

LA UNIÓN EUROPEA ANTE EL DESAFÍO DE LA INMIGRACIÓN IRREGULAR

THE EUROPEAN UNION BEFORE THE CHALLENGE OF THE IRREGULAR IMMIGRATION

LUIS MARTÍNEZ SAN VICENTE

Universidad Nacional de Educación a Distancia;
Máster Universitario en Seguridad

Resumen: Con el proceso de integración europeo que se ha venido constituyendo desde los años posteriores al fin de la Segunda Guerra Mundial, proceso en un primer estadio de integración económica y posteriormente política, hemos venido asistiendo a una paulatina desaparición de los controles en las fronteras comunes de los Estados miembros que a pesar del aumento de los controles en la frontera exterior de la Unión, se ha visto acompañado de un amplio abanico de problemas a la seguridad interna de la propia Unión y de los propios Estados, los cuales vienen observando como en no pocas ocasiones y una vez superada (de manera legal o irregular) esta barrera a la entrada externa, la llegada de flujos migratorios sin precedentes.

A lo largo del presente artículo pretendo analizar las medidas que se han venido desarrollando en materia de inmigración irregular y repatriación o expulsión de la misma, atendiendo además entre otras cosas a las iniciativas llevadas a cabo en el ámbito del transporte de personas, el empleo de mano de obra proveniente a Europa de modo irregular y la utilidad para el funcionamiento de la política migratoria de los acuerdos de readmisión.

Palabras clave: Inmigración, irregular, repatriación, expulsión, readmisión, Unión Europea.

Abstract: While the process of European integration has been forming since the years following the end of the Second World War, a process in an early stage of economic and then political integration, we have been witnessing a gradual disappearance of checks at the common borders of the member states that, despite the increased controls at the external border of the Union, has been accompanied by a wide range of problems to the internal security of the Union itself and the states themselves, which as been observed on many occasions and once overcome (legal or irregular) this barrier to external input, the arrival of unprecedented migration.

Throughout this article I analyze the measures that have been developed on irregular immigration and repatriation or removal thereof, also depending among other initiatives undertaken in the field of passenger transport, the use of irregular labor force in Europe and the utility of readmission agreements for the operation of the immigration policy.

Key words: Immigration, irregular, repatriation, expulsion, readmission, European Union.

Recepción original: 16/06/2014

Aceptación original: 14/07/2014

Sumario: I. Introducción. II. Medidas en materia de inmigración irregular tomadas en el ámbito comunitario; 1. Incidencia sobre la disciplina de la lucha contra la inmigración ilegal de las convenciones internacionales adoptadas fuera del ámbito de la Unión Europea; 2. La distinta tipificación normativa del derecho de la Unión Europea al tráfico ilegal de inmigrantes y a la trata de seres humanos; 3. Medidas aplicables a los transportistas previstas por el acervo de Schengen y por las directivas comunitarias; 4. El trato especial dispensado por la normativa comunitaria a las víctimas de la trata de seres humanos o que hayan sido objeto de acción de ayuda a la inmigración ilegal; 5. Incidencia sobre la disciplina de la lucha contra la inmigración ilegal de las convenciones internacionales adoptadas fuera del ámbito de la Unión; A. El trato especial dispensado por el ordenamiento jurídico español a las víctimas de la trata de seres humanos o que hayan sido objeto de acción de ayuda a la inmigración ilegal. 6. Medidas en materia de expulsión y repatriación; 7. Las acciones contra el empleo de inmigrantes irregulares en situación irregular. III. La utilidad de los acuerdos y cláusulas de readmisión en la lucha contra el fenómeno migratorio irregular. IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de que en el pasado el Derecho Internacional Público apenas se había interesado por los flujos migratorios más allá del fenómeno correspondiente a los flujos indeseados, como es el caso de los refugiados, asilados, desplazados, apátridas, etc.; nunca se había visto planteada la existencia de un derecho a emigrar; es decir, de un derecho del extranjero a residir en un Estado ajeno.

Si que determinados órganos de ámbito internacional aunque sin una relevancia jurídica, han venido considerando el fenómeno de la emigración como un derecho fundamental, y a tal respecto así lo afirmó el Comité Económico y Social de la Unión Europea, definiendo el derecho a emigrar como un verdadero derecho fundamental reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas de 1948¹.

Por su parte el artículo tercero del Tratado de la Unión Europea, fija como objetivo de la Unión la manutención y desarrollo de un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que sea garantizada la libre circulación de las personas en conjunción con la adopción de medidas adecuadas sobre fronteras exteriores, asilo, inmigración y lucha contra la delincuencia.

Completando el mencionado precepto y según dicta el artículo 79.1 del TFUE, la Unión Europea desarrollará una política común de inmigración con un interés particular en la prevención de la inmigración ilegal y la trata de seres humanos al tiempo que en su párrafo 2, letra c) fija la competencia del Consejo para la adopción de medidas en materia de inmigración y residencia irregular, referidas a la repatriación; competencia concurrente con la propia de los Estados miembros, y que en dicho sector podrán mantener así como introducir disposiciones compatibles con el Tratado o con los acuerdos internacionales suscritos. El mencionado artículo incluye al mismo tiempo la posibilidad de celebrar acuerdos de readmisión con terceros Estados cuando sus nacionales se hallen dentro del territorio comunitario en situación de irregularidad.

En las últimas décadas ha sido notoria la tendencia de recepción por parte de los países del primer mundo y entre ellos, los Estados de la Unión, de una cantidad cada vez mayor de flujos migratorios, aumento básicamente debido al incremento de las desigualdades a esca-

¹ Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de migración» DOUE n.º C260 de 17 de septiembre de 2001, págs. 104 a 112.

la planetaria y al empeoramiento de la situación en muchos países en desarrollo, proceso que ha ido de la mano a la demanda de mano de obra requerida de modo ingente por parte de los países desarrollados

Por ende en los Estados comunitarios la mano de obra inmigrada ha ido en aumento y en no pocas ocasiones, el crecimiento económico ha dependido de ella por causas puramente demográficas en los países de destino. Sirviendo de ejemplo el caso español, los extranjeros empadronados en los municipios españoles han pasado de 637.085 en enero de 1998, a 5.220.577 en enero de 2008, produciéndose la afluencia de inmigrantes en los años de mayor crecimiento económico y cuando la propia demografía española planteaba ya dificultades para aportar los activos al mercado laboral que ese crecimiento económico demandaba.

La actual situación de crisis económica al parecer está de todos modos cambiando tal tendencia habiendo ya provocado el retorno de miles de inmigrantes a sus países de origen en búsqueda de trabajo, situación especialmente notoria en el caso español, desde donde en la actualidad no solo se está produciendo la vuelta de muchos inmigrantes ante la escasa demanda de mano de obra, sino que además, en no pocas ocasiones muchos inmigrantes jóvenes y titulados están ya buscando una oportunidad profesional tanto en Estados europeos con mayor índice de desarrollo económico así como en Estados en pleno desarrollo económico y demandantes de mano de obra (sobre todo titulada) como sería el caso de ibero América.

Las fronteras exteriores de la Unión son atravesadas trescientos millones de veces anualmente, de los cuáles, aproximadamente ciento cuarenta millones de cruces corresponden a ciudadanos extracomunitarios; de éstos, setenta millones cruzan la frontera sin requerir visado para la entrada en la Unión, mientras otros 80 millones si que requieren un visado de corta duración para efectuar su entrada. Es destacable el hecho de que más de la mitad de los inmigrantes irregulares efectuaron su entrada en la Unión de manera regular, convirtiéndose posteriormente en irregulares al prolongar su estancia por un periodo de tiempo mayor al que tenían permitido, (téngase en cuenta que son anualmente aprehendidos unos quinientos mil inmigrantes irregulares, de los que finalmente se expulsa en torno al 40%). A todo ello se añade el hecho de que en los controles fronterizos es denegada de media la entrada a unas trescientas mil personas que no cuentan con la documentación necesaria al momento de efectuar su entrada en la territorio comunitario.

Resulta paradójico el hecho de que el fenómeno migratorio conforma una política europea compartida entre la Unión y sus Estados miembros, sin embargo la política desarrollada por las instituciones comunitarias resulta de mínimos y básicamente procura que los Estados miembros coordinen sus propias políticas.

Antes de nada comenzaré por definir el concepto de inmigrante irregular como aquel sujeto que viola las normas comunitarias que disciplinan la entrada, el tránsito y la residencia de los ciudadanos de terceros Estados en el territorio de un Estado miembro. Ante dicho fenómeno la normativa comunitaria se encarga de regular situaciones que pueden presentar multitud de caracteres diversos, como puede ser a modo de ejemplo la entrada clandestina en el territorio comunitario por medio de documentos falsos o falsificados.

Este modo de entrada en territorio comunitario frecuentemente es posible o favorecida por la actividad de redes criminales de carácter organizado que operan a fin de obtener con su actuación bien un beneficio económico bien la victimación de los inmigrantes a través de la trata de seres humanos. Como hemos vivido, el aumento de la inmigración hacia occidente la llevado aparejado el desarrollo de un mercado de flujos ilegales de ciudadanos de terceros países hacia los Estados de la Unión, principalmente de inmigrantes que son ayudados a cruzar las fronteras por estos traficantes de seres humanos.

Resulta así vital la importancia de diferenciar el fenómeno de organización y favorecimiento de la inmigración ilegal del ámbito de la trata internacional de seres humanos destinados, sin haber prestado el propio consentimiento, a su explotación económica y sexual. En el ámbito del tráfico de seres humanos, la trata destaca por presentar una estructura sustancialmente diferente al fenómeno de la inmigración ilegal propiamente dicha, siendo por ello necesario el establecimiento de una normativa particular para cada uno de estos distintos fenómenos delictivos.

Por su parte la residencia irregular comprende varias situaciones:

- a) de ciudadanos de terceros países que continúen en el territorio de un Estado miembro más allá del periodo de residencia autorizado;
- b) de ciudadanos de terceros Estados que llevan a cabo una actividad laboral no autorizada en el visado;
- c) de ciudadanos de terceros Estados que residan irregularmente cuando han efectuado la correspondiente demanda de asilo y la misma no ha sido aceptada;
- d) y finalmente el caso de los ciudadanos de terceros Estados detenidos en las fronteras.

II. LAS MEDIDAS EN MATERIA DE INMIGRACIÓN IRREGULAR ADOPTADAS EN EL ÁMBITO COMUNITARIO²

A continuación veremos las medidas que se han venido desarrollando progresivamente en lo que respecta a la lucha contra la inmigración irregular y las formas de delincuencia que la misma prospecta dentro del ámbito comunitario. La apertura que supuso la creación del mercado común primero, unido después a una progresiva ampliación que las libertades de circulación de personas, ha supuesto además de una serie de beneficios para la circulación de los factores económicos y el desarrollo comunitario como una unión económica, la posterior creación de una unidad política.

La unidad y la experiencia de nuevo orden europeo en el contexto internacional, ha demostrado junto a la consecución de sus objetivos, la demostración de sus lagunas y de sus defectos más peligrosos. No es menospreciable efectuar una reflexión acerca de como las bondades de dicho sistema que, propugnadas como dogmas de unidad, paz, libertad, concordia y eficiencia económica, se han erigido al mismo tiempo en el embrión perfecto de una vasta amalgama de Estados en los que las redes internacionales de delincuencia han hallado un destino favorito para el desarrollo de sus actividades delictivas. Resulta por tanto paradójico el hecho de como un sistema creado en un primer término con fines comerciales y de progreso económico, ha supuesto de la misma manera no sólo una dificultad añadida a la perseguibilidad de la inmigración clandestina, sino también un lugar en ciertos sentidos próspero para la delincuencia organizada.

La Unión Europea conforma hoy día un amplio mercado demandante tanto de bienes y servicios lícitos como ilícitos. Debido a ello, los Estados comunitarios han tenido que ir efectuando un proceso continuo de adaptación al nuevo contexto, iniciado por las primeras experiencias de control y libertad de fronteras a nivel intergubernamental, para implantarlas y mejorarlas posteriormente ya en el ámbito de la Unión política.

Podemos presumir de haber obtenido la consecución de un espacio de libertad, seguridad y justicia cada vez más perfecto dotado de una oficina de policía propia a nivel de la Unión (Europol) e incluso de un sistema de cooperación y asistencia judicial (Eurojust), pero no por ello debe olvidarse el largo trayecto andado desde la adopción de

² CELLAMARE, Giovanni., «Le misure in materia di immigrazione irregolare e di rimpatrio degli immigranti in condizione irregolare», en: «La disciplina dell'immigrazione nell'Unione Europea», Turín., 2006, págs. 189 a 246.

las primeras acciones gubernamentales a través de organismos como el denominado Grupo de Trevi o los Acuerdos de Schengen sobre apertura de fronteras, ello sin menospreciar el innumerable sucederse de Consejos, decisiones marco, recomendaciones, directivas, reglamentos y acciones de carácter armonizador.

Dicho esto, analicemos la política en materia de inmigración irregular que se ha venido desarrollando en el seno de la comunidad, para posteriormente exponer mas detenidamente la forma en que la configuración del espacio de libertad, seguridad y justicia ha venido siendo afectado por amenazas como la trata de persona o la inmigración ilegal.

Como veremos, la repatriación puede ser tanto forzosa como voluntaria. Normalmente se recurre a la forma voluntaria por razones de índole humanitaria y técnico-administrativas. Bien sabemos que el Consejo cuenta con la competencia general para adoptar normas sobre la materia, interpretación que ha sido tomada por la Comisión del «Libro verde» para la política de repatriación de las personas que permanecen ilegalmente en los Estados miembros.

Esta norma fue la base de las Directivas 2001/40/CE³, y 2003/110 sobre asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea, así como la Decisión 2004/573 de 29 de abril de 2004 sobre la organización de vuelos conjuntos para la expulsión de ciudadanos de terceros países ilegalmente presentes en el territorio de dos o más Estados miembros.

Ello supuso la base jurídica para la estipulación de acuerdos de readmisión entre la Comunidad Europea y terceros Estados, o para la introducción de cláusulas de readmisión en acuerdos de cooperación o de asociación con terceros países. Téngase en cuenta que la conexión entre repatriación y readmisión es evidente si atendemos al hecho de que las medidas de repatriación dependen de la cooperación de los países de origen o de tránsito de las personas expulsadas. Igualmente la competencia comunitaria a concluir acuerdos de readmisión es concurrente con la de los Estados quienes están obligados a concluir sus acuerdos de readmisión en forma congruente con los princi-

³ 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 (DO L 149 de 2.6.2001, pág. 34/36). Pretende uniformizar el reconocimiento de las decisiones que cualquiera de los Estados dicte al respecto, sea por la comisión de un delito, sea porque no reúne los requisitos de entrada y residencia de extranjeros, etc. Sin embargo aunque la misma sea relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión, la misma no hace obligatorio tal reconocimiento.

pios y objetivos perseguidos por el derecho comunitario, prevaleciendo siempre los acuerdos firmados por la Unión sobre los estatales.

Al respecto recordemos el Protocolo n. 21⁴ sobre la posición de Reino Unido e Irlanda, según el cual en ausencia de la notificación prevista en el artículo 3, para la participación en la adopción y aplicación de las medidas propuestas, o su artículo 4, concerniente a la aceptación de las medidas adoptadas; los acuerdos de readmisión de que sea parte la Unión no serán por tanto obligatorios para tales Estados. Ambos Estados han notificado su voluntad de participar en la adopción y aplicación de las decisiones relativas a la conclusión de algunos acuerdos de readmisión.

A continuación y antes de comenzar a analizar las medidas encaminadas a la lucha contra la inmigración irregular, señalo brevemente la incidencia de las convenciones internacionales celebradas fuera del ámbito comunitario en relación esta problemática, refiriéndome también entre otras cosas a la distinta tipificación normativa que efectúa el derecho de la Unión con respecto al tráfico ilegal de inmigrantes y a la trata de seres humanos.

1. Incidencia sobre la disciplina de la lucha contra la inmigración ilegal de las convenciones internacionales adoptadas fuera del ámbito de la Unión Europea

La inmigración ilegal favorecida y organizada por parte de estructuras criminales que operan en el ámbito internacional, no puede ser combatida solamente a través de disposiciones que incidan asiladamente sobre el aspecto migratorio, ya que en dicha materia cuentan con un gran peso, junto a la normativa emanada al respecto, las medidas de carácter preventivo y represivo penales y de policía relativas al ámbito intergubernamental.

En este sector y en el pasado se vinieron llevando a cabo una serie de convenciones internacionales que constituyeron para los Estados de la Unión el punto de partida para la cooperación en la lucha contra las diversas formas de criminalidad transnacional. Entre las primeras experiencias en la materia destacaron algunas como la Convención del 4 de mayo de 1910 sobre la supresión del tráfico de esclavos blancos (*Revista di diritto internazionale*, 1924, pág. 445 ss.), la Convención

⁴ Protocolo (n.º 21). Sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia (DOUE núm. 306, de 17 de diciembre de 2007).

del 30 de septiembre de 1921 sobre la supresión del tráfico de mujeres y niños (*in Société des Nations, Recueil des Traités e des Engagements internationaux enregistrés par le Secretariat de la Société des Nations, vol. 9, pág. 415 ss.*), o la Convención de la Organización Internacional del Trabajo n.182 sobre la prohibición e inmediata eliminación de las formas más graves de trabajo en menores.

Fueron también importantes dos Protocolos adicionales a la Convención de las Naciones Unidas contra la criminalidad organizada transnacional concernientes a la lucha contra el tráfico de inmigrantes por vía terrestre, marítima y aérea y contra la prevención, represión y punición de la trata de personas, actos abiertos a la firma en la Conferencia internacional de Palermo del 12 al 15 de diciembre de 2000.

Estos protocolos supusieron un complemento a la Convención, y han sido interpretados conforme a ella. El primero de ellos se encargó de criminalizar la conducta que se sustancia al procurar o organizar, aunque sea mediante instrucciones de un tercero, la entrada ilegal en un Estado de una persona que no cuenta con la nacionalidad de tal Estado o del correspondiente permiso para residir, y ello a fin de obtener un beneficio económico u otras ventajas materiales en modo directo o indirecto. Se incluyó además el principio de la no perseguibilidad penal del inmigrante por el solo hecho de ser objeto del tráfico. El segundo Protocolo se encargó de criminalizar una serie de conductas: el reclutamiento, transporte, transferencia, acogida de una persona mediante el empleo o la amenaza de empleo de la fuerza u otros medios coercitivos, el uso de medios fraudulentos, engañosos o el abuso de poder o de una posición de vulnerabilidad, el aprovechamiento de la prostitución de otros u otras formas de beneficio sexual, el trabajo forzado o las prestaciones forzadas, la esclavitud o prácticas análogas, la extracción de órganos, etc. Ambos recogían igualmente varias normas de tutela de las víctimas de tales conductas.

Estos actos han incidido sobre la actividad normativa de la Unión en la materia, orientando su contenido hacia la tipificación sustancial de los diversos tipos criminales, hacia la armonización de tales definiciones y de las sanciones penales aplicadas a ellas sobre todo a la trata. De este modo la Convención institutiva de la Oficina Europea de Policía (Europol)⁵ le atribuyó la competencia a desarrollar indagaciones sobre criminalidad organizada, como son la organización clandestina de inmigración y la trata de seres humanos (comprendiendo someter a una persona al poder real o ilegal de otras personas a través

⁵ Convención suscrita en Bruselas el 25 de junio de 1996.

de la violencia o amenazas o abusando de una relación de autoridad o mediante diversas maniobras para dedicarse al disfrute de la prostitución ajena, a formas de disfrute y de violencia sexual también de menores o al comercio relacionado con el abandono de niños).

La incidencia de los Protocolos de Palermo sobre la actividad de la Unión resulta de la impostación seguida en la materia en las Conclusiones del Consejo europeo de Sevilla del 21 y 22 de junio de 2002, y del Consejo sobre Justicia y asuntos internos del 13 de junio de 2002, sobre los desarrollos de la Comisión en la propuesta de decisión cuadro sobre la lucha contra el tráfico de seres humanos que se presentó en diciembre de 2000, pocos días después de la apertura a la firma de los Protocolos mencionados. La conexión se observa sobre todo en la definición del disfrute de mano de obra y sexual, y en la previsión de penas aplicables en las formas de favorecimiento, complicidad, tentativa de la trata, etc.

2. La distinta tipificación normativa del derecho de la Unión Europea al tráfico ilegal de inmigrantes y a la trata de seres humanos

Las medidas contra el tráfico clandestino de inmigrantes y la trata de seres humanos adoptadas en el ámbito de la Unión Europea tienden a individuar de modo preciso las características de ambas subespecies criminales a fin de evitar confusiones entre ambas aunque, en la práctica éstas puedan sobreponerse o resultar conexas. Se atiende por tanto no a la condición irregular del ciudadano de un tercer Estado siendo a las características estructurales de la subespecie criminal considerada, sobre la relación subsistente entre traficante e inmigrante en modo de determinar la medida idónea para contrastar eficazmente cada subespecie y las sanciones a aplicar a los culpables. Para la Comisión el tráfico ilegal es caracterizado por la existencia de un interés recíproco del traficante y de la persona objeto del tráfico, en cambio la trata presupone el disfrute y da lugar a una lesión de los derechos humanos de las víctimas del tráfico⁶.

En el tráfico ilícito, el precio que paga el inmigrante irregular es la fuente de ingresos para la delincuencia no manteniéndose por tanto una relación duradera entre delincuente e inmigrante una vez que éste ha llegado a su destino. Sin embargo para efectuar una buena

⁶ La resolución del Consejo 2003/C, califica la trata como una actual forma de esclavitud, prohibida junto al trabajo forzado y a la trata del artículo 5 por de la Carta de derechos fundamentales de la Unión.

diferenciación de ambas conductas delictivas atenderemos a tres características esenciales y diferenciadoras: 1. **Consentimiento:** El tráfico ilícito aunque sea llevado a cabo en condiciones peligrosas o degradantes destaca por el hecho de que las víctimas prestan su consentimiento, a diferencia de la trata que por el contrario nunca han consentido o de hacerlo inicialmente, el mismo se efectuó bajo coacción, engaño o abuso posterior por parte de los traficantes. 2. **Explotación:** El tráfico ilícito finaliza con la llegada al destino de los inmigrantes mientras la trata implica la explotación persistente y a posteriori de las víctimas. 3. **Transnacionalidad:** El tráfico ilícito siempre es de carácter transnacional mientras que la trata no requiere serlo pudiendo tener lugar con independencia del traslado o no de las víctimas a otro Estado.

Según la ONU, la trata de personas sobre todo en el ámbito de la explotación con fines de prostitución ha pasado a ser un lucrativo negocio que mueve entre 5 y 7 millones de dólares anuales y que afecta a más de 4 millones de personas, controladas por mafias y en condiciones de semiesclavitud sufriendo extorsiones, amenazas privación de libertad y dependiendo fuertemente de tales organizaciones criminales al temer denunciar su situación por miedo a su integridad física o para no poner en peligro su vida, así como la de sus familiares residentes en los países de origen, además de temer a la expulsión del Estado comunitario en que se hallen. Según parece más de cien mil personas al año acaban siendo víctimas de la trata de seres humanos dentro del territorio de la Unión Europea, cuyo origen procede en más de dos tercios de los propios Estados miembros⁷.

Las redes criminales lo que pretenden es el beneficio económico y su maximización, funcionan como una organización jerarquizada utilizando la violencia e igualmente la corrupción policial y judicial, destacando su alto grado de profesionalización y llevando a cabo al mismo tiempo varias actividades (tráfico de personas, de armas, de drogas, etc.) aprovechándose de las situaciones de pobreza, los conflictos bélicos y civiles, la destrucción ambiental, etc., situaciones instrumentalizadas a fin de traficar con las víctimas de las mismas mediante la facilitación de transporte, alojamiento, documentación falsa, etc. Destacan por su complejidad siendo ineficiente la mera in-

⁷ En concreto aquellos Estados miembros de reciente adhesión Balcanes y Este de Europa, aunque también proceden de países como Colombia, Filipinas, Ecuador, República Dominicana, Tailandia, Guinea, Nigeria, Sierra Leona, Cabo Verde y el Sudeste Asiático) cuyo destino son Alemania, Holanda, Bélgica, Suiza, Italia y España.

tervención penal y policial proliferando gracias al aumento de la demanda en el mercado del sexo, a una regulación jurídica poco efectiva, a la existencia de personas para traficar, a la fragmentación de responsabilidades y continua renovación, a su modernización continua y a su internacionalización en expansión constante.

La investigación de esta forma criminal y de las organizaciones que se aprovechan de ella se viene efectuando desde tres frentes: Investigación reactiva (que supone investigar a las víctimas), investigación preactiva (originada por la filtración de información comprometedora relativa a tales redes) y la investigación para la desarticulación (papel llevado a cabo por la actuación policial).

Este fenómeno delictivo no puede calificarse como delito aislado sino como proceso que comienza a través de la captación o raptó de la víctima, continuando con su traslado a otro Estado y su entrada irregular en su territorio. Posteriormente se produce una fase de explotación en la que la víctima es sometida a una servidumbre laboral o de índole sexual. Junto a ello la organización criminal puede al mismo tiempo efectuar el blanqueo del dinero producto del delito y la evasión fiscal⁸. En multitud de ocasiones junto a la trata se llevan a cabo otros actos criminales como el contrabando de armas o drogas, aumentando el tipo de delitos en función de la complejidad de las actividades de las organizaciones involucradas⁹.

Con anterioridad a la reforma introducida por el Tratado de Lisboa, pero a modo clarificativo la antigua decisión marco de 19 de julio

⁸ El GAFI, Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el lavado de activos es la institución de mayor importancia en la cooperación internacional contra el blanqueo de capitales, fundado en la Cumbre del D/ de París de 1989 y operando bajo la estructura de la OCDE. Se encarga de revelar las formas de lavado de dinero, efectuar recomendaciones políticas para mejorar las medidas contra el blanqueo y fomentar su aplicación en todo el mundo.

⁹ Fue la ONU quien advirtió de la insuficiencia de la penalización de la trata de personas y de los delitos conexos con el fin de disuadir a las organizaciones criminales siendo necesaria la adopción de medidas que impidan además a los delincuentes sacar provecho a sus delitos debiendo entre otras cosas asegurar que los Estados de la Unión cuenten con regímenes que prevean la identificación, embargo preventivo incautación y el decomiso de los fondos y bienes adquiridos de manera ilícita. Destaca en la materia el Convenio de 1990 relativo al lavado, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito del Consejo de Europa. Además son de vital importancia los mecanismos de cooperación internacional de modo que los Estados puedan hacer efectivas órdenes extranjeras de embargo preventivo y decomiso. En cuanto a los delitos conexos suelen ser la violación o agresión sexual, lesiones corporales, prostitución forzada, aborto forzado, tortura, secuestro, trato inhumano cruel o degradante, lesiones corporales, matrimonio forzado, explotación laboral o esclavitud, corrupción, retención de documentación, etc.

de 2002¹⁰ mencionaba la grave violación de los derechos y de la dignidad del hombre que comporta la trata de seres humanos, indicando los elementos constitutivos de esta modalidad criminal (haciéndolos comunes a todos los Estados miembros) que sobre todo supone la sumisión, disfrute y lesión de los derechos individuales de las personas objetos de la trata (artículos 1 y 2). Por su parte e igualmente la antigua decisión marco de 28 de noviembre de 2002¹¹ sobre el refuerzo del cuadro penal para la represión del favorecimiento de la entrada, la circulación y la estancia ilegal, afirma la exigencia de combatir tal acción en cuanto a causa de violación de las normas sobre el paso de las fronteras, y de alimentación de las redes de disfrute de seres humanos.

Estos actos dirigidos al espacio de libertad, seguridad y justicia junto con las orientaciones convergentes de los Estados miembros en la lucha contra este tipo de criminalidad, también en la política exterior común, constituyeron el punto a partir del cual prospectar el hecho del que la organización criminal del tráfico de personas venga de manera progresiva a delinearse como una forma criminal lesiva no sólo de los intereses de los Estados destinatarios de este tráfico sino también de la propia Unión. En dicho sentido se ha venido desarrollando, (primero proyectada por el fallido Tratado Constitucional y posteriormente por el Tratado de Lisboa) una política común en el sector informada por el principio de solidaridad y de equitativo reparto de la responsabilidad entre los Estados miembros, ello también en lo que respecta al plano financiero.

3. Medidas aplicables a los transportistas previstas por el acervo de Schengen y por las directivas comunitarias

Entre las medidas contra la inmigración irregular ya el artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 1985, indica a las partes contrayentes a prever en sus respectivos ordenamiento reglas que impongan a los transportistas de viajeros a título profesional sea por vía aérea, marítima o terrestre por medio de un contrato, la obligación de tomar a propio cargo al extranjero al que fuera re-

¹⁰ Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo de 19 de julio de 2002 relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, en vigor desde el 1 de agosto de 2002, (DO L 203 de 1.8.2002).

¹¹ Decisión Marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares, en vigor desde el 5 de diciembre de 2002, (DO L 328 de 05.12.02).

chazada la entrada en el territorio de una de las partes contrayentes, además de, a propuesta de la autoridad fronteriza, reconducir al sujeto al país tercero de procedencia, a aquel que haya expedido el documento de viaje o a otro Estado en que esté garantizada su admisión. Impone además a los transportistas la adopción de las medidas necesarias para corroborar si el extranjero posee los documentos de viaje requeridos para la entrada en el territorio de las partes firmantes, además de sanciones para aquellos que transporten, por vía aérea o marítima, personas de terceros países sin contar con los documentos de viaje pertinentes.

Medidas de tal naturaleza venían ya observándose en los ordenamientos de algunos Estados miembros con el fin de combatir la inmigración ilegal o evitar un uso abusivo del derecho de asilo. En el marco del Convenio de 1990 estas medidas formaron parte de las medidas de acompañamiento a la supresión de controles en las fronteras internas, siendo los controles estatales de las fronteras externas correlativamente reforzados por la obligación a cargo de los transportistas de reconducir a los extranjeros transportados, que resulten desprovistos de la documentación requerida para su entrada.

Tales medidas contestadas en el pasado sobre todo por las compañías aéreas, son además orientadas en el sentido de prevenir para los transportistas el riesgo de ser expuestos a la solicitud de reconducción y/o a las sanciones aplicables por los propios Estados por violación de las pertinentes normas migratorias. No puede en tal sentido afirmarse el hecho de que estas medidas en realidad hubieran supuesto una transmisión del ejercicio de funciones propias de los Estados sobre sujetos privados (los transportistas), ya que los Estados ejercitan tales funciones al momento de la entrada de los extranjeros.

Para complementar al artículo 26¹² del Convenio de 1990, la Directiva 2001/51¹³ prevé que los Estados miembros deban adoptar disposiciones que garanticen la obligación de reconducción incluso en los casos en que la entrada sea negada a un ciudadano de un tercer Estado cuando el transportista que debía haberlo portado de vuelta a su país de origen se niegue a embarcarlo¹⁴. El artículo 27 del Conve-

¹² España ha asegurado esta norma Schengen en su legislación sobre extranjeros a través de la LO 4/2000, reformada por la LO 8/200 y a su vez por la LO 14/2003.

¹³ Esta Directiva fue matizada respecto a los transportista aéreos y en relación a la comunicación de las personas que transportan mediante la Directiva del Consejo 2004/82 de 29 de abril de 2004, la cual fue adoptada a iniciativa de España.

¹⁴ Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 1990 (*DO L 187 de 10.7.2001, pág. 45/46*). La Directiva se encuentra

nio de Schengen por su parte recoge además la obligación del Estado de proceder a sancionar al transportista (o a cualquier otra persona) que con fines lucrativos ayude o intente ayudar a un extranjero de forma ilegal.

Además los transportistas según el mandato de este artículo han de cerciorarse que el extranjero transportado posee los documentos de viaje exigidos para la entrada en el territorio de los países contratantes; en el entendimiento de que se equipara a la ausencia de documentación la utilización de burdas falsificaciones o la usurpación manifiesta.

La directiva obliga a los transportistas a que devuelvan a los extranjeros no documentados al lugar de procedencia, aunque el Estado de destino le denegare la entrada proveyéndose también la adopción de normas internas que obliguen a los transportistas que no se hallen en situación de proveer el retorno del inmigrante en cuestión, a encontrar un medio idóneo a tal fin, encargándose de los gastos correspondientes e incluso, en supuestos de imposibilidad inmediata al reenvío al país de origen, a soportar también los gastos de estancia del extranjero.

La misma también incidió sobre la armonización de las legislaciones estatales en el sector del control a las fronteras externas y de la lucha contra la inmigración clandestina al fijar unos importes máximos y mínimos a las sanciones pecuniarias aplicables a los transportistas a fin de que las mismas resulten disuasivas, eficaces y proporcionales. Los Estados además deben contar por su parte con medios de impugnación accionables por parte de los transportistas objeto de un proceso sancionador. Junto a todo ello y según dicta el artículo 5 de la directiva, lo expuesto no perjudica la adopción de sanciones de diversa naturaleza por parte de los Estados miembros.

A completar este régimen resulta destacable la Directiva 2004/82¹⁵ sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos relativos a las personas transportadas. La directiva fue adoptada a iniciativa de España y sin el dictamen preceptivo del Parlamento Europeo; prevé la obligación de transmitir a las autoridades nacionales compe-

entre los actos dirigidos a controlar la inmigración clandestina, siendo fundamental para tal fin que todos los Estados adopten normativas sobre la obligación de control a los transportistas de ciudadanos de terceros Estados en el territorio de los Estados miembros, debiendo armonizar en lo que sea posible las sanciones pecuniarias.

¹⁵ Directiva 2004/82/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas (DO L 261 de 6.8.2004).

tentes y antes del inicio del viaje, los datos relativos a las personas transportadas, proveyéndose igualmente sanciones en caso en que los transportistas por error no hubieran transmitido los datos, o cuando los mismos resultaran incompletos o falsos, siendo en tales supuestos aplicables las sanciones.

4. El trato especial dispensado por la normativa comunitaria a las víctimas de la trata de seres humanos o que hayan sido objeto de acción de ayuda a la inmigración ilegal

La Directiva 2004/81/CE¹⁶ del Consejo relativa a la expedición de un permiso de residencia a los nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o que hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes, complementa lo dispuesto en la Directiva 2002/90/CE¹⁷ y en la ya derogada Decisión Marco 2002/629/JAI.

La Directiva 2002/90/CE facilitó una definición común del concepto de «ayuda a la inmigración clandestina» fijando los casos en que los países de la UE deben adoptar sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para dichas infracciones que son los que siguen:

- Ayudar de forma intencionada a una persona no nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste vulnerando así la legislación del Estado en cuestión.
- Ayudar de forma intencionada y con ánimo de lucro a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a permanecer en el territorio de un Estado, vulnerando con ello la legislación del Estado en cuestión.
- Incitar o ayudar a cometer los actos descritos anteriormente o intentar cometerlos.

Sin embargo cuando la infracción mencionada en primer lugar se lleve a cabo con el fin de prestar ayuda humanitaria, los Estados miembros no estarán obligados a imponer sanciones. El germen de

¹⁶ Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes. (*DO L 261 de 6.8.2004*).

¹⁷ Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (*DO L 328 de 5.12.2002*).

esta directiva fue una iniciativa de la República Francesa para la adopción de una Decisión marco del Consejo destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada y a la estancia irregulares, en virtud de la cual fue adoptada la Decisión Marco 2002/946/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.

Por su parte la Directiva 2004/81/CE fija la posibilidad de que las víctimas de la inmigración ilegal, es decir, aquellas que son explotadas en el país de destino por empleadores o personas sin escrúpulos o en su país de origen por traficantes de seres humanos, y que no se atreven a denunciar su situación por temor a ser expulsados, obtengan un permiso de residencia de corta duración.

Se encargó de diseñar los medios para incentivar la colaboración de las víctimas de delitos de trata de personas o de inmigración ilegal con la justicia de los Estados miembros, los cuáles deberán conceder un permiso especial de residencia por un periodo de seis meses, prorrogables por igual periodo en el caso de las primeras, pudiendo hacerlo en el caso de las segundas.

Para poder ser beneficiario de este tipo de permiso, es otorgado un periodo de reflexión (el cual es determinado por cada una de las legislaciones nacionales de los Estados miembros) destinado a decidir si se coopera con las autoridades competentes y durante el cual no se llevará a cabo ninguna medida de expulsión. Durante este periodo de tiempo las víctimas deben disfrutar de un nivel de vida que les de garantía de subsistencia así como del acceso al tratamiento médico de urgencia.

A las autoridades nacionales competentes en cada caso compete valorar la utilidad de la presencia de la víctima, su voluntad de colaboración y la ruptura de todo vínculo con los presuntos autores de las infracciones. Cuando se cumplan dichas condiciones y a reserva del orden público y de la seguridad interior, se otorgará el permiso de residencia de corta duración a la víctima, el cual también podrá ser supeditado cuando así lo estime el Estado miembro, a que el beneficiario lleve a cabo programas de reinserción orientados a la mejor integración en el país de recepción o a favorecer el regreso al país de procedencia.

La revocación de este permiso puede tener lugar en el caso en que el beneficiario reanude las relaciones que tenía con los presuntos autores de los hechos; si se considera que la cooperación es fraudulenta o infundada, o si la víctima abandona la cooperación; también cuan-

do así lo aconsejen fundadas razones de orden público o seguridad interior, o cuando las autoridades competentes decidan desistir de la acción.

La concesión del permiso de residencia, otorgado como contrapartida de una cooperación efectiva con las autoridades, implica al beneficiario sin recursos la recepción de asistencia médica que le garantice la subsistencia; además de ser necesario le es aplicado el derecho común de protección de testigos. A los Estados miembros corresponde determinar las condiciones y procedimientos para autorizar al titular del permiso el acceso al mercado laboral, a la formación profesional y a la educación. Junto a esto los Estados tendrán que tomar en consideración las condiciones de algunas categorías de personas más débiles como sería el caso de las mujeres embarazadas, los minusválidos, las víctimas de violaciones u otras formas de violencia, etc. El régimen previsto en la normativa comunitaria es de mínimos ante lo cual cada Estado puede conceder un régimen más favorable al mismo. En el caso de la finalización del permiso ello daría lugar a la aplicación del régimen común de extranjería.

Además de las legislaciones internas de los Estados miembros, son tomados en consideración algunos Convenios internacionales realizados en el marco de las Naciones Unidas, como son el Convenio de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional¹⁸, así como el Protocolo adicional para prevenir, reprimir y sancionar la trata de seres humanos, especialmente de mujeres y niños¹⁹, y el Protocolo contra el tráfico ilícito de emigrantes por tierra, aire y mar²⁰.

La Directiva se apoya en la definición de la Comisión Europea sobre el término «víctima», según la cual, las víctimas sujetos de este posible derecho a obtener un permiso de residencia temporal son los adultos (o eventualmente los menores que respondan a ciertas condiciones definidas por el derecho interno) nacionales de terceros países que hayan sufrido perjuicio directamente causado por un comportamiento incluido en la ayuda a la inmigración ilegal o la trata de seres humanos. Además la Comisión ya fijaba adicionalmente tres condiciones: la presencia de la víctima debe ser necesaria para las autoridades del Estado, la misma debe haber roto sus vínculos con las perso-

¹⁸ Abierto a la firma el 15 de noviembre de 2000, siendo firmado por la propia Unión Europea y por los Estados miembros; España lo ratificó el 1 de marzo de 2002.

¹⁹ Firmado igualmente el 15 de noviembre de 2000, siendo ratificado por España en la misma fecha que el Tratado principal.

²⁰ Firmado igualmente el 15 de noviembre de 2000, siendo ratificado por España en la misma fecha que el Tratado principal.

nas contra las que se persigan y además, debe cooperar de forma voluntaria.

- A. El trato especial dispensado por el ordenamiento jurídico español a las víctimas de la trata de seres humanos o que hayan sido objeto de acción de ayuda a la inmigración ilegal

Por su parte el ordenamiento jurídico español contempla en conformidad con la normativa comunitaria, un trato de favor a los extranjeros que hayan sido víctimas del tráfico ilegal, incluida la trata de personas, siempre y cuando colaboren con las autoridades contra las redes organizadas. El artículo 59.1 de la Ley de Extranjería 2/2009²¹ se refiere a la cooperación o delación de los inmigrantes que hayan sido víctimas, perjudicados o testigos de un acto de tráfico ilegal de seres humanos, de inmigración ilegal, de tráfico ilegal de trabajadores, o de explotación en la prostitución, no serán sancionados administrativamente ni expulsados del país si denuncian a los autores o colaboradores de dicho tráfico; o cooperan con los funcionarios competentes, proporcionando datos esenciales y testificando en el correspondiente proceso²².

En estos supuestos el instructor del expediente sancionador contra el extranjero víctima que colabora con la justicia podrá promover al órgano competente la exención de la responsabilidad y la no expulsión del país (art. 59.2). Durante el periodo de cooperación la administración proporcionará a la persona extranjera asistencia jurídica y social sin perjuicio de los medios de protección que pueda acordar el juez de instrucción, Por su parte el Ministerio Fiscal puede recomendar la inejecución de una expulsión ya decretada a la autoridad administrativa, o en caso de haber sido ya ejecutada, y de ser necesaria para la realización del proceso, podrá solicitar la acción de regreso de la persona extranjera.

²¹ Anteriormente Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, modificada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre; por la LO 11/2003, de 29 de septiembre; por la LO 14/2003, de 20 de noviembre; por la LO 2/2009, de 11 de diciembre; por la LO 10/2011, de 27 de julio; por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril y por la Sentencia 17/2013, de 31 de enero, del Tribunal Constitucional.

²² Tengamos en cuenta que dicho mecanismo es de difícil aplicación cuando la persona en cuestión no puede documentarse al haber sido despojada de pasaporte por parte de las organizaciones criminales y cuando los órganos consulares no faciliten nueva documentación.

He de añadir al respecto que en nuestro ordenamiento jurídico se prevén tipos específicos para sancionar además de la explotación del inmigrante en el ámbito laboral o sexual, también las conductas de mero tráfico o favorecimiento del mismo dirigido a la explotación. En Derecho penal español destaca el artículo 318 bis 2 CP²³ en lo que se refiere al tráfico sexual para la explotación y el artículo 313.1 CP²⁴ para el tráfico orientado a la explotación laboral. El tipo penal del artículo 318 bis del CP fue introducido por la Disposición Final 3.^a de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ley posteriormente reformada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre, con la cual se convierte en delito todo comportamiento que de alguna manera contribuya al tráfico de personas desde, en tránsito, o con destino a España. El número 1 del artículo 318 Bis no exige el ánimo de lucro cuya concurrencia da lugar a un tipo agravado, el número 3 del art. 318 bis.

El precepto vino reformado por la LO 11/2003 de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, que llevó a cabo una reforma de cierto calado sobre todo con la finalidad de adaptar nuestro ordenamiento a las exigencias derivadas de la normativa de la Unión Europea dictada en la materia, siendo incrementadas las penas en la conductas de tráfico ilegal de personas. Otra reforma del mismo se produjo mediante la LO 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, añadiendo un inciso dentro del tipo básico para castigar la inmigración con destino a otro país de la Unión,

El artículo 318 bis del Código penal fue nuevamente objeto de reforma mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

²³ La explotación sexual misma, esto es, el determinar a una persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella mediante violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de necesidad o superioridad o vulnerabilidad de la víctima, se sanciona en el artículo 188.1 CP, el art. 318 bis surge a consecuencia de la posición de la comunidad internacional la cual ha ido tomando conciencia (a través de diversos instrumentos internacionales adoptados en el seno de las Naciones Unidas, seguidos de cerca por otros de la Unión Europea y del Consejo de Europa) de la necesidad de criminalizar la conducta misma de facilitación de la inmigración ilegal con el propósito de obtener un beneficio económico, con independencia de que se persiga o no un fin ulterior de explotación.

²⁴ La explotación laboral del trabajador extranjero se sanciona en el artículo 312 del Código Penal que tipifica el abuso de trabajadores extranjeros, entendido como la imposición de condiciones ilegales de trabajo y de seguridad social.

Destaca el hecho de coexistir dos técnicas de tipificación agravada de la comisión de delitos a través de una asociación criminal que conciernen a las conductas de tráfico y trata de personas:

a) La primera se trata de una agravante de la pena recogida en el artículo 318 bis 5 CP, por comisión del delito perteneciendo a una organización criminal aunque la misma fuera de carácter transitorio, dedicada a tales actividades. Este epígrafe supone un tipo agravado con respecto al resto de los tipos agravados, suponiendo la aplicación de penas superiores en grado a las previstas en los apartados 1 a 4 así como la de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena. Se distingue igualmente a efectos de pena entre el simple miembro y el que tiene funciones directivas dentro de la organización.

b) La segunda técnica prevé en los artículos 515 y ss. CP un tipo penal independiente en la Parte Especial con el fin de sancionar la pertenencia a una organización criminal, cuya pena por la comisión de este delito es diferente atendiendo al grado de intervención del imputado en el grupo. Los artículos 517 y 518 por su parte castigan las conductas de fundación, dirección y presidencia por un lado; y la de ser miembro activo por otro. También penalizan las conductas de favorecimiento de la fundación, organización o actividad de tales asociaciones a través de ayudas económicas o de cualquier clase. El tipo agravado lo recoge el artículo 521 y concurre cuando el reo fuera autoridad pública, agente de la misma o funcionario público señalando de manera adicional penas de inhabilitación absoluta.

El ordenamiento español contiene asimismo una cláusula de exención de responsabilidad administrativa recogida en el artículo 59 de la LO 4/2000 donde evita la expulsión al extranjero que haya cruzado la frontera española o no haya cumplido con su obligación de declarar la entrada y se encuentre por tanto irregularmente en España por haber sido víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad; siempre y cuando el mismo denuncie ante las autoridades competentes a los autores o cooperadores de dicho tráfico, o cuando coopere y colabore con los funcionarios competentes en materia de extranjería, proporcionándoles datos esenciales o testificando, en su caso, en el pertinente proceso contra tales autores.

En estos casos al extranjero exento de responsabilidad administrativa se le podrá facilitar el retorno a su país de procedencia, o la es-

tancia y residencia en España, así como un permiso de trabajo y otras facilidades para su integración social.

Teniendo en cuenta el régimen de protección de la víctima testigo, la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 23 de noviembre de 1995 relativa a la protección de testigos en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada internacional invitó a los Estados miembros a efectuar una defensa adecuada y efectiva del testigo, antes, durante y después del proceso si así lo estiman necesario las autoridades competentes, de oficio o a petición del mismo y contra cualquier forma de amenaza, presión o intimidación directa o indirecta.

Fuera del ámbito institucional europeo nació la Declaración de Bruselas sobre la prevención y la lucha contra la trata de personas²⁵, que supuso un importante paso contra la trata de personas, en el sentido de promover más profundamente la cooperación europea e internacional en tal ámbito (su Recomendación número 2 animaba a la Comisión Europea a crear un grupo de expertos integrado por representantes de los gobiernos, organizaciones intergubernamentales, organizaciones no gubernamentales, órganos investigadores e internacionales, etc.). En otro orden la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa, OSCE, publicó un manual práctico sobre la forma de diseñar y poner en marcha formas sostenibles de lucha contra la trata de personas y de prestación de apoyo a las víctimas²⁶.

Si nos fijamos en los ordenamientos internos de los Estados del espacio de Schengen encontramos diversas regulaciones, así en el caso de Italia, su artículo 18 de la Ley de inmigración ofrece un permiso de residencia temporal (que permite el acceso a los servicios de asistencia, educación o al mercado laboral y de seis meses de validez pudiendo renovarse 1 año más de ser necesario) a las víctimas de la trata con fin de otorgarles la oportunidad de escapar de la violencia e influencia de la organización criminal, participando además en un programa de asistencia y reinserción social. La protección se ofrece tanto si la víctima quiere testificar como no primando su protección. En Alemania por su parte, se puede dar a las víctimas de la trata un plazo de reflexión para decidir sobre su testificación o no, que nor-

²⁵ Fruto de la Conferencia Europea sobre la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos: un reto mundial para el siglo XXI del año 2002, que aglutinó a representantes de los Estados miembros de la Unión así como a países en proceso de adhesión y candidatos, incluidos terceros Estados y organizaciones internacionales intergubernamentales y no gubernamentales.

²⁶ «Nacional Referral Mechanisms: Joining Efforts to Protect the Rights of Trafficked Persons», en: <http://www.osce.org/documents/odihr/2004/05/2903>.

malmente es de cuatro semanas pudiendo prorrogarse hasta los tres meses. Si la víctima decide testificar el permiso se le otorgará hasta que testifique, en caso contrario la víctima debe abandonar el país. En el caso de los Países Bajos, fue aprobado un Plan de Acción de lucha contra la trata de personas, concediendo a las víctimas que vayan a testificar la posibilidad de permanecer en su territorio con un permiso de residencia temporal cuya validez abarcará el periodo de investigación y hasta el fin del juicio; posteriormente la víctima interesada puede solicitar permiso de residencia permanente por razones humanitarias, o por el contrario, abandonar el país.

Lo cierto es que no resulta sencillo que las víctimas de la trata acudan a la autoridades y menos aún que las mismas testifiquen, ello debido a multitud de causas entre las cuáles se hallan el miedo a las represalias por parte de los delincuentes, el temor al rechazo por parte de su familia y de la sociedad al volver a su país de origen, el trauma, la vergüenza, la necesidad, etc. A pesar de ello es obvio que el papel de los testigos y de las pruebas que faciliten en los procesos penales resulten decisivos para la condena de los delincuentes, ante lo cual el artículo 24 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada establece el deber de los Estados parte a adoptar medidas adecuadas en conformidad a sus posibilidades, con el fin de proteger eficazmente a los testigos partícipes en las actuaciones penales²⁷.

6. Medidas en materia de expulsión y repatriación²⁸

La Comisión en el Libro verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales de 10 de abril de 2001²⁹, sostuvo la necesidad de fijar normas comunes a fin de establecer un tratamiento adecuado e uniforme de las personas residentes de manera ilegalmente al objeto de definir las medidas que pongan fin a tal estancia, independientemente del Estado miembro que las lleve a cabo.

²⁷ Las medidas de testigos pueden comprender la reubicación, el cambio de identidad, los escoltas policiales, la asistencia social y financiera, etc. Además contemplarán la protección de las personas cercanas a los testigos como son sus familiares o los funcionarios de organizaciones no gubernamentales que les sirvan de apoyo a las víctimas las cuáles pueden ver igualmente diezmada su seguridad; también a las personas que efectúen la labor de investigación hasta que sea evidente que no van a ser llamadas a testificar.

²⁸ CHUECA SANCHO, Ángel G., GUTIÉRREZ CASTILLO, Víctor Luis, BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, Irene, «Las migraciones internacionales en el Mediterráneo y Unión Europea», Ed. Huygens, 2009.

²⁹ COM(2002) 175 final.

La Directiva 2001/40/CE se centró el reconocimiento y la ejecución de las decisiones administrativas de retorno adoptadas por las autoridades administrativas de un Estado miembro, frente a los ciudadanos de terceros Estados que se encuentren en territorio comunitario. Esta directiva no busca la formación de un estándar normativo en el procedimiento de retorno, aunque es difícil asegurar que la misma fije una mayor eficacia en la ejecución de las decisiones de expulsión de ciudadanos de terceros Estados al verse limitada al favorecimiento de la cooperación entre los Estados miembros en materia de reconocimiento de tales decisiones

En ella el Consejo dicta los casos en los que procede aceptar la expulsión, excluyendo expresamente en el tercer párrafo de su artículo primero a los familiares de los ciudadanos comunitarios que ejerzan su derecho de libre circulación; tales casos son los siguientes:

a) Cuando el nacional de un tercer país es objeto de una decisión de expulsión basada en una amenaza grave y actual para el orden público o la seguridad nacional y adoptada en los casos siguientes:

- Condena del nacional de un tercer país por el Estado miembro autor a causa de una infracción sancionable con una pena privativa de libertad de al menos un año.*
- Existencia de sospechas fundadas de que el nacional de un tercer país ha cometido hechos punibles graves o existencia de indicios reales de que tiene la intención de cometer tales hechos en el territorio de un Estado miembro.*

Sin perjuicio del apartado 2 del artículo 25 del Convenio de Schengen, si el interesado fuera titular de un permiso de residencia expedido por el Estado miembro de ejecución o por otro Estado miembro, el primero consultará al Estado miembro autor y al Estado que haya expedido el permiso. La existencia de una decisión de expulsión adoptada conforme a la presente letra permitirá retirar dicho permiso, siempre que la legislación nacional del Estado que haya expedido el permiso lo autorice.

b) Cuando el nacional de un tercer país fuera objeto de una decisión de expulsión basada en el incumplimiento de las normas nacionales sobre entrada o residencia de extranjeros.

En los dos casos contemplados en las letras a) y b), la decisión de expulsión no deberá ser revocada ni suspendida por el Estado miembro autor. Esta directiva se hizo tomando como base una iniciativa presentada por la República Francesa, que también planteó otra iniciativa para la adopción de una Directiva del Consejo relativa a la ar-

monización de las sanciones pecuniarias impuestas a los transportistas que trasladen al territorio de los Estados miembros a nacionales de terceros países desprovistos de los documentos requeridos para su admisión³⁰.

Funcional a esta directiva fue la Decisión 2004/191³¹, aplicable a las decisiones de retorno justificadas por la violación de normativas nacionales sobre entrada y estancia de extranjeros, así como en los casos de grave y actual amenaza para el orden público y seguridad nacional, aplicable cuando concurra: Condena del nacional de un tercer país por el Estado miembro autor con una pena privativa de libertad de al menos un año o; existencia de sospechas fundadas de que el nacional de un tercer país ha cometido hechos punibles graves o existencia de indicios reales que tiene la intención de cometer tales hechos en el territorio de un Estado miembro. En tal caso si el interesado posee permiso de residencia expedido por el Estado miembro de ejecución o por otro Estado miembro, la existencia de una decisión de expulsión adoptada conforme a tales supuestos permite la retirada de tal permiso siempre que lo autorice la legislación del Estado expendedor.

A completar este marco normativo resulta oportuna la Directiva 2003/86/CE de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar cuyo artículo 17 en vista de un eventual retorno del residente o de sus familiares, dispone el que los Estados tengan en cuenta la solidez y naturaleza de los vínculos familiares, la duración de la estancia así como la existencia de lazos familiares, culturales o sociales con el país de origen. Por su parte el artículo 12 de la Directiva 2003/109/CE³² entiende la prestación de cierta tutela contra el retorno de los ciudadanos de terceros Estados residentes de larga duración en consideración la duración de la estancia, la edad de la

³⁰ La iniciativa francesa culminó en la Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001 (DOUE L 149 de 2 de junio de 2002), por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985. La presente directiva tiene por objeto luchar contra la inmigración ilegal, estableciendo una armonización de las sanciones pecuniarias previstas por los países de la Unión Europea (UE) en caso de violación de las obligaciones que incumben a los transportistas.

³¹ Decisión del Consejo, de 23 de febrero de 2004, por la que se establecen los criterios y modalidades prácticas para la compensación de los desequilibrios financieros resultantes de la aplicación de la Directiva 2001/40/CE relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de los nacionales de terceros países.

³² Modificada por la Directiva 2011/51/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2011 con el fin de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional.

persona en cuestión y los efectos del retorno para la misma y para sus familiares, observando además los vínculos creados con el país de residencia, así como ausencia de los mismos con el país de origen e igualmente el hecho de si el interesado es susceptible de protección humanitaria.

La misma directiva impone además su actuación por parte de los Estados miembros atendiendo al respeto de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales, debiendo los Estados asegurarse de que los instrumentos internacionales pertinentes en la materia no obstaculicen la ejecución de las decisiones de retorno o expulsión, teniendo en cuenta la situación de la persona interesada.

En la actualidad la Directiva 2008/115/CE³³ ha venido a sustituir a los artículos 23 y 24 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 1990, destacando en lo que nos atañe sus artículos 6, 7, 8 y 9.

En el pasado y según el artículo 23 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 1990 dictaba los principios generales reguladores del retorno de los ciudadanos de terceros Estados que eran recogidos por el artículo 23 del Convenio de Schengen de 1990 según el cual, el extranjero que no cumpliera con las condiciones de estancia de breve duración aplicables en el territorio de una de las Partes contratantes, deberá abandonar el territorio de las Partes. Igualmente dictaba que el extranjero poseedor de un permiso o autorización de residencia provisional en vigor expedido por otra Parte contratante, deberá dirigirse sin demora al territorio de la misma.

La expulsión del extranjero en cuestión se llevaba a cabo cuando el mismo no abandonara de forma voluntaria el territorio o se presumiera que no lo iba a hacer; se procedía del mismo modo cuando fuera necesaria su inmediata salida por razones de seguridad nacional o de orden público³⁴, pudiendo efectuarse la misma desde el territorio de ese Estado al país de origen o a cualquier otro Estado que acepte su admisión, atendiendo sobre todo a los acuerdos de readmisión suscritos por las Partes contratantes.

³³ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

³⁴ En tales supuestos la expulsión se efectuará conforme a las condiciones previstas por el derecho nacional de tal Estado parte. Cuando la expulsión no se prevea en tal ordenamiento, e Estado interesado puede admitir que el extranjero permanezca en su propio territorio.

En los supuestos en que el ciudadano de un tercer país en cuestión, debía abandonar un Estado miembro distinto al que le había expedido el correspondiente título de residencia, fuera el mismo de breve o de larga duración, se tomaba en consideración el tipo de permiso poseído por el interesado y asimismo las características comprensivas del sistema de Schengen, fundado sobre el control de las fronteras externas efectuado de forma fiduciaria por cada una de las Partes contratantes en nombre de las otras. En supuestos de posesión de un permiso de estancia de corta duración, cada uno de los Estados podía poner fin a la residencia del extranjero, pudiendo hacerse la expulsión desde el territorio de ese Estado al país de origen del extranjero o a cualquier otro Estado donde sea posible su admisión, teniendo en cuenta los acuerdos de readmisión suscritos por las Partes contratantes.

Por el contrario cuando el extranjero en cuestión poseía un documento de residencia de larga duración, se daba la posibilidad de que residiera en otro Estado distinto al que había efectuado la expedición de este documento; la ratio del artículo 23.2 del Convenio, permitía al segundo Estado y cuando la estancia de tal persona en el mismo se prolongara por más de tres meses, a enviarle de vuelta al territorio de la otra parte contratante, quedando como exclusiva la competencia de ésta última la retirada o no de la autorización de residencia.

Por su parte el artículo 96 del Convenio al indicar las causas que fundamentan las decisiones nacionales para la inclusión en el Sistema de Información de Schengen a ciudadanos de terceros Estados sigue de cerca al artículo 23, al dictar que estas decisiones penden fundarse sobre la circunstancia de que dichas personas constituyan una amenaza para el orden público y la seguridad nacional, en concreto cuando el extranjero fuera condenado a una pena privativa de libertad superior a un año o haya cometido o subsistan indicios para que cometa los delitos mencionados en el artículo 71 del mismo Convenio. Tales decisiones pueden basarse también en el hecho de que el extranjero haya sido objeto de una medida de alejamiento, devolución o expulsión que no haya sido revocada ni suspendida y que vaya acompañada de una de una prohibición de entrada o, en su caso, de residencia, basada en el incumplimiento de las legislaciones nacionales sobre la entrada o a la residencia de extranjeros.

Como puede observarse existe una preferencia por la repatriación de carácter voluntaria, preferencia que luego fue confirmada en algunos actos del Consejo como la decisión GAI 97/340, dirigida a la armonización de legislaciones estatales en materia de repatriación vo-

luntaria; o en acciones comunes dirigidas a favorecer la adopción de proyectos estatales de repatriación voluntaria en sectores específicos como fue el caso de la antigua acción común 97/477/JAI.

El artículo 6 «Decisión de retorno» de la directiva 2008/115/CE, otorga la facultad a los Estados miembros a dictar una decisión de retorno contra el nacional de un tercer Estado que se halle en situación irregular en su territorio, fijando además una serie de excepciones. En primer lugar se les podrá exigir el retorno inmediato al territorio de otro Estado miembro cuando tales ciudadanos de terceros países posean permiso de residencia válido u otra autorización expedida por tal Estado, y en virtud del cual posea un derecho de estancia. En segundo lugar, los Estados miembros podrán conceder a un nacional de un tercer país en situación irregular, y por razones humanitarias o de otro tipo, un permiso de residencia u otra autorización que le otorgue un derecho de estancia, no expidiéndose en tal caso una decisión de retorno³⁵. En tercer lugar el Estado miembro puede abstenerse de dictar una decisión de retorno cuando el nacional de un tercer país en situación irregular tenga pendiente un procedimiento de renovación del permiso de residencia u otra autorización que le otorgue derecho de estancia.

Sin embargo existe un respeto al ámbito de la legislación nacional siempre que se respeten las garantías procedimentales del derecho comunitario y nacional, al dejar opción a los Estados a adoptar una decisión sobre la finalización de la situación regular, unida a una decisión de retorno y/o expulsión y/o a una prohibición de entrada en una única decisión de índole administrativa o judicial.

La salida voluntaria la regula el artículo 7 de la directiva, según el cual la decisión de retorno otorgará un plazo de entre 7 y 30 días de duración (aunque el mismo no excluye la posibilidad de una salida anticipada) para efectuar la salida, pudiendo los Estados disponer en su ordenamiento interno que dicho plazo sea concedido solamente a instancia de nacional de un tercer país interesado, caso en el cual deberán informar de tal posibilidad. El plazo puede prorrogarse cuando sea necesario y por un tiempo prudencial atendiendo a diversas circunstancias como la existencia de niños escolarizados o de otros vínculos familiares y sociales, pudiendo además durante el plazo de salida voluntaria imponerse medidas que eviten el riesgo de fuga tales como la obligación de permanecer en un lugar determinado, el depó-

³⁵ En caso de haberse dictado la misma será revocada o se suspenderá mientras dure la autorización o permiso de estancia.

sito de una fianza adecuada, la retención de documentos o la obligación de presentarse periódicamente a las autoridades.

Existe la posibilidad de no conceder un plazo para la salida voluntaria o de que el mismo fuera inferior a siete días en casos de riesgo de fuga, de desestimación de solicitud de permanencia legal por infundada o fraudulenta, o cuando la persona en cuestión suponga un riesgo para la seguridad nacional, la seguridad pública o el orden público.

El artículo 8 por su parte se encarga de la expulsión, teniendo los Estados miembros el deber de cumplir la decisión de retorno cuando no fuera concedido un plazo para la salida voluntaria o cuando la misma no sea llevada a cabo en el plazo concedido al efecto, pudiendo cuando el mismo expire hacer cumplir la decisión de retorno. Deben controlar de forma eficaz el retorno y cuando los utilicen medidas de carácter coercitivo para efectuar la expulsión en los casos en que el nacional de un tercer país se oponga a la misma, se exige que las mismas resulten proporcionadas y razonables, aplicándose conforme a los derechos fundamentales y a la legislación nacional³⁶. La expulsión podrá ser aplazada durante un periodo de tiempo atendiendo a los motivos que recoge el artículo 9 de la directiva, como son entre otros las razones de carácter técnico, o el estado físico o mental del nacional del Estado tercero.

Las garantías procesales se recogen en los artículos 12 a 14. El artículo 12 exige que tanto las decisiones de retorno como las de prohibición de entrada, y las decisiones de expulsión e expidan por escrito consignando los fundamentos de hecho y de derecho, así como información sobre las vías de recurso de que se dispone. En su tercer párrafo recoge una forma simplificada para quienes entraron ilegalmente en el territorio de un Estado miembro y no obtuvieron autorización o derecho a permanecer en él, en la cual, la notificación de las decisiones de retorno se efectuará mediante un formulario normalizado según disponga la legislación nacional.

Las vías de recurso son encuadradas en el artículo 13 que obliga a los Estados miembros a la concesión de vías de recurso efectivo contra las decisiones relacionadas con el retorno, el cual no se exige que deba efectuarse sólo ante órganos judiciales, cabiendo del mismo modo los recursos ante una autoridad administrativa u órgano com-

³⁶ Las expulsiones efectuadas por vía aérea tomará en cuenta las Directrices comunes sobre las normas de seguridad en las expulsiones conjuntas por vía aérea anejas a la Decisión 2004/573/CE de 29 de abril de 2004 (DOUE L 261 06.08.2004), decisión que fue aprobada a iniciativa de Italia.

petente. Según el tercer párrafo del artículo 13, el nacional de un tercer país afectado podrá tener asesoramiento jurídico, representación y, en su caso, asistencia lingüística. El párrafo cuarto fija que la asistencia y/o representación jurídica necesaria sea concedida previa solicitud del interesado y de forma gratuita en conformidad a la legislación nacional pertinente o a las normas relativas a la asistencia jurídica gratuita.

El artículo 14 de la directiva nos habla de las garantías a la espera del retorno, plazo en el cual los nacionales de terceros países disfrutarán de asistencia sanitaria de urgencia y tratamiento básico de enfermedades, acceso a la enseñanza en el caso de menores y según la duración de su estancia, atendiendo igualmente a las necesidades especiales de las personas vulnerables y al mantenimiento de la unidad familiar con los miembros de la familia presentes en su territorio.

Es previsto el internamiento de los nacionales de terceros países, objeto de procedimientos de retorno; internamiento que atenderá a la gestión del retorno o la ejecución de un proceso de expulsión, sobre todo en los supuestos en que exista un riesgo de fuga o cuando el nacional del tercer país dificulte la preparación en tales procesos³⁷. Este internamiento podrá ser decidido tanto por las autoridades administrativas como judiciales³⁸.

Puede darse el caso de internamientos inefectivos, cuando se trate de extranjero inexpulsables, esto se da en casos en que haya desaparecido la causa de la expulsión de la persona afectada por el internamiento, caso en el cual tal situación dejará de estar justificada teniendo como consecuencia la inmediata liberación de la persona afectada. La revisión de la medida de internamiento se revisará a intervalos razonables cuando sea solicitado por el afectado, o de oficio, siendo

³⁷ Artículo 15 de la Directiva 2008/115/CE.

³⁸ En relación a esto, el profesor Ángel G. CHUECA SANCHO opina que esta norma actúa en contra de los derechos humanos de los extranjeros, al haberse desjudicializado el internamiento, cosa que podría traer consigo una inseguridad jurídica en los mismos. El segundo párrafo del artículo 15 de la Directiva trata de atenuar esta desjudicialización al establecer que cuando el internamiento fuera ordenado por autoridad administrativa, los Estados miembros deberán disponer el control judicial rápido para comprobar la legalidad del internamiento que deberá decidirse lo más rápidamente posible, o concederán al afectado el derecho a incoar un procedimiento para que se someta a control judicial rápido la legalidad de su internamiento. En caso de resultar ilegal el internamiento, el afectado será liberado de inmediato. CHUECA SANCHO defiende el hecho de que toda persona víctima de un internamiento en condiciones contrarias al artículo 5,5.º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, tendrá derecho a una reparación, produciéndose en éste caso una violación clara del mismo Convenio por parte de los Estados miembros, obligados a su cumplimiento.

sometida a supervisión de autoridad judicial sólo en los casos de plazos de internamientos prologados.

El internamiento será por el menor tiempo posible, debiendo cada Estado fijar un periodo limitado para el mismo que no podrá ser superior a seis meses³⁹, plazo que podrá ampliarse en doce meses más cuando el Estado haya llevado a cabo todos los esfuerzos razonables para efectuar la operación de expulsión y siempre y cuando la prolongación se lleve a cabo de acuerdo a la legislación nacional. La medida se puede prolongar por falta de cooperación del extranjero o por demora en la obtención de la documentación que deban expedir los países.

El internamiento deberá llevarse a cabo en centros especializados, pero en los casos en que el Estado en cuestión no le sea posible proporcionar alojamiento en los mismos, podrá hacerlo en centros penitenciarios, eso sí, separado al nacional de un tercer país del resto de presos ordinarios. El afectado contará con el derecho a contactar con sus representantes legales, los miembros de su familia y las autoridades consulares pertinentes⁴⁰.

Es previsto en forma de último recurso el internamiento de los menores no acompañados y de las familias con menores, debiendo este supuesto llevarse a cabo por el menor tiempo posible, tiempo que fijará la autoridad estatal competente. Se prevé el alojamiento separado de las familias, la posibilidad de que los menores accedan a la educación, al juego y a las actividades recreativas, etc.

La expulsión conllevará siempre aparejada la pena accesoria de impedir la entrada del citado inmigrante en un periodo de cinco años, a toda la Unión Europea. Para efectuar la Directiva fue previsto un Fondo Europeo para el Retorno para el periodo 2008-2013 como parte del Programa general «Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios» adoptado por la Decisión n.º 575/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de mayo de 2007⁴¹. Esta Decisión fue derogada por el Reglamento 516/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014, por el que se crea el Fondo de Asilo,

³⁹ Artículo 15. 5.º de la Directiva.

⁴⁰ Artículo 16.2 de la Directiva. La posibilidad de contactar con las autoridades consulares de su estado de origen se cimienta en el artículo 36 de la Convención de Viena de 1963 sobre relaciones consulares (actualmente todos los Estados de la Unión son partes de la misma). El cuarto párrafo del mismo artículo prevé la visita de las organizaciones internacionales y no gubernamentales, visita sujeta a previa autorización.

⁴¹ DOUE L 144, de 6 de junio de 2007, págs. 45 y ss.

Migración e Integración y por el que entre otras cosas, se modifica la Decisión 2008/381/CE del Consejo.

Finalmente destacar la Decisión 2004/573 de 29 de abril de 2004, aprobada a iniciativa italiana y relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que haya recaído una resolución de expulsión.

7. Las acciones contra el empleo de inmigrantes en situación irregular

La Unión pretende además llevar a cabo una lucha contra el empleo de inmigrantes irregulares, debido al nexo causal existente entre la oferta de inmigrantes dispuestos a formar parte de los flujos migratorios irregulares, y la demanda de trabajadores que los empresarios de los estados miembros tienen para acceder a actividades económicas no declaradas y de gran rentabilidad, Según la Comunicación de la Comisión (2004) 412 tal demanda que supone un factor de atracción para la inmigración, de modo que tales empleadores actuarían de este modo como factor incitador de la inmigración irregular.

El desarrollo de este tipo de actividades y de forma de empleo ocasiona además efectos colaterales de diversa índole como son; la alteración de las condiciones de libre competencia en el mercado interior, reduciendo de manera clandestina los costes sociales y disminuyendo el nivel de protección de los empleados, aumentando su vulnerabilidad y siendo al tiempo defraudada la administración Estatal.

La acción comunitaria se venía encuadrando principalmente en la Recomendación del Consejo de 27 de septiembre de 1996, sobre el empleo ilegal de nacionales de terceros países (DOCEC 304 de 14 de octubre de 1996), la cual carecía de efectos jurídicos vinculantes. La recomendación aconsejaba la imposición de sanciones penales y administrativas a los empleadores y a quienes favoreciesen o promoviesen el empleo irregular. Como complemento a estas sanciones se pretendía la adopción de medidas relativas a la integración de los trabajadores legalmente autorizados, incidiendo en la necesidad de prohibir la contratación irregular.

Sin embargo la cuestión continúa latente debido a la dudosa eficacia de las recomendaciones. En la Comunicación de la Comisión sobre una política común de inmigración ilegal, se hace hincapié en que la posibilidad de poder acceder a una actividad económica no decla-

rada puede percibirse como uno de los factores de atracción más importantes de los potenciales emigrantes, sin que la apertura de nuevos canales legales pueda observarse como la solución a la inmigración ilegal.

Se propone por tanto que los empleadores de trabajadores irregulares no puedan conseguir beneficio de las ventajas competitivas que obtienen y por tanto, que las ganancias que obtengan fueran objeto de sanción efectiva que reduzca la atracción financiera del empleo ilegal incluyendo la posibilidad de sufragar los gastos aparejados a la expulsión del trabajador, incluyendo los de su estancia hasta su expulsión. La comisión piensa que mediante tales acciones podría ser disminuido el interés de promoción y aprovechamiento de la inmigración ilegal.

Por ello la Comisión insistió a los Estados en asegurar que el riesgo para quien realice este tipo de actividades empresariales no compense los beneficios que pueda obtener. Para llevar a cabo estas medidas la Comisión propuso en mayo de 2007 una directiva orientada a sancionar a los empresarios que empleen a nacionales de terceros Estados en situación irregular (COM (2007) 249 final de 16 de mayo de 2007) para lo cual prevé el cumplimiento diligente de una serie de obligaciones por parte de los empresarios cuya infracción pudiera dar lugar a sanciones económicas, incluyendo el pago de los gastos del retorno del inmigrante irregular o de otro tipo; como su exclusión de la recepción de ayudas públicas o la participación en licitaciones públicas durante un máximo de cinco años.

III. LA UTILIDAD DE LOS ACUERDOS Y CLÁUSULAS DE READMISIÓN EN LA LUCHA CONTRA EL FENÓMENO MIGRATORIO IRREGULAR⁴²

El Consejo europeo ha venido poniendo su atención en multitud de ocasiones sobre el nexo existente entre el retorno de quienes residen ilegalmente en el territorio comunitario y la cooperación con los países de origen, y de tránsito, de tales personas. Se trata de una cooperación de índole administrativa entre Estados de salida y Estados de recepción, siendo la misma necesaria con el fin de obtener documentos de viaje o de identidad de inmigrantes ilegales no identificados.

⁴² Para ampliar información véase: OLESTI RAYO, Andreu, «La acción de la Unión Europea contra la inmigración irregular», en: VLEX, 2009, págs. 41 a 66.

Hasta la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam y como consecuencia a la configuración de la política de inmigración como un ámbito de interés común de los Estados miembros, la Comunidad carecía de competencia para celebrar acuerdos de readmisión con terceros Estados, siendo únicamente los Estados miembros quienes por su parte contaban con la competencia concreta para llevar a cabo las medidas oportunas en el ámbito de la lucha contra la inmigración, la estancia y el trabajo irregulares de nacionales de los terceros Estados en el territorio de los Estados miembros.

Sin embargo en algunas ocasiones los procedimientos administrativos de algunos Estados de recepción han supuesto un efecto ralentizador a la hora de determinar la nacionalidad o la individualización de la identidad de sus propios ciudadanos sitos en otros Estados, pudiendo darse el caso de que algunos Estados interpusiera obstáculos a la realización del deber de readmisión de sus propios ciudadanos, previsto como una norma de derecho consuetudinario. En dicho sentido el TJCE ha precisado que tal principio del derecho internacional impide que Estados nieguen a sus propios ciudadanos la entrada y residencia en su propio territorio.

Hoy en día y debido al aumento de los flujos migratorios, y en tal ámbito, del fenómeno de la inmigración irregular, ello ha supuesto a su vez un aumento de los acuerdos que, dejando a un lado el principio de readmisión, disciplinan el procedimiento para asegurar la misma, suponiendo igualmente la aplicación de la admisión en tránsito, eso sí, recordando que la existencia de buenas relaciones de vecindad entre Estados limítrofes facilita la formación de una norma consuetudinaria que prevea para los Estados de procedencia o de tránsito de los ciudadanos de terceros países en situación irregular, la obligación de readmitirles o, respectivamente, de consentirles el paso una vez efectuada la expulsión por parte de otro Estado.

Estos acuerdos o cláusulas además de resultar funcionales para la cooperación en materia de readmisión o de tránsito, sirven para el establecimiento de una cierta coherencia en tal disciplina, al venir considerados los instrumentos de la política de repatriación de la Unión y los componentes de la acción de la misma en sus relaciones externas con los Estados.

Tengamos en cuenta que la previsión de reglas comunes en la materia podría ser más fácilmente perseguida a través de un enfoque multilateral, ya que aunque resulte en la práctica más simple llevar a cabo acuerdos de carácter bilateral, el ámbito multilateral podría evitar el riesgo de una dispersión disciplinar; la adopción de normas

comunes incidiría a su vez sobre el cumplimiento de las obligaciones por parte de los terceros países, sobre todo si son recogidas en una acción comunitaria.

Sin embargo los Estados miembros de la Unión han venido estipulando entre ellos acuerdos de readmisión ya desde los años inmediatamente sucesivos a la institución de las Comunidades europeas, periodo caracterizado por los controles en las fronteras internas y por la limitada aplicación de la libre circulación de trabajadores dependientes y de otras categorías de personas tomadas en consideración por la actividad económica llevada a cabo. Junto a las disposiciones concernientes a la readmisión de ciudadanos de las partes contratantes, estos acuerdos contenían cláusulas que disciplinaban la readmisión de los ciudadanos de terceros Estados ya legalmente residentes en el territorio del Estado miembro solicitante, con exclusión de aquellos que simplemente hubieran transitado por el territorio de un Estado miembro.

Destacaron dentro de la disciplina sobre expulsión y con el fin de ir asentando unas líneas básicas y comunes en la materia los artículos 23.4⁴³ del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y 10 del Convenio de Dublín de 1990⁴⁴ que se erigieron como bases comunes y guía para el entonces Comitato ejecutivo de Schengen.

Tras la adopción del Tratado de Maastricht en 1994, los Estados miembros elaboraron además principios comunes cuya inclusión en los acuerdos de readmisión estipulados por tales fue recomendada en modo de favorecer una cierta armonización en la materia. Estos principios los recogió la recomendación del Consejo del 30 de noviembre de 1994, por la cual se fijaba un texto de acuerdo bilateral de readmisión estándar entre los Estados miembros y un tercer Estado; modelo que definía aquellos sujetos que entraban en la órbita de los acuerdos de readmisión distinguiendo entre la readmisión de los nacionales del Estado requerido, la readmisión de nacionales de terceros países y la readmisión de las personas que disponían de un visado o permiso de residencia expedido por una parte contratante. Igualmente tal modelo fijaba un plazo de 15

⁴³ Recordemos que el artículo 23 del Convenio de 1990 para la aplicación del Acuerdo de Schengen de 1995 fue modificado por la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

⁴⁴ El Convenio de Dublín es una ley de la Unión Europea con el objetivo de racionalizar los procesos de postulación de solicitantes de asilo de acuerdo a la Convención de Ginebra, intentando discernir cuál es el Estado miembro responsable por un postulante particular, asegurando al menos que un Estado miembro tramite la solicitud.

días para la contestación de las solicitudes de readmisión y un máximo de un año para poder presentar tales solicitudes.

A su vez se aludía a la obligación de las partes contratantes a autorizar el tránsito por su territorio a los nacionales de terceros países cuando la otra parte contratante lo solicitase y estuviese garantizada la admisión en otros posibles Estados de tránsito y en el Estado de destino. Este modelo de acuerdo de readmisión pretendía a su vez ser bastante escrupuloso con la protección de los datos personales de aquellos inmigrantes que debían ser readmitidos y por ello se fijaban una serie de cautelas en relación con la utilización de dichos datos, estipulando además que los gastos de transporte de las personas readmitidas debían correr a cargo de la parte requirente y también previó la posibilidad de surgimiento de dudas derivadas de la aplicación e interpretación del convenio y por ello propuso la creación de un comité de expertos compuesto por tres representantes de cada una de las partes.

Junto a este modelo de acuerdo de readmisión, el Consejo también aludió en una recomendación de 24 de julio de 1995, a los principios generales que debían seguirse al acto de la redacción de los protocolos sobre la actuación de los acuerdos de readmisión. El Consejo buscaba clarificar los problemas que podrían darse en la aplicación de los acuerdos de readmisión que concluyesen los Estados miembros, siendo su objetivo que tales principios se adjuntaran a modo de protocolo en todos los acuerdos de readmisión que se celebrasen con el objetivo de facilitar su aplicación.

Entre las cuestiones relativas a la aplicación se aludía a aspectos diversos como la existencia de formularios que fuesen comunes a las partes contratantes (pues ello facilitaría los trámites de readmisión), al procedimiento de readmisión acelerado que se debía seguir cuando una persona fuese detenida en zona fronteriza, al procedimiento escrito que se debía seguir cuando una persona no podía ser admitida o readmitida por el procedimiento acelerado, a los diferentes medios de establecimiento de la prueba o de la presunción de la nacionalidad, etc.

Dichas recomendaciones incidieron sobre las políticas pertinentes de los Estados miembros y sobre el contenido de los acuerdos bilaterales que estipularon los mismos, acuerdos que presentaron entre ellos puntos de contacto y analogías, ya que los Estados fueron tomando en cuenta los criterios recomendados por el Consejo adaptándolos a las propias exigencias.

Cuando el Tratado de Ámsterdam comunitarizó la política migratoria, fue atribuida a la Comunidad la competencia para celebrar acuerdos de readmisión con terceros Estados. Por su parte en las

conclusiones del Consejo Europeo extraordinario de Tampere celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999 se hizo especial hincapié en el hecho de que el fenómeno de la inmigración ilegal suponía uno de los principales problemas que afectaban a la realización del espacio sin fronteras, destacando la utilidad de la celebración de acuerdos de readmisión o la inserción de cláusulas modelo en los acuerdos que celebre la Comunidad con terceros Estados o con grupos de Estados; también se invitó al Consejo a dictar normas sobre readmisión interna, dirigidas a clarificar en el ámbito interno comunitario el Estado que debía readmitir a un sujeto que se encontrase de modo ilegal en el territorio de otro Estado miembro.

La celebración de tales acuerdos puede dar origen a multitud de problemas, ello debido a la posible negativa de los propios Estados de origen a readmitir a sus propios nacionales. Ante esta situación fue sugerido que fuera la propia Comunidad, en virtud de su peso político y económico internacional, quien celebrara estos acuerdos, por lo cual en el año 1999 el Comité de Representantes Permanentes (COREPER) sugirió al Consejo la adopción de la inclusión de un modelo de cláusula de readmisión en los acuerdos celebrados exclusivamente por la Comunidad, o por ésta y sus Estados miembros.

De este modo, el Consejo de justicia y asuntos internos de 2 de diciembre de 1999 fijó un modelo de cláusula de readmisión a insertar en los acuerdos comunitarios y en los acuerdos celebrados por la Comunidad Europea y sus Estados miembros con terceros países, fueran estos mixtos o bilaterales, proporcionando además indicaciones sobre la finalidad a perseguir mediante dicha cláusulas⁴⁵. Ha de observarse que la readmisión ahora ya no se limita a los acuerdos con Estados europeos; se amplía a todos los acuerdos que celebre la CE, sean o no sean Estados europeos las otras partes.

El Consejo ha ido delineando los criterios para la individualización de los terceros países con los cuáles llevar a cabo negociaciones en la materia siendo éstos diferenciados en tres tipos: a) Estados de los cuales deriva una presión migratoria sobre la Unión; b) Estados parte de acuerdos de cooperación o se asociación; c) Estados individualizados en consideración a la posición geográfica que ocupan, como es el caso de aquellos adyacentes a la Unión; d) Estados con los cuales la estipulación de acuerdos de readmisión se hubiera adjuntado a las relaciones bilaterales ya en acto con los Estados miembros. Sin embargo los criterios que fueron estipulándose a juicio de la Comisión resultaron poco

⁴⁵ Decisión 13409/99 en el ámbito de la cooperación para la prevención y la lucha contra la inmigración clandestina.

realistas ya que aunque esencialmente funcionales a los intereses de la Unión, no resultaban del todo idóneos para llevar a cabo un balance de intereses en las relaciones con los terceros países interesados.

La Comisión sugería conectar la materia en cuestión con las otras políticas de la Unión, línea que ya fue proyectada en los Consejos europeos de Tampere y de Laeken y afirmada en el Consejo europeo de Sevilla en el cual el Consejo señaló como objetivo de la Unión afrontar las causas subyacentes de la inmigración clandestina, indicando los instrumentos necesarios para la reducción del origen de tales causas y afirmando la urgencia y la necesidad de una evaluación sistemática sobre las relaciones con los terceros países que no cooperan en el ámbito de la lucha contra la inmigración ilegal, haciendo ello posible la adopción de medidas o la asunción de posiciones tanto en el ámbito de la política exterior y de seguridad común como en el de las otras políticas de la Unión.

El Libro Verde de abril de 2002 relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales pretende la cooperación con los Estados de origen y de tránsito en materia de retorno y readmisión. El éxito de la política de retorno «depende de la existencia de una cooperación rentable con los países de origen o de tránsito»

Al mismo tiempo la Comisión al entender como poco realista el hecho de que las solas medidas desarrolladas en materia de justicia y asuntos internos, (sector al que pertenece la disciplina de la readmisión), fueran compensadas por la obligación de readmisión asumida por parte de terceros países y al comprobar la complejidad de los acuerdos de readmisión, incidió a su vez en el hecho de que el contenido de los mismos debiera ser acompañado también de una cooperación de índole económica con los Estados interesados, cooperación que implica atacar a las causas subyacentes que provocan la migración de las personas pertenecientes a tales Estados.

La Comisión en su Comunicación de 3 de diciembre de 2002 también insistía en la readmisión de los extranjeros y los apátridas; profundizando en las ideas ya expuestas en abril de 2002 en el Libro Verde. Siguiendo con la misma idea, este documento indica que la Comisión puede ofrecer asistencia técnica y financiera para fomentar una mejor gestión de los flujos migratorios, de modo que, incluso cuando los fondos aportados por la UE a los Estados «para la mejor gestión de los flujos migratorios» no son lo suficientemente atractivos, la Unión debería ofrecer «otros tipos de incentivos complementarios».

En esta línea, el Consejo adoptó un reglamento institutivo de un programa de asistencia financiera y técnica a los países terceros en

materia de inmigración y asilo (AENEAS)⁴⁶, reglamento que siguió las indicaciones de la Comisión sobre la utilidad de incentivar a los Estados terceros con los que se vaya a concluir o se concluyan acuerdos de readmisión, delineando el cuadro jurídico de las ayudas de carácter financiero, técnicas y complementarias a los terceros países. Este reglamento se mantuvo en vigor hasta el año 2006 siendo posteriormente sustituido por el actual Reglamento 1905/2006⁴⁷ por el que se dicta un Instrumento de Financiación de la Cooperación al Desarrollo, que permanecería en vigor hasta el 31 de diciembre de 2013, según dicta su artículo 41⁴⁸.

Este reglamento se encargó de prolongar las actividades del programa AENEAS centrándose en proporcionar una ayuda específica y complementaria a los terceros países con el fin de apoyar los esfuerzos que han efectuado para garantizar una mejor gestión de los flujos migratorios. Se centra en estimular el vínculo entre migración y desarrollo, promover la migración laboral bien gestionada, luchar contra la inmigración ilegal y facilitar la readmisión de inmigrantes ilegales, proteger a los inmigrantes contra la explotación y la exclusión y apoyar la lucha contra el tráfico de seres humanos, así como el fomento del asilo, de la protección internacional y de la protección de las personas apátridas.

En conclusión puede afirmarse que la actuación de la Unión a la hora de concluir acuerdos sobre inmigración presenta dos tipos de variantes: Por un lado la estipulación de dichos acuerdos va conexas a la exigencia de individualizar y de eliminar las causas de la inmigración de los terceros Estados; en otras ocasiones se requiere el recurso a medidas orientadas a incentivar la conclusión de tales acuerdos y a incidir sobre aquellos Estados no predispuestos a la cooperación. Las normas sobre readmisión incluidas en los acuerdos de que es parte la Unión, presentan un contenido muy heterogéneo, lo cual es indicativo de las diferentes políticas en materia migratoria que ha llevado a cabo la Unión en sus relaciones con terceros países.

⁴⁶ Reglamento (CE) n.º 491/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2004, por el que se establece un programa de asistencia financiera y técnica a los terceros países en los ámbitos de la migración y el asilo (AENEAS) cuya validez finalizó el 31/12/2006.

⁴⁷ Reglamento (CE) n.º 1905/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, por el que se establece un Instrumento de Financiación de la Cooperación al Desarrollo.

⁴⁸ Véase al respecto: Reglamento (UE) n.º 127/2013 de la Comisión, de 13 de febrero de 2013, por el que se modifican los anexos I y II del Reglamento (CE) n.º 1905/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Instrumento de Financiación de la Cooperación al Desarrollo.

Sobre las características generales de los acuerdos de readmisión de los que es parte la Comunidad, y salvo algunas diferencias en su redacción, o que tengan en cuenta el estatus de Regiones administrativas especiales como es el caso de Hong Kong o Macao en la República Popular de China⁴⁹, los acuerdos con estos Estados así como los celebrados con otros países como Sri Lanka o con Albania, resultan muy similares entre sí, ello debido a que la Comisión llevó a cabo una hoja de ruta uniforme en su negociación.

Sin embargo también existen diferencias entre algunos de estos acuerdos; el 27 de Noviembre de 2002 firmaban la CE y la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China) un acuerdo sobre readmisión de residentes ilegales. Es el primer acuerdo de readmisión firmado por la Comunidad Europea; el preámbulo del acuerdo se refiere al Reglamento (CE) del Consejo 539/2001 sobre visados, que exime a los titulares de un pasaporte de Hong Kong de la obligación de tener un visado para entrar en territorio de los Estados miembros de la UE, para estancias de una duración inferior a tres meses. La firma del acuerdo con Hong Kong se vio facilitada tanto por el reducido número de inmigrantes irregulares que puede originar como por la concesión de la supresión del requisito del visado para los ciudadanos de esa Región Administrativa Especial. Tal acuerdo se distingue del celebrado por la Unión con Sri Lanka o Pakistán, para los cuáles no fue efectuada la concesión de la supresión del requisito del visado para los ciudadanos de estas regiones.

Otro ejemplo de acuerdo celebrado por la Comunidad es el de diciembre de 2002 por el que se establece una asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República de Chile, por otra a través del cual se establece «una asociación política y económica entre las partes, basada en la reciprocidad, el interés común y la profundización de sus relaciones en todos los ámbitos de su aplicación

En el artículo 46, 1.º, del acuerdo se dice que la Comunidad y Chile acuerdan cooperar para prevenir y controlar la inmigración ilegal. Desde esta perspectiva se regula la readmisión: Chile acuerda readmitir a sus nacionales en situación ilegal en territorio de un Estado

⁴⁹ Decisión 2004/424/CE del Consejo de 21 de abril de 2004 relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Región Administrativa Especial de Macao de la República Popular China sobre readmisión de residentes ilegales, y Decisión 2004/80/CE del Consejo de 17 de diciembre de 2003 relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China sobre readmisión de residentes ilegales.

miembro de la Unión, readmisión que se producirá a petición de este último y sin más formalidades. Por su parte los Estados miembros acordaron readmitir a sus nacionales en iguales condiciones, es decir, ilegalidad en la estancia, petición de Chile y sin más formalidades. Se trata ésta de una cláusula sólo válida para la readmisión de nacionales. Igualmente exige a las partes que proporcionen a sus nacionales documentos válidos de identidad. El acuerdo dejaba también la puerta abierta a futuros acuerdos de readmisión de nacionales de otros países y de apátridas.

De todos modos y en la práctica los tratados o acuerdos de readmisión suelen ser poco frecuentes, destacando sobre todo las dificultades que encuentra la Unión para celebrar por ejemplo un acuerdo de readmisión con Marruecos, acuerdo que España por su parte sí que llevó a cabo en 1992⁵⁰. En el ámbito euromediterráneo y en el cuadro de los tratados de asociación firmados por la Unión, destacan con Egipto, firmado el 25 de junio de 2001 y con Líbano, firmado el 17 de junio de 2002, dentro de los que se incluyen varias cláusulas en sus artículos 68, 69 y 70 donde surge el tema de la readmisión, cláusulas idénticas en ambos tratados. El artículo 68 señala que cada una de las partes acuerda readmitir a cualquiera de sus ciudadanos ilegalmente presente en el territorio de un Estado miembro, a petición por éste último y sin otras formalidades una vez haya determinado positivamente la situación ilegal de dichas personas.

Esta verdadera cláusula de readmisión incluida en ambos tratados, se completa por otras dos disposiciones dentro del mismo artículo: La que establece que las partes faciliten a sus ciudadanos documentos de identidad apropiados y la que fija que la obligación de readmisión es limitada a los ciudadanos nacionales de Egipto o de Líbano y de un Estado de la Unión. De tal manera dicha cláusula extiende sus efectos exclusivamente a los nacionales de las partes en ambos acuerdos. El artículo 69 contiene la previsión de que la cláusula del artículo 68 sea completada por acuerdos bilaterales con el fin de reglamentar las obligaciones específicas de las partes para la readmisión de sus nacionales, al tiempo que permite si las partes lo estimasen necesario, la inclusión de disposiciones sobre readmisión de nacionales de terceros Estados. Finalmente el artículo 70 de ambos acuerdos prevé que el respectivo Consejo de Asociación examine otros esfuerzos conjuntos que se puedan llevar a cabo para prevenir y controlar la inmigración ilegal.

⁵⁰ Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente.

IV. CONCLUSIONES

La Unión debe erigirse en la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de personas al resultar de ello una amenaza para su propia seguridad interna, y ante este problema vienen cooperando de forma estrecha y junto a los Estados miembros, tanto la Oficina Europea de policía Europol, como Eurojust, y Frontex así como fundaciones como UNICEF y otras organizaciones internacionales incluidas las no gubernamentales, buscando sobre todo el hecho de que la trata de seres humanos pase de ser una actividad de alta rentabilidad y bajo riesgo, a ser una ocupación de escasa rentabilidad y alto riesgo.

En 2003 fue creado un grupo de expertos encargado de asesorar a la Comisión en todas las cuestiones relativas a la trata de seres humanos por medio de la Decisión 2003/209/CE de la Comisión, de 25 marzo 2003. La Decisión 2011/502/UE⁵¹ de la Comisión de 10 de agosto de 2011 creó por su parte el Grupo de expertos en la trata de seres humanos encargado de asesorar a la Comisión Europea en todas las cuestiones relativas a la lucha contra la trata de personas; grupo que se encargará de presentar trabajos escritos a la Comisión sobre el tema de la trata de seres humanos, debiendo además ayudarle en la evaluación de la evolución de las políticas en la materia a escala nacional, europea e internacional, así como a identificar las medidas que resulten necesarias.

— Concluyendo y primeramente afirmo a modo de crítica que la política migratoria comunitaria ha venido siendo orientada por lo general a acabar con las organizaciones criminales dedicadas al tráfico de seres humanos, hecho en el cual se puede ya atisbar una profunda limitación de la misma debido a que los flujos migratorios no responden al capricho o al azar, sino a factores objetivos ligados a la idea de necesidad y provocados por una serie de causas como son las catástrofes naturales, los conflictos bélicos, el deterioro medioambiental, las políticas genocidas, la pobreza extrema, etc., los inmigrantes no caminan sin dirección sino en el sentido que les marca unos movimientos de capital provocadores de un desarrollo estructuralmente desigual y responsable de importantes flujos de personas vinculados a razones laborales.

De todos modos, si bien es cierto que relativizar la presencia de las organizaciones criminales o minimizar la importancia de su aportación al fenómeno de la inmigración irregular significaría renunciar a

⁵¹ La cual derogó la Decisión 2007/675/CE.

conocer la realidad, tampoco puede afirmarse acertada su hipervaloración que es lo que en definitiva reflejaría una política criminal focalizada exclusivamente sobre ellas, como si se tratara de un fenómeno aislado al que poder referir todo movimiento migratorio irregular, que no respondería sino a los designios malévolos de quienes han decidido hacer de la delincuencia su modo de vida.

Este malentendido es proyectado en lo jurídico, ámbito en el cual cada día se intensifica la división existente entre el estatuto de ciudadano de la Unión con derechos exclusivos de circulación y residencia, y el de no ciudadano comunitario o extranjero. Siguiendo esta línea vemos claramente como la misma es proyectada en la política impulsada por la Comisión, que frente el binomio libertad-seguridad, se inclina más por las políticas de seguridad, y como ejemplo de ello basta con echar una mirada atrás a la construcción europea en este ámbito: visados, refuerzo de Europol, repatriación, cruce y vigilancia de fronteras, mejora de los sistemas de seguridad, ayuda a los países de origen para combatir las migraciones, etc. De ello que el dejar en un segundo plano a las estrategias de cooperación al desarrollo prefiriendo optar por el expeditivo sistema de expulsión, ha condenado al fracaso todo intento de neutralizar el fenómeno de la inmigración irregular y sus consecuencias, por el mero desconocimiento de sus causas.

Al mismo tiempo los gobiernos europeos han respondido a su vez con políticas que podrían aumentar más aún la xenofobia al convertir en eje central de sus políticas migratorias la lucha contra la inmigración ilegal, hecho que denota una visión criminalizadora del fenómeno migratorio y por más que en diferentes foros se haya comunicado que el término «ilegal» se sustituye por «irregular», los documentos oficiales de los gobiernos y de la UE continúan utilizando en muchas ocasiones el primero⁵².

— En segundo lugar y atendiendo a la víctima del delito de trata de personas el fin de los programas sobre la protección de testigos no es otro que potenciar a la víctima y ofrecerle la posibilidad de superar su victimación debiendo centrarse en su atención, y en su no criminalización por haber residido de forma ilegal en los países de tránsito y destino, ni por haber

⁵² La centralidad de la «lucha contra la inmigración ilegal» en las políticas europeas sobre inmigración, puede apreciarse en las reformas legislativas que en materia de extranjería se ha ido haciendo desde principios de los años noventa, la mayoría centradas en aspectos como el control de fronteras, la mejora de la eficacia de las expulsiones (de inmigrantes en situación irregular o solicitantes de asilo rechazados), la creación de centros de internamiento, la realización de acuerdos de readmisión con terceros países, etc.).

llevado a cabo actividades ilícitas en la medida que tales hayan sido consecuencia directa de su situación de víctima. Se ha de brindar apoyo e identificación, protección de la propia identidad e información; siendo siempre facilitada su participación y siéndole ofrecida representación legal, así como asistencia médica y social, asistencia a la rehabilitación, intérprete si fuera necesario, etc.

A tal efecto la Organización de Naciones Unidas emitió una Ley Modelo sobre protección de testigos a fin de conseguir que la investigación de los delitos graves y el procesamiento de los culpables no resultaran afectados por la intimidación de las víctimas testigos mediante recriminaciones violentas o de otra índole delictiva que pudieran sufrir.

De todas maneras y en no pocas ocasiones los programas de protección de testigos no son aplicados por su elevado costo y además por la tensión añadida de solicitar a la víctima y a su familia un cambio de identidad, residencia y un abandono de todos sus contactos, lo cual no hace sino añadir más tensión al problema. También en lo que se refiere a la posibilidad de repatriación que contempla la legislación de la mayoría de los Estados miembros de la Unión así como la legislación comunitaria, el retorno y reinserción suele ser un proceso lleno de dificultades en el cual la víctima se enfrenta a problemas familiares, psicológicos, jurídicos, económicos, etc.⁵³ Por ello la asistencia para la reinserción debe constituir parte integrante de los programas de retorno voluntario a fin de llegar así a las causas fundamentales de la trata evitando que las víctimas pueda caer de nuevo en manos de los traficantes y debiendo incluir elementos como la asistencia médica y psicológica, la orientación laboral y formación profesional, o la concesión de micro créditos con fines de mejorar las condiciones de vida en los Estados de origen.

⁵³ Muchas de las víctimas no poseen documentos personales de identidad ni pasaporte o no los han poseído nunca, requiriendo ayuda para regresar al país de origen, además de la vergüenza añadida de volver al sitio de origen con las manos vacías, pudiendo incluso verse menospreciadas por haber tenido que efectuar trabajos de índole sexual; todo ello unido a las escasas oportunidades laborales de la comunidad a la que vuelven.