^a P. CANEDO ARRILLAGA, La comunitarización del Derecho Internacional Privado en la Unión Europea y su incidencia en la política de inmigración	107
M. ^a E. CASANOVA DOMÈNECH, El régimen del azúcar UE-ACP: ¿un instrumento de cooperación al desarrollo?	127
M. ^a T. GIL-BAZO, The Protection of Refugees under the Common European Asylum System. The Establishment of a European Jurisdiction for Asylum Purposes and Compliance with International Refugee and Human Rights Law	153
Jurisprudencia	
C. GIMENO VERDEJO y M. ^a I. ROFES I PUJOL, <i>Comentario de la Jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas</i>	185
Crónica	
B. IÑARRITU, <i>Crónica comunitaria: La actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea</i>	203

Presentación: **La Unión Europea ante la inmigración**

A lo ancho de las tierras y los mares y a lo largo de la historia, los seres humanos han migrado buscando mejores condiciones de existencia. También hoy millones de personas en todo el mundo cambian de unos a otros sistemas de convivencia. Europa es espacio de algunas migraciones interiores y de alguna emigración altamente cualificada hacia el exterior, pero sobre todo es tierra de inmigración a la que han llegado y siguen viniendo millones de seres humanos.

El fenómeno de la emigración-inmigración no sólo es cuantitativamente impresionante, sino cualitativamente de enorme complejidad imbricándose dimensiones económicas, sociales, políticas, culturales, jurídicas, psicológicas, etc. Fenómeno complejísimo y de potencialidades ambivalentes para los emigrantes y sus países de origen y para los países de acogida y sus ciudadanos: costes y beneficios, esperanzas y frustraciones, lucha e integración, pasado, presente y futuro.

El presente número monográfico de *Cuadernos Europeos de Deusto* se acerca a este voluminoso, complejo y delicado fenómeno de la inmigración en Europa y en España desde tres perspectivas: sociológica (dos artículos), jurídica (tres trabajos) y económica (uno).

El sociólogo *Lorenzo Cachón*, desde una aproximación multidimensional apunta que, no obstante la relevancia de la búsqueda y condiciones de trabajo como motivación de muchos procesos migratorios, «hace falta integrar estos planteamientos dentro de una teoría más general de la emergencia y consolidación de los flujos y de los procesos de asentamiento de las migraciones, que podría ser resultado de la síntesis de algunos de los planteamientos teóricos actuales». Señala además dos limitaciones —analítica una y política otra— del abordaje de la inmigración desde su relación con el mercado de trabajo de los países de acogida, que quedan positivamente expresadas en la formulación de Max Fisch: «queríamos mano de obra y llegaron personas».

Tras definir qué es un «sistema migratorio» e indicar los cuatro grandes existentes en el mundo en la actualidad, se centra en el europeo y sus mutaciones desde los años 50 del siglo pasado. Se destacan a continuación como magnitudes básicas para el análisis de la situación del mercado de trabajo las tasas de actividad, de empleo y de paro y los sectores de los empleos de los

inmigrantes. Finalmente se exponen las políticas europeas para responder a los notables desafíos del sistema migratorio europeo. Las políticas de integración de los inmigrantes son la clave de bóveda de la política común de inmigración y asilo. De aquí la relevancia de la lucha contra la discriminación institucional, estructural y empresarial y las Directivas para la igualdad de trato entre las personas y en el empleo y la ocupación, que, aunque no aseguran la desaparición de la discriminación, son de gran utilidad en la lucha contra ésta.

Rosa Aparicio, directora del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones de la Universidad de Comillas, se centra en la evolución seguida por las segundas generaciones de inmigrantes como una de las mejores pruebas de la integración o no en una sociedad, susceptible además de tener importantes consecuencias. Ese tema, inicialmente estudiado por la sociología norteamericana, despertó e influyó posteriormente los trabajos llevados a cabo en Europa. Uno de los más notables es EFFNATIS, en el que se comparan las segundas generaciones de ocho países europeos y los modelos nacionales de integración, y que ha inspirado investigaciones en España, diferentes empero en el origen de las segundas generaciones estudiadas.

La medición de la integración enfatiza actualmente los avances de posición económica y social logrados o no por la segunda generación en comparación con sus progenitores, subyaciendo la idea de que la segunda generación debería disfrutar de los mismos derechos y oportunidades que cualquier otro miembro de la sociedad. Las teorías de la asimilación y la asimilación segmentada guían la investigación. Se lleva a cabo entonces un minucioso y riguroso análisis cuantitativo de los logros educativos y de los tipos de empleo de la segunda generación de marroquíes, dominicanos y peruanos en España comparándolos con los de sus progenitores y controlándolos con el examen de la estructura familiar y del capital social étnico como estructuras de apoyo frente a los obstáculos que encuentran los hijos de los inmigrantes debido a su origen. Los mayores o menores racismo y discriminación por parte de la sociedad, así como la percepción de ellos por parte de las segundas generaciones, van a condicionar el camino de la integración, examinándose entonces con especial detalle la aculturación y los sentimientos de pertenencia. No obstante haber realizado un amplio trabajo empírico cuantitativo y un análisis riguroso resulta «prematureo predecir el rumbo que van a seguir las segundas generaciones de los hijos de los inmigrantes asentados en España». Es necesario, sin embargo, actuar para que no se reproduzcan miméticamente algunos comportamientos negativos de países europeos con más larga experiencia inmigrante.

Tres trabajos afrontan aspectos de la dimensión jurídica de la integración.

La visión tradicional de los instrumentos de cooperación judicial civil como vía de potenciación del mercado ha evolucionado en los sistemas internos y también en el ámbito comunitario, preguntándose aquí *Canedo Arrillaga*

en qué medida las normas de Derecho Internacional Privado pueden contribuir de manera complementaria a la integración de los ciudadanos inmigrantes. Desde una perspectiva jurídica histórico-descriptiva presenta el espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea y la comunitarización de la cooperación judicial en materia civil y de la inmigración, lo que implica que pueden adoptarse en estas materias normas comunitarias dotadas en algunos casos de primacía y de efecto directo. A fin de analizar las conexiones entre los objetivos del Plan de Acción contenido en el Programa de La Haya de noviembre de 2004 se describe la política común de asilo y migración en la UE y la cooperación judicial civil como instrumento de integración de los ciudadanos de terceros Estados, con especial atención —no exclusiva— al Reglamento n.º 44/2001 del Consejo, concluyéndose que «las normas de cooperación judicial pueden tener un efecto beneficioso para la integración de los inmigrantes en la medida en que su contenido está diseñado de modo que no deja fuera de sus beneficios a los nacionales de terceros Estados, sino que resultan aplicables a cualquier ciudadano residente en el territorio».

Parte M.^a *Teresa Gil-Bazo* de la transformación del marco legal de la integración europea respecto al asilo llevada a cabo por el Tratado de Ámsterdam, posteriormente desarrollado por el Consejo Europeo de Tampere y la Conferencia Europea sobre Asilo de Lisboa, hasta desembocar en un sistema europeo común de asilo. Su justificación última hay que buscarla en el mercado único y la dinámica de control de las fronteras exteriores. Subyace un trasfondo utilitario en el establecimiento de un espacio de asilo intra-UE.

La transferencia de competencia desde los Estados miembros —vinculados internacionalmente— hacia la UE —que no es parte de ningún instrumento internacional de derechos humanos o legislación sobre refugiados— suscita relevantes cuestiones, en cuyo análisis legal se centra el presente artículo. Mientras en el espacio intra-europeo se han transformado las fronteras internas para dar lugar a una *quasi* jurisdicción única, cada uno de los Estados miembros sigue siendo jurisdicción única en la esfera internacional. Se analiza críticamente a continuación el sistema europeo común de asilo dentro del objetivo de establecer progresivamente un espacio de libertad, seguridad y justicia y se plantea entonces la potencial conflictividad entre las obligaciones internacionales sobre refugiados y derechos humanos a las que están sometidos individualmente los Estados miembros y las obligaciones emanadas del derecho comunitario. Los derechos humanos constituyen un estándar de legalidad de la legislación comunitaria en el campo del asilo, pero es relevante la diferencia entre las obligaciones de derechos humanos emanadas de los tratados internacionales o de los principios generales del derecho comunitario.

En cuanto al debate sobre los estándares mínimos, que la Comunidad tiene poder de adoptar, se constata un amplio margen de discrecionalidad

de los Estados, pero quedan abiertos numerosos interrogantes. Gran parte de la problemática planteada se ejemplifica en el llamado Reglamento Dublín II, que establece un mecanismo para la atribución de responsabilidad entre los Estados miembros en cuanto al procesamiento de peticiones de asilo y se señalan algunas de sus deficiencias. La autora sugiere finalmente una doble aproximación y concluye: «si los Estados miembros tienen que observar el vigente sistema de Dublín y tienen que cumplir las obligaciones legales internacionales respecto a refugiados y derechos humanos, entonces el reconocimiento mutuo de las decisiones de protección, el reconocimiento del derecho a la libertad de movimiento de los refugiados y el acceso de la CE/UE a los instrumentos internacionales sobre refugiados y derechos humanos pueden contribuir al desarrollo de un más funcional sistema europeo común de asilo respetuoso también de las obligaciones internacionales de los Estados miembros hacia los refugiados».

Desde una aproximación jurídica flexible y abierta a dimensiones psicológicas y políticas, la profesora *Nuria Arenas* explora una de las dificultades clásicas —poco tratada por otra parte— de los procedimientos de asilo, cual es la valoración de los hechos en las demandas en las que el solicitante no es capaz de probar la persecución. Éste debe demostrar en un relato *verosímil* que cumple con los requisitos para merecer el estatuto de refugiado, mientras el examinador tendrá que apreciar la validez de las pruebas y la credibilidad de las declaraciones. Se dan necesariamente amplios márgenes de discrecionalidad, pero la decisión no puede ser arbitraria. Dentro del sistema europeo común de asilo, la Directiva 2004/83/CE del Consejo (Directiva de Cualificación) establece normas mínimas para el reconocimiento y estatuto de nacionales de terceros países. Se trata más bien de orientaciones, volviéndose necesario acentuar el poder de control del aparato judicial de carácter internacional. El presente artículo pretende revitalizar el valor del mecanismo de control instituido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), analizando el caso *N v. Finland*, que manifiesta la compleja determinación de la veracidad de los hechos y el amplio margen de apreciación de las instancias estatales. Ejemplificándolo en el caso mencionado, la autora estudia las obligaciones del solicitante y del examinador, la coherencia y consistencia del relato como criterios de la credibilidad de las solicitudes de asilo, atemperadas siempre por las especiales circunstancias que concurren en éstas, y los «indicadores de persecución» según el Derecho internacional de los refugiados y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La credibilidad resulta finalmente el núcleo central del proceso de asilo, implicando su valoración necesariamente discrecionalidad, pero no arbitrariedad. La determinación de la condición de refugiado resulta muy difícil al conllevar múltiples y variadas tareas. «No obstante, en este estudio se ha pretendido subrayar la existencia de obligaciones inclui-

bles que asisten al órgano responsable de adoptar la decisión y que vienen, así, a corregir el excesivo margen de apreciación».

Cierra el monográfico un artículo de economía.

Mediante un análisis econométrico la Dra. *Casanova Domènech* pone de manifiesto las complejidades e intereses de la política europea en un caso específico y apunta así a factores relevantes que subyacen a no pocos fenómenos migratorios. El régimen del azúcar UE-ACP es una pieza tanto de la política europea de cooperación al desarrollo como de la política agrícola común. Hoy, ante las obligaciones impuestas por la Organización Mundial del Comercio (OMC), la UE tiene que reconsiderar su modelo de relaciones con los países ACP y en concreto el régimen del azúcar a partir de 2008. Esto ha llevado a modificar la Organización Común de Mercados (OCM) del azúcar en 2006, lo que cambia las condiciones de las relaciones entre la UE y los países ACP participantes en el Protocolo 3, siendo precisamente el objetivo del presente artículo «valorar los resultados de dicho Protocolo como instrumento de cooperación al desarrollo, para argumentar que su revisión se fundamenta también en una cuestión de desarrollo».

Tras exponer tres puntos del Protocolo: distribución de cantidades, precio garantizado y duración, se considera que las transferencias monetarias derivadas de su aplicación son substanciales, aunque desiguales, para los países ACP beneficiarios. Para estudiar las transferencias de 1976 a 2000 en relación al PIB se realiza un análisis econométrico basado en un modelo de corrección de errores y un modelo con datos panel, llegando a la conclusión de que «no se ha podido mostrar que exista una correlación positiva y significativa entre las transferencias derivadas del Protocolo n.º 3 y el nivel de renta de los países ACP beneficiarios. Por ello se puede afirmar que los beneficios que conlleva la aplicación del Protocolo no han tenido un efecto destacado sobre el desarrollo económico de los países». Ante tal resultado emprende la autora el examen del propio Protocolo, señalando respecto a su diseño que ha sido una continuación de las condiciones comerciales establecidas por el viejo *Commonwealth Sugar Agreement*, diseñadas a la medida de las refinerías europeas, y en cuanto a su aplicación se apunta a la falta de incentivo para la reducción de los costes productivos, la fuerte dependencia comercial del mercado europeo, las perturbaciones causadas por la OCM del azúcar y las distorsiones derivadas de la políticas azucareras de otros países como los factores explicativos del escaso resultado del Protocolo n.º 3 en términos de desarrollo y la falta de impacto significativo en el bienestar económico de los países participantes. «Como resultado de todo este análisis, no se ha podido encontrar una relación positiva y significativa entre las transferencias y la renta de los países participantes a lo largo del tiempo. Por ello, existen grandes dudas respecto a los resultados logrados por el régimen del azúcar UE-ACP como instrumento de cooperación». Tenemos un reto por delante.

Estudios

Las «segundas generaciones» en España: Marroquíes, dominicanos, peruanos

Dra. Rosa Aparicio

Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones, Universidad Pontificia Comillas

Sumario: Introducción.—1. Las inquietudes sobre la segunda generación.—2. Los estudios sobre segunda generación en Europa.—3. Un breve repaso a los objetivos, la metodología y la muestra de la investigación sobre las segundas generaciones de marroquíes, dominicanos y peruanos en España.—4. La integración estructural de la segunda generación en España: logros educativos y estatus laboral.—5. Estructuras de apoyo en la transición a la adultez: estructura familiar y capital social.—6. Obstáculos en el camino hacia la integración: racismo y discriminación.—7. Aculturación y sentimientos de pertenencia.—A modo de conclusión

Resumen: Los hijos de los inmigrantes se han vuelto noticia en los últimos tiempos en varios países europeos. Pero más allá de los acontecimientos puntuales protagonizados por «segundas generaciones» en Francia, Gran Bretaña y Holanda que han dado lugar a las noticias, preocupa que ello se deba a una deficiente integración causada por la falta de oportunidades a nivel económico y social y que, en condiciones similares, tales situaciones de conflicto puedan extenderse también a otros países. El presente artículo pretende indagar en la situación de las segundas generaciones de origen marroquí, dominicano y peruano en España a partir de los resultados de una encuesta realizada en Madrid y Barcelona, a jóvenes entre 14 y 25 años pertenecientes a esos colectivos. En él se muestra que las estrategias de integración de cada uno es muy distinta, pero que en los tres grupos existe una actitud abierta hacia la sociedad española lo que les lleva a mantener relaciones fluidas con los miembros nativos. Sin embargo, aunque en distinto grado, se comprueba que sus oportunidades a nivel educativo y laboral son inferiores a las de los españoles de la misma edad, no siendo su situación en estos ámbitos mucho mejor que la de sus padres. Es sin embargo pronto para, a partir de estos datos, predecir lo que va acontecer en España con las segundas generaciones porque existen indicios en el estudio de que los jóvenes estudiados pertenecen a una generación transicional entre la primera generación de inmigrantes y la segunda generación que ha de venir.

Palabras clave: Segunda Generación, inmigración, integración, movilidad intergeneracional.

Abstract: *The children of immigrants have lately become news in several European Countries. But above the events in France, Great Britain and the Netherlands in which members of the second generation have had the main role, there is*

a growing concern that these are connected to poor integration caused by a lack of economic and social opportunities. There is also a concern that such situations of conflict will spread to other countries. The present article seeks to look into the situation of the second generations of Moroccan, Dominican and Peruvian origin in Spain based on the results of a survey carried out in Madrid and Barcelona amongst youth 14 to 25 years old belonging to these three ethnic groups. It shows that the integration strategies of the groups differ considerably, but that in all three there exists an attitude of openness towards spanish society and that their relationship with native members is fluid. However, although in different degrees, it also shows that the opportunities for the second generation in the spheres of education and labour are inferior to those for spaniards of the same age group, their situation not being thus much better than that of their parents. It is nonetheless still early to predict from these data what will happen with the second generations in Spain as there are indications in the research that the young people studied belong to a generation in transition between the first generation of immigrants and the second generations to come.

Keywords: *Second generation, immigration, integration, intergenerational mobility.*

Se acepta de manera general que la integración de los inmigrantes es uno de los mayores problemas en la integración general de las sociedades europeas. Y esto es, desde luego, un tema cada vez más apremiante en la sociedad española, una sociedad que ha experimentado un rápido aumento de la población extranjera proveniente de terceros países a lo largo de los últimos quince años.

Existe, por otra parte, un consenso entre los expertos en este terreno, a pesar de las diferentes formas en las que se entiende el concepto de integración, en que el análisis de la evolución seguida por las segundas generaciones es una de las mejores pruebas sobre la manera como los inmigrantes se han adaptado a una sociedad específica, ya que el proceso de su incorporación precisa, a menudo, de varias generaciones. Pero su importancia está en el hecho de que una falta de integración de los inmigrantes y de sus hijos podría tener unas graves consecuencias para los mismos inmigrantes y para la sociedad en general. El fracaso en este terreno podría llevar a situaciones de marginación y exclusión, que a su vez dieran lugar a desviaciones sociales de distintas clases y a una división de la sociedad relacionada con factores étnicos (una «balcanización» de la sociedad), es decir, una coexistencia marcada por conflictos interétnicos, tal y como han empezado a mostrar algunos acontecimientos ocurridos en el Reino Unido, Holanda y, más recientemente, en Francia.

En Europa el interés por estudiar las segundas generaciones es relativamente reciente y sólo se ha dado cuando comenzó a comprobarse que muchos de los hijos de los inmigrantes, que habían nacido en los países en

los que se habían asentado sus padres y en los que había transcurrido toda su vida, no estaban teniendo las mismas oportunidades que los hijos de los nativos para adquirir una posición social digna y que a ello parecían estar ligados los disturbios sociales en los que aparecían como protagonistas las segundas generaciones. En España, por otra parte, es sólo ahora que se está despertando ese interés y mucho como reflejo de los acontecimientos en los otros países europeos si bien es cierto que muy pronto, cuando apenas comenzaba a ser noticia la inmigración aquí, empezaron a hacerse estudios sobre la integración de los hijos de los inmigrantes en la escuela¹. Pero dichas investigaciones se referían, como además era natural dado el estado incipiente de la inmigración a España, a los nacidos en el país de origen de los padres, y cuando no era así, no se hacían distinciones². Es sólo desde hace poco —sobre todo desde los acontecimientos del 2005 en Francia— que en España se ha suscitado la pregunta: ¿vamos a tener aquí los mismos problemas con las segundas generaciones que están teniendo otros países de Europa?

En este artículo nos proponemos dar cuenta de algunos de los resultados de uno de los primeros estudios³ que se han realizado en España sobre las llamadas «segundas generaciones»⁴, entendiendo este término en su sentido estricto de hijos de inmigrantes nacidos en el país de origen o llegados a él a corta edad. Se trata también de uno de los primeros estudios que, siguiendo la tradición de los estudios de segunda generación en EE.UU. y Europa, se centra en la etapa de entrada en la adultez y en el

¹ Ver R. APARICIO: «La literatura sobre los hijos de los inmigrantes», en *Migraciones* núm. 9, junio (2001) pp. 171-182.

² En España se ha hecho uso corriente utilizar el término «segunda generación» en un sentido amplio para referirse a los hijos de los inmigrantes en general sin distinguir a los nacidos en el país de origen de los nacidos en el país de asentamiento de los padres. Con ello se escamotea la principal utilidad de reservar esta denominación solamente para los segundos como se ha tendido a hacer entre los estudiosos de las migraciones en EE.UU. y en el resto de Europa. Esta es precisamente la de poder constatar si se ha producido un cambio generacional entre los padres que han inmigrado y los hijos que no lo han hecho y si éstos han encontrado un lugar en la sociedad distinto del de los padres. Ello independientemente de los problemas que supone utilizar el término «segunda generación», el cual, como dicen Bolzman, Fibbi y Vial «introduce concomitantemente una marca social y étnica» (2001: 20-21) cuando es utilizada en el lenguaje corriente.

³ La investigación ha sido financiada por el Ministerio de Educación y Cultura, dentro del marco del Plan Nacional para Investigación y Desarrollo durante los años 2000 a 2002 (SEC1999-0309) y por el Observatorio Permanente de la Inmigración de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.

⁴ Sobre el significado y la crítica a la denominación de «segunda generación» ver APARICIO, R. y TORNOS, A.: *Hijos de inmigrantes que se hacen adultos: marroquíes, dominicanos, peruanos*, Madrid, Observatorio Permanente de la Inmigración-Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006. Ver también I. García Borrego.

paso al mercado de trabajo⁵. Aunque el estudio abarcaba muchos aspectos, nuestra mirada en este artículo se va a fijar sobre todo en los logros educativos y laborales de los hijos de inmigrantes de la llamada segunda generación comparándolos con los de sus padres y, en la medida de lo posible, con los de sus pares de origen español. Y ello porque estas cuestiones son precisamente las consideradas claves para poder vislumbrar el futuro que pueden tener en nuestra sociedad estos hijos de inmigrantes: si han tenido o van a tener mejores oportunidades y así situarse mejor que sus padres o si, por el contrario, van a reproducir su situación o sufrir un descenso en la escala social, constituyéndose en una «infracalse» y convirtiéndose en fuente de conflicto. Visto esto, examinaremos la manera en que la estructura familiar, el capital social, la discriminación, la asimilación cultural y la identidad, se relacionan con las oportunidades que los hijos de los inmigrantes de estas generaciones tienen en los terrenos laboral y educativo. Pero antes de pasar a exponer las conclusiones del mencionado estudio vamos a situarlo en un contexto más amplio tratando, primero, de las inquietudes suscitadas por la segunda generación que en otros países han impulsado los estudios sobre la misma y, segundo, de por dónde se han encaminado algunos de esos estudios.

1. Las inquietudes sobre la segunda generación

Para entrar directamente en el tema apuntemos desde el principio que estas inquietudes se refieren al mal éxito, o a un éxito menor que el esperado, en la integración social de los hijos de los inmigrantes que empiezan a emanciparse de sus padres.

Esto implica dos cosas: la primera, muy obvia, que lo que impulsó en su origen los estudios sobre segunda generación fue la sensación difusa de que ésta, al irse emancipando de sus padres, se estaba integrando mal en las sociedades de su residencia. La segunda: que los objetivos por estos estudios perseguidos se vieron en sus principios muy influidos por la idea previa o preconcepto espontáneo de la integración predominante entre aquellos que los iniciaron.

Pero lo primero dio lugar a algo no tan obvio: y es que los estudios sobre segunda generación tomaron forma en Estados Unidos mucho antes que

⁵ Antes que éste puede citarse la investigación del Colectivo IOE sobre jóvenes marroquíes (1994) y la de Miguel Siguán (2003), ambas utilizando una metodología cualitativa de estudio de casos. Pero en ninguno de los dos se trata de jóvenes de la segunda generación en sentido estricto.

en Europa, porque allí la integración empieza a preocupar como 30 años antes. Y este comenzar antes dio lugar a que las investigaciones estadounidenses sobre segunda generación marcaran en cierta medida la orientación y estilo de las indagaciones europeas sobre el tema.

Y lo segundo, el que los estudios sobre los hijos de inmigrantes se orientaran hacia la integración, tal como ella se entendía en los distintos países, ha llevado a que los objetivos y contenidos de dichos estudios se precisen en aquéllos de formas un tanto diferentes, según lo que en unos u otros se considerara más inquietante para la nombrada integración. De ello no podían sino derivarse ciertas diferencias en la manera de entenderse lo que, tratándose de la segunda generación, merecería indagarse o evitarse.

Atendamos un poco más detenidamente a lo primero: ¿cuándo y cómo viene a preocupar la integración en los Estados Unidos y en Europa?

Es de sobra sabido que Estados Unidos creció como gran potencia gracias a la inmigración recibida durante la segunda mitad del siglo XIX. Una inmigración principalmente europea y que llegaba como fuerza de trabajo elemental, casi expulsada de sus países por las malas condiciones laborales que en ellos conseguía: principalmente alemanes, polacos, irlandeses, italianos, pero también ingleses, llegaban a Estados Unidos como a una tierra de promisión y efectivamente allí obtenían mejores salarios y mejoraban su calidad de vida. Esto les enraizaba en el país y en él engrosaban pronto las clases medias sumergiéndose en lo allí llamado *mainstream society*, o corriente social mayoritaria. En cierto modo se les cumplía lo que ha venido a llamarse *el sueño americano*, el pertenecer a una sociedad en la que podían progresar porque no se les oponían barreras. La integración se producía por sí sola a partir de la segunda generación y el integrarse de ésta no presentaba problemas.

Pero desde los años 50 el panorama empieza a cambiar. Por una parte la situación de inferioridad de la minoría negra sale a luz con fuerza y se constituye en piedra de escándalo para quienes quieren seguir creyendo en el *sueño americano*. La sociedad se muestra con ello menos unitaria o integrada de lo que parecía. Pero además los nuevos inmigrantes y sus hijos encuentran unas dificultades que se compaginan mal con aquel sueño. Aquí y allá surge la preocupación de si no se están creando minorías socialmente deficitarias que van a reproducir el status inferior de las minorías de color y la dependencia excesiva de los servicios sociales que se atribuía a éstas. Hasta el punto de verse puesta en duda la validez del patriótico y tradicional *sueño americano*. Y así surge en el país, de una manera más emocional que reflexiva, la preocupación por las segundas generaciones de los inmigrantes. Porque es en éstas, más que en sus padres, en las que se lee el fallo de aquel sueño. Al fin y al cabo no era en los inmigrantes mismos, sino

sobre todo en sus hijos, en quienes se pensaba que se cumpliría del todo aquel sueño.

Caracteriza por lo demás en Estados Unidos a esta preocupación por las segundas (y terceras) generaciones, entonces emergente, el interrogarse muy particularmente por los sistemas escolares en que ellas se formaban. Y es que la tradición estadounidense venía atribuyendo a la escuela, desde el siglo XIX, un papel primordial de *melting pot*, o de «olla de mezclar», para la transformación de los más distintos niños y adolescentes en jóvenes de una común y responsable ciudadanía, por todos compartida.

Mientras tanto en Europa la inmigración estaba apenas comenzando. Y si se nutría muy principalmente, como la clásica emigración a Estados Unidos, de trabajadores poco o nada cualificados que aspiraban a mejores sueldos, en una cosa se diferenciaba radicalmente de ella: los países europeos daban por supuesto que esos inmigrantes no permanecerían. Tanto es así que la mayoría de los Estados recusaban oficialmente el considerarse «países de inmigración». De modo que el modelo alemán del *gastarbeiter* (o trabajador huésped, acogido para el tiempo que le durara el trabajo), predominó implícitamente en muchas naciones hasta la crisis del petróleo de 1973. Incluso entonces, al empezar a multiplicarse el desempleo entre los inmigrantes, con el consiguiente deterioro de su inserción social, resultó una sorpresa que los inmigrados no se volvieran a sus países de origen y que fracasaran los programas dirigidos a facilitar ese regreso. Y la solución que se procuró para salir al paso de ese deterioro no fue preguntarse por qué precisamente los inmigrantes y sus hijos eran los más golpeados por la crisis, fue frenar el número de los que llegaban mediante políticas de cierre de fronteras. Solamente en los años 80, es decir, 30 años después que en Estados Unidos, reconocido el fracaso del cierre de fronteras, se impone decididamente la necesidad de políticas de integración. Y así en Europa el arranque decisivo de esas políticas, que con poco éxito venían reclamándose por grupos humanitarios, responde a una inquietud más generalizada, lapidariamente expresada por J. Salt en su informe a la Comisión Europea sobre las relaciones interétnicas: en Europa no habría paz social ni seguridad ciudadana si no se solucionaba la buena integración de los inmigrantes⁶. Ahora sí las cuestiones sobre integración, y en seguida las referentes a la segunda generación, empiezan a volverse tema importante para los políticos e investigadores.

Y no fue sino normal que las orientaciones adquiridas por la investigación norteamericana de estos asuntos ejercieran en un principio no poco

⁶ *Informe Final sobre las Recomendaciones y Propuestas a los Responsables en las Relaciones Intercomunitarias e Interétnicas en Europa*, n.º 2. Estrasburgo, Consejo de Europa, 1991.

influjo en el planteamiento de los trabajos europeos, toda vez que aquéllas habían generado allí una línea de investigación consolidada, apoyada en experiencias y conocimientos acumulados durante tres decenios. Pero pronto se marcaron ciertas diferencias. Porque en los países europeos la inquietud por la integración de las segundas generaciones no nacía asociada a la sensación de estarse amenazando un ideal o sueño patriótico. Nacía por el propósito de élites administrativas, intelectuales y humanitarias, de defender un futuro de paz social y seguridad ciudadana, garantizándolo mediante apertura a todos los estratos de la población de un nivel de calidad de vida que a todos satisficiera y a todos interesara. Y al ir apareciendo sectores de las segundas generaciones que enturbian las perspectivas de paz y seguridad ciudadana, se supone en seguida que esos sectores han surgido por las deficientes condiciones de su acomodo económico e inserción social. El interés por concretar cómo ocurre esto y cómo evitarlo presidirá los estudios europeos sobre segunda generación.

Pero si bajamos a considerar más particularmente el caso español, hallamos todavía otras particularidades. Y puede pensarse que ellas se derivarían del hecho de que nuestra inmigración es todavía más tardía que la de los países de la Europa nor-occidental y tiene sin embargo lugar en estrecha relación con ella.

Evidente que es más tardía, pues sólo adquiere un volumen apreciable en los años 90 —o sea más de 30 años después que las migraciones a Alemania, Escandinavia, Francia, Inglaterra, Suiza, etc. Pero tiene lugar en estrecha relación con ella. Primero en un sentido objetivo, porque inicialmente se dice que una alta proporción de los llegados a España viene con la intención de saltar a otros países de Europa en cuanto se les presente la posibilidad; y porque nuestra primera legislación de extranjería se hace contando con esto e incluso bajo las presiones de países como Alemania que temen que España se convierta en puerta de entrada para volúmenes de inmigración no deseados.

Pero luego además nuestra inmigración tiene estrecha relación con la noreuropea en un sentido «informativo», porque desde los años 90 se lee entre nosotros lo que empieza a ocurrir con los inmigrantes en función de lo que los medios de comunicación refieren de otros países europeos. Por ejemplo: cuando los inmigrantes en España son todavía un número insignificante empiezan ya a difundirse entre la población las inquietudes que sólo puede suscitar una inmigración mucho más desarrollada: sin duda porque la prensa y la televisión hacen presentes en España a los inmigrantes como si fueran tantos como en Francia. También ya desde entonces se encuesta a los españoles sobre actitudes ante las migraciones, cuya presencia ni apenas les afecta ni apenas conocen sino de oídas. Incluso los que nos ocupábamos de las migraciones debíamos decir no pocas veces que convenía las miráramos

desde lo que en otros países ocurría con ellas, porque así podríamos anticiparnos a los problemas que probablemente nos surgirían.

Por esta razón ocurre que en España empieza a hablarse de *segunda generación* cuando ésta todavía no había empezado a suscitar entre nosotros las preocupaciones que había despertado entre los americanos y, por ejemplo, entre los alemanes. Y entonces se vuelve frecuente entre nosotros utilizar aquella designación con un sentido diferente del que en otros países predomina, que es el de la generación de hijos de inmigrantes que ha nacido en el país de residencia o que ha llegado a él a edad muy temprana (habiendo tenido prácticamente toda su socialización en él) y que ya está entrando en el mercado de trabajo y organizando su vida adulta.

2. Los estudios sobre segunda generación en Europa

El interés por la segunda generación en Europa es relativamente reciente⁷ y los estudios sobre ésta apenas se iniciaron hace algo menos de quince años. Como se dijo más atrás, la mayor parte de estos estudios van a surgir a partir de la suposición de que las causas de los problemas con la segunda generación eran las deficientes condiciones de su acomodo económico y social. Por ello se van a centrar en conocer sobre todo la posición que tienen, en las instituciones que se presentan como las principales estructuras de oportunidad de la sociedad, las segundas generaciones de aquellos grupos que aparentemente tendrían mayores dificultades para la integración: principalmente, su posición en el sistema educativo y en el mercado laboral⁸.

Las principales investigaciones se harán a nivel nacional en aquellos países en los que, por su mayor antigüedad como países de inmigración, han adquirido importancia numérica las segundas generaciones. No se trata de hacer aquí un recuento de todas las investigaciones habidas pero como ejemplos cabe citar las realizadas por Seifert (1992), Crul (1994), Tribalat (1995),

⁷ CRUL, M. y VERMEULEN, H.: «The Second Generation in Europe», en *International Migration Review*, Vol. 37 (2003) pp. 965-986.

⁸ En menor medida, los temas de su integración cultural y los problemas de identidad de las segundas generaciones también han sido objeto de estudio (véase por ejemplo Camilleri, 1990). Estas cuestiones están tomando últimamente mayor protagonismo debido a las tendencias que se observan en muchos jóvenes de segunda generación —especialmente musulmanes— de afirmarse en identidades ligadas a su identidad cultural o religiosa de origen (ver por ejemplo D. JOLY y J. BECKFORD: «Hacia un paradigma de lo musulmán en Francia y Gran Bretaña», en *Migraciones* n.º 18 (dic. 2005) pp. 7-46). Pero ello no significa el abandono de la preocupación por lo estructural, considerándose más generalmente la falta de posibilidades en este terreno como la causante de las derivas que se producen a nivel de las identificaciones culturales e identitarias.

Veenman (1996) y Lesthaeghe (1997). En cambio pocas han sido las investigaciones que se han hecho comparando entre países. De hecho, aunque en la actualidad existen proyectos de esta índole en marcha⁹, el único que ha llegado por ahora a término ha sido el de EFFNATIS¹⁰. Por haber sido el que sirvió de impulso y, en parte, modelo del estudio realizado en España sobre el que se trata en este artículo, diremos algunas palabras sobre él.

En el estudio EFFNATIS, coordinado por el efms de la Universidad de Bamberg, participaron investigadores de 8 países. Tuvo dos partes: una primera que consistió en el análisis de los modos nacionales de integración así como de las políticas específicas dirigidas a la integración de los hijos de los inmigrantes; en la segunda parte, el objetivo era el de conocer las consecuencias de los distintos modos o modelos nacionales sobre la integración estructural, cultural, social e identitaria de los hijos de los inmigrantes. Con esa finalidad se realizaron estudios empíricos en Francia, Alemania y el Reino Unido, mientras que en los otros países únicamente se analizaron las escasas fuentes secundarias disponibles.

No podemos hacernos eco aquí de todo lo que aportó este estudio. Por ello sólo señalaremos aquellas conclusiones de los estudios empíricos que resultan relevantes para nuestro caso. Así lo que apareció es que las políticas dirigidas específicamente a los hijos de los inmigrantes tendrían menor incidencia sobre los resultados de su integración que las políticas generales destinadas a toda la población. Estas últimas serían las que vendrían a definir lo que se llamó en el estudio «modos nacionales de integración» y que coincidiría con lo que otros han llamado «modelos». Con respecto a ellos se constató que ninguno de los tres modelos que se compararon —ni el modelo «asimilacionista» francés, ni el «multiculturalista» de Gran Bretaña, ni el basado en la «comunidad étnica» de Alemania— ofrecía una solución óptima para la integración de los hijos de los inmigrantes. El modelo francés ofrecía unas posibilidades más igualitarias en el acceso a la educación que Gran Bretaña o Alemania, sin embargo esa educación abocaba generalmente al desempleo a los hijos de los inmigrantes. En Alemania, en cambio, los hijos de los inmigrantes tenían menos acceso a las ramas más académicas de la educación y eran dirigidos preferentemente hacia la formación profesional

⁹ Entre éstos está el proyecto que está llevando a cabo la red TIES en el que se comparan las segundas generaciones de turcos, marroquíes y exyugoslavos en 8 países europeos (Holanda, Suecia, Alemania, Suiza, Austria, Bélgica, Francia y España). El proyecto está financiado por la Volkswagen Stiftung en algunos países y en otros por las entidades nacionales de investigación. En España está financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia dentro del Plan Nacional de I+D (SEJ2005-06400).

¹⁰ Acrónimo de «Effectiveness of National Policies in the Integration of Children of Immigrants».

pero con ello obtenían empleos dignos, altamente valorados en ese país. En Gran Bretaña, por su parte, la influencia de los grupos étnicos se hacía más patente tendiendo a verse remarcadas las desigualdades de origen. Por otra parte, lo que también se mostró es que, en líneas generales, los hijos de los inmigrantes tenían unos logros tanto educativos como laborales por debajo de los de los nativos de los tres países. Sin embargo existían también diferencias significativas entre los pertenecientes a los distintos grupos étnicos encuestados. Y en algún caso, los logros de la segunda generación llegarían a superar los de los nacionales del país respectivo.

3. Un breve repaso a los objetivos, la metodología y la muestra de la investigación sobre las segundas generaciones de marroquíes, dominicanos y peruanos en España

El impulso para esta investigación lo proporcionó el proyecto EFFNATIS al cual nos veníamos refiriendo. El objetivo inicial (que finalmente no se cumplió) era poder comparar los resultados del estudio español con los obtenidos en las investigaciones empíricas realizadas en Francia, Alemania y el Reino Unido por lo cual se quiso que el diseño de la investigación fuese el mismo, únicamente con las adaptaciones necesarias por la naturaleza más incipiente de la segunda generación en España. De ahí que para este estudio se adoptasen el marco teórico y los instrumentos de recogida y de análisis de la información utilizados en aquellas investigaciones. Entre las cosas en las que sí iba a diferir era en el origen de las segundas generaciones elegidas para este estudio —las cuales cabe señalar eran también diferentes en los tres países estudiados por Effnatis—.

Así, el núcleo del proyecto que se realizó en España entre los años 2000 y 2003 consistió, como en los otros países europeos, en una encuesta llevada a cabo mediante entrevistas personales siguiendo un cuestionario «semiestructurado» similar al del proyecto Effnatis. El cuestionario se pasó a una muestra de 593 individuos de entre 14 y 25 años, nacidos en España o que hubieran llegado a este país antes de los 9 años de edad, con padres inmigrantes procedentes de Marruecos, Perú y República Dominicana. Más exactamente, la muestra incluyó a 300 individuos de origen marroquí, 155 de origen dominicano, y 138 de origen peruano. En un principio, la idea fue considerar a las personas de origen peruano o dominicano como un único grupo de latinoamericanos, para compararlos con los de origen marroquí. Pero en cuanto comenzaron a aparecer los resultados se vio que existían grandes diferencias entre los dos grupos de latinos por lo cual se decidió analizarlos por separado, opción que resultó ser acertada como podrá comprobarse cuando se expongan las conclusiones.

El porqué de incluir a individuos de los tres orígenes mencionados es bastante obvio: el estudio, como estudio de segundas generaciones, debía estudiar la incorporación al trabajo y vida adulta de jóvenes hijos de inmigrantes crecidos en el país. Pero sólo los inmigrantes de esas nacionalidades llevaban en España el tiempo suficiente para haber tenido o educado aquí a hijos que cuando se hizo el estudio, en cifras apreciables, estuvieran en una tal situación de empezar su vida autónoma y adulta. La elección de Madrid y de Barcelona como puntos de destino para las muestras se hizo por motivos parecidos: estas dos ciudades eran las que tenían el mayor volumen con la antigüedad requerida de inmigrantes de las poblaciones elegidas. A pesar de ello, no resultó fácil encontrar el número de sujetos que cumpliera con los diferentes criterios necesarios para la muestra. De hecho, el tamaño original pensado para la muestra se tuvo que reducir. Incluso entonces, el porcentaje más alto corresponde a los hijos que vinieron a España antes de cumplir los 9 años de edad. Sólo un 11% de la muestra pertenecerá a la llamada segunda generación en el sentido más estricto de los nacidos en el país de asentamiento, y este porcentaje corresponderá mayoritariamente a personas de origen marroquí. Por otra parte, también resultó difícil encontrar hijos de inmigrantes de origen dominicano y peruano en los rangos de edades mayores que cumplieran con todas las características exigidas para la muestra.

Las dificultades encontradas para alcanzar el tamaño de la muestra que se había planificado inicialmente pone en evidencia una importante limitación del estudio. Al no existir, cuando se realizó el estudio, estadísticas fiables del volumen total de los hijos nacidos en España o que hubieran llegado antes de los nueve años de padres de origen marroquí, dominicano o peruano, es imposible saber si el tamaño obtenido para la muestra es o no representativo. La misma carencia de datos impedía hacer un muestreo representativo pero en este caso se utilizaron varias estrategias que permitieron paliar en alguna medida esta dificultad. Éstas fueron suficientes para el principal objetivo de este estudio que era el de obtener una primera aproximación a la situación de las segundas generaciones en España. De algunas de las conclusiones más importantes que se obtuvieron nos ocupamos en los siguientes apartados.

4. La integración estructural de la segunda generación en España: logros educativos y estatus laboral

Hoy en día, el éxito de la integración de la segunda generación ya no se mide por el hecho de conseguir una asimilación cultural completa —es decir, por el abandono de la cultura de origen de sus padres para identificarse totalmente con las normas y los valores de la sociedad del país en donde

viven. Por el contrario, la tendencia es enfatizar los avances logrados por la segunda generación en relación con la posición económica y social, en comparación con lo logrado por sus progenitores. Subyace a esta orientación la idea de que la segunda generación debería disfrutar de los mismos derechos y oportunidades para mejorar su posición que cualquier otro miembro nativo de la misma sociedad.

La teoría clásica de la asimilación de cuño norteamericano ha mantenido, por una parte, que los hijos de inmigrantes de la segunda generación conseguirán experimentar, en su mayor parte, algún tipo de ascenso social y por ende llegarán a formar parte de la «corriente media» de la sociedad (*mainstream society*). La teoría de la «asimilación segmentada»¹¹ afirma, en contraste, que los hijos de los inmigrantes van a seguir rutas diferentes y que no todos ellos van a conducir a una integración exitosa y al ascenso social. Esto va a depender de los recursos que tanto los padres como los hijos puedan reunir para hacer frente a los obstáculos que les ponga la sociedad. Si estos recursos no se encuentran disponibles para ellos, es probable que los hijos reproduzcan la posición social y laboral de sus padres, o incluso que experimenten una movilidad social descendente, acompañada de unos bajos logros educativos.

¿Qué nos puede decir el estudio sobre los hijos de los inmigrantes de las segundas generaciones de origen marroquí, peruano y dominicano, así como sobre su posición social y económica? ¿Cuáles han sido sus trayectorias escolares? ¿Es su nivel de formación superior al de sus padres? ¿Es parecido al de sus compañeros de origen nativo? ¿Qué tipo de trabajos realizan? ¿Han progresado laboralmente en comparación con sus padres?

Para responder a estas preguntas, necesitamos examinar en primer lugar sus logros educativos por comparación a los que obtuvieron sus padres. Posteriormente, examinaremos los tipos de empleo que tienen, comparándolos también con los de sus progenitores.

Para comenzar, las conclusiones de la investigación muestran que los hijos de los inmigrantes tienden a abandonar el colegio antes que sus homólogos de origen español. Según nuestros resultados, entre los 16 y 18 años de edad, la proporción de los hijos de inmigrantes de las generaciones consideradas que aún están estudiando es parecida a la de la población nativa. Sin embargo, estas cifras ocultan que muchos hijos de origen inmigrante aún se encuentran en el colegio en esas edades porque su progreso ha experimentado un retraso y no han podido superar la etapa de educación obligatoria hasta después de la edad programada, que como es sabido en España es a los 16 años. Entre los 19 y los 22 años de edad, un 45,8% de la segunda generación

¹¹ PORTES y ZOU, 1993.

continúa estudiando, comparado con el 51,3% de sus homólogos españoles¹². La cifra para los hijos de inmigrantes desciende al 20% entre los 23 y los 25 años de edad, comparada con el 31,9% de la población española de este mismo grupo de edad. De esto podemos deducir que los recursos educativos en los que las segundas generaciones pueden apoyarse para introducirse en el mercado laboral no son muy buenos. Sin embargo, las cifras generales ocultan las grandes diferencias existentes entre los grupos de distinto origen. En la siguiente tabla pueden observarse las diferencias, para cada uno de los grupos, en la proporción de los de más de 16 años que aún están estudiando en cada grupo de edad.

Tabla 1

	2.ª Generación	Nativos	Marroquíes	Dominicanos	Peruanos
	%	%	%	%	%
16-18 años	76,8	76,7	69,9	80,9	84,6
19-22 años	45,8	51,3	33,3	44,5	65,9
23-25 años	20	31,9	23,2	7,7	26,1

* Cada % representa la proporción de los que todavía están estudiando en relación con la cifra total en cada intervalo de edad y colectivo de origen.

Así ocurre que los hijos de los inmigrantes de origen marroquí abandonan antes el colegio, seguidos de los de origen dominicano. Los de origen peruano son los que estudian durante más tiempo, y en una proporción similar a las de sus homólogos españoles.

Existen también diferencias significativas entre los grupos en las trayectorias de los que aún siguen estudiando, aunque debe hacerse notar que el mayor peso del grupo de edad superior en la muestra de marroquíes introduce algún sesgo en la comparación. No obstante aparece que los peruanos y los dominicanos tienden a seguir trayectorias que podríamos denominar «académicas» mientras que los marroquíes se inclinan con más frecuencia por la formación profesional. También se muestra que los de origen marroquí más frecuentemente terminan la educación secundaria obligatoria sin obtener el correspondiente certificado¹³.

¹² La fuente para los datos sobre población española es el Censo Español del año 2001 (INE).

¹³ Como puede observarse en la tabla, un mayor número de marroquíes terminan en cursos de garantía social.

Tabla 2
Estudios seguidos por los que aún están estudiando¹⁴
(16 a 25 años)

	Marroquíes	Dominicanos	Peruanos
	93	52	79
	%	%	%
ESO	30,1	40,4	31,6
Bachillerato Superior	6,5	19,2	21,5
Garantía Social	11,8	1,9	0
Formación Profesional	22,6	13,5	13,9
Universitarios medios	4,3	5,8	5,1
Universitarios superiores	10,8	3,8	7,6
Other estudios	1,1	0	1,3
No contestan	12,9	15,4	19

Aunque no es posible predecir cuál será el resultado final de los estudios que están siguiendo, estos resultados inducirían a pensar que, primero los peruanos y en segundo lugar los dominicanos, estarán mejor preparados que los marroquíes para entrar en el mercado laboral y, por tanto, tendrán mejores oportunidades de movilidad social ascendente.

¿Pero es esta la realidad si atendemos a los que ya han dejado de estudiar y están trabajando?

Tabla 3
Nivel educativo de padres, madres e hijos

	Marroquíes			Dominicanos			Peruanos		
	Padre	Madre	Hijo	Padre	Madre	Hijo	Padre	Madre	Hijo
Sin estudios	54,9	71	0,9	26,5	30	0	9,7	5,3	0
Primarios	19,6	10,7	18,7	16,3	24	13,4	6,5	23,7	7,5
Secundarios sin completar	6,9	10,7	47,3	16,3	20	40,4	9,7	10,5	20
Secundarios completos	17,6	5,4	22,9	34,6	16	28,8	51,7	39,4	45
Universitarios medios	0	1,1	1,8	2	6	3,8	12,9	13,2	15
Universitarios superiores	1	1,1	2,7	4,1	4	0	9,7	7,9	5

¹⁴ Como el peso de los intervalos de edad superior es mucho mayor entre los de origen marroquí que entre los de origen dominicano y peruano, es difícil hacer una comparación estricta entre los tres grupos, especialmente en los niveles de educación más altos.

La tabla 3 nos muestra el nivel educativo alcanzado una vez que han dejado de estudiar y se han incorporado al mercado laboral por los hijos de los inmigrantes marroquíes, peruanos y dominicanos que tienen entre 16 y 25 años, comparado con el nivel alcanzado por sus padres y sus madres.

A primera vista, llaman inmediatamente la atención las diferencias entre los tres grupos.

Con respecto a los padres, en términos generales, tenemos una primera generación de inmigrantes marroquíes con un nivel educativo muy bajo (con casi un 75 % entre los padres y un 82% entre las madres que no ha completado estudios primarios). Este nivel es algo superior pero todavía bajo entre los inmigrantes dominicanos. Los inmigrantes peruanos serían los que con gran diferencia tendrían el nivel educativo más alto (incluso superior al de la población nativa)¹⁵. Es de interés no obstante observar que el nivel educativo de las madres está, en líneas generales, muy por debajo del de los padres.

El siguiente paso es ver cuál es la situación de las segundas generaciones en los distintos grupos en comparación con la de sus padres. La misma tabla 3 que hemos estado examinando nos sirve para ilustrar este aspecto.

Dicho brevemente, los datos muestran que cuando el nivel educativo de los padres es bajo, como es el caso de los de origen marroquí, los logros educativos de los hijos es algo mejor que los de la generación anterior. Sin embargo, a medida que aumenta el nivel educativo de la primera generación la probabilidad de que los hijos lo alcancen o lo superen es menor. Esta pauta es especialmente notoria entre la segunda generación de origen peruano.

Así tenemos que los hijos de los inmigrantes marroquíes y de la República Dominicana no van más allá del nivel de educación obligatoria. Mientras que esto es un mejor resultado para los hijos de inmigrantes marroquíes, se puede observar un progreso escaso, o incluso nulo, para la mayoría de sus pares de origen dominicano, y para número considerable de ellos incluso podríamos hablar de un retroceso. Como se mencionó anteriormente, dicho retroceso es mucho más llamativo entre los hijos de los inmigrantes peruanos, a pesar de que los logros educativos para este grupo son generalmente más elevados que para los individuos de las segundas generaciones de origen marroquí y dominicano.

Esto resulta más sorprendente si comparamos con los logros educativos de los españoles nativos con edades comprendidas entre 16 y 24 años, ya que sus resultados escolares son generalmente mucho más altos que los de sus padres, lo que podría sugerir que los hijos de los inmigrantes no tie-

¹⁵ Según datos del INCE (Instituto Nacional de Calidad y Evaluación) la proporción por tramos educativos de la población adulta española en enero del 2002 sería la siguiente: 11% sin estudios, 31% educación primaria, 23% educación secundaria, 15% formación profesional y 21% estudios universitarios.

nen acceso al sistema educativo de la misma manera que sus compañeros españoles.¹⁶

Resulta difícil hacer una comparación estricta entre los que de entre las segundas generaciones ya han dejado de estudiar y los que aún continúan sus estudios porque, como se dijo antes, la composición por edades difiere considerablemente entre los de origen marroquí, dominicano y peruano; y más particularmente por el mayor peso de los marroquíes en los intervalos de edad superior. No obstante, una nueva mirada a la tabla 1 que muestra los porcentajes de los que están estudiando según grupos de edad, le lleva a unas conclusiones menos pesimistas. Aunque deben tenerse en cuenta los muchos entre los de segunda generación que pueden estar repitiendo curso en la etapa de educación obligatoria, las cifras relativas para cada grupo en la tabla 1 parecen indicar que un número no insignificante de entre los hijos de inmigrantes sigue estudiando después de los 18 años. Además la tabla 2 muestra que entre los que aún están estudiando hay muchos más que siguen estudios universitarios que entre los que ya se han incorporado al mercado laboral. Y lo que es más importante, estos datos podrían estar mostrando que los resultados para aquellos que han dejado de estudiar no son del todo representativos de los que aún están estudiando lo cual a su vez indicaría que los logros educativos de las segundas generaciones venideras estarían progresando hacia mejor.

No obstante y a pesar de esto, las diferencias que se observan entre los grupos persisten cuando se compara a aquellos que han ingresado en el mercado laboral con los que están todavía estudiando. La tabla 1 muestra claramente que hay una brecha grande, con la excepción de los peruanos, en la proporción de nativos y las de las segundas generaciones que siguen estudiando después de los 18 años.

Es difícil determinar las razones detrás de esto basándonos en los datos disponibles, pero lo que está claro es que no se puede atribuir a una falta de ambición por parte de los hijos de los inmigrantes. Según nuestro estudio, sólo una cuarta parte (27,5%) de los jóvenes en edad escolar afirmó que les gustaría ponerse a trabajar al acabar la educación obligatoria, mientras que un 46,6% manifestó que les gustaría ir a la universidad, un 23,6% dijo que les gustaría realizar estudios superiores, y todavía a un 20,6% le gustaría seguir algún tipo de enseñanza profesional. A pesar de las importantes diferencias entre las tres nacionalidades, el peso de la evidencia resulta aquí muy convincente.

Los datos parecen entonces confirmar lo dicho más atrás, que los hijos de los inmigrantes cuentan con escasos recursos a nivel educativo y ello no

¹⁶ El resultado de esta comparación debe no obstante tomarse con cautela ya que se refiere a datos generales de la población nativa de la misma edad. Las diferencias entre los logros de los hijos de los inmigrantes y sus pares españoles podrían no ser tales si la comparación se hiciera con nativos de similar estatus socio-económico.

por falta de ambición en este terreno pero también que sus recursos son menores que los de sus congéneres españoles a la hora de enfrentarse al mercado laboral. Pero sobre todo suscita interrogantes: podría entenderse que una mayoría de los hijos de los inmigrantes marroquíes quizá no estuvieran motivados para seguir más adelante de la educación obligatoria porque con ella ya han superado ampliamente a sus padres, sin embargo, ¿por qué los hijos de los dominicanos y, sobre todo de los peruanos, en muchos casos ni siquiera alcanzan el nivel de los padres? No sirven en estos dos casos argumentos sobre las dificultades con la lengua, o el peor nivel de formación que traen consigo al emigrar ya que se trata de jóvenes que han hecho toda o prácticamente toda su escolaridad en España. Una posible razón podría estar en las presiones o en los deseos/expectativas de emplearse pronto, propiciado por otra parte por la existencia de una oferta de empleo suficientemente amplia aunque ésta se produzca sobre todo en los niveles más bajos.

Más adelante intentaremos avanzar en la explicación de los diferentes logros educativos. Antes examinaremos cómo les va en el mercado laboral a las segundas generaciones de origen marroquí, dominicano y peruano en comparación con su padres. En los gráficos 1, 2 y 3 que siguen pueden verse las distribuciones que emergen en relación con la calidad de los empleos que ocupan los hijos de los inmigrantes en comparación con los de sus padres y madres.

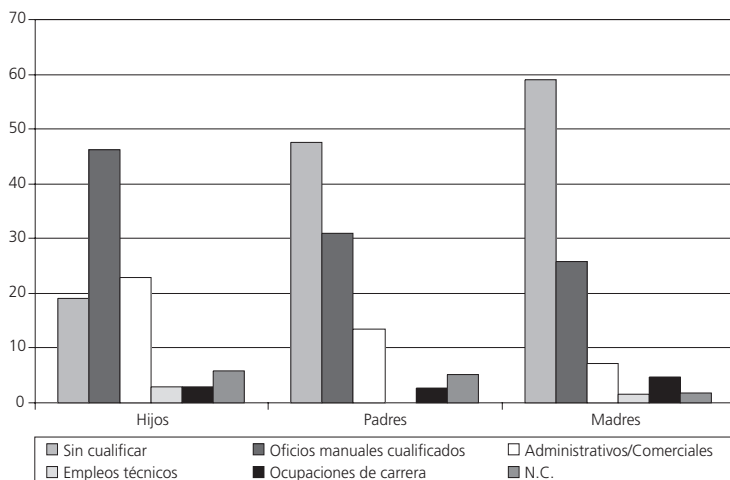


Gráfico 1
Marroquíes

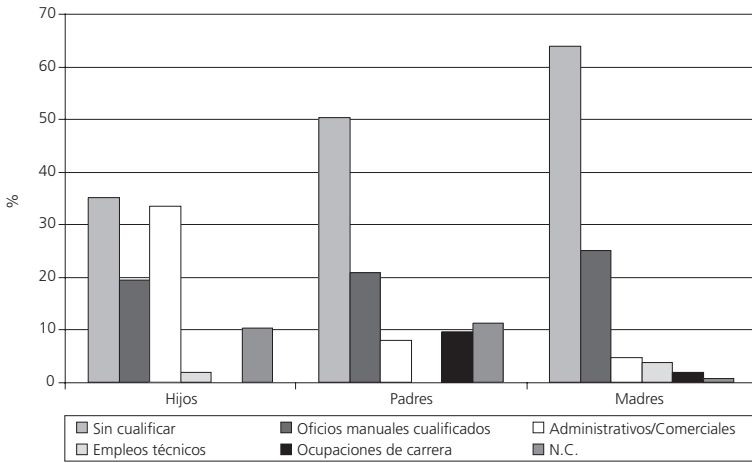


Gráfico 2
Dominicanos

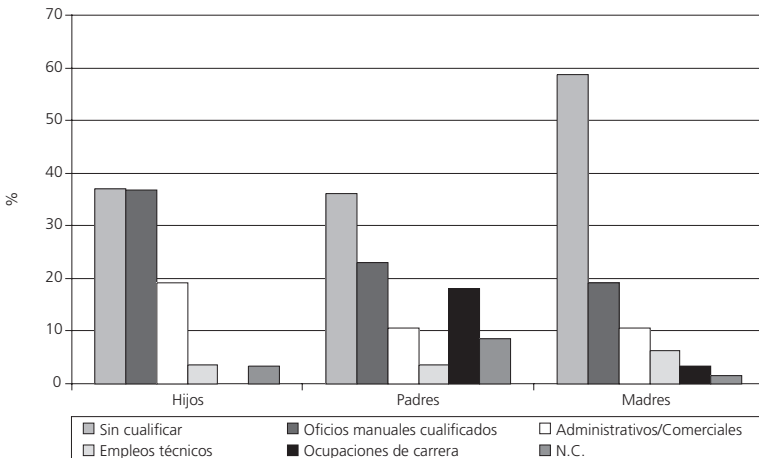


Gráfico 3
Peruanos

Los estudios publicados sobre los inmigrantes y el mercado laboral muestran que la mayoría de ellos realizan los trabajos más duros, más inestables y los que requieren menos cualificación en sectores como la agricultura, la construcción o los servicios, independientemente de su nivel educativo o de su experiencia profesional previa. Tal y como puede observarse en los gráficos, los datos de la encuesta sobre los inmigrantes de la primera generación apoyan esta idea, ya que cerca del 80% de los progenitores de nuestra muestra realizaba trabajos para los que no se precisaba apenas cualificación. La única excepción para esto se registra en los padres de origen peruano, en donde esta cifra desciende ligeramente hasta el 64,4%, aunque aún debemos hablar de un grupo numeroso. Lo que más sorprende, si tenemos en cuenta las diferencias en los logros educativos que existen entre ellos, es que estos tres grupos se integran en el mercado de trabajo prácticamente de la misma forma. Esto confirma que el nivel educativo de un inmigrante no afecta al tipo de trabajo que puede encontrar en España, al menos durante un largo período de tiempo después de llegar al país, si es que esto ocurre alguna vez. Pero la pregunta es si esto se mantiene también para la segunda generación de hijos de inmigrantes.

Los gráficos anteriores muestran unas diferencias importantes entre el destino de los hijos de inmigrantes de origen marroquí, peruano y dominicano. En términos generales, en comparación con sus progenitores, entre los hijos hay una notoria disminución en la proporción de los que ocupan puestos de trabajo que no requieren cualificación. Pero sorprendentemente, esta disminución es más acusada en los hijos de inmigrantes marroquíes, a pesar de que la mayoría de ellos no han ido más allá de la educación obligatoria, tal y como antes se ha visto. También sorprenden los datos sobre los hijos de padres dominicanos. Aunque más de un tercio (35,1%) aún realiza trabajos para los que no se precisa cualificación —como sus padres—, casi el mismo porcentaje (33,4%) trabaja en empleos administrativos o comerciales, lo que significa que su situación ha ido a mejor. Sin embargo, dichas mejoras no se pueden observar en los hijos de inmigrantes peruanos, a pesar de que han alcanzado los mayores niveles de educación de los tres grupos estudiados. De todas maneras ha de notarse que son muy pocos en cualquiera de los grupos, los que obtienen empleos de más categoría que la de administrativo o comercial.

La ausencia de conexión entre los niveles educativos y los empleos de los hijos de los inmigrantes en contraste con la mayor correspondencia que existe para los nativos, especialmente en los niveles educativos superiores, puede verse en la tabla que sigue.

Tabla 5
Nivel educativo y ocupación

	Sin estudios	Primarios	Sec Incompleta	Sec Completa	Univer-sidad
TOTAL (% de cada nivel educativo)					
Empleos no cualificados	50	53,8	37,8	40	37,5
Oficios manuales cualificados	50	38,5	39	24,6	37,5
Empleos Admn./Comerciales	0	4	21,9	33,8	18,8
Empleos Técnicos	0	4	1,2	3,1	0
Ocupaciones de carrera	0	0	0	1,5	6,2
NATIVOS (% de cada nivel educativo)					
Empleos no cualificados	39,3	28,6	18,6	11	3,1
Oficios manuales cualificados	40,1	48,2	44,9	23	5,4
Empleos Admn./Comerciales	20,1	22,6	31,1	47,8	30,4
Empleos Técnicos	0,5	0,5	4,9	15,8	20,1
Ocupaciones de carrera	0,1	0,1	0,4	2,5	40,9
MARROQUÍES (% de cada nivel educativo)					
Empleos no cualificados	33,3	37,5	35,3	30,8	50
Oficios manuales cualificados	66,6	56,2	43,1	30,8	50
Empleos Admn./Comerciales	0	6,3	19,6	30,8	0
Empleos Técnicos	0	0	2	3,8	0
Ocupaciones de carrera	0	0	0	3,8	0
DOMINICANOS (% de cada nivel educativo)					
Empleos no cualificados	100	83,3	40,9	37,5	100
Oficios manuales cualificados	0	0	22,7	6,3	0
Empleos Admn./Comerciales	0	0	36,4	56,2	0
Empleos Técnicos	0	0	0	0	0
Ocupaciones de carrera	0	0	0	0	0
PERUANOS (% de cada nivel educativo)					
Empleos no cualificados	100	75	44,5	43,5	33,3
Oficios manuales cualificados	0	25	55,6	30,4	44,4
Empleos Admn./Comerciales	0	0	0	21,7	22,2
Empleos Técnicos	0	0	0	4,3	0
Ocupaciones de carrera	0	0	0	0	0

Estos datos muestran que los hijos de los inmigrantes no están mucho mejor en el mercado de trabajo que sus padres. Solamente se ha producido una ligera movilidad social y laboral coherente con su nivel de formación en el caso de los hijos de los inmigrantes marroquíes. ¿Pero cabría preguntarse si su posición cambiaría significativamente si alcanzaran niveles superiores de formación? Los datos sobre la situación laboral de los hijos de los peruanos indicarían que no. Más bien sugieren que existe un límite a los tipos de empleo a los que pueden acceder los hijos de los inmigrantes, un límite que se sitúa en el nivel bajo de la escala. Más aún, parecerían indicar que un nivel mayor de formación puede ser perjudicial según los tipos de empleo de los que se trate. Puede entonces decirse que al menos por ahora, los hijos de los inmigrantes continúan ocupando empleos de baja calidad, tendiéndose a reproducir en ellos la situación de sus padres.

La discriminación étnica y racial es uno de los obstáculos para su acceso al trabajo al que aluden los jóvenes de origen marroquí y dominicano. Pero el estudio realizado no nos permite comprobar hasta qué punto ésta existe y si es la causa de que sea tan escasa la movilidad laboral de los hijos de los inmigrantes de estos tres colectivos, a pesar de que éstos han pasado toda su vida en España. Lo que sí queda claro en el estudio es que la mayoría de los jóvenes hijos de inmigrantes no siguen las mismas trayectorias a nivel educativo y laboral que sus congéneres españoles lo que puede ser indicio de que el sistema no propicia su integración en igualdad de condiciones.

Una aparente paradoja surge, sin embargo, cuando examinamos las tasas de desempleo de las segundas generaciones de hijos de inmigrantes de nuestra muestra. En muchos países europeos, cierto es que para unos grupos más que para otros, suelen registrarse tasas de desempleo más altas entre los hijos de los inmigrantes que entre sus pares nativos¹⁷ y esto es a menudo interpretado como un indicador de una integración deficiente. Sin embargo, en España, ocurre justo lo contrario: las segundas generaciones de origen marroquí, dominicano y peruano registran tasas de desempleo más bajas que las de los nativos de su misma edad (14,7% frente a 27,2%).

Ello no debe sorprendernos si consideramos el dinamismo de la economía española en la última década con una amplia oferta de empleos especialmente en lo que Piore ha denominado el segmento secundario del mercado laboral. Estos son los tipos de trabajos que realizan los inmigrantes en la mayoría de los casos y, como hemos visto, también sus hijos. No es improbable que las segundas generaciones, conocedoras por la experiencia de sus padres de que sus oportunidades de movilidad ascendente son pocas cualquiera que

¹⁷ Ver, por ejemplo, el informe de resultados del estudio empírico realizado en Francia, Alemania y Reino Unido dentro del proyecto EFFNATIS (www.uni-bamberg.de/efms).

sea su formación, estén dispuestas a asumir cualquier trabajo con tal de tener un empleo. La compensación es poder disponer pronto de dinero y, por ende, de poder adquisitivo. Pero la consecuencia será un desinterés por progresar con una formación que no aboca a ninguna parte. No resulta descabellado pensar que éste podría ser uno de los motivos por los que los peruanos, y también los dominicanos, tienen logros educativos por debajo de los de sus padres. Los jóvenes nativos, en cambio, no estarán tan dispuestos a emplearse en puestos de trabajo mal pagados, precarios y poco valorados. Preferirán continuar desempleados hasta que encuentran un trabajo aceptable o seguir estudiando hasta donde puedan con la convicción de que esto les dará más adelante mejores oportunidades para encontrar un buen trabajo.

Pero los resultados del estudio también muestran que los logros no son los mismos para los tres grupos estudiados. La segunda generación de origen marroquí parece que consigue posicionarse mejor en el mercado laboral a pesar de su menor nivel de formación. Según el estudio, los jóvenes de origen marroquí tendrían empleos más estables y mejor pagados. Por otra parte, los peruanos, con un nivel de formación comparativamente más alto, están en la parte más baja de la escala por lo que respecta a los trabajos que desempeñan, así como en rotación en el empleo y salarios. Y los dominicanos se encuentran en medio. ¿Por qué ocurren estas diferencias? Varias hipótesis surgen a la mente pero antes de explorarlas vamos a buscar apoyo para ellas en los resultados del estudio en otros campos.

5. Estructuras de apoyo en la transición a la adultez: estructura familiar y capital social

Portes y Rumbaut¹⁸, entre otros investigadores norteamericanos, mantienen que la estructura familiar y el capital social étnico¹⁹ son importantes baluartes con los que hacer frente a los obstáculos que los hijos de los inmigrantes encuentran en su camino por el hecho de su origen. De la situación familiar en la que van a crecer y socializarse y de la clase de vínculos con la comunidad de origen que ellos y su familia tengan dependerá en buena parte el sentido que adquiera su trayectoria vital: si van a conseguir ocupar un lugar digno en la sociedad o si van a situarse en un lugar de exclusión y marginación social. Así, según estos autores, los hijos de los inmigrantes que crecen en familias monoparentales tendrán más probabilidades que los que lo hacen en familias completas de reproducir la posición social de sus padres o

¹⁸ Portes y Rumbaut, 2001, pp. 46-49.

¹⁹ Los autores llaman «capital étnico» a los recursos aportados por las redes de relación dentro del propio colectivo de origen de los inmigrantes.

de experimentar una movilidad descendente. Y los hijos cuyos padres o que ellos mismos tienen vínculos débiles con el grupo de origen, también tendrán más probabilidad de seguir la misma trayectoria descendente.

La encuesta realizada para este estudio no se ocupó de estos asuntos en profundidad, ya que tenía un punto de partida diferente. Sin embargo, algunas de las preguntas formuladas nos permiten suponer el tipo de situación familiar y los vínculos de grupo disponibles para los hijos de inmigrantes de las generaciones segunda y 1.5 de origen marroquí, dominicano y peruano en nuestra muestra.

Como es sabido, la migración latinoamericana a España ha sido principalmente femenina, y en los casos de la inmigración de origen dominicano y peruano ello ha sido particularmente notorio. Las primeras corrientes migratorias han sido normalmente de mujeres que luego traían al resto de su familia al país de destino, aunque a menudo son sólo los hijos los que se van a reunir más tarde con sus madres, quedándose el cónyuge (o la pareja) en el país de origen. Esto tiene unas consecuencias específicas para la generación 1.5, aunque no es exclusivo de este grupo, ya que frecuentemente todos los hijos crecen en hogares monoparentales. Y, además, aquello sería asimismo aplicable a hijos nacidos, con frecuencia de distinto padre, en el país de destino de las mujeres inmigradas. En contraste, las primeras corrientes migratorias de marroquíes, eran predominantemente masculinas, formadas por hombres que, más tarde, intentaban traer consigo a toda la familia una vez asentados en el país de destino.

Los datos de nuestra investigación reflejan esta diferencia. En nuestro cuestionario, se preguntó a los jóvenes de la muestra por el lugar en donde vivían sus padres. También se les preguntó con quién estaban viviendo durante el período en que se estaba realizando la investigación. La tabla siguiente muestra las respuestas ofrecidas a la primera pregunta.

Tabla 6
Lugar de residencia de los padres

	Marroquíes		Dominicanos		Peruanos	
	Padre	Madre	Padre	Madre	Padre	Madre
N=	280	280	146	146	167	167
En la misma ciudad en España	88,6	90,4	56,8	84,9	67,7	88
En el país de origen	4,6	3,2	33,6	8,2	21	7,8
En otra parte de España	4,3	4,3	2,7	2,1	1,2	0,6
En otro país	0	0	2,1	2,7	3	1,2
Ha muerto	0,7	0,4	1,4	0	0,6	0
No responde	1,8	1,7	3,4	2,1	6,5	2,4

En él observamos que mientras que la segunda generación de origen marroquí tiene en la mayoría de los casos a ambos progenitores en España, la de origen peruano y más aún la de origen dominicano, en una proporción alta sólo tiene aquí a la madre. Esto se hace más patente si miramos las respuestas a la pregunta de con quién viven en la actualidad.

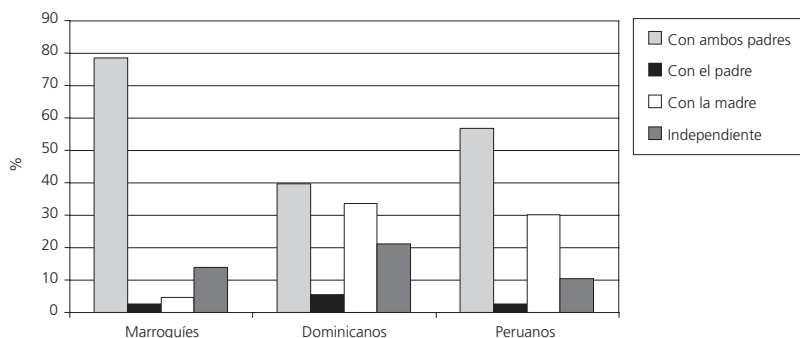


Gráfico 4

Personas con las que viven actualmente

Así resultaría, si es verdadero el supuesto de los autores citados de que reciben menos apoyo aquellos hijos que crecen en familias monoparentales y que por ello éstos van a tender a reproducir la situación de sus padres o a experimentar una movilidad descendente, que los hijos de los dominicanos y de los peruanos serían candidatos antes que los de los marroquíes para seguir alguno de estos caminos.

Sin embargo estos resultados sólo se confirman en parte cuando analizamos la relación entre el nivel alcanzado por los hijos de los inmigrantes de distinto origen y el tipo de hogar en el que han crecido (si familia completa o familia monoparental). Se observa entonces que el nivel educativo de los padres es un factor importante para decidir la suerte, al menos en este campo, que van a tener los hijos. Así, a mayor nivel educativo de los padres, menor será la diferencia en el nivel educativo entre los que se han socializado en familias completas o en familias monoparentales.

¿Pero qué ocurre con el capital social de los hijos de los inmigrantes el cual, como se expuso antes, puede ser una importante fuente de recursos a la hora de hacer frente a los obstáculos con que éstos pueden encontrarse por su origen?

La teoría de la asimilación segmentada afirma, en contra de la opinión dominante y de la teoría clásica de la asimilación, que el mantenimiento de vínculos fuertes con la comunidad de origen es un recurso importante

para permitir a la segunda generación seguir una ruta de ascenso social y económico, siempre que, por supuesto, no se cierre a las relaciones con el «extragrupo». Por el contrario, si los vínculos con la propia comunidad son débiles y, como sucede a menudo, se acompaña de una «etnicidad reactiva», los individuos van a salir perdiendo en términos del apoyo y de las redes de relación que pueden ofrecer los grupos étnicos de origen y, por lo tanto, se verán solos con sus propios recursos en una sociedad que puede poner obstáculos en su camino debido a su origen inmigrante. En estos casos, es muy probable que el resultado sea un descenso en el nivel social o, como mucho, la reproducción del estatus social de los padres.

Una vez más, nuestro estudio no tuvo como objetivo explorar esto en profundidad. Sin embargo, las respuestas a algunas de las preguntas de nuestro cuestionario nos dan una idea sobre cómo las generaciones segunda y 1.5 de hijos de inmigrantes marroquíes, dominicanos y peruanos se relacionan con sus comunidades de origen.

Nuestro estudio exploró este aspecto a través de dos indicadores: el origen de los tres mejores amigos y el de la pareja o cónyuge en los casos en que la tuvieran.

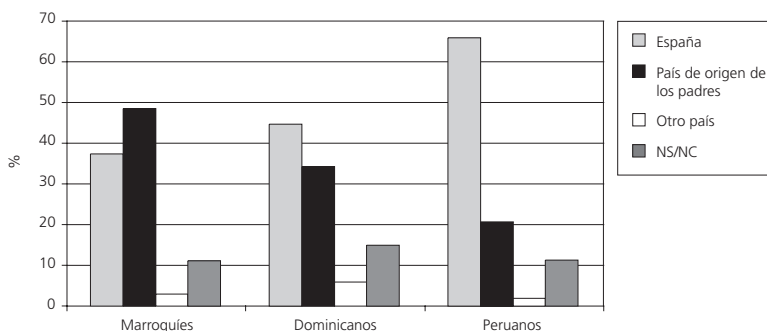
Si tanto los amigos como la pareja resultaran pertenecer todos al grupo de origen, ello indicaría una situación reactiva y excluyente, poco conducente a una buena integración en la sociedad. La situación contraria podría significar una postura asimilacionista que dejaría a los jóvenes sin el apoyo y los recursos que podría brindarles su grupo de origen y a merced de las dificultades que la sociedad receptora pusiera en su camino como hijos de inmigrantes. Cabría entonces una situación intermedia en la que los hijos de los inmigrantes tuvieran un pie en cada comunidad pudiéndose aprovechar de los apoyos y recursos de ambas.

Con respecto a los tres mejores amigos, podemos ver los resultados en el siguiente cuadro:

Tabla 9
País de origen de los tres mejores amigos

	Marroquíes			Dominicanos			Peruanos		
	1.º	2.º	3.º	1.º	2.º	3.º	1.º	2.º	3.º
País de origen de los padres	56,3	59,7	51,7	53,1	55,5	48,4	26,7	24	28,8
España	41,4	36,1	33,1	39,8	35,9	35,1	62,3	62,3	54
Otro país	2	2,8	11,5	6,3	6,3	11	11	13	9
No Responde	0,3	1,4	3,7	0,8	2,3	5,5	0	0,7	8,2

Y en cuanto al origen de la pareja o cónyuge podemos también ver cuál es, en los tres casos, en el cuadro siguiente²⁰:



Gráfica 5

País de origen de los padres de la pareja o de los cónyuges

Lo que destaca en ambos casos es la proporción alta de vínculos con amigos o pareja de origen español. Sin embargo pueden observarse diferencias entre los tres grupos: así los marroquíes y dominicanos mostrarían una cierta preferencia intraétnica no cerrada a las relaciones interétnicas mientras que entre los peruanos la preferencia se daría en la dirección contraria, siendo entre estos últimos sorprendentemente baja la proporción de los que tienen vínculos de una u otra clase con miembros del propio grupo.

Todo ello parecería apuntar a estrategias distintas de integración por parte de los tres grupos concernidos. Tal vez entonces podría hablarse aquí de una estrategia más «asimilacionista» por parte de los hijos de inmigrantes peruanos, mientras que la de los hijos de los inmigrantes marroquíes y dominicanos se asemejaría más a lo que Portes y Zou llaman «aculturación selectiva».

La cuestión que, sin embargo, se nos plantea es la de si tanto una postura como otra contribuyen a posicionar mejor que a sus padres en el plano socioeconómico y laboral a estos hijos de inmigrantes. Según lo que se vio más atrás en relación con las ocupaciones que tienen los hijos de inmigran-

²⁰ Se ha preguntado por el país de origen de los padres por suponer que muchos de los cónyuges y parejas podrían haber adquirido ya la nacionalidad española o haberla tenido desde su nacimiento.

tes marroquíes, dominicanos y peruanos, tendrían una posición relativamente mejor los dos primeros grupos. Ello parecería validar la tesis de Portes y Rumbaut²¹ de que tienen mejores oportunidades aquellos que mantienen vínculos en ambos lados, tanto con su grupo de origen como con el grupo nativo. Los hijos de los peruanos, en cambio, tendrían menos posibilidades al contar en menor medida que los hijos de los marroquíes y de los peruanos con los recursos de su grupo de origen y, por otra parte, ser quizá muy bajo el capital social que reciben de las personas de origen español con las que se relacionan.

Para poder llegar a una conclusión más firme sobre ello tendríamos sin embargo que saber más acerca de la calidad de esos vínculos, información de la que no disponemos. Pero, con respecto a los hijos de los inmigrantes peruanos es necesario no obstante preguntarse si esta situación se mantendría de cambiar nuestra mirada de una de corto plazo a una de largo plazo. Entonces sería posible que en su caso fuesen afianzándose sus redes de relación entre los nativos y que éstas ya no fueran sólo redes *bounding* o redes *bridging* como quizá lo son ahora, sino redes *linking*²², es decir, no sólo redes horizontales, sino también verticales que supondrían un recurso para posicionarse mejor. Podría ocurrir entonces que, a la larga, la postura asimilacionista se mostrara más exitosa para salir de posiciones sociales y económicas bajas.

Quedaría por preguntarse por qué, a pesar de que tanto los jóvenes de origen marroquí como los de origen dominicano mantienen relaciones con el «intragrupo» y con el «extragrupo», los segundos tienen una posición ocupacional por debajo de la de los marroquíes. Una respuesta puede ser el hecho de que el colectivo marroquí lleve más tiempo asentado en el país lo cual habría tenido como fruto la consolidación de su capital social, lo cual es además bastante probable. Otra podría sin embargo tener que ver con la manera como el colectivo dominicano en general ha reaccionado ante la discriminación, de la cual no puede descartarse que hayan sido especialmente objeto por ser una población mayoritariamente de color o mulata. Sin embargo un estudio anterior sobre las estrategias de integra-

²¹ Ver también Portes, A. y Rumbaut, R.G.: *Legacies. The Story of the Immigrant Second Generation*. University of California 2001.

²² Las redes *bounding* vinculan unos con otros a individuos semejantes entre sí, aportandoles principalmente confianza mutua y enraizamiento emocional, más toda la gama de ayudas para la vida diaria. Las redes *bridging* intercomunican horizontalmente a unas redes *bounding* —o a unos individuos— con otros individuos o redes por alguna razón diferente, pero de un nivel socioeconómico o de poder similar. Las redes *linking* relacionarían verticalmente entre sí a individuos y redes sociales de distinto poder y especie. (Ver Mani, D: *Social Capital for Development*. Página *web* del Centro de las Naciones Unidas para el Desarrollo Regional (UNCRD).

ción de distintos colectivos²³ mostró que los dominicanos tendían, por un lado, a afirmar más sus lazos con la comunidad de origen, mientras que por otro tendían a mostrar una especial sensibilidad hacia las actitudes supuestamente racistas de los españoles y a reaccionar con respecto a ellos de manera particularmente agresiva. ¿Reproducen entonces los hijos de los dominicanos las formas de relación y las actitudes hacia la población nativa de sus padres? ¿Podría considerarse esto un caso de «etnicidad reactiva» en el sentido que la entienden Portes y Rumbaut la postura que padres e hijos adoptan? ¿Permite esto pronosticar como sugiere la teoría de la asimilación segmentada de estos autores que la trayectoria de los hijos de inmigrantes dominicanos de segunda generación tenderá a ser descendente? El estudio no nos proporciona los datos necesarios para sustentar esta hipótesis. No obstante, como podremos comprobar en el siguiente apartado, los hijos de los dominicanos tienden en mayor medida a considerarse víctimas de actitudes racistas y discriminatorias que los otros dos grupos.

Los resultados de la exploración algo elemental que hemos venido haciendo en este apartado nos muestran que existen diferencias entre los tres grupos estudiados en el tipo de familia en la que crecen así como en las relaciones que mantienen con el propio grupo y con el grupo nativo. Tales diferencias parece pues que podrían, al menos en parte, explicar las distintas situaciones que como vimos más atrás tienen los hijos de los inmigrantes marroquíes, dominicanos y peruanos en el plano educativo y laboral, lo cual sería conforme con las tesis que mantiene la teoría de la asimilación segmentada con respecto al influjo de la estructura familiar y del capital social en las trayectorias ascendentes o descendentes de la «segunda generación». Así pues encontramos que entre los hijos de los inmigrantes marroquíes la mejor posición que, como hemos visto antes, ocupan en el mercado laboral podría estar relacionada con el hecho de que la mayoría se socializa en familias completas y de que se relacionan bien tanto dentro de su propio grupo como con los nativos. Asimismo, los peores resultados que obtienen a nivel educativo los hijos de los inmigrantes peruanos por relación a sus padres, así como su peor situación en el mercado laboral parece podría explicarse en bastantes casos por crecer en familias con la sola presencia materna y, en parte, por su escaso capital social intra y extragrupal. Por último, el hecho de que una proporción alta de los hijos de los dominicanos crezca al igual que los hijos de los peruanos en familias monoparentales se ve parcialmente

²³ APARICIO, R. y TORNOS, A., 2001.

compensado por estar vinculado tanto a su comunidad de origen como a la población nativa.

Pero con todo, como se ha visto más atrás, tanto los hijos de los inmigrantes marroquíes, como los de los dominicanos y peruanos siguen todos ocupando posiciones bajas tanto en el terreno laboral como en el educativo. ¿Qué otros factores pueden estar condicionando su acceso a mejores posiciones?

6. Obstáculos en el camino hacia la integración: racismo y discriminación

El racismo y la discriminación concomitante son, según Portes, Fernández-Kelly y Haller²⁴, uno de los principales obstáculos, si no el principal, que tienen que afrontar los inmigrantes y sus hijos en la sociedad del país de destino. Los sólidos lazos familiares y comunitarios deberían servir de ayuda para que la segunda generación pudiera salvar este obstáculo. Si este es el caso, los marroquíes y los dominicanos podrían encontrarse en una mejor posición para ocuparse de ello que los peruanos, quienes tal como se ha visto parecen tener unos vínculos comunitarios más débiles. Pero no se puede olvidar, tal y como han mostrado los estudios sobre la actitud de la población nativa hacia los inmigrantes, que no todos los grupos étnicos son percibidos de la misma forma. En estos estudios, los marroquíes reciben normalmente, junto con los gitanos, las peores valoraciones, encontrándose normalmente ambos grupos en lo más bajo de la escala. Los latinoamericanos en cambio están mejor vistos, siendo los que mejor puntuación reciben después de los europeos occidentales. Sin embargo, no a todos se les considera igual. Aquí serían los peruanos los que ocupan la posición más alta en la escala, mientras que los dominicanos ocuparían la más baja. Si atendemos a los resultados de estos estudios, los marroquíes y los dominicanos serían pues los que mayores probabilidades tendrían de tener que hacer frente a posibles actitudes de rechazo y a acciones discriminatorias para con ellos.

Nuestra investigación no examinó la actitud de la población nativa hacia los hijos de los inmigrantes, pero preguntó a los jóvenes de origen dominicano, marroquí y peruano de nuestra muestra si pensaban que los españoles eran racistas. Las respuestas a esta pregunta se muestran en la siguiente tabla:

²⁴ Ver «La asimilación segmentada sobre el terreno: la nueva segunda generación en el inicio de la vida adulta», en *Migraciones* N.º 19 (junio 2006) pp. 7-58.

Tabla 11
¿Son racistas los españoles?

	Nacionalidad de origen						
	Total	Marroquíes		Dominicanos		Peruanos	
		H	M	H	M	H	M
	593	148	115	62	66	74	72
Muy racistas	7,4	8,1	6,1	14,5	13,6	4,1	2,8
Algo racistas	44,2	44,6	40,9	53,2	54,5	37,8	41,7
Un poco racistas	23,4	25	23,5	25,8	15,2	32,4	22,2
No muy racistas	16	12,8	18,3	1,6	15,2	18,9	19,4
Nada racistas	8,9	9,5	11,2	4,8	1,5	6,8	13,9

Como podemos ver, para un alto porcentaje de los encuestados de los tres grupos estudiados los españoles son algo racistas. Y si añadimos las respuestas de «algo racistas» a las de «muy racistas» tenemos que más de la mitad de los jóvenes hijos de inmigrantes tienen una opinión negativa de los españoles en este aspecto. Los jóvenes de origen dominicano son asimismo los que mayoritariamente opinan en este sentido, seguidos de los jóvenes de origen marroquí.

Ello se corresponde con el hecho de que son también marroquíes, pero sobre todo dominicanos, los que declaran haber sido alguna vez víctimas de discriminación cuando se les pregunta por ello. Nunca los peruanos. Por otra parte, la proporción de los que dicen haberla sufrido directamente resulta suficientemente importante, a pesar de que son menos de la mitad (23%) si se compara con los que consideran que los españoles son racistas. Además una proporción ligeramente mayor la habrá experimentado concretamente con relación al empleo (28,9%). Y en cuanto a cómo explican que los españoles los discriminen, un 40% de los dominicanos lo conecta con el color de su piel, mientras que los marroquíes creen más bien que es una cuestión de distancia cultural.

No tenemos ningún medio para saber si estas percepciones se corresponden o no con la realidad. Sin embargo, el principal tema de interés aquí no es si la discriminación es real, aunque obviamente esto también es importante, sino el hecho de que las segundas generaciones se vean como objeto de actitudes y acciones racistas y discriminatorias. Y a juzgar por lo que los encuestados nos dicen esto se puede aplicar en mayor medida a los dominicanos y a los marroquíes.

Lo curioso es que, contrariamente a lo que podría esperarse de estos resultados, son los hijos de los marroquíes seguidos de los de los dominicanos, los que, en contraste con los peruanos, han podido posicionarse algo mejor que sus padres. El análisis realizado más atrás de la composición familiar y relaciones de amistad y de pareja sugiere que, a pesar de todo, los de origen marroquí y, aunque algo menos, también los de origen dominicano, están mejor equipados para hacer frente a la discriminación con la que se pueden encontrar en el camino. No obstante hay que preguntarse si tal discriminación no tendrá como consecuencia que las posibilidades de estos dos grupos tengan un techo. En cambio, es posible pensar que en ausencia de este obstáculo, les sea más fácil a la larga abrirse camino a los hijos de los inmigrantes peruanos, mientras no concurren otros factores.

Pero las actitudes y conductas negativas de la población nativa hacia la población de origen inmigrante no sólo pueden llevar a que se pongan obstáculos en su camino. La percepción de esas actitudes y conductas negativas —y su padecimiento— podría engendrar en los hijos de los inmigrantes el rechazo de la cultura de la sociedad de acogida así como sentimientos de desvalorización que les lleven a asumir posturas identitarias reactivas de sobreidentificación con la sociedad de acogida o con la sociedad de origen²⁵ o también a la posible adopción de otras formas de identificación tales como las identidades globales que últimamente están haciendo su aparición en el horizonte²⁶.

Esto nos lleva pues a tratar ahora de dos cuestiones relacionadas: la de la integración cultural y la de la pertenencia identitaria de los hijos de los inmigrantes marroquíes, dominicanos y peruanos de nuestra muestra.

7. Aculturación y sentimientos de pertenencia

Tal y como explicamos en las secciones previas de este artículo, las segundas generaciones de origen marroquí, dominicano y peruano se encuentran algo por detrás de sus pares españoles en logros educativos y en oportunidades en el mercado de trabajo. Pero también hemos visto que las conclusiones muestran disparidades entre los grupos estudiados, algunas de las cuales se pueden explicar por las diferencias en la estructura familiar y

²⁵ Véase por ejemplo CAMILLERI y otros: *Stratégies identitaires*. Paris, Presse Universitaire de France, 1997.

²⁶ DANIELE Joly y James BECKFORD en su artículo «Hacia un paradigma de lo musulmán en Francia y Gran Bretaña» (*Migraciones* N.º 18 (diciembre 2005) pp. 7-46) explican el desarrollo de una tal identidad global entre los jóvenes musulmanes de segunda generación con distintas nacionalidades de origen.

en los lazos comunitarios, además de por las distintas posturas relacionadas con la discriminación. En vista de esto, uno podría preguntarse si los jóvenes de origen marroquí van a responder de forma diferente que los individuos de origen dominicano y peruano en lo que se refiere a la adopción de las normas culturales y los valores de la sociedad de destino. ¿Van también a sentir de diferente manera su pertenencia a la sociedad? ¿Cómo va a afectar esto a sus oportunidades de inserción y ascenso social?

La forma que ha tomado más habitualmente la manera de valorar la integración cultural ha sido la de considerar que ésta se había producido cuanto más se asemejaran los gustos, preferencias y valores de las poblaciones de origen inmigrante a los de las sociedades de acogida, aunque ya se ve que este modo de proceder llevará en realidad a medir la asimilación cultural y no las capacidades o los logros de la interculturalidad que sería en realidad lo que habría de importar, si entendemos la interculturalidad como la capacidad de inmigrantes y nativos para una interacción fluida y no conflictiva en los contextos de vida cotidiana —contextos que por lo demás, en los países de acogida están culturalmente estructurados con arreglo a representaciones compartidas. Pero la pregunta que en este caso nos ha de ocupar es más bien la de si existe un rechazo de la cultura de la sociedad de acogida por parte de los hijos de inmigrantes cuando resulta que sus oportunidades educativas y laborales no están a la par con la de sus congéneres nativos y cuando perciben que la sociedad los rechaza y los discrimina. En este caso habríamos de esperar diferencias entre los jóvenes de origen marroquí, dominicano y peruano de nuestro estudio.

Nuestra investigación se fijó en cuatro indicadores para investigar la dimensión de aculturación: preferencias y hábitos culturales, conocimiento y dominio de las lenguas oficiales del Estado español y de la lengua materna de los inmigrantes, valores centrales y religión.

Pues bien, la información sobre el uso del tiempo libre, preferencias relacionadas con los medios de comunicación (revistas, televisión y programas de radio, cine) y tipos de comida mostró que los hijos de los inmigrantes tienen gustos parecidos a los de sus pares españoles. Esto significaría un proceso de aculturación a nivel generacional y los datos de otros estudios a nivel europeo muestran que una tal cultura es compartida por los jóvenes de muchos países. No obstante esto no significa que los hijos de los inmigrantes rompan sus lazos con la cultura de sus progenitores. Ello se muestra, por ejemplo, en sus gustos musicales: así resulta que el 55% de los jóvenes de origen dominicano, el 46% de los de origen marroquí y el 37% de los de origen peruano muestran disfrutar también la música de su país de origen. Sus preferencias gastronómicas siguen una pauta similar: el 55,5% de los marroquíes, 43,8% de los dominicanos y 52,7% de los peruanos dicen que su plato preferido es uno del país de origen de sus padres

De otra parte, en relación con la adquisición del lenguaje, los hijos de inmigrantes marroquíes hablan perfectamente el castellano y los que viven en Cataluña tienen también un buen dominio del catalán (80%). No obstante, en su casa suelen hablar normalmente su lengua de origen con sus padres y el español con sus hermanos o amigos. Pocos, sin embargo, saben escribir en su lengua de origen.

Asimismo, nuestro análisis muestra que los hijos de los inmigrantes generalmente adoptan los valores propios del país de acogida. Ejemplos de esto pueden encontrarse en sus actitudes hacia las relaciones prematrimoniales, el vivir en pareja sin estar casados, el número de hijos que desean tener, el papel del hombre y de la mujer en el hogar. No obstante, los varones tienden a mostrarse más tradicionales que las mujeres en sus respuestas y, los hijos de los peruanos, serían los que más habrían cambiado en relación a estos valores.

Con respecto a la afiliación religiosa, los hijos de los inmigrantes marroquíes mantienen sus creencias y prácticas islámicas aunque celebran fiestas como la Navidad por su significado social. La mayoría de los hijos de inmigrantes latinoamericanos tienden en cambio a perder su afiliación religiosa, aunque no es claro si esto diverge mucho de las prácticas de sus padres.

La conclusión que podemos sacar es que los hijos de los inmigrantes en los tres grupos estudiados son capaces de combinar con relativa facilidad la cultura del país de acogida con la cultura del país de origen. No obstante, los hijos de inmigrantes peruanos parecen más propensos a sumergirse en la cultura del país de acogida dejando atrás la cultura de sus padres mientras que los de origen dominicano parecen inclinarse más en la dirección opuesta y los de origen marroquí tomarían aspectos de ambas culturas, dependiendo del ámbito de actuación.

La identidad está conectada tanto con el lugar de uno en la sociedad como con la cultura. Explorar esta dimensión puede ser por tanto un indicador de cómo los hijos de los inmigrantes responden a su percepción del reconocimiento que les da la sociedad de acogida y a la tensión entre ambas culturas, la del país de origen de sus padres y la del país en el que han nacido o se han socializado desde pequeños. Es por tanto otra manera de fijarse en el modo de aculturación.

Para examinar la construcción de la identidad por los hijos de los inmigrantes, nuestro estudio se fijó en los siguientes indicadores: sentimiento de pertenencia al país, región o localidad donde viven así como deseo de obtener la nacionalidad española (en los casos en los que no la tenían ya) y sentimiento de no pertenecer a ninguna parte.

En resumen, los resultados muestran que sólo una muy pequeña parte de los hijos de los inmigrantes sienten que no pertenecen a ninguna parte. La mayor parte, por el contrario, siente que pertenece a su país de origen o al país de acogida o a ambos y, ocasionalmente, más bien a la región en la que viven. Se dan sin embargo importantes diferencias entre los tres grupos.

Tabla 12

País donde se sienten arraigados los hijos de los inmigrantes (en %)

	Marroquíes (Base 263)	Dominicanos (Base 128)	Peruanos (Base 146)
País de procedencia de sus padres	47,9	57	21,2
España	0,8	8,6	13
País de sus padres + España	27,4	0	0
España + País de sus padres	1,5	28,9	51,4
País de sus padres + Cataluña	3,4	0,8	3,4
País de sus padres + Madrid	12,5	2,3	4,8
Madrid	0,8	0	0
Del mundo	1,1	0,8	0
De ninguna parte	0,8	0	2,1

En líneas generales, los datos sugieren que el sentimiento de identificación con el país de acogida no es muy fuerte en la mayoría, con la notable excepción de los hijos de inmigrantes peruanos. No obstante, el hecho de que muchos hijos de inmigrantes marroquíes y dominicanos expresen preferentemente su pertenencia al país de origen de sus padres no necesariamente implica que tengan sentimientos conflictivos con la sociedad de acogida y que por ello van a estar menos integrados. Esto lo apoyarían las respuestas a la pregunta de dónde les gustaría vivir cuando cumplan los 30 años: menos del 10% de los jóvenes de origen marroquí y sólo el 5,5% de los de origen peruano contestó que les gustaría vivir en el país de origen. Una porción mayor de los de origen dominicano deseaba regresar al país de origen, pero aún así serían menos de la cuarta parte (21,9%).

A modo de conclusión

El examen de la integración de los hijos de inmigrantes de origen marroquí, dominicano y peruano en el nivel estructural ha mostrado que su status ocupacional está generalmente por debajo del de sus pares nativos, lo cual va parejo con sus logros en la formación los cuales son también generalmente más bajos. Esto parecería apuntar a cierto grado de discriminación a nivel estructural por parte de la sociedad española hacia los individuos de origen inmigrante a pesar de que muchos han nacido en el país o han vivido en él

casi toda su vida. La consecuencia para los hijos de los inmigrantes podría ser la imposibilidad de ascender más allá de las posiciones sociales y económicas más bajas de la sociedad, es decir, de quedarse estancados en los niveles bajos de ésta.

Nuestros datos muestran sin embargo que, por lo que se refiere a su status ocupacional y, en casos específicos también a sus logros educativos, una buena parte de los hijos de inmigrantes están mejor situados que sus padres, aunque todos estén posicionados en un lugar más bien bajo. Sin embargo, el hecho de que en nuestra muestra predominen no los nacidos en el país, sino los que vinieron a temprana edad, nos hace cautelosos acerca de predecir lo que ocurrirá con los hijos de los inmigrantes más a largo plazo.

Una cuestión se desprende sin embargo claramente del estudio. Esto es que hay diferencias en los caminos seguidos por los tres colectivos y que los individuos en al menos uno de ellos parecen estar mejor posicionados que los de los otros grupos para ascender en la escala socioeconómica. La sorpresa es que este grupo es aquél que aparentemente tendría que tener más dificultades para integrarse debido a la barrera lingüística y a su mayor distancia cultural respecto a la sociedad española. Porque como hemos visto son los hijos de los inmigrantes marroquíes los que tienen mejor situación y no los latinoamericanos que hablan la misma lengua y cuya cultura se asemejaría aparentemente más a la española.

Al menos dos de los factores considerados por la teoría de la asimilación segmentada como determinantes de los distintos caminos seguidos por la segunda generación parecen ser relevantes aquí para explicar por qué los hijos de los marroquíes parecen tener una mejor situación que los de los peruanos y dominicanos. De una parte, la evidencia empírica muestra que muchos de los hijos de los inmigrantes peruanos y dominicanos pueden haberse visto perjudicados por haber crecido en familias monoparentales, con la sola presencia de la madre, mientras que la mayoría de los marroquíes pudieron apoyarse en ambos progenitores en el país de acogida. De otra parte, como se vio, los hijos de los inmigrantes peruanos muestran una clara preferencia por mezclarse con la población nativa lo que probablemente tiene como consecuencia la debilitación de los vínculos con la comunidad de origen y la pérdida del apoyo que sus redes pueden brindarle. En el caso de los hijos de los inmigrantes dominicanos, la discriminación racial y su reacción a ésta parecen ser responsables, al menos en parte, de su peor situación en el mercado laboral.

Estos factores parecen pesar al menos tanto como otro de los factores considerado importante por diversas teorías, entre ellas la teoría de la asimilación segmentada: el capital humano de los padres.

A pesar de todo lo anterior, otras evidencias del estudio relacionadas con los logros a nivel educativo y con la integración cultural sugieren que es demasiado pronto para predecir lo que en el futuro va a ocurrir con los

hijos de los inmigrantes de los colectivos estudiados. Una de estas evidencias es, por ejemplo, que entre los hijos con menor edad de los inmigrantes peruanos aparecen indicios de una permanencia más prolongada en la escuela entrando por tanto más tarde que los pertenecientes a los otros dos grupos en el mercado laboral. Es así como la mejor situación de los hijos de los inmigrantes marroquíes pudiera ser solamente momentánea, una situación que posiblemente fuese explicable por la simple razón de que se trata de una inmigración que lleva más tiempo en España. Con más tiempo es posible que los de origen peruano adquieran mayores logros a nivel educativo y que a la larga sus recursos de capital social nativo sean más efectivos.

Lo que por otra parte ha aparecido en el estudio es que ninguno de los tres grupos estudiados experimenta un rechazo de la cultura del país de acogida. Más bien tienden a participar todos de la común cultura juvenil y en otros aspectos a compaginar aspectos de la cultura de origen con los de la cultura del país de acogida. No obstante se observa una clara inclinación de los hijos de los inmigrantes peruanos por asimilarse a la cultura del país de acogida dejando más al margen la del país de origen. Parece, por otra parte, que estas actitudes hacia la cultura de los dos países no vienen determinadas por su situación socioeconómica y laboral sino por otros factores que no nos son posibles explicar con los datos del estudio. Desde otra perspectiva parece asimismo que la postura más asimilacionista de los hijos de inmigrantes peruanos resulta menos exitosa para su integración en el mercado laboral y, por ende, para mejorar su status social en la sociedad de acogida. No obstante, como se ha dicho antes, habrá que esperar para ver si esto se mantiene a largo plazo. Porque lo que sí ocurre es que los de origen peruano se sienten mucho más frecuentemente identificados con el país de acogida que los hijos de los inmigrantes marroquíes. El motivo pudiera ser que éstos tienen una percepción mayor que los peruanos de ser rechazados y discriminados por parte de la población española. Es, sin embargo, difícil determinar hasta qué punto esto va a influir en su integración porque a pesar de todo el estudio muestra que tanto los hijos de marroquíes, como de dominicanos y de peruanos son capaces de mantener relaciones fluidas con la población española.

Lo que en definitiva muestra el estudio de cuyos resultados hemos dado cuenta es que aún es prematuro predecir el rumbo que van a seguir las segundas generaciones de los hijos de los inmigrantes asentados en España. Pero en todo caso lo que sí muestra es que estas generaciones no han ido a parar, al menos por ahora, en las situaciones de falta de empleo y de exclusión social en la que se encuentran las segundas generaciones de padres extranjeros en otros países europeos. Pero precisamente por ello, es necesario actuar sobre aquellas condiciones que hemos visto pudieran llevar a que al menos una parte de las segundas generaciones en España terminaran en situaciones similares a las asentadas en esos otros países.

Referencias bibliográficas

- APARICIO, R. y TORNOS, A.: *Las Redes Sociales de los Inmigrantes Extranjeros en España. Un Estudio sobre el Terreno*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y Observatorio Permanente de la Inmigración, Madrid, 2005.
- APARICIO, R.; TORNOS, A.: *Estrategias y dificultades características en la integración social de los distintos colectivos de inmigrantes llegados a España*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-IMSERSO, Madrid, 2001.
- BOLZMAN, C., FIBBI, R. y VIAL, M.: *Secondas - Secondos. Le Processus d'Integration des Jeunes Adultes issus de l'Immigration Espagnole et Italienne en Suisse*. Seismo, Zürich, 2003.
- CACHÓN, L.: *Inmigrantes Jóvenes en España. Sistema Educativo y Mercado de Trabajo*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales e INJUVE, Madrid, 2003.
- CAMILLERI, C. et al: *Stratégies identitaires*. Paris, Presses Universitaires de France, 1990.
- COLECTIVO IOE: *Presencia del Sur. Marroquíes en Cataluña*. Institut Català d'Estudis Mediterranis y Editorial Fundamentos, Barcelona 1994, Cap. 9.
- CENTRO STUDI INVESTIMENTI SOCIALI (FONDAZIONE CENSIS): Child Immigration Project: Final Report for the TSER Program PL 97 2302
- CRUL, M.: *Springen over je eigen schaduw. De ondeerwijsprestaties van de tweede generatie*, en *Migrantenstudies*, 10 (3), 2001, pp. 168-186.
- CRUL, M. and VERMEULEN, H. (eds): «The Future of the Second Generation: the Integration of Migrant Youth in Six European Countries», *International Migration Review*, special issue vol. 37, 144 (winter 2003).
- ECKSTEIN, S.: *On Deconstructing an Reconstructing the Meaning of Immigrant Generations*. In Levitt, P. y Waters, M.C.: *The Changing Face of Home. The Transnational Lives of the Second Generation*. Russell Sage Foundation, New York, 2002, pp. 211-215.
- GARCÍA BORREGO, I.: *Los hijos de inmigrantes como tema sociológico: la cuestión de la «segunda generación»*. Texto no publicado.
- HECKMANN, F.: *Integrationsforschung aus Europäischer Perspektive*, en *Zeitschrift für bevölkerungswissenschaft* 26 (2001) Nrs. 3-4, pp. 341-356.
- HECKMANN, F. y SCHNAPPER, D. (eds.): *The Integration of Immigrants in European Societies. National Differences and Trends of Convergence*. Lucius & Lucius, Stuttgart, 2003.
- ISAJIW, W.W.: *On the Concept and Theory of Social Incorporation*; in W.W. Isajiw (Ed.) *Multiculturalism in North America and Europe: Comparative Perspectives on Interethnic Relations and Social Incorporation*. Canadian Scholar Press, Toronto, 1997, pp. 79-102.
- KASINITZ, Ph.; MOLLENKOPF, J.H. y WATERS, M.C.: *Becoming New Yorkers. Ethnographies of the New Second Generation*. New York, Russell Sage Foundation, 2004.
- LEVITT, P. y WATERS, M.C.: *The Changing Face of Home. The Transnational Lives of the Second Generation*. Russell Sage Foundation, New York, 2002.
- NIDI (Netherlands Interdisciplinary Demographic Institute): *Information Needs on Stocks of Migrants for Research on Integration*. Paper presented at the Eurostat Seminar de Eurostat on Migration Statistics, Geneva, 2005.

- PAJARES, M.: *La Integración Ciudadana*. Icaria / Antracit, Barcelona, 2005.
- PEDREÑO, A. (ed.): *Las Relaciones entre Jóvenes Autóctonos e Inmigrantes*. Ediciones del Sureste, Murcia, 2005.
- PORTES, A.; ZHOU, M.: *The New Second Generation: Segmented Assimilation and its variants among Post-1965 Immigrant Youth*, *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 530 (1993): 74-98
- PORTES, A. (Ed.): *The New Second Generation*. Russell Sage Foundation, New York 1996.
- PORTES, A. y RUMBAUT, R.G.: *Legacies. The Story of the Immigrant Second Generation*. University of California 2001.
- PORTES, A. y FERNÁNDEZ-KELLY, P. y HALLER, W.: «La asimilación segmentada sobre el terreno: la nueva segunda generación al inicio de la vida adulta», en *Migraciones* n.º 19 (junio 2006) pp. 7-58.
- PUMARES, P.: *La integración de los inmigrantes marroquíes: familias marroquíes en la Comunidad de Madrid*. Fundació Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona, Barcelona, 1996.
- QUEIROLO PALMAS, L.: *Prove di Seconde Generación. Giovanni di origine immigrata tra scuole e spazi urbani*. Milano, Franco Angeli s.r.l., 2006.
- RUMBAUT, R.G. y PORTES, A.: *Ethnicities. Children of Immigrants in America*. University of California, 2001.
- SEIFERT, W.: *Die Zweite Ausländergeneration in der Bundesrepublik. Längsschnittheobachtungen in der Berufseinstiegsphase*», *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie*, 44 (1992) pp. 677-696.
- SIGUÁN, M.: *Inmigración y adolescencia : los retos de la interculturalidad*. Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 2003.
- TRIBALAT, M.: *Faire France. Une enquête sur les immigrés et leurs enfants*. Paris, Découverte, 1995.
- VVAA: *Informe juventud en España 2004*. Instituto de la Juventud, Madrid, 2004.

La credibilidad de una solicitud de asilo. Derecho comunitario y jurisprudencia de Estrasburgo (el Caso *N v. Finland*)

Dra. Nuria Arenas Hidalgo
Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales
Universidad de Huelva
Visiting Scholar Institute for the Study of International Migration
Georgetown University

Sumario: Introducción. A vueltas con un problema clásico: La corrección del amplio margen de apreciación estatal en la «credibilidad» de las solicitudes de asilo.—I. Particularidades del test de inclusión. Las obligaciones del solicitante de asilo y del examinador en la determinación de la condición de refugiado.—II. La «credibilidad» de una solicitud de asilo. La coherencia y consistencia del relato como criterios correctores.—III. Los «indicadores de persecución» en virtud del Derecho internacional de los refugiados y la jurisprudencia del TEDH: El test del artículo 3 CEDH.—IV. Límites al ejercicio de la discrecionalidad. Consideraciones finales: los Principios Generales.

Resumen: La investigación que aquí se presenta no aborda nuevos desafíos al Derecho internacional de los Refugiados sino que estudia un problema clásico, inherente al propio sistema de determinación de la condición de refugiado y del que puede decirse que existen escasos trabajos de investigación: la valoración de la «credibilidad» de las solicitudes de asilo en ausencia de evidencias de persecución. Se trata, probablemente, del mayor escollo al que se enfrentan diariamente los refugiados, es decir, la auténtica piedra de toque del sistema de asilo. En la determinación de la verosimilitud del relato, las autoridades, ya sean éstas administrativas o judiciales, gozan de auténticos poderes discrecionales que, a menudo, el legislador intenta corregir a través del establecimiento de indicios y parámetros de conducta. En este sentido, si bien se da la bienvenida a la disposición cuarta de la Directiva 2004/83/CE que traslada a suelo comunitario algunos de los principios básicos en la materia, el caso *N v. Finland* pretende poner el acento en el importante papel del TEDH, garante corrector de la discrecionalidad estatal en favor del espíritu de justicia y del objetivo humanitario del asilo.

Palabras clave: estatuto de refugiado; examen de las solicitudes de protección internacional; credibilidad; sistema europeo común de asilo; jurisprudencia del TEDH.

Abstract: *The study presented does not look into any new challenges facing the International Refugee Law; rather it considers a classic problem, inherent in*

the system for determining the refugee's condition, an area which shows a remarkable lack of research and which is, probably, the true touchstone of the system, the greatest stumbling block the refugees face on a daily basis: the evaluation of the degree of «credibility» in applications for asylum, in absence of proof of persecution. When determining the likelihood of the story offered, the authorities, whether local government or the courts, do in fact have genuine discretionary powers which, frequently, the legislator attempts to correct by establishing evidence of and parameters for behaviour. Whilst the fourth provision in Directive 2004/83/CE is welcomed, which shifts some of the basic principles in this field to Community territory, the case of N vs. Finland aims to highlight the importance of the role played by the TEDH as guarantor-corrector of the discretionary nature at State level in favour of the spirit of justice and the humanitarian objective of granting asylum.

Keywords: *refugee status; assessment of applications for international protection; credibility; common European asylum system; case law ECHR.*

Introducción. A vueltas con un problema clásico: La corrección del amplio margen de apreciación estatal en la valoración de la «credibilidad» de las solicitudes de asilo

Las últimas décadas han sido testigo de profusos y profundos debates en torno a la institución del asilo, en un intento de adaptar nuestro sistema normativo a los actuales desafíos que enfrentan los éxodos humanos. Poco se ha dicho, sin embargo, de una de las dificultades clásicas del procedimiento, la relacionada con la valoración de los hechos en aquellas demandas en las cuales el solicitante no es capaz de demostrar los motivos de persecución, casos en los que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación.

El procedimiento para la determinación de la condición de refugiado no se encuentra regulado expresamente en la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951¹ sino que cada Estado contratante puede establecer el que estime más apropiado, en virtud de su estructura constitucional y administrativa. No obstante y a pesar de las disparidades, por lo que respecta al modelo occidental, todo procedimiento, con independencia de su naturaleza, suele incorporar una evaluación de la solicitud presentada por el demandante, con derecho de apelación a órganos superiores². Es durante este examen,

¹ Naciones Unidas. *Treaty Series*, vol. 189.

² No existen estipulaciones en cuanto a si los procedimientos deben tener una naturaleza administrativa o judicial, o ser inquisitivos o acusatorios. Independientemente del mecanismo que pueda establecerse para identificar al refugiado, en última instancia la decisión final con respecto a determinar si el individuo ha logrado establecer o no «el temor fundado de per-

cuando el solicitante de asilo debe demostrar que cumple con los requisitos exigidos para merecer el estatuto de refugiado. Habida cuenta de las dificultades que suelen enfrentar para aportar pruebas concluyentes, se exige que su relato sea lo suficientemente *verosímil* como para gozar de la confianza de las instituciones. He aquí por tanto, la verdadera piedra de toque del sistema.

En palabras del *United Kingdom Immigration Appeal Tribunal*:

«(...) findings of credibility are one of the primary functions of the (asylum decision-maker) since they lead to the establishment of much of the factual matrix for the determination of the case. In some cases, but by no means all, the issue of credibility may be the fulcrum of the decision as to whether the claim succeeds or fails»³.

El examinador, en consecuencia, habrá de apreciar la validez de las pruebas y el crédito que deba atribuirse a las declaraciones del solicitante de asilo. «Verosimilitud», «credibilidad» son apreciaciones tremendamente subjetivas. El órgano responsable de su constatación conserva, así, amplias facultades de apreciación, siendo ésta una de las características más singulares del procedimiento. Se trata de una decisión fundamentalmente discrecional dada la imprecisión de su objeto. El órgano estatal obtiene dicha facultad derivada de una competencia no reglada.

No obstante, aunque la decisión ha de ser necesariamente discrecional, no puede ser arbitraria. Es por ello por lo que el dispositivo se ha de rodear de las suficientes garantías que vengan a suplir las deficiencias de la indeterminación.

En cualquier caso, preciso es notar que dicha potestad discrecional es una cualidad intrínseca al propio sistema, consecuencia de las peculiares particularidades del Derecho de asilo. La flexibilidad del procedimiento no deviene tan sólo de su carácter indeterminado sino del elemento material —la solicitud de asilo— sobre el que se proyecta en cada caso. Si bien se trata de una característica endógena y no necesariamente negativa en esencia o *per se*, es posible afirmar —y he aquí el motivo de este análisis— que rara vez es usada de forma «positiva», esto es, en favor del demandante, y ello por lo que respecta al actual paradigma de contención de flujos migratorios⁴.

secución» la toma el examinador con base en la evaluación de la solicitud presentada por el solicitante. ACNUR. *Nota sobre la Carga y el Mérito de la Prueba en las Solicitudes de Asilo*, 16/12/1998, para. 2.

³ *SW v. Secretary of State for the Home Department (Adjudicator's questions) Somalia (2005)*, UKIAT00037, para. 20.

⁴ En relación a la jurisprudencia europea: THOMAS, R. «Assessing the Credibility of Asylum Claims. EU and UK Approaches Examined», *European Journal of Migration and Law*, 2006; norteamericana: HEEBNER, K.A.D., «Protecting the truly persecuted: restructuring the flawed asylum system», *University of San Francisco Law Review*, 2005, p. 550; y australiana:

La aplicación de una estricta política migratoria puede llegar a tener efectos demolidores en la determinación de las solicitudes de asilo, a menudo consideradas en fraude de ley.

Un tema tan absolutamente determinante para la viabilidad de todo procedimiento de asilo no podía escapar a la armonización que, en dicha materia, preconizó el Tratado de Ámsterdam, y que acaba de cumplir con su primera fase de ejecución. Así y como núcleo del «sistema europeo común de asilo», se aprueba el 24 de abril de 2004 la *Directiva 2004/83/CE del Consejo por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países y apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida* (en adelante Directiva de Cualificación⁵), en cuya disposición cuarta se presentan los criterios comunes para la valoración de las demandas de asilo. Un nuevo intento de corrección normativa del margen de apreciación de las instancias nacionales.

A menudo se hace un llamamiento al legislador con objeto de que corrija los excesos de las potestades discrecionales a través de la incorporación de indicios o códigos de conducta. Una cierta orientación de lo que podría considerarse una demanda verosímil es imprescindible, pero siempre y cuando se consideren sus caracteres a modo de *patrón a seguir*. No se puede pretender encerrar el concepto, ni tampoco extraer de tal análisis la convicción de que se trata de una definición estática o definitiva. La norma de Derecho derivado pretende delinear el contorno o perímetro externo del concepto legal en cuestión. Se inferirán, por tanto, algunos criterios orientativos, pero que sólo nos pueden servir indiciariamente, pues no se trata de un juicio hermenéutico. La capacidad del legislador comunitario es, en consecuencia, claramente limitada.

En consecuencia y por lo que a este estudio se refiere, se hace necesario poner el acento en el poder de control del aparato judicial, especialmente, en la capacidad de los órganos jurisdiccionales de carácter internacional. A la espera de una activación de las competencias que el Tratado de Ámsterdam concedía al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, no ha de obviarse la importante contribución que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) puede ejercer en una interpretación sistémica de las normas de Derecho internacional, comunitario y nacionales en materia de asilo. Sin negar el papel trascendental que, a través de algunos casos ya históricos, ha jugado la jurisprudencia de Estrasburgo, por lo general, se ha tendido a considerar que, a la postre, los Tribunales internos podían otorgar mayor protección. En este

COFFEY, G.: «The Credibility of Credibility Evidence at the Refugee Review Tribunal», *International Journal of Refugee Law*, vol.15, n.º 3, pp. 377-416.

⁵ *DOUE*, L 304, 30/09/2004.

artículo se pretende revitalizar el valor del mecanismo de control instituido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) bajo la excusa del análisis del caso *N v. Finland*, de 30 de noviembre de 2005⁶. Una vuelta a los principios básicos de Derecho de los Refugiados en la interpretación del criterio de «credibilidad» que condena la férrea política europea de contención de flujos en los casos más graves, aquellos en los que resulta aplicable el fundamental y polivalente artículo 3 CEDH. El caso *N v. Finland* pone de manifiesto la compleja determinación de la veracidad de los hechos en los supuestos en los que resulta imposible adjuntar una prueba fehaciente de persecución y, por ende, el amplio margen de apreciación con el que cuentan las instancias estatales que, en definitiva, puede llevar a opiniones divergentes en casos similares. El Sr. N, antiguo miembro de las fuerzas especiales de protección del Presidente Mobutu, huye a Finlandia tras el golpe de Estado de Kabila en la República Democrática del Congo. Sus actividades como infiltrado confidente, así como su etnia —la misma que la del derrocado presidente— le hacen temer persecución, motivo por el cual, solicita asilo en la capital europea. Todas las instancias estatales consideraron el relato de sus actividades y la amenaza de persecución «inverosímil». Bajo el mismo presupuesto, por el contrario, la Corte dispuso que el relato podía considerarse «suficientemente consistente y creíble». Como demuestra este caso, el criterio de la credibilidad es de muy difícil concreción, no obstante, en este estudio se proponen tres fuentes de control: la definición de «credibilidad» por referencia a las obligaciones procedimentales (apartado primero); en relación a los criterios correctores dispuestos en Derecho comunitario (apartado segundo); y en base a los clásicos indicios de persecución, a los que se ha de añadir determinados límites al ejercicio de la discrecionalidad (apartados tercero y cuarto). En definitiva, se pretende establecer los principios básicos para una equilibrada determinación de las circunstancias del caso aplicable —especialmente cuando concurre la aplicación del artículo 3 CEDH—, en virtud del Derecho comunitario y la jurisprudencia de la Alta Instancia Judicial.

I. Particularidades del test de inclusión. Las obligaciones del solicitante de asilo y del examinador

El procedimiento de determinación del estatuto de refugiado resulta, dadas sus particularidades, excesivamente desestructurado. No se trata, en exclusiva, de la aplicación de una fórmula legal a un conjunto de hechos. Es verdad que se cuenta con el test de inclusión que implica la consideración

⁶ *Caso N v. Finland*, Application n.º 38885/02, 26/07/2005 (final 30/11/2005).

de la existencia de un «temor fundado» de persecución —estado de ánimo basado en una situación objetiva— por alguno de los motivos convencionales (art. 1 A 2 del Convenio ginebrino⁷). Sin embargo, debido a las particulares circunstancias que rodean toda demanda de asilo, existen auténticas dificultades para obtener elementos probatorios del mismo. De ahí que se trate de un sistema basado en la «predicción» y en la necesidad de «persuadir». De nada sirve que los motivos de persecución se adecuen a las exigencias convencionales si no es posible «convencer» al examinador de que el relato de los hechos es suficientemente creíble. La «credibilidad» resulta, finalmente, «the core of asylum process»⁸. La evaluación de la demanda en el marco del procedimiento de asilo no busca, por tanto, identificar a los refugiados con certeza absoluta sino *establecer la probabilidad de que lo sean*⁹. En este difícil ejercicio concurren ambos, el órgano responsable de la decisión y el solicitante de asilo. Si bien es cierto que según los principios generales del Derecho, la carga de la prueba incumbe a la persona que hace la aseveración, por lo que aquí respecta, el deber de averiguar y evaluar todos los hechos pertinentes corresponde, a su vez, a solicitante y examinador.

La Directiva de Cualificación recoge esta particularidad en el artículo 4.1:

«(...) Los Estados miembros tendrán el deber de valorar, con la cooperación del solicitante, los elementos pertinentes de la solicitud».

Por lo que respecta al sujeto que reclama protección, éste debe ser capaz de demostrar la existencia del temor fundado con el grado de probabilidad suficiente. En esta tarea se le exige que presente un informe veraz de los hechos que fundamentan su solicitud. En definitiva y en atención al Manual de Procedimiento del Alto Comisionado, son obligaciones ineludibles del solicitante:

- «i) decir la verdad y ayudar en todo lo posible al examinador a determinar los hechos del caso;
- ii) esforzarse por aportar en apoyo de sus declaraciones todos los elementos de prueba disponibles y dar una explicación satisfactoria en los ca-

⁷ Artículo 1 A 2: «El término “refugiado” se aplicará a toda persona que (...) debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores no quiera regresar a él».

⁸ THOMAS, R. «Assessing the Credibility of Asylum Claims. EU and UK Approaches Examined», *op. cit.*, 2006, p. 79.

⁹ ACNUR. *Nota sobre la Carga y el Mérito de la Prueba en las Solicitudes de Asilo*, *op. cit.*, p. 1.

sos de falta de pruebas. Cuando sea necesario, debe esforzarse por obtener medios de prueba complementarios;

iii) proporcionar toda la información pertinente acerca de sí mismo y la experiencia por la que ha pasado, con todos los detalles que sean necesarios para que el examinador pueda determinar los hechos pertinentes. Se le debe pedir que proporcione una explicación adecuada en apoyo de su solicitud de que se le reconozca la condición de refugiado y que conteste a todas las preguntas que se le hagan»¹⁰.

En consecuencia y en aplicación de las mismas al caso *N v. Finland*, el demandante debía establecer con el «grado de probabilidad razonable»: que había sido agente secreto del ejército personal del Presidente Mobutu desde 1990; que había pertenecido al círculo íntimo del mismo; y que había trabajado como civil infiltrado con objeto de delatar a opositores al régimen. En este sentido, la Corte reconoció que había revelado nombres y rangos de comandantes de la guardia civil y puestos de mando de la FAZ (*Forces Armées Zairoises*); información usada para proteger al Presidente; y aquella relativa a los líderes opositores. Sin embargo, tanto para el *Directorate of Immigration*, como para la *Helsinki Administrative Court* y la *Supreme Administrative Court* el relato no resultó creíble. Si bien es verdad que el testimonio de la testigo, Mrs. K.K., con el que contó la Corte en el último momento, resultó decisivo para demostrar la credibilidad del demandante, el Tribunal Europeo sostuvo que aunque el relato en muchos puntos resultaba evasivo, los acontecimientos relatados sobre su pasado en la República Democrática del Congo debían ser considerados, en su conjunto, un relato suficientemente consistente y creíble. En concreto:

«The Court further finds it sufficiently credible that, although the applicant was not a senior in military rank, he could be considered to have formed part of the President's and the DSP commander's inner circle (...) the applicant's statement that as an official in the DSP he took part in various events during which dissidents seen as a threat to President Mobutu were singled out for harassment, detention, and possibly execution»¹¹.

El cumplimiento de las obligaciones de procedimiento coadyuva así a determinar la credibilidad general del demandante, al tiempo que se convierten en límite intrínseco a las potestades discrecionales del órgano responsable, el cual, se habrá de referir a las mismas con objeto de motivar su decisión, ya sea ésta en positivo o negativo. En otras palabras, no cabe aludir a la «inverosimilitud» sin más sino por referencia a las citadas obli-

¹⁰ ACNUR. *Manual de Procedimientos y Criterios para la determinación de la condición de refugiado*, Ginebra, 1992, para. 205, p. 55.

¹¹ *Caso N v. Finland*, paras. 155 y 156.

gaciones. En caso contrario, no se estaría ante una decisión discrecional sino arbitraria.

Por lo que respecta al examinador, la dificultad de aportar pruebas documentales que justifiquen las declaraciones verbales no puede impedir que la solicitud sea aceptada, siempre y cuando resulte compatible con los hechos de conocimiento público. Por tanto, el órgano responsable de adoptar la decisión ha de «contrastar la información sobre el país de origen». En el caso *N v. Finland* la valoración de la situación de la República del Congo es determinante para la resolución del caso. Tanto de la jurisprudencia del Tribunal europeo como del Derecho comunitario es posible inferir determinados requisitos relativos al deber de examinar: tanto sobre la naturaleza jurídica de la obligación como en relación al grado de la prueba.

En primer lugar, es necesario tomar en consideración que la obligación que asiste al órgano no es una mera obligación de comportamiento que se satisfaga en la utilización de cualesquiera informes sino que la decisión ha de tener su sustento en un análisis «exhaustivo» y «contrastado». Según el artículo 8.2.b) de la Directiva de Procedimiento, los Estados miembros garantizarán «que se obtenga información *precisa y actualizada de diversas fuentes*, por ejemplo, información del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), respecto a la situación general imperante en los países de origen de los solicitantes»¹². Si bien existe libertad respecto al tipo de fuente elegida para evaluar la capacidad del Estado para cumplir con sus obligaciones internacionales¹³, el resultado, en cualquier caso, «debe ser» una visión completa y objetiva; objetividad que se espere garantice en la utilización de diferentes fuentes que converjan en los

¹² 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, *DOUE* L 326, p. 13-34. La cursiva es de la autora.

¹³ Se ha criticado la utilización de informes gubernamentales procedentes del país de origen por falta de imparcialidad. THOMAS, R. «Assessing the Credibility of Asylum Claims. EU and UK Approaches Examined», *op. cit.*, p. 85.

El TEDH, y la propia normativa comunitaria, otorga una autoridad incontestable a los informes del Alto Comisionado. Con su utilización en el procedimiento, le reconoce capacidad para ejercer un control indirecto de la política de los Estados miembros respecto a los refugiados que están bajo su jurisdicción, al mismo tiempo que, en términos generales, sobre la protección debida de derechos humanos.

«Compared to other, international involvement in national legal and administrative systems, the exercise of the UNHCR's supervisory role is rather unique in this respect. In fact, it may be the only UN organisation that is directly involved in national law-making, national procedures and national decision-making».

TÜRK, Volver. «UNHCR's supervisory responsibility», *Revue Québécoise de Droit International*, 2001, p. 153.

mismos términos. El Estado no puede atender informes de forma parcial —como aquellos que, en el caso *N v. Finland*, consideraban el riesgo respecto a los oficiales de alto rango, pero sin atender a las particularidades en relación a la protección debida respecto a agentes no estatales¹⁴—.

En cuanto al grado de prueba, basta la mera posibilidad de sufrir una amenaza contraria al artículo 3 CEDH para que se disponga la credibilidad del demandante. «Probabilidad razonable», este es el grado de prueba exigido por la normativa comunitaria y que viene a corroborar la jurisprudencia de Estrasburgo. La necesidad de protección internacional es prospectiva, así, el temor del solicitante a ser perseguido o expuesto a un perjuicio grave e injustificado en el país de origen puede ser fundado si se demuestra objetivamente. El temor a ser perseguido o a sufrir un perjuicio grave puede ser fundado aunque no haya una probabilidad clara de que el individuo vaya a ser perseguido o a sufrir tal perjuicio, pero la *mera posibilidad o probabilidad remota* de que eso ocurra es una base suficiente para el reconocimiento de la necesidad de protección internacional¹⁵. Incluso el juez disidente de la *Helsinki Administrative Court*, a pesar de reconocer la falta de claridad y consistencia del relato y en atención a los informes de ACNUR (en concreto el de 1998) concluye determinar la existencia de una duda razonable que impide la devolución del Sr. N a su país de origen. En cambio la *Supreme Administrative Court* concluyó:

«(...) Even though the general security situation in Kinshasa, the capital of the DRC, is still very delicate, there is no well-founded reason to assume

¹⁴ Tanto los informes provenientes del Alto Comisionado, como los de British Home Office alertaron del riesgo que corrían los antiguos soldados que habían servido para el gobierno, con independencia de su rango:

«Among the other categories assessed to be at risk were high-ranking officers of the FAZ; members of the *garde civil* (with the exception of its commander-in-chief to whom exclusion clause in the Refugee Convention might be applicable); leading and active members of pro-Mobutu parties and other political allies (...); and Mobutu family member and close collaborators, especially those from the Ngbandi tribe or the Equateur region». 1998 Guideline, UNHCR.

«A UNHCR position paper of June 2002 urged States to exercise very serious caution in cases of involuntary return of individuals with a military profile or background (...)». 2002 Position Paper, UNHCR.

«It has to be borne in mind that in some of these armies a rank may not always mean what it does in better established armies. Particularly in DRC, a low-ranking soldier may politically have more power than a top general». 2002 Country Report. UNHCR.

«It was stated that the rank of the soldier might not always mean what it did in better established armies. It was stated that a low-ranking soldier may politically have more power than a top general, by virtue of his ethnic group and connections to influential persons». Country-of-origin assessment by British Home Office

¹⁵ COMISIÓN EUROPEA. Exposición de Motivos, Directiva de Cualificación, pp. 11-12.

that (the applicant) would face a risk of being subjected to serious human rights's violations or to inhuman or degrading treatment in his country of origin (...))»¹⁶.

Si efectivamente basta esa «duda razonable», la consideración de la *Supreme Administrative Court* no dispuso ese grado de prueba, el cual, como puede apreciarse resulta de obligado cumplimiento.

II. La «credibilidad» de una solicitud de asilo. La coherencia y consistencia del relato como criterios correctores

En virtud del artículo 4.5 de la Directiva de Cualificación:

«(...) si las declaraciones del solicitante presentan aspectos que no están avalados por pruebas documentales o de otro tipo, tales aspectos no requerirán confirmación si se cumplen las siguientes condiciones:

- a) el solicitante ha realizado un auténtico esfuerzo para fundamentar su petición;
- b) se han presentado todos los informes pertinentes de que dispone el solicitante y se ha dado una explicación satisfactoria en relación con la falta de otros elementos pertinentes;
- c) las declaraciones del solicitante se consideran coherentes y verosímiles y no contradigan la información específica de carácter general disponible que sea pertinente para su caso;
- d) el solicitante haya presentado con la mayor rapidez posible su solicitud de protección internacional, a menos que pueda demostrar la existencia de razones fundadas para no haberla presentado así; y
- e) se ha comprobado la credibilidad general del demandante»¹⁷.

La finalidad del entero procedimiento que regula el artículo 4.5 no es otra que la de constatar la credibilidad de la demanda. Se trata de un requisito *sine qua non* que da sentido al dispositivo, la condición de partida que condiciona el resto del procedimiento. Su desencadenante necesario. No se trata sólo de establecer un parámetro de control de la necesidad de protección sino que la coherencia o consistencia de la demanda resulta tan determinante que incluso se convierte en *ratio decidendi* de la decisión de interrumpir el procedimiento ordinario para la aplicación de aquel de carácter

¹⁶ *N. v. Finland*, para. 64.

¹⁷ Criterios similares pueden observarse en la jurisprudencia americana: «The Court is to determine whether the applicant's story is believable, consistent, and sufficiently detailed to provide a plausible and coherent account of the basis of his fear». Ver, *inter alia*, In re Dass, 20 I. & N. Dec. 120, 124 (BIA 1989). *Apud*. HEEBNER, K.A.D., «Protecting the truly persecuted: restructuring the flawed asylum system», *op.cit.*, p. 570.

«acelerado» —art. 23.4.g de la Directiva de Procedimiento¹⁸. La «credibilidad» de una demanda de asilo es un concepto indeterminado en derecho, un supuesto de difícil concreción *a priori*. Los criterios interpretativos pueden ayudar a modo de *mapa de situación*, dejando al margen la necesaria ductilidad del fenómeno. Toda evaluación de la verosimilitud de una solicitud de asilo está sujeta a una determinación *ad hoc*, supeditada a circunstancias históricas que irán marcando sus coordenadas en cada caso concreto.

La norma dispone una presunción de veracidad aplicable a los casos en los cuales resulta imposible aportar pruebas que avalen la amenaza de persecución. De esta forma pretende el legislador aportar su propia definición de credibilidad, con una fórmula en *numerus clausus* y acumulativos, pues habrán de concurrir todos a un tiempo. «Coherencia», «verosimilitud» o «consistencia» resultan cualidades ineludibles desde el inicio del procedimiento.

La fórmula resulta conforme con el principio de proporcionalidad —en atención a las circunstancias que rodean el procedimiento de asilo— y permite el suficiente margen de apreciación, especialmente, en lo que respecta al criterio de la «credibilidad general del demandante», supuesto que obliga al órgano responsable a proceder a una evaluación en constante referencia entre el elemento objetivo y subjetivo¹⁹.

En palabras de Coffey: «The assessment of applicant's credibility has been accepted by the courts as a necessary, legitimate and sometimes determinative part of merits review»²⁰.

Dicho esto, es lógica la necesidad de encontrar estándares de interpretación, especialmente en lo que respecta al concepto indeterminado de la «credibilidad general del solicitante». Pero no es menos cierto que la realidad no se deja encerrar en las reglas de la lógica formal. No siempre es posible predeterminar la conducta o la decisión del órgano que ha de resolver. Si a ello le añadimos que la norma puede legítimamente renunciar, *a priori*, a delimitar por completo un concepto legal o una pauta de conducta y, paralelamente, otorgar un margen de apreciación mayor al órgano llamado a resolver, las dificultades son evidentes. De hecho, el último caso en el que se

¹⁸ Las alegaciones incoherentes, contradictorias, inverosímiles o insuficientes se convierten en presupuesto de hecho para la aplicación de un procedimiento acelerado en el examen de las solicitudes de asilo.

¹⁹ En el caso *Abovian v. INS*, las autoridades decidieron conceder la solicitud de asilo en tanto en cuanto el relato había sido consistente y no había prueba en contrario del mismo, y ello a pesar de que, en opinión de algunos autores, se tratara de un relato poco creíble. En concreto se determinó: «(...) independent corroborative evidence is not required from asylum applicants where their testimony is unrefuted». HEEBNER, K.A.D., «Protecting the truly persecuted: restructuring the flawed asylum system», *op.cit.*, p. 567.

²⁰ COFFEY, G.: «The Credibility of Credibility Evidence at the Refugee Review Tribunal», *op. cit.*, p. 379.

ha pretendido una definición expresa del concepto, ha provocado resultados excesivamente restrictivos y contrarios al principio de proporcionalidad. La británica *Asylum and Immigration, Treatment of Claimants Act* de 2004 dispone presunciones de evidencia no razonable. Así, determina la credibilidad en relación a criterios pretendidamente neutros como: contar con pasaporte válido o contestar a las preguntas con «autoridad», condiciones que, en definitiva, no son eficaces para la consecución del objetivo de determinar la veracidad del relato, ignoran el necesario relativismo cultural y resultan, en general, excesivamente restrictivas²¹.

El órgano se halla investido de amplias facultades de apreciación en virtud del sistema establecido por el propio Derecho internacional de los Refugiados. Cuáles sean los estándares de su contenido es algo que no se avanza por la norma de Derecho derivado y ni siquiera puede extraerse sin más del Derecho internacional, salvo de forma indirecta de las recomendaciones de ACNUR.

El Alto Comisionado no determina qué comportamientos pueden disponer la credibilidad del demandante, sino que, en una redacción en negativo, subraya aquellos supuestos, los cuales, por sí mismos no pueden motivar la falta de credibilidad²².

En primer lugar, debe quedar al margen de toda apreciación arbitraria el hecho de que el solicitante muestre dificultades para contestar al examinador. Debido a las experiencias traumáticas que ha podido sufrir, existen muchas posibilidades de que no se encuentre en condiciones de hablar libremente o conserve recelos de cualquier autoridad. Puede ser, por tanto, que no se atreva a hablar francamente y hacer una relación completa de su caso.

²¹ *Asylum and Immigration, Treatment of Claimants, Act 2004*, s.8.3.e). El hecho de no contar con pasaporte válido o su destrucción sin una causa justificada o el mero hecho de no tener una explicación razonable a determinadas cuestiones que pudiera formular el examinador se considera en perjuicio de la credibilidad del demandante. Como critica Thomas, estos requisitos y, en especial, la presunción de veracidad que se pretende disponer de todo sujeto que, durante la evaluación de la solicitud, conteste con autoridad, no pueden considerarse indicios de credibilidad: Ver: THOMAS, R. «Assessing the Credibility of Asylum Claims. EU and UK Approaches Examined», *op. cit.*, p. 93.

El juez Gray J. en la sentencia *Kathiseran v. Minister for Immigration and Multicultural Affairs* (1998), llama la atención sobre cómo «the assesment of demeanour in the context of cross-cultural communication, where the applicant speaks through an interpreter, where the applicant comes from a culture with norms of verbal and non-verbal expression that the Tribunal member is unfamiliar with, where the applicant is in a subordinate position to the member and may have been subject to abuse and torture by authorities in his or her own country. It is all easy for the subtle influenced but nonetheless decisive bias». COFFEY, G.: «The Credibility of Credibility Evidence at the Refugee Review Tribunal», *op. cit.*, p. 387.

²² ACNUR. *Nota sobre la Carga y el Mérito de la Prueba en las Solicitudes de Asilo*, *op. cit.*, para. 9. *Manual de Procedimientos y Criterios para la determinación de la condición de refugiado*, *op. cit.*, para. 198 y 199, p. 54.

En segundo lugar y en relación a la existencia de lagunas en el relato, se hace necesario atender al lapso de tiempo transcurrido o la intensidad de los sucesos pasados, factores que pueden resultar determinantes a la hora de recordar con suficiente precisión todos los detalles de los acontecimientos ocurridos; de este modo cabe la posibilidad que el solicitante sea vago o impreciso al proporcionar detalles específicos de los hechos²³. Las declaraciones inexactas no son de por sí motivo para denegar la condición de refugiado y es responsabilidad del examinador evaluar esas declaraciones «a la luz de todas las circunstancias del caso».

Por último y como añadido de la sentencia en el caso *N v. Finland*, la Corte en virtud del carácter absoluto del artículo 3 CEDH, dispone que la valoración del riesgo no se vea perjudicada por la naturaleza del trabajo del solicitante en el DSP, ni por las faltas cometidas en el país de acogida²⁴. Efectivamente, lo que debe estar fuera de toda interpretación o margen de apreciación estatal es que estas personas se hallan protegidas contra toda devolución que pudiera violar el principio de *non refoulement*, el cual, en virtud del artículo 3 CEDH y del Convenio contra la Tortura, resultan en un derecho a no ser devueltos al país del que pudiera temerse que sufran tortura o trato inhumano o degradante, para lo que se cuenta con una importante jurisprudencia que lo avala. Esta obligación que deviene norma consuetudinaria y, al menos en Europa, puede predicarse su carácter de *ius cogens*, no admite derogaciones o excepciones de ningún tipo —por muy aberrante que nos puedan resultar las actividades del Sr. N.—. Es por ello por lo que, en palabras de la Corte, la protección que brinda el artículo 3 CEDH es superior a la ofrecida por el artículo 33 del Convenio de Ginebra de 1951²⁵.

En definitiva, el criterio base que se extrae, tanto de las recomendaciones de ACNUR como de la jurisprudencia de Estrasburgo se puede sintetizar en lo siguiente: ningún criterio, por sí sólo, puede ser «determinante». Toda exigencia de coherencia y consistencia ha de verse atemperada por las

²³ «In fact, from a clinical point of view, delayed disclosure of traumatic persecution is entirely consistent with the reality of that event». COFFEY, G.: «The Credibility of Credibility Evidence at the Refugee Review Tribunal», *op. cit.*, p. 415. El autor es psicólogo clínico.

²⁴ *N v. Finland*, para.166. En las conclusiones de las autoridades finlandesas no se hace constar que estos hechos mermen la credibilidad general del demandante, pero sí afectan a su condición de persona merecedora de protección internacional. La Corte recuerda, sin embargo, que las cláusulas de exclusión y cesación del Convenio de Ginebra son inaplicables en caso de que la devolución del demandante pudiera correr un riesgo prohibido por el artículo 3 CEDH.

²⁵ Artículo 33.1: «Ningún Estado contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de 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».

especiales circunstancias que rodean toda solicitud de asilo. Si bien se echa en falta una disposición que hiciera acopio de estos límites en la Directiva —en concreto, aquella que tomase en consideración las especiales circunstancias de vulnerabilidad en las que se halla el demandante—, no cabe duda de su carácter jurídicamente vinculante en todo caso.

III. Los «indicadores de persecución» en virtud del Derecho internacional de los refugiados y la jurisprudencia del TEDH

Los indicadores de persecución clásicos tienen que ver, a nivel subjetivo con el hecho de haber sufrido persecución previamente a la huida, así como a nivel objetivo, con la inestabilidad del Estado de origen. De esta forma, ACNUR determina:

«Los elementos que corresponde tener en cuenta son, en particular, si el solicitante ha sufrido persecución u otras formas de maltrato previamente y las experiencias de parientes y amigos del solicitante, como así también otras personas que se encontraran en su misma situación».

«En cuanto al país de origen, los elementos pertinentes a la situación imperante incluirán: condiciones socio-políticas generales, situación de derechos humanos y antecedentes que existieran al respecto; legislación nacional, políticas o prácticas de los agentes de persecución, en particular hacia personas que se encuentran en situación similar a la del solicitante, etc.»²⁶.

No obstante, ni el Convenio de Ginebra ni el Protocolo Adicional requieren que el refugiado haya huido en razón de la persecución o que ésta se haya producido fehacientemente. Se trata de un temor de futuro. Corresponde, pues, comprobar si hay suficientes indicios que permitan pensar que el retorno al país de origen puede suponer una amenaza para el solicitante de asilo. La credibilidad del solicitante y el peso de la evidencia son, así, de una importancia crítica²⁷.

Por lo que respecta a la valoración de las circunstancias del país de origen, las diferentes instancias nacionales que atendieron la demanda en el caso *N v. Finland* se basaron en la firma del Tratado de paz, como indicador de la mejora en la situación de la República del Congo, y por tanto, dispusieron posibilidades remotas de sufrir persecución bajo su égida. La Corte no hace ninguna valoración sobre la efectividad del Acuerdo de paz. Utiliza

²⁶ ACNUR. *Nota sobre la Carga y el Mérito de la Prueba en las Solicitudes de Asilo*, op. cit., para. 19.

²⁷ GOODWIN-GILL, G.S. *The Refugee in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 349.

informes del Alto Comisionado y otros entes (sin especificar) que alertan sobre factores de riesgo relativos a la etnia de los soldados, conexión con personas influyentes del antiguo régimen y sobre las actividades de infiltrados e informantes de las fuerzas armadas especiales del Presidente Mobutu, las cuales, puede que no sufran una amenaza por parte de las autoridades gubernamentales, pero sí de «particulares» —a menudo familiares de antiguos disidentes del régimen que fueron delatados— que persigan venganza. En la consideración del riesgo procedente de actores no estatales, la Corte exige dos requisitos fundamentales: existencia de un «riesgo real»; y que las autoridades «no sean capaces de evitar el riesgo proporcionando la protección adecuada». De esta forma, se reproducen los parámetros exigidos, en general, por la jurisprudencia de Estrasburgo y que, de igual forma, se recogen en la norma de Derecho derivado.

Por lo que se refiere a las obligaciones que asisten a los Estados en virtud del CEDH, si bien tienen derecho al control de la entrada, residencia y expulsión de extranjeros —siempre de conformidad con el Derecho internacional y sus obligaciones convencionales—, existe la obligación de no extraditar cuando exista un «riesgo real» de que la persona pueda ser tratada de forma incompatible con el artículo 3 en el país de destino (*vid. para. 158: N v. Finland*). En una aplicación sistemática del artículo 1 y 3 del CEDH, el Tribunal ha afirmado que los Estados tienen la obligación de adoptar medidas destinadas a asegurar que todo individuo bajo su jurisdicción no sea sometido a torturas o a tratos inhumanos o degradantes, incluso cuando los malos tratos sean administrados por agentes ciudadanos particulares²⁸.

En lo que respecta a las obligaciones comunitarias, la Directiva de Cualificación da cobertura a nivel europeo a la práctica de la mayoría de los Estados miembros según la cual el temor a ser perseguido o sufrir un perjuicio injustificado grave puede emanar de agentes no estatales cuando el Estado no pueda o no quiera ofrecer protección efectiva²⁹. Como afirmó la Comisión en la Exposición de Motivos de la Directiva de Cualificación, «la fuente de la persecución o del perjuicio injustificado grave se considera irrelevante. La cuestión relevante es si un solicitante puede obtener o no protección efectiva contra el perjuicio, o la amenaza de perjuicio, en el país

²⁸ Casos: *H.L.R. contra Francia*, de 29 de abril de 1997; y *A contra Reino Unido*, de 23 de septiembre de 1998.

²⁹ Artículo 6 c) de Directiva de Cualificación:

«Agentes de persecución o causantes de daños graves podrán ser, entre otros: c) agentes no estatales, si puede demostrarse que los agentes mencionados en las letras a) y b), incluidas las organizaciones internacionales, no pueden o no quieren proporcionar la protección contra la persecución o los daños graves definida en el artículo 7».

de origen. Si la persecución u otro perjuicio injustificado grave procede del Estado, entonces tal temor es fundado porque de facto no hay ningún camino viable de protección disponible en el país de origen. Si proviene de agentes no estatales, entonces el temor sólo es fundado si el Estado no quiere o efectivamente no puede proporcionar protección contra tal riesgo de perjuicio»³⁰.

De esta forma, la Alta Instancia Judicial, en una utilización de los criterios de la sentencia *H.L.R. v. Francia*, a contrario, dispone:

«The Court recalls the *H.L.R. v. France* it did not rule out the possibility that Article 3 may also apply where the danger emanates from persons or groups of persons who are not public officials. It is true that the Court went on to hold that even in such a scenario it must be shown that the *risk is real* and that the authorities of the receiving State *are not able to obviate the risk by providing appropriate protection* (...)

In these circumstances there is reason to believe that the applicant's situation could be worse than that of most other former Mobutu supporters, and that the authorities *would not necessarily be able or willing to protect him* against the threats referred to»³¹.

La ausencia de protección nacional efectiva, por falta de voluntad o incapacidad para cumplir con sus responsabilidades en la salvaguarda de derechos humanos, deviene materia de responsabilidad o interés internacional. Esta es la base del origen del Derecho de los Refugiados y ahora también para su evolución respecto a los peligros de agentes no estatales. Vuelve a ser el Estado, en definitiva, el que no proporciona la necesaria protección a sus ciudadanos. Anomalía que ha de ser corregida.

En definitiva y por lo que a la evaluación del caso se refiere, no se trata de una utilización abstracta de la información relativa al Estado de origen sino que es necesario establecer una relación constante con las particularidades del sujeto. Se requiere hacer una lectura *ad hoc*, en constante diálogo con las particularidades del caso.

Los diversos indicadores de persecución se hallan condicionados, entre otros factores, por la inercia histórica, por la evolución del propio sistema de Derecho Internacional de los Refugiados. Ha de leerse, pues, a la luz de los tiempos, siendo por tanto, criterios sujetos a determinación en función de los actuales desafíos que enfrenta todo exilio y por lo que aquí respecta también en relación a las amenazas que tienen un origen no estatal.

³⁰ Comisión Europea. Directiva de Cualificación, Exposición de Motivos, artículo 9, p. 13.

³¹ *N v. Finlandia*, paras. 163 y 164. La cursiva es de la autora.

IV. Límites al ejercicio de la discrecionalidad

La evaluación del riesgo de persecución, en tanto que estimación de futuro, no deja de tener una naturaleza especulativa y de probabilidad. Si bien pueden ser varios los factores influyentes en la determinación de los hechos por parte del operador jurídico, éste debe ajustarse, en exclusiva, a las circunstancias personales del solicitante, así como a los hechos relacionados con la situación en el país de origen. Quedan excluidos, en consecuencia, todos aquellos factores que se hallen al margen de la persecución y que pudieran ser utilizados en un abuso del poder discrecional —piénsese *inter alia* en los intereses de política exterior³²—. Discrecionalidad no quiere decir arbitrariedad y en la motivación de la resolución, ya sea administrativa o de carácter judicial, se ha de hacer referencia a las causas que, en estricta relación con las circunstancias del demandante y su país de origen, le hacen merecedor o no de la protección internacional.

De esta forma, los cambios en las condiciones del país de origen no pueden ser objeto de evaluación discrecional. El operador jurídico tiene la obligación de tomar en consideración todos los hechos pertinentes del caso y verificar, adecuadamente, los hechos alegados. En el caso *N v. Finlandia* el Estado se basa en el acuerdo de paz firmado entre las partes contendientes, *the Global and All-Inclusive Agreement on the Transition in the DRC* de diciembre de 2002, para afirmar el cambio en las circunstancias del país de origen y la ausencia de probabilidad de que se puedan producir nuevas persecuciones. Sin embargo y como ha afirmado el Alto Comisionado, aunque se produzca un cambio de régimen en el país, ello no siempre acarrea una total modificación de la actitud de la población³³. Efectivamente, el TEDH, en un estudio más exhaustivo, con informes externos y no sólo de fuentes gubernamentales, confirma el peligro.

Por otro lado y como decisión rodeada de apreciaciones subjetivas, la impresión personal que del demandante obtenga el examinador tiene una importancia inusual. No obstante, el órgano responsable no debe verse influenciado por consideraciones personales.

³² En el caso *Doherty v. INS* el *Second Circuit* consideró que el uso del poder discrecional por parte del órgano fue abusivo en cuanto se basó en consideraciones de «política exterior». No obstante, la autora advierte que en ausencia de una decisión definitiva por parte del Tribunal Supremo americano, los jueces no tienen prohibido hacer uso de consideraciones relacionadas con estos intereses u opiniones políticas. HEEBNER, K.A.D., «Protecting the truly persecuted: restructuring the flawed asylum system», *op. cit.*, p. 563.

³³ ACNUR. *Manual de Procedimientos y Criterios para la Determinación de la Condición de Refugiado*, *op. cit.*, para.136, p. 34.

«(...) el examinador tiene que aplicar los criterios con espíritu de justicia y comprensión, y en su juicio no debe influir, huelga decirlo, la consideración personal de que el solicitante sea un “caso indigno de atención”»³⁴.

Thomas considera que, a pesar de la advertencia del Alto Comisionado, «decision-maker’s own sense of the moral worthiness or deservingness of an individual claimant relative to the importance of maintaining immigration control may in practice perform a decisive or at least significant role in decision-making»³⁵.

Como las Cortes británicas han reconocido, lo que el órgano responsable hace con el material que se le ha presentado no deja de ser «own conscientious judgement»³⁶.

Consideraciones finales: los Principios Generales

Como se ha podido comprobar en las páginas anteriores, la determinación de la condición de refugiado resulta un ejercicio de una enorme dificultad que implica tareas tan dispares como «Fact-finding in regard to foreign countries, cross-cultural and interpreted examination of witnesses, ever-present evidentiary voids, and a duty to prognosticate potential risks rather than simply to declare the most plausible account of past events»³⁷. En este contexto, determinar la veracidad de los hechos en los casos en los que resulta imposible aportar una prueba fehaciente de la persecución agrava las dificultades, al tiempo que implica una potestad discrecional especialmente sensible a vaivenes políticos.

No obstante, en este estudio se ha pretendido subrayar la existencia de obligaciones ineludibles que asisten al órgano responsable de adoptar la decisión y que vienen, así, a corregir el excesivo margen de apreciación. La credibilidad de la demanda, su consistencia y coherencia, tanto de carácter interno como externo, habrá de motivarse en relación a las obligaciones procedimen-

³⁴ ACNUR. *Manual de Procedimientos y Criterios para la Determinación de la Condición de Refugiado*, *ibid.*, para. 202.

³⁵ THOMAS, R. «Assessing the Credibility of Asylum Claims. EU and UK Approaches Examined», *op. cit.*, p. 86.

El *Chief of Justice of the High Court* de Australia observó que: «(...) decisions as to credibility are often based upon matter of impression, and an unfavourable view taken upon an otherwise minor issue may be decisive». COFFEY, G.: «The Credibility of Credibility Evidence at the Refugee Review Tribunal», *op. cit.*, p. 378.

³⁶ *Kuranakaran*, n.º 3, 479 (Sedley LJ). *Apud.*, THOMAS, R. «Assessing the Credibility of Asylum Claims. EU and UK Approaches Examined», *op. cit.*, p. 86.

³⁷ COFFEY, G.: «The Credibility of Credibility Evidence at the Refugee Review Tribunal», *op. cit.*, p. 414.

tales y los indicios de persecución, siempre atemperados por las especiales circunstancias de vulnerabilidad que rodean este tipo de demandas —en aplicación del principio de justicia y comprensión—. Todo ello, además, habrá de hacerse sin perder de vista que en último extremo se ha de aplicar el *principio del beneficio de la duda*. Sorprende de manera especial la ausencia siquiera de algún considerando en la norma de Derecho derivado relativo a la ineludible aplicación de este principio, desajuste que podrá controlar el TEDH³⁸.

En definitiva, los principios generales son los que han de determinar el peso de la balanza, en una aplicación finalista, a modo de guía o pauta. La credibilidad de una demanda de asilo no es más que un criterio de racionalización en el ejercicio de determinación de la condición de refugiado. Se trata de un presupuesto legitimante siempre a expensas del resto de criterios, de las circunstancias del caso tanto de carácter subjetivo como objetivo.

Un adecuado ejercicio de la obligación de investigación que ha de ejercer todo órgano estatal lograría paliar muchas de las dificultades que entraña un concepto indeterminado como el de la credibilidad. Como ha señalado el profesor Hathaway:

«Further investigation may dispel doubts about credibility by explaining, for example, discrepancies between the applicant's account and country information, internal inconsistencies in the applicant's submission, or delays in the applicant's disclosure of crucial evidence. Expert evidence may explain why an apparently uncreditworthy presentation at a hearing is explicable in terms of cultural, linguistic, educational, psychological, medical or other factors. Further investigation may also of course confirm that fabrication or exaggeration has occurred».

Una investigación exhaustiva y contrastada se convierte, así, en pieza central del procedimiento —criterio decisivo igualmente en el caso *N. v. Finland*—, requisito de obligado cumplimiento —incluso en los procedimientos acelerados— cuyo rigor reflejará la calidad del proceso integrador y las perspectivas de futuro del derecho de asilo en la Europa comunitaria.

³⁸ «Puede suceder que después de haber hecho el solicitante un auténtico esfuerzo para acreditar la veracidad de su declaración todavía falta comprobar algunas de sus afirmaciones. Como se ha explicado antes (párrafo 196), es casi imposible que un refugiado “pruebe” en todos sus puntos los hechos expuestos, y si ello fuera condición indispensable la mayoría de los refugiados no verían concedida su condición de tales. De ahí que suela ser necesario conceder al solicitante el beneficio de la duda.

Por otra parte, el beneficio de la duda no debería concederse más que cuando se hayan obtenido y comprobado todos los elementos de prueba accesibles y el examinador esté convencido de la credibilidad general del solicitante. Las declaraciones del solicitante tienen que ser coherentes y verosímiles, y no estar en contradicción con los hechos conocidos».

ACNUR. *Manual de Procedimientos y Criterios para la Determinación de la Condición de Refugiado*, op. cit., paras. 203-204.

La inmigración y el mercado de trabajo en la Unión Europea

Lorenzo Cachón Rodríguez

Profesor titular de Sociología, Universidad Complutense de Madrid

Sumario: Introducción.—1. La historia: las mutaciones del sistema migratorio europeo y el mercado de trabajo.—2. La situación actual: actividad, empleo y paro de los inmigrantes en la UE.—3. Las políticas: de los retos al cambio de las prácticas.

Resumen: El artículo caracteriza el actual proceso inmigratorio experimentado por la Unión Europea, describe su impacto en el mercado de trabajo de los Estados miembros, y revisa las políticas comunitarias formuladas al respecto. Con este objeto, en el artículo se describe la participación relativa de los trabajadores inmigrantes a través de los indicadores básicos del mercado de trabajo, prestando atención a su distribución por ramas de actividad y países. Finalmente, se analizan los riesgos de discriminación socio-laboral por motivos étnicos y se expone las principales medidas adoptadas por las instituciones comunitarias para prevenir las prácticas discriminatorias.

Palabras clave: Inmigración, mercado laboral, Unión Europea, discriminación, políticas de integración.

Abstract: *The paper deals with the current migratory process experienced by the European Union, describes its impact on the labour market of the member states and revises the Union policies formulated with regard to this issue. The paper, therefore, describes the relative participation of the immigrant workers through the basic indicators of the labour market, paying attention to its distribution by activity branches and countries. Finally it analyses the socio-labour discrimination risks for ethnic reasons and presents the main measures adopted by the Community institutions in order to prevent discriminatory practices.*

Key words: *Immigration, labour market, European Union, discrimination, integration policies.*

Introducción

El trabajo ocupa un lugar central en la vida de las personas y en las motivaciones de los procesos migratorios. El trabajo: es decir, su búsqueda, su ausencia, su precariedad, sus condiciones actuales o deseadas. Pero no en todos los procesos migratorios se da esta centralidad del trabajo y de la búsqueda de una mejora de las condiciones de vida. Hay procesos en los que

las motivaciones son distintas. Tilly (1978) señala que hay tres factores que han sido decisivos en las migraciones de larga distancia desde el inicio del capitalismo: la cambiante distribución geográfica de las oportunidades de empleo; los desequilibrios demográficos y las alteraciones de las diferencias regionales del crecimiento natural; y la acción y las políticas de los Estados-nación.

Las migraciones económicas son una parte fundamental de los procesos migratorios contemporáneos. Estas migraciones pueden ser estables (que buscan, o de hecho acaban siendo sedentarias), temporales o estacionales y cualquiera de las tres puede ser de trabajadores y trabajadoras cualificados o menos cualificados. En según qué países y momentos históricos priman migraciones económicas de uno u otro tipo. Detrás de cada una de ellas hay realidades socioeconómicas, políticas migratorias y contextos de acogida muy diferentes. En algunos casos estas migraciones se producen de modo irregular, es decir, sin respetar los procesos formales establecidos para acceder a un territorio con la intención de trabajar o crear un negocio.

Pero además de las migraciones económicas, en la actualidad tienen mucha importancia otros flujos migratorios que no son, o al menos no lo son directamente, económicos. Son movimientos de población que derivan de la reagrupación familiar, de procesos de asilo y refugio, o de estancias por estudios.

En nuestro tiempo las migraciones se van haciendo más complejas porque se entrecruzan los distintos elementos. Por ejemplo, frente a la tradicional distinción entre migraciones «económicas» (de trabajadores y sus familias) y «políticas» (de refugiados y asilados), la Organización Internacional del Trabajo comenzó a hablar hace unos años de «refugiados económicos». Por tanto, desde el punto de vista analítico, el estudio del mercado de trabajo es necesario para comprender los procesos migratorios pero no es una perspectiva única ni suficiente. Hace falta comprender los procesos familiares, educativos, culturales, de vivienda, etc. para comprender el «hecho migratorio».

Tampoco desde el punto de vista teórico son suficientes los planteamientos de las teorías de la segmentación del mercado de trabajo para entender los fenómenos migratorios. Hace falta integrar estos planteamientos dentro en una teoría más general de la emergencia y de la consolidación de los flujos y de los procesos de asentamiento de las migraciones que podría ser resultado de la síntesis de algunos de los planteamientos teóricos actuales (como han hecho Massey, Arango y otros 1998). Estos autores proponen una explicación sintética a partir de cuatro esquemas interpretativos de la *iniciación* de procesos de migraciones internacionales como son la economía neoclásica (Todaro, Borjas), la nueva economía de la migración (Stark), la teoría del mercado dual de trabajo

(Piore) o la teoría del sistema mundial (Wallerstein, Sassen) y de otras teorías que abordan la *consolidación* de las dichas migraciones como las teorías de las redes o del capital social (Massey) y la de la causación acumulativa (Massey).

Desde esta perspectiva sintética convendría recordar que «la migración internacional tiene su origen en procesos de desarrollo económico y de transformación política en el contexto de una economía de mercado en proceso de globalización (teoría del sistema mundial)»; y que «en las naciones centrales, el desarrollo postindustrial lleva a una bifurcación del mercado de trabajo, creando un sector secundario de empleos mal pagados, en condiciones inestables y con escasas oportunidades de progreso (teoría del mercado dual de trabajo). Esta bifurcación es particularmente aguda en las ciudades globales, donde la concentración de pericia empresarial, administrativa y técnica, conduce a una concentración de rentas y a una fuerte demanda auxiliar de servicios con salarios bajos (teoría del sistema mundial). Puesto que los nativos rehúyen los empleos del sector secundario, los empleadores se valen de trabajadores inmigrantes y a veces, mediante la captación, desencadenan directamente los flujos migratorios (teoría del mercado dual de trabajo)» (Massey, Arango y otros 1998). A esto habría que añadir un elemento planteado, entre otros, por Portes y Böröcz (1998): «La emergencia de flujos (...) requiere una penetración previa de las instituciones de la nación Estado más fuerte sobre aquellas de las naciones emisoras más débiles».

En los estudios de la migraciones (laborales) hay dos *momentos* en los que los planteamientos de las teorías de la segmentación del mercado de trabajo pueden tener gran utilidad heurística:

1. Para explicar el inicio de un proceso migratorio por el (creciente) desajuste entre el tipo de empleos ofertados y los empleos «aceptables» en los países receptores (como un factor que pone al país acogida en el mapa migratorio como un posible destino y que luego actúa como un factor de atracción)
2. Para explicar la ubicación/distribución de los trabajadores inmigrantes en las posiciones laborales y sociales en los países de acogida y la aparición de fenómenos de etnoestratificación e incluso de división étnica del trabajo.

Abordar el análisis de la inmigración desde su relación con el mercado de trabajo de los países de acogida implica, además de las limitaciones teóricas señaladas, otras dos es preciso reflejar:

- Una limitación *analítica*, puesto que, por una parte, no tomamos en consideración más que el punto de llegada y no las características del mercado laboral de partida y, por otra, olvida que no todos los movimientos migratorios derivan de consideraciones laborales sino que

otros componentes (reagrupaciones familiares o refugiados) tienen una importancia notable y una incidencia sobre los mercados de trabajo.

- Y también hay en este planteamiento una limitación *política* porque pone el acento en el carácter instrumental de la inmigración (y de los inmigrantes) y olvida lo que señalaba Max Fisch «Queríamos mano de obra y llegaron personas». Un debate sobre la inmigración debería abarcar la dimensión política y los derechos humanos para superar la «herida original de las políticas de inmigración» (Lucas 2002). Ese debate puede (debe) comenzar por el estudio de la inmigración y mercado de trabajo pero no puede cerrarse ahí.

1. La historia: las mutaciones del sistema migratorio europeo y el mercado de trabajo

En línea con planteamientos clásicos en el análisis de las migraciones internacionales, podemos definir un «sistema migratorio» como «la asociación, dotada de cierta vocación de permanencia y acompañada de un denso tejido de interrelaciones de diversos órdenes, que se establece entre una región receptora de inmigración y un conjunto de países emisores de emigración» (Arango 1993). Según esta concepción, desde la Segunda Guerra Mundial se han ido constituyendo los cuatro grandes sistemas migratorios existentes en la actualidad a nivel mundial: el norteamericano, el de la región Asia-Pacífico, el del Golfo Árabe y el europeo. Pero hay que señalar que se producen muchos e importantes movimientos migratorios a nivel regional, como es el caso de América Latina.

La Segunda Guerra Mundial ocasionó, además de grandes pérdidas humanas, importantes transferencias de población en Europa. La postguerra también produjo movimientos muy importantes de población dentro del continente y recomenzó con fuerza la emigración transoceánica, sobre todo en algunos países del sur de Europa (como fue especialmente el caso de Italia). En esos años todavía no existía el «sistema migratorio europeo» porque Europa seguía siendo el polo de emisión de emigrantes en el sistema americano. Pero en los años siguientes se van a producir varias mutaciones en la situación de esta Europa históricamente emigrante desde la configuración del norte de Europa como polo de inmigración en los años 50 del siglo xx hasta la transformación de los países del sur y del este de Europa como zonas de inmigración.

En el proceso de formación de esa Europa inmigrante van a jugar un papel clave los déficits de mano de obra y los desajustes del mercado de trabajo (en algunos momentos, zonas y sectores) y el proceso de envejecimiento de

las poblaciones europeas. Aunque otros factores más ligados a los países de origen han tenido importancia en algunos flujos de inmigrantes.

La constitución del sistema migratorio europeo

La *primera mutación* es la que va a constituir el «sistema migratorio europeo» con un polo emisor en los países del sur de Europa y del Mediterráneo y un polo receptor en el centro y norte de Europa. Simultáneamente va perdiendo peso la emigración transoceánica, es decir, se debilitan los flujos europeos hacia el sistema migratorio americano.

Aunque antes de la segunda gran guerra algunos países europeos (como Francia) ya recibían flujos de inmigrantes y con el inicio de los procesos de descolonización otros países (como el Reino Unido) comienzan a recibir flujos importantes de las antiguas colonias, es a partir de los años 50 cuando algunos Estados centroeuropeos (como Alemania o Suiza) se convierten en regiones de inmigración masiva de trabajadores extranjeros con carácter temporal. Esta emigración económica, masiva, temporal y fundamentalmente masculina desde el sur hacia el centro de Europa es un fenómeno nuevo: entre 1955 y 1974 alrededor de 3,8 millones de italianos, 2 millones de españoles, 1 millón de portugueses, 1 millón de yugoslavos y 780.000 griegos emigran hacia el centro y norte de Europa. Además, algunas zonas no europeas comienzan estos años a incorporarse a este sistema migratorio como países emisores. Entre ellas destacan los países del Magreb (que se dirigen fundamentalmente hacia Francia, Bélgica y Holanda) y Turquía (cuyo destino es Alemania). Establecidos los primeros eslabones de esta «cadena migratoria», la presencia de inmigrantes árabes y turcos irá aumentando rápidamente, de tal manera que en 1987 había en Europa en torno a 2 millones de magrebíes (el 40% en Francia, el 22% en Bélgica y el 17% en Holanda) y unos 2 millones de turcos (el 80% en Alemania, el 10% en Holanda y el 7% en Francia) (véase Münz 2003).

El Cuadro 1 muestra cómo 9 de los 15 Estados miembros de la UE (hasta la ampliación de 2004) tenían flujos migratorios positivos en los primeros años sesenta: Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Holanda, Luxemburgo, Reino Unido y Suecia. Finlandia comenzará a tener flujos positivos en los primeros años 70. Sólo cinco países comunitarios tenían un saldo migratorio negativo a primeros de los años 70: Italia (que ya estaba en la UE), Irlanda (que entraría en 1973), Grecia (que lo haría en 1981) y Portugal y España (que lo harían en 1986).

Esta primera mutación se produce como consecuencia del rápido crecimiento económico industrial de los países centroeuropeos y de las necesidades de mano de obra poco cualificada. Con frecuencia los Estados organizan los desplazamientos temporales (o estacionales) de los trabajadores

migrantes en la lógica del «trabajador invitado» (*gastarbeiter* o *guest-worker*) y mediante acuerdos con los países de origen (como el firmado por la República Federal Alemana con España en 1960). Esta política de gestión de flujos migratorios de mano de obra, que no reconocía a los trabajadores como inmigrantes (permanentes) sino como mano de obra temporal, permitía cierta fluidez y los trabajadores se comportaban con frecuencia como «aves migratorias» que iban y venían de un lugar a otro. No quiere esto decir que todas las migraciones se produjeran de modo regular, como ha mostrado Sanz (2004) para las migraciones irregulares de españoles a la República Federal Alemana en este período.

Wieviorka (1992) describe al inmigrante en Francia en este período (y su caracterización es válida para el resto de los países europeos receptores): «era en general un trabajador (varón) que había llegado solo, que estaba alojado en un albergue o era sobreexplotado por un «comerciante del sueño», que residía cerca del lugar de trabajo y que ocupaba una categoría obrera definida por la posición inferior más baja en las relaciones de producción».

Durante esta etapa los flujos migratorios fueron muy sensibles al ciclo económico y a sus fases de expansión y recesión de tal manera que «hasta finales de los años 70, los flujos migratorios evolucionaron paralelamente a los indicadores coyunturales en Alemania, Países Bajos, Suecia y Reino Unido» (OCDE 2002).

La crisis de los setenta y el asentamiento de los inmigrantes

La *segunda mutación* se produce con la crisis económica que comienza a mediados de los 70. El aumento del paro en Europa va a producir un cambio notable de las políticas y de las realidades migratorias. Las políticas restrictivas que se adoptan en muchos países pueden tener (y de hecho tienen) como efecto —aparentemente— paradójico el que los inmigrantes temporales se resistan a salir del país por el miedo a no poder volver a entrar y, de ese modo, hacen permanente lo que estaba concebido como temporal. Aunque se produce un volumen importante de retornos (semivoluntarios o forzados) en algunos países, otros inmigrantes optan por asentarse y establecerse en el país de acogida. Fenece así el proyecto político-económico que hay detrás del *gastarbeiter* (Castels 1986).

En esta fase se acelera el reagrupamiento familiar y se inicia un proceso de sedentarización de los inmigrantes que llegan «a ser una parte renovada y estable de la población que introduce problemas inéditos y nuevas imágenes» (Wieviorka 1992). Las «aves migratorias mano de obra» se transforman así en seres humanos o, por decirlo con palabras de Max Frisch «queríamos mano de obra y vinieron personas». Y plantean nuevos desafíos

a las sociedades de acogida, desafíos que en gran medida se habían podido obviar en la etapa anterior.

El reagrupamiento familiar y los nacimientos de hijos de extranjeros compensaron el descenso de inmigración laboral, aunque las naturalizaciones venían a reducir el número de personas residentes catalogadas como extranjeros. Cambia notablemente la composición de la población extranjera porque aumentan la proporción de mujeres, de niños y de adolescentes. Y también comienza otro fenómeno, que antes tenía menor relevancia: la inmigración irregular porque «fronteras más cerradas llevan a aumentar el número de inmigrantes ilegales. El control de la oferta de trabajo extranjera por medios administrativos (permisos de trabajo y de residencia, etc.) sólo tiene un éxito limitado. La existencia de redes étnicas informales y la oportunidad de entrar en la sociedad de acogida como «turista» se convierte en una base esencial para la inmigración ilegal» (Fassmann&Münz 1994).

En la primera parte de los ochenta el flujo migratorio neto sigue siendo positivo en los Estados miembros que ya lo tenían, con la excepción de Bélgica y del Reino Unido que presentan saldos migratorios negativos. Pero en todos los demás el saldo migratorio es notablemente menor que en las décadas anteriores. Sólo los nuevos países de inmigración ofrecen un panorama distinto: Grecia y Portugal tienen por primera vez saldos positivos, España ofrece un saldo cero e Italia aminora su saldo negativo. En los cuatro hay un componente importante de retorno de emigrantes en este balance. Estos cambios están apuntando ya la siguiente etapa del sistema migratorio europeo (véase Cuadro 1).

La Europa del Sur se hace inmigrante

La *tercera mutación* en el «sistema migratorio europeo» comienza a producirse en los años ochenta. En los setenta los cuatro países comunitarios del sur de Europa asisten al retorno de una parte de sus emigrantes que se habían desplazado en las dos década anteriores al centro del continente. Pero en los ochenta comienzan fenómenos nuevos: retornan a Grecia un número significativo de «pontianos» (griegos de origen) con la crisis de la URSS y de otras zonas del este del Mediterráneo; en Portugal el «retorno de las carabelas» se produce en gran medida tras la Revolución de los Claveles y la independencia de las antiguas colonias (Baganha 2003). En Italia y España son transformaciones en los mercados de trabajo interiores que producen un notable desajuste en el mismo (Cachón 2002), junto con problemas económicos y sociales de países próximos geográficamente (como Marruecos) o histórica y culturalmente (como Ecuador u otros países latinoamericanos) los que están en la base del notable incremento de las migraciones hacia ellos. En esos años estos cuatro países comienzan a tener saldos migratorios positivos (véase Cuadro 1).

Cuadro 1
Migraciones netas en los Estados miembros de la Unión Europea
(1960-2002)

	Tasa de inmigración neta (promedio anual por 1.000 habitantes)					Migraciones netas por 1.000 hab. acumulado 1992-2003
	1960-64	1970-74	1980-84	1990-94	2003	
EU15	0,6	0,6	0,1	2,8	5,4	33,4
EU25	0,6	0,2	0,1	2,1	4,6	29,0
Estados miembros EU15						
Alemania	2,2	2,2	0,0	7,0	1,7	41,5
Austria	0,1	2,5	0,4	6,2	4,7	31,8
Bélgica	1,5	0,9	-0,7	1,9	3,4	23,6
Dinamarca	0,2	1,3	0,2	2,0	1,3	28,6
España	-3,5	-0,9	0,0	0,5	17,6	69,3
Finlandia	-2,5	0,3	0,8	1,8	1,1	12,2
Francia	6,5	2,2	1,0	0,4	0,9	4,5
Grecia	-4,9	-2,8	1,8	5,6	3,2	64,3
Holanda	0,4	2,0	1,0	2,7	0,4	25,9
Irlanda	-7,4	3,4	-1,9	-0,4	7,8	54,0
Italia	-1,8	-0,8	-0,5	1,9	10,4	39,6
Luxemburgo	6,6	11,2	1,0	10,5	4,7	102,5
Portugal	-8,7	-5,2	0,5	0,7	6,1	40,9
Reino Unido	1,1	-0,6	-0,2	1,3	4,4	25,1
Suecia	1,4	0,9	0,6	3,8	3,2	29,8
Estados miembros EU10						
Chequia	-1,7	-2,2	-0,6	-0,6	2,5	11,1
Chipre		-48,1	-3,4	15,8	17,2	122,3
Eslovaquia	5,2	-2,1	-1,1	-1,4	0,3	3,4
Eslovenia	-1,2	1,8	1,2	-1,4	1,8	2,3
Estonia		5,9	3,5	-14,3	0,0	-91,0
Hungría	0,1	-0,2	-1,1	1,8	1,5	18,1
Letonia	8,1	4,9	2,5	-8,6	-0,4	-65,3
Lituania	1,0	2,7	2,0	-5,0	-1,8	-60,0
Malta			-2,4	3,3	4,5	53,5
Polonia	-0,2	-2,2	-0,6	-0,4	-0,4	-4,6
Proporción de incremento de la población debido a la inmigración neta						
EU15	7,0	12,0	4,5	68,3	80,5	
EU25	6,8	3,8	3,6	58,3	84,8	

Fuente: Eurostat y elaboración propia

Así, en plena crisis económica y a pesar de sufrir elevadas tasas de paro, los países del sur de Europa se transforman en países receptores de inmigrantes; de ser «lugares de paso» o «salas de espera» para los inmigrantes norteafricanos que querían dirigirse a otros países centroeuropeos, Grecia, Italia, Portugal y España se han transformado en destino de numerosos inmigrantes del norte de África y de países más lejanos geográficamente como consecuencia del cierre de los destinos tradicionales, de su propio desarrollo económico, de la proximidad a los países emisores y de los lazos históricos y económicos intensos entre las dos laderas del Mediterráneo. Estos nuevos flujos migratorios no son sorprendentes; lo sorprendente es que no se hubieran producido con anterioridad dada la importancia histórica que han tenido los flujos de diferentes grupos de personas y objetos y en diferentes direcciones a través del Mediterráneo desde que en las vísperas del capitalismo dejara de ser aquel «desierto de olas» de que hablara Focillon. Por otra parte, no debe extrañarnos que la inmigración en estos países se produzca con frecuencia de forma de irregular dadas las características de sus mercados laborales, la importancia que en los cuatro países tiene la economía oculta (independientemente de la presencia de los inmigrantes) y el momento/contexto en que se van a comenzar a producir estos flujos.

En el caso de España y de Italia, y este argumento es también válido unos años después para Grecia y Portugal, el factor desencadenante del saldo migratorio positivo es el «factor atracción» que produce un «efecto llamada» desde la lógica de la reestructuración del mercado de trabajo que se produce esos años, de un cambio notable en el nivel de deseabilidad de los trabajadores autóctonos y de un proceso acelerado de transformación social: el desajuste (creciente) entre una fuerza de trabajo autóctona que ha ido aumentando paulatinamente su «nivel de aceptabilidad» y la demanda de trabajadores para ciertas ramas de actividad de un mercado de trabajo secundario que los autóctonos estaban cada vez menos dispuestos a aceptar porque las condiciones de trabajo no estaban a la altura de lo que consideraban aceptable. O, dicho de otra manera: a mediados de los ochenta comienza un fuerte y rápido proceso de aumento del «nivel de aceptabilidad» de los autóctonos en España e Italia que va a producir una demanda (repentina y fuerte) de trabajadores extranjeros para cubrir puestos fundamentalmente (pero no exclusivamente) en algunas ramas de actividad (y en ciertos ámbitos geográficos) que se pueden calificar como del mercado de trabajo secundario (Cachón 2003a).

Aquel incremento del nivel de aceptabilidad está relacionado con la entrada de Grecia, Portugal y España en las Comunidades Europeas, con el crecimiento económico que se experimenta en el sexenio 1986-1992, con el desarrollo del Estado de bienestar en esos años, con el aumento del nivel educativo de la población activa, con el mantenimiento de las redes familiares y con el rápido aumento de las expectativas sociales (Cachón 2002). Está relacionado también con una progresiva dualización social característica de

las «ciudades globales» donde una creciente concentración de rentas produce una fuerte demanda de servicios auxiliares de salarios bajos.

Y también la Europa del Este

La caída del muro de Berlín (1989), el derrumbe de la URSS (1991) y la guerra civil y étnica en la antigua Yugoslavia (1991-1995) forman el telón de fondo de cambios geopolíticos que marcan el final del «siglo XX corto» (Hobsbawm). Ese proceso da un paso fundamental con la entrada de 10 nuevos Estados en la Unión Europea el 1 de mayo de 2004. Transformaciones políticas, económicas y sociales muy importantes se producen en esos Estados, transformaciones que han llevado a que cinco de ellos hayan sido países de inmigración en la última década (1993-2003): Chipre, Malta, Hungría, Eslovaquia y la República Checa (esta última con la excepción de 2000-2001); que dos países que venían siendo países de emigración hayan comenzado a tener flujos migratorios positivos: Eslovenia (desde 1999) y Estonia (desde 2000); y que sólo los tres restantes (Polonia, Letonia y Lituania) sigan teniendo saldos negativos pero los dos primeros en un volumen mucho menor en los últimos años (véase Cuadro 1).

Tras estos saldos migratorios se esconden movimientos de población en dos direcciones porque «Europa central y oriental es a la vez región de acogida y de origen de trabajadores. De allí emigran a Occidente (...) Pero también recibe trabajadores que cruzan las fronteras orientales: rusos, bielorrusos, ucranianos, etc. trabajan en Chequia, Polonia o Hungría, donde ocupan empleos similares a los que ejercen los emigrantes que se desplazan a Europa oriental» (Viruela 2003).

Esta conversión de (casi todos) los países comunitarios del Este de Europa en zonas de inmigración marca, por el momento, la cuarta mutación del sistema migratorio europeo. Sistema en el que, sin embargo, las migraciones intracomunitarias son, con carácter general, poco importantes a pesar de la práctica desaparición de trabas formales (excepto en algunos países para algunos de los nuevos Estados miembros). Se ha señalado que «esta situación de atonía en los flujos de trabajadores entre los países comunitarios se sitúa como un motivo de preocupación dentro de la Unión Europea, dado que se cuestiona la constitución de un verdadero mercado único de trabajo» (Cereijo y Velásquez 2004). Para explicar esta baja movilidad se han dado diversas razones que estos autores sintetizan en cuatro: 1) Las migraciones laborales no parecen haberse producido atendiendo al potencial incremento de renta que puede conseguirse en el país de destino, sino a la renta absoluta de la que se dispone en el de origen, por lo que al superarse un determinado umbral de renta en el país emisor se limita la probabilidad de emigrar, como han defendido Faini y Venturini; 2) Para otros autores como Razin y Sadka la clave está en la generalización del Estado de bienestar en la UE que al aumentar la protección por desempleo

aumenta el salario de reserva y frena la emigración; 3) Zimmerman destaca que el alto nivel de paro ha hecho decrecer las posibilidades percibidas por los potenciales emigrantes para encontrar un puesto de trabajo en el destino; y 4) La existencia de diferencias culturales, sobre todo idiomáticas, entre los distintos Estados miembros y por eso han seguido habiendo flujos donde había colonias asentadas de emigrantes como señalan Daviri y Faini (véase Cereijo y Velázquez 2004). Algunas de estas razones son útiles para explicar también la poca movilidad de los trabajadores dentro de cada Estado miembro, lo que ocurre especialmente en algunos de ellos como es el caso de España.

Por lo que respecta a los desplazamientos intracomunitarios de los ciudadanos y trabajadores de los nuevos Estados miembros desde el 1 de mayo de 2004, hay que señalar que, como ha ocurrido con otras ampliaciones de la UE con anterioridad, por temor a importantes desplazamientos de población se estableció un período transitorio para ocho de los nuevos Estados miembros (todos, excepto Chipre y Malta) que podría prolongarse hasta 2011 (en tres fases distintas: 2004-2006; 2006-2009 y 2009-2011). Suecia ha aplicado directamente la libertad de circulación completa sin período transitorio; Reino Unido e Irlanda lo han hecho para el acceso al mercado de trabajo pero no para otros beneficios sociales; Austria, Italia, Holanda y Portugal han establecido cuotas especiales para los nuevos Estados miembros; y el resto les aplica el régimen de los no comunitarios en el período 2004-2006. Y, como en ampliaciones anteriores (por ejemplo la de España y Portugal en 1986), se puede decir que la movilidad ha sido limitada, que ha sido relativamente estable antes y después de la ampliación y que los flujos han tenido efectos positivos en la economía y en el mercado de trabajo de la UE (Comisión Europea 2006).

En el Consejo de Trabajo y Asuntos Sociales de la UE del pasado 10 de marzo España, Portugal y Finlandia han anunciado que suspenderán el período transitorio y que, por tanto, todos los ciudadanos de los nuevos Estados miembros tendrán libertad de circulación en dichos países desde el 1 de mayo de 2006. En el mismo Consejo, Alemania y Austria comunicaron que mantendrán el período transitorio al menos hasta 2009 y Francia, Holanda, Dinamarca y Grecia manifestaron que no han tomado todavía una decisión al respecto (*El País*, 11 marzo 2006).

Diferencia entre Estados miembros pero sistema migratorio común

El proceso de constitución como país inmigrante ha sido muy diverso en los distintos Estados miembros de la UE. En la mayoría de ellos las transformaciones y demandas del mercado de trabajo han jugado un papel clave en ese proceso (véase Fassmann&Münz 1994 y los artículos sobre ocho zonas europeas en el monográfico de *Migraciones*, diciembre 2003 n.º 14).

Por eso algunos observadores han planteado que el sistema migratorio europeo está compuesto de distintos subsistemas. Así, por ejemplo, Zlotnik (1992) identifica cuatro subsistemas relacionados con cuatro diferentes regímenes de política migratoria: el régimen semiperiférico mediterráneo; el régimen central continental; el régimen escandinavo y el régimen del Reino Unido-Irlanda. A estos subsistemas se podría añadir en la actualidad un quinto: los países comunitarios del Este de Europa. Pero, a pesar de las diferencias que existen entre ellos, «hay suficientes similitudes entre los países de Europa Occidental para considerarla como un sistema migratorio internacional organizado en el Tratado de Roma y unido por un orden económico y político» (Massey, Arango y otros 1998).

En contraste con Estados Unidos, se puede señalar como hacen Massey, Arango y otros (1998), que «la iniciación de la inmigración a Europa estuvo conectada muy directa y vigorosamente a los programas de reclutamiento que comenzaron en los años 50 y que continuaron hasta 1973, y que las fluctuaciones en el volumen de inmigración continúa estando fuertemente conectado con las variaciones de la demanda de trabajo».

2. La situación actual: actividad, empleo y paro de los inmigrantes en la UE

Las tres magnitudes básicas para el análisis de la situación del mercado de trabajo son la actividad, el empleo y el paro. En este epígrafe se analizan sólo las tasas de cada uno de estos parámetros y no las cifras absolutas. Se analizan siempre sobre la población de 15-64 años y a partir de datos de la Encuesta de Fuerza de Trabajo (LFS, en sus iniciales en inglés) de primavera (II trimestre) de 2002.

La actividad de los inmigrantes

La tasa de actividad (proporción de activos sobre la población de 15-64 años) en el conjunto de la Unión Europea es del 73,5% para los comunitarios y del 68,4% para los ciudadanos no comunitarios. Esta pauta de mayor actividad de los comunitarios se repite en casi todos los Estados miembros. La diferencia es especialmente pronunciada en Dinamarca, Suecia y Holanda probablemente ligado al hecho de tener una mayor proporción de asilados a los que no siempre se les permite trabajar (véase notas del Cuadro 2).

Por el contrario, los países comunitarios del sur de Europa, España, Grecia y Portugal (aunque no se conozcan los datos de paro), además de Austria (y probablemente esta pauta se repita también en Italia), los inmigrantes tienen tasas de actividad superiores a las de lo autóctonos: una diferencia que supera los 10 puntos en los dos primeros países (véase Cuadro 2). Hay dos elementos que contribuyen a este hecho: en primer lugar, la estructura de edad, porque los inmigrantes de los cuatro países del sur de Europa

tienen estructuras de edades mucho más jóvenes que los autóctonos; y, en segundo lugar, la mayor tasa de actividad que tienen todos los grupos de edad de ambos sexos. En España, por ejemplo, esto ocurre además entre los europeos no comunitarios y los latinoamericanos, tanto en varones como en mujeres, mientras que en los extranjeros del resto del mundo (que son fundamentalmente marroquíes) sólo las mayores tasas de actividad de los extranjeros se dan entre los varones (Cachón 2006).

Esta diferencia de los países del sur de Europa en relación al resto es un factor diferencial de gran relevancia y que se produce en la fases iniciales de los procesos migratorios donde priman las migraciones laborales.

Cuadro 2

Tasas de actividad, empleo y paro por nacionalidad en los Estados miembros en 2002

	Tasas de actividad		Tasas de empleo		Tasas de paro	
	Nacionales UE	No UE nacionales	Nacionales UE	No UE nacionales	Nacionales UE	No UE nacionales
EU15 (disponible)	73,5	68,4	66,4	52,6	7,1	15,8
Alemania	74,6	67,4	66,5	51,2	8,1	16,2
Austria	72,7	77,4	68,2	67,4	4,5	10,0
Bélgica	66,9	64,2	60,6	30,7	6,3	33,5
Dinamarca	81,4	62,8	77,2	49,8	4,2	13,0
España	69,3	82,7	58,3	67,1	11,0	15,6
Finlandia	79,6	76,5	69,2	54,4	10,4	22,1
Francia	72,0	68,1	63,9	43,2	8,1	24,9
Grecia	66,2	78,0	56,3	68,4	9,9	9,6
Holanda	77,8	54,3	75,3	48,6	2,5	5,7
Irlanda	69,4	Nd	65,1	58,2	4,3	Nd
Italia	Nd	Nd	Nd	Nd	Nd	Nd
Luxemburgo	66,3	Nd	64,0	57,1	2,3	Nd
Portugal	73,2	Nd	68,5	76,1	4,7	Nd
Reino Unido	77,0	67,3	72,1	57,3	4,9	10,0
Suecia	79,7	64,9	74,9	49,9	4,8	15,0

Fuente: Eurostat (LFS), Comisión Europea 2003 y elaboración propia

Tasa de empleo: ocupados de 15-64 años en relación a la población en edad de trabajar de 15-64 años;

Tasa de paro: parados de 15-64 años en relación a la población activa de 15-64 años;

Tasa de actividad: dado que Eurostat no publica datos de población activa y de población potencialmente activa por nacionalidad, la tasa de actividad se ha estimado sumando la tasa de empleo y la tasa de paro (con lo cual se hace una ligera sobreestimación de la misma).

Tasas de empleo y de paro de los inmigrantes

Si 66,4 de cada 100 comunitarios tienen un empleo, esa es la situación de 52,6 de cada 100 no comunitarios en 2002. Las tasas de empleo reproducen la pauta ya señalada con las tasas de actividad: en todos los Estados miembros se produce esa mayor tasa de empleo de los comunitarios, excepto en los países del sur de Europa: en Portugal, Grecia y España (y probablemente también en Italia) las tasas de empleo de los inmigrantes es mayor que la de los comunitarios, con diferencia que rondan los 10 puntos (véase Cuadro 2).

En el caso de las mujeres se repiten estas pautas: las tasas de empleo de las comunitarias son mayores que las de las inmigrantes (en el conjunto de la UE las primeras tienen una tasa de empleo del 58,8 por ciento y las segundas del 41,2%). Las excepciones a esta pauta son los países del sur de Europa, siendo Portugal el país donde las mujeres inmigrantes tienen una mayor tasa de empleo (63,2%). Por el contrario, los dos países donde las mujeres tienen menores tasas de empleo son Bélgica (con el 18,1%) y Francia (29,1%), probablemente ligado al peso de las mujeres árabe/musulmanas.

La tasa de paro de los no comunitarios duplican las de los comunitarios: el 15,8 por ciento de los activos no comunitarios están en paro, frente al 7,1% de los segundos. En todos los Estados miembros los no comunitarios tienen tasas de paro superiores a los comunitarios (con la excepción de Grecia, donde tienen tasas similares). Esas diferencias son muy notables en Bélgica, donde las tasas de paro de los inmigrantes son cinco veces superiores a las de los comunitarios; en Francia, Dinamarca y Suecia son tres veces superiores; en Alemania, Austria, Finlandia, Holanda y Reino Unido las tasas de paro de los inmigrantes duplican las de los comunitarios y en España son 1,4 veces mayores (véase Cuadro 2).

Los datos recogidos en el Cuadro 3 permiten apuntar otras pautas de gran relevancia en el mercado de trabajo: en primer lugar, que a mayor nivel de cualificación se produce una mayor tasa de empleo y una menor tasa de paro en todas las agregaciones de colectivos que se exponen, afirmación que está bien establecida en todas las investigaciones de mercado de trabajo; y, en segundo lugar, que a similar cualificación, como promedio, los inmigrantes tienen siempre menores tasas de empleo y mayores tasas de paro.

Las mayores tasas de paro se dan, como es bien conocido, en los colectivos con menos nivel de cualificación. Pero las diferencias entre las tasas de paro de los comunitarios y los inmigrantes aumentan con el nivel de cualificación: si en los de cualificación baja la tasa de paro de los inmigrantes es 1,9 veces superior a la de los autóctonos (19,6% frente a 10,2%) en los de cualificación media es 2,1 veces mayor (14,4% frente a 6,9%) y en los de cualificación alta es 2,6 veces mayor (11,3% frente al 4,3%). Este hecho es de gran importancia porque muestra, en promedio, un mercado de trabajo muy selectivo por criterios de nacionalidad en los estratos altos de cualificación.

Cuadro 3**Tasas de empleo y de paro de comunitarios y no comunitarios según cualificación y diversas variables en 2002**

Características	Grupos de edad	Cualificación baja	Cualificación media	Cualificación alta
TASAS DE EMPLEO				
Tasas de empleo de comunitarios				
Varones & mujeres jóvenes	15-24	31,9	55,1	62,1
Mujeres adultas	25-54	53,8	74,4	84,7
Varones adultos	25-54	81,3	88,6	93,0
Varones & mujeres mayores	55-64	35,1	44,5	61,5
Mujeres en edad activa	15-64	41,2	65,4	79,9
Varones en edad activa	15-64	61,9	77,6	86,7
Varones & mujeres edad activa	15-64	51,1	71,6	83,4
Tasas de empleo de no comunitarios				
Varones & mujeres jóvenes	15-24	30,9	48,1	52,0
Mujeres adultas	25-54	36,2	56,7	60,0
Varones adultos	25-54	68,1	76,0	78,8
Varones & mujeres mayores	55-64	27,2	46,7	49,4
Mujeres en edad activa	15-64	31,5	52,5	57,5
Varones en edad activa	15-64	56,5	70,5	76,4
Varones & mujeres edad activa	15-64	43,4	62,4	66,9
TASAS DE PARO				
Tasas de paro de los comunitarios				
Mujeres en edad activa	15-64	11,6	7,5	4,9
Varones en edad activa	15-64	9,2	6,4	3,9
Varones & mujeres edad activa	15-64	10,2	6,9	4,3
Tasas de paro de los no comunitarios				
Mujeres en edad activa	15-64	19,5	14,6	12,7
Varones en edad activa	15-64	19,7	14,2	10,2
Varones & mujeres edad activa	15-64	19,6	14,4	11,3

Fuente: Eurostat (LFS) y Comisión Europea 2003.

Los sectores de los empleos de los inmigrantes

La distribución sectorial del empleo de los inmigrantes es muy diferente en distintos Estados miembros dependiendo de la estructura sectorial de los mismos y de las condiciones de trabajo de las distintas ramas de actividad. El cuadro 4 permite tener una primera aproximación a la estructura sectorial del empleo de los inmigrantes.

Se podría decir que hay cuatro modelos en los Estados miembros (EU-15): 1) el centro europeo, en el que el sector industrial tiene un peso superior al 20% de los inmigrantes que trabajan en el sector manufacturero, pero tiene mucha importancia las ventas y otros servicios: es el caso de Alemania, Austria, Bélgica, Holanda e Italia. 2) el nórdico/anglosajón, donde el sector de salud y servicios comunitarios tiene un peso superior al 15%, y donde hostelería además de otros servicios tiene también un peso significativo: es el caso de Suecia, Dinamarca y Reino Unido (y se podría decir que el incipiente de Irlanda). 3) el del sur de Europa, caracterizado por una mayor presencia relativa de inmigrantes en cuatro ramas de actividad: construcción, servicio doméstico, hostelería y agricultura. Es el caso de España, Grecia (y Portugal) y de alguna manera también el caso de Francia que está entre el modelo centro europeo y del sur. 4) Luxemburgo ocupa un lugar singular; una característica específica de este país es el peso de inmigrantes en la administración pública (véase Cuadro 4).

Cuadro 4

Distribución del empleo de los extranjeros por sectores
(media 2002-2003)

	Agricult. y pesca	Minería, manufact. y energía	Construc.	Ventas	Hoteles y rest.	Educat.	Salud y serv comunit.	Serv. domést.	Admin.	Otros servic.
Alemania	1,1	31,6	7,3	13,1	11,1	3,1	7,3	0,6	2,3	22,5
Austria	1,1	24,9	12,3	15,2	12,2	2,8	6,5	0,5	0,9	23,6
Bélgica	0,8	21,7	8,0	15,8	7,7	4,8	8,0	0,6	6,5	26,1
Dinamarca	—	16,2	—	11,9	9,5	5,9	18,5	—	—	30,1
España	8,2	12,2	17,7	10,6	14,9	2,4	2,1	16,4	0,7	14,7
Francia	3,1	16,1	16,4	11,2	7,4	3,4	5,2	7,9	2,9	26,2
Grecia	5,1	17,1	27,9	10,8	9,4	2,1	1,9	16,3	—	9,1
Holanda	1,5	20,4	4,5	15,0	8,2	5,4	12,2	—	4,6	28,2
Irlanda	2,7	17,7	6,9	10,1	15,9	4,9	11,9	1,3	1,5	27,0
Italia	4,5	28,9	11,1	9,7	7,9	2,8	4,6	10,8	2,4	17,4
Luxemburgo	0,8	10,3	16,0	13,1	6,8	2,0	5,7	3,7	10,0	31,6
Reino Unido	0,4	11,3	4,5	11,9	11,5	7,8	14,9	1,3	3,8	33,6
Suecia	—	17,1	3,6	11,5	6,0	9,1	20,3	—	—	29,2

Fuente: OCDE (SOPEMI) 2005

El empleo de los inmigrantes en períodos de recesión

En el estudio monográfico que la OCDE (2001) dedicó al análisis de «el empleo de los extranjeros», se presentó un balance de los datos y los estudios existentes que permiten valorar los efectos a corto (y a largo) plazo de la presencia de los inmigrantes en el mercado de trabajo de los países desarrollados. El estudio se plantea que «dadas las características de la mano de obra extranjera en lo que se refiere a cualificaciones, perfil demográfico y distribución sectorial, parece poco probable que el empleo de los extranjeros desempeñe un papel especial en el equilibrio y en la dinámica del mercado de trabajo» y se hace, entre otras, las siguientes preguntas: «¿Cómo responde el empleo de extranjeros a las fluctuaciones cíclicas? ¿Son los ajustes que han de realizar los trabajadores extranjeros diferentes a los que deben hacer los autóctonos?». La conclusión general es que «los trabajadores extranjeros parecen relativamente más vulnerables (que los autóctonos) a las recesiones cíclicas», aunque no se puede responsabilizar a la inmigración de los desequilibrios del mercado de trabajo (OCDE 2001). Esa mayor vulnerabilidad se manifiesta de distintas formas:

- El empleo de los inmigrantes tiene una mayor volatilidad (que el de los autóctonos) ante las fluctuaciones cíclicas porque 1) están sobrerrepresentados en ramas de actividad muy sensibles al ciclo económico (como la construcción o el comercio); 2) es una mano de obra, en promedio, relativamente menos cualificada que la autóctona; y 3) se concentra en las categorías socioeconómicas más bajas que son también las más frágiles a la coyuntura.
- El paro afecta proporcionalmente más a los extranjeros que a los autóctonos durante las recesiones.
- Los inmigrantes están sobrerrepresentados entre los parados de larga duración.
- Los extranjeros son más propensos a crear su propia empresa, entre otras razones, por sus dificultades para acceder a empleos asalariados.

3. Las políticas: de los retos al cambio de las prácticas

En la actualidad, el sistema migratorio europeo ha de responder a desafíos notables. Unos derivan de las turbulencias que el «nuevo desorden mundial» (Hobsbawm 1995) ha introducido en los campos migratorios, especialmente en el europeo. Otros desafíos provienen del envejecimiento de la población europea, como ha puesto de relieve la Comisión Europea (2005a) en el Libro verde sobre los cambios demográficos, y de las necesidades de mano de obra que tienen los mercados de trabajo europeos, tanto de trabajadores cualifica-

dos en algunas ramas de actividad como de menos cualificados en otras¹. Las políticas de incorporación al mercado laboral de una mayor proporción de la población potencialmente activa interna, como se ha marcado en los objetivos de Lisboa desde el año 2000 (Cachón 2004a), no serán suficientes para cubrir la demanda del mercado de trabajo y se necesitarán políticas proactivas que ordenen los flujos de inmigrantes que el mercado demanda. En consecuencia, otro de los desafíos será la elaboración de una política comunitaria de gestión de las migraciones económicas, cuya reflexión ha recibido un tímido impulso con el Libro verde de la Comisión Europea (2004). Pero no se puede cerrar esta relación de desafíos sin señalar el que es la clave de bóveda de la política común de inmigración y asilo: las políticas de integración de los inmigrantes en la línea marcada por los «Principios comunes básicos sobre integración», aprobados en el Consejo de Ministros de Justicia e Asuntos de Interior el 19 de noviembre de 2004.

El año 2003 la Comisión Europea presentó una importante Comunicación sobre «*Inmigración, integración y empleo*» [COM(2003)336] en la que ofrece una panorámica general de la problemática de la inmigración en la Unión Europea, de los retos que están planteados y de las orientaciones y prioridades que deberían tener las políticas de cara al futuro inmediato (Comisión Europea 2003a).

Discriminación de los inmigrantes en los mercados de trabajo

La discriminación es uno de los problemas fundamentales que sufren los inmigrantes en distintas esferas de la vida social en las sociedades de acogida. Pero el campo del empleo y el trabajo es un terreno especialmente sensible y eso explica en que en distintas instancias internacionales como la OIT o supranacionales como la UE se hayan aprobado disposiciones específicas para promover la igualdad de trato en estos ámbitos.

La discriminación debe ser incluida entre las «formas elementales de racismo» (Wieviorka 1992) juntamente con la segregación con la que a veces se combina y de la que en ocasiones no resulta fácil distinguir porque ambas prácticas se alimentan y complementan. Se suelen distinguir tres dimensiones del racismo: el racismo como prejuicio (estereotipos, opiniones, creencias, etc.); el racismo como prácticas (discriminaciones, segregación,

¹ Las proyecciones de población de Eurostat en 2006 (en su línea básica) prevén, por ejemplo, que la población potencialmente activa (15-64 años) de la Unión Europea (EU-25) descenderá en 52 millones de personas (un 17 por ciento) entre 2004 (307 millones) y 2050 (255 millones) a pesar de hacerlo con una hipótesis de 40 millones de inmigrantes netos en ese período (Lanzieri 2006).

violencias, etc.); y el racismo como ideología (teorías, doctrinas, visión del mundo). Pero numerosas investigaciones han mostrado que no hay una relación automática entre prejuicios y comportamientos racistas (véase Poirer y Vourc'h 1998). En nuestro tiempo la discriminación, especialmente la discriminación racial o étnica, es una de las manifestaciones más relevantes del «nuevo racismo» (Balibar 1991).

Podemos entender por «discriminación» un trato diferenciado y desigual en diversos ámbitos de la vida social sobre un grupo (y/o los individuos que componen ese grupo por el hecho de formar parte de él) en función de uno o varios rasgos (reales, atribuidos o imaginarios), socialmente construidos como diferencias negativas en relación al grupo dominante (véase Poirer y Vourc'h 1998). Esta discriminación hay que declinarla en plural tanto por las formas de manifestarse (por ejemplo directa o indirecta), por su intencionalidad (puede ser intencional o no intencional), por ser individual o institucional (o con actores y «sin actores»), por los ámbitos donde se produce (laboral, educación vivienda u otros), por los efectos que tiene (de explotación o de exclusión), etc. Esta multitud de perspectivas hacen del estudio de la discriminación étnica un campo poliédrico. Además, su relación con otros fenómenos como la segregación, con los que está muy relacionada pero que, al menos analíticamente, conviene diferenciar, hacen aún más complejo su estudio y la lucha por la igualdad de trato.

La discriminación en la ciencia económica

En la ciencia económica la discriminación ha sido también objeto de análisis, al menos, desde el texto de G. Becker *The Economics of discrimination* publicado en 1957 y construido sobre los supuestos de la teoría del capital humano. Para Becker la discriminación se basa en el «gusto de los individuos». Este gusto del empresario le hará pagar mayores salarios a los que no pertenecen a la minoría étnica que le disgusta para evitar el contacto con ella. La discriminación aparece como un fenómeno ineficiente en términos económicos y, por tanto, Becker da por hecho que desaparecerá a largo plazo por la acción misma de los mercados competitivos, porque éstos harán no competitivos a los discriminadores, sin ninguna necesidad de intervención pública en forma de normas antidiscriminatorias. A la vista de que esta profecía no se cumple y de que la discriminación es un fenómeno que está siempre presente a lo largo de la historia del capitalismo, Arrow (1998) señala que para comprender estos procesos «debemos buscar factores fuera del mercado que influyen el comportamiento económico» como interacciones sociales (capital social) y redes de distinto tipo porque «la discriminación impregna cada aspecto de la sociedad en la que se encuentra». Y señala desde los primeros años setenta las «creencias de los agentes» como la causa de la

discriminación (los empresarios creerían que las minorías étnicas son, como media, menos productivas). Freeman (1994) habla del «grado de discriminación en el mercado de trabajo» y lo define como «las diferencias existentes entre trabajadores con cualificaciones similares, ya sean relacionadas con los salarios, el empleo o la posición ocupacional, que pueden manifestarse a través de los sesgos presentes en empresarios, trabajadores, sindicatos o consumidores». Holzer y Neumark (2000) han mostrado que algunos dispositivos puestos en marcha en la lucha contra la discriminación pueden permitir una mejora real de la situación de categorías tradicionalmente discriminadas (medida en términos de tasa de colocación de estas categorías), pero también de la de las empresas que participan en este tipo de política (medida en términos de productividad de las personas contratadas).

En *Mercados internos de trabajo y análisis laboral* Doeringer y Piore (1985) señalan que el planteamiento de Becker «resulta especialmente atractivo para los economistas (porque) sugiere que la eliminación de la discriminación aumentará la competencia (...). Sin embargo, por varias razones ese análisis no proporciona una comprensión correcta de los mecanismos de discriminación e implica un grado de armonía entre los diferentes objetivos económicos y sociales de la sociedad que es engañoso». Estos autores analizan tipos distintos de prácticas discriminatorias (en Estados Unidos) en la gestión de los mercados internos de las empresas: en los procesos de entrada en la empresa (a través de las normas de contratación, de los criterios de selección o de las prácticas de reclutamiento), en las normas de asignación de puestos de trabajo como movilidad interna, discriminación salarial o discriminaciones derivadas de prácticas sindicales. Y señalan también dos campos de actuación de la discriminación que son muy relevantes porque pueden consolidar «modos de conducta» que refuerzan los rasgos negativos que les son atribuidos a los colectivos discriminados. En esa dirección dicen que «la discriminación basada en la raza, pero también en la baja renta, funciona de dos formas. En primer lugar, en la medida en que lleva a la concentración de personas de baja renta y a su aislamiento de los miembros de otras clases sociales, facilita el desarrollo de un conjunto común de modos de conducta y los perpetúa. Las personas son privadas de otros modelos de conducta; no tienen la posibilidad de acceder a amigos y a ambientes sociales que les proporcionen otras compensaciones; encuentran los mismos tipos de actitudes en el hogar, en el trabajo, en la escuela (...). La discriminación sirve para mantener a los trabajadores en el sector secundario». Justo a esta acción de la discriminación, que podríamos calificar de estructural, hay otro campo con actores bien definidos: los supervisores o compañeros de trabajo que hagan tareas de introducción de los recién llegados. «Sin la aceptación de sus compañeros, el trabajador negro —dicen Doeringer y Piore— puede no aprender su trabajo y ser el blanco de sabotajes y hostigamiento. El rechazo por parte

del grupo de trabajo puede llevar de nuevo al trabajador desfavorecido a su grupo callejero, reforzando así sus pautas de conducta».

El examen de las discriminaciones de los inmigrantes en el mercado de trabajo es un asunto complejo. No todas las diferencias, desigualdades y desventajas que se observen entre colectivos en el mercado de trabajo pueden ser atribuidas a la discriminación. Porque, como señalan Wrench y Modood (2000), «hay un amplio conjunto de fuerzas que pueden provocar la perpetuación de la desigualdad entre los grupos originalmente migrantes y sus descendientes mucho tiempo después de que la primera generación se haya establecido y consolidado». Pero incluso en los casos en los que la discriminación es consciente e intencional es con frecuencia difícil de identificar porque se lleva a cabo de manera sutil y oculta. Algunos de estos actos discriminatorios «sólo pueden ser descubiertos a través de investigaciones específicas. Otros tipos de discriminación son no intencionados, indirectos o institucionales y en estos casos se necesitan investigaciones y teorizaciones relativamente complejas para identificar los procesos que conducen a la exclusión o desventajas de determinados grupos» (*Ibid.*).

Tipos de discriminación en el mercado de trabajo

En el examen de la situación de discriminación que sufren los inmigrantes en los mercados de trabajo de los países de acogida se pueden distinguir tres «niveles»: en primer lugar, la *discriminación institucional*, es decir, aquella que se plantea desde las normas públicas vigentes y desde las prácticas administrativas y que nos ha permitido hablar de «marco institucional discriminatorio»; en segundo lugar, la *discriminación estructural* que se produce desde los dispositivos generales del mercado de trabajo, que ofrece pistas indirectas de discriminación a través de (cuasi)evidencias estadísticas; en tercer lugar, la *discriminación en la empresa* y que se puede manifestar de distintas formas. Si las dos primeras formas de discriminación podrían ser consideradas como «discriminación sin actores», con frecuencia no declarada y sin aparecer (necesariamente) como intencionada, la tercera es una discriminación individual (con frecuencia abierta) con actores que pueden ser diversos: empresarios, intermediarios laborales, formadores, trabajadores, clientes, etc. (en Cachón 2003b pueden verse estas ideas más elaboradas y aplicadas al caso español).

La *discriminación institucional* o «marco institucional discriminatorio» habría que relacionarla con los «contextos de recepción» de que hablan Portes y Börocz (1998): (desfavorable, neutral o favorable, para todos o para determinados colectivos) porque ese marco institucional es uno de los pilares de los mismos al fijar el campo de los posibles máximos de los modos de acceso y de las políticas de integración y las prácticas (y las políticas) empresariales o sociales restringen esos campos y establecen esos «contextos de recepción».

Hemos calificado como *discriminación estructural* la que se produce desde los dispositivos generales del mercado de trabajo. No todas las diferencias entre colectivos (o individuos) que se encuentran en el mercado pueden ser atribuidas a la discriminación pero, si controlamos las otras variables que pueden influir en la situación de un colectivo como la edad, la educación, la región o zonas de la ciudad, y seguimos encontrando regularidades persistentes de desigualdad que no son explicables de otra manera, «podemos comenzar a considerar justificadamente si está operando la discriminación» (Wrench y Modood 2002). Como: la regularidad con que los inmigrantes sufren mayores tasas de paro que los trabajadores autóctonos, su concentración en determinadas ramas de actividad que reúnen peores condiciones de trabajo o el hecho de que ocupen puestos de trabajo que son conocidos en inglés como las tres *D*: *dirty*, *dangerous*, *demanding*, en japonés las tres *K* (*kitanai*, *kiken*, *kitsui*) y que en español podamos hablar de las tres *P*: *penosos*, *peligrosos*, *precarios*. Estos aspectos de la discriminación estructural en el mercado de trabajo están muy ligados a la discriminación estructural que se produce en otros dos campos como son la educación y la vivienda.

Pero más allá de la discriminación institucional y estructural, está la *discriminación en el nivel de la empresa* que se puede abordar desde distintos enfoques (véase Wrench 1996 y Wrench y Modood 2000): *discrimination testing*; investigaciones sobre actuaciones de los «porteros» (*gatekeepers*) del mercado de trabajo (como empleadores o agencias de empleo); las experiencias de los miembros de minorías étnicas o colectivos de inmigrantes; el análisis de las acciones denunciadas por los trabajadores, colectiva (a través de los sindicatos, por ejemplo) o individualmente; las intervenciones de los organismos responsables para garantizar la igualdad de trato (en los países donde existen) o las demandas presentadas ante los tribunales de trabajo.

La política comunitaria de lucha contra la discriminación

El Tratado de Ámsterdam (1999) modificó el Tratado de la Comunidad Europea (TCE) y el Tratado de la Unión Europea (TUE) y otorga nuevos y relevantes poderes a la Unión Europea en el campo de la lucha contra la discriminación. Un elemento fundamental en este campo fue la inserción de un nuevo artículo (el 13) en el TCE que dice: «Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

En base a este nuevo marco se han adoptado las dos directivas aprobadas el año 2000 y se ha aprobado un Programa de acción contra la discriminación para el quinquenio 2001-2006 (*Decisión del Consejo de 27 de noviembre de 2000 por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación (DOCE, L303, 2.12.2000)* que pretende que se pongan en marcha medidas concretas para combatir la discriminación y completar las actividades, especialmente legislativas, de la Comunidad y de los Estados miembros con los siguientes objetivos:

- mejorar el conocimiento y la apreciación del fenómeno, mediante una evaluación de la eficacia de las políticas y las prácticas aplicadas;
- mejorar la eficacia de las acciones que emprenden los agentes específicos (autoridades locales, organismos independientes, interlocutores sociales, ONG, etc.) mediante un intercambio de información y de buenas prácticas y la creación de redes europeas que podrán prevenir y actuar contra las discriminaciones;
- promover y difundir valores y prácticas que apoyen la lucha contra la discriminación (aspecto especialmente importante en la perspectiva de la ampliación).

Pero los dos instrumentos más importantes en el campo de la lucha contra la discriminación en la UE han sido las dos directivas aprobadas en 2000:

- *Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico (DOCE, L180, 19.7.2000).*
- *Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOCE, L303, 2.12.2000)*².

Estas directivas, que se aprueban en base al art. 13 del TCE a partir de una propuesta de la Comisión de noviembre de 1999, tienen una estructura y contenidos muy similares. Persiguen establecer en la UE y en todos los Esta-

² En la estela de estas dos directivas se aprobó en 2002 otra de igual importancia en cuestiones de género: Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (*DOCE, L296, 5.10.2002*). Esta Directiva está en fase de transposición en el Proyecto de Ley de garantía de la igualdad entre mujeres y hombres que el Gobierno ha presentado al Parlamento en marzo de 2006.

dos miembros un marco jurídico adecuado para luchar eficazmente contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico en los diversos campos de la vida social (Directiva 2000/43), por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad o de orientación sexual en el campo del empleo (Directiva 2000/78) o por motivos de desigualdad de trato entre varones y mujeres en el campo laboral (Directiva 2002/73 que modifica la Directiva 76/207/CEE). Si el art. 13 del TCE supuso un «enorme paso adelante comparado con el viejo TCE» (Niessen 2001), estas directivas suponen una transformación notable de los instrumentos jurídicos en la lucha por la igualdad de trato en toda la Unión Europea.

Para estas normas comunitarias, en la lucha contra la discriminación «el empleo y la ocupación son elementos esenciales para garantizar la igualdad de oportunidades para todos y contribuyen decisivamente a la participación plena de los ciudadanos en la vida económica, cultural y social, así como a su desarrollo personal» (Directiva 2000/78, considerando n.º 9), pero las políticas deben ir más allá porque «para garantizar el desarrollo de sociedades democráticas y tolerantes en las que toda persona pueda participar, con independencia de su origen racial o étnico, la actuación específica en el ámbito de la discriminación por estos motivos debe ir más allá del acceso a la actividad por cuenta propia o ajena y abarcar ámbitos como la educación, la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria, las ventajas sociales, la oferta de bienes y servicios y el acceso a los mismos» (Directiva 2000/43, considerando 12).

Si antes de estas directivas no había una definición comunitaria de «discriminación» y había que atenerse a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, estas directivas definen la igualdad de trato como la ausencia de toda discriminación, tanto directa como indirecta basada en el origen racial o étnico, o en motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual. Según estas directivas, existe discriminación *directa* «cuando, por motivo de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que haya sido o vaya a ser tratada otra en situación comparable»; y existe discriminación *indirecta* «cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios» (art. 2). Este mismo artículo incluye el *acoso como discriminación* «cuando se produzca un comportamiento no deseado relacionado con el origen racial o étnico que tenga como consecuencia atentar contra la dignidad de la persona y crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo».

La Directiva 2000/43 contra la discriminación racial o étnica incluye en su ámbito de aplicación, tanto en el sector público como privado, los siguientes ámbitos (art. 3):

- a) las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional;
- b) el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica;
- c) las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración;
- d) la afiliación y participación en una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas;
- e) la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria;
- f) las ventajas sociales;
- g) la educación;
- h) el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda.

Sin embargo, estas Directivas no impedirán a los Estados miembros emprender acciones positivas en favor de un grupo de personas determinado ni adoptar disposiciones más favorables que las que en ellas se definen.

Ambas Directivas resaltan la importancia del diálogo, tanto con los interlocutores sociales como con las organizaciones no gubernamentales. Respecto al diálogo social señalan que «los Estados miembros, con arreglo a sus propias tradiciones y prácticas, adoptarán las medidas adecuadas para fomentar el diálogo social entre los interlocutores sociales, a fin de promover la igualdad de trato entre otras vías mediante el control de las prácticas en el lugar de trabajo, convenios colectivos, códigos de conducta, la investigación o el intercambio de experiencias y buenas prácticas», fomentando «la celebración en el nivel correspondiente de convenios que establezcan normas antidiscriminatorias» en los ámbitos arriba señalados.

Los Estados miembros deben designar uno o varios organismos independientes como «responsables de la promoción de la igualdad de trato entre las personas sin discriminación por motivo de su origen racial o étnico. Dichos organismos podrán formar parte de los servicios responsables a nivel nacional de la defensa de los derechos humanos o de la salvaguardia de los

derechos individuales». Entre las competencias de estos organismos deben figurar las siguientes:

- prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación a la hora de tramitar sus reclamaciones;
- realizar estudios independientes sobre discriminación;
- publicar informes independientes y formular recomendaciones.

Además, la Directiva 2000/43 impone a los Estados miembros, entre otras, las siguientes obligaciones:

- establecer medidas para proteger a las personas contra cualquier trato adverso cuando hagan alguna reclamación exigiendo el cumplimiento de la igualdad de trato;
- garantizar la difusión de información relativa a la igualdad de trato;
- establecer un régimen de sanciones aplicables en caso de violación del principio de igualdad de trato.

El plazo para la transposición de estas directivas era el 19 de julio de 2003 para la 2000/43 y el 2 de diciembre de 2003 para la 2000/78. Las dos se han transpuesto al derecho español en el Capítulo III («Medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato») del Título II («De lo social») de la *Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, económicas y del orden social* (conocida como Ley de acompañamiento para 2004) (BOE, 31 diciembre 2003), en vigor desde el 1 de enero de 2004. No podemos hacer aquí un análisis detenido de la transposición ni del proceso que ha conducido a la misma; baste decir que se ha efectuado una transposición de mínimos que, en líneas generales, reproduce el contenido de las dos directivas³.

De las normas antidiscriminatorias al cambio de las prácticas discriminatorias

¿Desaparecerán las discriminaciones con la introducción de nuevos dispositivos antidiscriminatorios? La experiencia de las normas por la igualdad de trato en materia de género ya nos permiten afirmar que no, pero también nos permite apuntar que son instrumentos de gran utilidad en la lucha contra la discriminación. Otro tanto puede decirse de las normas antidiscriminación racial a partir, por ejemplo, del examen de los resultados de las experiencias de países como Reino Unido, Holanda o Estados Unidos. Freeman (1994) ha sin-

³ Además del Capítulo III del Título II de la Ley 62/2003, hay referencias a las directivas en la Exposición de motivos (punto III), en las disposiciones adicionales séptima y octava, en la transitoria tercera y en la final decimoquinta. Para una crítica del contenido de la transposición y de los procedimientos como se ha llevado a cabo puede verse en un texto que hemos titulado «Otra ocasión perdida» (Cachón 2004b).

tetizado diversos análisis sobre este último. Y a partir de estudios que abordan la evolución del mercado de trabajo desde 1964 (en que se aprueba la Ley de Derechos Civiles), la introducción de políticas antidiscriminatorias y los cambios en la gestión de la mano de obra por parte de las empresas en Estados Unidos, concluye que «el esfuerzo nacional contra la discriminación, especialmente intenso a mediados de los sesenta, alteró significativamente (a mejor) las oportunidades económicas de los trabajadores negros. Aunque sea difícil destacar cuáles de las distintas actuaciones son responsables de la nueva situación —leyes de igualdad de oportunidades de empleo, las medidas de acción positiva, las sentencias judiciales, la renovada actividad de las comisiones estatales contra las prácticas laborales ilegales— resulta todavía más complejo establecer otra explicación alternativa (...) De las conversaciones con dirigentes de distintas empresas se desprende claramente que el cambio en las oportunidades de empleo no hubiera ocurrido sin la presencia de las políticas antidiscriminatorias. Esto no quiere decir, obviamente, que los niveles actuales de gasto o actividad sean suficientes o deseables socialmente a largo plazo (... pero) sí parece que los esfuerzos anteriores han producido cambios» (Freeman 1994).

Pero, a partir de distintas consideraciones que hace el mismo Freeman, conviene añadir tres observaciones que tienen una aplicación inmediata en los pronósticos que se pueden hacer sobre lo que ocurrirá en la Unión Europea tras introducir dispositivos antidiscriminatorios y que abren pistas de reflexión para el futuro inmediato:

1. Las medidas antidiscriminatorias no tuvieron las mismas consecuencias para todos los grupos de negros en EEUU. En ese proceso hubo ganadores y perdedores dentro de los negros: las mujeres negras resultaron más ganadoras que los varones y, entre éstos, obtuvieron más mejoras los que tenían un mayor nivel educativo y mayor cualificación (especialmente los jóvenes que habían accedido a estudios universitarios) y los que tenían un origen social más favorable. Es decir, los que logran romper el círculo vicioso de la discriminación (origen/raza, educación, vivienda, trabajo) antes de llegar al mercado laboral tienen más probabilidades de ser tratados como iguales que aquellos que son víctimas de dicho círculo vicioso en la educación y en la vivienda. La lucha contra la discriminación étnica en el trabajo debe comenzar en la escuela y en la vivienda.
2. La mejora de la situación en el mercado de trabajo no se tradujo en una igualdad entre negros y blancos en EEUU. Como el mismo Freeman señala, «la igualdad entre los negros y los blancos no se producirá en el futuro simplemente suprimiendo la discriminación en el mercado de trabajo y garantizando la igualdad de oportunidades de empleo». Otros elementos de carácter estructural persisten que

pueden volver a reintroducir la dinámica de la exclusión discriminatoria. La lucha contra la discriminación étnica hay que inscribirla en la lucha contra la exclusión, en políticas de inclusión social y en la lucha más general contra las desigualdades.

3. La necesidad de continuar desarrollando políticas antidiscriminatorias más avanzadas: «No debe interpretarse la aparente reducción de la discriminación en el mercado de trabajo como un signo de que los esfuerzos por la igualdad en las oportunidades de empleo han alcanzado sus objetivos y, por tanto, han de reducirse. Si la discriminación es una “enfermedad recurrente”, un seguimiento y tratamiento continuo son necesarios» (Freeman 1994). Máxime si se tiene en cuenta que el texto de Freeman se publicó originalmente en 1978 y que analiza datos del período 1964-1975 y que estudios más recientes han puesto de relieve que este efecto positivo de la Ley de Derechos Civiles comenzó a ser menos relevante, precisamente, desde mediados de los años setenta y que tras la promulgación de esta esperada ley se produjeron cambios en las formas de llevar a cabo los procesos discriminatorios. Las actuaciones antidiscriminatorias deberán irse adaptando para prevenir y contrarrestar estas nuevas formas de manifestarse el «nuevo racismo».

Bibliografía

- ARANGO, J. (1993): «El “Sur” en el sistema migratorio europeo. Evolución reciente y perspectivas», *Política y sociedad*, n.º 12, pp. 7-20.
- ARROW, K. J. (1998): «What has economics to say about racial discrimination?», *Journal of Economics Perspectives*, vol. 12, n.º 2, spring, pp. 91-100.
- BAGANHA, M. (2003): «La inmigración y el mercado de trabajo», *Migraciones*, n.º 14, diciembre, pp. 131-144.
- BALIBAR, E. (1991): «¿Existe el neoracismo?», en E. Balibar y I. Wallerstein, *Raza, Nación y clase*, Madrid, IEPALA, pp. 31-48.
- BECKER, G. (1957): *The Economics of Discrimination*, Chicago, Chicago Uni. Press
- CACHÓN, L. (2002): «La formación de la “España inmigrante”: mercado y ciudadanía», *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 97, enero-marzo, pp. 95-126.
- CACHÓN, L. (2003a): «La inmigración en España: los desafíos de la construcción de una nueva sociedad», *Migraciones*, n.º 14, diciembre, pp. 219-304.
- CACHÓN, L. (2003b): «Discriminación en el trabajo de las personas inmigradas y lucha contra la discriminación», en AA.VV., *La discriminación racial*, Barcelona, Icaria, pp. 39-101.
- CACHÓN, L. (2004a): *Colectivos desfavorecidos en el mercado de trabajo y políticas activas de empleo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- CACHÓN, L. (2004b): «España y la Directiva 2000/43: de la “ocasión perdida” a una legislación general sobre la igualdad de trato», *Tiempo de Paz*, n.º 73, verano, pp. 13-22.

- CACHÓN, L. (2006): «Los inmigrantes en el mercado de trabajo en España (1996-2005)», AA.VV. *Anuario de las políticas de inmigración en España*, Barcelona, CIDOB.
- CASTELLS, M. (1996 y 2000): *La era de la información. Economía, sociedad y cultura. Vol. 1 La sociedad red*, Madrid, Alianza (2000: segunda edición ampliada).
- CASTLES, S. (1986): «The guest-worker in western Europe: an obituary», *International Migration Review*, n.º 20.
- CEREJO, E. y VELÁZQUEZ, F. J. (2004): «Los determinantes de las migraciones en la Unión Europea», *Economistas*, n.º 99, Enero, pp. 38-47
- COMISIÓN EUROPEA (2003a): *Comunicación de la Comisión sobre inmigración, integración y empleo*, COM(2003)336 (europa.eu.int).
- COMISIÓN EUROPEA (2003b): *Employment in Europe 2003. Recent Trends and Prospects* (europa.eu.int).
- COMISIÓN EUROPEA (2004): *Libro Verde «El planteamiento de la UE sobre la gestión de la inmigración económica*, COM(2004)811 (europa.eu.int).
- COMISIÓN EUROPEA (2005a): *Libro Verde «Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones»*, COM(2005) 94 (europa.eu.int).
- COMISIÓN EUROPEA (2005b): *The EU Economy 2005 Review. Rising International Economic Integration. Opportunities and Challenges*, ECFIN(2005) REP 55229 (europa.eu.int).
- COMISIÓN EUROPEA (2006): *Report on the Functioning of the Transitional Arrangements set out in the 2003 Accession Treaty (period 1 May 2004-30 April 2006)*.
- DOERINGER, P.B. y PIORE, M. (1985): *Mercados internos de Trabajo y análisis laboral*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- LANZIERI, G. (2006): «Long-term population projections at the national level», *Eurostat, Statistic in focus*, n.º 3.
- FASSMANN, H. y MÜNZ, R. (1994): «Patterns and trends of international migration in Western Europe», en H. Fassmann y R. Münz, *European Migration in the late twentieth Century*, Laxenburg, Edgar Elgar, pp. 3-34.
- FREEMAN, R. (1994): «El progreso económico de los negros desde 1964» en *Mercados de trabajo en acción. Ensayos sobre economía empírica*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, pp. 151-169.
- HAMMAR, T. (1990): *European Immigration Policy: A Comparative Study*, Cambridge, Cambridge Uni. Press.
- HOBBSAWM, E. (1995): *Historia del siglo XX*, Barcelona, Crítica-Grijalbo.
- HOLZER, H. y NEUMARK, D. (2000): «Assessing Affirmative Action», *Journal of Economics Literature*, vol, 38, n.º 3, pp. 438-568.
- LUCAS, J. (2002): «La herida original de las políticas de inmigración. A propósito del lugar de los derechos humanos en las políticas de inmigración», *Isegoría*, n.º 26, junio, pp. 59-84.
- MARTÍNEZ, J. M. (2004): «Desequilibrios demográficos y movimientos migratorios en la Unión Europea», 9.º Congreso de Economía de Castilla y León, Vol. 1, pp. 198-217.
- MASSEY, D., ARANGO, J. y otros (1998): *Worlds in motion. Understanding International Migration at the End of the Millennium*, Oxford, Clarendon Press.
- MÜNZ, R. (2003): «Alemania y sus inmigrantes», *Migraciones*, n.º 14, diciembre, pp. 7-42.

- OCDE (2002): *Perspectivas del empleo 2001*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- OCDE (2005): *Trends in International Migration, SOPEMI Annual report 2004*, París, OCDE.
- PIORE, M. (1979): *Birds of passage. Migrant labor and industrial societies*, Cambridge, Cambridge University Press.
- PIORE, M. (1983a): «Los trabajadores extranjeros» en *Paro e inflación*, Madrid, Alianza, pp. 273-289.
- PIORE, M. (1983b): «Notas para una teoría de la estratificación del mercado de trabajo», en L. Toharia, *El mercado de trabajo: Teorías y aplicaciones*, Madrid, Alianza, pp. 193-221.
- PIORE, M. (1983c): «El dualismo como respuesta al cambio y a la incertidumbre», en L. Toharia, *El mercado de trabajo: Teorías y aplicaciones*, Madrid, Alianza, pp. 223-254.
- POIRET, Ch. y VOUREC'H, F. (1996): *Répérer les discriminations ethniques et raciales dans le domaine du travail et de l'emploi*, París, ISERES.
- PORTES, A y BÖRÖCZ, J. (1998): «Migración contemporánea. Perspectivas teóricas sobre sus determinantes y sus modalidades de incorporación», en G. Malgesini (comp.), *Cruzando fronteras. Migraciones en el sistema mundial*, Barcelona, Icaria, pp. 43-73.
- PORTES, A. y BACH, R.L. (1985): *Latin Journey: Cuban and Mexican Immigrants in the United States*, Los Angeles, UCP.
- RYSTAD, G. (1992): «Immigration History and the Future of International Migration», *International Migration Review*, vol. XXVI, n.º 4, winter, pp. 1168-1199.
- SALT, J. y CLARKE, J. (2004): «International labour migration towards and within Europe», en J. Salt, J. Clarke y Ph. Wanner, *International labour migration*, Estrasburgo, Consejo de Europa, pp. 9-60.
- SANZ DÍAZ, C. (2004): «Clandestinos». «ilegales», «espontáneos»... *La inmigración irregular de españoles a Alemania en el contexto de las relaciones hispano-alemanas 1960-1973*, Madrid, CEHRI.
- TILLY, Ch. (1978): «Migration in Modern European History», en W.H. McNeill y R.S. Adams (eds) *Human Migration: Patterns and Policies*, Bloomington and London, Indiana Uni. Press.
- VILLA, P. (1990): *La estructuración de los mercados de trabajo*, Madrid, MTSS.
- VIRUELA, R. (2003): «Transición y migraciones en Europa central y oriental», *Migraciones*, n.º 14, diciembre, pp. 181-218.
- WANNER, Ph. (2004): «Migrants in the labour force» en J. Salt, J. Clarke y Ph. Wanner, *International labour migration*, Estrasburgo, Consejo de Europa, pp. 61-99.
- WIEVIORKA, M. (1992): *El espacio del racismo*, Barcelona, Paidós.
- WRENCH, J. (1996): *Preventing Racism at the workplace. A report on 16 European Countries*, Dublín, Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo.
- WRENCH, J. y MODOOD, T. (2000): *The effectiveness of employment equality policies in relation to immigrants and ethnic minorities in the UK*, Ginebra, Oficina Internacional de Trabajo.

La comunitarización del Derecho Internacional Privado en la Unión Europea y su incidencia en la política de inmigración

María Pilar Canedo Arrillaga

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado, Universidad de Deusto

Sumario: I. Planteamiento de la cuestión. La conexión entre el Derecho Internacional Privado y la política de extranjería.—II. El espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, sus antecedentes y las bases de sus avances. 1. La política de inmigración propiamente dicha. 2. La cooperación judicial civil como instrumento de integración de los ciudadanos de terceros Estados. A. Descripción general de las iniciativas en este ámbito. B. El Reglamento n.º 44/2001 del Consejo. C. El Reglamento en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes. D. Otras normas desarrolladas en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Especial referencia a la Justicia Gratuita y la ley aplicable a las obligaciones contractuales.—III. Conclusión.

Resumen: El Derecho Internacional Privado se ha considerado tradicionalmente como un sector del ordenamiento especialmente elitista por su complejidad técnica y por los destinatarios a que se aplicaba. Hoy en día esta concepción se ha abandonado teniendo en cuenta la evolución del sistema. La comunitarización del Derecho Internacional Privado en la Unión Europea es reflejo de esa evolución. El ámbito de aplicación de las normas comunitarias no se restringe a los nacionales de Estados miembros sino que afecta también a nacionales de terceros Estados. En esa medida, las normas comunitarias pueden constituir un elemento de integración de los nacionales de terceros Estados.

Palabras clave: Política de inmigración; Comunitarización del Derecho Internacional Privado; Garantía de los derechos de los individuos; Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea; Integración de los inmigrantes.

Abstract: *Private International Law has been traditionally considered as an area of Law restricted to certain social classes taking into account its complexity. Today this understanding is no longer acceptable. The comunitarization of Private International Law is part of the development of this discipline. The scope of application of the new European rules is not restricted to nationals of the Member States. Those rules can be applied to third country nationals. In this situation, the application of those rules can be considered as a mean of integration of third country nationals.*

Key words: *Immigration Policy, Comunitarization of Private International Law, Guarantee of the rights of individuals; Freedom, Security and Justice of the European Union; Integration of migrant people.*

I. Planteamiento de la cuestión. La conexión entre el Derecho Internacional Privado y la política de extranjería

Los instrumentos de cooperación judicial civil se han considerado tradicionalmente como una vía de potenciación del mercado desde una perspectiva básicamente económica. No en vano el Convenio de Bruselas sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil fue aprobado en 1968 y probó ser una herramienta que contribuyó adecuadamente al desarrollo de los intercambios comerciales dentro de las comunidades europeas¹.

Durante muchos años ésta fue la única experiencia de colaboración entre los Estados miembros en materia de Derecho Internacional Privado: una herramienta que afectaba al Derecho civil y mercantil, restringiendo el concepto a lo meramente patrimonial, y empleando la vía del Convenio Internacional cerrado exclusivamente a los Estados miembros de las comunidades europeas.

Las normas de Derecho Internacional Privado son aquéllas que afectan a las relaciones entre individuos (dejando por tanto de lado las relaciones de Derecho Público) en las que existe un elemento de extranjería. Durante los comienzos de su desarrollo, el Derecho Internacional Privado se consideró como un Derecho limitado a las élites sociales, tanto por su complejidad técnica, como por lo escaso de las relaciones jurídicas privadas internacionales, que afectaban tan sólo a un sector muy concreto de la sociedad. Sin embargo, ya en los mediados del s. XX, esta concepción comenzó a ser abandonada en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados ante el desarrollo de la disciplina y fundamentalmente de las realidades sociales a que afecta².

A medida que las relaciones interpersonales se van desarrollando con una perspectiva transfronteriza, el arcaísmo de los ordenamientos jurídicos se convierte en una rémora que dificulta la evolución de la sociedad y la adecuada protección de los derechos de los individuos que la integran. De ahí que las normas de Derecho Internacional Privado avancen de modo más significativo en las sociedades más abiertas y en los sistemas jurídicos más sensibles a la protección de los derechos de los ciudadanos.

Resulta innegable que las normas de Derecho Internacional Privado tienen una complejidad técnica quizá superior a la de otros sectores de los

¹ Véase CALVO CARAVACA, A. L., BLANCO MORALES, P., *El Convenio de Bruselas de 1968*, BOE, Madrid, 1994.

² CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Introducción al estudio del Derecho Internacional Privado*, Ed. Comares, Granada, 1997, págs. 37 y stes., CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, vol. 1., 7 Ed. Granada, 2006, pág. 19.

sistemas normativos. Tanto en los ámbitos de la competencia judicial internacional como del Derecho aplicable o la eficacia de las resoluciones, la regulación suscita cuestiones que no son sino el reflejo de una concepción de política legislativa que se plasma en las normas de cada Estado ante situaciones que trascienden de sus fronteras y que por tanto tienen implicaciones procedentes de otras concepciones culturales y se basan en ordenamientos jurídicos diferentes y en muchos casos dispares. Esta complejidad llevó a los legisladores en los comienzos del desarrollo del Derecho Internacional Privado a basarse fundamentalmente en normas de conflicto, más sencillas para quien crea la norma, pero más complejas en su aplicación.

Tanto las normas de competencia como las de derecho aplicable se basan por tanto en criterios que, en forma de foros o en forma de puntos de conexión, determinan el volumen de asuntos de que pueden conocer las autoridades públicas de un Estado o la norma que rige la cuestión litigiosa. La estructura de estas normas, de las que no se pueden derivar directamente los derechos subjetivos de las partes, dado que se establecen como normas de remisión, llevó en algunos momentos a los autores a considerarlas como normas meramente formales y, en consecuencia, vacías de contenido material. Hoy en día, no resulta posible seguir manteniendo esta afirmación³.

La elección de los foros o puntos de conexión oculta en la mayoría de las ocasiones un instrumento de política legislativa que busca proteger intereses concretos y se considera por tanto materialmente orientada. La evolución de los sistemas partiendo de la conexión nacionalidad a las conexiones domicilio o residencia habitual es un reflejo de la evolución de las sociedades y se considera una vía para integrar en los países de destino a los ciudadanos migrantes que se ven obligados a abandonar sus países y trasladarse a trabajar al extranjero.

Puede decirse que una evolución semejante a la experimentada en los sistemas internos se ha producido en el ámbito comunitario.

El objetivo de este trabajo es tomar en consideración en qué medida las normas de Derecho Internacional Privado que han comenzado a crearse en el ámbito comunitario tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, pueden contribuir, de manera complementaria a las normas de inmigración expresamente establecidas, a alcanzar uno de los que se consideran principios fundamentales que deben inspirar las políticas de inmigración, es decir, la integración de los ciudadanos inmigrantes⁴.

³ CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, vol. 1., 7 Ed. Granada, 2006, pág. 181 y stes.

⁴ DEL PICCIA, R., *Rapport d'information*, n.º. 385m Senat Francaise, 2004-05, RUIZ DE HUIDOBRO, J.M., «El principio de equiparación entre nacionales y extranjeros en el Derecho español», *La inmigración en la España del Siglo xx, Desafíos jurídicos, sociales y económicos*, ICADE, n.º 69, págs. 69 a 88.

II. El espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, sus antecedentes y las bases de sus avances

La entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam en 1999 implicó un giro de vital importancia en la atención que las comunidades europeas prestaban a los derechos de los nacionales de terceros Estados, creando el que vino en denominarse Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea. Como es de sobra conocido, la cooperación entre los Estados miembros en el ámbito de la Justicia y los Asuntos de Interior no entraba, al comienzo del desarrollo de la organización, dentro de las prioridades comunitarias, pero la evolución paulatina de los sectores de trabajo de la organización tuvo en este ámbito un reflejo que muestra la respuesta del Derecho comunitario a las necesidades de la sociedad europea.

Pese a que ya en 1957 el Tratado constitutivo de la entonces Comunidad Económica Europea preveía entre sus objetivos la libre circulación de trabajadores en el territorio de la Comunidad, no existía ninguna medida relativa al paso de las fronteras exteriores, la inmigración o la política de visados. Puede decirse por tanto que el enfoque que se daba a la libertad de circulación era estrictamente económico y limitado tan sólo a nacionales de Estados miembros⁵.

Desde los comienzos en la andadura de la organización hasta nuestros días, el avance ha sido muy significativo y la expansión ha sido importante y diversa tanto desde el punto de vista geográfico —llegando a los veintisiete Estados miembros—, como material. Reflejo de esta evolución es el establecimiento en la organización de un espacio comunitario sin fronteras interiores que ha exigido el establecimiento de un objetivo que pretende el desarrollo de una verdadera política de inmigración.

El movimiento que abogaba a favor de la cooperación en este ámbito comenzó a suscitarse a finales de los años 70. Esta inquietud se impulsa ante la voluntad de ampliar la libertad de circulación a todos los ciudadanos, y ante el desarrollo de fenómenos tales como la delincuencia transfronteriza organizada, el tráfico de drogas, la inmigración clandestina y el terrorismo. Todos estos factores incitaron a los Estados miembros de la Comunidad Eu-

⁵ El texto del Tratado, en concreto en la versión originaria del apartado primero del artículo 48 (actual 39), podía hacer pensar que esta libertad pudiera ser de aplicación al conjunto de los trabajadores presentes en uno de los Estados miembros, independientemente de su nacionalidad, en la medida en que disponía que «la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad quedará asegurada, a más tardar, al final del período transitorio». Sin embargo, el artículo 1 del Reglamento (CEE) n.º 1612/68 del Consejo (JOCE L 257, de 19 de Octubre de 1968, EE. 05, V I, p. 77), adoptado en desarrollo de la citada disposición, restringió el ámbito de aplicación personal de esta libertad a los nacionales de los Estados miembros.

ropea a establecer una cooperación pragmática en el ámbito de la Justicia y los Asuntos de Interior que alcanzó forma jurídica estable a partir del Tratado de Maastricht, cuando se creó la Unión Europea, y ha vivido una importante evolución en que destaca por su importancia la entrada en vigor Tratado de Ámsterdam dado que en él se acuña por primera vez el concepto de Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia que aglutina en un concepto nuevo y complejo las cooperaciones intergubernamentales precedentes en materias diversas como son inmigración, extranjería, cruce de fronteras, cooperación judicial civil penal.

La complejidad del concepto deriva de lo heterogéneo de las materias que lo integran y se refleja en el diverso tratamiento que de las mismas se realiza por parte de la Unión Europea. El concepto de Espacio Europeo afecta a un grupo de cuestiones que tienen en común una relación directa con la salvaguarda de los derechos de los individuos y tiene implicaciones de Derecho privado y de Derecho público. Existe dentro del concepto un reducto de ámbitos que, dada su directa y estrecha relación con el principio de soberanía de los Estados, han quedado regulados dentro del Tercer Pilar y por lo tanto son objeto de las técnicas, cada vez más corregidas, de la cooperación intergubernamental. Estas materias afectan en este momento a la cooperación judicial en el ámbito penal y a la cooperación administrativa y policial⁶.

Las cuestiones de la cooperación judicial en materia civil y la inmigración en sentido amplio han sido comunitarizadas. Esta «comunitarización» que se refleja en el artículo 61 TCE, precepto que encabeza el Título IV del TCE en que se recogen las normas y procedimientos que afectan a la parte comunitarizada del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, tiene una incidencia que trasciende lo meramente formal.

El hecho de que la cooperación judicial en el ámbito civil y las materias relacionadas con la inmigración y cruce de fronteras exteriores hayan pasado a ser abordadas dentro del ámbito exclusivamente comunitario implica, en primer lugar, que pueden adoptarse en estas materias normas comunitarias (directiva, reglamento, decisión, recomendación y dictamen) dotadas como es bien sabido en algunos casos de las características de primacía respecto de la normativa interna de los Estados miembros y efecto directo. Ésta es la razón por la cual existe ya un número importante de Reglamentos y Directivas comunitarias vigentes en estas materias⁷.

⁶ CANEDO GIL, J. R. y otros «Espacio del Libertad, seguridad y Justicia en la Unión Europea» en A.A.V.V *Homenaje al Profesor José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, Ed. Universidad de Deusto, págs. 753 a 791.

⁷ Véase la página web de la Unión Europea, donde se puede encontrar toda la legislación vigente en estos ámbitos, UNIÓN EUROPEA, *Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, <http://eur-lex.europa.eu/es/repert/19.htm#1922000> (última consulta, enero 2007).

Esta «comunitarización» no ha sido aceptada por todos los países miembros de la Unión. La postura de Reino Unido, Irlanda y Dinamarca muestra que estos Estados no parecían dispuestos a asumir en diversos grados un avance tan importante en la integración, si bien es cierto que tal opción no resulta sorprendente si tenemos en cuenta que precisamente estos Estados son los que se mostraron más reticentes a la cooperación intergubernamental que se instrumentó a través de los acuerdos de Schengen⁸.

Ante la eventualidad de que tal rechazo supusiera un freno en el desarrollo del proceso, se optó por crear un régimen, desconocido hasta el momento en la organización, y que se ha conocido como de *opting out*. Este sistema se regula en sendos Protocolos adicionales al Tratado de Ámsterdam en que se determina el régimen aplicable a Reino Unido e Irlanda por una parte y a Dinamarca por otra. A grandes rasgos podría decirse que Reino Unido e Irlanda no se consideran vinculados por los actos que tengan como base jurídica el Título IV TCE, aunque tienen reconocida la posibilidad de adherirse a cada uno de los instrumentos que se adopten siempre que, expresa e individualizadamente, manifiesten su voluntad de hacerlo⁹.

En el caso de Dinamarca el sistema es semejante, dado que, al no ser partidario de la «comunitarización» de estas materias, tampoco se considera vinculado por los citados actos. El régimen en este caso es, curiosamente si se considera que Dinamarca había procedido a ratificar los Acuerdos de Schengen, más restrictivo dado que este Protocolo no reconoce siquiera la posibilidad de adherirse a los actos adoptados, razón por la cual las normas convencionales preexistentes a la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam continúan vigentes en las relaciones con Dinamarca, sin que sea posible su sustitución absoluta por las normas comunitarias adoptadas.

En julio de 1998 la Comisión Europea, consciente de la importancia que iba a cobrar este concepto, publicó una Comunicación sobre el *espacio de libertad, de seguridad y de justicia* que precisa su razón de ser, límites y objetivos fundamentales¹⁰. En diciembre de 1998 el plan de acción del Consejo y la Comisión estableció una lista concreta de los objetivos que debían alcanzarse a medio y más largo plazo y la lista de las medidas a adoptar a estos efectos¹¹. A partir de ese momento, el concepto que nos

⁸ CANEDO GIL, J. R. y otros: «Espacio de Libertad...» cit., pág. 781.

⁹ Esta opción ya se ha ejercido por estos Estados que se han adherido a numerosos de los Reglamentos que han entrado en vigor en materia de cooperación judicial civil.

¹⁰ Comunicación de la Comisión - Hacia un espacio de libertad, seguridad y justicia COM (1998) 459 final.

¹¹ DOCE n.º C 19 de 23 de enero de 1999, págs. 1 a 15.

ocupa ha sido constantemente objeto de atención por parte de la Unión Europea.

El Consejo Europeo de Viena de 11 y 12 de diciembre de 1998 apoyó el plan de acción del Consejo y la Comisión e hizo hincapié en la creación de un espacio judicial europeo, la mejora de la cooperación entre las Administraciones nacionales judiciales y policiales, el refuerzo de Europol y la definición de una estrategia global relativa a los fenómenos migratorios y la política de asilo y de acogida de los refugiados. Los Jefes de Estado y de Gobierno juzgaron positiva la creación en el seno del Consejo del Grupo de Alto Nivel sobre el asilo y la inmigración.

Fue el Consejo Europeo extraordinario de Tampere (Finlandia), celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999 y dedicado a los asuntos de justicia e interior, el que supuso un hito fundamental en el impulso de este concepto. En la Cumbre de Tampere, los Jefes de Estado y de Gobierno invitaron a la Comisión a que elaborara una lista de indicadores para establecer todas las medidas que debían adoptarse en un plazo de cinco años. Para facilitar su seguimiento se creó un sistema de marcadores que permitiera someter a constante revisión y control la ejecución de las medidas previstas. En el año 2000 se publica una Comunicación de la Comisión en que se fijan los objetivos de este sistema¹². Entre ellos se establecen tres finalidades estrechamente relacionadas entre sí como son la garantía de un nivel de transparencia suficiente para la consecución de un proyecto que afecta tan directamente a los ciudadanos; la preservación del ímpetu generado por el Consejo Europeo de Tampere, y la posibilidad de conseguir impulsar cualquier área en que se detecte retraso recordando a los responsables «la necesidad de redescubrir el compromiso político tan claramente reiterado por el Consejo Europeo»¹³.

Los acontecimientos acaecidos el 11 de septiembre provocaron la celebración de un Consejo Europeo Extraordinario en Bruselas el 21 de septiembre de 2001. En el mismo se refuerza la consideración de la lucha contra el terrorismo como uno de los objetivos prioritarios de la Unión, planteándose un plan de acción sobre la base de cuatro ejes que se confirmaron en el Consejo Europeo Informal de Gante de 19 de octubre del mismo año: el refuerzo de la cooperación policial y judicial (esencialmente a través de la creación de una orden de detención europea, la definición común del delito de terrorismo y la identificación común de los supuestos terroristas y de las organizaciones que les apoyen), el desarrollo y el esfuerzo por la aplicación de los instru-

¹² Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo - Marcador para supervisar el progreso en la creación de un espacio de «libertad, seguridad y justicia» en la Unión Europea, COM (2000) 167 final.

¹³ § 1.1 de la Comunicación de 2000, *cit.*

mentos jurídicos internacionales, el refuerzo de la seguridad aérea y la lucha contra la financiación del terrorismo¹⁴.

El Consejo Europeo de Laeken de 14-15 de diciembre de 2001 insta a reforzar el Espacio de libertad, seguridad y justicia, dados los escasos avances conseguidos desde el Consejo Europeo de Tampere. La mayor atención se concentra esta vez en las cuestiones relativas a la formulación de una verdadera política común de asilo e inmigración.

Tal mandato se consolida con el Consejo Europeo de Sevilla de 2002. Pese a que se habla de «activar la ejecución, en todos sus aspectos, del programa aprobado en Tampere encaminado a crear en la Unión Europea un espacio de libertad, seguridad y justicia», los esfuerzos se centraron, de manera casi absoluta, en la preparación de un plan detallado relativo al asilo y la inmigración, y en concreto, sobre la inmigración ilegal, la gestión de las fronteras exteriores de la Unión y la inclusión de la gestión de la inmigración en la política exterior.

En noviembre de 2004 se publica el Programa de La Haya que recoge el Plan de Acción en estos ámbitos entre 2005 y 2010 y que pretende centrarse en diez prioridades entre las que cabe destacar la intención de «reforzar los derechos fundamentales de la ciudadanía», la de «maximizar las repercusiones positivas de la inmigración» (considerándose la integración como punto crucial para evitar el aislamiento y la exclusión social de las comunidades inmigrantes y manifestándose la intención de la Comisión de definir un marco europeo de integración) y la de «garantizar un auténtico espacio europeo de la justicia». Tratamos a continuación de analizar las conexiones entre estos objetivos¹⁵.

1. *La política de inmigración propiamente dicha*

El establecimiento de una política común de asilo y migración en la UE es uno de los objetivos fundamentales que se formulan dentro de este espacio¹⁶. Para lograrlo se plantea la necesidad de mantener un nivel acep-

¹⁴ Ya el Consejo Europeo de Niza celebrado los días 7, 8 y 9 de diciembre de 2000 había hecho hincapié en reforzar la lucha contra el blanqueo de capitales, sobre la base de las orientaciones definidas por los Ministros de Finanzas, de Interior y de Justicia en octubre del mismo año.

¹⁵ Plan de Acción del Consejo y de la Comisión por el que se aplica el Programa de La Haya sobre el refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea (DOCE n.º C de 12 de agosto de 2005).

¹⁶ En noviembre de 2000, la Comisión presentó una Comunicación sobre una política comunitaria de migración en la cual propone a la vez objetivos, opciones y metodología para el paso a la segunda fase del régimen común de asilo europeo, caracterizados por la introducción de un procedimiento común y de un estatuto uniforme.

table de cooperación con países terceros en que se aborden cuestiones políticas, de derechos humanos y de desarrollo, tanto con los países y regiones de origen como con los de tránsito, tratando de promover el desarrollo¹⁷.

Sobre el régimen de asilo, se establece, a largo plazo, el objetivo de establecer un procedimiento común de asilo¹⁸, conseguir su integración en la sociedad¹⁹ y un estatuto uniforme válido en toda la Unión y la limitación de los movimientos secundarios de los solicitantes de asilo entre los Estados miembros²⁰. Se plantea como objetivo la aplicación del Convenio de Ginebra de 1951, manteniendo por tanto el principio de no devolución que supone que nadie sea enviado de nuevo a un lugar donde pueda ser perseguido, la determinación del Estado responsable de una solicitud de asilo y el estableci-

¹⁷ Para conseguir este objetivo se ha mantenido en funcionamiento el Grupo de Trabajo de Alto Nivel sobre Asilo y Migración al que se le encomendó la labor de evaluar la situación de los países y regiones de origen y tránsito para formular políticas concretas.

¹⁸ En septiembre de 2000 se publica por la Comisión una Comunicación sobre procedimientos comunes de asilo que busca la adopción de normas mínimas comunes sobre procedimientos para conceder o retirar el estatuto de refugiado con el fin, entre otros, de reducir la duración de los procedimientos de asilo y prestar especial atención a la situación de los niños. Existen además iniciativas dignas de reseña como la Proposición modificada de Directiva del Consejo relativa a las normas mínimas sobre procedimiento de concesión y retirada del estatuto de refugiado en los Estados miembros, COM (2002) 326 final; la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, COM (2001) 181 final, (DOCE n.º C 213 E de 31 de julio de 2001, págs. 286 a 295), o la Propuesta de Directiva del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar el estatuto de refugiado, COM (2000) 578 final, (DOCE n.º C 062 E de 27 de febrero de 2001, págs. 231 a 242), modificada posteriormente a través del COM (2002) 326.

¹⁹ En este sentido destaca la Propuesta de Decisión del Consejo relativa a un programa de acción comunitaria para promover la integración de los refugiados COM (1998) 731 final, (DOCE n.º C 36 de 10 de febrero de 1999, pág. 20).

²⁰ Existe ya actualmente una norma vigente, el Reglamento (CE) n.º 333/2002 del Consejo, de 18 de febrero de 2002, sobre un modelo uniforme de impreso para la colocación del visado expedido por los Estados miembros a titulares de un documento de viaje no reconocido por el Estado miembro que expide el impreso (DOCE n.º L 53 de 23 de febrero de 2002, págs. 4 a 6). Resultan igualmente interesantes la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los requisitos y el estatuto al que pueden optar ciudadanos de países terceros y personas apátridas para ser refugiados o beneficiarios de otros tipos de protección internacional COM (2001) 510 final (DOCE n.º C 51 E de 26 de febrero de 2002, págs. 325 a 334); la Propuesta de acción común relativa a la solidaridad en la acogida y estancia de los beneficiarios de la protección temporal de las personas desplazadas COM (1998) 372 final (DOCE n.º C 268 de 27 de agosto de 1998, pág. 22); o la Propuesta modificada de acción común relativa a la protección temporal de las personas desplazadas COM (1998) 372 final, (DOCE n.º C 268 de 27 de agosto de 1998, pág. 13).

miento de un régimen temporal de protección a desplazados que se base en la solidaridad entre Estados miembros²¹.

Dentro de las cuestiones referidas al trato a ciudadanos de países terceros, se establece como prioridad la aproximación de las condiciones para la admisión y residencia de ciudadanos de países terceros, tomando como elementos de referencia la evaluación común de la evolución económica y demográfica de la Unión, así como la situación en los países de origen²².

²¹ En este punto se han producido avances importantes.

Desde el ya lejano Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas - Convenio de Dublín (*DOCE* n.º C 254 de 19 de agosto de 1997, págs. 1 a 12), se han desarrollado normas como las siguientes:

Decisión 2000/596/CE del Consejo, de 28 de septiembre de 2000, por la que se crea el Fondo Europeo para los Refugiados (*DOCE* n.º L 252 de 6 de octubre de 2000, págs. 12 a 18); la Decisión n.º 1/2000, de 31 de octubre de 2000, del Comité creado por el artículo 18 del Convenio de Dublín sobre la transferencia de la responsabilidad respecto de los miembros de la familia con arreglo al apartado 4 del artículo 3 y al artículo 9 del mencionado Convenio (*DOCE* n.º L 281 de 7 de noviembre de 2000, págs. 1 a 2); el 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 (*DOCE* n.º L 316 de 15 de diciembre de 2000, págs. 1 a 10); la Decisión de la Comisión 2001/275/CE, de 20 de marzo de 2001, que establece las normas de ejecución de la Decisión 2000/596/CE del Consejo por lo que se refiere a la admisibilidad de los gastos y a los informes de ejecución en el marco de las acciones cofinanciadas por el Fondo Europeo para los Refugiados (*DOCE* n.º L 95 de 5 de abril de 2001, págs. 27 a 40); la 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 (*DOCE* n.º L 212 de 7 de agosto de 2001, págs. 12 a 23); la Decisión de la Comisión 2002/307/CE, de 18 de diciembre de 2001, por la que se establecen disposiciones de ejecución de la Decisión 2000/596/CE del Consejo por lo que se refiere a los sistemas de gestión y control así como a los procedimientos de aplicación de las correcciones financieras en el marco de las acciones cofinanciadas por el Fondo Europeo para los Refugiados (*DOCE* n.º L 106 de 23 de abril de 2002, págs. 11 a 27). Uno de los más recientes es el Reglamento (CE) n.º 407/2002 del Consejo, de 28 de febrero de 2002, por el que se establecen determinadas normas de desarrollo del Reglamento (CE) n.º 2725/2000 de creación de Eurodac (*DOCE* n.º L 62 de 5 de marzo de 2002, págs. 1 a 5).

²² Dentro de los más importantes desarrollos que se han producido en este ámbito podemos subrayar los siguientes: la Decisión del Consejo de 3 de diciembre de 1998 relativa a las normas comunes para la cumplimentación del modelo uniforme de permiso de residencia (*DOCE* n.º L 333 de 9 de diciembre de 1998, págs. 8 a 16); el Reglamento (CE) n.º 574/1999 del Consejo de 12 de marzo de 1999 por el que se determinan los terceros países cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros (*DOCE* n.º L 72 de 18 de marzo de 10 de marzo de 1999, págs. 2 a 5); el Reglamento (CE) n.º 789/2001 del Consejo, de 24 de abril de 2001, por la que el Consejo se reserva competencias de ejecución en relación con determinadas disposiciones detalladas y procedimientos prácticos de examen de solicitudes de visado (*DOCE* n.º L 116 de 26 de abril de 2001, págs. 2 a 4); el Reglamento (CE) n.º 790/2001 del Consejo, de 24 de abril de 2001, por el que el Consejo

La gestión de flujos de migración se convierte también en uno de los problemas prioritarios para la normativa comunitaria²³. Su mejora se prevé por medio del fomento en la colaboración con países de origen y de tránsito y por medio de la lucha contra la inmigración ilegal²⁴. Para ello se busca combatir las redes delictivas implicadas respetando simultáneamente los derechos de las víctimas²⁵. Junto con estos fines se plantea el establecimiento

se reserva competencias de ejecución en relación con determinadas normas de desarrollo y procedimientos prácticos para la realización de controles y vigilancia en las fronteras (*DOCE* n.º L 116 de 26 de abril de 2001, págs. 5 a 6); el Reglamento (CE) n.º 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (*DOCE* n.º L 81 de 21 de marzo de 2001, págs. 1 a 7); la Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (*DOCE* n.º L 149 de 2 de junio de 2001, págs. 34 a 36); el Reglamento (CE) n.º 1030/2002 del Consejo, de 13 de junio de 2002, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países (*DOCE* n.º L 157 de 15 de junio de 2002, págs. 1 a 7), o el Reglamento del Consejo (CE) n.º 334/2002 por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 1683/95 por el que se establece un modelo uniforme de visado (*DOCE* n.º L 53 de 23 de febrero de 2002, págs. 7 a 8). Existen igualmente algunas propuestas interesantes como la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a las condiciones en las que los nacionales de terceros países pueden viajar libremente en el territorio de los Estados miembros durante un período no superior a tres meses por la que se introduce una autorización específica de viaje y por la que se fijan las condiciones de entrada para desplazamientos de una duración no superior a seis meses COM (2001) 388 final (*DOCE* n.º C 270 E de 25 de septiembre de 2001, págs. 244 a 250).

²³ Existe una interesante aunque ya un poco antigua Propuesta de acto del Consejo por el que se establece el Convenio relativo a las normas de admisión de nacionales de terceros países en los Estados miembros COM (1997) 387 final (*DOCE* n.º C 337 de 7 de noviembre de 1997, pág. 9). Más recientemente la Comisión ha presentado al Consejo y al Parlamento una Comunicación titulada «hacia una gestión integrada de las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea», COM (2002) 233.

²⁴ En concreto, el Consejo de Ministros de Justicia, Asuntos de Interior y Protección Civil aprobó en su reunión de 28 de febrero de 2002 un Plan global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea. Dicho Plan define un enfoque común e integrado sobre todas las cuestiones relacionadas con la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea. Al tiempo identifica siete ámbitos en los que se impone actuar: la política de visados, los intercambios de información, la política de readmisión y repatriación, el control de las fronteras, las medidas que deben adoptarse cuando se atraviesen dichas fronteras, Europol y las sanciones. Finalmente, propone la aprobación de medidas destinadas a luchar mejor contra la inmigración y la trata de seres humanos. Sobre la base de este Plan, la Comisión adoptó un Libro Verde sobre una política comunitaria de retorno de los inmigrantes ilegales, publicado en el COM (2002) 175. A su vez, en la sesión de 25 y 26 de abril de 2002, el Consejo adoptó unas conclusiones sobre inmigración ilegal y trata de los seres humanos por mar.

²⁵ Cobran relevancia los siguientes reglamentos: Reglamento (CE) n.º 574/1999 del Consejo de 12 de marzo de 1999 por el que se determinan los terceros países cuyos nacionales deben estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros (*DOCE* n.º L 72 de 18 de marzo de 1999 págs. 2 a 5); el Reglamento (CE) n.º 539/2001 del

de una política comunitaria coherente sobre readmisión y retorno a los países de origen²⁶.

Finalmente, pero en nuestra opinión haciendo referencia a uno de los elementos que sustentan la creación de una verdadera política de inmigración y no sólo un sistema de control de flujos, se determina que la política de inmigración de la Unión deberá buscar la integración de los extranjeros, fundamentalmente los residentes de larga duración. Por ello se establece como aspiración que debe inspirar a los instrumentos comunitarios la de procurar conceder a los ciudadanos de países terceros que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión Europea, potenciando la no discriminación y la lucha contra el racismo y la xenofobia²⁷. En esa línea se enmarcan otras

Consejo, de 15 de marzo de 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (*DOCE* n.º L 81 de 21 de marzo de 2001, págs. 1 a 7); el Reglamento (CE) n.º 789/2001 del Consejo, de 24 de abril de 2001, por el que el Consejo se reserva competencias de ejecución en relación con determinadas disposiciones detalladas y procedimientos prácticos de examen de solicitudes de visado (*DOCE* n.º L 116 de 26 de abril de 2001, págs. 2 a 4); el Reglamento (CE) n.º 790/2001 del Consejo, de 24 de abril de 2001, por el que el Consejo se reserva competencias de ejecución en relación con determinadas normas de desarrollo y procedimientos prácticos para la realización de controles y vigilancia en las fronteras (*DOCE* n.º L 116 de 26 de abril de 2001, págs. 5 y 6).

²⁶ Para ello se fija como objetivo la celebración de acuerdos de readmisión o la inclusión de cláusulas tipo en otros acuerdos entre la Comunidad Europea y los países terceros o grupos pertinentes de países, tal y como se destacó en el Consejo Europeo de Sevilla celebrado en el mes de junio de 2002 (puntos 30, 33 y 34 de las Conclusiones de la Presidencia). La Comisión presentó el 14 de febrero de 2000 la recomendación de concesión de mandatos de negociación a la Comisión para celebrar acuerdos comunitarios de readmisión con varios países terceros. Por ejemplo, el 13 de junio de 2002, el Consejo de Ministros de Justicia, Asuntos de Interior y Protección Civil adoptó las directivas de negociación del acuerdo a firmar con Ucrania. Boletín UE 6/2002, punto 1.4.3.

²⁷ Se crea para ello el Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia. Existe una propuesta de Decisión marco del Consejo relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia COM (2001) 664 final. En ella se consideran punibles como infracciones penales determinados actos cometidos con objetivos racistas o xenófobos como la incitación pública a la violencia o al odio, los insultos o amenazas en público, la apología pública del genocidio o de los crímenes contra la humanidad tal como se definen en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, la difusión por cualquier medio de escritos imágenes u otros soportes de contenido racista o xenófobo, o dirigir un grupo racista o xenófobo. La incitación la participación internacional o la tentativa serán punibles. Para todos esos actos se establecerán sanciones efectivas proporcionadas y disuasorias, penas de encarcelamiento, penas alternativas, multas, disposiciones de embargo de materiales y sanciones aplicables a personas jurídicas.

Además, en cuanto a la inmigración, la Comisión en su Comunicación de noviembre de 2000 expuso el método que proponía para contribuir al desarrollo de una política común. Este enfoque incluye la instauración, por una parte, de un marco normativo destinado a fijar las condiciones de entrada y estancia de los nacionales de terceros países y, por otra parte, de

iniciativas, destinadas a consolidar las bases de esta política común, especialmente por lo que se refiere a la mejora del conocimiento del fenómeno migratorio, con la preparación de un plan de acción estadístico o la creación de un observatorio (virtual) de las migraciones, y la cooperación administrativa.

En esta línea igualmente se podrían enmarcar las normas de cooperación judicial en materia civil, caso de que su orientación normativa pueda considerarse adecuada, materia que pasamos a abordar a continuación.

2. *La cooperación judicial civil como instrumento de integración de los ciudadanos de terceros Estados*

A. DESCRIPCIÓN GENERAL DE LAS INICIATIVAS EN ESTE ÁMBITO

El establecimiento de un auténtico *Espacio Judicial Europeo* es uno de los grandes ámbitos de atención dentro del Espacio de Libertad Seguridad y Justicia, tal como se refleja en el establecimiento de un Programa de cooperación entre las autoridades judiciales de los diferentes Estados miembros²⁸.

Con él se pretende conseguir que la justicia sea un modo de facilitar la vida cotidiana de los ciudadanos. Para ello se percibe la necesidad de mejorar el acceso de los individuos a la justicia a fin de que no se vean privados de sus derechos o limitados en su ejercicio ante la complejidad de los sistemas legales de los Estados. Igualmente se considera necesario fomentar la

un mecanismo de coordinación abierta susceptible de favorecer una convergencia progresiva de las políticas de los Estados miembros. Se presentaron al Consejo las iniciativas legislativas necesarias relativas a la reagrupación familiar, al derecho de los nacionales de terceros países residentes de larga duración y a la admisión a efectos de empleo. Destacan también algunas iniciativas como la Proposición de Reglamento del Consejo modificando el Reglamento (CEE) n.º 1035/97 en lo que concierne a las reglas presupuestarias y financieras aplicables al observatorio europeo de fenómenos racistas y xenófobos así como el acceso a los documentos del citado observatorio COM (2002) 406 final, o la Propuesta de Decisión-Marco del Consejo relativa a la lucha contra el racismo y la xenofobia COM (2001) 664 final (*DOCE* n.º C 75 E de 26 de marzo de 2002, págs. 269 a 273).

²⁸ Decisión del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se aprueba la segunda fase del programa de fomento, intercambios, formación y cooperación destinado a los profesionales de la Justicia (Grotius II penal) (2001/512/JAI) (*DOCE* n.º L 186 de 7 de julio de 2001, págs. 1 a 3), continuación del Programa establecido por la Acción Común de 28 de octubre de 1996 (96/636/JAI) adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea por la que se aprueba un programa de fomento e intercambios para profesionales de la Justicia («Grotius») (*DOCE* n.º L 287 de 8 de noviembre de 1996, págs. 3 a 6), que se renueva por medio del Reglamento 290/2001 del Consejo, de 12 de febrero de 2001, relativo a la renovación del programa de fomento de intercambios para profesionales de la justicia en el ámbito del Derecho Civil (Grotius civil) (*DOCE* n.º L 43 de 14 de febrero de 2001, pág. 1).

cooperación entre las autoridades judiciales dentro de la Unión y garantizar el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, no sólo en el ámbito del derecho privado sino incluso en el ámbito del derecho penal²⁹. Cuestión relevante en nuestro estudio será verificar a qué sujetos benefician los avances normativos establecidos.

En materia civil y mercantil, se constituye una red judicial europea que contempla el intercambio permanente de información entre las autoridades nacionales³⁰. Se establece también una red extrajudicial europea destinada a ayudar a los consumidores a resolver los litigios³¹.

Por otra parte, respecto al reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales en materia civil, se adopta un programa que tiene como base los Reglamentos Bruselas I y II a los que nos referiremos más adelante; su finalidad última es suprimir el *exequatur* en todas las decisiones civiles y mercantiles³². Este programa, que se concentra en las decisiones judiciales, deberá ampliarse al reconocimiento de algunos procedimientos y documentos administrativos que, más allá de los procedimientos judiciales, constituyen actualmente una fuente de dificultades para los ciudadanos interesados³³.

²⁹ En noviembre de 2000 se presentó por el Consejo un programa general sobre reconocimiento mutuo publicado en el *DOCE* n.º C 12 de 15 de enero de 2001, págs. 1 a 22.

³⁰ Decisión del Consejo, de 28 de mayo de 2001 (2001/470/CE), por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil (*DOCE* n.º L 174 de 27 de junio de 2001, págs. 25 a 31).

³¹ Destacan la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000 relativa a una red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo (*DOCE* n.º C 155 de 6 de junio de 2000, págs. 1 a 2) o la Recomendación de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (Texto pertinente a efectos del EEE) (*DOCE* n.º L 109 de 19 de abril de 2001, págs. 56 a 61). En un sentido más amplio y también en el ámbito civil, la Comisión ha adoptado un Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos, COM (2002) 196.

³² Conviene subrayar el hecho de que en marzo de 2002 la Comisión presentó una propuesta con una recomendación para negociar un acuerdo entre los Estados de la Comunidad y los miembros del Convenio de Lugano, que actualmente continúa en vigor, estableciendo un sistema semejante al del Reglamento 44/2001, pero en las relaciones con Suiza, Noruega e Islandia.

³³ En este punto resultan también interesantes numerosas propuestas como la Propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar en interés de la Comunidad Europea el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños (Convenio de la Haya de 1996), COM (2001) 680, de 20 de noviembre de 2001; o la iniciativa de la República Francesa con vista a la adopción del Reglamento del Consejo relativo a la ejecución mutua de resoluciones judiciales en materia de derecho de visita de los niños (*DOCE* n.º C 234 de 15 de agosto de 2000, págs. 7 a 11).

En abril de 2002 se publica un Reglamento en el que se establece lo que se pretende que sea el marco general comunitario de actividades para facilitar la cooperación judicial en materia civil³⁴.

Estrechamente unidas a la armonización de medidas procesales en el ámbito civil, se encuentran una serie de iniciativas de armonización en el aspecto sustantivo. En este campo el nivel de cohesión entre los Estados no es lo suficientemente alto como para que encontremos normativa vigente pero en la actualidad se están realizando numerosas investigaciones y estudios que verifican el grado de similitudes o diferencias entre los ordenamientos de los Estados y las vías más adecuadas de armonización o cooperación³⁵.

B. EL REGLAMENTO N.º 44/2001 DEL CONSEJO

El conocido como Reglamento 44 es, sin lugar a dudas, el más relevante de los instrumentos comunitarios en materia civil y mercantil³⁶. Heredero directo del Convenio de Bruselas de 1968, este Reglamento se ha convertido en la herramienta más relevante para la protección de los ciudadanos en su derecho de acceso a la justicia al unificar, dentro de su ámbito de aplicación, las normas de competencia judicial internacional y las condiciones y procedimientos de eficacia extraterritorial de las resoluciones judiciales.

Este Reglamento concreta su ámbito de aplicación a las materias civil y mercantil y dentro de estos sectores se restringe a las cuestiones patrimoniales³⁷. Siendo las más relevantes desde el punto de vista práctico las cuestiones estrictamente comerciales, resulta digno de atención que a los ciudadanos particulares les afectan de modo más directo materias tales como las pensiones de alimentos o la responsabilidad civil derivada de las relaciones contractuales

³⁴ El Reglamento (CE) n.º 743/2002 del Consejo, de 25 de abril de 2002, por el que se establece un marco general comunitario de actividades con el fin de facilitar la cooperación judicial en materia civil (*DOCE* n.º L 115 de 1 de mayo de 2002, págs. 1 a 5).

³⁵ En julio de 2001 la Comisión presentó una Comunicación sobre Derecho contractual europeo que trata de abrir el debate sobre los posibles métodos de armonización en diversos ámbitos de derecho privado material. COM (2001) 398, de 11 de julio de 2001. Los resultados de las consultas realizadas por la Comisión pueden ser consultados en la siguiente página web de la Comisión http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/comments/index_en.html.

Existen también estudios preliminares para desarrollar un instrumento sobre ley aplicable a los divorcios, a las propiedades matrimoniales y a las sucesiones).

³⁶ Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DOCE* n.º L 12 de 16 de enero de 2001, págs. 1 a 23).

³⁷ Véase el artículo 1 del Reglamento en que se precisa que las cuestiones de estatuto personal resultan ajenas al Reglamento, así como las cuestiones de seguridad social, concursos y quiebras y los arbitrajes.

o extra-contractuales, estando ambas dentro del ámbito de aplicación del Reglamento. Igualmente se abordan por su normativa los contratos de consumidores, los contratos de seguros y los contratos de trabajo, existiendo en estos tres ámbitos una regulación especial de protección que pretende garantizar los derechos de los particulares que son, normalmente, parte débil de la relación contractual, actúen en el procedimiento como demandantes o demandados.

No cabe discutir que la normativa recogida en el Reglamento 44 supone una ventaja comparativa en relación con la que se recoge en las normas internas de Derecho Internacional Privado de los Estados. La garantía de los derechos de defensa de las partes en el procedimiento se considera principio fundamental de funcionamiento del sistema y el principio de *confianza mutua* entre las autoridades judiciales de los Estados miembros del Reglamento se refleja en los cauces de aplicación de las normas de competencia y en un procedimiento de reconocimiento y ejecución rápido, flexible, barato y eficaz. El régimen en sí implica un incremento considerable en la garantía de la seguridad jurídica, que resulta de la máxima relevancia para garantizar los derechos de los ciudadanos.

Aclaradas las ventajas del sistema, resulta relevante a nuestro objetivo la determinación de a qué sujetos se aplica.

Un sistema de protección que afectara únicamente a los ciudadanos nacionales de Estados miembros de la Unión, sería paralelo al sistema sobre libre circulación de personas establecido en la normativa comunitaria. Este sistema ha derivado en un régimen de marcada desigualdad entre nacionales de Estados miembros y nacionales de terceros Estados.

En el caso del Reglamento 44, el ámbito de aplicación subjetivo se recoge en el artículo 4 del citado texto. A pesar de su curiosa redacción, que debe ser entendida *sensu contrario*, el Reglamento establece una norma de aplicación que evita expresamente el concepto de nacionalidad. Como regla general son las personas domiciliadas en Estados miembros las que pueden beneficiarse del régimen ventajoso del Reglamento³⁸. En contra de lo que sucede con las normas que afectan al domicilio de las personas jurídicas, el Reglamento no recoge un concepto autónomo de personas físicas, realizándose una remisión a las normas del derecho interno del Estado en que la persona física está presuntamente domiciliada³⁹.

³⁸ A esta regla general deben añadirse los casos de las competencias exclusivas (artículo 22 del Reglamento) y las sumisiones tácitas (art. 24) en que no se exige requisito de vinculación subjetiva de las partes. Es decir, dos preceptos *erga omnes* que son aplicados por las autoridades de los Estados miembros a cualquier sujeto, independientemente del país de procedencia.

³⁹ Véanse en este sentido los párrafos primero y segundo del artículo 59 del Reglamento respecto de las personas físicas y el artículo 60 respecto de las personas jurídicas.

Si nos centramos en nuestro ordenamiento jurídico, la confluencia de estos preceptos tiene como consecuencia que el Régimen del Reglamento 44 afecta a los ciudadanos residentes en territorio español, independientemente del título de su residencia⁴⁰.

Puede concluirse por tanto que esta normativa, que puede tacharse de especialmente técnica, recoge sin embargo una regulación que impide la discriminación en su aplicación basándose en la nacionalidad de los afectados en terceros Estados⁴¹.

C. EL REGLAMENTO EN MATERIA MATRIMONIAL Y DE RESPONSABILIDAD PARENTAL SOBRE LOS HIJOS COMUNES

El Reglamento 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes a que nos referimos a continuación tiene una afectación directa a los individuos particulares, al hacer referencia a los procedimientos de separación, divorcio o nulidad del matrimonio y a la responsabilidad parental de los hijos comunes, es decir, el derecho de visita⁴².

La Unión ha considerado prioritario garantizar el derecho del niño a mantener relaciones con cada uno de los padres y a este respecto establece un sistema que garantiza el derecho del niño a ser oído en toda cuestión relativa a la responsabilidad parental que le concierna, considerando al mismo tiempo su edad y su madurez.

Con una inspiración directa en el Reglamento 44, esta norma recoge los sistemas de competencia judicial internacional en las materias abordadas, así como los regímenes de eficacia extraterritorial de las resoluciones.

Esta norma prescinde nuevamente de los conceptos de nacionalidad. En el caso de la responsabilidad parental, emplea como elemento central la residencia habitual del niño o incluso el lugar donde éste «se encuentre».

Se recoge una regla de no competencia, prácticamente ajena al derecho internacional privado de fuente comunitaria, que pretende luchar contra los secuestros de menores dentro de la Unión Europea.

⁴⁰ No en vano, las normas sobre domicilio están recogidas en la normativa española en el artículo 40 del Código Civil que asimila el concepto de domicilio al de residencia habitual siendo este concepto meramente fáctico y sin exigirse condiciones administrativas para que la residencia tenga efectos de protección.

⁴¹ Ver en este sentido el texto del artículo 4.2 del Reglamento.

⁴² Este Reglamento es heredero del R. (CE) n.º 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000 (*DOCE* n.º L 160 de 30 de junio de 2000, págs. 19 a 36) que fue modificado por el Reglamento (CE) n.º 1185/2002 de la Comisión de 1 de julio de 2002, por el que se modifica la lista de órganos jurisdiccionales competentes del anexo I del Reglamento anterior (*DOCE* n.º L 173 de 3 de julio de 2002, pág. 3).

D. OTRAS NORMAS DESARROLLADAS EN EL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA. ESPECIAL REFERENCIA A LA JUSTICIA GRATUITA Y LA LEY APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

Entre las normas que destacan en materia civil y mercantil debe hacerse referencia a los procedimientos de insolvencia, pero teniendo en cuenta que estos procedimientos no afectan normalmente a los ciudadanos particulares, consideramos que este Reglamento resulta ajeno al análisis que estamos realizando⁴³. Lo mismo puede decirse de las reglas desarrolladas que afectan fundamentalmente a cuestiones procedimentales de cooperación judicial⁴⁴.

Sí puede resultar digno de atención el Reglamento para créditos no impugnados⁴⁵. Esta norma tiene por objeto crear un título ejecutivo para estos créditos estableciendo unas normas mínimas para garantizar que las decisiones, transacciones judiciales y actos auténticos sobre créditos no impugnados circulen libremente. Esto significa supresión del *exequatur* suprimiendo los procedimientos intermedios para la ejecución y los motivos de rechazo. La única condición para que un sistema tan ventajoso para las partes se ponga en marcha es que la ejecutoria haya sido emitida por la autoridad de un Estado miembro, pero sin restringirse a nacionales de Estados miembros.

Otra de las normas que puede contribuir a la integración de los inmigrantes hace referencia al acceso a la justicia gratuita⁴⁶. La decisión afecta a todos los procedimientos en materia civil cualquiera que sea la jurisdicción ante la que se dirima el litigio.

El derecho a la justicia gratuita afecta a las personas que no disponen de recursos suficientes, se trate de ciudadanos de la Unión Europea o de nacio-

⁴³ Reglamento (CE) n.º 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia (*DOCE* n.º L 160 de 30 de junio de 2000, págs. 1 a 18).

⁴⁴ Reglamento (CE) n.º 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (*DOCE* n.º L 160 de 30 de junio de 2000, págs. 37 a 52); el Reglamento (CE) n.º 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (*DOCE* n.º L 174 de 27 de junio de 2001, págs. 1 a 24), o la Decisión de la Comisión, de 25 de septiembre de 2001, por la que se aprueba un manual de organismos receptores y un léxico de los documentos transmisibles o notificables, en cumplimiento del Reglamento (CE) n.º 1348/2000 del Consejo, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (*DOCE* n.º L 298 de 15 de noviembre de 2001, págs. 1 a 478).

⁴⁵ Reglamento del Parlamento y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se crea un título ejecutivo para créditos no impugnados.

⁴⁶ Directiva 2003/8 CE del Consejo de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios.

nales de terceros países que residan legalmente en el territorio de uno de los Estados miembros.

El derecho a la justicia gratuita afecta a la asistencia de un abogado u otra persona habilitada por la ley para desempeñar la representación en juicio, la exención o la asunción por el Estado de las costas judiciales, la cobertura de los gastos suplementarios vinculados al carácter transfronterizo del litigio (interpretación, traducción, gastos de desplazamiento...)⁴⁷.

En el ámbito del Derecho sustantivo, en este momento no existen normas en vigor, pero existe una propuesta de Reglamento en materia de ley aplicable a las obligaciones contractuales y otro que afecta a las obligaciones extracontractuales⁴⁸. No parece que la aprobación de estos Reglamentos vaya a producirse de manera inmediata, por lo que en este momento, la normativa vigente en esta cuestión se restringe a la Convención de Roma de 1980 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales. En el aspecto que nos ocupa en este estudio, es decir en la posible aplicación de esta norma de ámbito comunitario a ciudadanos de terceros Estados, debe decirse que la regulación de este Convenio se aplica de modo *erga omnes*, es decir, las autoridades de los Estados miembros aplican la normativa a cualquier sujeto independientemente de su nacionalidad, domicilio o incluso residencia⁴⁹.

III. Conclusión

Quizá las Comunidades Europeas nacieron con un objetivo estrictamente económico, pero en la actualidad no puede negarse que tal finalidad ha sido ampliamente superada. La cohesión entre los Estados europeos, a pesar de las innegables diferencias, ha alcanzado un nivel que nos permite ser optimistas sobre la posible evolución de la organización. No podemos olvidar que existen problemas que paralizan numerosas de las propuestas normativas y que es precisamente el ámbito del control de fronteras, uno de los

⁴⁷ En relación con este texto debemos hacer referencia a la Decisión 2005/630 de la Comisión, de 26 de agosto de 2005, por la que se establece un formulario para la transmisión de las solicitudes de justicia gratuita por aplicación de la Directiva 2003/8 y la Decisión 2004/844 de la Comisión, de 9 de noviembre de 2004, por la que se establece un formulario para la solicitud de asistencia jurídica gratuita con arreglo a la Directiva 2003/8 del Consejo destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios.

⁴⁸ Véase la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) COM (2005), 650 final y Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) COM (2003) 427 final.

⁴⁹ Véase el artículo 2 del Convenio que recoge el carácter universal del mismo.

que puede considerarse más problemático. Debemos igualmente recordar la existencia del procedimiento de *opting out* que, de hecho, permite a Reino Unido, Dinamarca e Irlanda quedar al margen de la política de inmigración. Sin embargo, la realidad demuestra que estos Estados, reticentes a adherirse a las normas en materia de inmigración no lo son tanto cuando se hace referencia a las normas de cooperación judicial civil que han sido aceptadas por todos los Estados miembros incluyendo éstos.

Tal como hemos tratado de demostrar en este artículo, las normas de cooperación judicial pueden tener un efecto beneficioso para la integración de los inmigrantes en la medida en que su contenido está diseñado de modo que no deja fuera de sus beneficios a los nacionales de terceros Estados, sino que resultan aplicables a cualquier ciudadano residente en el territorio.

Quizá pueda parecer curioso que, precisamente las normas de Derecho Internacional Privado que en sus orígenes eran tan sólo aplicables a las élites de la sociedad, puedan en este momento considerarse como una fuente de integración de nacionales de terceros Estados. Pero precisamente esta realidad puede considerarse la prueba de que la evolución de los ordenamientos es reflejo de las necesidades sociales. Quizá esta conclusión abra una luz de esperanza que nos permita pensar en la evolución de los ordenamientos en otras áreas más problemáticas, aunque no podemos negar que tal conclusión desconoce las implicaciones económicas que inspiran en gran medida las normas de inmigración.

Los diversos retos a que la Unión se enfrenta en este momento, (los diferentes enfoques en cuestiones económicas o sociales, la ampliación a los países del Este...) no suponen sino un acicate que debe impulsar a los Estados miembros a continuar su colaboración consiguiendo una Unión cada vez más abierta, más democrática y más respetuosa con los derechos de los individuos que, en última instancia, conformamos ese proyecto inacabado que, aún hoy, es la Unión Europea.

El régimen del azúcar UE-ACP: ¿Un instrumento de cooperación al desarrollo?

M.^a Elisa Casanova Domènech*

Sumario: I. Introducción.—II. Diseño del Protocolo n.º 3 sobre el azúcar ACP.—III. El «irrelevante» efecto del Protocolo sobre el desarrollo.—IV. Elementos influyentes en el diseño del Protocolo.—V. Elementos influyentes en la aplicación del Protocolo.—VI. Conclusiones.

Resumen: Este artículo cuestiona la aplicación del régimen europeo de importaciones de azúcar ACP, cuyas condiciones se establecen en el Protocolo n.º 3, como un instrumento de cooperación al desarrollo económico de los países beneficiarios. Estos compromisos comerciales especiales han implicado sustanciales transferencias para algunas de estas economías participantes, especialmente las que tuvieron vínculos comerciales históricos con Gran Bretaña. Sin embargo, estas transferencias derivadas del Protocolo no han logrado, en general, la expansión del bienestar económico de dichos países. Dan soporte a ello determinados elementos influyentes tanto en el diseño como en la aplicación del Protocolo.

Palabras clave: comercio y desarrollo, Protocolo n.º 3 sobre el azúcar ACP, cooperación comercial UE-ACP, Organización Común de Mercados del azúcar, normas internacionales del comercio agrícola.

Abstract: *This article questions the role of the European regime of ACP sugar imports, whose conditions are established in the Protocol 3, as a co-operation instrument in favour of economic development of ACP beneficiary countries. These special trading undertakings have implied substantial income transfers for some of these countries, especially those that presented historic sugar trading links with the United Kingdom. But these income transfers derived from the Protocol have not achieved, in general, an economic welfare expansion for their countries. This result is supported by some influential elements on the Protocol design and implementation.*

Keywords: *trade and development, Protocol 3 on ACP sugar, ACP-EU trade cooperation, Common Organisation of the sugar Market, international rules of agricultural trade.*

* Doctora en Economía por la Universidad de Barcelona. Profesora colaboradora de Integración Europea en la Universidad de Barcelona. E-mail: elisacasanova@ub.edu. Las ideas principales de este artículo fueron recogidas en la ponencia aceptada para publicación, VII Congreso Nacional de Economía: *Europa en una economía global. Estrategias para el siglo XXI*, La Coruña, 28, 29 y 30 de septiembre de 2005.

I. Introducción

Desde 1975, la Unión Europea (UE) dispone de un régimen de importaciones preferentes de azúcar originario de determinados países de África, el Caribe y el Pacífico (ACP), de acuerdo con las condiciones recogidas en el Protocolo n.º 3 sobre el azúcar ACP. Este régimen del azúcar UE-ACP siempre ha sido considerado como un instrumento de cooperación al desarrollo en el marco de las relaciones de asociación UE-ACP, reguladas en los anteriores Convenios de Lomé (1975-2000) y el actual Acuerdo de Cotonú¹ (2000-2020). Al mismo tiempo, ha sido la principal fuente de importaciones de la UE establecida en la Organización Común de Mercados (OCM) del azúcar². Así pues, se trata de una pieza tanto de la Política Europea de Cooperación al Desarrollo como de la Política Agrícola Común (PAC).

Hoy en día, ante la obligación de cumplir con las normas de la Organización Mundial del Comercio (OMC), la UE debe reconsiderar su modelo de relaciones comerciales con los países ACP, lo que podrá alterar el funcionamiento del régimen del azúcar UE-ACP a partir de 2008. Asimismo, las actuales y potenciales demandas comerciales en la OMC han llevado a modificar la OCM del azúcar en 2006, afectando a sus relaciones comerciales con los países ACP beneficiarios del Protocolo n.º 3.

Por una parte, el actual Acuerdo de Cotonú establece una nueva cooperación comercial, basada en la creación de zonas de libre comercio o uniones aduaneras UE-ACP, que debe ser totalmente compatible con las disposiciones del Acuerdo Constitutivo de la OMC³. Este requerimiento normativo se justifica, especialmente, por la incompatibilidad de la cooperación comercial no recíproca de los anteriores Convenios de Lomé con el principio de Nación Más Favorecida y al no poder ampararse en las excepciones de dicho principio previstas en el artículo XXIV del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)⁴.

Así pues, a partir del comienzo de 2008, momento en que entrarán en vigor estos esquemas de integración económica, se deberá tomar una decisión sobre la cooperación UE-ACP con respecto al azúcar. El Acuerdo de Cotonú estipula que es necesario que se reexaminen los compromisos especiales sobre el azúcar en el contexto de los nuevos acuerdos de asociación

¹ *DO*, L 317, 15.12.2000.

² Regulada, actualmente, por el Reglamento (CE) n.º 318/2006 del Consejo (*DO*, L 58, 28.2.2006).

³ Art. 34.4.

⁴ Estas excepciones se establecen para los acuerdos de integración regional que se constituyan como zonas de libre comercio o uniones aduaneras.

económica⁵. Por lo tanto, en el caso de que este producto quede cubierto por los esquemas de integración⁶, cualquier país ACP podrá venderlo en el mercado europeo, poniendo fin al Protocolo n.º 3. Por consiguiente, la aplicación de los acuerdos de asociación económica entre la UE y los actuales 78 países ACP podrá significar un acceso al mercado europeo del azúcar, exento de barreras comerciales, para dichas economías desde 2008.

Por otra parte, la obligación de cumplir con las actuales y potenciales demandas comerciales internacionales explica la reciente reforma del régimen europeo del azúcar. Estas demandas resultan de la resolución de disputa en la OMC en contra del sistema europeo de subvenciones a la exportación y del avance de la Ronda de negociaciones de Doha.

El 15 de octubre de 2004, el Panel (Grupo Especial)⁷ condenó, con la confirmación del Órgano de Apelación⁸ el 28 de abril de 2005, las subvenciones europeas a la exportación de azúcar por el incumplimiento de los compromisos alcanzados a este respecto en la Ronda de Uruguay, en concreto los artículos 3.3 y 8 del Acuerdo Agrícola del GATT. El Panel constató que la UE venía superando el límite del valor de las subvenciones a la exportación de azúcar y la cantidad máxima subvencionada de azúcar por año desde 1995. Se determinó que no tenía ningún efecto legal la excepción a favor de exportar con subvenciones el azúcar ACP sin someterse al compromiso de reducción, que se recoge en una nota a pie de página en la lista de compromisos de la UE⁹.

Además, en el marco de la Ronda de Doha, se han realizado importantes progresos para liberalizar el comercio agrícola, a pesar de las distintas posturas defendidas¹⁰. En cuanto a acceso al mercado, se ha acordado que

⁵ Art. 36.4.

⁶ Para que una zona de libre comercio y una unión aduanera sean compatibles con las normas de la OMC, éstas deben cubrir «lo esencial de los intercambios comerciales de los productos» entre las Partes, según el artículo XXIV.8 del GATT. De ahí que esta vaga expresión para definir los bienes incluidos en los esquemas de integración económica ponga en cuestión si los productos agrícolas sensibles se incorporarán en los esquemas UE-ACP y, en cualquier caso, bajo qué condiciones la UE estará dispuesta a abrir su sector agrícola a la competencia exterior.

⁷ OMC, Comunidades Europeas – Subvenciones a la exportación de azúcar – Informe del Grupo Especial – Reclamación de Brasil, Australia y Tailandia, WT/DS266/R, WT/DS265/R, WT/DS283/R, 15.10.2004.

⁸ OMC, Comunidades Europeas – Subvenciones a la exportación de azúcar – Informe del Órgano de Apelación, WT/DS266/AB/R, WT/DS265/AB/R, WT/DS283/AB/R, 28.4.2005.

⁹ Para más información, puede verse M.E. CASANOVA: «¿Cómo las normas de la OMC afectarán al régimen del azúcar UE-ACP?», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 11, 2006, pp. 6-10.

¹⁰ Para conocer las últimas propuestas de liberalización presentadas por la Unión Europea, los Estados Unidos y el G-20, puede verse M. MILLET y P. GARCÍA-DURÁN: «La PAC face aux défis du cycle de Doha», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, n.º 494,

los aranceles más elevados se reducirán en mayor proporción, a no ser que recaigan sobre productos sensibles, y no se permitirá aumentar «temporalmente» los aranceles a través de la cláusula de salvaguardia especial¹¹. Por su parte, las ayudas internas¹² que distorsionan el comercio internacional de productos agrícolas disminuirán de acuerdo con un fórmula escalonada, estableciéndose una reducción del 20% para el primer año de aplicación. Por último, se eliminarán las subvenciones a la exportación de productos agrícolas entre 2010 y 2013, si bien el porcentaje mayor de reducción debe tener lugar en 2010. Todos estos progresos permitirían prever que los nuevos compromisos de la Ronda de Doha afectarían considerablemente a la OCM del azúcar, pues ésta mantenía todos los mecanismos de apoyo y protección¹³ que serían revisados: la fijación de altos aranceles, la aplicación de la cláusula de salvaguardia especial, el establecimiento de precios de sostenimiento¹⁴ y el uso de subvenciones a la exportación.

Por todo ello, y tras un período de gran debate en el seno de las instituciones comunitarias sobre la posible reforma para el sector del azúcar, el Consejo de Agricultura de la UE aprobó una propuesta¹⁵ de reforma de gran calado de la OCM del azúcar el 24 de noviembre de 2005¹⁶. Ésta se aplicará a lo largo de las campañas 2006/07 – 2009/10 sin prever ninguna cláusula de revisión, para hacer frente a las demandas internacionales en materia de comercio agrícola¹⁷.

2006, p. 16-23; y M. MILLET y P. GARCÍA-DURÁN: «La Política Agrícola Común ante las negociaciones de Doha», *Noticias de la Unión Europea*, en prensa, 2007.

¹¹ Hay que matizar que sí que se contempla la posibilidad de que los países en desarrollo puedan aplicar dicha cláusula.

¹² Estas ayudas son la «caja ámbar» que recoge las ayudas en forma de apoyo a los precios y/o la producción agrícola, el *mínimis* permitido y la «caja azul» acordada que incluye las ayudas directas a los agricultores dentro del marco de programas de reducción de la superficie cultivada.

¹³ La política europea del azúcar conservaba todos estos instrumentos de intervención y protección porque habían quedado al margen de las reformas de la PAC, incluso las de 2003 y 2004 que la preparaban para afrontar, especialmente, las negociaciones comerciales de la Ronda de Doha y que modificaron las organizaciones comunes de mercados de los productos agrícolas siguientes: cereales, arroz, carne de bovino, aceite de oliva, tabaco, algodón y leche.

¹⁴ A partir de la última notificación de la UE a la OMC de 2004 (G/AG/N/EEC/51) con datos referidos a la campaña 2001/02, el sector del azúcar recibió la mayor ayuda en concepto de precios de sostenimiento, después de la carne de bovino (por un valor que ascendió a 5.732,1 millones de euros sobre el total de ayuda interna de 39.281,3 millones de euros) en la UE-15.

¹⁵ Comisión Europea, *Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece la organización común de mercados en el sector del azúcar*, COM(2005) 263 final, 22.6.2005.

¹⁶ Consejo, Comunicado de prensa, sesión n.º 2692 del Consejo de Agricultura y Pesca, 14178/05, 24.11.2005, pp. 7-10.

¹⁷ Véase M.E. CASANOVA y P. GARCÍA-DURÁN: «La reforma de la Organización Común de Mercados del azúcar: el mínimo necesario», *Revista General de Derecho Europeo*, en prensa, 2007.

La reforma de la OCM del azúcar ha afectado claramente a los ingresos de exportación de azúcar ACP a la UE bajo las condiciones del Protocolo n.º 3. A pesar de que se mantiene el acceso con carácter preferente al azúcar ACP en el mercado comunitario, éste es menos atractivo para dichos países debido al menor precio garantizado en la UE, sometido por la reforma a una reducción progresiva del 36% desde 2006/07 hasta 2009/10. El descenso del precio de referencia del azúcar en la UE ha supuesto, pues, un inevitable recorte en el precio pagado a los exportadores ACP ocasionando, por lo tanto, una caída de las transferencias derivadas del Protocolo n.º 3.

Ante esta realidad, la Comunidad Europea se ha comprometido a apoyar el proceso de adaptación de los países signatarios del Protocolo a las nuevas condiciones del mercado europeo. Estas medidas de acompañamiento se financiaron, en 2006, con un importe global de 40 millones de euros¹⁸. A partir de 2007, la financiación de estas medidas se realiza a cargo de la nueva partida presupuestaria: «Instrumento de Financiación de la Cooperación al Desarrollo», dentro de las nuevas perspectivas financieras 2007-13¹⁹.

En pocas palabras, la reciente reforma de la OCM del azúcar, derivada en gran parte de las presiones ante la OMC, ha cambiado las condiciones sobre las que descansan las relaciones comerciales de azúcar entre la UE y los países ACP participantes del Protocolo. En esta línea, se prevé que la futura cooperación comercial UE-ACP establecida en el Acuerdo de Cotonú, que será compatible con las normas de la OMC, también modifique el régimen del azúcar UE-ACP. Por eso, se considera la revisión del Protocolo n.º 3 como una cuestión institucional. A partir de esta realidad actual, el objetivo de este artículo es valorar los resultados de dicho Protocolo como instrumento de cooperación al desarrollo para argumentar que su revisión se fundamenta también en una cuestión de desarrollo.

El artículo se estructura de acuerdo con las siguientes secciones. En el segundo apartado, se muestran los orígenes y las características del Protocolo n.º 3, junto a las transferencias que de él se derivan para los países ACP participantes. En el tercer apartado, se evalúa el efecto por parte de dichas transferencias sobre el nivel del PIB de las principales economías ACP beneficiarias. En el cuarto y quinto apartado, se refuerzan los resultados de la evaluación anterior con el análisis de elementos condicionantes tanto del diseño como de la aplicación del Protocolo. En el sexto y último apartado, se muestran las conclusiones del artículo.

¹⁸ Reglamento (CE) n.º 266/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO, L 50, 21.2.2006).

¹⁹ Reglamento (CE) n.º 1905/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO, L378, 27.12.2006).

II. Diseño del Protocolo n.º 3 sobre el azúcar ACP

Desde principios del siglo XX, el azúcar originario de determinados países y territorios se benefició de un acceso preferente a Gran Bretaña. Fue tras la Segunda Guerra Mundial, cuando se empezó a negociar un acuerdo de larga duración entre Gran Bretaña y sus colonias exportadoras de azúcar. Este proceso culminó en 1951 con el llamado *Commonwealth Sugar Agreement* (CSA, 1951-1974), que posibilitó la entrada al mercado británico de una cantidad anual de 1,3 millones de toneladas de azúcar de caña de dichas colonias según un precio negociado²⁰.

Cuando Gran Bretaña pactó su entrada a la Comunidad Económica Europea (CEE) en 1972, acordó con la Comunidad salvaguardar los intereses de los países exportadores de azúcar beneficiarios del CSA²¹, pero sin especificar la forma. Además, pretendió abordar la cuestión del azúcar en el contexto del nuevo acuerdo de asociación que considerase a todos los países del CSA junto a los Estados Africanos y Malgache Asociados (EAMA). Estos últimos habían estado asociados a la CEE mediante los Convenios de Yaundé I y II (1964-74)²².

Fue, pues, en el primer Convenio de Lomé (1975-79)²³ entre la CEE y los países ACP²⁴, en el que se concretaron los compromisos específicos sobre los intercambios comerciales de azúcar. El 16 de diciembre de 1974 se acordó el contenido del Protocolo del azúcar ACP²⁵, y el 28 de febrero de 1975 se firmó el Convenio de Lomé I. En su artículo 25 se reguló el régimen particular del azúcar, mientras que las modalidades de aplicación del mencionado artículo quedaron contenidas en el Protocolo n.º 3 relativo al azúcar ACP, anexo al Convenio.

Desde entonces, dicho Protocolo ha seguido manteniendo su vigencia más allá de la expiración de los Convenios de Lomé. Éste sigue aplicándose en el ámbito de la cooperación comercial en el actual Acuerdo de Cotonú²⁶, vigente desde el 1 de abril de 2003.

²⁰ A. MCGREGOR: «The Lomé Convention and the ACP sugar exporters: the political economy of conflicting policies», *Research Bulletin of the Department of Economics*, Universidad de Wollongong, Australia, 1978, p. 5.

²¹ Protocolo n.º 22 anexo al Acta de Adhesión. *DO*, L 73, 27.3.1972.

²² *DO*, L 93, 11.6.1964 y *DO*, L 282, 28.12.1970.

²³ *DO*, L 25, 30.1.1976.

²⁴ El grupo de países ACP, que integró los 18 EAMA y los 28 países de la *Commonwealth*, no formó una única entidad política hasta la firma del Acuerdo de Georgetown el 6 de junio de 1975. Asimismo, dicho Acuerdo instituyó el Consejo de Ministros ACP, el Comité de Embajadores ACP y la Secretaría ACP.

²⁵ T. KOCH: «The Sugar Protocol: an Appraisal», *Intereconomics*, vol. 24 (6), 1989, p. 293.

²⁶ En su anexo V.

El carácter especial del Protocolo n.º 3 reside en las tres condiciones referentes a: *i*) la distribución de las cantidades estipuladas entre los países beneficiarios, *ii*) el precio garantizado y *iii*) la duración, bajo las que ambas Partes se comprometen a realizar los intercambios comerciales relativos al azúcar en cada campaña de comercialización. Así, la UE se compromete a importar, y los países ACP se comprometen a exportar, cantidades específicas de azúcar de caña ACP en bruto o blanco²⁷ bajo un precio garantizado a lo largo de un período indefinido²⁸.

Cuadro 1

Asignación de las cantidades de azúcar a los países ACP beneficiarios del Protocolo (Las cifras están expresadas en tm. de azúcar blanco equivalente)

Mauricio	487.200
Fiji	163.600
Guyana	157.700
Jamaica	118.300
Swazilandia	116.400
Trinidad y Tobago	69.000
Barbados	49.300
Belice	39.400
Zimbabwe	25.000
Malawi	20.000
Saint Kitts y Nevis	14.800
Madagascar	10.000
Congo, Rep. del	10.000
Tanzania	10.000
Kenya	5.000
Uganda	5.000
Suriname	4.000
Costa de Marfil	2.000

Fuentes: Protocolo n.º 3 sobre el azúcar ACP (art. 3.1).
Declaraciones anexas al Protocolo n.º 3.

²⁷ El azúcar blanco o refinado es un edulcorante de origen natural, sólido, sin aromatizar y sin adición de colorantes u otras sustancias, constituido esencialmente por cristales sueltos de sacarosa con un contenido estándar del 99,5%, en peso seco. En cambio, el azúcar en bruto o terciado suele contener un 92% de sacarosa, en peso seco. Así pues, la diferencia entre ambos tipos de azúcar es su contenido de sacarosa.

²⁸ Art. 13 del anexo V del Acuerdo de Cotonú y art. 1 del Protocolo n.º 3.

Se establece una cantidad global anual, prácticamente invariable de 1,3 millones de toneladas, libre de aranceles, de azúcar de caña ACP con una asignación específica para cada país participante. En el cuadro 1 se presenta la distribución de dicho contingente entre los países beneficiarios.

Han sido 19 los países ACP beneficiarios del Protocolo sobre el azúcar ACP. Desde un principio, todos los países que participaron en el CSA y que se convirtieron en países ACP²⁹, formaron parte de la lista de países participantes. Otros tres países ACP fueron también incluidos: Madagascar, la República del Congo y Suriname³⁰. Desde entonces, solamente Zimbabwe (en 1981), Costa de Marfil (en 1983), Zambia (en 1995) y Mozambique (en 2004) se han añadido a la lista de países ACP beneficiarios³¹.

Además, se garantiza un precio de compra en consonancia con el precio vigente en el mercado comunitario³², el cual se sitúa entre dos y tres veces por encima del precio mundial, fijado anualmente en la OCM del azúcar. Por último, se considera que los compromisos comerciales UE-ACP relativos al azúcar tienen una duración indefinida³³. No obstante, se recoge la posibilidad de que éstos puedan ser denunciados³⁴ por la UE con respecto a cada Estado ACP, como también por cada país ACP en relación a la UE, desde la expiración del Convenio de Lomé y con un aviso de dos años de antelación³⁵.

²⁹ Éstos fueron: Barbados, Belice, Fiji, Guyana, Jamaica, Kenya, Mauricio, Saint Kitts y Nevis, Swazilandia, Tanzania, Trinidad y Tobago y Uganda.

³⁰ Curiosamente, estos últimos países mantenían vinculaciones económicas especialmente con Francia, en vez de con Gran Bretaña. Véase L. NILSSON: «Trading relations: is the roadmap from Lomé to Cotonou correct?», *Applied Economics*, vol. 34, n.º 4, 2002, p. 441.

³¹ A estos dos últimos países, Zambia y Mozambique, no se les asignó una cuota específica de azúcar en el momento de la adhesión, por lo que sus cantidades vendidas corresponden a volúmenes de entrega incumplidos por otros países signatarios. Aparte, Burkina Faso solicitó participar en el Protocolo del azúcar en noviembre de 2000. Sin embargo, el Consejo de Ministros de la UE rechazó dicha petición en junio de 2004, argumentando que este país no era un exportador neto de azúcar y que no era capaz de exportar azúcar en cada campaña de comercialización (Decisión del Consejo 2004/527/CE, *DO*, L 232, 1.7.2004).

³² Art. 5.4 del Protocolo n.º 3.

³³ Art. 1.1 del Protocolo n.º 3.

³⁴ En el art. 10 del Protocolo n.º 3.

³⁵ En la Declaración de la Comunidad al art. 10 del Protocolo n.º 3, la Unión Europea declara formalmente que este artículo se incluye por razones de seguridad jurídica, sin ánimo de representar para la Unión ninguna limitación respecto al compromiso de compra de azúcar ACP a precios garantizados por un período indefinido.

Cuadro 2

El conjunto de las transferencias derivadas del Protocolo n.º 3
para cada país ACP participante en el período 1976-2000.
(Las unidades están expresadas en millones de \$
en términos constantes, 1995=100)

Países	TR	TR/Total (%)	Períodos	Media TR	TR per cápita (\$)	TR/PIB (%)
ÁFRICA						
Congo, Rep.	85,57	0,77%	23	3,72	1,72	0,16%
Costa de Marfil	81,41	0,73%	18	4,52	0,40	0,03%
Madagascar	98,43	0,88%	23	4,28	0,38	0,13%
Malawi	205,60	1,84%	25	8,22	1,04	0,68%
Mauricio	3.985,79	35,67%	25	159,43	152,34	5,35%
Swazilandia	1.180,44	10,57%	25	47,22	63,63	4,92%
Tanzania	88,11	0,79%	22	4,00	0,16	0,13%
Zimbabwe	333,47	2,98%	17	19,62	2,07	0,22%
CARIBE						
Barbados	397,70	3,56%	25	15,91	62,01	0,90%
Belice	365,55	3,27%	25	14,62	81,29	3,39%
Guyana	1.357,23	12,15%	25	54,29	72,54	9,40%
Jamaica	1.024,87	9,17%	25	40,99	17,46	1,01%
St. Kitts y Nev.	129,44	1,16%	25	5,18	121,79	3,05%
Trin. y Tob.	406,83	3,64%	25	16,27	13,73	0,31%
PACÍFICO						
Fiji	1.432,33	12,82%	25	57,29	80,58	3,45%
Total	11.172,77	100%	25	446,91		

TR: Transferencias derivadas del Protocolo del azúcar ACP = cantidades de azúcar ACP bajo el Protocolo vendidas en el mercado europeo × (precio europeo garantizado bajo el Protocolo – precio mundial).

Kenya, Suriname y Uganda han sido excluidos del análisis porque, desde las primeras campañas, perdieron su derecho a suministrar azúcar a la UE por el incumplimiento de entrega de la cantidad establecida. También Zambia ha sido excluido por vender muy pocas cantidades durante el período analizado.

Fuente: M.E. Casanova: Evaluación de impacto del Protocolo del Azúcar CE-ACP, Tesis Doctoral, Universidad de Barcelona, 2005, p. 373, <http://www.tdx.cesca.es/TDC-0407105-122429>.

La aplicación de estas condiciones del Protocolo n.º 3 asegura unas transferencias monetarias a los países ACP beneficiarios. A continuación, se calculan dichas transferencias a lo largo del período 1976-2000. Éstas se estiman a partir de comparar los ingresos de exportación que estos países obtienen al vender en el mercado europeo con los que hubieran obtenido en el caso de que el Protocolo no existiera y, en consecuencia, hubieran tenido que vender en el mercado mundial³⁶. Los resultados se recogen en el cuadro 2³⁷.

Claro está que las economías que han entregado las mayores cantidades de azúcar a la UE son las que han recibido las mayores transferencias. Por eso, Mauricio (36%), Fiji (13%), Guyana (12%) y Swazilandia (11%) han sido las mayores beneficiarias en el período 1976-2000.

De forma similar, esta distribución desigual de los beneficios se observa, también, si se compara la media anual de las transferencias per cápita obtenida para cada país ACP. Otra vez, Mauricio, con 152 dólares per cápita, recibe los mayores beneficios, seguido de Saint Kitts y Nevis (122 dólares), Belice (81 dólares), Fiji (81 dólares), Guyana (73 dólares) y Swazilandia (64 dólares). Entre ellos, Saint Kitts y Nevis y Belice no suministran cantidades relevantes de azúcar a la UE, pero su venta representa significativos ingresos per cápita dado su bajo nivel de población.

Al mismo tiempo, la proporción de las transferencias sobre el PIB es significativa para aquellos países ACP que reciben las mayores transferencias per cápita. En término medio, dicha proporción ha alcanzado un 9% en Guyana, un 5% en Mauricio y Swazilandia, y un 3% en Fiji, Belice y Saint Kitts y Nevis.

En definitiva, las transferencias monetarias derivadas de la aplicación del Protocolo n.º 3 sobre el azúcar ACP son sustanciales para el grupo de países ACP beneficiarios, aunque no se distribuyan igualmente entre ellos. Otra cuestión es si estos diferentes beneficios derivados del Protocolo favorecen el desarrollo de los países participantes. Éste es el objetivo del próximo apartado.

³⁶ Según la metodología de D.M.G. NEWBERRY y J.E. STIGLITZ: *The Theory of Commodity Price Stabilization: a Study in the Economics of Risk*, Oxford: Oxford University Press, 1981.

³⁷ La distribución de las transferencias entre los países participantes que se muestra en este artículo es coherente con la estimada por: R. HERMANN y D. WEISS: «A Welfare Analysis of the EC-ACP Sugar Protocol», *The Journal of Development Studies*, vol. 31 (6), 1995, p. 926; S. McDONALD: «Reform of the EU's Sugar Policies and the ACP Countries», *Development Policy Review*, vol. 14 (2), 1996, p. 140; C. MILNER, W. MORGAN y E. ZGOVY: «Would All ACP Sugar Protocol Exporters Lose from Sugar Liberalisation?», *The European Journal of Development Research*, vol. 16 (4), 2004, p. 796; y T. LEVANTIS, F. JOTZO y V. TULPULÉ: «Sweetening the Transition in EU Sugar Preferences: The Case of Fiji», *The World Economy*, vol. 28 (6), 2005, p. 897.

III. El «irrelevante» efecto del Protocolo sobre el desarrollo

Con el propósito de estudiar la relación entre el PIB y las transferencias que resultan del Protocolo en el período 1976-2000, se realiza un análisis econométrico en base a un modelo de corrección de errores y un modelo con datos panel³⁸, cuyos resultados se van a comentar a continuación. Este análisis no pretende, pues, determinar todos los factores que influyen sobre el nivel de actividad económica de un país en cuestión, de modo que sólo se considera un número reducido de variables independientes.

Además de introducir las transferencias derivadas del Protocolo como variable explicativa en los modelos, se incorporan algunas variables de política económica con el ánimo de mostrar que su inclusión influye en el nivel de significación de las transferencias sobre el valor del PIB. Por eso, los instrumentos de política económica reciben el nombre de «variables control» ya que suelen ser significativas en análisis macroeconómicos de un país y ayudan a definir el efecto final de variables específicas (como es, en este caso, el de las transferencias). En este sentido, se han escogido variables relevantes, como la inflación, la apertura comercial y el agregado monetario M2, las cuales han sido incorporadas en los modelos econométricos más avanzados, diseñados para medir el impacto de la ayuda externa sobre el crecimiento económico de los países receptores³⁹.

En primer lugar, la utilización de un modelo de corrección de errores consigue separar los efectos entre las variables a corto plazo de los que pueden existir en el largo plazo. Asimismo, este modelo elimina las posibles tendencias de las variables, las cuales juegan un papel importante en los problemas potenciales relacionados con las correlaciones espurias.

Sin embargo, este modelo tiene un término de perturbación heteroscedástico debido a la inclusión de la variable endógena retardada, por lo que se ha aplicado el método de estimación robusta de White. Por otra parte, como la muestra es limitada, se estima el modelo para aquellos países ACP beneficiarios que reciben la mayor proporción de las

³⁸ Para conocer a fondo el diseño de estos modelos, véase M.E. CASANOVA: *Evaluación de impacto del Protocolo del Azúcar CE-ACP*, Tesis Doctoral, Universidad de Barcelona, 2005, pp. 412-423, <http://www.tdx.cesca.es/TDX-0407105-122429>.

³⁹ Entre ellos destacan: C. BURNSIDE y D. DOLLAR: *Aid, Policies, and Growth*, Working Paper n.º 1777, Development Research Group, Banco Mundial, Washington, 1997; Banco Mundial, *Assessing Aid: What Works, What Doesn't and Why*, Oxford University Press, Washington, 1998; H. HANSEN y F. TARP: «Aid and Growth Regressions», *Journal of Development Economics*, vol. 64 (2), 2001, pp. 547-570; y C.-J. DALGAARD y H. HANSEN: «On Aid, Growth and Good Policies», N. Hermes y R. Lensink (ed.), *Changing the Conditions for Development Aid. A new Paradigm*, University of Groningen, Frank Cass Ed., Londres, 2001, pp. 17-41.

transferencias sobre sus niveles del PIB, ante la mayor probabilidad de detectar una vinculación entre ambas variables. Éstos son: Belice, Fiji, Guyana, Mauricio, Saint Kitts y Nevis y Swazilandia (véase, de nuevo, el cuadro 2).

El cuadro 3 muestra los principales resultados de estimación. Entre ellos, se detecta un efecto (en base a la elasticidad) a corto plazo positivo y significativo de las transferencias sobre el PIB para Fiji y Mauricio. Por el contrario, en el largo plazo, dicho efecto se convierte en negativo para todos los países analizados siendo, además, significativo en el caso de Fiji y Saint Kitts y Nevis.

Cuadro 3

Estimación de un modelo de corrección de errores
para algunos países ACP seleccionados

	Coefficiente	Estadístico t	Prob> t
BELICE			
Elasticidad a corto plazo	-0.0169	-0.298	0.770
Elasticidad a largo plazo	-0.5546	0.32	0.5823
FIJI			
Elasticidad a corto plazo	0.0467	3.022	0.008
Elasticidad a largo plazo	-0.2455	18.90	0.0005
GUYANA			
Elasticidad a corto plazo	0.0199	0.677	0.508
Elasticidad a largo plazo	-2.8225	0.11	0.7469
MAURICIO			
Elasticidad a corto plazo	0.0514	5.512	0.000
Elasticidad a largo plazo	-6.8084	0.05	0.8223
SAINT KITTS Y NEVIS			
Elasticidad a corto plazo	-0.0063	-0.597	0.559
Elasticidad a largo plazo	-0.5997	6.17	0.0253
SWAZILANDIA			
Elasticidad a corto plazo	-0.0137	-0.86	0.404
Elasticidad a largo plazo	-1.4432	0.05	0.8207

Modelo y parámetros:

$$LPIBct_t = \beta_0 + \beta_1 LTransferencias_t + \beta_2 LInflación_t + \varepsilon_t$$

Este modelo se puede transformar en el siguiente para poder estimar las elasticidades a corto y largo plazo:

$$\Delta LPIBct_t = \delta_0 + \alpha_1 \Delta LTransferencias_t + \alpha_2 \Delta LInflación_t + \delta_1 LPIBct_{t-1} + \delta_2 LTransferencias_{t-1} + \delta_3 LInflación_{t-1} + \varepsilon_t \text{ donde } \delta_0 = \lambda \cdot \beta_0, \delta_1 = -\lambda, \delta_2 = \lambda \cdot \beta_1 \text{ y } \delta_3 = \lambda \cdot \beta_2$$

β_1 : elasticidad a largo plazo del PIBct respecto a las transferencias

α_1 : elasticidad a corto plazo del PIBct respecto a las transferencias

Variables:

PIBct: PIB en términos constantes (1995=100)

Transferencias: transferencias recibidas por los países ACP bajo el Protocolo n.º 3

Inflación: tasa de crecimiento anual del deflactor implícito del PIB

La letra *L* que precede el nombre de las variables indica la operación matemática del logaritmo neperiano. El subíndice *t* simboliza períodos anuales.

Contraste de hipótesis de significación estadística:

En la columna de coeficiente se muestra el valor estimado de las elasticidades del PIBct respecto a las transferencias en el corto (α_1) y largo plazo (β_1). Las otras dos columnas, estadístico *t* y Prob>|*t*|, muestran respectivamente el valor del estadístico de prueba necesario para efectuar el contraste y la probabilidad asociada al mismo, con vistas a aceptar o rechazar la hipótesis nula (*H*₀) frente a la hipótesis alternativa (*H*_a).

Las hipótesis nula y alternativa del contraste son:

*H*₀: $\alpha_1=0$ (o $\beta_1=0$) \Rightarrow El efecto de las transferencias sobre el PIBct no es significativo a corto plazo (o a largo plazo).

*H*_a: $\alpha_1 \neq 0$ (o $\beta_1 \neq 0$) \Rightarrow El efecto de las transferencias sobre el PIBct es significativo a corto plazo (o a largo plazo).

Para la aceptación o el rechazo de la hipótesis nula (*AH*₀ o *RH*₀), se requiere del cumplimiento de la siguiente condición:

*AH*₀: (Prob>|*t*|) $\geq 0,05 \Rightarrow$ Efecto no significativo

*RH*₀: (Prob>|*t*|) $< 0,05 \Rightarrow$ Efecto significativo

Fuente: M.E. CASANOVA: *Op. Cit.*, pp. 416-419.

Por consiguiente, en el corto plazo, las transferencias derivadas del Protocolo n.º 3 sobre el azúcar ACP han tenido un efecto positivo y significativo sobre el PIB en algunos países beneficiarios, especialmente en Mauricio. En contraposición, el impacto en el largo plazo ha sido negativo, y en algunos casos significativo, sobre el bienestar económico de dichos países. Estos resultados econométricos dan soporte a la idea, presentada en anteriores estudios⁴⁰, de que los países participantes se benefician de este trato comercial privilegiado en el corto plazo, si bien sufren un impacto adverso en el largo plazo.

En segundo lugar, se utiliza un modelo econométrico con datos panel con vistas a completar los resultados alcanzados por el modelo anterior. Esta nueva especificación se basa en un panel balanceado que combina las observaciones por países y períodos. La muestra incluye, pues, observaciones individualizadas por países⁴¹ a lo largo de un período (1976-2000)⁴², lo que proporciona un amplio número de datos (196 observaciones).

La ventaja de este tipo de modelo es que aumenta sus grados de libertad y reduce la multicolinealidad entre sus variables explicativas y, en consecuencia, contribuye a mejorar la eficiencia de los parámetros estimados. Además, los datos panel permiten establecer diferencias entre los países en un mismo momento temporal de las que surgen en cada uno de ellos a lo largo del tiempo. Asimismo, la construcción de su término de perturbación permite un mejor control de los efectos de las variables omitidas o inobservables.

Al estimar el modelo por el método mínimo cuadrático generalizado factible se obtienen estimadores de los parámetros con las mejores propiedades, teniendo en cuenta que el término de perturbación presenta autocorrelación por su propia composición. El proceso de autocorrelación que se plantea es el autorregresivo de orden uno AR(1), sobre la base de un mismo parámetro autorregresivo para el conjunto de los países ACP participantes, o bien, a partir de un parámetro específico para cada país.

Los resultados de la estimación del modelo, que se recogen en el cuadro 4, muestran que las transferencias derivadas del Protocolo tienen un efecto positivo, aunque no significativo, sobre el PIB de los países ACP beneficiarios. En cambio, las variables de política económica utilizadas, en concreto la apertura comercial y el agregado monetario M2, son claramente significativas.

⁴⁰ Especialmente, T. KOCH: *Op. Cit.*, p. 297.

⁴¹ Kenya, Suriname y Uganda han sido excluidos del estudio porque no se han beneficiado de forma continuada a lo largo del período analizado. Tampoco se ha incluido a Zambia en la lista de países ACP participantes porque accedió al Protocolo a partir de 1995 y sin ninguna cuota teórica asignada.

⁴² No se ha podido considerar todo ese período de 25 años por la falta de datos estadísticos para algún país ACP de la muestra en algunos de esos años.

Cuadro 4

Principales resultados de estimación de un modelo de regresión con datos panel

Correlación: coeficiente AR(1) común para todos los paneles (0,9022)

Paneles: homoscedásticos

N.º observaciones = 196

N.º países = 14

N.º períodos = 14

LPIBct _{it}	Coefficiente	Estadístico t	Prob> t
LTransferencias _{it}	0,0310	1,145	0,252
LComercio _{it}	-0,2430	-2,859	0,004
LM2 _{it}	-0,3485	-3,762	0,000
Constante	23,1892	38,356	0,000

Correlación: coeficiente AR(1) específico para cada panel

Paneles: homoscedásticos

N.º observaciones = 196

N.º países = 14

N.º períodos = 14

LPIBct _{it}	Coefficiente	Estadístico t	Prob> t
LTransferencias _{it}	0,0076	0,394	0,693
LComercio _{it}	-0,2498	-4,031	0,000
LM2 _{it}	-0,3170	-4,869	0,000
Constante	23,5531	58,249	0,000

Modelo:

$$LPIBct_{it} = \mu + a_1 LTransferencias_{it} + a_2 LComercio_{it} + a_3 LM2_{it} + V_{it} \quad i=1,2,\dots,14 \\ t=1,2,\dots,14$$

Variables:*PIBct*: PIB en términos constantes (1995=100)*Transferencias*: transferencias recibidas por los países ACP bajo el Protocolo n.º 3*Comercio*: exportaciones e importaciones de bienes y servicios como porcentaje del PIB*M2*: agregado monetario M2 como porcentaje del PIBLa letra *L* que precede el nombre de las variables indica la operación matemática del logaritmo neperiano. Los subíndices *i* y *t* simbolizan países y períodos anuales, respectivamente.*Nota*: Léase, de nuevo, en el cuadro 3, la explicación sobre cómo interpretar la información contenida en las tres columnas: coeficiente, estadístico t y Prob>|t|.*Fuente*: M.E. Casanova: *Op. Cit.*, p. 423-428.

Ello no sólo refleja la importancia que el diseño y la aplicación de las políticas económicas tienen sobre el nivel de actividad económica, sino que pone en duda que éstas hayan sido capaces de promover una adecuada utilización de las transferencias derivadas del Protocolo. La ayuda canalizada a través del sector del azúcar se podría haber asignado a actividades económicas en las que pudieran existir claras ventajas económicas, con la posibilidad, por lo tanto, de generar un «efecto dinamización» para la economía del país.

En definitiva, no se ha podido mostrar que exista una correlación positiva y significativa entre las transferencias derivadas del Protocolo n.º 3 y el nivel de renta de los países ACP beneficiarios. Por ello, se puede afirmar que los beneficios que conlleva la aplicación del Protocolo no han tenido un efecto destacado sobre el desarrollo económico de los países. Esta conclusión no es sorprendente si se toman en consideración determinados factores que afectan tanto al diseño como a la aplicación del Protocolo —que se analizan en los dos próximos apartados, respectivamente—.

IV. Elementos influyentes en el diseño del Protocolo

Existen dos claros factores condicionantes del diseño del Protocolo n.º 3 sobre el azúcar ACP. En primer lugar, se constata que las condiciones comerciales establecidas en el Protocolo han sido una mera continuación de las que se establecieron en el *Commonwealth Sugar Agreement*. En segundo lugar, se muestra que las condiciones del Protocolo fueron diseñadas a la medida de las necesidades de las refinerías europeas, complicando el funcionamiento del mercado europeo.

IV.1. *Continuación del CSA*

El establecimiento de una lista reducida de países ACP beneficiarios, que prácticamente eran los mismos que participaron en el anterior CSA, implicó que, desde el inicio, el Protocolo sobre el azúcar ACP fuera discriminatorio en contra de los demás países en desarrollo (PVD) productores y exportadores de azúcar pertenecientes, o no, al grupo ACP. Estas preferencias comerciales se establecieron en perjuicio no sólo de las exportaciones de azúcar de grandes PVD productores de bajo coste, como Brasil o Cuba, sino también en contra de países menos avanzados (PMA) del grupo ACP, como Etiopía y Sudán, países signatarios de Lomé I, que se han situado entre las economías productoras de azúcar de caña de bajo coste⁴³.

⁴³ Según la información estadística utilizada en M.E. CASANOVA: *Op. Cit.*, p. 287.

Por otro lado, la asignación de las cantidades de azúcar a entregar por cada economía ACP beneficiaria no se realizó de acuerdo con el criterio de eficiencia. Los volúmenes que se distribuyeron entre los países beneficiarios no reflejaron, ni reflejan, la verdadera capacidad productiva y exportadora de azúcar de los países ACP. A modo de ejemplo, en los primeros años de aplicación del Protocolo n.º 3, algunos países ACP como Malawi, Kenya y Madagascar suministraron cantidades modestas de azúcar a la UE, en comparación a Mauricio o Guyana, a pesar de estar muy bien situados en la jerarquía internacional de economías con menores costes productivos de azúcar de caña⁴⁴.

En realidad, no parece que se siguiera ningún criterio más que el de reproducir, sencillamente, los vínculos comerciales históricos con las antiguas colonias inglesas de la *Commonwealth*. Prácticamente, los países que recibieron las mayores cantidades bajo el CSA, como Mauricio, Fiji, Guyana y Jamaica se beneficiaron, también, de los mayores volúmenes de azúcar bajo el Protocolo n.º 3⁴⁵.

Además, no sólo no se consideró el nivel de eficiencia económica de los países ACP beneficiarios del Protocolo a la hora de distribuir las cantidades, sino que tampoco se ha tenido presente el nivel de renta per cápita de dichas economías a lo largo del tiempo. En este sentido, los países con los menores niveles del PIB per cápita, como Costa de Marfil, Madagascar, Malawi, República del Congo, Tanzania y Zimbabwe, han recibido las menores cantidades de azúcar bajo el Protocolo. Excepcionalmente, sólo Guyana se encuentra entre los países participantes con menor renta per cápita y, en cambio, se sitúa entre los países que han ofrecido los mayores volúmenes. En contraposición, los países ACP participantes del Protocolo con los mayores niveles del PIB per cápita, como Barbados, Belice, Fiji, Mauricio y Saint Kitts y Nevis, han obtenido los mayores volúmenes de azúcar. Excepcionalmente, Trinidad y Tobago ha recibido una pequeña cantidad, a pesar de su elevado nivel de vida por habitante.

IV.2. *Inserción en la OCM del azúcar*

A pesar de que el Protocolo n.º 3 establece que el azúcar ACP puede ser en bruto o blanco, casi su totalidad se vende en el mercado europeo en términos brutos sin dar, pues, la oportunidad a estas economías de crear valor

⁴⁴ Puede verse M.E. CASANOVA: *Op. Cit.*, pp. 322-325 y 287.

⁴⁵ En A. MCGREGOR: *Op. Cit.*, p. 5, se compara la distribución de las cantidades de azúcar entre los países beneficiarios que se establece en el CSA y en el Protocolo n.º 3.

añadido. De hecho, el contingente de azúcar ACP es la principal fuente de abastecimiento de azúcar de caña en bruto a las refinerías europeas⁴⁶.

Sin embargo, la demanda europea permanente de azúcar de caña en bruto originario de determinadas economías ACP no responde a necesidades del mercado, pues la producción interna de azúcar de remolacha supera al consumo doméstico, por lo que existe un excedente productivo en el interior de la UE⁴⁷. No existe, por lo tanto, una necesidad de suministro de azúcar externo hacia las refinerías europeas para poder cubrir parte del consumo interno, sino que dicha necesidad responde al hecho de que las refinerías disponen de una capacidad productiva de refinado muy superior a la oferta europea de azúcar de remolacha en bruto.

Así pues, la aplicación del Protocolo sobre el azúcar ACP ha posibilitado salvaguardar los intereses de las refinerías europeas, especialmente de Gran Bretaña, al permitir que éstas recurran a la importación exenta de aranceles de azúcar de caña en bruto ACP⁴⁸. Casi toda la cantidad de azúcar ACP, alrededor de un millón de toneladas, es adquirida por la refinería inglesa *Tate and Lyle* y sólo el monto restante se destina a las refinerías francesas y portuguesas.

Ante el exceso de producción de azúcar en el interior de la UE, se explica que el contingente de azúcar ACP se haya mantenido prácticamente invariable y que la UE lo haya reexportado al mercado mundial con subvenciones. Por una parte, la cantidad de azúcar que las refinerías pueden importar se fija en función de las necesidades máximas de abastecimiento⁴⁹, con el ánimo de controlar la oferta en la Unión. Por ello, el contingente arancelario de azúcar ACP suministrado a la UE bajo las condiciones del Protocolo n.º 3 se ha mantenido prácticamente invariable a lo largo de las campañas de comercialización.

Por otra parte, se permite que toda la cantidad de azúcar ACP, tras ser refinado en la UE, se exporte con subvenciones a cargo de los recursos del Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola (FEOGA-Garantía)⁵⁰.

⁴⁶ Véase Comisión Europea: *The European sugar sector. Its importance and its future*, 2005.

⁴⁷ Véanse los datos estadísticos del cuadro «4.3.4.1 Sugar supply balance» contenido en «The 2005 Agricultural Year» elaborado por la Dirección General de Agricultura de la Comisión Europea, 21.10.2005, http://ec.europa.eu/comm/agriculture/agrista/2005/table_en/en43_.htm.

⁴⁸ Véanse los datos en M.E. CASANOVA: *Op. Cit.*, p. 220.

⁴⁹ Establecidas por la Comisión Europea para cada campaña de comercialización.

⁵⁰ Así, el presupuesto comunitario financia el coste de la subvención a la exportación de la cantidad equivalente de azúcar ACP. En cambio, el coste de las exportaciones subvencionadas de azúcar producido en el territorio comunitario es sufragado por las cotizaciones a la producción que pagan las empresas fabricantes de azúcar y los agricultores de remolacha, o en menor

Sorprendentemente, la reexportación de azúcar ACP refinado no quedó sujeta al compromiso de reducción de las exportaciones subvencionadas de azúcar alcanzado en la Ronda de Uruguay del GATT.

La UE no incluyó en su lista de compromisos de reducción de subvenciones a la exportación el azúcar originario de las economías ACP, al considerar las relaciones comerciales UE-ACP sobre el azúcar como un instrumento europeo de cooperación al desarrollo de dichos países. Sin embargo, la resolución de la disputa en la OMC concluye que no existe una base legal para excluir la exportación de dicha cantidad del cómputo de reducción de subvenciones. Por ello, a partir del 22 de mayo de 2006, la UE debe cumplir con esta medida resultante de la solución de diferencias, tal y como lo determinó el arbitraje vinculante en la OMC⁵¹.

V. Elementos influyentes en la aplicación del Protocolo

Además de considerar los elementos que han condicionado el diseño, se debe tener en cuenta aquéllos que han influido directamente en el impacto final de las transferencias derivadas del Protocolo sobre el bienestar económico de los países ACP. Éstos se desprenden tanto de los flujos comerciales preferentes UE-ACP sobre el azúcar como del funcionamiento de los mercados europeo e internacional del azúcar. A continuación, se analizan estos principales factores explicativos del escaso resultado del Protocolo n.º 3 en términos de desarrollo.

V.1. *Falta de incentivo para la reducción de los costes productivos*

No sólo el reparto de las cantidades de azúcar entre los países participantes no se basó en el criterio de eficiencia —tal y como se ha comentado en el apartado anterior—, sino que los intercambios comerciales preferentes UE-ACP sobre el azúcar no han estimulado la reducción de costes de producción de azúcar.

Ninguno de los países ACP beneficiarios del Protocolo n.º 3 con elevados costes al comienzo de su aplicación ha conseguido, con la ayuda del

medida, cultivadores de caña. Por lo tanto, el mecanismo de subvenciones a la exportación de azúcar obtenido solamente en el interior de la UE descansa en el principio de autofinanciación o neutralidad presupuestaria.

⁵¹ OMC, Comunidades Europeas – Subvenciones a la exportación – ARB-2005-3/20 – Arbitraje de conformidad con el párrafo 3c) del artículo 21 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias – Laudo del Árbitro, WT/DS266/33, WT/DS265/33, WT/DS283/14, 28.10.2005.

mismo, situarse hoy en día entre los países productores de azúcar de caña de bajo coste⁵². Este es el caso, especialmente, de las islas del Caribe, Costa de Marfil, Madagascar, la República del Congo y Tanzania⁵³.

Por otra parte, estos flujos comerciales preferentes UE-ACP no han fomentado un aumento de la producción en los países ACP más eficientes, como es el caso de Fiji, Malawi, Swazilandia, Zambia y Zimbabwe⁵⁴. Si estos países hubieran podido suministrar mayores volúmenes de azúcar a la UE, lo habrían hecho bajo menores costes medios de producción gracias a las economías de escala⁵⁵. En cualquier caso, todos los países beneficiarios han entregado cantidades prácticamente invariables a la UE bajo el Protocolo a lo largo de las campañas de comercialización.

V.2. Fuerte dependencia comercial hacia el mercado europeo

La UE es la principal región de destino de azúcar originario de los países ACP debido a la aplicación del Protocolo n.º 3. Todos los países ACP participantes destinan los mayores volúmenes de azúcar a la UE, con la única excepción de Zambia y Mozambique por no disponer de una cantidad fija de entrega a la Unión. En concreto, Mauricio destina casi toda su producción a satisfacer la cuota permitida de acceso al mercado europeo⁵⁶.

Hay que tener en cuenta que el mercado europeo del azúcar está restringido a aquellos países en desarrollo que están vinculados con la UE mediante un contrato de aprovisionamiento a largo plazo con carácter preferente. Por eso, las importaciones europeas de azúcar de carácter no preferente son prácticamente nulas⁵⁷.

⁵² Según los datos sobre costes medios productivos de azúcar en el período 2000-03, elaborados por LMC International, que se utilizan en el estudio de I. GILLSON, A. HEWITT y S. PAGE: *Forthcoming Changes in the EU Banana/Sugar Markets: A Menu of Options for an Effective EU Transitional Package*, Report, Overseas Development Institute, 2005, p. 54. También se ha tenido en cuenta la jerarquía de los países con menores costes a lo largo del período 1979-1999 realizada en el estudio de Pontificia Universidad Católica de Chile: *Mercado del Azúcar y Precios de Referencia para la Aplicación de Banda de Precios*, estudio realizado para el Gobierno de Chile, Ministerio de Agricultura, ODEPA, 2003, p. 18.

⁵³ Así pues, estos países han destinado recursos productivos al sector del azúcar, sin estimular cambios en su estructura de costes, en vez de haberlos asignado a actividades económicas donde habrían podido existir claras ventajas comparativas con la posibilidad, por lo tanto, de generar más beneficios para la economía.

⁵⁴ Según los datos para el período 1995-2003 elaborados por la Organización Internacional del Azúcar (OIA): *Sugar Yearbook 2003*, 2003.

⁵⁵ Los elevados costes fijos asociados al capital físico de las empresas azucareras se habrían repartido entre una mayor cantidad producida de azúcar.

⁵⁶ De acuerdo con la OIA: *Op. Cit.*

⁵⁷ La gran mayoría de las importaciones europeas de azúcar se han incluido como contingentes arancelarios, de acuerdo con las disposiciones del Acuerdo Agrícola del GATT, para

V.3. *Perturbaciones causadas por la OCM del azúcar*

La UE, que es la principal región exportadora de azúcar blanco derivado de la remolacha, ha generado graves distorsiones en el mercado internacional, perjudicando también a los países beneficiarios del Protocolo n.º 3, entre otros. La UE ha cometido *dumping*⁵⁸ en sus exportaciones de azúcar a terceros mercados al otorgar subvenciones directas a la exportación para dar salida a sus excesos de oferta (azúcar de cuotas «A» y «B», de acuerdo con los límites establecidos en la Ronda de Uruguay, y el azúcar ACP refinado), y al conceder subvenciones indirectas a la exportación de azúcar «C»⁵⁹.

El conjunto de las exportaciones subvencionadas (directa o indirectamente) en la UE para dar salida a los excedentes de azúcar, ha contribuido considerablemente al mantenimiento de unos precios mundiales deprimidos. Por consiguiente, la actuación de la UE ha conllevado una reducción de los ingresos de exportación que los PVD podían obtener en los mercados inter-

atender a sus compromisos con los países en desarrollo. Así, en 1975, además del volumen de 1,3 millones de tm. de azúcar ACP bajo el Protocolo n.º 3, se acordó el libre acceso a la CE de una cantidad de 25.000 tm. de azúcar de la India en base al Acuerdo entre la CEE y la India. Posteriormente, tras la ampliación de la UE en 1995, la Comunidad asumió los compromisos de importación ante la OMC de los nuevos Estados miembros. Éstos incluyeron un contingente arancelario de 85.500 tm. de azúcar procedente de Cuba y Brasil, principalmente. En cambio, la importación, de cerca de 300.000 tm., de azúcar ACP bajo el Acuerdo del azúcar preferente especial de 1995, para hacer frente al déficit de las refinerías europeas, no se registró como contingente ante la OMC. Desde 2001, la UE ha abierto un nuevo contingente a favor del azúcar procedente de los países menos avanzados, de 74.185 tm. para la primera campaña 2001/02, que está incrementando en un 15% hasta la campaña 2008/09 (iniciativa «Todo menos armas»).

⁵⁸ La organización internacional Oxfam ha denunciado la existencia de esta práctica en varios informes. Entre ellos, *Dumping on the world. How EU sugar policies hurt poor countries*, Oxfam briefing paper n.º 61, 2004; *A sweeter future? The potential for EU sugar reform to contribute to poverty reduction in southern Africa*, Oxfam briefing paper n.º 70, 2004; y *The great EU sugar scam. How Europe's sugar regime is devastating livelihoods in the developing world*, Oxfam briefing paper n.º 27, 2002.

⁵⁹ Hasta la reforma de la OCM del azúcar en 2006, cada empresa europea fabricante de azúcar podía producir dentro de dos tipos de cuotas: «A» y «B», además de azúcar «C», aunque las características físicas del producto fueran las mismas. El azúcar de cuota «A» se distinguía del de cuota «B» por el diferente cálculo de las cotizaciones a la producción que recaía sobre cada una de ellas. Por lo demás, las cuotas «A» y «B» se beneficiaban del mismo precio de sostenimiento y conservaban toda la garantía de comercialización. En cambio, el azúcar «C», que se refería a la cantidad de azúcar producido en exceso a las cuotas «A» y «B», no disponía de garantía de precio ni de comercialización y debía venderse obligatoriamente fuera del mercado europeo sin subvenciones directas. Así pues, se ofrecía un tratamiento diferente en función de si se trataba de azúcar dentro o fuera de cuotas.

nacionales y, por si ello fuera poco, les ha dificultado competir con el azúcar subvencionado europeo en los mercados exteriores.

A modo de ejemplo, la UE ha exportado cantidades significativas de azúcar blanco a Argelia, Egipto, Libia y Nigeria⁶⁰, que sin ello habrían sido mercados potenciales para los exportadores de economías ACP africanas competitivas, como Malawi, Zambia (países menos avanzados), Swazilandia y Zimbabwe, ya que todos presentan claras ventajas comparativas en términos de costes. Sin las subvenciones europeas a la exportación de azúcar y dada la posición competitiva de estos países, se habría esperado una mayor participación de estos suministros africanos en los flujos comerciales internacionales, sobre todo a países vecinos.

Algunos países ACP beneficiarios del Protocolo n.º 3 no sólo han tenido dificultades para vender en mercados exteriores ante la exportación europea subvencionada sino que, además, éstos han importado determinados volúmenes de azúcar blanco, en algunos casos procedentes de la UE, de cara a satisfacer su demanda interna (prácticas *swap*). De este modo, estos países han podido exportar casi toda su producción al mercado europeo. El caso más relevante y contradictorio es el de Mauricio, cuya economía ha importado significativos volúmenes de azúcar de Sudáfrica con vistas a satisfacer su consumo doméstico y poder cumplir con sus entregas a la Unión Europea⁶¹.

Así pues, la aplicación de la OCM del azúcar ha promovido una destacada actuación externa por parte de los exportadores europeos en los mercados internacionales de azúcar, que ha perjudicado, especialmente, los intereses de los PVD productores y exportadores de azúcar, entre ellos los propios países ACP beneficiarios del Protocolo n.º 3. Este hecho representa, pues, un caso de contradicción entre la Política Europea de Cooperación al Desarrollo y la Política Agrícola Común intervencionista en determinados mercados domésticos de productos primarios.

V.4. *Distorsiones derivadas de las políticas azucareras de otros países*

No se puede atribuir exclusivamente a la Organización Común de Mercados del azúcar la distorsión existente en el mercado internacional. Hasta el momento, ha existido una gran variedad y complejidad de medidas gubernamentales aplicadas al sector del azúcar en la mayoría de países, que han distorsionado el funcionamiento del mercado mundial. En particular,

⁶⁰ Según los datos proporcionados por la OIA: *Op. Cit.*

⁶¹ Véase M.E. CASANOVA: «Los beneficiarios africanos del Protocolo del Azúcar UE-ACP», *Revista Española de Desarrollo y Cooperación*, n.º 16, 2005, pp. 73-74.

los países más avanzados, como Estados Unidos y Japón, han concedido claras medidas de soporte y protección a los productores con el ánimo de mantener la producción de azúcar de remolacha. En conjunto, la ayuda gubernamental dirigida al sector ha representado el 40% de los ingresos de los productores de azúcar en Estados Unidos, y dicha ayuda ha alcanzado el 60% de la renta de los productores de azúcar en Japón⁶².

Entre las principales medidas, estos países han garantizado a los productores azucareros un precio interno equivalente, como mínimo, al doble del precio mundial. Al definir un precio tan elevado para sus mercados domésticos se ha desincentivado el consumo, siendo los consumidores finales quienes han soportado la mayor parte del coste de la aplicación de las políticas de azúcar, y se ha estimulado la producción de edulcorantes alternativos (especialmente, la isoglucosa). Estos países han protegido a sus industrias azucareras de los bajos precios mundiales mediante considerables barreras comerciales a la importación en base a elevados aranceles y/o contingentes arancelarios.

Todo ello ha sido debido a la gran diferencia entre los costes medios de producción de azúcar de remolacha y los de azúcar de caña. Los costes medios productivos de azúcar de remolacha han sido el doble de los referentes al azúcar de caña para el conjunto de economías productoras de bajo coste⁶³. Por tanto, el diferencial de costes entre ambos orígenes de azúcar ha inducido a los países productores de azúcar de remolacha a aplicar una política intervencionista que gestione, por un lado, la protección de la producción interna y, por otro lado, el régimen de importaciones.

Por ello, en los últimos años, una serie de estudios⁶⁴ han cuantificado que la liberalización global del comercio internacional causaría, especialmente, un aumento del precio mundial del azúcar entre un 38% y un 43%,

⁶² Puede verse el estudio D. MITCHELL: *Sugar Policies: Opportunity for Change*, World Bank Policy Research Working Paper n.º 3222, 2004.

⁶³ Véanse los datos estadísticos de S.L. HALEY: «U.S. and World Sugar and HFCS Production Costs, 1997/98 – 2002/03», *Sugar and Sweetener Situation and Outlook*, SSS-241, 2004, p. 36. En general, las empresas productoras de azúcar de caña consiguen procesar un mayor volumen de azúcar que las que se dedican a la obtención de azúcar de remolacha, beneficiándose de economías de escala.

⁶⁴ Entre ellos, B. BORRELL y D. PEARCE: *Sugar: the taste test of trade liberalization*, Report prepared for the Conference on agriculture and new trade agenda from a development perspective: 1-2 October 1999, Geneve, Centre for International Economics, Canberra & Sidney, 1999; T. SHEALES, S. GORDON, A. HAFI y C. TOYNE: *Sugar: International Policies Affecting Market Expansion*, ABARE Research Report 99.14, Canberra, 1999; M.K. WOHLGENANT: *Effects of Trade Liberalization on the World Sugar Trade*, Commodities and Trade Division, Report prepared for the Sugar and Beverages Group Raw Materials, Tropical and Horticultural Products Service Commodities and Trade Division, Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, Roma, 1999.

según el estudio. Pero sólo en el caso de que un gran número de países, especialmente los más proteccionistas, participase en el proceso de reforma completa de liberalización del comercio, se esperarían alcanzar dichas subidas de precio. De ahí la importancia de coordinar la reforma del régimen del sector del azúcar en la Unión Europea, Estados Unidos y Japón.

En definitiva, todos estos argumentos contribuyen a explicar que el Protocolo n.º 3 no haya tenido un impacto significativo sobre el bienestar económico de los países ACP participantes, de modo que es necesario reflexionar sobre posibles vías alternativas de cooperación UE-ACP en el sector del azúcar.

VI. Conclusiones

El régimen del azúcar UE-ACP ha sido tratado como un instrumento de cooperación al desarrollo de los países ACP beneficiarios desde el comienzo de las primeras relaciones de asociación entre la CEE y los países ACP. Sus condiciones de aplicación, establecidas en el Protocolo n.º 3, han implicado transferencias monetarias sustanciales para los países participantes. Esto ha sido así gracias a que el precio negociado para el azúcar ACP en el interior de la UE es dos o tres veces superior, según la campaña, al precio promedio anual de azúcar en bruto en el mercado mundial. Pero estas transferencias se han distribuido de forma desigual a favor de aquellos países que han suministrado las mayores cantidades de azúcar al mercado comunitario (especialmente a favor de Mauricio, Fiji, Guyana, Swazilandia y Jamaica).

Ante la obligación de cumplir con los Acuerdos de la OMC, resulta necesario que la UE y los países ACP reexaminen los compromisos especiales sobre el azúcar en el marco de los nuevos acuerdos de asociación económica. Hoy en día, el régimen del azúcar UE-ACP ya ha sido modificado como consecuencia de la reciente reforma de la OCM del azúcar necesaria para hacer frente a las demandas comerciales agrícolas en la OMC. Pero junto a esta cuestión institucional, se debe tener en cuenta, además, la necesidad de revisar dicho régimen por cuestión de desarrollo, debido a los escasos efectos alcanzados por las transferencias recibidas sobre el PIB de los países ACP beneficiarios.

A partir de la realización de un análisis econométrico centrado en la estimación de un modelo de corrección de errores, se ha mostrado que las transferencias derivadas del Protocolo sólo han conseguido un efecto positivo y significativo sobre el nivel de actividad económica de algunos países beneficiarios (Fiji y Mauricio), mientras que dicho efecto se ha convertido en negativo para todos los países estudiados en el largo plazo. Posteriormente, en base a un modelo econométrico con datos panel, se ha mostrado

que el escaso efecto logrado por las transferencias sobre el bienestar de los países participantes ha cuestionado la capacidad de sus políticas económicas para multiplicar los efectos de la ayuda del Protocolo sobre la economía nacional.

Como resultado de todo este análisis, no se ha podido encontrar una relación positiva y significativa entre las transferencias y la renta de los países participantes a lo largo del tiempo. Por ello, existen grandes dudas respecto a los resultados logrados por el régimen del azúcar UE-ACP como instrumento de cooperación.

Esta conclusión queda reforzada por varios elementos influyentes tanto en el diseño como en la aplicación del Protocolo n.º 3. En cuanto a los elementos condicionantes del diseño, se debe tomar en consideración que las características esenciales de los compromisos europeos relativos al azúcar ACP fueron la continuidad de las condiciones de aplicación del anterior *Commonwealth Sugar Agreement*. Así pues, el Protocolo no fue diseñado como un instrumento de cooperación sino que parece que sólo se pretendió el mantenimiento de relaciones históricas privilegiadas. En cambio, sí que se pensó en que sus condiciones permitieran satisfacer las necesidades de las refinerías europeas. Además, en ningún momento se ha rediseñado su contenido con vistas a adaptarlo a las necesidades o las condiciones de los países beneficiarios.

Respecto a los elementos que directamente han influido en la aplicación del Protocolo n.º 3, se debe considerar que los flujos comerciales preferentes UE-ACP sobre el azúcar no han estimulado la incorporación de procesos productivos eficientes y que, al mismo tiempo, han fomentado la dependencia comercial hacia el mercado europeo. Por otra parte, las políticas nacionales de apoyo y protección a la producción interna de azúcar, en especial la política de la UE, han distorsionado el funcionamiento del mercado internacional del azúcar, perjudicando, en particular, a los países ACP beneficiarios del Protocolo.

Por todo ello, el estudio de este caso concreto sobre el régimen del azúcar UE-ACP pone de manifiesto la necesidad y la urgencia de diseñar y aplicar verdaderos instrumentos de cooperación en las relaciones Norte-Sur y, al mismo tiempo, refleja la importancia de concluir la actual Ronda de Doha con claros compromisos de reducción de las distorsiones del comercio agrícola internacional.

The Protection of Refugees under the Common European Asylum System. The Establishment of a European Jurisdiction for Asylum Purposes and Compliance with International Refugee and Human Rights Law

María Teresa Gil-Bazo*

Table of contents: 1. Introduction.—2. The Common European Asylum System. 2.1. The external dimension of the EU's asylum policies: the export of protection.—3. The international refugee and human rights law obligations of Member States when implementing EC asylum law. 3.1. Human Rights as General Principles of Community Law. 3.2. The Relationship between EC law and International Human Rights Treaties concluded by the Member States.—4. 'Minimum Standards' and Compliance with International Refugee and Human Rights Law.—5. Creating a Common European Asylum System: Can Member States Comply with their International Refugee and Human Rights Obligations?. 5.1. Determining the Scope of Member States obligations towards refugees: the 'Safe Country' concept in an intra-European asylum space.—6. Conclusions.

Abstract: The entry into force of the Treaty of Amsterdam on 1 May 1999 marked the transformation of the legal framework where the process of European integration in the field of asylum was to take place. This paper shall focus on the analysis of the legal issues derived from the establishment of an intra-EU asylum space where internal borders are transformed to give way to a quasi-single jurisdiction for the treatment of refugees in certain circumstances, while at the same time Member States remain individually responsible in the international sphere under international refugee and human rights law. It shall be argued that Member States have an obligation to comply with international refugee and human rights law when implementing EC asylum legislation and the contours of that obligation shall be analysed. On the basis of the obligation thus outlined, it shall also be argued that in absence of a fully harmonised single EU jurisdiction for asylum purposes, the current system of transfer of responsibility for refugees among the Member States may breach the obligations of Member States towards refugees under international refugee and human rights law under certain circumstances. To conclude some reflections on ways to mitigate the undesired consequences of the current system shall be offered.

* University Research Lecturer in International Refugee and Human Rights Law. Refugee Studies Centre, University of Oxford. PhD in International Law.

Key words: Refugees, Human Rights, Dublin Regulation, European Union, International Law

Resumen: *La entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam el 1 de mayo de 1999 supuso la transformación del marco jurídico dentro del cual se desarrolla el proceso de integración europeo en cuestiones de asilo. Este artículo analiza las cuestiones jurídicas que se derivan del establecimiento de un espacio jurídico europeo de asilo en el que las fronteras internas se transforman para dar lugar a una especie de jurisdicción única para el trato a refugiados en ciertas circunstancias, mientras que al mismo tiempo, los Estados miembros continúan siendo jurídicamente responsables en el orden internacional en materia de Derecho internacional de refugiados y derechos humanos. En primer lugar argumentaré que los Estados miembros tienen una obligación de cumplir el Derecho internacional de refugiados y derechos humanos en la aplicación del Derecho Comunitario en materia de asilo y analizaré el alcance de dicha obligación. Sobre la base de la obligación así delineada, procederé a argumentar que en ausencia de una jurisdicción europea completamente armonizada en materia de asilo, el sistema actual de transferencia de responsabilidad de refugiados entre los Estados miembros puede resultar en la violación de las obligaciones de dichos Estados con respecto a refugiados en ciertas circunstancias. Y para concluir, ofreceré algunas reflexiones sobre las medidas que podrían adoptarse para mitigar las consecuencias no deseadas del sistema actual.*

Palabras clave: *Refugiados, derechos humanos, Reglamento Dublín, Unión Europea, Derecho internacional.*

1. Introduction

The entry into force of the Treaty of Amsterdam¹ on 1 May 1999 marked the transformation of the legal framework where the process of European integration in the field of asylum was to take place. Following years of Member States' cooperation on asylum matters within intergovernmental frameworks, Title IV of the Treaty Establishing the European Community² (TEC) on 'Visas, asylum, immigration and other policies related to free movement of persons' provided the necessary legal basis to bring such action within the legal framework of European Community (EC) Law by adopting legally binding minimum standards in several asylum related areas.

The communitarisation of the European Union's (EU) asylum policy is more than a mere step in the process. It implies a change in the legal nature of the measures adopted and their interpretation as part of the unique legal

¹ [1997] OJ C/340.

² [2002] OJ C/325/33.

order of EC Law that has important consequences for the rights of individuals, including their enforceability.³

The entry into force of the Amsterdam Treaty's asylum provisions was soon followed by the European Council meeting in Tampere on 15-16 October 1999. The Heads of State or Government adopted the political guidelines for the development of the legislative agenda set in Title IV TEC and the EU set itself to developing a Common European Asylum System (CEAS) based 'on the full and inclusive application of the Geneva Convention, thus ensuring that nobody is sent back to persecution,'⁴ as well as a policy towards third countries that complemented these efforts.⁵ The development of both an internal and an external dimension to the EU's asylum policy was thus on its way.

A few months later, in June 2000, the Portuguese Presidency of the EU and the European Commission co-organised in Lisbon a European Conference on Asylum "Towards a Common European Asylum System", where the Commission, the Member States, UNHCR, and NGOs discussed the essential elements of the CEAS, namely, a common asylum procedure and a uniform status for persons in need of international protection. The event served to set the framework for the development of the legislative mandate enshrined in Title IV TEC and the Tampere conclusions, and its outcomes were later reflected in the Commission's Communication "Towards a common asylum procedure and a uniform status, valid throughout the Union, for persons granted asylum".⁶ While not highly publicised at the time, these discussions already contained the seed of controversial issues that were to make the headlines a few years later, such as the extraterritorial processing of asylum claims in countries outside the EU.⁷

³ A detailed account of the history of European integration in the field of asylum is beyond the scope of this paper. There is plenty of literature on the various different stages of the process and the legal implications of the measures adopted. See for instance, E Guild *The developing immigration and asylum policies of the European Union: adopted conventions, resolutions, recommendations, decisions and conclusions. Compilation and commentary* (The Hague, Kluwer Law International, 1996); H Labayle 'Un espace de liberté, de sécurité et de justice' 33(4) *Revue Trimestrielle de droit européen* 105-172; S Peers *EU Justice and Home Affairs Law* (Harlow, Longman, 2000) and S Peers *EU Justice and Home Affairs Law* 2nd ed. (Oxford, Oxford University Press, 2006).

⁴ Conclusion 13, Tampere European Council, Document Press Nr: 2001/99.

⁵ Conclusions 11-12, *ibid*.

⁶ COM(2000) 755 final, 22 November 2000.

⁷ J. STRAW, 'Towards a Common Asylum Procedure', in *Towards a Common European Asylum System. European Conference on Asylum* (Lisbon: Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, 2000) 133-139; COM(2000) 755 final, 22 November 2000, section 2.3.2. See also the proposal presented by the United Kingdom in March 2003 for 'New International Approaches to Asylum Processing and Protection'. Letter from the UK Government to the Greek Presidency of

On the basis of the Treaty, the Tampere Conclusions, and the discussions at the Lisbon Conference as enshrined in the Commission's Communication of November 2000, the EU set itself to the purpose of implementing the agenda and developing a CEAS within the framework of EC Law.

It is important to put the analysis on these issues in context and in particular, on the rationale for the need to develop a CEAS. The process of European integration in the field of asylum is intimately related to the establishment of a Single Market without borders. That single economic space requires the abolition of internal borders among its members in order to facilitate the freedom of movement for persons, capitals, and goods. With the establishment of a space without internal borders, the need to control its external borders becomes obvious if one is to prevent the undesired freedom of movement of certain categories of persons (including those in breach of immigration laws), capitals (including those obtained in criminal activities, such as the smuggling and trafficking of persons), and goods. It is the establishment of a Single Market with its dynamics of (external) border control that determines policies towards non-citizens, where the protection needs of individuals give way to the inherent difficulties of maintaining open borders to receive those in need of protection while attempting to seal the same borders against others.⁸

The European Union's (EU) concern with asylum is therefore primarily an utilitarian one. It is not driven by the wish to improve protection standards for refugees across Member States by adjusting the refugee protection regime to the reality of forced migration into Europe, but rather from the wish to control who enters the European economic space. This rationale has been repeatedly criticised not only by UNHCR and NGOs, but also by the

the EU, available at: <<http://www.statewatch.org/news/2003/apr/blair-simitis-asile.pdf>>. For a critique of these proposals, see G. Noll, 'Visions of the Exceptional: Legal and Theoretical Issues Raised by Transit Processing Centres and Protection Zones', (2003) 5 *EJML* 303-341 and Amnesty International, *UK/EU/UNHCR Unlawful and Unworkable – Amnesty International's views on proposals for extraterritorial processing of asylum claims*, IOR 61/004/2003.

⁸ The internal tension in the EU's own dynamics of border control becomes apparent when one compares the attempts to seal EU borders with the permeability of the same borders in relation to arms exports (a strong economic interest for the EU's Member States) that fuel conflict worldwide, which constitutes one of the main reasons of forced displacement. A report released in June 2005 by Amnesty International, Iansa, and Oxfam illustrates how the G8 countries (which include the UK, France, Germany and Italy) are among the world's leading arms suppliers, including to countries subject to an EU's arms embargo, such as Myanmar (Burma), China and Sudan. The report highlights the failure to enforce controls on the transfer of equipment that can be used for torture, ill-treatment and other human rights violations and the cost that arms exports have in human lives, lost livelihoods, socio-economic development, democracy, and opportunities to escape poverty. Amnesty International, Iansa, Oxfam. *The G8: global arms exporters. Failing to prevent irresponsible arms transfers*. June 2005, 5.

EU's own institutional framework. The European Parliament has expressed itself against an EU policy solely seeking to control its borders and safeguard its economic interests: 'border checks and action to combat illegal immigration can be only one aspect of the EU's policies towards non-EU countries [and] considers that the EU cannot analyse its immigration policy solely from the point of view of its economic interest but must also take into account the reasons which force migrants to emigrate'⁹.

Because of its own very nature as a *process*, the policies of border control and their subsequent translation into legislation constitute an uneven body of bilateral and multilateral relations between States that develops over time, outside and within the EU's legislative and institutional framework. I have argued elsewhere that what remains constant in this changing picture is the overriding effort to control borders. The sophistication of what constitutes a plethora of measures seeks to seal the borders of European States by preventing individuals to leave their countries of origin (visa regimes, carriers sanctions), or if they manage to reach the EU that they may be removed to 'safe third countries', and if that fails, that only one Member State be responsible for any given asylum seeker, namely, the one that fails to control the external borders of the EU.¹⁰

This paper shall focus on the analysis of the legal issues derived from the establishment of an intra-EU asylum space. The first stage in the development of a CEAS has seen the adoption of a body of EC law on asylum that results in the intra-EU shared sovereignty on asylum matters between the European Community (EC) and the Member States, while in the international sphere, the Member States — and not the EC — remain internationally responsible. The transfer of competence (and therefore, of sovereignty) from the Member States (internationally bound and internationally accountable for their performance under international refugee and human rights law) to an international organisation (the EC) that is not party to any international human rights or refugee law instrument, raises important issues, as Member States are bound to comply with EC Law but they also remain bound to comply with their individual international obligations.

The purpose of this paper is to analyse the issues derived from the establishment of an intra-European space where internal borders are

⁹ European Parliament Resolution on the links between legal and illegal migration and integration of migrants (2004/2131 (INI)), Doc. A6-0136/2005, 9 June 2005, para. 17.

¹⁰ M.-T. Gil-Bazo, 'La protección de los refugiados en la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam a la luz del Derecho internacional de los derechos humanos', in F.M. Mariño Menéndez and C. Fernández Liesa (dirs.), *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo* (Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001) 147-186.

transformed to give way to a quasi-single jurisdiction for the treatment of refugees in certain circumstances, while at the same time Member States remain single jurisdictions in the international sphere, individually responsible under international refugee and human rights law. First, it shall be argued that Member States have an obligation to comply with international refugee and human rights law when implementing EC asylum legislation, and the contours of that obligation shall be analysed. Second, and on the basis of the obligation thus outlined, it shall also be argued that in absence of a single EU jurisdiction for asylum purposes, the current system of transfer of responsibility for refugees among the Member States may breach the obligations of Member States towards refugees under international refugee and human rights law under certain circumstances.

In the pages that follow, I shall start by giving an overview of the first stage of the CEAS, identifying the ways in which the current framework may compromise the fulfilment of the Member States' obligations under international refugee and human rights law. Then I shall examine the extent of the obligation of Member States to comply with international refugee and human rights law when implementing EC asylum law. On the basis of this analysis, I shall look into the legal meaning of 'minimum standards' in the field of asylum and highlight the way in which the general obligation to comply with international standards may be compromised by the restrictions that the goal of harmonisation imposes on Member States. I shall then examine whether the premises that underpin the lawfulness for the transfer of responsibility for refugees among Member States are sufficient to guarantee the fulfilment of all obligations of Member States towards refugees.

2. The Common European Asylum System

The establishment of a CEAS fits within the broader objective to guarantee freedom of movement for persons across the Union. Within this context, the ultimate goal of the measures adopted under Title IV TEC is "to establish progressively an area of freedom, security and justice" (Article 61 TEC). This point is of particular relevance, as the interpretation of the instruments adopted will have to be made under this light.

The provisions on asylum are contained in Article 63 TEC:

"The Council, acting in accordance with the procedure referred to in Article 67, shall, within a period of five years after the entry into force of the Treaty of Amsterdam, adopt:

1. measures on asylum, in accordance with the Geneva Convention of 28 July 1951 and the Protocol of 31 January 1967 relating to the status of refugees and other relevant treaties, within the following areas:

- (a) criteria and mechanisms for determining which Member State is responsible for considering an application for asylum submitted by a national of a third country in one of the Member States,
- (b) minimum standards on the reception of asylum seekers in Member States,
- (c) minimum standards with respect to the qualification of nationals of third countries as refugees,
- (d) minimum standards on procedures in Member States for granting or withdrawing refugee status”

As can be inferred from the reading of these provisions, the Amsterdam Treaty endorses the approach already developed in the previous intergovernmental framework to link refugee status and asylum. Therefore, this institution seems to be exclusively aimed at the protection of individuals who meet the criteria under Article 1A of the Convention relating to the Status of Refugees¹¹ (hereinafter, the Geneva Convention) and not to the protection of other persons who fall under the protective scope of international human rights treaties. Article 63(2) confirms the separation of categories when it provides for the legal basis to adopt:

- “measures on refugees and displaced persons within the following areas:
- (a) minimum standards for giving temporary protection to displaced persons from third countries who cannot return to their country of origin and for persons who otherwise need international protection”

In fact, this dual approach to protection has been enshrined in the Directive on the qualification and status of persons in need of international protection¹² that defines two separate categories of individuals in need of international protection, namely, refugees within the sense of the Geneva Convention, and individuals who, despite not qualifying as refugees within the meaning of the Geneva Convention, can nevertheless claim the protection of international human rights law on certain grounds.

The Directive is a missed opportunity to combine in one status all protected categories of individuals under international law, this is, Geneva Convention refugees and the broader category of non-removable individuals under international human rights law. Rather than establishing two separate status, the Directive could have reflected the evolution of international law by joining in one instrument the various legal grounds under which individuals are protected under international law and creating one status of the

¹¹ 189 UNTS 2545, done 28 July 1951, entered into force 22 April 1954.

¹² Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted; [2004] OJ L 304/12.

‘refugee’ broadly considered under EC law. This position is not unknown to industrialised states. The US and Canada broadly follow this practice and some EU Member States used to do so, for instance, Spain until the reforms of 1994.¹³

This distinction between protected categories is relevant in so far it determines the scope of application of international refugee and human rights law, as we shall see in the sections that follow.

In addition to the Qualifications Directive, the first set of legally binding instruments on asylum and migration under the two-tier process to establish a CEAS agreed between 1999 and 2004 includes Directives on temporary protection in situations of mass influx;¹⁴ reception conditions for asylum seekers;¹⁵ and procedures for the recognition and withdrawal of refugee status.¹⁶ It also includes a Regulation on the Member State responsible to examine asylum applications (the ‘Dublin Regulation’).¹⁷

Following the completion of the first phase of the CEAS, the European Council meeting in November 2004 adopted the Hague Programme that establishes guidelines for the development of the second phase of the CEAS:

‘The aims of the Common European Asylum System in its second phase will be the establishment of a common asylum procedure and a uniform status for those who are granted asylum or subsidiary protection. It will be based on the full and inclusive application of the Geneva Convention on Refugees and other relevant Treaties, and be built on a thorough and complete evaluation of the legal instruments that have been adopted in the first phase.’¹⁸

The mandate clearly builds on the Tampere conclusions, the Lisbon Conference already mentioned, and the November 2000 Communication and invites the Commission ‘to submit the second-phase instruments and

¹³ For a detailed analysis on the reasons behind the move towards a restriction on the right to asylum under Spanish legislation, see MT Gil-Bazo, ‘The Role of Spain as a Gateway to the Schengen Area: Changes in the Asylum Law and their Implications for Human Rights’ (1998) 10 *International Journal of Refugee Law* 214-229.

¹⁴ Council Directive 2001/55/EC of 20 July 2001 on minimum standards for giving temporary protection in the event of a mass influx of displaced persons and on measures promoting a balance of efforts between Member States in receiving such persons and bearing the consequences thereof; [2001] OJ L 212/12.

¹⁵ Council Directive 2003/9/EC of 27 January 2003 laying down minimum standards for the reception of asylum seekers; [2003] OJ L31/18

¹⁶ Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status; [2005] OJ L 326/13.

¹⁷ Council Regulation (EC) No 343/2003 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national; [2003] OJ L 50/1.

¹⁸ Council Document 14292/1/04 REV 1, 8 December 2004, section 1.3.

measures to the Council and the European Parliament with a view to their adoption before the end of 2010.¹⁹

In addition to the content of the CEAS, it is necessary to address the system established by the Treaty of Amsterdam for the negotiation and adoption of instruments under Title IV TEC. While the legal nature of the instruments adopted as secondary EC legislation is not disputed, the system established for their negotiation was an ad-hoc system specifically developed to maintain features of the previous intergovernmental process and thus to guarantee that Member States continued to exercise a high degree of control over the legislative process. While the second phase of the CEAS has now been brought under the traditional EC Law framework,²⁰ the decision-making process that ruled the first stage had important consequences in relation to the content of the provisions that was agreed, as we shall see below.

In fact, Article 67(1) TEC established that the Commission did not enjoy an exclusive right of initiative, but rather shared it with the Member States and that adoption required unanimous voting by the Council of Ministers, thus effectively granting a right to veto to each Member State. The role of the European Parliament was limited to consultation only and in practice it was often not satisfactorily fulfilled. The jurisdiction of the Court of Justice of the European Communities (hereinafter, ECJ) was also limited in so far Article 68(1) TEC established that only a court or a tribunal against whose decisions there is no judicial remedy under national law can request preliminary rulings under Article 234 TEC, and left it to the discretion of the judicial body in question to do so if it considers that a decision on the question is necessary to enable it to give judgment.

While the Council managed to adopt almost all instruments within the five-year time frame established by the Amsterdam Treaty, the negotiations under this ad-hoc system have been far from peaceful and the instruments adopted have raised issues as to their lawfulness under international refugee and human rights law and under EC Law itself, as we shall see below.

The tensions between the institutions during the process are highlighted by the Parliament's challenge against the Council and the Commission²¹ concerning the Family Reunification Directive²² on human rights grounds,

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ Council Decision of 22 December 2004 providing for certain areas covered by Title IV of Part Three of the Treaty establishing the European Community to be governed by the procedure laid down in Article 251 of that Treaty (2004/927/EC) ([2004] OJ L/396/45).

²¹ Case C-540/03 *Parliament v Council and Commission* ([2004] OJ C/47/21).

²² Directive 2003/86/EC on the right to family reunification ([2003] OJ L/251/12).

and the Directive on Asylum Procedures²³ where the Parliament argues, *inter alia*, the breach on the part of the Council to co-operate in good faith.²⁴

The details of the lawfulness of each one of the provisions in the various instruments adopted are beyond the scope of this paper and have already been addressed by commentators, including international organisations and academics.²⁵ Suffice to say that the first stage of the asylum legislative process has resulted in the adoption of several pieces of EC legislation, whose compliance with the international obligations of states and with the EC's own internal legal order has been questioned by the European Parliament, international organisations, and academics. The overall emphasis on finding agreement by all means has not only led to the adoption of a 'minimum common denominator', but also to provisions inadequately drafted or worded in such ambiguous terms that may be in themselves contrary to EC law.

2.1. *The external dimension of the EU's asylum policies: the export of protection*

As it has been indicated above, the Tampere Council decided that the development of an intra-EU asylum system was to be complemented by a policy towards third countries that supported those efforts.

The idea was not new, and following earlier statements at EU level as to the need to address the causes of migration, including preservation of peace and ending armed conflicts, respect for human rights, the creation of democratic societies and adequate social conditions, and liberal trade policies to improve economic conditions,²⁶ the Justice and Home Affairs (JHA) External Dimension was launched in 1999 by the Tampere European Council. The asylum and migration component of the JHA External Dimension aims at projecting the EU's asylum and migration policies well beyond its borders by incor-

²³ Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status; [2005] OJ L 326/13.

²⁴ Case C-133/06 *Parliament v Council*, Action brought on 8 March 2006.

²⁵ See for instance, UNHCR's comments to the EU legal and policy initiatives at: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/rsd?search=legal&source=REFINT&author=EU>; and ECRE's information notes on EC asylum legislation at: <http://www.ecre.org/>. A comprehensive commentary on the legislation adopted under Title IV on asylum and migration can be found in S Peers and N Rogers (eds) *EU Immigration and Asylum Law. Text and Commentary* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2006) and Toner H., Guild, E. and Baldaccini, A. (eds), *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law After 1999* (Oxford, Hart, 2007).

²⁶ Declaration on Principles of Governing External Aspects of Migration Policy, annexed to the Conclusions of the Edinburgh European Council, 11-12 December 1992. Document SN 456/92, Annex 5 to Part A, para. ix.

porating a component in this regard in the EU's relations with third countries worldwide²⁷. This approach was further reinforced by the European Council at its meetings in Santa Maria da Feira (2000) and Sevilla (2002). These political guidelines were subsequently consolidated within the 2004 Constitutional Treaty, which includes the legal basis for the adoption in the future of asylum and migration legislation in cooperation with third countries.²⁸

It soon became clear that such endeavour required institutional coordination and therefore, in 2002, the Council modified the terms of reference of the High Level Working Group on Asylum and Migration (HLWG) that had been originally set up in 1998 to elaborate Action Plans for selected countries or regions of origin of asylum seekers and migrants. Abandoning the *ad hoc* approach to address specific countries on asylum and migration issues, the HLWG was then mandated to undertake a cross-pillar co-ordinating role to *integrate* the external dimension of asylum and migration policies within the EU's existing External Relations policies by developing 'a strategic approach and a coherent and integrated policy of the European Union for the most important countries and regions of origin and transit of asylum seekers and migrants, without geographical limitation.'²⁹

In line with the objective to try and integrate asylum and migration matters within the EU's external relations, in December 2002, the Commission presented its Communication on 'Integrating Migration Issues in the European Union's Relations with Third Countries'³⁰, where it dealt with the relationship between migration and development, and examined the effectiveness of the financial resources available at community level for the repatriation of immigrants and rejected asylum seekers, the management of external borders, and asylum and migration projects in third countries (later dealt with by the Aeneas Regulation³¹).

²⁷ Tampere European Council, 15-16 October 1999, conclusion 11.

²⁸ '[...] European laws or framework laws shall lay down measures for a common European asylum system comprising [...] partnership and cooperation with third countries for the purpose of managing inflows of people applying for asylum or subsidiary or temporary protection.' III-266(2)(g). [2004] OJ C310/1. The legal basis for external action in the field of asylum and migration, however, already exists in the Treaties. See J. Monar, 'The EU as an International Actor in the Domain of Justice and Home Affairs', 9 *European Foreign Affairs Review* 395-415 at 396-9.

²⁹ *Modification of the terms of reference of the High Level Working Group on Asylum and Migration (HLWG)*, Council Document 9433/02 of 30 May 2002, 2. Despite the apparent lack of subsequent activity, the JHA Council confirmed this role at its informal meeting of 27-29 January 2005.

³⁰ COM(2002) 703 final, of 3 December 2002.

³¹ Regulation (EC) No 491/2004 of the European Parliament and of the Council of 10 March 2004 establishing a programme for financial and technical assistance to third countries in the areas of migration and asylum (AENEAS). [2004] OJ L80/1.

Countries including Norway, Iceland, Switzerland, the US, Canada, Bulgaria, Romania, Turkey, the Western Balkans, Russia, Ukraine, Kazakhstan, Kyrgyzstan, Tajikistan, Turkmenistan, Uzbekistan, Armenia, Azerbaijan, Georgia, Morocco, Algeria, Tunisia, Jordan, Israel, Egypt, China, Iran, South-Korea, Indonesia, Latin America, and the African, Caribbean and Pacific countries parties to the EU-ACP Agreement, are all under some form of agreement or negotiations with the EU in relation to migration and asylum matters³².

Agreements with third countries may include in the future the controversial off-shore processing of asylum claims, as the Hague Programme calls for a study 'to be conducted in close consultation with the UNHCR, should look into the merits, appropriateness and feasibility of joint processing of asylum applications outside EU territory, in complementarity with the Common European Asylum System and in compliance with the relevant international standards.'³³

While the EU's external asylum dimension remains a matter of inter-governmental cooperation, it is not hard to see how in the future it could lead to the opening agreements currently reserved to the EU's Member States to a broader constituency of third countries. This is currently the case with the states of the European Economic Area and it is not excludable that it could be developed with other countries in the future. Therefore, some of the issues examined in the sections that follow could also be relevant to the EU's relations with third countries.³⁴

3. The international refugee and human rights law obligations of Member States when implementing EC asylum law

The previous section has highlighted the complex network of interaction between states (intra-EU and with third countries) on asylum matters. If Member States remain bound individually by their international refugee and human rights obligations, the question arises as to the way in which they may comply with potentially conflicting obligations arising from the

³² See *JHA External Relations Multi-Presidency Programme*. Council Document 5001/05 JAI 1 RELEX 1, of 3 January 2005 and *JHA External Relations Multi-Presidency Work Programme*. Council Document 10728/05 JAI 244 RELEX 355, of 1 July 2005.

³³ Council Document 14292/1/04 REV 1, 8 December 2004, section 1.3.

³⁴ For an assessment of the EU's relations with third countries in the field of asylum, see MT Gil-Bazo 'The Practice of Mediterranean States in the context of the European Union's Justice and Home Affairs External Dimension. The Safe Third Country Concept Revisited'. (2006) 18 *International Journal of Refugee Law* 571-600.

different legal orders, namely, EC Law and international law. This section shall examine the relationship between these different legal obligations.

Given the primacy of EC Law³⁵ and the fact that Member States are required to take all appropriate steps to eliminate the incompatibilities between their obligations under EC law and under public international law (including by amending or denouncing pre-existing international treaties that may be incompatible with EC law), as well as the obligation for EC law to comply with human rights as general principles of Community law, the question therefore arises as to the legal relationship between these instruments and international refugee and human rights law.

As we shall see below, whether protected by the Community legal order as international treaties or as general principles of Community law, human rights constitute a standard of legality of EC legislation in the field of asylum. The difference between human rights obligations as arising from international treaties or as general principles of EC law is however relevant in so far it determines the scope of the right in question and of the limitations and derogations that may be imposed on it.³⁶

3.1. *Human Rights as General Principles of Community Law*

It is a well established principle that EC secondary legislation must conform to human rights as *general principles* of Community law. Article 6(2) of the Treaty on European Union³⁷ establishes that:

‘[t]he Union shall respect fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms signed in Rome on 4 November 1950 and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, as general principles of Community law’ (emphasis added).

This provision confirms the ECJ’s well established case law, that had already held that fundamental rights as they result, in particular, from the constitutional traditions and international obligations common to the Member States, are binding as general principles of Community law and ensures

³⁵ The Court of Justice of the European Communities (ECJ) established the primacy of Community law over the law of the Member States in the Case 6/64 *Costa v Enel* [1964] ECR-585.

³⁶ For detailed commentary on this point, see S Peers, ‘Human Rights, Asylum and European Community Law’ (2004) 24(2) *Refugee Survey Quarterly* 24-38.

³⁷ [2002] OJ C/325/5.

that the legality of EC secondary legislation, regardless of the legal basis for its adoption, be assessed by reference to international human rights law.³⁸

While not yet legally binding, the Charter of Fundamental Rights of the European Union³⁹ (hereinafter, the Charter) is a most relevant instrument, as it recognises the rights as they result, in particular, from the constitutional traditions and international obligations common to the Member States.⁴⁰ The Charter was incorporated in the Treaty Establishing a Constitution for Europe⁴¹ and therefore, its provisions would be legally binding upon the entry into force of this instrument. Human rights norms, including Articles 18 and 19 on the right to asylum and the prohibition of *refoulement* respectively, would therefore acquire the status of primary EC law with which secondary EC legislation would necessarily need to comply. However, the rejection of the Constitutional Treaty by referenda in France and the Netherlands has rendered the fate of the legally binding force of the Charter uncertain.

Despite this lack of legally binding force, the Charter constitutes a reference in determining which human rights are general principles of Community law (and therefore binding) and its authority as a standard of legality for EC law has already been stated by the institutions.⁴² A few months after its publication, the Commission approved arrangements for the application of the Charter to all legislative proposals. The Commission agreed that '[a]ny proposal for legislation and any draft instrument to be adopted by the Commission will therefore, as part of the normal decision-making procedures, first be scrutinised for compatibility with the Charter.'⁴³ It is

³⁸ Case 29/69 *Stauder* [1969] ECR 419, para 7. A detailed commentary on human rights as general principles of EC law is beyond the scope of this paper. There is extensive literature on this matter; see, for instance, GC Rodríguez Iglesias, 'The Protection of Fundamental Rights in the Case Law of the Court of Justice of the European Communities' (1995) *Columbia Journal of European Law* 169-181; K Lenaerts, 'Fundamental Rights in the European Union' (2000) *European Law Review* 575-600. For discussions on recent developments in the protection of human rights by the European Union, following adoption of the Charter of Fundamental Rights of the EU, see P Alston and O de Schutter (eds), *Monitoring Fundamental Rights in the EU: The contribution of the Fundamental Rights Agency* (Oxford, Hart, 2005).

³⁹ [2000] OJ C/364/1.

⁴⁰ Preamble.

⁴¹ [2004] OJ C/314/1.

⁴² For an analysis of the impact of the Charter for the protection of the rights of individuals in the fields of asylum and migration, see S Peers, 'Immigration, Asylum and the European Union Charter of Fundamental Rights' (2001) 3 *European Journal of Migration and Law* 141-169.

⁴³ SEC(2001)380/3, 13 March 2001, p. 3. In 2005, the Commission adopted a Communication on *Compliance with the Charter of Fundamental Rights in Commission legislative proposals. Methodology for systematic and rigorous monitoring* (2005)172 final, 27 April 2005. The main objective of this methodology is 'is to allow Commission services to scrutinise all Commission legislative proposals systematically and rigorously to ensure they respect all the

worth noting that all instruments of EC asylum legislation as adopted by the Council state their compatibility with the Charter.

3.2. *The Relationship between EC law and International Human Rights Treaties concluded by the Member States*

A more complex matter for the purposes of our analysis is the relationship between EC asylum law and international refugee and human rights treaties for the purposes of establishing the obligations of *Member States*. This issue is crucial given that although the TEC and the TEU confer powers on the EC/EU to conclude international agreements, international refugee and human rights treaties do not bind the EC/EU *as such*, in absence of accession by the EC/EU to them.⁴⁴

Article 307 TEC regulates the relationship between EC law and international treaties concluded by Member States *prior* to the entry into force of the TEC or for acceding states, before the date of their accession. Paragraph 1 of Article 307 establishes that the rights and obligations arising from the said treaties shall not be affected by the provisions of the TEC.

In the *Burgoa* case, the Court observed that paragraph 1 of Article 307 'is of general scope and it applies to any international agreement, irrespective of the subject matter'; it also clarified that the provision does not alter the nature of such agreements, and therefore, it does not 'adversely affect the rights which individuals may derive from [them]'.⁴⁵ Therefore, when conflicts of obligations arise between those derived from EC law and those derived from pre-existing international human rights treaties, Member States must give priority to those pre-existing human rights treaties. Yet, the primacy of international human rights treaties concluded *after* the entry into force of the TEC or for acceding states, after the date of their accession, cannot be derived from Article 307, and therefore, EC law would take priority over those treaties.

fundamental rights concerned in the course of normal decision-making procedures' (para 6) given that 'the conformity of Commission actions with fundamental rights is a primary aspect of their constitutional legality' (para 8).

⁴⁴ And in the current state of EC law, there is no legal basis for the EC/EU to accede to human rights treaties (Opinion 2/94 *Accession by the Communities to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* [1996] ECR I-1759). The Constitutional Treaty partly provides for that legal basis in Article 7(2), which contains an obligation for the Union to seek accession to the European Convention of Human Rights.

⁴⁵ Case 812/79, *Attorney-General v Burgoa* [1980] ECR 2787, paras 6 and 10 respectively.

Furthermore, despite the primacy of pre-existing treaties, paragraph 2 of Article 307 imposes an obligation on Member States to take all appropriate steps to eliminate the incompatibilities between them and EC law. What exactly is required on the part of Member States to eliminate these incompatibilities was only addressed for the first time by the ECJ in two judgments delivered in July 2000, where the Court elaborated on the scope of application of Article 307 paragraph 2. The Court acknowledged that Member States had a choice as to the appropriate steps to be taken to terminate incompatibilities, but it further stated that '[i]f a Member State encounters difficulties which make adjustment of an agreement impossible, an obligation to denounce that agreement cannot therefore be excluded'.⁴⁶ However, as Klabbers has pointed out, in practice, this choice may be restricted to amending or denouncing the pre-existing treaties.⁴⁷

At the time, the ECJ did not explicitly state that the obligation to denounce pre-existing international treaties under Article 307(2) was conditional on fulfilling the requirements established by international law, according to which, denunciation would only be permissible in accordance with Articles 54 and 56 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, when the treaty specifically provides for it or when the possibility could be inferred from the character of the treaty or the intention of the parties.⁴⁸ Manzini argued that this must be the case as otherwise, it would not only engage the responsibility of the Member State/s concerned, but it would also deprive paragraph 1 of its *effect utile*, which is to preserve the rights and obligations arising from pre-existing treaties.⁴⁹ The ECJ has implicitly confirmed this interpretation in a recent case, where it found that by not denouncing the treaty in question, Austria had not violated Article 307, given that it had not had the opportunity of doing so, in compliance with Article 7(2) of the treaty itself, according to which, the next opportunity for Austria to denounce it is 30 May 2007 at the earliest.⁵⁰

⁴⁶ Case C-62/98 *Commission v Portugal* [2000] ECR I-5171, para 49, and C-84/98 *Commission v Portugal* [2000] ECR I-5215, para 58.

⁴⁷ J Klabbers, 'Moribund on the Fourth of July? The Court of Justice on Prior Agreements of the Member States' (2001) 26 *European Law Review* 196.

⁴⁸ Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331.

⁴⁹ P Manzini, 'The Priority of Pre-Existing Treaties of EC Member States within the Framework of International Law' (2001) 12 *European Journal of International Law* 791.

⁵⁰ C-203/03, *Commission v Austria*, judgment of the Court 1 February 2005, paras 61-64, not yet reported.

The question therefore arises as to whether Member States could be under an obligation derived from Article 307 to amend or denounce international human rights and refugee law instruments incompatible with EC law.

Article 63(1) TEC establishes that:

‘[t]he Council [...] shall [...] adopt [...] measures on asylum, in accordance with the Geneva Convention of 28 July 1951 and the Protocol of 31 January 1967 relating to the status of refugees and other relevant treaties’ (emphasis added).

Therefore, the TEC establishes an obligation for EC secondary legislation on asylum to comply with the Geneva Convention and its Protocol,⁵¹ and arguably with other human rights treaties *as treaties* (and not merely as non-binding sources of general principles of Community Law), which would include the European Convention on Human Rights,⁵² the International Covenant on Civil and Political Rights⁵³ and the Convention Against Torture.⁵⁴

It could therefore be argued that Article 63 is *lex specialis* to Article 307 as regards the legal effect of international refugee and human rights treaties,⁵⁵ and that therefore if EC asylum law required Member States to violate their obligations under international refugee and human rights law, the relevant EC law would be invalid without a further obligation on Member States to denounce the said treaties. This interpretation would also guarantee a uniform interpretation of EC law among Member States, which cannot be ensured by the sole applicability of Article 307, as this provision would preserve the effects of international human rights treaties for some Member States, but not for those who only acceded to the relevant instruments after the entry into force of the TEC or after accession.

However, the primacy of international refugee and human rights treaties thus established would only apply to EC secondary legislation whose legal basis is Article 63(1). EC law adopted under a different legal basis would be

⁵¹ Protocol relating to the Status of Refugees (adopted 31 January 1967, entered into force 4 October 1967) 606 UNTS 267. For an analysis of the relationship between the Directive and the Geneva Convention, see H Lambert, ‘The EU Asylum Qualification Directive, Its Impact on the Jurisprudence of the United Kingdom and International Law’ (2006) 55 *International and Comparative Law Quarterly* 184-190.

⁵² European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (adopted 1950, entered into force) 213 UNTS 221.

⁵³ International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 16 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171.

⁵⁴ Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (adopted 10 December 1984, entered into force 26 June 1987) 1465 UNTS 85.

⁵⁵ S Peers, ‘Human Rights, Asylum and European Community Law’ (2004) 24(2) *Refugee Survey Quarterly* 29.

exempted from that obligation of compliance, and priority would be given to the obligations arising from its provisions over those arising under international refugee and human rights treaties.⁵⁶

In this light, the duality of status already highlighted between refugees and other persons in need of international protection will therefore have the effect of leaving the framework for the protection of the later outside a general obligation of compliance with international refugee and human rights treaties, given that the legal basis for the protection of this category of individuals is outside Article 63(1). This is most ironic if one considers that the very same basis for the protection of this group of forced migrants is to be found in international human rights treaties. It is not hard to see how Member States may find themselves in the need to comply with conflicting obligations under EC law and under international human rights treaties. While the general obligation to comply with human rights as general principles of community law will still be of application, in absence of accession by the EC/EU to international human rights treaties, different interpretations by the ECJ and the European Court of Human Rights cannot be excluded.

4. 'Minimum Standards' and Compliance with International Refugee and Human Rights Law

Article 63 TEC only confers powers on the Community for the adoption of *minimum standards*, therefore leaving a wider margin of discretion to Member States than if EC law were to harmonise these matters more fully. The question therefore arises as to the compatibility of a decision by Member States to introduce or retain more favourable standards with the concept of 'minimum standards' in Article 63 TEC, and in particular as to whether those minimum standards may be *below* those established by international refugee and human rights law, leaving it to Member States to develop them further in order to meet their obligations under international law.

While the ECJ has not pronounced itself yet on the legal meaning of 'minimum standards', it has already had the chance to discuss whether EC migration legislation may be so broadly framed as to leave a margin of discretion that Member States need to exercise in compliance with international human rights law.

In 2004, the European Parliament brought proceedings against the Council and the Commission⁵⁷ concerning the Family Reunification Direc-

⁵⁶ Member States would nevertheless remain bound under obligations of *ius cogens*.

⁵⁷ Case C-540/03 *Parliament v Council and Commission* ([2004] OJ C/47/21).

tive.⁵⁸ The Parliament challenged the compatibility of this instrument with human rights standards. This argument was accepted by Advocate-General Kokkot who, while dismissing the claim on other grounds, nevertheless found that Article 8 of the said Directive does not guarantee the effective protection of human rights and that accordingly, this provision is against Community law.⁵⁹

The ECJ, however, expressed a different view. It found that the contested provisions do not infringe the right to respect for family life recognised by Article 8 of the European Convention on Human Rights⁶⁰ noting that they merely afford a margin of discretion to Member States that requires them to weight the competing interests in each factual situation. In particular, Member States are required by Articles 5(5) and 17 of the Directive to consider the best interest of the child, the nature and solidity of the person's family relationships, the duration of his residence in the Member State, and the ties with his country of origin.⁶¹

The margin of discretion left to Member States when implementing 'minimum standards' of EC asylum legislation has already been object of heated discussion in the institutions. During the negotiations on the Qualifications Directive, the Council Legal Service was called to give an opinion on the legal meaning of the concept of 'minimum standards' and how far Member States were allowed to develop or retain more favourable standards. The Legal Service recalled that, as in any other area of Community law, Member States remain free to legislate in areas which are outside the scope of the directive, within the limits of Article 10 TEC, which prohibits Member States from taking any measure which could jeopardise the attainment of the objectives of the Treaty. Accordingly, the Legal Service further noted that Member States were not precluded to legislate in areas which are outside the scope of the Directive. However, it took a rather wide interpretation of the term 'minimum standards'. The Legal Service stated that in order not to annihilate the objective of harmonization, the possibility to introduce more favourable standards could not be unlimited.

In the case in question, the Council Legal Services explicitly noted that any deviation in national law from the definitions laid down in the Qualifications Directive and the related provisions that develop their content

⁵⁸ Directive 2003/86/EC on the right to family reunification ([2003] OJ L/251/12).

⁵⁹ Advocate-General Opinion in Case C-540/03 *Parliament v Council and Commission*, delivered on 8 September 2005, para 105.

⁶⁰ European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (adopted 1950, entered into force) 213 UNTS 221.

⁶¹ Case C-540/03 *Parliament v Council and Commission*, judgment of 27 June 2006, paras 62-64, not yet reported.

would be incompatible with the objective of harmonizing the content of those notions.⁶² The implication of such interpretation was that the mandatory exclusion from protection of individuals who pose a risk to national security or public order imposed by the Directive was lawful.

However, the Directive's scope of application does not cover *all* individuals vis-à-vis whom Member States are under an *international obligation* to protect; the question therefore arises as to whether a decision by Member States to grant protection to those (excludable but non-removable) individuals in accordance with those international obligations (rather than for mere compassionate or humanitarian reasons) would be considered a breach of EC law.

The ECJ may be called to pronounce itself on this matter. So far, it has consistently ruled that rights are not absolute prerogatives and that therefore they can be subject to restrictions in the general interest as long as those restrictions do not constitute a disproportionate and unreasonable interference in relation to the aim pursued, undermining the very substance of that right.⁶³ It is therefore possible that the ECJ may find that security grounds constitute an interference with the right to be granted protection under the Directive that is compatible with *Community standards*. The issue becomes more relevant if one considers that, as it has been indicated above, the compliance of EC law provisions on this matter are excluded from the express obligation to comply with the Geneva Convention and other relevant treaties enshrined in Article 63(1), as provisions on subsidiary protection have been adopted under a different legal basis.

Should this be the case, a conflict of obligations might arise for Member States who — as we have seen above — remain bound by their international human rights obligations when implementing Community law. As the European Court of Human Rights established in the case of *T.I. v the United Kingdom*, '[w]here States establish international organisations, or *mutatis mutandis* international agreements, to pursue co-operation in certain fields of activities, there may be implications for the protection of fundamental rights. It would be incompatible with the purpose and object of the Convention if

⁶² Doc. 14348/02 JUR 449 ASILE 67, 15 November 2002, paras 5 and 7. Official access to this document has been refused by the Council (with the vote against by Sweden). See Letter from the General Secretariat of the Council of 23 May 2005, refusing full access to Documents 10560/02 and 14348/02, Doc. 9727/05 INF 111 API 85 JUR 240, of 3 June 2005. However, the document is available at: <http://www.statewatch.org/newx/2002/dec/14348.02.doc>. For a comprehensive discussion on these issues, see MT Gil-Bazo 'Refugee status, subsidiary protection, and the right to be granted asylum under EC law' *New Issues in Refugee Research*, Research Paper No. 136 (Geneva, UNHCR, November 2006) 14-20.

⁶³ See for instance, Case C-280/93 *Germany v Council* [1993] ECR I-4973 and Case C-122/95 *Germany v Council* [1995] ECR I-973.

Contracting States were thereby absolved from their responsibility under the Convention in relation to the field of activity covered by such attribution.⁶⁴

In absence of accession by the EC/EU to the European Convention of Human Rights and other international treaties, the risk of different interpretations by the ECJ and the European Court of Human Rights regarding the most fundamental rights, as well as the possible lack of effective international accountability of Member States' implementation of Community law in this field, cannot be excluded.

5. Creating a Common European Asylum System: Can Member States Comply with their International Refugee and Human Rights Obligations?

As it has been indicated above, the EU is developing an intra-EU asylum space where internal borders are transformed to give way to a quasi-single jurisdiction for the treatment of refugees in certain circumstances, while at the same time Member States remain individually responsible under international refugee and human rights law.

The case in question is best exemplified in the so-called Dublin II Regulation. This instrument establishes a mechanism for the allocation of responsibility for the processing of asylum claims among EU Member States. The system is far from being a novelty. The decision that only one Member State would be responsible for the examination of asylum claims lodged in any of the Member States was first agreed within the framework of the Schengen Agreement⁶⁵ and was later incorporated in the Schengen Convention.⁶⁶ However, these provisions were later replaced by the Dublin Convention,⁶⁷ which in turn has been replaced by the Dublin Regulation.⁶⁸

⁶⁴ *T.I. v the United Kingdom*, decision of 7 March 2000, 15, *Reports of Judgments and Decisions* 2000-III.

⁶⁵ Schengen Agreement Between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the Gradual Abolition of Checks at the Common Frontiers, published at (1991) 30 *International Legal Materials* 73.

⁶⁶ Convention Applying the Schengen Agreement of 14 Jun 1985 Between the Governments of the States of the Benelux Economic Union, the Federal Republic of Germany and the French Republic on the Gradual Abolition of Checks at the Common Frontiers, published at (1991) 30 *International Legal Materials* 84.

⁶⁷ Convention determining the State responsible for examining applications for asylum lodged in one of the Member States of the European Communities - Dublin Convention. [1997] OJ C254/1.

⁶⁸ Article 24 of the Council Regulation (EC) No 343/2003 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining

The deficiencies in the system, notably the divergent interpretations of the Geneva Convention by Member States, have long been identified and need no further comment at this stage.⁶⁹ Even the European Commission suggested in 1999 a change of approach:

“It is appropriate to use the opportunity provided by the transition to new treaty arrangements to consider whether a fundamentally different approach is required to the question of responsibility for considering asylum applications. A fundamentally different approach would imply a system which was not based on the principle that the Member State responsible for a person’s presence on the territory of the Union should be responsible for considering any subsequent asylum application.”⁷⁰

The Commission went further to suggest that responsibility be allocated according to where the first asylum claim was lodged.⁷¹ However, the rejection of Member States to a fundamental change in the system resulted in the continuity of an already proven unsuitable mechanism for the allocation of responsibility among that fully respects their international obligations.

Beyond the inability of the system to meet its stated goals, the question also arises as to the presumption that all EU Member States are ‘safe’ for any given refugee. In fact, this intra-EU system for the sharing of responsibility to process asylum applications is based on the premise that all EU Member States are safe for refugees and that consequently, they may lawfully remove individuals to other Member States without considering their protection claims, provided that the country in question will give them access to an asylum procedure.

What constitutes ‘safety’ for the purposes of the transfer of responsibility of refugees among Member States is yet to be defined. Often, safety seems to be understood as the mere respect for the principle of non-refoulement.

an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national. [2003] OJ L50/1.

⁶⁹ The European Commission is currently working on yet another revision of the Dublin system. For an assessment of the functioning of the system in the light of this review, see UNHCR ‘The Dublin II Regulation. A UNHCR Discussion Paper’, (Brussels, UNHCR, April 2006) and ELENA ‘Report on the Application of the Dublin II Regulation in Europe’, Document AD3/2006/EXT/MH (London, ECRE, March 2006). For an analysis of the Dublin system and its legal premises, see I Claro *Hacia un “Sistema Europeo Común de Asilo”. Especial referencia a la interpretación del concepto de refugiado según la Convención de Ginebra de 1951 a la luz del Derecho Internacional Público*, Tesis doctoral (Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 2004) 113-164.

⁷⁰ Commission staff working paper, ‘Revisiting the Dublin Convention: developing Community legislation for determining which Member State is responsible for considering an application for asylum submitted in one of the Member States’ SEC (2000) 522, para 55.

⁷¹ *Ibid*, para 59.

ment in the destination state. This is the approach taken by the Dublin Regulation itself: ‘Member States, all respecting the principle of non-refoulement, are considered as safe countries for third-country nationals.’⁷² In this regard, the Regulation seems not to have taken into consideration that the matter had already been considered in national courts⁷³ and in the European Court of Human Rights,⁷⁴ resulting in an unequivocal pronouncement by the various instances on the need to consider each case on its merits as a prerequisite of lawfulness of the transfer of responsibility for the refugee in question.

In fact, the implementation of the Dublin system amounts to a mutual recognition of rejection decisions among EU Member States (given that the asylum claim can only be considered once in the EU) which is not mirrored by the mutual recognition of decisions recognising refugee status and other protection needs. Therefore, an intra-EU system has been designed whereby the responsibility to determine refugee status is allocated to one Member State only, but if an individual is recognised as a refugee, the validity of that status so recognised does not extend to the other Member States. This is most relevant in so far as recognised refugees may eventually travel to other Member States (if a right to freedom of movement is eventually recognised to them) or most importantly, if they are forcibly transferred to another Member State within the context of the European Arrest Warrant⁷⁵ to face trial or serve a sentence in criminal proceedings. The consequences of this lack of mutual recognition of refugee status decisions are obvious if refugees are transferred from a State in which they have been recognised to another one in which they are not and where they may eventually be brought within the domain of the general legislation on aliens. Given that in many states the penalty for a criminal conviction often includes expulsion upon serving a sentence, it goes without saying that the international obligations of the Member State who recognised the refugee would be engaged

⁷² Recital 2 of the Council Regulation (EC) No 343/2003 of 18 February 2003 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an asylum application lodged in one of the Member States by a third-country national [2003] OJ L50/1.

⁷³ See notably, the House of Lords decision in the case of *Regina v. Secretary of State for the Home Department, Ex Parte Adan Regina v. Secretary of State for the Home Department, Ex Parte Aitseguer* (Conjoined Appeals), judgment of 19 December 2000. The House of Lords ruled against the removal of the two applicants to France and Germany in application of the Dublin Convention on the grounds that the interpretation of the Geneva Convention made by those countries did not guarantee the protection of the applicants.

⁷⁴ See above, under Section 4, *T.I. v the United Kingdom*, decision of 7 March 2000, 15, *Reports of Judgments and Decisions* 2000-III.

⁷⁵ Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States (2002/584/JHA); [2002] OJ L190/1.

if another Member State were to proceed to the expulsion of that individual without consideration of his refugee status recognised elsewhere in the Union.

The complexities of the transfer of asylum-seekers and refugees among Member States in absence of a fully harmonised asylum system show that a number of legal obligations apply in these cases. In the pages that follow, I would like to challenge the understanding that the principle of non-refoulement is the only legal requirement that states need to meet under international refugee and human rights law for the purposes of being designated as the Member State responsible to examine an asylum application. While this may be the case in some instances, it cannot be automatically assumed that states' only obligation towards asylum seekers are to ensure that the country of destination respects the principle of non-refoulement. The concrete set of obligations will be determined by the body of international refugee and human rights law, of universal and regional scope, applicable to any given asylum seeker in any given circumstances.

5.1. *Determining the Scope of Member States obligations towards refugees: the 'Safe Country' concept in an intra-European asylum space*

As it has been noted above, the CEAS lies on the presumption of safety of all Member States. In fact, in its different variations, the 'safe country' concept has managed to ground itself so firmly in the discourse of governments, academics and even NGOs that the debate does not address the lawfulness of the practice itself, but rather —seemingly accepting it— focuses on the specific requirements that are to be met for a State to be considered a safe country.

Despite the long standing practice of states in relation to this concept (originally designed to define non EU Member States), the increasing sophistication in its practice, the changing legal and political landscapes in which it is applied, and more important to our analysis, its becoming a minimum standard of EC Law by way of its incorporation in the Directive on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status,⁷⁶ make the question as to its lawfulness timely and pertinent.

A conceptual distinction (that often goes blurred in the current state of debate) must be made between the concept as a procedural tool for States to refuse responsibility to determine the refugee status of a claimant on the

⁷⁶ Articles 23(4)(c)(ii), 25(2)(c), 27, and 36, Council Directive 2005/85/EC of 1 December 2005 on minimum standards on procedures in Member States for granting and withdrawing refugee status [2005] OJ L326/13.

grounds that another State *should* or *is* (if agreements exist between the two countries) responsible to examine the claim, and the concept as a standard to determine whether sufficient protection exists in a particular country in order for States to remove/retain individuals there for the purposes of examining their claims.⁷⁷ In the first case, States refuse to take responsibility to examine a protection claim, while in the second case, States accept their responsibility to undertake refugee status determination, but argue that no obligation exists *to do so within their own territories*. For instance, at the governmental Conference on Asylum held in Lisbon in June 2000, the UK's Home Secretary at the time, Jack Straw, stated that 'the Convention gives us the obligation to consider any claims made within our territory, however lacking in substance';⁷⁸ a statement that is not in contradiction with the one made by Tony Blair three years later that '[t]here is no obligation under the 1951 Refugee Convention to process claims for asylum in the country of application'.⁷⁹ Therefore, while the UK admits an obligation under the Refugee Convention to consider claims lodged within its territory, it believes that the examination of such claims may be done by States elsewhere.

While partly relevant to the second approach, the analysis that follows is primarily concerned with the first approach to the concept, namely, the one that *transfers* the responsibility for refugees to another Member State on the basis of the Dublin II Regulation.

It is argued here that, on the basis of the legal axiom that to every right there is a corresponding duty, an attempt to identify the obligations of States towards refugees requires first clarification as to which rights a refugee can claim vis-à-vis a State. It is also argued that the status of refugees under international law is defined not solely by international refugee law, but rather by the interaction of the different legal orders that may be applicable to any given refugee in any given circumstances, both of universal and regional scope. While the international refugee law regime established by Geneva Convention and its Protocol remains the primary source of refugee rights worldwide, an attempt to identify the rights of refugees under *international law* by reference to the rights found solely under these two instruments is severely limited, as it overlooks wider legal claims that refugees may hold (as refugees and in other capacities) under other international instruments of universal and regional scope. Despite the numerous statements that refugee rights are human rights and that international refugee law is part of international human rights law, as well as an increasing reference to developments

⁷⁷ As it has been illustrated above, the nature of the EU's policies towards third countries in the field of asylum draws from both approaches to the STC concept.

⁷⁸ Straw, n. 7 above, 137.

⁷⁹ Letter from the UK Government, n. 7 above.

under international human rights law by refugee lawyers, systematic legal analysis that soundly root refugee rights within a human rights theoretical framework are scarce. Yet, only a holistic approach to human rights can offer a more comprehensive picture, albeit more complex, of what States are obliged to do (and therefore, what they may be free to do) in relation to refugees.

Writing in 1993, Antonio Fortín, at the time Deputy Representative of UNHCR in the UK, wrote a legal opinion challenging the lawfulness of the 'safe third country' concept. Fortín explains that '[t]he policy whereby an asylum seeker arriving from a so-called 'safe third country' is returned to that country without his substantive claim having been considered is based on the assumption that there is an international principle by virtue of which a person who has left his country in order to escape persecution must apply for recognition of refugee status and/or for asylum in the first safe country he has been able to reach'. He further continues explaining that '[a]lthough the persistent repetition of this assumption has led many to accept it uncritically, the reality is that no such an international principle exists'. Fortín explains that refugees are internationally protected persons that are entitled to treatment in accordance with internationally prescribed standards enshrined not only in the Geneva Convention, but also in other international instruments. Given the declaratory nature of refugee status and considering that *recognition* of such status 'is an absolute pre-condition for the person to enjoy the internationally prescribed treatment, it should be concluded that a person who fulfils the requirements of Article 1 of the 1951 Convention is entitled to recognition of his refugee status'. The suggestion that States parties to the Geneva Convention generally are under no obligation to consider requests for recognition of status made within their jurisdiction appears to be incompatible with the purpose of the Convention, which would be rendered meaningless if that were the case. Furthermore, and contrary to the views that seem to understand that there is an absence of international rules establishing which State is to be responsible for a refugee,⁸⁰ Fortín argues that the person can exercise this right to seek recognition of refugee status in terms of the Geneva Convention in *any* State party to that instrument within whose *jurisdiction* he may find himself. Likewise, none of the internationally accepted principles relating to asylum suggest that the right to seek asylum has to be exercised in any particular country.⁸¹

⁸⁰ C. Phuon, 'Identifying states' responsibilities towards refugees and asylum seekers'. Paper presented at the ESIL Research Forum on International Law, May 2005. Copy on file with the author.

⁸¹ A. Fortín, *The 'Safe Third Country' Policy in the light of the international obligations of countries vis-à-vis refugees and asylum seekers* (London, 1993), paras. 1.1-1.2 and 2.2-2-3. (Copy on file with the author).

Furthermore, the obligations of States towards individuals under international human rights law are both negative and positive in nature. States are therefore not only obliged to respect, but also to fulfil and to protect all human rights. They must not only refrain from interfering (except if necessary and in a proportionate manner), but they must take all necessary action, legislative, judicial, administrative and practical, to ensure that rights are guaranteed to the greatest extent possible.

Summing up, if refugees have a right to seek recognition of their refugee status vis-à-vis *any* State party to the Geneva Convention in whose jurisdiction they find themselves (and this includes all EU Member States), and if under international human rights law, individuals (including refugees) are holders of rights that go beyond the lack of interference by requiring positive state action, it follows that states are under obligations towards refugees that may go well beyond the mere respect of the principle of non-*refoulement*. From this perspective, the transfer of responsibility from a Member State to another Member State, even admitting it be a 'safe country', raises issues relating to the responsibility of the first Member State to fulfil *all* the obligations towards refugees under international refugee and human rights law that have already been engaged at the moment of the transfer.

What exactly those obligations may be can only be determined in the case in question under its circumstances and to advance possible models is well beyond the purpose of this paper. What is argued here is that the obligations of States under international law (as well as their international responsibility for violations of those obligations) when acting individually or collectively (within the context of the EU) are engaged when a refugee is under their jurisdiction, for instance, in the context of readmission agreements, interception at sea and subsequent removals to 'safe countries', and generally when controlling their land and sea borders. Member States of the EU remain internationally accountable for their performance in the field of human rights.

Hathaway explains that 'the *right of States* to remove refugees' (emphasis added) would be conditional 'on a determination that 'effective protection' worthy of the name is in fact available in the destination country.' Hathaway claims that the Geneva Convention does not impose an obligation on State Parties to restrict such STC determinations to States parties to the Refugee Convention or Protocol, where the individual's status will be assessed and where all relevant Convention and other rights will be honoured. In his opinion, 'a country can be deemed a "safe third country" only if it will respect *in practice* whatever *Convention rights the refugee has already acquired* by virtue of having come under the jurisdiction or entered the territory of a state party to the Geneva Convention, as well as

any other international legal rights thereby acquired; and further that there be a judicial or comparable mechanism in place to enable the refugee to insist upon real accountability by the host state to implement those rights' (emphasis added).⁸²

6. Conclusions

This paper has highlighted some of the complex legal issues that arise from the establishment of an intra-European space where internal borders are transformed to give way to a quasi-single jurisdiction for the treatment of refugees in certain circumstances, while at the same time Member States remain single jurisdictions in the international sphere, individually responsible under international refugee and human rights law.

While Member States have an obligation to comply with international refugee and human rights law when implementing EC asylum legislation, the contours of that obligation still leave a margin of appreciation to Member States that could lead to conflicting obligations under EC and international human rights law.

In this regard, it can be argued that in absence of a fully harmonised single EU jurisdiction for asylum purposes, the current system of transfer of responsibility for refugees among the Member States may breach the obligations of Member States towards refugees under international refugee and human rights law under certain circumstances.

Some of the deficiencies of the current system can be amended by developing a two-fold approach. First, the quasi single intra-EU jurisdiction could include the mutual recognition of decisions by other Member States on refugee and subsidiary protection status. This way, if refugees move either to exercise a right to freedom of movement that may be eventually recognised to them or in the context of criminal proceedings, the Member State of destination would acquire the protection obligations that the Member States of origin had in the international sphere. This would be the logi-

⁸² Hathaway has argued that states may transfer refugees to other states where the individual's status will be assessed and where all relevant Convention and other rights will be honoured and in this regard, 'a country can be deemed a "safe third country" only if it will respect *in practice* whatever *Convention rights the refugee has already acquired* by virtue of having come under the jurisdiction or entered the territory of a state party to the Refugee Convention, as well as *any other international legal rights* thereby acquired; and further that there be a judicial or comparable mechanism in place to enable the refugee to insist upon real accountability by the host state to implement those rights' (emphasis added). J. Hathaway, *The Rights of Refugees Under International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), 332-333.

cal counterpart to the Dublin system, which implies a mutual recognition of rejection decisions. Otherwise, refugees should be allowed to lodge a fresh claim for asylum in the destination Member States, which would be costly and time consuming for the state in question and would leave the refugee in a state of legal uncertainty.

A further step to guarantee full compliance with international refugee and human rights obligations would be for the EC/EU to accede to the international human rights and refugee law treaties that the Member States are parties to, once the necessary legal basis for this move exists. This way, the competence transferred from the Member States to the EC/EU would be coupled with the international accountability of these entities in the international sphere on refugee and human rights grounds.

Summing up, if Member States are to keep the Dublin system in place and are to comply with their international refugee and human rights law obligations, then the mutual recognition of protection decisions, the recognition of the right to freedom of movement for refugees, and accession by the EC/EU to international refugee and human rights instruments may contribute to the development of a more functional and CEAS that is also respectful of the Member States international obligations towards refugees

Bibliography

- P. ALSTON and O. DE SCHUTTER (eds), *Monitoring Fundamental Rights in the EU: The contribution of the Fundamental Rights Agency* (Oxford, Hart, 2005).
- AMNESTY INTERNATIONAL, IANSA, OXFAM. *The G8: global arms exporters. Failing to prevent irresponsible arms transfers*, June 2005.
- AMNESTY INTERNATIONAL, *UK/EU/UNHCR Unlawful and Unworkable – Amnesty International's views on proposals for extraterritorial processing of asylum claims*, IOR 61/004/2003.
- I. CLARO, *Hacia un "Sistema Europeo Común de Asilo". Especial referencia a la interpretación del concepto de refugiado según la Convención de Ginebra de 1951 a la luz del Derecho Internacional Público*, Tesis doctoral (Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 2004).
- A. FORTÍN, *The 'Safe Third Country' Policy in the light of the international obligations of countries vis-à-vis refugees and asylum seekers* (London, 1993).
- M.T. GIL-BAZO, 'Refugee status, subsidiary protection, and the right to be granted asylum under EC law', *New Issues in Refugee Research*, Research Paper N.º. 136, UNHCR, November 2006.
- M.T. GIL-BAZO, 'The Practice of Mediterranean States in the context of the European Union's Justice and Home Affairs External Dimension. The Safe Third Country Concept Revisited' (2006) 18 *International Journal of Refugee Law* 571-600.
- M.T. GIL-BAZO, 'La protección de los refugiados en la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam a la luz del Derecho internacional de los

- derechos humanos', in F.M. Mariño Menéndez and C. Fernández Liesa (dirs.), *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo* (Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001) 147-186.
- M.T. GIL-BAZO, 'The Role of Spain as a Gateway to the Schengen Area: Changes in the Asylum Law and their Implications for Human Rights' (1998) 10 *International Journal of Refugee Law* 214-229.
- E. GUILD, *The developing immigration and asylum policies of the European Union: adopted conventions, resolutions, recommendations, decisions and conclusions. Compilation and commentary* (The Hague, Kluwer Law International, 1996).
- J. HATHAWAY, *The Rights of Refugees Under International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005).
- J. KLABBERS, 'Moribund on the Fourth of July? The Court of Justice on Prior Agreements of the Member States' (2001) 26 *European Law Review* 196.
- H. LABAYLE 'Un espace de liberté, de sécurité et de justice' 33(4) *Revue Trimestrielle de droit européen* 105-172.
- H. LAMBERT, 'The EU Asylum Qualification Directive, Its Impact on the Jurisprudence of the United Kingdom and International Law' (2006) 55 *International and Comparative Law Quarterly* 184-190.
- K. LENAERTS, 'Fundamental Rights in the European Union' (2000) *European Law Review* 575-600.
- P. MANZINI, 'The Priority of Pre-Existing Treaties of EC Member States within the Framework of International Law' (2001) 12 *European Journal of International Law* 791.
- J. MONAR, 'The EU as an International Actor in the Domain of Justice and Home Affairs', 9 *European Foreign Affairs Review* 395-415 at 396-9.
- G. NOLL, 'Visions of the Exceptional: Legal and Theoretical Issues Raised by Transit Processing Centres and Protection Zones', (2003) 5 *EJML* 303-341.
- S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law* 2nd ed. (Oxford, Oxford University Press, 2006).
- S. PEERS and N. ROGERS (eds), *EU Immigration and Asylum Law. Text and Commentary* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2006).
- S. PEERS, 'Human Rights, Asylum and European Community Law' (2004) 24(2) *Refugee Survey Quarterly* 24-38.
- S. PEERS, 'Immigration, Asylum and the European Union Charter of Fundamental Rights' (2001) 3 *European Journal of Migration and Law* 141-169.
- S. PEERS *EU Justice and Home Affairs Law* (Harlow, Longman, 2000).
- C. PHUONG, 'Identifying states' responsibilities towards refugees and asylum seekers'. Paper presented at the ESIL Research Forum on International Law, May 2005.
- G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, 'The Protection of Fundamental Rights in the Case Law of the Court of Justice of the European Communities' (1995) *Columbia Journal of European Law* 169-181.
- J. STRAW, 'Towards a Common Asylum Procedure', in *Towards a Common European Asylum System. European Conference on Asylum* (Lisbon: Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, 2000).
- H. TONER, E. GUILD and A. BALDACCINI (eds.), *Whose Freedom, Security and Justice? EU Immigration and Asylum Law After 1999* (Oxford, Hart, 2007).

Jurisprudencia

Comentario de la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Carlos Gimeno Verdejo
Administrador principal de la Comisión Europea – DG Comercio

María Isabel Rofes i Pujol¹
Letrado del Tribunal de Justicia

Ampliación del alcance de las obligaciones que recaen sobre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en relación con la interpretación y la aplicación del derecho nacional que todavía no ha sido adaptado a las disposiciones de una directiva: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros, asunto C-212/04²

La sentencia recaída en este asunto tiene su origen en una petición de decisión prejudicial planteada por el Monomeles Protodikeio Thessalonikis de Grecia, en mayo de 2004, que pedía al Tribunal de Justicia, por una parte, la interpretación de las cláusulas 1 y 5 del Acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada³ (en lo sucesivo, «Acuerdo marco») y, por otra parte, aclaración sobre el alcance de la obligación de interpretación conforme a la que están sometidos los jueces nacionales.

Las cuestiones se suscitaron en un litigio en el que se enfrentaban el Sr. Adeneler y otros 17 empleados, y el organismo para el que trabajaban, el Ellinikos Organismos Galaktos (Agencia Helénica de la Leche; en lo sucesivo, «ELOG»). Los trabajadores recurrían la decisión de no renovarles los contratos temporales.

Según su artículo 1, la directiva tiene por objeto aplicar el Acuerdo marco celebrado entre las organizaciones interprofesionales de carácter general (UNICE, CEEP y CES). Si bien se reconoce que los contratos indefinidos son, y seguirán siendo, la forma más común de relación laboral entre empresarios y trabajadores, al contribuir a la calidad de vida de los trabajadores y a

¹ Las opiniones expresadas por la autora son personales y en ningún caso vinculantes para la Institución en la que presta sus servicios.

² Disponible en la página del Tribunal de Justicia, <http://www.curia.europa.eu> y pendiente de publicación en la Recopilación.

³ Acuerdo celebrado el 18 de marzo de 1999 que figura como anexo a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (*DO* L 175, p. 43).

mejorar su rendimiento, se acepta que los contratos temporales responden, en ciertas circunstancias, a las necesidades de empresarios y trabajadores.

El Acuerdo marco establece los principios generales y los requisitos mínimos relativos al trabajo temporal. En particular, se propone garantizar la igualdad de trato a los trabajadores temporales protegiéndolos contra la discriminación y evitar los abusos derivados de la utilización de contratos sucesivos. Las modalidades de aplicación se dejan sin embargo, a los Estados miembros y a los interlocutores sociales, con objeto de tener en cuenta la realidad de las situaciones nacionales, sectoriales y estacionales específicas.

El plazo para la adaptación del derecho interno a la Directiva 1999/70 finalizó el 10 de julio de 2001⁴. Si se enfrentaban a dificultades particulares, los Estados miembros podían disponer de un año más. El Gobierno griego se acogió a esta posibilidad, de manera que dispuso hasta el 10 de julio de 2002.

La adaptación no se produjo, sin embargo, hasta el 2 de abril de 2003 mediante el Decreto Presidencial 81/2003⁵. Su artículo 2, apartado 1, precisa que éste se aplicará a los trabajadores con un contrato temporal. Con la entrada en vigor del Decreto Presidencial 180/2004, el 23 de agosto de 2004, el ámbito de aplicación del Decreto Presidencial 81/2003 se redujo, pasando a aplicarse únicamente a los trabajadores por cuenta ajena del sector privado.

Entre mayo de 2001 y el 10 de julio de 2002, último día en el que el ordenamiento jurídico helénico habría debido adaptarse a la Directiva 1999/70, los demandantes en el procedimiento principal, que ejercían las profesiones de responsables de toma de muestras, secretarios, técnicos y veterinarios, celebraron con la ELOG, persona jurídica privada integrada en el sector público, varios contratos de trabajo temporales sucesivos, los últimos de los cuales expiraron entre junio y septiembre de 2003 sin ser renovados. En todos los casos, tanto el contrato inicial como los sucesivos se celebraron por una duración de ocho meses y el intervalo transcurrido entre unos contratos y otros osciló entre un mínimo de 22 días y un máximo de 10 meses y 26 días. En cada ocasión, los trabajadores fueron contratados de nuevo para ocupar el mismo puesto. Todos los demandantes tenían un contrato de estas características cuando entró en vigor el Decreto Presidencial 81/2003; desde que se adoptó la decisión de no renovarles el contrato se encuentran en paro o han sido contratados provisionalmente por la ELOG tras la adopción por los órganos jurisdiccionales de medidas cautelares.

⁴ La directiva entró en vigor el día de su publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*.

⁵ Decreto por el que se establece el régimen de los trabajadores con contratos de trabajo de duración determinada.

En sus demandas, los trabajadores pedían que se declarara que sus contratos debían considerarse como indefinidos, con arreglo al Acuerdo marco. A estos efectos alegaban que sus prestaciones regulares al ELOG correspondían a necesidades permanentes y duraderas, de modo que resultaba abusiva la celebración de contratos de trabajo temporales sucesivos por parte del empleador.

El Monomeles Protodikeio Thessalonikis suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia cuatro cuestiones con arreglo al artículo 234 CE. A la hora de darles respuesta, el Tribunal las examinó en distinto orden a aquel en el que habían sido formuladas.

Al entrar sobre el fondo, después de haber descartado los motivos de inadmisibilidad avanzados tanto por la Comisión como por el Gobierno griego, el Tribunal precisó, con carácter preliminar, que la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco se aplican igualmente a los contratos temporales celebrados por los órganos de la Administración y demás entidades del sector público ya que las disposiciones de estas dos normas no contienen indicación alguna de la que pueda deducirse que su ámbito de aplicación se limita exclusivamente a los contratos temporales celebrados por los trabajadores con empresarios del sector privado.

Por el contrario, por una parte, como muestra el tenor literal de la cláusula 2, apartado 1, del Acuerdo marco, el ámbito de aplicación de éste se ha definido con amplitud, pues en él se incluyen los trabajadores con un trabajo temporal previsto por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro. Además, la definición a efectos del Acuerdo marco del concepto de «trabajador con contrato de duración determinada», formulada en la cláusula 3, apartado 1, de dicho Acuerdo, engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan.

Por otra parte, la cláusula 2, apartado 2, del Acuerdo marco, lejos de excluir los contratos o relaciones laborales de duración determinada celebrados por un empleador público, se limita a otorgar a los Estados miembros o a los interlocutores sociales la facultad de declarar el Acuerdo marco inaplicable a las relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje, así como a los contratos y relaciones laborales concluidos en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesionales, de naturaleza pública o bajo la tutela de los poderes públicos.

El Tribunal de Justicia empezó su examen de las cuestiones planteadas por la segunda, que pedía la interpretación del concepto de «razones objetivas» que justifican la renovación sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración temporal, utilizado en la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco. En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente preguntaba, concretamente, si el mero hecho de que la celebración de un contrato

temporal venga impuesta por una disposición legal o reglamentaria puede constituir una de estas razones objetivas, tal como establecía el artículo 5, apartado 1, letra a), del Decreto Presidencial griego 81/2003, en su versión inicial.

Como el Acuerdo marco no define el concepto de «razones objetivas», su sentido y su alcance deben determinarse en función del objetivo perseguido por el Acuerdo y del contexto en el que se inscribe la cláusula 5, apartado 1, letra a)⁶. A este respecto, el Acuerdo marco parte de la premisa de que los contratos indefinidos constituyen la forma general de relación laboral, reconociendo a la vez que los contratos temporales son característicos del empleo en algunos sectores o para determinadas ocupaciones y actividades. En consecuencia, el Acuerdo marco concibe la estabilidad en el empleo como un componente primordial de la protección de los trabajadores⁷, mientras que los contratos de trabajo temporales sólo en ciertas circunstancias pueden responder simultáneamente a las necesidades de los empresarios y de los trabajadores. Desde este punto de vista, el Acuerdo marco pretende imponer límites a la utilización sucesiva de contratos temporales, fuente potencial de abusos en perjuicio de los trabajadores, estableciendo un cierto número de disposiciones protectoras mínimas con objeto de evitar la precarización de la situación de los asalariados.

La cláusula 5, apartado 1, del Acuerdo marco, cuya finalidad específica consiste en prevenir ese abuso, impone a los Estados miembros la obligación de introducir en su ordenamiento jurídico una o varias de las medidas indicadas en las letras a) a c) de su apartado 1, si no existen ya en el Estado miembro medidas legales equivalentes. Entre dichas medidas se mencionan las razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos.

Es cierto que el Acuerdo marco remite a los Estados miembros y a los interlocutores sociales para la determinación de las modalidades detalladas de aplicación de los principios y reglas que establece, a fin de garantizar que aquéllas respeten el derecho y las prácticas nacionales y que se tengan debidamente en cuenta las particularidades de cada situación concreta. Aunque los Estados miembros disponen de un margen de apreciación en esta materia, se encuentran obligados a garantizar el resultado exigido por el derecho comunitario, tal como se deduce, no sólo del artículo 249 CE, párrafo tercero, sino también del artículo 2, párrafo primero, de la Directiva 1999/70, interpretado a la luz del decimoséptimo considerando de ésta.

⁶ Véanse en este sentido, en particular, la sentencia de 7 de junio 2005, VEMW y otros, C-17/03, Rec. p. I-4983, apartado 41, y la jurisprudencia que allí se cita, y la de 9 de marzo de 2006, Comisión/España, C-323/03, Rec. p. I-2161, apartado 23.

⁷ Véase la sentencia de 22 de noviembre de 2005, Mangold, C-144/04, Rec. p. I-9981, apartado 64.

Habida cuenta de estos factores, el Tribunal de Justicia consideró que, a efectos de la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco, el concepto de razones objetivas se refiere a las circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad y que, por tanto, pueden justificar en ese contexto particular la utilización sucesiva de contratos de trabajo temporales. Tales circunstancias pueden tener su origen en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran y en las características inherentes a las mismas o en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro. En cambio, no cumpliría los requisitos necesarios una disposición nacional que se limitase a autorizar la utilización sucesiva de contratos de trabajo de duración determinada de un modo general y abstracto a través de una norma legal o reglamentaria.

En efecto, una disposición de esta índole, de carácter meramente formal, que no justifique específicamente la utilización sucesiva de contratos temporales por la existencia de factores objetivos derivados de las particularidades de la actividad concreta y de las condiciones en que ésta se desarrolla, entraña un riesgo real de suscitar una utilización abusiva de este tipo de contratos, por lo que no es compatible ni con el objetivo ni con el efecto útil del Acuerdo marco. La aceptación de que una norma pueda justificar, de pleno derecho y sin mayores precisiones, la utilización sucesiva de contratos de trabajo temporales equivaldría a ignorar voluntariamente la finalidad del Acuerdo marco, que consiste en proteger a los trabajadores contra la inestabilidad en el empleo, y a vaciar de contenido el principio que establece que los contratos de trabajo indefinidos constituyen la forma general de relación laboral. Más concretamente, la utilización de contratos de trabajo de duración determinada sin otra base que una norma legal o reglamentaria de carácter general, no relacionada con el contenido concreto de la actividad concreta, no permite extraer criterios objetivos y transparentes a fin de verificar si la renovación de tales contratos responde efectivamente a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto.

La respuesta dada a la segunda cuestión fue que la cláusula 5, apartado 1, letra a), del Acuerdo marco se opone a una utilización sucesiva de contratos de trabajo temporales cuya única justificación radique en haber sido establecida por una disposición legal o reglamentaria. Por el contrario, a efectos de dicha cláusula, el concepto de razones objetivas exige que la norma nacional justifique la utilización de este tipo de relaciones laborales por la existencia de factores concretos, derivados principalmente de la actividad específica y de las condiciones en las que ésta se desarrolla.

Mediante la tercera de las cuestiones, el órgano jurisdiccional remitente deseaba obtener precisiones sobre el concepto de contratos temporales «sucesivos», a efectos de la cláusula 5 del Acuerdo marco. Esta cuestión se refería esencialmente al requisito establecido en el artículo 5, apartado 4,

del Decreto Presidencial 81/2003, en su versión inicial, con arreglo al cual los contratos de trabajo temporales sólo podían considerarse sucesivos si no estaban separados por un intervalo superior a veinte días laborables. Se preguntaba, concretamente, si no ponía en peligro el objetivo y el efecto útil del Acuerdo marco una definición tan restrictiva de las circunstancias en las que unas relaciones laborales entre un empresario y un trabajador, con condiciones laborales idénticas o similares, debían considerarse «sucesivas», sobre todo habida cuenta de que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5, apartado 3, de dicho Decreto Presidencial, para que el trabajador pudiera acogerse a la transformación en un contrato indefinido de unas relaciones laborales de duración temporal que habían durado en total más de dos años y habían sido renovadas en ese período más de tres veces, era requisito previo que dichas relaciones laborales fueran sucesivas.

En su razonamiento, el Tribunal de Justicia recordó que el Acuerdo marco tiene por objeto sentar las bases para evitar los abusos derivados de la utilización sucesiva de contratos temporales. A estos efectos, el Acuerdo enumera diversas medidas destinadas a evitar dichos abusos, en particular en su cláusula 5, apartado 1, letras a) a c), obligando a los Estados miembros a introducir al menos una de dichas medidas en su normativa nacional. El apartado 2 de dicha cláusula encomienda en principio a los Estados miembros la misión de determinar en qué condiciones los contratos o relaciones laborales temporales se considerarán «sucesivos», por una parte, y «celebrados por tiempo indefinido», por otra.

El Tribunal de Justicia razonó que, aunque la decisión de remitir a las autoridades nacionales la determinación de las modalidades concretas de aplicación de los términos «sucesivos» y «por tiempo indefinido», a efectos del Acuerdo marco, se explica por el afán de preservar la diversidad de las normativas nacionales en esta materia, el margen de apreciación así atribuido a los Estados miembros no es ilimitado, ya que en ningún caso puede llegar hasta el punto de poner en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo marco. En particular, las autoridades nacionales no deben ejercitar esta facultad de apreciación de modo tal que se llegue a una situación que pueda dar lugar a abusos, lo que sería contrario al mencionado objetivo.

Tal interpretación se impone con especial rigor tratándose de un concepto clave, como es el de las relaciones laborales sucesivas, que resulta decisivo para determinar el propio ámbito de aplicación de las disposiciones nacionales destinadas a aplicar el Acuerdo marco. Una disposición nacional que únicamente considera sucesivos los contratos de trabajo de duración determinada separados por un intervalo máximo de veinte días laborables puede comprometer el objeto, la finalidad y el efecto útil del Acuerdo marco. Una definición tan rígida y restrictiva de las circunstancias en las que unos contratos de trabajo que se siguen deben considerarse «sucesivos» permiti-

ría mantener a los trabajadores en una situación de empleo precario durante años, ya que, en la práctica, al trabajador no le quedaría otra opción, en la mayoría de los casos, que aceptar interrupciones de unos veinte días laborales en la cadena de contratos celebrados con su empresario.

Además, una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal no sólo entraña el riesgo de excluir de hecho a un gran número de relaciones laborales de duración determinada de la protección que la Directiva 1999/70 y el Acuerdo marco pretenden dispensar a los trabajadores, vaciando de buena parte de su contenido el objetivo perseguido por estas normas, sino también el riesgo de permitir que los empresarios utilicen abusivamente este tipo de relaciones laborales. Tal normativa puede tener consecuencias aún más graves para los asalariados, ya que priva prácticamente de eficacia a la medida nacional adoptada por las autoridades griegas para la aplicación específica de la cláusula 5 del Acuerdo marco, medida que establece que ciertos contratos de trabajo de duración determinada deben presumirse celebrados por tiempo indefinido, a condición de que puedan calificarse de sucesivos a efectos del Decreto Presidencial 81/2003.

Así, al expirar cada contrato de trabajo temporal, al empresario le bastaría con dejar transcurrir un intervalo de veintidós días laborales antes de celebrar un nuevo contrato de la misma naturaleza para impedir automáticamente la transformación de los contratos sucesivos en una relación laboral más estable, sea cual sea el número de años durante los que se haya contratado a un trabajador para ocupar el mismo puesto y con independencia de que dichos contratos cubran necesidades no temporales sino permanentes y duraderas.

En consecuencia, el Tribunal de Justicia respondió a la tercera cuestión que la cláusula 5 del Acuerdo marco se opone a una normativa nacional que considera que únicamente deben calificarse de «sucesivos» a efectos de dicha cláusula los contratos temporales que no estén separados entre sí por un intervalo superior a veinte días laborales.

Mediante la cuarta cuestión se preguntaba si el Acuerdo impide aplicar una normativa nacional que prohíbe, en el sector público, transformar en contrato indefinido una sucesión de contratos de trabajo temporales que han tenido por objeto hacer frente a necesidades permanentes y duraderas del empleador.

Si bien el Acuerdo marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos indefinidos los contratos temporales, ni determina las condiciones específicas en las que pueden utilizarse estos últimos, les obliga a adoptar al menos una de las medidas mencionadas en la cláusula 5, apartado 1, letras a) a c), de dicho Acuerdo, destinadas a prevenir eficazmente la utilización abusiva de contratos o temporales sucesivos.

Además, los Estados miembros tienen la obligación de elegir, en el marco de la libertad que les reconoce el artículo 249 CE, párrafo tercero, las formas y los medios más adecuados para garantizar el efecto útil de las directivas, habida cuenta del objeto que éstas persiguen⁸. Así, cuando el derecho comunitario no establece sanciones específicas para el caso de que se compruebe la existencia de abusos, corresponde a las autoridades nacionales adoptar las medidas apropiadas para hacer frente a dicha situación, medidas que no sólo deben resultar proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo marco. Aunque las modalidades de aplicación de tales normas deben ser determinadas por el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, en virtud del principio de autonomía de procedimiento de éstos, tales modalidades no deben ser, sin embargo, menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad)⁹.

Por lo que respecta al contexto en el que se había planteado la cuestión, el Tribunal de Justicia formuló las siguientes observaciones.

En primer lugar, según los autos transmitidos por el órgano jurisdiccional remitente, aunque el legislador helénico decidió imponer, como medida de aplicación del Acuerdo marco, una transformación en contratos por tiempo indefinido de los contratos de trabajo de duración determinada que cumplieran ciertos requisitos, el ámbito de aplicación de dicha norma quedó limitado por el artículo 1 del Decreto Presidencial 180/2004 a los contratos de trabajo de duración determinada de los trabajadores empleados en el sector privado. En cambio, en el sector público, se prohíbe de manera absoluta, bajo pena de nulidad, cualquier transformación de los contratos temporales en indefinidos.

Además, según el auto de remisión, la normativa nacional corre el riesgo de ser usada para una finalidad que no es la suya, puesto que, en vez de servir de base para la celebración de contratos temporales destinados a hacer frente a necesidades meramente temporales, parece ser utilizado para celebrar contratos de esta naturaleza destinados de hecho a cubrir necesidades permanentes y duraderas.

⁸ Véanse las sentencias de 8 de abril de 1976, Royer, 48/75, Rec. p. 497, apartado 75, y la de 12 de septiembre de 1996, Gallotti y otros, C-58/95, C-75/95, C-112/95, C-119/95, C-123/95, C-135/95, C-140/95, C-141/95, C-154/95 y C-157/95, Rec. p. I-4345, apartado 14.

⁹ Véase, en particular, la sentencia de 14 de diciembre de 1995, Peterbroeck, C-312/93, Rec. p. I-4599, apartado 12, y la jurisprudencia citada.

Ahora bien, el Acuerdo marco no impone a los Estados miembros una obligación general de transformar en contratos indefinidos los contratos temporales, a pesar de que el apartado 1 de su cláusula 5 prescribe la adopción efectiva y vinculante de una al menos de las medidas enumeradas en dicha disposición, destinadas a prevenir la utilización abusiva de contratos de duración limitada sucesivos, en el caso de que el derecho nacional no contenga ya medidas equivalentes.

Por otra parte, cuando a pesar de todo se ha producido tal utilización abusiva, es indispensable poder aplicar alguna medida que presente garantías de protección de los trabajadores efectivas y equivalentes, al objeto de sancionar debidamente dicho abuso y borrar las consecuencias de la violación del derecho comunitario. En efecto, según los propios términos del artículo 2, párrafo primero, de la Directiva 1999/70, los Estados miembros deben adoptar todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados perseguidos por el Acuerdo marco. No corresponde, sin embargo, al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la interpretación del derecho interno, ya que esta misión incumbe exclusivamente al órgano jurisdiccional remitente, que es quien debe determinar si las disposiciones de la normativa nacional cumplen los requisitos exigidos por el derecho comunitario. Si dicho órgano jurisdiccional estimase que no es ése el caso, procedería concluir que el Acuerdo marco impide aplicar dicha normativa nacional.

Por estas razones, el Tribunal de Justicia respondió a la cuarta cuestión que el Acuerdo marco debe interpretarse en el sentido de que, si el ordenamiento jurídico interno de un Estado miembro no contiene ninguna medida eficaz para evitar y sancionar, en su caso, la utilización abusiva de contratos temporales sucesivos, dicho Acuerdo impide aplicar una norma que, sólo en el sector público, prohíbe de manera absoluta transformar en contrato indefinido una sucesión de contratos temporales que han tenido por objeto, de hecho, hacer frente a necesidades permanentes y duraderas del empleador y deben considerarse abusivos.

Habida cuenta de las respuestas dadas, de las que se seguía que, en las circunstancias del asunto principal, el órgano jurisdiccional podía verse obligado a examinar la conformidad de ciertas disposiciones de la normativa griega con las prescripciones de la Directiva 1999/70 y del Acuerdo marco, el Tribunal de Justicia procedió a abordar la primera de las cuestiones que se le habían planteado.

Mediante esta cuestión se pretendía, esencialmente, que se determinara, en el supuesto de adaptación tardía del ordenamiento jurídico interno a las disposiciones de una directiva que carecen de efecto directo, a partir de qué momento están obligados los jueces nacionales a interpretar la legislación nacional de manera conforme con tales disposiciones. Más concretamente se preguntaba si en este contexto es pertinente la fecha de publicación de la

directiva en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, que en ese caso concreto coincidía con su fecha de entrada en vigor, o bien la fecha en la que expiró el plazo de adaptación del derecho interno a la directiva o bien la fecha de entrada en vigor de la norma nacional que aplica la directiva.

Según una jurisprudencia constante, al aplicar el derecho interno, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados a interpretarlo en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva de que se trate para alcanzar el resultado que ésta persigue y atenerse así a lo dispuesto en el artículo 249 CE, párrafo tercero¹⁰. Esta obligación de interpretación conforme afecta a todas las disposiciones del derecho nacional, tanto anteriores como posteriores a la directiva¹¹. En efecto, la exigencia de una interpretación conforme del derecho nacional es inherente al régimen del Tratado, en la medida en que permite que los órganos jurisdiccionales nacionales garanticen, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del derecho comunitario cuando resuelven los litigios de que conocen¹².

Ciertamente, la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una directiva cuando interpreta y aplica las normas pertinentes de su derecho nacional tiene sus límites en los principios generales del derecho, en particular en los de seguridad jurídica e irretroactividad, y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del derecho nacional¹³. El principio de interpretación conforme exige sin embargo que los órganos jurisdiccionales nacionales, tomando en consideración la totalidad de su derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste, hagan todo lo que sea de su competencia a fin de garantizar la plena efectividad de la directiva de que se trate y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta¹⁴.

Por otra parte, en el supuesto de que no pudiera alcanzarse el resultado exigido por una directiva mediante la interpretación, el Tribunal de Justicia recordó que, según la sentencia Francovich¹⁵, el derecho comunitario impone a los Estados miembros la obligación de reparar los daños causados a los particulares por no haber adaptado su derecho interno a lo dispuesto en una directiva, siempre y cuando concurren tres requisitos. Primero, que el

¹⁰ Véase, en particular, la sentencia de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros, C-397/01 a C-403/01, Rec. p. I-8835, apartado 113, y la jurisprudencia citada.

¹¹ Véase, en particular, la sentencia de 13 de noviembre de 1990, Marleasing, C-106/89, Rec. p. I-4135, apartado 8, y la sentencia Pfeiffer y otros, antes citada, apartado 115).

¹² Véase, en particular, la sentencia Pfeiffer y otros, antes citada, apartado 114.

¹³ Véase, por analogía, la sentencia de 16 de junio de 2005, Pupino, C-105/03, Rec. p. I-5285, apartados 44 y 47.

¹⁴ Véase la sentencia Pfeiffer y otros, antes citada, apartados 115, 116, 118 y 119.

¹⁵ Sentencia de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros, C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357, apartado 39.

objetivo de la directiva sea atribuir derechos a los particulares. Segundo, que el contenido de estos derechos pueda determinarse basándose en las disposiciones de la directiva. Tercero y último, que exista una relación de causalidad entre el incumplimiento de la obligación que incumbe al Estado y el daño sufrido por las personas afectadas¹⁶.

A fin de determinar con más precisión a partir de qué fecha están obligados los órganos jurisdiccionales nacionales a aplicar el principio de interpretación conforme, el Tribunal de Justicia subrayó que esta obligación, que se deriva de los artículos 10 CE, párrafo segundo, y 249 CE, párrafo tercero, así como de la propia directiva, se impone especialmente en el caso de que alguna disposición de ésta carezca de efecto directo, bien porque no sea lo bastante clara, precisa e incondicional como para producir tal efecto, bien porque el litigio se desarrolle exclusivamente entre particulares.

A esto añadió que, antes de la expiración del plazo de adaptación del derecho interno a una directiva, no cabe reprochar a los Estados miembros que no hayan adoptado aún las medidas necesarias para adaptar su ordenamiento jurídico a la misma¹⁷. De ello se deduce que, en caso de adaptación tardía del derecho nacional a una directiva, la obligación general en virtud de la cual los órganos jurisdiccionales deben interpretar la normativa interna de conformidad con la directiva nace únicamente a partir de la expiración del plazo de adaptación del derecho interno a dicha directiva.

Por tanto, en caso de adaptación tardía del derecho interno a una directiva, la fecha en la que entren efectivamente en vigor las medidas nacionales de adaptación, no constituye el criterio pertinente, ya que tal solución entrañaría un grave riesgo de comprometer la plena eficacia del derecho comunitario y su aplicación uniforme a través de las directivas.

Por otra parte, en lo que respecta a los efectos que produce la directiva desde la fecha de su entrada en vigor, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha declarado ya que la obligación de los Estados miembros de adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado prescrito por una directiva, en virtud de los artículos 10 CE, párrafo segundo, y 249 CE, párrafo tercero, se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidos los jueces y tribunales en el ámbito de sus competencias.¹⁸ Además, con arreglo al artículo 254 CE, apartado 1, las directivas se publican en el *Diario Oficial de la Unión Europea* y entran en vigor en la fecha que ellas mismas

¹⁶ Véase, en este sentido, la sentencia de 14 de julio de 1994, Faccini Dori, C-91/92, Rec. p. I-3325, apartado 27.

¹⁷ Sentencia de 18 de diciembre de 1997, Inter-Environnement Wallonie, C-129/96, Rec. p. I- 7411, apartado 43.

¹⁸ Véanse, en particular, las sentencias antes citadas Inter-Environnement Wallonie, apartado 40, y Pfeiffer y otros, apartado 110, y la jurisprudencia que allí se cita.

fijen o, a falta de ella, a los veinte días de su publicación o bien, con arreglo al apartado 3 de dicho artículo, se notifican a sus destinatarios y surten efecto a partir de tal notificación.

En consecuencia, una directiva produce efectos jurídicos frente al Estado miembro destinatario y, por tanto, frente a todas las autoridades nacionales, a partir de su publicación o de su fecha de notificación, según los casos. El artículo 3 de la Directiva 1999/70 dispuso que ésta entrara en vigor el día de su publicación, o sea, el 10 de julio de 1999.

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se deduce de los artículos 10 CE, párrafo segundo, y 249 CE, párrafo tercero, que, durante el plazo de adaptación del derecho interno a una directiva, los Estados miembros destinatarios de la misma deben abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por ésta¹⁹. A este respecto, poco importa que la norma controvertida de derecho nacional, adoptada tras la entrada en vigor de la directiva, tenga o no por objeto la adaptación del derecho interno a dicha directiva²⁰.

Dado que todas las autoridades de los Estados miembros están sujetas a la obligación de garantizar el pleno efecto de las disposiciones del derecho comunitario²¹, los órganos jurisdiccionales nacionales se hallan sometidos igualmente a la obligación de abstención mencionada en el apartado anterior.

De ahí que, a partir de la fecha de entrada en vigor de una directiva, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros deben abstenerse en la medida de lo posible de interpretar su derecho interno de un modo que pueda comprometer gravemente, tras la expiración del plazo de adaptación del derecho interno a la directiva, la realización del objetivo perseguido por ésta.

Sin embargo, en la respuesta propiamente dicha que el Tribunal de Justicia dio a la primera de las preguntas que se le habían planteado en ese asunto, se limitó a afirmar que, en el supuesto de adaptación tardía del ordenamiento jurídico de un Estado miembro a las disposiciones de una directiva que carecen de efecto directo, los órganos jurisdiccionales nacionales están obligados, a partir de la expiración del plazo de adaptación del derecho interno a la directiva, a interpretar su normativa nacional en la medida de lo posible a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva con objeto de alcanzar los resultados que ésta persigue, dando prioridad a la interpretación de las normas nacionales que mejor se ajuste a dicha finalidad, para llegar así a una solución compatible con las disposiciones de dicha directiva.

¹⁹ Sentencias Inter-Environnement Wallonie, antes citada, apartado 45, de 8 de mayo de 2003, ATRAL, C-14/02, Rec. p. I-4431, apartado 58, y Mangold, antes citada, apartado 67.

²⁰ Sentencias ATRAL, apartado 59, y Mangold, apartado 68, antes citadas.

²¹ Sentencias de 13 de enero de 2004, Kühne & Heitz, C-453/00, Rec. p. I-837, apartado 20; Francovich y otros, apartado 32, y Pfeiffer y otros, apartado 111, antes citadas.

Comentario

Esta sentencia resulta interesante por un doble motivo. Primero, porque ha venido a clarificar algunos de los conceptos del Acuerdo marco sobre el trabajo temporal, anexo a la directiva 1999/70 y, segundo, porque parece querer, aunque es dudoso que lo haya conseguido, ampliar el alcance de la obligación que recae sobre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en relación con la interpretación y la aplicación del derecho nacional que todavía no ha sido adaptado a las disposiciones de una directiva, tal como había sido enunciada hasta ahora por el propio Tribunal de Justicia.

Antes de julio de 2006, el Tribunal sólo había tenido ocasión de interpretar el Acuerdo marco en la sentencia Mangold, antes citada, dictada en noviembre de 2005. Desde entonces, contamos con dos sentencias más, dictadas en septiembre de 2006, en dos asuntos prejudiciales²² y, en la actualidad, existen dos asuntos más pendientes, uno iniciado por el Juzgado de lo Social de San Sebastián²³ y, otro, procedente de la Labour Court de Irlanda²⁴.

En lo que a la interpretación del Acuerdo marco se refiere, en esta sentencia el Tribunal de Justicia, en primer lugar, ha confirmado que éste resulta de aplicación tanto a los contratos temporales celebrados por empresarios del sector privado, como a los que concluyen los órganos de la Administración y demás entidades del sector público. En segundo lugar, ha interpretado el concepto de «razones objetivas» capaces de justificar la renovación de los contratos temporales, destinadas a prevenir abusos en la utilización sucesiva de dichos contratos. En tercer lugar, ha precisado el concepto de contratos temporales «sucesivos». Por último, ha examinado el alcance de las medidas que los Estados miembros deben adoptar a fin de prevenir eficazmente la utilización abusiva de contratos temporales sucesivos.

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones planteadas, a saber, ante una directiva adoptada por el legislador comunitario y publicada en el *DOCE*, a partir de qué momento, y con qué efectos, un órgano jurisdiccional nacional está obligado a tenerla en cuenta a la hora de interpretar y aplicar el derecho interno, el Tribunal de Justicia parece haber dado dos respuestas distintas, según que el lector se fije en el apartado 123 o en el 124, que coincide con el contenido del punto n.º 4 de la parte dispositiva, y que contiene la respuesta concreta a la pregunta que le había formulado juez nacional.

²² Sentencias de 7 de septiembre de 2006 Marrosu y Sardino, C-53/04 y Vassallo, C-180/04, pendientes de publicación en la Recopilación.

²³ Asunto C-307/05, Del Cerro Alonso, en el que el Abogado General Sr. Poiares Maduro presentó sus conclusiones el 10 de enero de 2007.

²⁴ Asunto C-268/06, Impact, cuyas cuestiones se publicaron en el *DOCE* C212 de 2 de septiembre de 2006.

Así, en el punto 123, el Tribunal de Justicia procede a una afirmación de carácter general, por la que impone al juez nacional la obligación, a partir de la entrada en vigor de una directiva, que acostumbra a estar en relación con el momento en el que se publica, de abstenerse de interpretar el derecho interno de manera que comprometa gravemente, tras la expiración del plazo para su adaptación, la realización del objetivo perseguido por aquélla. En cambio, en el punto 124, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta que, en el caso concreto que se planteaba ante el juez que le había interrogado, el Estado miembro había adaptado su ordenamiento jurídico a la directiva, fuera del plazo concedido al efecto. Se trataba, pues, de una adaptación tardía por parte del legislador griego y no, como podría desprenderse del punto 123, de que el juez del asunto pudiera reconocer ciertos efectos a las disposiciones de la directiva, anticipadamente.

La obligación de abstención que figura en el punto 123 de las sentencia la funda el Tribunal de Justicia en la jurisprudencia *Inter-Environnement Wallonie*, basada, a su vez, en los artículos 10 CE, párrafo segundo, y 249 CE y en la circunstancia de que, al fin y al cabo, los órganos jurisdiccionales nacionales forman parte de las autoridades del Estado miembro. El abogado general en ese asunto, la Sra. Kokott, en los puntos 42 a 54 de sus conclusiones²⁵ había ido incluso más lejos, al sostener que la obligación que recae sobre los jueces nacionales es una obligación de hacer, consistente en que deben interpretar todo el ordenamiento jurídico nacional, desde el mismo momento de la entrada en vigor de una directiva, a la luz del tenor literal y de su finalidad, de manera suficientemente amplia que permita llegar a un resultado compatible con el objetivo perseguido por ésta²⁶.

La respuesta que figura en el punto 124 no plantea mayores dificultades. Se trata de la reiteración de la jurisprudencia bien conocida del Tribunal de Justicia, que parece haber tenido buena acogida entre los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del derecho interno de manera conforme a las disposiciones de una directiva que carecen de efecto directo, bien porque no cumplan los requisitos exigidos para producir efecto directo vertical, bien porque las partes en el litigio sean particulares, cuando ha finalizado el plazo sin que el Estado miembro haya adaptado el derecho nacional²⁷.

²⁵ Presentadas el 27 de octubre de 2005.

²⁶ Con independencia de la opinión que esta solución suscite en la doctrina, no se le puede negar el mérito de que, si se pone en práctica, se conseguiría que las directivas surtieran efecto en los Estados miembros bastante antes de que finalizara el plazo para la adaptación de sus respectivos ordenamientos jurídicos. El inconveniente más evidente es que, de esta forma, no se lograría su aplicación uniforme en todo el territorio de la Unión.

²⁷ Véase, como sentencia más reciente la de 5 de octubre de 2004, *Pfeiffer y otros*, C-397/01 à C-403/01, Rec. 2004 p. I-8835.

Sin embargo, la obligación contenida en el punto 123 resulta, en mi opinión, problemática. El principio de la interpretación conforme lo enunció el Tribunal de Justicia en la sentencia *Marleasing*²⁸ con el fin de paliar, en un litigio entre particulares, la falta de adaptación del derecho civil español a la Directiva 68/151/CEE²⁹ una vez finalizado el plazo para hacerlo, es decir, en un momento en el que al haber debido ya ser incorporada a los ordenamientos jurídicos de todos los Estados miembros, debía estar surtiendo efectos en todos ellos. El que los jueces deban abstenerse de interpretar el derecho nacional de manera que pueda, en el futuro, quedar comprometida la realización del objetivo perseguido por la directiva, como sería, por ejemplo, iniciar una corriente jurisprudencial o continuar con una ya existente, se parece extraordinariamente, en mi opinión, a la imposición a los jueces de una obligación de interpretación conforme de su derecho nacional, desde el momento de la entrada en vigor de la directiva. Lo cual queda muy lejos de la jurisprudencia *Inter-Environnement Wallonie*³⁰.

Otro argumento por el que resulta difícil aceptar que esa solución pueda generalizarse es que la aplicación del principio de interpretación conforme del derecho nacional una vez ha expirado el plazo para su adaptación a una directiva se limita a los litigios entre particulares, con el fin de mitigar los efectos de la falta de diligencia del legislador nacional. Se desprende, sin embargo, de la formulación del punto 123, que la obligación de abstenerse de interpretar el derecho interno de modo que pueda comprometer gravemente, tras la expiración del plazo de adaptación del derecho interno a la directiva, la realización del objetivo que ésta persigue, resulta exigible tanto en litigios

²⁸ Antes citada, dictada en respuesta a la cuestión prejudicial que había planteado el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Oviedo.

²⁹ Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados Miembros a las sociedades definidas en el segundo párrafo del artículo 58 del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros (*DO L* 65, p. 8, E.E. 17/1 p. 3).

³⁰ Véanse las sentencias *ATRAL* y *Mangold*, antes citadas, y las de 5 de febrero de 2004, *Rieser Internationale Transporte*, C-157/02, Rec. p. I-1477 y de 10 de noviembre de 2005, *Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie*, C-316/04, Rec. p. I 9759. Esta jurisprudencia, dictada hasta ahora exclusivamente en el marco de procedimientos prejudiciales, puede hacerse extensiva, en fecha próxima a un incumplimiento de un Estado miembro. Se halla pendiente ante el Tribunal de Justicia el asunto C-422/05, *Comisión/Bélgica*, en el que el abogado general Sr. Poirares Maduro presentó sus conclusiones el 25 de enero de 2007. En ellas propone al Tribunal que declare que ese Estado miembro ha incurrido en incumplimiento al haber adoptado un decreto, durante el plazo del que disponía para adoptar el derecho interno a la Directiva 2002/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de marzo de 2002, sobre el establecimiento de normas y procedimientos para la introducción de restricciones operativas relacionadas con el ruido en los aeropuertos comunitarios (*DO L* 85, p. 40), que, al introducir restricciones de explotación que no son conformes a las permitidas por la directiva, es susceptible de comprometer gravemente el resultado que ésta pretende conseguir.

entre particulars como en litigios entre éstos y los poderes públicos y tanto en relaciones directas como inversas. Llevada hasta sus últimas consecuencias, resulta perfectamente plausible que una autoridad pública haga valer a su favor esa obligación que recae sobre el juez en un litigio frente a un particular, cuando el destinatario de la directiva es el propio Estado y quien debe adaptar el derecho interno es el legislador.

No cabe duda de que esta doctrina, contenida en un *obiter dictum* de esta sentencia, será retomada bien pronto por los abogados generales en sus conclusiones, para basar alguna propuesta imaginativa destinada a avanzar en la interpretación y la aplicación del derecho comunitario por los jueces nacionales. Habría sido preferible, sin embargo, que el Tribunal hubiera esperado a que se le planteara una cuestión en un litigio en el que los hechos relevantes hubieran ocurrido durante el plazo de adaptación del derecho nacional. En tal caso, no se habría podido discutir sobre la pertinencia de haber examinado las obligaciones que pueden recaer sobre el juez nacional en ese período.

(MIRP)

Crónica

Crónica comunitaria: La actualidad institucional y económica de España en el marco de la Unión Europea

Beatriz Iñarritu

Profesora de la Universidad Comercial de Deusto

Sumario: Introducción.—I. El estado de la integración. I.1. La Unión Europea de los Veintisiete: adhesión de Rumanía y Bulgaria. I.2. Las negociaciones con Turquía: nuevos obstáculos. I.3. La Constitución Europea: propuestas sobre su relanzamiento. I.4. Unión Monetaria Europea: incorporación de Eslovenia a la euro-zona y consolidación del euro en los mercados internacionales. I.5. Nuevas lenguas oficiales de la UE: rumano, búlgaro y gaélico.—II. La actualidad institucional de la Unión Europea. II.1. El Consejo Europeo de la presidencia finlandesa. II.2. Comisión Europea: nuevos comisarios de Rumanía y Bulgaria. II.3. Consejo de Ministros: presidencia alemana. II.4. Parlamento europeo: diputados rumanos y búlgaros y nuevo presidente.—III. Cuestiones generales de la actualidad económica. III.1. Unión Monetaria Europea: nuevas subidas de los tipos de interés y nuevo diseño en las monedas de euro. III.2. Tribunal de Justicia de la UE: sentencia que avala la fiscalidad vasca y presentación de una cuestión prejudicial por parte del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. III.3. El Tribunal de Justicia de la UE condena a España por no recuperar las ayudas ilegales a las empresas vascas de los años noventa («vacaciones fiscales»). III.4. Aprobación final de la directiva relativa a los servicios en el mercado interior. III.5. Competencia: expediente de la comisión contra España por las condiciones impuestas a E.on en su Opa sobre Endesa.

Introducción

Con la incorporación de Rumanía y Bulgaria, la Unión Europea se ha convertido en la Europa de los Veintisiete, al tiempo que se prepara para celebrar el 50 aniversario de los Tratados de Roma.

Esta nueva Ampliación ha repetido el escenario de la anterior, en términos de «brecha económica» y de mayor complicación institucional. Y de nuevo, ha vuelto a ser recibida con grandes dosis de indiferencia e, incluso, resignación, por parte de la opinión pública.

En este año que comienza, 2007, las presidencias simultáneas de Alemania en el Consejo de Ministros y en el Parlamento Europeo, han despertado una cierta expectación, ante el protagonismo del «motor alemán» y su

capacidad para revitalizar el sueño europeo de fortalecer al viejo continente como referente de espacio de paz, seguridad y libertad, en el actual mundo globalizado y convulso. La recuperación de la confianza en el proyecto será, sin duda, una tarea difícil.

The accession of Bulgaria and Romania has increased the total of EU member States up to 27, at the same time that the Union is preparing the celebration of the 50th anniversary of the Treaties of Rome.

This new Enlargement has repeated the scenery of the previous one, in terms of «economic gap» and of the increasing institutional complexity. And, once again, it has been received in a climate of indifference and resignation.

In this incoming year, 2007, the simultaneous presidencies of Germany in the Council of Ministers and in the European Parliament, have awoken a certain kind of expectation and confidence towards the «german motor» and its capacity to revitalize the European dream of strengthen the continent to become a referent of space of peace, security and freedom, in this globalised and convulsed world. To recover the trust on the EU project will be, necessarily, a hard work.

I. El estado de la integración

I.1. La Unión Europea de los Veintisiete: adhesión de Rumanía y Bulgaria

A pesar de las objeciones planteadas en mayo, la Comisión Europea dio finalmente su beneplácito a la incorporación de Rumanía y Bulgaria a la Unión en octubre y, tras superar este último obstáculo, el pasado 1 de enero de 2007 la Unión Europea se convirtió en la Europa de los Veintisiete.

De esta manera, la UE ha completado su Quinta Ampliación, que fue iniciada tras el fin de la Guerra Fría y que, de forma oficial, quedó representada por la Adhesión de Diez nuevos Estados de Europa central y oriental el 1 de mayo de 2004. Con los nuevos Estados miembros, 22 millones de rumanos y 8 millones de búlgaros, la población comunitaria se eleva ya a 492 millones de personas y las fronteras de la Unión se extienden hasta las orillas del Mar Negro.

La Adhesión de Rumanía y Bulgaria se produce diecisiete años después de la caída del muro de Berlín y reproduce la problemática planteada con la Ampliación de 2004, en la medida en que se trata de países cuya renta per cápita apenas representa un tercio de la media comunitaria y aportan tan sólo un punto al PIB comunitario.

A pesar de los mensajes optimistas del presidente de la Comisión Europea, José Manuel Durao Barroso, destacando «el impresionante proceso de reformas» habido en los dos países balcánicos, la valoración generalizada entre los analistas incide en que la solidaridad política ha inspirado

esta nueva Ampliación, más allá de los estándares económicos, políticos, sociales o medioambientales que la Unión exige a todo nuevo Estado miembro.

Estas carencias han llevado a la Unión a activar unas medidas cautelares sin precedentes. Así, tan sólo diez Estados miembros (Finlandia, Suecia, Polonia, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Letonia, Lituania y Chipre) han reconocido a rumanos y búlgaros el derecho a la libre circulación abriéndoles sus mercados laborales sin restricciones. Destaca, en particular, el cambio de criterio de los gobiernos del Reino Unido y de Irlanda, ya que en la anterior Ampliación de 2004 fueron, junto con Suecia, los únicos que no pusieron límites a la entrada de trabajadores procedentes del Este. Sin embargo, la masiva llegada de inmigrantes altamente cualificados y menos exigentes en salarios y condiciones laborales (el Reino Unido ha recibido unos 600.000 inmigrantes en dos años, la mayoría polacos, cuando la previsión inicial apuntaba a una inmigración de 30.000 personas), ha llevado a los gobiernos de Londres y Dublín a dar un giro en esta materia y a tomar la decisión de limitar la entrada de trabajadores rumanos y búlgaros, con el fin de aplacar el malestar en ciertos sectores laborales nacionales.

España (en donde trabajan legalmente casi 500.000 rumanos y 55.000 búlgaros) ha establecido un período transitorio máximo de dos años, durante el que se limitará la entrada de inmigrantes de estas nacionalidades.

El ministro de Trabajo y Asuntos Sociales, Jesús Caldera, señaló que, en todo caso, la moratoria se aplicará «con flexibilidad, teniendo en cuenta las necesidades del mercado laboral español». Añadió que si no se producen «alteraciones» relevantes en los flujos migratorios, las restricciones podrían levantarse en el mismo año 2007.

Otras medidas cautelares hacen referencia a las restricciones impuestas sobre la importación de numerosos productos, motivadas por las prevenciones que despiertan los controles sanitarios y la seguridad alimentaria de estos países. También se han articulado diferentes medidas de supervisión del uso de los fondos estructurales y ayudas agrícolas, incluyendo su posible suspensión en caso de evidencias de fraude o prácticas corruptas. Asimismo, se han planteado salvaguardias en materia judicial, de forma que los Veinticinco podrían, en su caso, pedir el rechazo de la aplicación automática de sentencias en ciertos casos civiles y penales.

Esta nueva Ampliación se ha producido en un contexto de parálisis de la Unión, por su incapacidad para aprobar el texto constitucional y adaptar sus estructuras internas e institucionales al funcionamiento de la Europa ampliada. Y es por esta razón que, si en otras circunstancias hubiera debido despertar un mayor interés general en la opinión pública, la realidad es que la indiferencia ha sido la tónica general.

Quizá sea esta falta de entusiasmo la que ha llevado a la Comisión Europea a referirse a ella no como la Sexta Ampliación sino como la «culminación» de la Quinta Ampliación, la de mayo de 2004, cuando la Unión se convirtió en la Europa de los Veinticinco.

Esta Ampliación supone, en efecto, nuevas complicaciones en el plano institucional. La gobernabilidad de la UE de los Veintisiete es más compleja y difícil, toda vez que la suma de más Estados miembros con mayores disparidades económicas, culturales, sociales y políticas restará agilidad a la toma de decisiones y a la puesta en marcha de políticas ambiciosas.

1.2. Las negociaciones con Turquía: nuevos obstáculos

El 12 de diciembre de 2006 los ministros de Asuntos Exteriores de la Unión Europea decidieron aceptar la propuesta de la Comisión Europea de suspender, por tiempo indefinido, ocho capítulos de las negociaciones de Adhesión con Turquía, en concreto los referentes a Libre circulación de Mercancías, Derecho de Establecimiento y Servicios, Servicios Financieros, Agricultura, Pesca, Transportes, Unión Aduanera y Relaciones Exteriores.

Esta decisión de los Veinticinco era la respuesta al gobierno turco por su negativa a permitir el acceso de barcos y aviones chipriotas a sus puertos y aeropuertos, tal como, en efecto, exige el acuerdo de Unión Aduanera entre Turquía y la Unión y, en particular, el Protocolo adicional firmado en 2005 para su adaptación a los nuevos Estados miembros. De hecho, y a pesar de la aceptación turca de dicho Protocolo, las autoridades de Ankara rechazan su aplicación respecto a Chipre porque significaría el reconocimiento implícito de la soberanía grecochipriota de la isla.

El gobierno turco había planteado, en cambio, una oferta alternativa, de un año de duración, consistente en la apertura de un puerto de atraque y de un aeropuerto para los barcos y aeronaves comerciales grecochipriotas, y sobre la base del cumplimiento de una serie de contrapartidas específicas, como sería el levantamiento del embargo internacional que pesa sobre el norte de la isla y que permitiría poner en marcha una terminal aérea y una instalación portuaria internacionales. Se pondría fin a la actual situación del principal aeropuerto civil de la zona norte turcochipriota en Ercan, muy cerca de Nicosia, en el que únicamente aterrizan vuelos procedentes de Turquía.

La propuesta de Ankara provocó el rechazo de la Unión, que la consideró del todo insuficiente, pero también generó el rechazo de parte de la población turca, en sus sectores más nacionalistas, ya que éstos la consideraron, por el contrario, demasiado generosa.

I.3. *La Constitución Europea: propuestas sobre su relanzamiento*

El presidente del Gobierno español, José Luis Rodríguez Zapatero, dio a conocer el pasado 15 de diciembre la iniciativa de España y Luxemburgo de reunir el 26 de enero en Madrid a los 18 países que ya han ratificado la Constitución europea.

Proponía así una cita para conseguir movilizar al grupo potencial de Estados interesados en que el proceso de ratificación de la Constitución siga adelante, frente a los que la consideran definitivamente enterrada, y que señalan las dificultades crecientes de la Ampliación de la UE a 27 miembros como justificación para considerar menos urgente una reforma global del texto constitucional.

La iniciativa hispano-luxemburguesa quedó plasmada en una carta fechada el 14 de diciembre que lleva la firma del secretario de Estado para Europa, Alberto Navarro, y de su colega luxemburgués, Nicolas Schmit. Ambos invitaban al resto de sus homólogos en los países que ya han ratificado la Constitución, incluidos los de Rumanía y Bulgaria, que hubieron de asumirla en las negociaciones de Adhesión, a reunirse en Madrid en la fecha indicada para «hacer un balance de la situación» de sus países y ponerse «de acuerdo sobre los pasos a seguir» para «relanzar el proceso preservando la sustancia del texto tal y como lo hemos ratificado».

La iniciativa prevé, además, una segunda reunión, el 27 de febrero en Luxemburgo, para un intercambio informal de opiniones con los siete países que aún no se han pronunciado sobre la Carta Magna —Reino Unido, Polonia, Dinamarca, Suecia, República Checa, Portugal e Irlanda— e incluso con los que la han rechazado —Francia y Holanda—.

Los convocantes esperan contar en Madrid con los Dieciocho, aunque Alemania podría tener problemas para participar, ya que como país que ostenta la presidencia semestral de la Unión, su intención es liderar la consecución de un acuerdo para reanudar el proceso constitucional que se adoptaría en el Consejo Europeo ordinario de junio.

Dos países que no han ratificado el texto, Portugal e Irlanda, manifestaron un cierto interés en asistir incluso a la cita madrileña, mientras el presidente de la Comisión, José Manuel Durao Barroso, alabó la iniciativa señalando que se trataba de «un fuerte apoyo» y «un mensaje positivo» para el logro de una solución a las cuestiones institucionales de la Unión. El presidente francés, Jacques Chirac, señaló, sin embargo, que el plan hispano-luxemburgués no merecía mucha publicidad y que la gestión del tema debería quedar en manos alemanas.

El presidente Zapatero ha mantenido siempre que los países más reticentes a la Constitución europea deben responsabilizarse frente a sus socios, teniendo en cuenta, además, que el texto constitucional ha sido ratificado por la mayoría de Estados miembros.

I.4. *Unión Monetaria Europea: incorporación de Eslovenia a la euro-zona y consolidación del euro en los mercados internacionales*

Eslovenia se ha convertido en el decimotercer Estado de la Unión Monetaria Europea el 1 de enero de 2007, dos años y medio después de su incorporación a la Unión Europea.

El tólar esloveno deberá convivir con el euro hasta el 14 de enero, fecha en que dejará de ser moneda de curso legal definitivamente, después de tan sólo quince años de existencia. El tipo de cambio pactado, fijo e irrevocable, es de 239,64 tólares por euro y las monedas eslovenas de euro deben ser acuñadas en Finlandia, porque este Estado de la antigua Yugoslavia no dispone de fábrica de moneda propia.

Con esta incorporación, la euro-zona inicia un proceso de expansión y con los algo más de dos millones de eslovenos llega a una población de 316 millones de personas. Lituania, que se quedó a las puertas de su ingreso en 2007, espera poder dar este paso en 2008, junto con Chipre y Malta. A partir de 2010 sería previsible la incorporación de socios de mayor peso económico y demográfico, como Hungría o Polonia.

Por otra parte, y a pesar de las incertidumbres que esta expansión geográfica de la Unión Monetaria provoca en ciertos sectores de expertos y analistas financieros, y también a pesar de que muchos ciudadanos de la euro-zona culpabilizan al euro de las subidas de precios por el efecto del rebote en sus cinco años de existencia física, lo cierto es que los mercados internacionales muestran un creciente apoyo a la moneda única.

El euro ya representa algo más de la cuarta parte de las reservas en papel moneda que acumulan los Bancos centrales en todo el mundo y casi un tercio de la financiación internacional total, con lo que afianza su camino en la disputa del liderazgo internacional al dólar estadounidense, como «nueva divisa de confianza».

A mediados de 2006, el euro representaba, en efecto, el 25,4% del total de las reservas mundiales, frente al 65% del dólar y el 4,5% de la libra esterlina, cuando en 1999 esta posición era del 18% (calculada por conversión del marco alemán y del franco francés, básicamente), lo que significa que el incremento se estima en siete puntos y medio en los últimos ocho años, respecto a la suma de las divisas europeas que tenían protagonismo internacional a finales del siglo pasado. Según los datos facilitados por el Fondo Monetario Internacional, mientras la tenencia de dólares se ha multiplicado por dos, la de euros se ha triplicado.

Inicialmente fueron los países árabes los que se inclinaron por denominar sus reservas en la moneda europea, y después se han ido sumando diferentes países como Venezuela, que han querido mostrar así sus preferencias geopolíticas. En todo caso, muchos expertos también inciden en las razones

meramente económicas derivadas del fuerte déficit exterior norteamericano (cercano al 8% de su PIB), la apreciación del euro y el dinamismo de las empresas europeas, protagonistas de una creciente oleada de fusiones y concentraciones.

Aunque el dólar sigue siendo la moneda de referencia en las grandes operaciones y contratos de alcance mundial, incluyendo las facturas de materias primas y del petróleo, se observan ciertos cambios, como el anuncio de Irán de adoptar el euro en sus intercambios comerciales. Con ello, a partir de marzo de 2007, este país, que es el cuarto productor mundial de crudo, recibirá sus ingresos por este negocio en la moneda europea.

1.5. Nuevas lenguas oficiales de la UE: rumano, búlgaro y gaélico

Desde principios de año, la Unión Europea cuenta con 23 lenguas oficiales. Además del rumano y del búlgaro, también el gaélico, segundo idioma oficial de Irlanda, alcanzó la oficialidad en la Unión ampliada.

Esta decisión obedece a un acuerdo alcanzado en junio de 2005 que preveía otorgar al irlandés el estatuto de lengua oficial de la UE a partir de 2007, aunque, de hecho, la nueva lengua comunitaria no va a recibir exactamente el mismo trato que las demás lenguas oficiales de la UE puesto que las instituciones de la Unión no están obligadas a traducir al irlandés la totalidad de la legislación.

La utilización del irlandés supondrá dedicar 29 puestos de trabajo a traducción, revisión y publicación de textos, y también implicará la contratación anual de 450 intérpretes autónomos. El coste para la UE se calcula en unos 3.500 millones de euros al año.

Según un censo realizado en 2002, el 40% de la población irlandesa sabe hablar gaélico y más de una cuarta parte de los entrevistados declararon hablarlo a diario. Este idioma es, de hecho, una asignatura obligatoria desde la enseñanza primaria.

La diversidad lingüística sigue siendo un tema clave en la UE. Otras lenguas habladas en los países de la UE como el catalán, el euskera y el gallego gozan de estatuto semioficial.

II. La actualidad institucional de la Unión Europea

II.1. El Consejo Europeo de la presidencia finlandesa

En el segundo semestre de 2006, la presidencia finlandesa de la Unión convocó un Consejo Europeo de carácter ordinario, durante los días 14 y 15 de diciembre.

A su finalización, los Jefes de Estado y de Gobierno hicieron pública una declaración oficial en la que reiteraron su compromiso respecto de las Ampliaciones futuras, pero reconociendo un cierto endurecimiento en el cumplimiento de los requisitos exigibles a los países candidatos. Con la incorporación de Rumanía y Bulgaria el 1 de enero de 2007, la Unión Europea considera finalizada la «macroampliación» al Este iniciada en 2004 y, por tanto, cumplido su compromiso político e histórico respecto a la fractura del continente que resultó de la Segunda Guerra Mundial.

Los Veinticinco declararon que en el futuro deberán aplicarse unas «normas mejoradas» para enjuiciar la adecuación de los países candidatos en todas las fases de las negociaciones y señalaron, en este sentido, un cambio en el sistema de negociación. Si hasta ahora estas negociaciones comenzaban normalmente por los capítulos más sencillos, a partir de ahora deberán abordarse en primer lugar «las cuestiones más difíciles, como las reformas administrativa y judicial, y la lucha contra la corrupción».

De hecho, este tipo de problemáticas han sido especialmente relevantes en las negociaciones con Bulgaria y Rumanía, pero en ambos casos es evidente que la voluntad política ha pesado significativamente en la finalización de las negociaciones, para hacer posible su incorporación en 2007.

Asimismo, el Consejo Europeo decidió que el ritmo de las Adhesiones será el impuesto por las negociaciones con los candidatos, por lo que no habrá fechas objetivo para próximas Ampliaciones. Estas sólo se fijarán cuando las negociaciones estén cercanas a su conclusión.

Los Veinticinco reiteraron, en definitiva, un cambio de orientación en la política de Ampliaciones futuras, en una línea de mayor endurecimiento, y de que todos los países candidatos cuenten con estructuras políticas, judiciales y económicas más sólidas y acordes con los estándares comunitarios. La declaración de la cumbre, que puso fin a la presidencia finlandesa, señalaba que «los países adherentes deben tener la disposición y la capacidad de asumir íntegramente las obligaciones de pertenencia a la Unión, y ésta debe ser capaz de funcionar eficazmente y desarrollarse».

La segunda cuestión relevante tratada en el Consejo fue la puesta en marcha de una política común en materia de inmigración ilegal. Según lo acordado en diciembre, a lo largo de 2007 los Veinticinco se proponen reforzar la cooperación y el diálogo con terceros países de origen y tránsito de inmigrantes, acentuar el apoyo a los Estados miembros en la lucha contra el tránsito ilegal de personas, mejorar la gestión de las fronteras exteriores de la Unión, incentivar la integración y el diálogo intercultural y avanzar en la definición de un sistema europeo común de asilo, que debería estar concluido para 2010.

El proyecto en su conjunto contará con una dotación presupuesta de 4.000 millones de euros en el período presupuestario de Perspectivas Financieras 2007-2013. Un total de 1.872 millones se destinarán al control de fronteras, 800 a la integración de inmigrantes legales, 676 a operaciones de retorno de ilegales y 600 se asignarán al Fondo de refugiados.

En su intervención en la cumbre, el presidente del gobierno español, José Luis Rodríguez Zapatero, agradeció al resto de líderes comunitarios que hubieran hecho suyas las medidas impulsadas por España. Declaró, asimismo, que se trata de una política común sobre inmigración «inimaginable hace un año», una acción que «abandona el ámbito propagandístico, para ser eficaz y visible para los ciudadanos». También apuntó a la necesidad de abordar la raíz del problema —la pobreza—, y cooperar con África en programas de arraigo y empleo.

II.2. *Comisión Europea: nuevos comisarios de Rumanía y Bulgaria*

La incorporación de Rumanía y Bulgaria a la UE ha supuesto el nombramiento de dos nuevos comisarios.

Leonard Orban, antiguo Secretario de Estado responsable de preparar la Adhesión de Rumanía a la UE, ha sido nombrado comisario de Multilingüismo, tras la separación de competencias que hasta 2007 eran responsabilidad del comisario eslovaco de Educación, Formación y Cultura, Jan Figel.

Por su parte, Meglena Kuneva, doctora en Derecho Ecológico y viceministra de Asuntos Exteriores de Bulgaria, ha sido la responsable de las negociaciones de Adhesión de su país a la UE. Desde el 1 de enero es la nueva comisaria de Defensa de los Consumidores, tras su «desdoblamiento» de la anterior cartera de Sanidad y Protección del Consumidor, responsabilidad hasta la fecha del chipriota Markos Kiprianou.

El pleno del Parlamento les otorgó el pasado 12 de diciembre su voto de confianza, tras las preceptivas audiciones de Orban y Kuneva ante las comisiones parlamentarias correspondientes.

En cualquier caso, la formación de una Comisión con 27 miembros es un síntoma más del límite al que parece haber llegado la Unión en el ámbito institucional. Según el Tratado de Niza, cada Estado miembro tiene derecho a tener un representante en el ejecutivo comunitario y, sin embargo, un número tan elevado de comisarios resta agilidad y eficacia a la institución.

El proyecto constitucional actualmente en suspenso pretende reducir este número a dos tercios del número de Estados comunitarios, con lo que, con los actuales Veintisiete, la Comisión tendría 18 miembros, de manera que estos puestos de comisarios deberían cubrirse alternativamente por nacionales de los diferentes Estados.

II.3. *Consejo de Ministros: presidencia alemana*

El gobierno alemán ha asumido el 1 de enero de 2007 la presidencia del Consejo de Ministros de la Unión Europea, con una intensa agenda de asuntos prioritarios, entre los que desatacan la política energética, la política medioambiental y la reactivación de la Constitución europea.

El objetivo marcado por Berlín es garantizar el «abastecimiento energético ecológico y seguro» de la Unión, promover la eficiencia, impulsar las energías renovables para hacer frente al cambio climático y abrir un debate sobre las ventajas e inconvenientes de la energía nuclear.

Por lo que se refiere a la Constitución, Alemania se muestra reacia a una modificación sustancial del texto y, en este sentido, la canciller Angela Merkel ha asegurado que su país actuará como «mediador» entre los distintos países para lograr un acuerdo, y redactar, así, un documento que finalmente pueda ser aceptado por los Veintisiete.

A pesar de su inequívoco interés por reactivar la Constitución, esta estrategia alemana ha despertado ciertos recelos en la Comisión Europea, en tanto que teme verse marginada en este proceso. La comisaria de comunicación, Margot Wallström llegó a señalar que «las negociaciones no se pueden efectuar ignorando a los ciudadanos».

El objetivo alemán es presentar en el Consejo Europeo ordinario de junio de 2007 una «hoja de ruta», es decir, un calendario de acciones que consiga revitalizar la Constitución y facilite la posibilidad de que ésta vea la luz antes de los próximos comicios europeos de 2009.

II.4. *Parlamento europeo: diputados rumanos y búlgaros y nuevo presidente*

En la Asamblea de Estrasburgo, la Adhesión de Rumanía y Bulgaria a la Unión se ha traducido en la incorporación de 35 y 18 representantes rumanos y búlgaros respectivamente, que se han convertido en eurodiputados desde el pasado 1 de enero de 2007. Todos ellos han sido elegidos por sus respectivos Parlamentos nacionales hasta que se celebren elecciones al Parlamento Europeo en ambos países a lo largo de 2007.

Por otra parte, ya en noviembre de 2006, el grupo del Partido Popular Europeo (PPE) del Parlamento eligió a su presidente, el alemán Hans-Goert Poettering, como candidato a ocupar la presidencia del Parlamento Europeo en la segunda mitad de la legislatura.

La nominación de Poettering fue inicialmente propuesta por la delegación germana del CDU/CSU, y fue aprobada por aclamación por todo el grupo conservador. Elegido eurodiputado en las primeras elecciones directas de 1979, ha sido presidente del PPE desde 1999, y desde esta responsabilidad ha trabajado intensamente en la definición del desarrollo ins-

titucional de la UE, en el fortalecimiento de competencias del Parlamento Europeo y en la Ampliación de la Unión Europea al Este.

Su elección formal como nuevo Presidente del Parlamento tendrá lugar en Estrasburgo el 16 de enero de 2007, y será posible gracias al acuerdo entre el PPE y el grupo socialista alcanzado al inicio de la actual legislatura. Ambos grupos se comprometieron a darse su apoyo mutuo en los dos turnos de la presidencia de la legislatura. El PPE apoyó al candidato socialista José Borrell para la primera mitad en 2004, y ahora el grupo socialista deberá apoyar a Poettering.

III. Cuestiones generales de la actualidad económica

III.1. *Unión Monetaria Europea: nuevas subidas de los tipos de interés y nuevo diseño en las monedas de euro*

En el segundo semestre del año, el Banco Central Europeo decidió tres nuevas subidas sucesivas de un cuarto de punto en los tipos de interés de referencia para los Doce países de la zona euro. De esta forma, los tipos han pasado del 2,75% al 3,50% y se sitúan en el nivel más alto desde septiembre de 2001.

Al igual que en ocasiones anteriores, el BCE justificó estas subidas en el riesgo al alza de la inflación en la zona euro. Y si bien el precio del petróleo se ha moderado en los últimos meses, el Banco muestra su alerta en relación a la consolidación del crecimiento económico en la zona euro y al crecimiento de la masa monetaria o dinero en circulación, circunstancias que, en efecto, pueden hacer peligrar la estabilidad de precios. El incremento del tipo de IVA en tres puntos en Alemania (país que representa un tercio de la Economía de la zona euro) representa, a juicio del BCE, un riesgo añadido para la inflación.

«Los créditos al sector privado siguen aumentando a un ritmo de dos dígitos», explicó Jean Claude Trichet, presidente del BCE, el 7 de diciembre, cuando el BCE anunció su última subida del año. Aunque los créditos a los hogares se han moderado debido a las alzas de tipos del último año, los préstamos a las empresas continúan aumentando muy rápidamente, alcanzando las tasas más altas desde comienzos de los años noventa. «La amplia liquidez», concluyó Trichet, «exige un seguimiento muy cuidadoso».

De estas palabras, muchos analistas llegaron a interpretar que Trichet dejaba entrever que aún podrían decidirse nuevas subidas en los próximos meses, y por ello han situado una nueva estimación del techo posible de los tipos de interés en el 4%.

La decisión de diciembre coincidía con la mayor escalada del tipo de cambio del euro de los últimos meses. Con una cotización al cierre del año de 1,3172 dólares/ euro, la moneda europea se situaba en sus niveles máximos de cotización frente a la divisa norteamericana, con una apreciación acumulada en 2006 del 11%.

Esta fortaleza del euro representa una amenaza para la recuperación de las exportaciones españolas, que ya acumulaban un crecimiento del 11% hasta septiembre. Y aunque la concentración de las exportaciones en mercados europeos puede reducir este impacto, las empresas españolas que facturan sus ventas en dólares están viendo mermada su competitividad. Entre los sectores más afectados destacan los fabricantes de productos de gran consumo, como textil, calzado, mueble y productos agroalimentarios.

Asimismo, y con motivo de la incorporación de Rumanía y Bulgaria, la Unión ha decidido poner en marcha un cambio en el diseño de las caras comunes de las monedas de 10, 20 y 50 céntimos de euro, y de 1 y 2 euros, de tal manera que éstas pasen a llevar el mapa de la Unión de los Veintisiete en lugar del mapa de los Quince que tenían hasta ahora. El nuevo mapa también suavizará sus líneas y eliminará las fronteras del diseño anterior.

Las caras comunes de las monedas de menor denominación (1, 2 y 5 céntimos), que representan a Europa en el mundo, no se verán afectadas por este cambio y, por tanto, mantienen su diseño inicial.

Aunque todas las monedas fabricadas con el diseño anterior mantienen su validez legal, los nuevos diseños empezarán a ser acuñados y puestos en circulación a lo largo de 2007, siendo obligatorios a partir de 2008. En cambio, Eslovenia, que se ha incorporado a la Unión Monetaria en 2007, tan sólo puede acuñar monedas nuevas.

En nuestro país, la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre ha iniciado ya en enero de 2007 la acuñación de estas nuevas monedas de 10, 20, 50 céntimos y 1 y 2 euros, y el Banco de España prevé ponerlas en circulación a finales de este mismo mes.

La Ampliación también ha debido provocar el reajuste en la participación en el capital del Banco Central Europeo por parte de los distintos Bancos Centrales. El Banco de España, en particular, ha pasado del 7,77% al 7,55%.

III.2. *Tribunal de Justicia de la UE: sentencia que avala la fiscalidad vasca y presentación de una cuestión prejudicial por parte del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco*

El 6 de septiembre el Tribunal de Justicia de Luxemburgo hizo pública una sentencia relativa al régimen fiscal de las Islas Azores que, desde diferentes ámbitos, fue interpretada como un respaldo a la capacidad fiscal vasca para fijar tipos impositivos distintos a los del territorio común.

Paradójicamente, la Corte Europea falló a favor de la Comisión Europea al considerar las reducciones impositivas aplicadas a las empresas de las islas portuguesas como ayudas de Estado y al declararlas, por tanto, ilegales. Señalaba, en concreto, que no cumplían los tres requisitos fundamentales para ser consideradas compatibles con el Mercado Único: autonomía institucional (que el recorte fiscal sea adoptado por una autoridad regional o local que constitucionalmente cuente con un estatuto político o administrativo distinto del gobierno central), autonomía normativa (que el ejecutivo central no intervenga en la adopción de las decisiones fiscales) y autonomía económica (que la merma recaudatoria sea asumida por el territorio en cuestión sin que el Estado al que pertenece le compense de ninguna forma).

De esta manera, el Tribunal comunitario se pronunciaba por vez primera sobre las condiciones de legalidad o ilegalidad de los tipos impositivos reducidos en regiones con capacidad fiscal reconocida constitucionalmente. Y según una mayoría de expertos fiscalistas, los fundamentos y argumentos contenidos en la sentencia avalaban con claridad la posibilidad de que el País Vasco y Navarra fijen tipos impositivos distintos de los del resto del Estado sin, por ello, contravenir la libre competencia europea. Destacaron estos medios que el pago del Cupo al Estado no depende de sus ingresos tributarios, por lo que no se cuestiona la autonomía económica.

La satisfacción ante la sentencia fue unánime entre instituciones y organizaciones patronales del País Vasco. Las tres Diputaciones, organismos competentes en materia fiscal, coincidieron en afirmar que el fallo es el «más importante dictado por un Tribunal europeo en relación con el autogobierno vasco».

En todo caso, la sentencia advierte de que, dentro de una región con capacidad fiscal, los incentivos pueden ser selectivos y, por tanto, ilegales, si afectan sólo a un colectivo de empresas. Este sería el caso, tal como afirmaron los expertos, de las «vacaciones fiscales», cuya recuperación por parte de las Haciendas vascas fue ordenada posteriormente por el propio Tribunal europeo en diciembre.

La sentencia también echaba por tierra los argumentos esgrimidos por el Tribunal Supremo en enero de 2005 para ilegalizar la normativa que en el País Vasco regula la fiscalidad de los beneficios empresariales, hasta el punto de que las Diputaciones podrían utilizar este fallo como un argumento de peso en el recurso que presentaron ante el Constitucional español, recurso con el que, a su vez, pretenden dejar sin efecto la decisión del Supremo.

Por otra parte, a finales de septiembre, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV) decidió finalmente plantear una cuestión prejudicial al Tribunal comunitario en relación a esta cuestión de los tipos del Impuesto de Sociedades en la Comunidad Autónoma. Con esta decisión, que ya con

anterioridad a la sentencia de las Azores contaba con el respaldo de las Diputaciones y de otras instituciones vascas, el TSJPV decidía dejar en manos de la justicia comunitaria el futuro de la tributación foral.

En su escrito a la Corte de Luxemburgo, el Tribunal vasco daba por hecha la autonomía institucional vasca, pero mostraba sus dudas respecto a la autonomía de procedimiento, dados los límites genéricos de armonización fiscal fijados en el Concierto Económico Vasco, y también mostraba sus dudas respecto a la autonomía económica, dado que la jurisprudencia del Constitucional defiende la unidad de mercado en el conjunto del Estado.

III.3. *El Tribunal de Justicia de la UE condena a España por no recuperar las ayudas ilegales a las empresas vascas de los años noventa («vacaciones fiscales»)*

En diciembre de 2005 la Comisión Europea denunciaba al gobierno español ante el Tribunal de Justicia de la UE por no haber recuperado las ayudas otorgadas por las Diputaciones vascas a empresas de nueva creación, al amparo de las denominadas «vacaciones fiscales» vigentes entre 1993 y 1995 y que exoneraban del Impuesto de Sociedades durante diez años a las empresas que invirtieran más de 480.000 euros, 80 millones de pesetas de entonces, y crearan, al menos, 10 empleos. Bruselas también denunciaba, entonces, las subvenciones de hasta el 45% sobre las inversiones realizadas en activos fijos, vigentes entre 1995 y 1999.

Esta decisión se producía cuatro años después de que, en diciembre de 2001, Bruselas hubiera declarado ilegal este sistema de subvenciones, por considerar que vulneraba las normas comunitarias sobre Competencia, y tras considerar que, en efecto, las autoridades españolas no habían hecho los esfuerzos suficientes para cumplir esta resolución.

«Tengo la intención de ser muy estricta con los Estados que no ejecuten las decisiones de la Comisión en materia de Ayudas de Estado», advertía entonces la comisaria de Competencia, Neelie Kroes. «Este rigor es indispensable para garantizar la credibilidad de la política realizada en este ámbito», señalaba.

El Tribunal ha tardado un año en hacer pública su resolución condenatoria. El 14 de diciembre de 2006 daba la razón a la Comisión, considerando «fundados» los recursos que presentó para reclamar la devolución de las exenciones fiscales y desestimaba los argumentos presentados por el gobierno español sobre la carencia de mecanismos de recuperación de ayudas ilegales y sobre su no consideración de ayudas directas.

La sentencia abre la vía a un posible nuevo recurso de la Comisión Europea si sus demandas siguen sin ser satisfechas, e incorporaría la petición de una sanción cuya cuantía podría ser muy elevada.

III.4. *Aprobación final de la directiva relativa a los servicios en el mercado interior*

Tras más de dos años y medio de trabajos y debates, el pasado 12 de diciembre el Parlamento Europeo y el Consejo de Ministros de la UE aprobaron formalmente la «Directiva relativa a los Servicios en el Mercado Interior», también conocida como «Directiva Bolkestein», en referencia al comisario holandés que, cuando era responsable de Mercado Interior en enero de 2004, la puso en marcha.

En su propuesta inicial, el ejecutivo comunitario pretendía aplicar una cláusula clave denominada de «país de origen», que introducía un gran avance en la liberalización de los servicios por cuanto que planteaba que los operadores de servicios que operasen en varios Estados miembros de la UE únicamente debían estar sujetos a la legislación de su país de origen. Debían desaparecer, así, todas las exigencias del país de destino en el que prestasen sus servicios, incluida, por ejemplo, la obligación de contar con un establecimiento en este país.

Sin embargo, este primer borrador de Directiva suscitó una fuerte controversia política y social, y muchas organizaciones sindicales mostraron su frontal rechazo al proyecto por considerarlo una auténtica amenaza a los derechos laborales de los trabajadores europeos. Se trataba del temor a que con una Directiva semejante se pudiera producir una «carrera salarial» a la baja, al aplicarse las condiciones laborales de los países de origen, como pudieran ser los Estados del Este incorporados a la Unión en 2004. La Confederación Europea de Sindicatos, CES, movilizó a militantes de toda la Unión Europea y convocó manifestaciones de protesta en las capitales europeas a comienzos de 2006.

Haciéndose eco de este malestar, en su primera lectura de la Directiva en febrero de 2006, el Parlamento formuló importantes enmiendas al texto inicial de la Comisión. La Comisión tuvo que adoptar una propuesta modificada en abril, que fue aprobada por el Consejo de Ministros y por el Parlamento en noviembre. Finalmente, y tal como establece el procedimiento de codecisión, el Parlamento acordó su contenido definitivo con el Consejo de Ministros de la Unión en diciembre.

A partir de su aprobación, los Estados disponen de un plazo de tres años, hasta el 28 de diciembre de 2009, para incorporar las disposiciones contempladas en la Directiva en sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales.

En concreto, en el texto definitivo destacan las exclusiones de su aplicación en determinados tipos de servicios: servicios no económicos de interés general, servicios financieros, servicios de comunicaciones electrónicas, servicios de transporte, servicios de las empresas de trabajo temporal, ser-

vicios sanitarios, servicios audiovisuales, actividades de juego por dinero, actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública, determinados servicios sociales, los servicios privados de seguridad y los servicios prestados por notarios y agentes judiciales designados mediante un acto oficial de la Administración.

Los contenidos principales de la Directiva son los siguientes:

— Simplificación administrativa:

Los Estados miembros deberán simplificar los procedimientos y formalidades aplicables al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio. Deberán garantizar que los prestadores de servicios puedan llevar a cabo los trámites de acceso a sus actividades y las solicitudes de autorización necesarias a través de ventanillas únicas, y también deberán hacer «lo necesario» para que todos los procedimientos y trámites relativos al acceso y ejercicio de las actividades de servicios puedan realizarse por vía electrónica.

— Derecho de establecimiento:

Los Estados sólo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de Autorización cuando éste no sea discriminatorio y esté justificado por una razón imperiosa de interés general

La Directiva autoriza a los Estados miembros a establecer unos determinados tipos de requisitos que supediten el acceso o el ejercicio de las actividades de servicios, pero cada Estado miembro deberá evaluar que estos requisitos no sean discriminatorios, sean necesarios y proporcionales al objetivo que se persiga.

Se trata, básicamente, de requisitos relacionados con límites cuantitativos o territoriales fijados en función de la población o de una distancia mínima entre prestadores, obligación de constitución conforme a una forma jurídica particular, posesión de capital de una sociedad, número mínimo de empleados, o la obligación de prestar otros servicios específicos al margen de su actividad propia.

Esta disposición significará, por ejemplo, que las limitaciones a la apertura de centros comerciales podrán mantenerse siempre que, en efecto, no sean discriminatorias, estén justificadas y sean proporcionales.

— Libre prestación de servicios:

La Directiva establece que los Estados no podrán restringir la prestación de servicios por parte de un prestador establecido en otro Estado

miembro mediante la imposición de una serie de requisitos u obligaciones, como serían el establecimiento del prestador en el territorio nacional o la disposición de algún tipo de infraestructura, la obtención de algún tipo de autorización, o la aplicación de un régimen contractual particular.

Los requisitos que, en su caso, se impongan al acceso o ejercicio de la actividad deberán ser no discriminatorios, necesarios y proporcionales.

La Directiva es, en todo caso, un avance relevante hacia el «Mercado Interior de los Servicios», y trata de combatir los obstáculos que fragmentan un sector esencial en la Economía comunitaria, que representa el 70% del PIB y del empleo en la mayoría de los Estados miembros.

Los Estados miembros deberán introducir, respecto a todas estas actividades, importantes simplificaciones burocráticas respecto a su establecimiento, y los regímenes de autorizaciones y requisitos deberán limitarse a casos justificados. Esta reducción de trabas administrativas y de exigencias también deberá implantarse respecto a la prestación temporal, sin establecimiento, de servicios en otros Estados miembros distintos del de establecimiento.

Su aplicación abarcará una amplia gama de servicios, destinados tanto a empresas como a consumidores: asesoramiento a empresas, gestión, consultoría, certificación, mantenimiento, publicidad, servicios relacionados con la contratación de personal (aunque están excluidas las empresas de trabajo temporal), distribución y centros comerciales, alquiler de vehículos, agencias de viajes, centros deportivos o parques de atracciones.

En todo caso, la Directiva definitiva no afecta al Derecho Laboral, lo que significa que en ningún caso afectará a las disposiciones relativas a las condiciones de empleo o de trabajo. Tampoco afectará a la legislación nacional en materia de Seguridad Social de los Estados miembros ni al derecho a negociar, celebrar y aplicar convenios colectivos, y a emprender acciones sindicales.

Cuestiones como el salario mínimo, las vacaciones, la salud y la seguridad en el trabajo, la Seguridad Social o los convenios colectivos quedan expresamente excluidas del ámbito de la Directiva y, por tanto, las empresas que presten sus servicios en los distintos Estados de la UE estarán obligadas a respetar las normas sociales y laborales de los países en los que operen (Estados «de destino»).

Las autoridades competentes de los Estados «de destino» podrán realizar todo tipo de comprobaciones, inspecciones e investigaciones, siempre que éstas no sean discriminatorias ni estén motivadas por el hecho de que el prestador tenga su establecimiento en otro Estado miembro, y siempre que sean proporcionadas.

A pesar de que, finalmente, el ambicioso proyecto de Bolkestein se ha visto sustancialmente mermado, el actual comisario de Mercado Interior, el irlandés Charlie McCreevy, declaró con motivo de su aprobación definitiva que la nueva Directiva «proporciona un auténtico valor añadido al Mercado Interior, al reducir la burocracia, eliminar barreras y proporcionar seguridad jurídica a las empresas». «Tendrá un impacto positivo en la libertad de establecimiento y en la creación de nuevas empresas, y será crucial para impulsar el espíritu emprendedor y para promover el crecimiento y el empleo», afirmó.

III.5. *Competencia: expediente de la Comisión contra España por las condiciones impuestas a E.on en su Opa sobre Endesa*

Al margen del expediente iniciado en mayo de 2006 por la Comisión Europea contra el gobierno español por aprobar en febrero un Decreto-Ley que incrementa las competencias de la Comisión Nacional de la Energía, CNE, el 27 de julio este organismo supervisor del sector establecía un total de 19 condiciones para dar su autorización a la Oferta Pública de Acciones (Opa) del grupo alemán E.on sobre la eléctrica Endesa.

Según estas condiciones, en el caso de que saliera adelante la Opa, la CNE obligaría a E.on a vender una tercera parte de la potencia instalada de Endesa en España —incluidas sus centrales nucleares y de carbón— y sometería las inversiones de la compañía a una estrecha vigilancia.

A pesar de las explicaciones y del interés mostrado por el gobierno español por suavizar estas exigencias, el 26 de septiembre la Comisión declaraba ilegales 18 de las 19 condiciones exigidas a E.on y emplazaba al gobierno de Madrid a derogarlas. Según el criterio del ejecutivo comunitario, estas disposiciones vulneraban la libre circulación de capitales y la libertad de establecimiento consagradas en el Tratado de Roma.

Al no recibir una respuesta satisfactoria, Bruselas decidió el 18 de octubre iniciar un procedimiento de infracción contra el Estado español y enviarle una carta de emplazamiento, mediante la cual le pedía explicaciones sobre los motivos por los que mantenía en vigor las exigencias a la empresa alemana.

La medida de la Comisión hizo reaccionar al gobierno español, que planteó a comienzos de noviembre una serie de cambios en determinadas condiciones que, de nuevo, fueron rechazados por la Comisión el 29 de noviembre. Entre las nuevas exigencias figuraban el mantenimiento de la marca de la eléctrica española durante al menos cinco años, la utilización de carbón nacional, y la prohibición de vender sus activos en Baleares, Canarias, Ceuta y Melilla.

Según este segundo Dictamen de la Comisión, en el nuevo planteamiento del gobierno español no sólo se desoían sus requerimientos anteriores sino que, incluso, se imponían nuevas exigencias, con lo que el ejecutivo comunitario declaraba mantener abierto el primer expediente de septiembre, y daba un nuevo plazo a España para presentar sus observaciones respecto a las condiciones «diferentes o adicionales» de noviembre.

La comisaria de la Competencia, Neelie Kroes, ratificó esta nueva decisión en diciembre e hizo público el plazo límite del 19 de enero de 2007 para que Madrid elimine estas nuevas condiciones.

Bilbao, enero de 2007

Boletín de Suscripción / Subscription form

Deseo suscribirme a **Cuadernos Europeos de Deusto** / Please enter my subscription to **Cuadernos Europeos de Deusto**
Suscripción anual (dos números) / annual rate (two issues): Zona euro: 32 €; otras zonas: 43 U.S. \$

Nombre / Name

Entidad / Institution

Dirección / Address

Ciudad, Estado / City, State, Country

C.P. / ZIP/Postal Code

CIF o NIF

Condiciones de pago / Payment options

- Cheque adjunto a nombre del Instituto de Estudios Europeos / Check enclosed payable to the Instituto de Estudios Europeos
- Transferencia bancaria a la cuenta 0182/1290/36/0016521104 } Ref: Cuadernos Europeos de Deusto
- Bank money order payable to the account: 0182/1290/36/0016521104 }
- Domiciliación bancaria

Boletín de domiciliación bancaria (sólo España)

Entidad Oficina DC Cuenta

Nombre y apellidos del titular

Firma

Fecha

Cuadernos Europeos de Deusto



BFA
DFB

Bizkaiko Foru
Aldundia
Diputación
Foral de Bizkaia



Universidad de
Deusto

Deustuko
Unibertsitatea

