

LA CONTRIBUCIÓN DEL *SOFT LAW* A LA CONSTRUCCIÓN DE LA POLÍTICA DE RETORNOS DE LA UNIÓN EUROPEA

MARIA ESTHER JORDANA SANTIAGO¹

mariaesther.jordana@udg.edu

Cómo citar/Citation

Jordana Santiago, María Esther (2026).

La contribución del *soft law* a la construcción de la política de retornos de la Unión Europea.

Revista de Derecho Comunitario Europeo, 83, 127-171.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.83.04>

Resumen

Este artículo examina el papel creciente de los instrumentos de *soft law* en la configuración de la cooperación de la Unión Europea con terceros países en materia de retornos y readmisión. El estudio evidencia cómo la flexibilidad del *soft law* favorece respuestas rápidas en un contexto marcado por la narrativa de crisis migratoria, pero también cómo su utilización desplaza los mecanismos formales previstos en los Tratados, debilitando el equilibrio institucional y la rendición de cuentas democrática. El artículo concluye que la normalización de estos instrumentos constituye una tendencia que compromete la coherencia normativa de la UE y exige reabrir el debate sobre los límites y garantías que deben regir su acción exterior en materia de retorno.

¹ Profesora lectora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Girona. Investigadora visitante del Bonavero Human Rights Institute de la Universidad de Oxford (Michaelmas Term, 2025-26). Este trabajo se enmarca en el Proyecto *A contested European Union in a fragmenting international order (COURAGE)*, financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España (PID2023-147735NB-I00). ORCID ID: 0000-0001-7642-852X. La autora agradece el apoyo de la prof. Dra. Oana Stefan del King's College of London y de la prof. Dra. Başak Çalı de la Universidad de Oxford, así como a los evaluadores anónimos y la editora sus comentarios, que han permitido enriquecer el presente trabajo. Todos los enlaces han sido verificados por última vez el 20 de febrero de 2026.

Palabras clave

Soft law; migración; retornos; readmisión; Unión Europea; cooperación.

THE CONTRIBUTION OF SOFT LAW TO THE CONSTRUCTION OF THE EUROPEAN UNION'S RETURN POLICY**Abstract**

This article examines the growing role of soft law instruments in shaping the European Union's cooperation with third countries in the field of return and readmission. The study demonstrates how the flexibility inherent in soft law facilitates swift responses in a context framed by a narrative of migratory crisis. At the same time, it highlights how reliance on such instruments displaces the formal mechanisms laid down in the Treaties, thereby weakening the institutional balance and democratic accountability. The article concludes that the normalisation of these instruments represents a broader trend that undermines the EU's normative coherence and calls for a renewed debate on the limits and safeguards that should govern its external action in the field of return.

Keywords

Soft law; migration; returns; readmission; European Union; cooperation.

LA CONTRIBUTION DU SOFT LAW À LA CONSTRUCTION DE LA POLITIQUE DE RETOUR DE L'UNION EUROPÉENNE**Résumé**

Cet article examine le rôle croissant des instruments de soft law dans la structuration de la coopération de l'Union européenne avec les pays tiers en matière de retour et de réadmission. L'étude met en évidence que la flexibilité inhérente à la soft law favorise l'adoption de réponses rapides dans un contexte marqué par la rhétorique de la crise migratoire. Elle souligne toutefois que le recours à ces instruments tend à marginaliser les mécanismes formels prévus par les traités, affaiblissant ainsi l'équilibre institutionnel et la responsabilité démocratique. L'article conclut que la normalisation de ces instruments s'inscrit dans une tendance de fond susceptible de compromettre la cohérence normative de l'Union et appelle à la réouverture du débat relatif aux limites et aux garanties devant encadrer son action extérieure en matière de retour.

Mots clés

Soft law; migration; retours; réadmission; Union Européenne; coopération.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. SOBRE LA NATURALEZA DEL *SOFT LAW*. III. LA COOPERACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA CON TERCEROS ESTADOS EN MATERIA DE RETORNO: 1. Los instrumentos formales de cooperación con terceros Estados: 1.1. *La inclusión de cláusulas de readmisión en los acuerdos de asociación y de cooperación*. 1.2. *Los Acuerdos de Readmisión de la Unión Europea*. 2. Los instrumentos informales de cooperación con terceros Estados: 2.1. *Las asociaciones de movilidad*. 2.2. *Los acuerdos informales de cooperación con Turquía y Afganistán*. 2.3. *El Memorando de Entendimiento con Túnez*. 3. Sobre la consolidación de un sistema basado en la condicionalidad. IV. CONSECUENCIAS DEL USO DEL *SOFT LAW*. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La migración se ha consolidado como uno de los ejes centrales de la agenda política contemporánea de la Unión Europea (UE). En las dos últimas décadas, los discursos institucionales y mediáticos han tendido a enmarcar la situación migratoria como una «crisis» permanente (Moreno-Lax, 2024a), con independencia de que el volumen real de llegadas a territorio europeo justifique tal calificación desde una perspectiva histórica o comparada. Esta construcción discursiva, unida al uso expansivo del término *migración* para englobar categorías jurídicas heterogéneas —migrantes económicos, solicitantes de asilo, personas refugiadas o desplazadas forzosas—, ha contribuido a consolidar una narrativa securitaria que condiciona la producción normativa y la acción exterior de la Unión. Los datos estadísticos comparados muestran, además, la variabilidad de los flujos y matizan la excepcionalidad del fenómeno en términos históricos².

Desde una perspectiva competencial, el marco jurídico en materia migratoria se caracteriza por su complejidad y por su naturaleza compartida, en la medida en que tanto la Unión como los Estados miembros ejercen competencias en este ámbito (Peers *et al.*, 2015). A partir de las reformas introducidas progresivamente en los Tratados —hoy reflejadas en los arts. 67 a 80 TFUE, y en particular en los arts. 78 y 79 TFUE—, la Unión ha visto ampliadas sus

² Véase la evolución en el número de llegadas irregulares al territorio de la UE para el período 2008-2024, disponible en: <https://is.gd/tMUW56>.

prerrogativas en materia de migración y asilo, consolidando un acervo normativo cada vez más denso.

El recurso progresivo a instrumentos de *soft law* ha adquirido una relevancia creciente en la gobernanza migratoria europea. La doctrina ha señalado que estos instrumentos, pese a su falta de fuerza jurídicamente vinculante, pueden producir efectos normativos relevantes en la práctica (Senden, 2004; Stefan, 2012). El desplazamiento desde instrumentos clásicos previstos expresamente en los Tratados hacia mecanismos más flexibles o indeterminados plantea interrogantes en términos de legitimidad democrática y control jurisdiccional.

El empleo de *soft law* suscita, al menos, dos problemáticas centrales. En primer lugar, su carácter no vinculante dificulta la trazabilidad de su implementación y la evaluación de sus efectos prácticos, especialmente sobre colectivos en situación de vulnerabilidad. En segundo término, el art. 3.5 TUE consagra como principio rector de la acción exterior de la Unión la estricta observancia y promoción del derecho internacional, lo que obliga a examinar críticamente la compatibilidad de los instrumentos informales con las obligaciones internacionales asumidas por la Unión y sus Estados miembros.

La cooperación en materia de retorno y readmisión constituye un ámbito paradigmático de esta tendencia. La coexistencia de acuerdos multilaterales en los que la UE participa, acuerdos formales de readmisión celebrados por la UE con terceros Estados, acuerdos bilaterales suscritos por los Estados miembros y arreglos informales de la UE con terceros Estados configura un escenario fragmentado y jurídicamente complejo. Esta fragmentación se ha visto reforzada por la proliferación de instrumentos globales de carácter flexible promovidos por la Comisión Europea en el marco de la dimensión exterior de la política migratoria³.

El Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo confirma esta orientación estratégica. En la comunicación que lo presenta, la Comisión subraya la necesidad de reforzar la eficacia de la política de retorno como elemento clave del sistema común⁴. Parte de la doctrina ha destacado que el Pacto mantiene como eje prioritario la contención y disuasión de los movimientos irregulares (Moreno-Lax, 2022: 121), al tiempo que apuesta por instrumentos suficientemente flexibles para adaptarse a contextos cambiantes, reforzando el papel del *soft law* y de mecanismos de condicionalidad en la arquitectura de la

³ Comisión Europea, Comunicación «Plan de Acción de la UE en materia de retorno», 9 de septiembre de 2015, COM (2015) 453 final.

⁴ Comisión Europea, Comunicación relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, 23 de septiembre de 2020, COM (2020) 609 final.

política migratoria exterior (García Andrade, 2022b: 230). No obstante, el Pacto incluye menciones explícitas al recurso y la proliferación del *soft law* en el ámbito del retorno, al apostar por instrumentos en materia de retorno que permitan que «cuenta[n] con la flexibilidad necesaria para que se pueda individualizar y adaptar a lo largo del tiempo»⁵.

Este trabajo de investigación se propone analizar el papel de los instrumentos de *soft law* en la configuración de la cooperación con terceros países en materia de retornos y readmisión, evaluando su evolución temporal, sus características jurídicas y sus efectos prácticos. Para ello, se adopta una metodología basada en el análisis sistemático de las fuentes normativas, complementada por un estudio dogmático y estructural de los instrumentos relevantes, así como por un examen doctrinal crítico de las interpretaciones académicas y jurisprudenciales. Este enfoque permitirá ofrecer una comprensión rigurosa y contextualizada de cómo los instrumentos informales inciden en el proceso de integración europea y en la evolución del derecho migratorio, especialmente en su dimensión externa, evidenciando las tensiones entre flexibilidad política, coherencia jurídica y protección efectiva de los derechos. El análisis irá precedido de una breve exposición sobre la naturaleza y las principales características del *soft law*, con el objetivo de delimitar dicha categoría, a fin de identificar las limitaciones y los retos que enfrenta el sistema actual.

II. SOBRE LA NATURALEZA DEL *SOFT LAW*

El *soft law* no constituye una categoría jurídica unívoca ni pacífica (Terpan, 2015: 70). La ausencia de consenso doctrinal respecto de su naturaleza se manifiesta en las posiciones críticas que incluso niegan su existencia (Raustiala, 2005: 586), lo consideran un artificio de creación jurisprudencial (d'Aspremont, 2008) o lo describen como un conjunto de «normas en el crepúsculo entre el derecho y la política» (Thürer, 2009). No obstante, es importante reconocer que el *soft law* representa una vía de adaptación del ordenamiento jurídico internacional a las nuevas dinámicas y complejidades que emergen en la sociedad internacional contemporánea (Fajardo del Castillo, 2024).

En el ámbito de las migraciones, la introducción del *soft law* responde probablemente a su interacción con aspectos securitarios y con los objetivos perseguidos por la política migratoria; por un lado, la denominada «lucha contra la inmigración irregular», orientada a incrementar los retornos y

⁵ *Ibid.*, p. 21.

prevenir los desplazamientos desde determinados terceros Estados, y, por otro y a más largo plazo, el propósito de abordar las causas profundas de la migración desde una perspectiva de desarrollo humano.

Asimismo, la proliferación del *soft law* puede interpretarse como una respuesta a las dificultades existentes en el plano global para adoptar normas precisas y jurídicamente vinculantes. El ámbito de la cooperación en materia de retorno constituye un ejemplo paradigmático de esta tendencia. Sin embargo, ello no implica que el *soft law* carezca por completo de efectos jurídicos. Desde la perspectiva de su eficacia práctica —entendida como la capacidad de influir en el comportamiento de los Estados (Senden, 2004: 112)—, el *soft law* demuestra una relevancia innegable.

La elección del *soft law* obedece a múltiples razones, entre ellas la necesidad de ampliar el margen de discrecionalidad de los actores implicados, diluyendo el contenido de los compromisos adquiridos (Stefan, 2012). En este sentido, proporciona a los sistemas normativos una estructura flexible que puede resultar ventajosa, en la medida en que las obligaciones de conducta establecidas por el *soft law* se ajustan mejor a una lógica de cumplimiento gradual, frente al rigor propio de las obligaciones de resultado (Birnie *et al.*, 2009: 34). Gracias a su agilidad y adaptabilidad, el *soft law* se ha configurado como un eficaz catalizador de la cooperación internacional en determinados ámbitos (Reinicke y Witte, 2000: 76). De hecho, como señala García Andrade, su utilización puede incrementar la fluidez de las negociaciones, eludir determinados actos formales necesarios para la adopción de normas o, incluso, evitar obstáculos inherentes a ciertos tipos de instrumentos (2016: 116).

La promoción de la cooperación informal —basada en el *soft law*— en el ámbito del retorno plantea múltiples desafíos desde la perspectiva del equilibrio institucional y del Estado de derecho, en la medida en que tiende a erosionar el marco competencial de la Unión Europea al desplazar la acción legislativa formal (Moreno-Lax, 2024a: 31). La urgencia en la toma de decisiones, especialmente en contextos de crisis, suele invocarse para justificar el recurso a medidas no vinculantes, soluciones a medida (*tailor-made*) y actuaciones situadas al margen de los procedimientos legislativos o de los requisitos legales.

Desde el punto de vista del contenido obligacional, resulta necesaria una delimitación conceptual previa que permita distinguir el *soft law* del *hard law*. Abbott y Snidal (2000) identifican tres elementos definitorios del *hard law* en el ámbito internacional: la obligación, que implica una conducta jurídicamente exigible; la precisión, que describe de forma clara y concreta la conducta esperada; y la delegación, que remite a la existencia de una autoridad competente para aplicar, interpretar y resolver disputas. En ausencia de alguno de estos elementos, la norma no puede considerarse *hard law*. En una interpretación más centrada en la obligación y en la aplicación, Saurugger y Terpan (2015: 5) sitúan

el *soft law* en un punto intermedio entre el *hard law* y las normas no jurídicas. Así, mientras el *hard law* prevé obligaciones vinculantes acompañadas de mecanismos de implementación y control, y las normas no jurídicas carecen de ambos, el *soft law* se caracteriza por la ausencia de uno de ellos: ya sea una obligación jurídica sin mecanismo que garantice su cumplimiento, o una norma no vinculante dotada de algún mecanismo de implementación.

Si bien se reconoce que la eficacia jurídica del *soft law* no es equiparable a la de las fuentes formales del derecho, puede afirmarse que cumple una función complementaria frente a las limitaciones del *hard law*. De hecho, la doctrina académica ha propuesto diversas clasificaciones funcionales del *soft law*. Dupuy lo concibe como un conjunto normativo en fase prejurídica, con capacidad para evolucionar y transformarse en derecho *stricto sensu* con el paso del tiempo (1991: 426). En esta línea, Guzman y Meyer sostienen que toda disposición de *soft law* incorpora una cierta «expectativa» de convertirse en *hard law* (2010: 175), especialmente cuando es implementada en un ordenamiento jurídico (Blichner y Molander, 2008). Por su parte, Senden (2004) distingue tres categorías —*pre-law*, *law-plus* y *para-law*—, todas ellas presentes en el ámbito del retorno.

El *pre-law* actúa como instrumento preliminar que impulsa la futura adopción de normas de *hard law*; un ejemplo de ello serían las asociaciones de movilidad, que pueden culminar en la celebración de acuerdos de readmisión de la UE. El *law-plus*, por su parte, complementa e interpreta el marco normativo existente; tal es el caso de la política de retorno de la UE, donde el Manual de Retorno⁶ orienta la aplicación de la conocida como Directiva sobre el Retorno⁷. Finalmente, el *para-law* se refiere a aquellas situaciones en las que el *soft law* sustituye al *hard law*, debido a la imposibilidad de alcanzar un consenso político o jurídico; el método abierto de coordinación constituye un ejemplo paradigmático de esta categoría⁸, en ausencia de armonización normativa formal.

⁶ Recomendación (UE) 2017/2338, de 16 de noviembre de 2017, por la que se establece un «Manual de Retorno» común destinado a ser utilizado por las autoridades competentes de los Estados miembros en las tareas relacionadas con el retorno (DO L 339, de 19 de diciembre de 2017, p. 83).

⁷ Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (DO L 348, de 24 de diciembre de 2008, p. 98).

⁸ Comisión Europea, Comunicación relativa a un método abierto de coordinación de la política comunitaria en materia de inmigración, 11 de julio de 2001, COM (2001) 0387 final.

El auge del *soft law* puede entenderse como una expresión de la capacidad de la UE para generar efectos jurídicos más allá de las formalidades legales, en respuesta a un objetivo de eficacia institucional (Bekker, 2014; Stefan, 2024). En todo caso, debe subrayarse que estas prácticas se desarrollan con el acuerdo de los Estados miembros, que, a su vez, emplean mecanismos similares en sus relaciones bilaterales con terceros países (Frasca, 2021: 10).

III. LA COOPERACIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA CON TERCEROS ESTADOS EN MATERIA DE RETORNO

La creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia (ELSJ) constituye uno de los objetivos fundamentales de la Unión Europea tal como establece el art. 3.2 del Tratado de la Unión Europea (TUE). En coherencia con este mandato, el art. 67 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) dispone que la Unión desarrollará una política común en materia de inmigración, asilo y control de las fronteras exteriores.

En este ámbito específico, el art. 79.2, letra c), del TFUE proporciona la base jurídica para que la Unión legisle en relación con la expulsión y la repatriación de nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular. Asimismo, el art. 79.3 del TFUE faculta a la Unión para celebrar acuerdos de readmisión con terceros Estados, con el fin de facilitar el retorno de dichas personas a sus países de origen o de procedencia.

Sin embargo, conforme al art. 4.2, letra j), del TFUE, esta materia constituye una competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros. Esta configuración competencial se traduce en la coexistencia de un marco normativo común —aplicable, en principio, a todos los Estados miembros⁹— junto con disposiciones nacionales específicas que desarrollan o complementan distintos aspectos del régimen general. En el caso de la readmisión, y en consonancia con el principio de cooperación leal consagrado en el art. 4.3 del TUE, el carácter compartido de la competencia implica que, una vez la Unión haya celebrado un acuerdo, los Estados miembros deben abstenerse de concluir acuerdos bilaterales con el mismo Estado tercero en idénticos términos. No obstante, acuerdos bilaterales como los protocolos de aplicación previstos en los propios ARUE contribuyen a la correcta aplicación de estos (European Migration Network, 2022).

⁹ Los Tratados establecen algunas excepciones respecto a la participación de Irlanda y Dinamarca en el acervo europeo sobre el ELSJ. Véanse, respectivamente, el Protocolo núm. 21 (DO C 326, de 26 de octubre de 2012, p. 295) y núm. 22 (DO C 326, de 26 de octubre de 2012, p. 299).

El modelo competencial permite establecer un sistema común a escala europea que garantice un determinado grado de armonización entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. En el epicentro del marco regulador de la Unión Europea sobre los retornos, y adoptada al amparo de las bases jurídicas mencionadas, se encuentra la Directiva sobre el Retorno¹⁰. Este instrumento jurídicamente vinculante tiene como objetivo poner fin a la estancia irregular en el territorio de la Unión¹¹. La directiva regula la emisión y la ejecución de las decisiones de retorno, así como la prohibición de entrada o la detención. En cumplimiento del art. 19, la Comisión debe informar cada tres años sobre el estado de aplicación de la directiva. El único informe de seguimiento fue publicado en 2014. De acuerdo con dicha evaluación, era necesaria una mejor aplicación de las normas, ajustar las prácticas a las obligaciones de derechos humanos e incrementar la cooperación entre Estados miembros, así como con terceros Estados¹².

Poco después, en 2015, la Comisión Europea optó por servirse de instrumentos de *soft law* para asegurar la plena aplicación de la directiva tales como los planes de acción bianuales¹³ o, posteriormente, el Manual de Retorno. Estas iniciativas de *soft law* contribuyen al sistema presentando ventajas en términos de flexibilidad y aumentando su eficiencia, pero en detrimento de la transparencia y de las garantías propias de una reforma legislativa (Moraru, 2022: 188). En 2018, la Comisión presentó una propuesta legislativa que mantenía una referencia explícita a la necesidad de cooperar con terceros

¹⁰ Directiva 2008/115/CE. Aunque el Reglamento (UE) 2024/1349 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece un procedimiento fronterizo de retorno (DO L 2024/1349, de 22 de mayo de 2024) entró en vigor como parte de la legislación del nuevo Pacto sobre Migración y Asilo de la UE, las normas generales de retorno se rigen por la citada directiva.

¹¹ La compatibilidad del régimen sancionador establecido por la Directiva 2008/115/CE y la Ley de Extranjería española ha dado lugar a diferentes pronunciamientos del TJUE, mostrando sus implicaciones desde la perspectiva de derechos y una sorprendente interpretación del principio de efecto directo por parte de la jurisdicción española (Lafuente, 2021: 400; Jordana y Serra, 2023: 252). De hecho, la transposición incorrecta de dicha directiva es el motivo de un procedimiento de infracción contra España, se mandó carta de emplazamiento el 29 de septiembre de 2022 (INFR[2014]2261).

¹² Comisión Europea, Comunicación sobre la política de retorno de la UE, 28 de marzo de 2014, COM (2014) 0199 final.

¹³ COM (2015) 453 final y Comunicación, de 2 de marzo de 2017, relativa a una política de retorno más eficaz en la Unión Europea - Un plan de acción renovado, COM (2017) 200 final.

Estados mediante acuerdos de readmisión y acuerdos bilaterales¹⁴, estableciendo un marco susceptible de ser actualizado mediante revisiones periódicas del Manual de Retorno¹⁵.

Con la aprobación del nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, la Comisión decidió retirar la enmienda a la directiva¹⁶ y proponer la adopción de un reglamento¹⁷. Esta propuesta contempla la posibilidad de estructurar la cooperación con terceros Estados mediante instrumentos de *soft law*. Abundan las referencias a «instrumentos de readmisión», definidos en el art. 4, apdo. 12, como «un instrumento jurídicamente vinculante o no vinculante que contenga disposiciones sobre la cooperación entre un Estado miembro o la Unión y un tercer país». Esta definición amplia permite incluir todo tipo de instrumentos, tanto de *hard law* como de *soft law*, e incluso proporciona encaje a la cooperación bilateral de los Estados miembros con terceros países. Esta formulación revela claramente la tendencia a informalizar los instrumentos de cooperación en materia de retorno (Cassarino, 2018: 87), pues parece que la Comisión apuesta por abandonar definitivamente la idea de estructurar dicha cooperación exclusivamente mediante convenios internacionales.

En el ámbito del retorno, la necesidad de desarrollar una dimensión externa que favorezca la cooperación con terceros Estados resulta innegable. En los próximos epígrafes se pretende sistematizar los distintos instrumentos relativos al retorno y la readmisión, mostrando de qué manera el *soft law* ha incidido en el desarrollo de la dimensión externa de los retornos.

1. LOS INSTRUMENTOS FORMALES DE COOPERACIÓN CON TERCEROS ESTADOS

Las primeras iniciativas orientadas a la negociación de instrumentos internacionales propios de la Comunidad Europea dedicados al retorno se

¹⁴ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de septiembre de 2018, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (refundición), COM (2018) 634 final, párr. 8.

¹⁵ *Ibid.*, párr. 39.

¹⁶ El detalle del procedimiento 2018/0329/COD está disponible en: <https://is.gd/3okulT>.

¹⁷ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2025, por el que se establece un sistema común para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular en la Unión y se derogan la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2001/40/CE del Consejo y la Decisión 2004/191/CE del Consejo, COM (2025) 101 final.

remontan a la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam. Previamente, ya se habían adoptado acuerdos bilaterales entre los Estados miembros y terceros Estados¹⁸ elaborados sobre la base de un modelo común de acuerdo¹⁹, así como un conjunto de principios rectores para su aplicación²⁰. Paralelamente, la Comunidad había apostado por la inclusión de determinadas cláusulas de readmisión en los acuerdos de asociación y cooperación.

El impulso proporcionado por el Consejo Europeo de Tampere, junto con las nuevas bases jurídicas derivadas de la reforma de Ámsterdam, dio lugar a la aprobación del primer mandato conferido a la Comisión para negociar acuerdos de readmisión. El Programa de La Haya incorporó, entre las prioridades de la Unión en la dimensión exterior del asilo y la migración, la agilización en la conclusión de dichos acuerdos. Sin embargo, lejos de poder calificarse como un éxito, únicamente se han concluido algunos acuerdos que, en la práctica, han cumplido su propósito de manera limitada²¹.

La imposibilidad de alcanzar acuerdos con determinados países especialmente críticos con las exigencias europeas condujo a que, en el marco del Consejo Europeo de Estocolmo, se desplazara el foco desde la celebración de nuevos acuerdos hacia la necesidad de intensificar la cooperación con los países de origen y tránsito, en consonancia con el Pacto sobre Migración y Asilo de la UE²² y dentro del Enfoque Global de la Migración, sobre la base

¹⁸ Aunque no se abordarán en profundidad, conviene apuntar a la actividad de España en este sentido, pues cuenta con un considerable número de acuerdos bilaterales ampliamente analizados por la doctrina (González García, 2006; Asín Cabrera, 2008). Son ejemplo de la práctica española los acuerdos con Marruecos (*BOE* núm. 100, de 25 de enero de 1992), Guinea Bissau (*BOE* núm. 74, de 27 de marzo de 2003), Mauritania (*BOE* núm. 185, de 4 de mayo de 2003) o Argelia (*BOE* núm. 29, de 12 de febrero de 2004).

¹⁹ Recomendación, de 30 noviembre de 1994, relativa a un modelo de acuerdo bilateral normalizado de readmisión entre un Estado miembro y un tercer país (DO C 274, de 19 de septiembre de 1996, p. 20).

²⁰ Recomendación, de 24 de julio de 1995, sobre los principios rectores que deberán seguirse en la elaboración de protocolos sobre la aplicación de acuerdos de readmisión (DO C 274, de 19 de septiembre de 1996, p. 25).

²¹ Como apunta el Tribunal de Cuentas Europeo, no se dispone de datos estandarizados y fiables que permitan evaluar la efectividad de los acuerdos de la UE cuantitativamente (2021: 41 y ss.).

²² European Pact on Immigration and Asylum, documento núm. 13440/08, de 24 de septiembre de 2008, disponible en: <https://is.gd/hfsF89>. Ya en su momento, el pacto

de una cooperación individualizada (*case-by-case basis*)²³. Como se verá, este enfoque tendrá repercusiones en los instrumentos de cooperación adoptados.

Dado que el objetivo principal de este estudio es delimitar la contribución del *soft law* en materia de retorno, en los epígrafes siguientes se examinarán los instrumentos internacionales que estructuran dicha cooperación. El análisis abarcará tanto instrumentos formales como informales vinculados a la dimensión exterior del retorno, con especial atención a su naturaleza y a su contenido material.

1.1. La inclusión de cláusulas de readmisión en los acuerdos de asociación y de cooperación

Partiendo de la obligación internacional consuetudinaria de readmitir a los propios nacionales²⁴, en la década de los noventa el Consejo decidió incorporar cláusulas de readmisión en todos los acuerdos de asociación o de cooperación, tanto en los acuerdos comunitarios como en los mixtos. Dichas cláusulas fueron revisadas con la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam. El modelo de cláusula incluye diversas disposiciones. Por un lado, el artículo A establece la obligación recíproca de readmitir a los propios nacionales y de expedir los documentos de viaje correspondientes. Se precisa expresamente que el retorno se efectuará «a petición de [el Estado en cuestión] y sin otras formalidades». Por otro lado, el artículo B prevé la celebración de un acuerdo entre el tercer Estado y la Comunidad sobre las obligaciones específicas de readmisión. Se aclara que dicho acuerdo se celebrará a petición de parte y podrá contener disposiciones relativas a la readmisión de nacionales de terceros países y de apátridas. A la espera de tal acuerdo, el artículo C contempla la posibilidad de estructurar la cooperación mediante acuerdos bilaterales entre los Estados miembros y terceros Estados, incluida la readmisión de nacionales de terceros países y de apátridas.

fue cuestionado y recibió críticas, especialmente por el impacto en los derechos en materia de inmigración, fronteras y asilo (Carrera y Guild, 2008).

²³ El Programa de Estocolmo «Una Europa abierta y segura que proteja al ciudadano» (DO C 115, 4 de mayo de 2010, p.1), apdo. 6.1.6.

²⁴ En este sentido, véanse los comentarios al art. 22 del Informe de la Comisión de Derecho Internacional, 66.º período de sesiones (2014): Proyecto de artículos sobre expulsión de extranjeros, con comentarios (A/69/10). Así como, *inter alia*, la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes, adoptada por la Resolución A/RES/71/1 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 19 de septiembre de 2016, párr. 42. Disponible en: <https://is.gd/vbs8Iq>.

En la práctica, este tipo de cláusulas proliferan en acuerdos de asociación como el Acuerdo de Cotonú²⁵, su renovación en Samoa²⁶, o en otros acuerdos, como, por ejemplo, los acuerdos de colaboración y cooperación de la Unión Europea (ACC)²⁷, si bien no siempre en términos idénticos. En consonancia con la cláusula modelo, estos últimos establecen la obligación de readmitir a los propios nacionales en apariencia de reciprocidad. Los ACC señalan asimismo la necesidad de proporcionar documentos de viaje a las personas retornadas, aunque solo los más recientes²⁸ incluyen referencias a la posibilidad de aceptar el documento de viaje europeo²⁹. Con carácter general, los acuerdos contemplan la readmisión de nacionales de terceros Estados como objeto de la eventual conclusión de un acuerdo de readmisión³⁰. Además, en algunos casos se prevé la posibilidad de negociar un acuerdo sobre facilitación de visados³¹. También se

²⁵ Acuerdo de asociación entre los Estados de África, del Caribe y del Pacífico, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por otra, firmado en Cotonú el 23 de junio de 2000 - Protocolos - Acta final - Declaraciones (DO L 317, de 15 de diciembre de 2000, p. 3).

²⁶ Acuerdo de asociación entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y los miembros de la Organización de Estados de África, el Caribe y el Pacífico, por otra (DO L, 2023/2862, de 28 de diciembre de 2023). Como bien apunta Carbone, las disposiciones de dicho acuerdo van más allá de una mera cláusula de retorno (2022: 759). No obstante, el resultado final de las negociaciones no parece haber proporcionado un contenido tan detallado como el de los acuerdos de readmisión.

²⁷ La cláusula de readmisión se incluye en los acuerdos de colaboración y cooperación de la UE con Uzbekistán (DO L 229, de 31 de agosto de 1999, p. 3), Tayikistán (DO L 350, de 29 de diciembre de 2009, p. 3), Irak (DO L 204, de 31 de julio de 2021, p. 20), Kazajistán (DO L 29, de 4 de febrero de 2016, p. 3), Filipinas (DO L 343/3, de 22 de diciembre de 2017, p. 3), Mongolia (DO L 326, de 9 de diciembre de 2017, p. 7), Tailandia (DO L 330, de 23 de diciembre de 2022, p. 72) y Kirguisa (DO L 2024/2141, de 13 de septiembre de 2024).

²⁸ Así, el art. 15 del Acuerdo con Kirguisa establece como alternativa la admisión del documento de viaje de la UE. Y el art. 25 del Acuerdo con Tailandia apunta a la posible conclusión de un acuerdo de readmisión que incluya la utilización y el reconocimiento del documento de viaje de la UE.

²⁹ Reglamento (UE) 2016/1953 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2016, relativo al establecimiento de un documento de viaje europeo para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular y por el que se deroga la Recomendación del Consejo de 30 de noviembre de 1994 (DO L 311, de 17 de noviembre de 2016, p. 13).

³⁰ No obstante, el Acuerdo con Tailandia guarda silencio sobre este extremo.

³¹ Véanse art. 238 del Acuerdo con Kazajistán, art. 25 del Acuerdo con Tailandia, o el art. 15 Acuerdo con Kirguisa.

estipula que, para determinar la nacionalidad de los propios nacionales, deberá contarse con la cooperación de las autoridades consulares y diplomáticas, cooperación que podrá consistir en la realización de «entrevistas»³² o «interrogatorios»³³. En otros acuerdos, simplemente se enfatiza que dicha cooperación deberá ser «plena»³⁴.

Más allá de estos matices, algunos ACC incluyen referencias adicionales que merecen destacarse. Por un lado, únicamente dos acuerdos mencionan la necesidad de proteger a las víctimas de trata de seres humanos³⁵. Por otro, resulta llamativo que solo un acuerdo incorpore una referencia expresa al respeto del «Derecho internacional pertinente y [del] Derecho humanitario internacional» en relación con la readmisión³⁶. Finalmente, únicamente un acuerdo contiene referencias explícitas a la ayuda financiera que la Unión se compromete a proporcionar a cambio de cooperación³⁷. En conjunto, el contenido de estas cláusulas, aunque pretende articularse en términos de reciprocidad, responde claramente a los intereses de la Unión y ofrece una solución genérica con escasa disposición a integrar los intereses y necesidades del tercer Estado.

El examen del contenido de estas cláusulas desde una perspectiva obligacional permite identificarlas como un ejemplo paradigmático de *soft law* material, en tanto que se insertan en normas formalmente vinculantes, pero conservan una «dimensión *soft*» (Terpan, 2015: 71). No obstante, al menos en relación con el retorno de los propios nacionales, algunos autores sostienen que la inclusión de la cláusula sería suficiente para iniciar la cooperación en materia de retorno (Díez Peralta, 2021: 74). Sin embargo, existe una opinión generalizada según la cual estas cláusulas son esencialmente habilitadoras, en la medida en que incorporan un compromiso para negociar la conclusión de acuerdos de readmisión —ya sea por parte de la Unión o de los Estados miembros³⁸— con el tercer Estado. Como señala

³² Véase el art. 105 del Acuerdo con Irak, o el art. 26.3 del Acuerdo con Filipinas.

³³ Como en el caso del art. 238.4 del Acuerdo con Kazajistán o del art. 31 del Acuerdo con Mongolia.

³⁴ Véase el art. 25 del Acuerdo con Tailandia y el art. 15 del Acuerdo con Kirguisa.

³⁵ Art. 26.3 del Acuerdo con Filipinas y art. 25 del Acuerdo con Tailandia.

³⁶ Art. 105 del Acuerdo con Irak. No obstante, muchos incluyen dicha referencia en el epígrafe correspondiente a la lucha contra el terrorismo.

³⁷ Art. 31.3 del Acuerdo con Mongolia.

³⁸ Una revisión de las cláusulas muestra que todos los ACC incluyen referencias a la conclusión de un acuerdo de readmisión. No obstante, el Acuerdo con Uzbekistán no menciona a la UE (o la Comunidad), mientras que los acuerdos con Kazajistán, Mongolia y Kirguisa no se refieren a la conclusión de instrumentos con los Estados miembros.

Arenas Hidalgo, constituyen un «paso previo ineludible que sienta las bases para la negociación futura del convenio de readmisión *stricto sensu*» (2010: 64).

1.2. Los acuerdos de readmisión de la Unión Europea

Si, como se ha visto en el epígrafe anterior, las cláusulas de readmisión establecían cierta habilitación para la celebración de acuerdos de readmisión de la Unión Europea (ARUE), cabría esperar que en estos últimos la cuestión de la readmisión se abordara con mayor detalle. De hecho, tales acuerdos se definen como instrumentos mediante los cuales «se establecen obligaciones recíprocas para las partes contratantes, así como los procedimientos administrativos y operativos detallados, con el fin de facilitar el retorno y el tránsito de las personas que ya no cumplen las condiciones de entrada, estancia o residencia en el Estado solicitante»³⁹. Sin embargo, partiendo de la realidad de que los flujos migratorios tienen como destino principal el territorio de la UE, dicha reciprocidad resulta en gran medida ficticia, pues los ARUE entrañan una distribución asimétrica de costes y beneficios (Cassarino, 2007: 182). Los acuerdos de readmisión reflejan «relaciones entre desiguales» que, como señaló Keohane (1986: 6), se trata de una característica que se acentúa cuando intervienen países con niveles significativamente dispares de desarrollo, como suele ocurrir en la cooperación de la UE con terceros Estados en materia de retorno.

Los primeros acuerdos se suscribieron con base en el art. 63.3.b) TCE y siguiendo el procedimiento previsto en el art. 300.3 TCE. Los esfuerzos de la —por aquel entonces— Comunidad Europea se dirigieron inicialmente a tres países asiáticos. Así, a comienzos de 2004 entraron en vigor los acuerdos con Hong Kong⁴⁰ y Macao⁴¹, y un año después el acuerdo con Sri Lanka⁴². Posteriormente se adoptaron acuerdos con países del Este y de los Balcanes,

³⁹ Comisión Europea, Anexo de la Comunicación, de 14 de octubre de 2002, relativa a una Política comunitaria de retorno de los residentes ilegales, COM (2002) 564 final.

⁴⁰ Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China sobre readmisión de residentes ilegales (DO L 17, de 24 de enero de 2004, pp. 25-39).

⁴¹ Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Región Administrativa Especial de Macao de la República Popular China sobre la readmisión de residentes ilegales (DO L 143, de 30 de abril de 2004, p. 97).

⁴² Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República Socialista Democrática de Sri Lanka sobre la readmisión de residentes ilegales (DO L 124, de 17 de mayo de 2005, p. 43).

actualmente en su mayoría candidatos a la adhesión. Primero se concluyeron acuerdos con Albania⁴³ y Rusia⁴⁴. Poco después, las negociaciones se ampliaron y se establecieron acuerdos con Ucrania⁴⁵, Macedonia⁴⁶, Bosnia y Herzegovina⁴⁷, Montenegro⁴⁸, Serbia⁴⁹ y Moldavia⁵⁰, todos ellos en vigor a inicios de 2008.

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, los acuerdos de readmisión encontraron su base jurídica material en la competencia externa explícitamente prevista en el art. 79.3 TFUE y, desde el punto de vista procedimental, en el art. 218 TFUE, que establece el procedimiento formal de celebración de tratados internacionales. El primer resultado de este nuevo marco jurídico fue el acuerdo con Pakistán⁵¹. Posteriormente, a la conclusión del Acuerdo con Georgia⁵², siguió la expansión hacia la región del Caspio, con Armenia⁵³, Azerbaiyán⁵⁴ y Turquía⁵⁵. Estos tres acuerdos entraron en vigor a principios de 2014, al igual que el acuerdo

⁴³ Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Albania sobre la readmisión de residentes ilegales (DO L 124, de 17 de mayo de 2005, p. 22).

⁴⁴ Acuerdo entre la Federación Rusa y la Comunidad Europea sobre readmisión (DO L 129, de 17 de mayo de 2007, p. 40).

⁴⁵ Acuerdo entre la Comunidad Europea y Ucrania sobre la readmisión de personas (DO L 332, de 18 de diciembre de 2007, p. 48).

⁴⁶ Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Antigua República Yugoslava de Macedonia sobre readmisión de residentes ilegales (DO L 334, de 19 de diciembre de 2007, p. 7).

⁴⁷ Acuerdo entre la Comunidad Europea y Bosnia y Herzegovina sobre readmisión de residentes ilegales (DO L 334, de 19 de diciembre de 2007, p. 66).

⁴⁸ Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Montenegro sobre readmisión de residentes ilegales (DO L 334, de 19 de diciembre de 2007, p. 26).

⁴⁹ Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Serbia sobre readmisión de residentes ilegales (DO L 334, de 19 de diciembre de 2007, p. 46).

⁵⁰ Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Moldavia sobre readmisión de residentes ilegales (DO L 334, de 19 de diciembre de 2007, p. 149).

⁵¹ Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República Islámica de Pakistán sobre readmisión de residentes ilegales (DO L 287, de 4 de noviembre de 2010, p. 52).

⁵² Acuerdo entre la Comunidad Europea y Georgia sobre la readmisión de residentes en situación ilegal (DO L 52, de 25 de febrero de 2011, p. 47).

⁵³ Acuerdo entre la UE y la República de Armenia sobre readmisión de residentes ilegales (DO L 289, de 31 de octubre de 2013, p. 13).

⁵⁴ Acuerdo entre la UE y la República de Azerbaiyán sobre la readmisión de residentes ilegales (DO L 128, de 30 de abril de 2014, p. 17).

⁵⁵ Acuerdo entre la UE y la República de Turquía sobre readmisión de residentes ilegales (DO L 134, de 7 de mayo de 2014, p. 3).

con Cabo Verde⁵⁶. En la última década únicamente se han cerrado las negociaciones con Bielorrusia, cuyo acuerdo entró en vigor en 2020⁵⁷ y fue suspendido al cabo de un año. En efecto, en junio de 2021, el régimen de Lukashenko anunció la suspensión del acuerdo en respuesta a las sanciones impuestas por la UE una semana antes debido a las graves vulneraciones de derechos fundamentales y a la puesta en peligro de la navegación aérea⁵⁸. Como respuesta a la suspensión del ARUE y, en un contexto de instrumentalización de la migración por parte de Bielorrusia (Jordana Santiago, 2025: 101), el Consejo optó por suspender de forma parcial el Acuerdo de facilitación de visados con dicho Estado⁵⁹. La medida afecta a diferentes categorías específicas de funcionarios vinculados al régimen bielorruso y no a la población en general. Este caso es una muestra de la condicionalidad en la cooperación para la readmisión, explicitando su vinculación con la facilitación de visados como incentivo. Este esquema de incentivos positivos y negativos se hace patente en el art. 25 *bis* del Código de Visados que permite la posibilidad de adoptar medidas restrictivas contra Estados que no cooperen en los retornos⁶⁰. Como se verá en el apartado correspondiente, la aplicación de estas disposiciones no se limita al ámbito de los instrumentos formales.

La escasa proliferación de acuerdos en la última década revela un cierto abandono de este tipo de instrumentos (Martín Arribas, 2023: 8). En cualquier

⁵⁶ Cabo Verde es el único país africano con el que se ha conseguido llegar a un entendimiento, véase Acuerdo entre la UE y la República de Cabo Verde sobre la readmisión de personas en situación irregular (DO L 282, de 24 de octubre de 2013, p. 15).

⁵⁷ Acuerdo entre la UE y la República de Bielorrusia sobre readmisión de residentes en situación ilegal (DO L 181, de 9 de junio de 2020, p. 3).

⁵⁸ Cuarto paquete de sanciones introducidas por el Reglamento (CE) 765/2006 del Consejo y la Decisión 2012/642/PESC del Consejo, mediante la aprobación del Reglamento (UE) 2021/996 del Consejo, del Reglamento de Ejecución (UE) 2021/997 del Consejo y del Reglamento de Ejecución (UE) 2021/999 del Consejo, así como la Decisión (PESC) 2021/1001 del Consejo y la Decisión de Ejecución (PESC) 2021/1002 del Consejo, todos ellos de 21 de junio de 2021 (DO L 219I, de 21 de junio de 2021).

⁵⁹ Decisión (UE) 2021/1940 del Consejo de 9 de noviembre de 2021 relativa a la suspensión parcial del Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Bielorrusia sobre la facilitación de la expedición de visados. ST/12825/2021/INIT (DO L 396, de 10 de noviembre de 2021, p. 58).

⁶⁰ Reglamento (CE) 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de Visados) (DO L 243, de 15 de septiembre de 2009, p. 1).

caso, los ARUE existentes siguen un enfoque estandarizado, con algunas variaciones. Prevén, en primer lugar, la readmisión de nacionales sin mayores formalidades, siempre que se acredite o conste su nacionalidad. En efecto, el punto de partida para activar la cooperación consiste en determinar la nacionalidad de la persona cuyo retorno se pretende. Con este fin, los ARUE incluyen un listado detallado de medios de prueba para acreditar la nacionalidad⁶¹ y la entrada en territorio de la UE a través de las fronteras exteriores⁶². A partir de ello se establece el principio según el cual las pruebas aportadas sobre la nacionalidad y el tránsito deben ser aceptadas sin necesidad de comprobaciones adicionales.

En segundo lugar, los acuerdos prevén la readmisión de nacionales de terceros Estados, siempre que se acredite o conste que ingresaron a través de la frontera exterior. Asimismo, distinguen entre dos procedimientos: uno ordinario o regular, con un plazo de entre 15 y 30 días, y otro acelerado, generalmente con un plazo de 2 días, aplicable únicamente cuando la persona ha sido detenida en la denominada «zona fronteriza». La mayoría de los ARUE coinciden en definir dicha zona como una franja geográfica situada a algunos kilómetros de la frontera terrestre o marítima. Aunque su delimitación es esencial para la aplicación del procedimiento acelerado, existen variaciones entre acuerdos respecto de su extensión concreta, que suele limitarse a unos pocos kilómetros⁶³.

También se regulan las modalidades de transporte. Exceptuando los pocos casos en que se prioriza el transporte por vía aérea⁶⁴, en la mayoría de los acuerdos no se establece preferencia por ningún modo de transporte. En numerosos supuestos se exige alcanzar un pacto sobre los detalles del traslado, aunque en otros basta con una mera notificación realizada con una antelación de 48 o 72 horas⁶⁵. En cuanto a los visados de los escoltas, raramente se prevé

⁶¹ A modo ilustrativo, el Acuerdo con Rusia incluye los anexos 2 y 3, que se encargan de enumerar los medios de prueba de la nacionalidad directos e indirectos respectivamente.

⁶² En el caso del anexo 3 del Acuerdo con Rusia, los elementos que permiten determinar el cruce de frontera son declaraciones de funcionarios de fronteras y testigos.

⁶³ A modo de ejemplo, el art. 1 del Acuerdo con Albania apunta a 10 kilómetros, el art. 7 del Acuerdo con Azerbaiyán establece una franja de 15 kilómetros, mientras que el art. 1. P) del Acuerdo con Turquía y el art 1.m) del Acuerdo con Macedonia indica que se extiende en 20 y 30 kilómetros respectivamente.

⁶⁴ Véase art. 11.2 del Acuerdo de Hong Kong y del Acuerdo con Macao.

⁶⁵ Se establece un plazo de notificación con anterioridad de 48 horas en los casos de Turquía, Armenia y Cabo Verde, mientras que aumenta a 72 horas para Azerbaiyán, Georgia y Bielorrusia.

una exención absoluta⁶⁶, si bien suele contemplarse la exención en las operaciones de tránsito efectuadas por vía aérea. Todos los ARUE establecen que la parte requirente asumirá los costes de las operaciones de retorno hasta la frontera del Estado requerido. Asimismo, regulan detalladamente las obligaciones en materia de protección de datos, fijando entre las partes un conjunto de principios inspirados en la normativa europea sobre la materia⁶⁷.

Del mismo modo, todos los ARUE prevén la creación de un comité conjunto de readmisión, integrado por representantes de la UE y del tercer Estado implicado. La Unión está representada por la Comisión, asistida por expertos de los Estados miembros. Este comité supervisa la implementación del acuerdo y adopta decisiones destinadas a garantizar su correcta aplicación.

Finalmente, y de particular relevancia, todos los acuerdos incorporan una «cláusula de compatibilidad». Esta cláusula establece que la aplicación del acuerdo no afectará a las obligaciones derivadas de convenios internacionales suscritos por las partes, tales como el Convenio Europeo de Derechos Humanos o la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados. No obstante, conviene señalar que no se incluyen salvaguardas específicas para la protección de determinados colectivos, ni disposiciones relativas al seguimiento posretorno en materia de derechos humanos.

2. LOS INSTRUMENTOS INFORMALES DE COOPERACIÓN CON TERCEROS ESTADOS

La mayoría de los acuerdos de readmisión de la UE suscritos hasta 2014 se establecieron a partir de una concepción amplia de la vecindad hacia el este, imponiendo obligaciones claramente delimitadas, pero con un valor añadido relativo (Stutz y Trauner, 2022). No obstante, un inventario de los acuerdos formales de readmisión de la UE no refleja de forma fidedigna la política común de readmisión (Cassarino y Giuffré, 2017: 1). En efecto, con los países vecinos del sur este tipo de instrumentos no obtuvo éxito. La Comisión Europea recibió mandato para negociar con Marruecos, Argelia, Nigeria, Jordania y Túnez, pero dichas negociaciones no fructificaron por diversos motivos. Según señaló la propia Comisión, la conclusión de acuerdos de readmisión con estos países resultaba especialmente compleja «principalmente a causa de consideraciones políticas internas, ya que estos acuerdos pueden ser una fuente de hostilidad pública», justificando así la sustitución de los acuerdos

⁶⁶ Es el caso de los acuerdos con Albania, Azerbaiyán y Bielorrusia.

⁶⁷ El art. 17 del Acuerdo con Turquía es una muestra de ello.

por instrumentos de *soft law*⁶⁸. Sin embargo, la relación entre minimizar las suspicacias y optar por un marco jurídico más informal no resulta evidente, especialmente si se mantiene como objetivo principal el incremento de los retornos. Forzosamente, otras razones deben orientar la decisión de la Comisión.

Como sostienen Cassarino y Giuffré (2017: 2), en la formulación de las políticas de retorno resulta difícil ignorar dos cuestiones fundamentales. En primer lugar, se trata de un ámbito caracterizado por un fuerte bilateralismo entre los Estados miembros, en el que es complejo identificar el valor añadido de la acción de la UE. En este escenario, la cooperación entre los Estados miembros y terceros Estados combina instrumentos convencionales y de *soft law*. En segundo lugar, la concurrencia entre la readmisión y otros objetivos de la acción exterior de la UE dificulta ejercer presión sobre terceros países⁶⁹. Así, aunque la readmisión se presenta como una prioridad central en el discurso político, raramente se exige a estos países la plena aplicación del marco jurídico, especialmente cuando ocupan una posición estratégica en ámbitos como la seguridad energética o el control de fronteras (Wolff, 2014: 69).

La dificultad de desarrollar una cooperación efectiva en materia de readmisión con los vecinos del sur llevó a la Comisión a considerar la necesidad de flexibilizar el marco regulatorio sobre el retorno. De ahí que la UE adoptara diversas iniciativas políticas que no se corresponden con los actos jurídicos previstos en los Tratados (Santos Vara, 2019: 23), tales como las agendas comunes sobre migración y movilidad, los pactos, los diálogos sobre migración y las asociaciones de movilidad. Estas últimas serán objeto de análisis a continuación, por constituir un ejemplo paradigmático de *soft law* en materia de retorno (Ott, 2020; Tittel-Mosser, 2020).

⁶⁸ Carta dirigida al presidente de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior (Comisión LIBE) del Parlamento Europeo. *EU readmission developments – State of play October 2017*. Disponible en: <https://is.gd/lQbkiz>.

⁶⁹ Las fallidas negociaciones con Marruecos para la conclusión de un ARUE son el caso paradigmático (Carrera *et al.*, 2016: 6). Parece ser que se abandonaron por la oposición de Marruecos a incluir una cláusula de readmisión de nacionales de terceros Estados junto con la insistencia de la Comisión en cuanto al poco valor añadido del acuerdo sin dicha cláusula; véase Comisión Europea, Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo, de 23 de febrero de 2011, «Evaluación de los Acuerdos de Readmisión de la UE», COM (2011) 76 final, p. 9.

2.1. Las asociaciones de movilidad

A instancias del Consejo Europeo⁷⁰, la Comisión presentó la propuesta de crear asociaciones de movilidad con el fin de explorar «planteamientos nuevos» con aquellos terceros Estados «dispuestos a hacer esfuerzos significativos» en la lucha contra la migración irregular, a cambio de «facilitar la migración circular»⁷¹. En cierto modo, se pretendía reequilibrar la tendencia bilateralista que predominaba en la cooperación entre los Estados miembros y los países vecinos del sur. Las asociaciones de movilidad se concibieron como un marco global susceptible de estructurarse en distintos paquetes de medidas, en línea con el Enfoque Global de la Migración y la Movilidad que enfatizaba explorar «marcos alternativos de cooperación»⁷². Aunque en el momento de su propuesta no se precisó su naturaleza jurídica, algunos autores las han interpretado como acuerdos *soft* (Wessel, 2021). Desde el punto de vista procedimental, se aclaró que su negociación debía seguir «unas claras directrices políticas del Consejo y sobre la base de una recomendación de la Comisión»⁷³.

Estas asociaciones se planteaban como instrumentos de cooperación con soluciones a medida, en principio teniendo en cuenta los intereses del tercer Estado, de los Estados miembros participantes y de la propia UE (Tittel-Mosser, 2018: 350). No obstante, la Comisión⁷⁴ enumeró un conjunto de compromisos esperables por parte del país tercero, relacionados con la gestión de fronteras, la lucha contra la migración irregular y la trata de seres humanos, así como la adopción de campañas de información o medidas laborales destinadas a reducir los incentivos a la migración. En lo relativo a la readmisión, se contemplan de forma separada dos posibles compromisos: por un lado, la obligación de readmitir a los propios nacionales y cooperar en su identificación; por otro, el compromiso de readmitir a nacionales de terceros Estados y a apátridas que hayan transitado por su territorio. En este último supuesto se menciona expresamente la necesidad de un acuerdo de readmisión que establezca las condiciones de dicha readmisión. Este contenido no resulta

⁷⁰ Consejo Europeo de Bruselas, 14 y 15 de diciembre de 2006, Conclusiones de la Presidencia, documento núm. 16879/1/06, de 12 de febrero de 2007, nota de transmisión, párr. 24.

⁷¹ Comisión Europea, Comunicación sobre migración circular y asociaciones de movilidad entre la Unión Europea y terceros países, 16 de mayo de 2007, COM (2007) 0248 final, p. 2.

⁷² Comisión Europea, Comunicación relativa al Enfoque Global de la Migración y la Movilidad, 18 de noviembre de 2011, COM (2011) 743 final, p. 10.

⁷³ COM (2007) 0248 final, p. 3.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 5.

novedoso y remite claramente al modelo de cláusula de readmisión analizado anteriormente.

Como contrapartida en materia de retorno, se prevé la posibilidad de recibir asistencia financiera y técnica para la reintegración de las personas retornadas, ofrecida por los Estados miembros o por la propia Unión. A su vez, los compromisos que pueden asumir los Estados miembros incluyen la creación de oportunidades de migración legal, el apoyo en la gestión de flujos migratorios y la facilitación de visados de corta duración para nacionales del tercer Estado. El resultado es una marcada similitud entre las distintas asociaciones, lo cual, como señala García Andrade, revela una lógica de adhesión con una clara tendencia a la condicionalidad (2015: 31). No obstante, dado que la Unión prioriza el control migratorio, determinados terceros Estados logran situarse en una posición estratégica y negociar en mejores condiciones. Así, en el marco de una asociación de movilidad, la negociación de un acuerdo de readmisión puede implicar la articulación de un espectro más amplio de incentivos (Tittel-Mosser, 2018: 353). Por ejemplo, en el caso de Marruecos, se incluyó el compromiso de iniciar las negociaciones de un acuerdo de readmisión paralelamente a un acuerdo de facilitación de visados⁷⁵.

En un intento de caracterizar las asociaciones de movilidad, Frasca distingue dos períodos claramente diferenciados (2021: 13). Un primer período, iniciado en 2008, durante el cual este instrumento de la UE desempeñaba una función de paraguas; la participación de los Estados miembros era voluntaria y, en efecto, los niveles de implicación se mantuvieron generalmente bajos⁷⁶. El segundo período, a partir de 2016, se caracteriza por la firma de una segunda generación de asociaciones de movilidad⁷⁷, conocidas como pactos sobre migración, en los que se observa una mayor participación de la

⁷⁵ Comisión Europea, Comunicado de prensa, *L'UE et le Maroc signent un partenariat pour gérer la migration et la mobilité*, de 7 de junio de 2013. Disponible en: <https://is.gd/OFJ2xZ>.

⁷⁶ En un estudio encargado por el Parlamento Europeo (Provera, 2020: 214 y ss.) se apunta que se han estipulado asociaciones de movilidad con Moldavia (5.6.2008), Georgia (30.11.2009), Armenia (27.10.2011), Marruecos (7.6.2013), Azerbaiyán (5.12.2013), Túnez (3.3.2014), Jordania (9.10.2014), Bielorrusia (13.10.2016). Aunque tampoco son públicos los acuerdos, el mismo estudio explica que la cooperación con Nigeria (12.3.2015), Etiopía (11.11.2015) e India (29.03.2016) se estructura en torno a una agenda común sobre migración y movilidad.

⁷⁷ Se han firmado pactos sobre migración con Níger, Nigeria, Malí, Senegal y Etiopía (SEAE, 2016).

diplomacia de los Estados miembros⁷⁸, así como un incremento de los fondos e incentivos destinados a la cooperación⁷⁹. Estos pactos se consideran como la institucionalización del modelo de cooperación establecido entre la UE y Turquía (Bauloz, 2017). Se trata de instrumentos concebidos para reforzar la diplomacia migratoria, activar nuevas fuentes de financiación y potenciar los incentivos para la cooperación. Sin embargo, están diseñados a partir de los objetivos y prioridades de la UE y configuran un sistema de incentivos positivos y negativos que, en última instancia, contribuye a la externalización de la gestión fronteriza de la Unión (Brocza y Paulhart, 2015: 6)⁸⁰.

2.2. Los acuerdos informales de cooperación con Turquía y Afganistán

Además de las asociaciones de movilidad, en materia de retorno ha surgido un conjunto de instrumentos informales, algunos de los cuales se han establecido eludiendo las normas previstas en los Tratados de la UE o al margen del marco institucional, pese a tratarse de un ámbito de competencia compartida entre la Unión y los Estados miembros (Santos Vara, 2019: 24). Según los datos disponibles, los terceros Estados que han negociado acuerdos informales con la UE incluyen Afganistán, Bangladés, Guinea, Etiopía, Costa de Marfil y Gambia (Tribunal de Cuentas, 2021: 12). Tales acuerdos han sido calificados como acuerdos internacionales *soft*, en tanto que jurídicamente no vinculantes (Wessel, 2021: 74).

⁷⁸ La participación activa de determinados Estados miembros en dichos instrumentos se justifica por su interés en asegurar la consistencia del marco de la UE con sus acuerdos bilaterales, especialmente en los casos de Portugal, España, Francia, y —en aquel entonces— el Reino Unido, puesto que contaban con una actividad consolidada (Reslow, 2013: 47).

⁷⁹ Comisión Europea, Comunicación sobre la creación de un nuevo Marco de Asociación con terceros países en el contexto de la Agenda Europea de Migración, 7 de junio de 2016, COM (2016) 385 final, p. 5. Las asociaciones de movilidad han sido objeto de escrutinio y crítica por su clara tendencia a financiar actividades para desalentar y controlar la migración irregular, pero mostrándose muy poco efectivas resolviendo las crisis migratorias (Zoomers *et al.*, 2018: 8). Muchos se han mostrado contrarios a la vinculación de los fondos para el desarrollo y la voluntad de cooperar en la gestión migratoria (Carrera *et al.*, 2016; Castillejo, 2017; Limone, 2017).

⁸⁰ Como resultado de su enfoque de «condicionalidad» o del «más por más», se puede apuntar a diferentes ejemplos, tales como conferir a Senegal oportunidades de migrar legalmente a cambio de un control de fronteras más estrictas, o impulsar programas de reasentamiento de refugiados con Níger a cambio de la cooperación para el retorno de nacionales de terceros países.

Dichos acuerdos informales presentan, además, una notable diversidad tanto en su configuración como en su alcance jurídico. La estructura de la cooperación varía significativamente en cada caso, e incluso algunos de estos acuerdos coexisten con acuerdos formales. Así, con Georgia o Azerbaiyán, los ARUE fueron precedidos por asociaciones de movilidad, lo que sugiere que ciertos instrumentos de *soft law* pueden contribuir a la generación de normas jurídicamente vinculantes, una situación que puede considerarse incluso deseable siempre que el ARUE resulte finalmente aplicable. A la inversa, en el caso de Turquía, la secuencia se invierte: se concluyó un acuerdo informal un año después de haberse adoptado un ARUE. Esta situación es más controvertida, puesto que el acuerdo informal puede llegar a sustituir al ARUE, especialmente si se tiene en cuenta que se inserta en un ámbito de competencias compartidas.

Como regla general, los acuerdos informales no son públicos y, en consecuencia, su contenido no es accesible⁸¹. De este modo, no es posible determinar con precisión el alcance de sus disposiciones, ni los compromisos adoptados en materia de retorno y readmisión. No obstante, el análisis de la Declaración UE-Turquía, así como de la Acción Conjunta para el Futuro en cuestiones migratorias entre Afganistán y la UE —que en su momento sí fueron divulgadas— permite aproximarse al tipo de compromisos que suelen contener dichos acuerdos informales.

El Pacto con Turquía ilustra la manera en que se produce un proceso de externalización de las políticas y responsabilidades en materia de control migratorio hacia los Estados de origen y tránsito (Zoomers *et al.*, 2018: 2). Su contenido es relativamente sencillo, si bien posee profundas implicaciones prácticas. Según este instrumento, Turquía se comprometía a aceptar de forma expedita el retorno de aquellas personas no susceptibles de recibir protección internacional que intentaran cruzar la frontera por el Egeo, incluidas aquellas interceptadas en aguas turcas. En el caso de los nacionales sirios, por cada persona retornada se preveía un reasentamiento en la UE. Como contrapartida, la UE (o sus Estados miembros) se comprometió a proporcionar apoyo económico a las autoridades turcas para la reubicación de refugiados sirios, así como a reactivar las negociaciones sobre la adhesión y sobre la liberalización de visados para los ciudadanos turcos.

⁸¹ Esta práctica se inspira en las de los propios Estados miembros que concluyen acuerdos informales vinculados a la readmisión tales como acuerdos de cooperación policial, acuerdos de cooperación técnica, procedimientos operativos estándar y memorándums de entendimiento; la mayoría de las veces caracterizados por su poca transparencia y publicidad (Giuffré, 2020).

La naturaleza jurídica del Pacto UE-Turquía fue objeto de un amplio debate doctrinal (Fernández Arribas, 2016; Lehner, 2018, o García Andrade, 2022a), en particular porque presentaba cierta apariencia de instrumento del Consejo Europeo y no era equiparable a un tratado celebrado con arreglo al art. 218 TFUE. El TJUE trató de zanjar la controversia señalando que el pacto era atribuible a los Estados miembros y no a la institución de la Unión⁸², si bien pasó por alto diversos indicios y referencias que apuntaban en sentido contrario (Moreno-Lax, 2024b: 40). Ello implicaba que el Tribunal consideraba el pacto como una lista de medidas operativas establecida por los Estados y aprobadas con el fin de restablecer el orden público. En consecuencia, el TJUE no analizó el impacto del pacto sobre el ARUE concluido entre la UE y Turquía, pese a que este avanzaba *de facto* su entrada en vigor. De hecho, el Tribunal de Justicia concluyó que carecía de jurisdicción para revisar su contenido por considerarlo no atribuible a las instituciones de la UE. Esta decisión no solo supone la imposibilidad de interponer un recurso de anulación, sino que también conlleva, como efecto adicional, que no puedan plantearse cuestiones prejudiciales respecto a la aplicación de dicho instrumento (Ott, 2017). En definitiva, una parte significativa de la cooperación de la Unión en materia de retornos queda fuera de la tutela del TJUE, incluso cuando pueda incidir en los derechos fundamentales de las personas retornadas⁸³. Desde esta perspectiva, continúa siendo polémica la caracterización de Turquía como «país seguro», mientras las personas migrantes permanecen atrapadas sin posibilidad de acceder de forma efectiva al procedimiento de asilo (Alpes *et al.*, 2017).

En el caso de Afganistán, en 2016 se adoptó una Acción Conjunta para el Futuro en cuestiones migratorias⁸⁴, vigente hasta finales de 2020 y posteriormente reemplazada por la Declaración Conjunta UE-Afganistán sobre Cooperación en materia de Migración, esta última sin fecha de finalización⁸⁵. En relación con los retornos, y a diferencia de lo previsto en los ARUE —que incluyen una cierta reciprocidad nominal—, ambas declaraciones establecen

⁸² Auto del Tribunal General de 28 de febrero de 2017, NF/Consejo Europeo, T-192/16, T-193/16 y T-257/16, EU:T:2017:128, EU:T:2017:129 y EU:T:2017:130. Así como Auto del Tribunal de Justicia de 12 de septiembre de 2018, NF/Consejo Europeo, C-208/17 a 210/17, EU:C:2018:705.

⁸³ Auto del Tribunal de Justicia de 12 de septiembre de 2018, NF/Consejo Europeo, C-208/17 a C-210/17, EU:C:2018:705.

⁸⁴ Conocida, en inglés, como la Joint Way Forward on migration issues between Afghanistan and the EU. Disponible en: <https://is.gd/qGLn2J>.

⁸⁵ Declaration on Migration Cooperation between Afghanistan and the EU. Disponible en: <https://is.gd/lgw63I>.

como objetivo el retorno a Afganistán de sus nacionales que no cumplen los requisitos para permanecer de forma regular en el territorio de la UE.

La Declaración de 2021 contiene disposiciones más detalladas que su predecesora, que merecen particular atención. Ambas declaraciones prevén la utilización de vuelos regulares o chárter, con referencia explícita a la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (Frontex) como entidad coordinadora, a la luz del reciente refuerzo de sus competencias (Fernández-Rojo, 2020). Esta mención resulta controvertida, especialmente debido a la limitada rendición de cuentas y a la elusión de responsabilidades de la agencia en materia de derechos humanos (Santos Vara, 2021; De Coninck, 2023; Gkliati, 2024)⁸⁶. En este sentido, la declaración de 2021 subraya que la intervención de Frontex en los retornos aporta un valor añadido respecto a la cooperación bilateral y afirma que dichos vuelos se regirán exclusivamente por la declaración, con independencia de los acuerdos bilaterales de los Estados miembros⁸⁷. Parece, por tanto, que en este caso la cuestión de la atribución del pacto a la UE no plantea controversia, dado que se menciona directamente la participación de una agencia de la Unión. Asimismo, ambas declaraciones aluden a la adopción de medidas especiales para grupos vulnerables —menores, mujeres, personas enfermas, entre otros— a lo largo de todo el proceso⁸⁸. Sin embargo, no se explicitan las medidas concretas ni, en principio, se excluye su retorno. Estas cuestiones pueden resultar especialmente relevantes desde la perspectiva del control jurisdiccional, pues difícilmente podrían sostenerse los argumentos empleados por el TJUE en el caso de la cooperación con Turquía, aun tratándose de instrumentos de *soft law*.

El impacto real y los resultados positivos de los acuerdos informales suscritos con Turquía y Afganistán no son del todo claros en la actualidad (Spijkerboer, 2016; Demirbaş y Miliou, 2024; y Tafani y Riccaboni, 2025). En cualquier caso, la falta de transparencia dificulta su escrutinio democrático y jurídico, incrementa la opacidad y plantea desafíos significativos desde la perspectiva del principio de legalidad en la acción exterior de la Unión, contribuyendo, en general, a la erosión del Estado de derecho en la UE.

⁸⁶ Aunque la acción de Frontex no se analiza en la presente investigación, se debe remarcar que su cooperación internacional en la mayoría de las ocasiones se basa en instrumentos de *soft law*, tales como acuerdos de trabajo con terceros Estados. La implementación práctica de dichos acuerdos tiene numerosas implicaciones jurídicas (Tsourdi, 2020).

⁸⁷ Declaración de 2021, parte 2, pár. 3.

⁸⁸ Véase Joint Way Forward, parte I, punto 4.

2.3. El Memorando de Entendimiento con Túnez

El Memorando de Entendimiento (MdE) suscrito entre la Comisión y Túnez se inscribe en la progresiva informalización de la acción exterior de la Unión en materia migratoria⁸⁹. A diferencia de lo acontecido en el caso de Turquía, el propio MdE atribuye expresamente su autoría a la UE, representada por la Comisión Europea, lo que reviste especial relevancia desde la perspectiva del equilibrio institucional.

En virtud de dicho instrumento, la Unión se compromete a proporcionar apoyo financiero directo con el objetivo de reforzar la cooperación en ámbitos tales como la estabilidad macroeconómica y el comercio —incluida la agricultura, el transporte aéreo, la economía circular o la transición digital—, la transición a las energías renovables y el fortalecimiento de los contactos interpersonales. Como contrapartida, Túnez asume compromisos en materia de retorno, lucha contra el tráfico y la trata de seres humanos, así como control de fronteras, en particular mediante la prevención de salidas marítimas irregulares desde su territorio.

Pese a la indudable relevancia jurídica y política de sus efectos, las partes califican el instrumento como «acuerdo político no vinculante». El MdE fue precedido por otros instrumentos de carácter igualmente flexible, como la asociación de movilidad en 2014 que presenta un contenido y lenguaje mucho más cuidados (García Andrade y Frasca, 2024: 7). Con todo, el nuevo texto parece incorporar un elemento cualitativamente novedoso, al incluir referencias explícitas al control de fronteras, extremo que intensifica su incidencia en el ámbito de la gestión migratoria.

La adopción del MdE no estuvo exenta de controversia institucional. Con anterioridad incluso al inicio de las negociaciones, el Parlamento Europeo había manifestado abiertamente su desaprobación respecto de la creciente informalización de la acción exterior de la Unión en materia migratoria⁹⁰. Meses antes de su firma, expresó asimismo su preocupación por la deriva autoritaria del régimen de Saied y por las múltiples vulneraciones de derechos humanos, especialmente en relación con el trato dispensado a migrantes subsaharianos⁹¹. Tras la adopción del Memorando, se formularon numerosas

⁸⁹ El Memorando de Entendimiento entre la UE y Túnez es público y puede consultarse en <https://is.gd/XIVffo>.

⁹⁰ Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de mayo de 2021, sobre la protección de los derechos humanos y la política exterior de la Unión en materia de migración (2020/2116[INI]). P9 TA(2021)0242, párr. E.

⁹¹ Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de marzo de 2023, sobre los ataques recientes contra las libertades de expresión y de asociación y los sindicatos en Túnez,

preguntas dirigidas a la Comisión en las que se cuestionaba su base jurídica, el respeto del principio de equilibrio institucional y el papel del Parlamento en el proceso decisorio, subrayándose además la ausencia de una evaluación de impacto en materia de derechos humanos. Más allá de estas acciones, la adopción del memorando afecta las prerrogativas del Parlamento Europeo, cuyo deber de consulta, tal y como el TJUE afirmó en el asunto *Tanzania*, también se extiende a la adopción de los acuerdos internacionales informales⁹².

Como apuntan García Andrade y Frasca (2024: 3), las dudas no se circunscribieron al Parlamento, pues el Alto Representante y diversos Estados miembros pusieron en entredicho la actuación unilateral de la Comisión en la conclusión del Mde con Túnez. Este elemento lo diferencia de los acuerdos informales alcanzados con Turquía o Afganistán, en los que la participación de los Estados miembros —directa o indirecta— fue determinante para su adopción.

En el asunto sobre el memorando con Suiza, el TJUE señaló la falta de correspondencia entre la capacidad de negociación y la capacidad normativa⁹³. Esta última, incluso en el ámbito de instrumentos de *soft law* como los memorandos de entendimiento, corresponde al Consejo, aun cuando el texto negociado reproduzca literalmente el mandato conferido. La doctrina del Tribunal inspiró un acuerdo interinstitucional entre el Consejo, la Comisión y el Servicio Europeo de Acción Exterior relativo al procedimiento a seguir en la negociación de memorandos de entendimiento⁹⁴. Conforme a dicho entendimiento, el negociador debe informar al Consejo en, al menos, dos momentos: antes del inicio de las negociaciones y, con carácter general, cinco semanas antes de la firma, remitiendo un proyecto de texto acompañado de su justificación. Corresponde al Consejo otorgar su visto bueno, si bien el negociador conserva cierto margen de discrecionalidad para concretar el texto definitivo.

En el caso del memorando con Túnez, sin embargo, se advierte una participación cuando menos ambigua de los Estados miembros, en la medida en que el Consejo no aprobó formalmente su firma, pero consta que el texto

en particular el caso del periodista Nuredin Butar (2023/2588[RSP]). P9 TA(2023)0084, párr. 7.

⁹² Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 14 de junio de 2016, Parlamento/Consejo, C-263/14, EU:C:2016:435, apdo. 70.

⁹³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 28 de julio de 2016, Consejo/Comisión, C-660/13, EU:C:2016:616, párrs. 36 a 40.

⁹⁴ Consejo de la UE, documento núm. 15367/17, de 4 de diciembre de 2017, *Follow up to Judgment in Case C-660/13. Arrangements between Secretaries General on non-binding instruments*, p. 2.

fue objeto de consultas⁹⁵. Como acertadamente apuntan García Andrade y Frasca (2024), esta situación revela una paradoja significativa: se exige una autorización formal sujeta a procedimiento para la adopción de un instrumento calificado como *soft law* y, por ende, desprovisto de fuerza jurídica vinculante.

Desde una perspectiva sistémica, el recurso creciente a instrumentos de *soft law* en la acción exterior de la Unión plantea interrogantes sobre la erosión del multilateralismo en este ámbito. Tales instrumentos permiten articular formas de cooperación altamente personalizadas, posibilitando que los Estados se beneficien de los compromisos políticos asumidos sin quedar jurídicamente obligados en sentido estricto.

No resulta descartable que esta práctica se intensifique en los próximos años. El propio Consejo Europeo ha subrayado la importancia de establecer con otros países de la vecindad sur asociaciones similares a la articulada con Túnez⁹⁶, lo que apunta a una consolidación de este modelo de gobernanza flexible en la política migratoria exterior de la Unión.

3. SOBRE LA CONSOLIDACIÓN DE UN SISTEMA BASADO EN LA CONDICIONALIDAD

Más allá de la naturaleza jurídica de los instrumentos empleados para articular la cooperación con terceros países, el pacto se orienta hacia un sistema basado en incentivos y penalizaciones que merece cierta atención. Así, recuerda que la reforma del Código de Visados de 2019 introdujo un mecanismo de condicionalidad entre la cooperación en materia de readmisión por parte de terceros Estados y las condiciones de expedición de visados Schengen para sus nacionales⁹⁷. Esta modificación constituye, en realidad, la positivización de la práctica informal consistente en utilizar la política de visados para incentivar la cooperación en readmisión, de modo que los países que no cooperan afrontan condiciones más estrictas para la obtención de visados (Frasca, 2021: 25). De esta forma se dota de un mecanismo más para asegurar la cooperación

⁹⁵ Consejo de la UE, documento núm. 10971/23, de 12 julio de 2023, *Summary record. Permanent Representatives Committee. 21, 22, 23 and 26 June 2023*.

⁹⁶ Conclusiones del Consejo Europeo de 29 y 30 de junio de 2023. EUCO 7/23, punto 37.

⁹⁷ Véase el art. 25 *bis* del Reglamento (EU) 2019/1155 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por el que se modifica el Reglamento (CE) 810/2009 por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de Visados) (DO L 188, de 12 de julio de 2019, p. 25)

de terceros Estados, especialmente cuando esta se estructura sobre la base de instrumentos de *soft law*.

En esta línea y desde la perspectiva de la Comisión Europea, «viajar sin visado no es un derecho permanente sino un privilegio que requiere esfuerzos constantes para mantenerse»⁹⁸. Más allá de la suspensión de los acuerdos sobre visados que suelen negociarse paralelamente a un ARUE, la Comisión identifica el art. 25 *bis* del Código de Visados como una «herramienta poderosa para incluir en la cooperación»⁹⁹. De acuerdo con el apdo. 2, el grado de cooperación del tercer Estado se mide a partir de resultados numéricos de retornos efectuados, así como de la asistencia prestada en la identificación de personas y en la expedición puntual de documentos de viaje; en la aceptación del documento de viaje europeo, la aceptación de la readmisión y, también, la aceptación de operaciones y vuelos de retorno. La aplicación del mecanismo de condicionalidad requiere la aprobación de una decisión de ejecución por parte del Consejo a propuesta de la Comisión basada en un informe de seguimiento anual.

El apdo. 5 establece la aplicación de medidas en dos fases. En una primera fase se puede suspender temporalmente la exención de documentos justificativos o de pago de tasas, la reducción de plazos en el examen de las solicitudes o los visados para entradas múltiples. Si estas medidas no resultan eficaces, en una segunda fase se establecerán, mediante una decisión de ejecución, tasas de obtención de visados más altas.

En la práctica, desde el acuerdo del pacto la Comisión ha propuesto aplicar este mecanismo de condicionalidad y suspender ciertas disposiciones del Código de Visados por falta de cooperación para el retorno en casos como los de Bangladés¹⁰⁰, Gambia¹⁰¹ e Irak¹⁰², Senegal¹⁰³ y, más recientemente, en

⁹⁸ Comisión Europea, Comunicación «EU visa policy strategy», 29 de enero de 2026, COM (2026) 43 final, p. 14.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 4.

¹⁰⁰ Propuesta de Decisión de ejecución del Consejo, de 15 de julio de 2021, sobre la suspensión de determinadas disposiciones del Reglamento (CE) n.º 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en relación con Bangladés, COM (2021) 412 final.

¹⁰¹ Propuesta de Decisión de ejecución del Consejo, de 15 de julio de 2021, sobre la suspensión de determinadas disposiciones del Reglamento (CE) n.º 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en relación con Gambia, COM (2021) 413 final.

¹⁰² Propuesta de Decisión de ejecución del Consejo, de 15 de julio de 2021, sobre la suspensión de determinadas disposiciones del Reglamento (CE) n.º 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en relación con Irak, COM (2021) 414 final.

¹⁰³ Propuesta de Decisión de ejecución del Consejo, de 9 de noviembre de 2022, sobre la suspensión de determinadas disposiciones del Reglamento (CE) n.º 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en relación con Senegal, COM (2022) 631 final.

los casos de Etiopía¹⁰⁴, Somalia¹⁰⁵ y Guinea¹⁰⁶. De acuerdo con los datos del último informe anual sobre migración y asilo, las recomendaciones de la Comisión tuvieron un impacto en las ratios de retornos registradas en 2024; así, menciona el caso de Bangladés, del 9 % en 2023 al 17 %, y, en el de Irak, del 14 % en 2023 al 31 %¹⁰⁷. El Consejo solamente ha adoptado medidas restrictivas respecto de Gambia y Etiopía.

El caso de Gambia se inició debido a los importantes problemas prácticos que Alemania decía sufrir por la imposición de una moratoria a las operaciones de retorno forzoso dictada en junio de 2021. Después de aplicar el conjunto de medidas de la primera fase con pocos resultados¹⁰⁸, la Comisión propuso aplicar las medidas de la segunda. Así, a finales de 2022 se aprobó el aumento de las tasas de visados¹⁰⁹. Dichas medidas fueron derogadas en 2024, pues «se estableció una mejora sustancial y continuada en la cooperación en materia de readmisión en cuanto a la organización de vuelos y las operaciones de retorno»¹¹⁰. No obstante, el resto de las medidas se mantuvo pues la falta de cooperación para la identificación de nacionales y la emisión de documentos de viaje sigue siendo deficitaria.

La falta de cooperación por parte de Etiopía se debía a una baja tasa de retorno, puesto que no colaboraba en la identificación de sus propios nacio-

¹⁰⁴ Propuesta de Decisión de Ejecución del Consejo, de 27 de septiembre de 2023, sobre la suspensión de determinadas disposiciones del Reglamento (CE) n.º 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en relación con Etiopía, COM (2023) 568 final.

¹⁰⁵ Propuesta de Decisión de Ejecución del Consejo, de 23 de julio de 2024, sobre la suspensión de determinadas disposiciones del Reglamento (CE) n.º 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en relación con Somalia, COM (2024) 324 final.

¹⁰⁶ Propuesta de Decisión de Ejecución del Consejo, de 15 de julio de 2023, sobre la suspensión de determinadas disposiciones del Reglamento (CE) n.º 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en relación con Guinea, COM (2025) 413 final.

¹⁰⁷ Comisión Europea, Informe europeo anual sobre asilo y migración (2025), 11 de noviembre de 2025, COM (2025) 795 final, p. 19.

¹⁰⁸ Decisión de Ejecución (UE) 2021/1781 del Consejo, de 7 de octubre de 2021, sobre la suspensión de determinadas disposiciones del Reglamento (CE) 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en relación con Gambia (DO L 360 de 11.10.2021, p. 124).

¹⁰⁹ Decisión de Ejecución (UE) 2022/2459 del Consejo, de 8 de diciembre de 2022, sobre la aplicación de tasas de visado más elevadas con respecto a Gambia (DO L 321 de 15.12.2022, p. 18).

¹¹⁰ Decisión de Ejecución (UE) 2024/1231 del Consejo, de 12 de abril de 2024, relativa a la derogación de la Decisión de Ejecución (UE) 2022/2459 del Consejo sobre la aplicación de tasas de visado más elevadas con respecto a Gambia (DO L 2024/1231).

nales y en la falta de emisión de documentación para aquellos que identificaba¹¹¹. En consecuencia, el Consejo de la UE decidió aplicar las medidas de la primera fase con el objetivo de «animar a Etiopía a emprender las acciones necesarias para mejorar la cooperación en materia de readmisión»¹¹². En este caso la Comisión Europea ha apuntado recientemente que las medidas aplicadas a Etiopía han surtido efectos¹¹³, incrementando los retornos del 11 % al 23 %.

Aunque con unos incrementos de la tasa de retorno aparentemente discretos¹¹⁴, parece ser que el mecanismo del art. 25 *bis* empieza a tener el impacto esperado. Se espera que en 2026 la Comisión Europea, dentro de la revisión prevista del Código de Visados, mantenga la apuesta por la condicionalidad. La idea es proporcionar «un mayor énfasis en las prioridades políticas de la Unión» con el objetivo de «salvaguardar y promover los intereses de la UE»¹¹⁵. La reforma intentará profundizar en su aplicación en términos de estrategia y agilidad. En este sentido, la Comisión aboga por la reacción rápida si existe cierto deterioro en la cooperación, e incluso por la aplicación directa de medidas restrictivas ante moratorias de retornos forzosos. Asimismo, se apuesta por la introducción de nuevos parámetros para la evaluación como la tasa de denegación de visados o las solicitudes de asilo infundadas, pero también se introducen aquellos relacionados con la seguridad y la lucha contra el crimen organizado¹¹⁶. Aunque los datos disponibles muestran un éxito relativo del art. 25 *bis*¹¹⁷, la satisfacción por parte de la Comisión se hace patente en la nueva Estrategia de la Política de Visados de la UE, en la que se anima a proponer la extensión de esta herramienta a instrumentos de otras áreas: la cooperación vinculada al marco financiero plurianual para 2028-2034, así como al acceso preferencial al mercado único de la UE¹¹⁸. Esta propuesta está en línea con el Pacto de Migración y Asilo que enfatizó la capacidad de la Comisión para «determinar nuevas medidas eficaces que incentiven y mejoren

¹¹¹ COM (2023) 568 final, p. 2.

¹¹² Decisión de Ejecución (UE) 2024/1341 del Consejo, de 29 de abril de 2024, sobre suspensión de determinadas disposiciones del Reglamento (CE) 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo en relación con Etiopía (DO L 2024/1341), considerando 4.

¹¹³ COM (2024) 324 final, p. 19.

¹¹⁴ La Comisión Europea ha marcado como objetivo una media de tasas de retorno de un 25 %, véase Comisión Europea, European Asylum and Migration Management Strategy, 29 de enero de 2026, COM (2026) 45 final, p. 3.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 4.

¹¹⁶ *Ibid.* p. 2.

¹¹⁷ COM (2025) 795 final, p. 19.

¹¹⁸ COM (2026) 45 final, p. 4.

la cooperación para facilitar el retorno y la readmisión», en referencia a la —ya vigente— propuesta de Reglamento sobre gestión del asilo y la migración, esto es, la posibilidad de condicionar el apoyo financiero a acciones en terceros Estados a los resultados de la evaluación anual realizada por la Comisión¹¹⁹. Todo parece apuntar a que el sistema de condicionalidad en la política de retorno se ampliará y consolidará durante los próximos años. A falta de una evaluación completa de su impacto, parece que la condicionalidad puede contribuir a paliar la falta de cooperación derivada de la elección de instrumentos de *soft law*.

IV. CONSECUENCIAS DEL USO DEL *SOFT LAW*

La evolución reciente de la política migratoria de la UE pone de manifiesto un crecimiento sostenido y estructural del recurso a instrumentos de *soft law* como herramienta para dirigir, facilitar y en ocasiones reemplazar la cooperación con terceros países en materia de gestión migratoria. Como se ha apuntado, un rasgo definitorio del *soft law* reside en su falta de fuerza jurídicamente obligatoria. Aunque esta característica pueda parecer, en apariencia, un elemento neutro o incluso conveniente para favorecer la rapidez y la flexibilidad de la acción exterior, los efectos de su utilización son significativos.

Uno de los más relevantes es la opacidad que deriva de una ausencia de publicidad y transparencia. La falta de publicación sistemática de los acuerdos informales en el *Diario Oficial de la Unión Europea* reduce notablemente la accesibilidad pública a estos instrumentos y limita la capacidad de la ciudadanía, y especialmente del Parlamento Europeo, para supervisar el contenido, el alcance y la implementación de los compromisos asumidos (Gatti, 2016: 2). Ello tiene implicaciones que van más allá de la mera formalidad institucional, pues afecta a principios esenciales del ordenamiento europeo, como el de transparencia, legalidad y participación democrática en la producción normativa. Aunque el *soft law* no crea obligaciones jurídicas directas, sí orienta y condiciona los comportamientos institucionales, guía las prácticas adminis-

¹¹⁹ Se trata de contribuciones financieras aportadas por los Estados miembros al presupuesto de la UE incluidas en el contingente anual de solidaridad, véanse art. 56, apdo. 2 b), y art. 64 del Reglamento (UE) 2024/1351 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la gestión del asilo y la migración, por el que se modifican los Reglamentos (UE) 2021/1147 y (UE) 2021/1060 y se deroga el Reglamento (UE) 604/2013 (DO L 1351, de 22 de mayo de 2024, p. 1).

trativas de los Estados miembros, moldea las relaciones con países terceros y genera consecuencias tangibles sobre los derechos y la situación jurídica de las personas migrantes y solicitantes de asilo, configurando *de facto* una normatividad difusa pero operativa.

La progresiva normalización del *soft law* en materia de retorno ha dado lugar a una auténtica «zona gris» normativa, un espacio intermedio en el que se suspenden parcialmente las exigencias procedimentales y de control propias del derecho de la Unión. Este fenómeno, lejos de constituir un episodio coyuntural, refleja una tendencia estructural que responde a la voluntad política de disponer de mecanismos más maleables, capaces de eludir los ritmos y exigencias del proceso legislativo ordinario y del procedimiento previsto para los acuerdos internacionales (Sardu, 2021: 325). La ambigüedad inherente al *soft law* debilita la jerarquía de fuentes, reduce la previsibilidad de la acción pública y disminuye la calidad del debate democrático.

El desplazamiento hacia el *soft law* se hace especialmente problemático en materia de readmisión, donde están en juego derechos fundamentales de especial protección, como el derecho de asilo, el principio de *non-refoulement*, la libertad personal o la integridad física. La flexibilidad normativa, que en otros contextos puede considerarse una ventaja, se convierte en un riesgo sistémico. La utilización de instrumentos no vinculantes permite eludir el procedimiento previsto en el art. 218 del TFUE, que constituye la columna vertebral para la negociación, celebración, supervisión y control judicial de los acuerdos internacionales de la Unión. Dicho procedimiento distribuye de manera equilibrada las funciones entre el Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo, garantiza la información constante a este último y prevé la posibilidad de solicitar un dictamen previo del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad del acuerdo con los Tratados. Cuando la cooperación con terceros países se articula mediante *soft law* todas estas garantías desaparecen o quedan severamente debilitadas. El Parlamento Europeo se ve excluido del diseño, seguimiento y evaluación de la acción exterior, reduciéndose su papel a una mera recepción de información fragmentaria y *a posteriori*, lo que contradice su papel constitucional como representante directo de la ciudadanía y órgano esencial de control democrático (García Andrade, 2018).

La omisión del control *ex ante* y *ex post* por parte del Tribunal de Justicia agrava esta situación. De hecho, la elección de instrumentos de *soft law* para articular la cooperación con terceros Estados comporta la posibilidad de evitar el dictamen previo sobre su compatibilidad con los Tratados en lugar de lo que pasa cuando se concluyen acuerdos internacionales formales. Tampoco resulta fácilmente impugnables ante los tribunales, dado que el TJUE ha mantenido una postura restrictiva en relación con el examen de instrumentos no vinculantes, al considerar que no producen efectos jurídicos directos (Carrera *et al.*,

2017). Sin embargo, esta concepción formalista ignora la capacidad real del *soft law* para generar efectos indirectos que condicionan la práctica tanto a escala europea como estatal. En efecto, las orientaciones operativas incluidas en estos instrumentos se traducen en procedimientos específicos de retorno, en la organización de vuelos conjuntos, en la aceptación de determinados documentos por parte de terceros Estados y en la implementación de prácticas que afectan materialmente a los derechos de las personas migrantes. La falta de control judicial efectivo crea un ámbito de discrecionalidad institucional donde las decisiones pueden adoptarse sin mecanismos rigurosos de supervisión y sin un régimen de responsabilidad (Chamon, 2024), incentivando la expansión de instrumentos amplios, detallados y operativos bajo la apariencia de meras declaraciones políticas.

La interacción entre el *soft law* y los procedimientos internos de los Estados miembros tiene consecuencias relevantes para la protección de los derechos fundamentales, especialmente en relación con el principio de *non-refoulement*. Aunque los instrumentos no vinculantes no generan obligaciones jurídicas directas, la cooperación operativa que establecen se integra en la ejecución de decisiones de retorno reguladas por la Directiva sobre el Retorno y sometidas a los estándares de la Carta de Derechos Fundamentales. El respeto al principio de no devolución exige verificar que el tercer país al que se pretende retornar a una persona migrante cumple de manera plena y acumulativa las garantías mínimas establecidas por el derecho de la Unión. Sin embargo, como se ha apuntado, varios de los instrumentos recientes carecen de mecanismos de verificación independientes y no incluyen salvaguardas explícitas relativas a derechos humanos, lo que pone en cuestión la suficiencia de las garantías que ofrecen. La combinación de procedimientos nacionales restrictivos, recursos sin efecto suspensivo automático y acuerdos de *soft law* puede conducir a retornos que no cumplen los estándares europeos, con consecuencias irreversibles para la vida y la integridad física de las personas afectadas.

Las consecuencias de este fenómeno trascienden el ámbito migratorio. Diversos estudios han advertido de una progresiva «des-lisbonización» del derecho de la Unión, entendida como un retroceso respecto a los avances introducidos por el Tratado de Lisboa en materia de transparencia, participación parlamentaria y control judicial (Santos Vara y Sánchez-Taberner, 2018). El uso sistemático de instrumentos no vinculantes desplaza el modelo jurídico previsto por los Tratados hacia una gobernanza más informal, dominada por la eficacia política y por la flexibilidad operativa, en detrimento de las garantías jurídicas, la seguridad del sistema normativo y la legitimidad democrática de la acción exterior (Cannizzaro, 2016: 4). Aunque algunos autores encuentran en el *soft law* una herramienta útil para gestionar un

contexto migratorio caracterizado por la volatilidad y la presión política, esta valoración no puede ocultar los riesgos estructurales que su empleo generalizado supone para el proyecto de integración europea (Moreno-Lax, 2024a: 41). Cuando la flexibilidad se convierte en un principio rector capaz de desplazar la legalidad, la transparencia y la protección de derechos, se erosiona la confianza ciudadana en las instituciones y se debilita uno de los pilares fundamentales del modelo europeo: el Estado de derecho como límite y garantía de la acción pública.

V. CONCLUSIONES

El análisis de la política de retorno de la Unión Europea pone de manifiesto hasta qué punto los instrumentos de *soft law* han adquirido un papel central en la configuración y desarrollo del régimen europeo de migración y asilo. Lejos de constituir simples instrumentos auxiliares o meras declaraciones políticas sin efectos prácticos, el *soft law* se ha convertido en un elemento estructural del entramado normativo europeo, capaz de complementar, orientar e incluso sustituir, en la práctica, a los instrumentos jurídicos vinculantes tradicionales. Este fenómeno invita a reflexionar sobre sus causas, su funcionalidad y, especialmente, sobre sus implicaciones jurídicas, institucionales y en materia de derechos fundamentales.

En primer lugar, el atractivo del *soft law* en el ámbito del retorno reside en su flexibilidad procedimental y en su capacidad para ofrecer respuestas rápidas y adaptables ante un contexto político caracterizado por la percepción constante de crisis migratoria. Su adopción no exige los complejos procedimientos de celebración propios de los tratados internacionales, ni los mecanismos legislativos de la Unión, lo que permite a las instituciones —principalmente a la Comisión Europea— y a los Estados miembros avanzar con mayor celeridad en la cooperación con terceros países. Desde una perspectiva de acción exterior, esta forma de *soft law* internacional se configura como un estadio adicional en la escalada cooperativa con terceros Estados, respondiendo a necesidades inmediatas de gestión fronteriza y control migratorio.

La tipología de instrumentos de *soft law* utilizados en materia de retorno es amplia y heterogénea, lo que refleja la versatilidad de esta categoría normativa. Desde el punto de vista interno, estos instrumentos desempeñan una función de complementariedad respecto de la Directiva sobre el Retorno: contribuyen a clarificar aspectos procedimentales, facilitan la interpretación de sus disposiciones y apoyan su aplicación práctica por parte de los Estados miembros. Esta función, en principio enriquecedora, se inserta dentro de la lógica propia de la gobernanza administrativa de la UE, donde las orienta-

ciones, los manuales y las recomendaciones sirven para uniformizar prácticas y asegurar cierto grado de coherencia en la implementación.

En contraste, en la dimensión exterior, los instrumentos de *soft law* persiguen idénticos objetivos a los acuerdos formales de readmisión de la UE y a las cláusulas de retorno incorporadas en acuerdos mixtos, aunque con una diferencia fundamental: la ausencia de reciprocidad. Mientras que los ARUE establecen un marco jurídicamente equilibrado —al menos en su formulación formal—, las declaraciones conjuntas, agendas, planes de acción o asociaciones informales revelan de forma mucho más transparente los intereses de cada una de las partes. Para la UE, el objetivo prioritario es el retorno de nacionales de terceros Estados que no cumplen los requisitos de permanencia; para los terceros países, el atractivo se concentra fundamentalmente en la obtención de financiación y en el acceso a regímenes de visados más favorables. La aparición del principio «más por más» refleja esta lógica transaccional, basada en incentivos y penalizaciones, donde la pareja «incentivo-sanción» se configura como elemento esencial de negociación.

Esta tendencia se observa con particular claridad en la última década, marcada por una proliferación de acuerdos informales que, en la práctica, sustituyen a los ARUE, pese a que los propios documentos insisten en que no excluyen su futura celebración. La realidad evidencia que, si el contenido sustantivo es similar y el instrumento informal es más aceptable políticamente para el tercer país, la conclusión de un ARUE resulta improbable. Esta lógica conduce a un proceso de personalización creciente de los instrumentos de cooperación: los ARUE y las cláusulas de retorno son casi idénticos entre sí, al igual que las asociaciones de movilidad, mientras que las declaraciones conjuntas presentan un grado mayor de adaptación a las necesidades concretas de cada relación bilateral. La Comisión parece haber alcanzado así su objetivo de fomentar una cooperación «a medida», más pragmática y centrada en resultados inmediatos.

Resulta significativo que, pese a la supuesta flexibilidad del *soft law*, estos instrumentos no necesariamente presentan un contenido indeterminado o ambiguo. Muy al contrario, suelen establecer procedimientos detallados, plazos específicos y obligaciones operativas precisas, dificultando distinguir sus efectos prácticos de los derivados del *hard law*. A ello debe añadirse que la condicionalidad derivada del art. 25 *bis* del Código de Visados proporciona una herramienta potente para incentivar su aplicación. Esta combinación muestra que el *soft law* puede producir comportamientos equiparables a los generados por instrumentos jurídicos vinculantes, difuminando la frontera conceptual entre ambas categorías.

Sin embargo, esta evolución no está exenta de profundas preocupaciones institucionales y jurídicas. En primer lugar, destaca la ausencia total del Parla-

mento Europeo en la negociación y adopción de estos instrumentos, sin que sea informado ni consultado. Ello supone una alteración del equilibrio institucional establecido por los Tratados y plantea interrogantes sobre la transparencia, la rendición de cuentas y la participación democrática en un ámbito que afecta directamente a derechos fundamentales. La marginación del Parlamento refleja la fragilidad del ecosistema institucional europeo cuando interactúa con el ordenamiento internacional mediante normas informales, escapando de los cauces formalizados de control.

En segundo lugar, el uso extensivo del *soft law* en materia de retorno tiene un impacto jurídico múltiple. Afecta al ordenamiento jurídico de la UE, pues introduce una capa normativa paralela que, sin ser formalmente vinculante, condiciona la actuación de las instituciones y de los Estados miembros. Afecta también al ordenamiento jurídico de los terceros Estados, que se ven impulsados a adoptar determinadas prácticas o reformas bajo una lógica de incentivos y penalizaciones. Y, sobre todo, impacta en los derechos fundamentales de las personas migrantes, en particular en las garantías previstas en el art. 19 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. El riesgo de devoluciones sin las debidas evaluaciones individuales o hacia países cuya consideración como seguros es en sí misma controvertida constituye uno de los principales puntos de fricción.

En tercer lugar, estos instrumentos contribuyen a reforzar la percepción de que los terceros países son lugares seguros, rebajando *de facto* el efecto útil de la noción de «tercer país seguro» prevista en el derecho de la Unión. La cooperación informal tiende a naturalizar esa presunción sin someterla al escrutinio jurídico requerido, lo cual puede conducir a vulneraciones sistemáticas de garantías esenciales.

Finalmente, la normalización del *soft law* en un contexto discursivo marcado por la construcción permanente de crisis migratorias y por la adopción de un enfoque securitario comporta riesgos claros. Instrumentos que nacieron como excepcionales para responder a circunstancias de urgencia se consolidan como herramientas estructurales y permanentes. Operar fuera de los marcos formales establecidos y en un contexto de crisis continua puede erosionar los estándares de protección y generar un sistema donde la flexibilidad normativa se impone a la seguridad jurídica y a las garantías.

En suma, la proliferación del *soft law* en materia de retorno constituye una tendencia que refleja la búsqueda de la eficacia inmediata, pero que conlleva importantes costes jurídicos y democráticos. Aceptar su uso como instrumento de *para-law*, sustitutorio de los mecanismos formales, equivale a asumir una desintegración progresiva de la arquitectura jurídica de la cooperación en materia de retorno, debilitando tanto la coherencia del ordenamiento europeo como la protección de los derechos fundamentales. Los acuerdos

informales son, por tanto, testimonio no solo de la contestación o resistencia por parte de terceros Estados, sino también de las consecuencias de la externalización de las fronteras europeas. Ante esta evolución, resulta imprescindible reabrir el debate sobre la legitimidad, la transparencia y los límites jurídicos que deben regir la acción exterior de la Unión en un ámbito tan sensible como el retorno.

Bibliografía

- Abbott, Kenneth W. y Snidal, Duncan (2000). Hard and Soft Law in International Governance. *International Organization*, 54 (3), 421-456. Disponible en: <https://doi.org/10.1162/002081800551280>.
- Alpes, Maybritt Jill; Tunaboğlu, Sevda; Ulusoy, Orcun y Hassan, Saima (2017). *Post-deportation risks under the EU-Turkey Statement: What happens after readmission to Turkey?* European University Institute. Disponible en: <https://is.gd/1PPvUK>.
- Arenas Hidalgo, Nuria (2010). Los acuerdos europeos de readmisión de inmigrantes en situación irregular. Diez años de política europea de readmisión a debate. *Cuadernos Europeos de Deusto*, 43, 53-90. Disponible en: <https://is.gd/eVrkgb>.
- Asín Cabrera, María Asunción (2008). Los Acuerdos bilaterales suscritos por España en materia migratoria con países del continente africano: especial consideración de la readmisión de inmigrantes en situación irregular. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 10, 165-188. Disponible en: <https://is.gd/9QDimB>.
- Bauloz, Céline (2017). The EU Migration Partnership Framework: an External Solution to the Crisis? *EU Immigration and Asylum Law and Policy*. Disponible en: <https://is.gd/eH1zbX>.
- Bekker, Sonja (2014). EU coordination of welfare states after the crisis: further interconnecting soft and hard law. *International Review of Public Administration*, 19 (3), 296-307. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/12294659.2014.966891>.
- Blichner, Lars y Molander, Anders (2008). Mapping Juridification. *European Law Journal*, 14 (1), 36-54. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1468-0386.2007.00405.x>.
- Brocza, Stefan y Paulhart, Katharina (2015). EU mobility partnerships: a smart instrument for the externalization of migration control. *European Journal of Futures Research*, 3, 15. Disponible <https://doi.org/10.1007/s40309-015-0073-x>.
- Cannizzaro, Enzo (2016). Disintegration Through Law? *European Papers*, 1 (1), 3-6. Disponible en: <https://doi.org/10.15166/2499-8249/1>.
- Cassarino, Jean Pierre (2007). Informalising Readmission Agreements in the EU Neighbourhood. *The International Spectator*, 42 (2), 179-196. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/03932720701406365>.
- Cassarino, Jean Pierre (2018). Informalising EU readmission cooperation. En Ariadna Ripoll Servent y Florian Trauner. *The Routledge Handbook of Justice and Home Affairs Research* (83-98). Londres: Routledge.

- Cassarino, Jean Pierre y Giuffré, Mariagiulia (2017). Finding Its Place In Africa: Why has the EU opted for flexible arrangements on readmission? *FMU Policy Brief*, 01. Disponible en: <https://is.gd/YazyOU>.
- Castillejo, Clare (2017). The EU Migration Partnership Framework: time for a rethink? *Deutsches Institut für Entwicklungspolitik (DIE)*, 28. Disponible en: <https://is.gd/GnjhH7>.
- Carbone, Maurizio (2022). Double two-level games and international negotiations: making sense of migration governance in EU-Africa relations. *Journal of Contemporary European Studies*, 30 (4), 750-762. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/14782804.2022.2106954>.
- Carrera, Sergio; Cassarino, Jean Pierre; El Qadim, Nora; Lahlou, Mehdi y den Hertog, Leonhard (2016). EU-Morocco Cooperation on Readmission, Borders and Protection: A model to follow? *Centre for European Policy Studies. Paper in Liberty and Security in Europe*, 87, 1-18. Disponible en: <https://is.gd/avHG8L>.
- Carrera, Sergio; den Hertog, Leonhard y Stefan, Marco (2017). It wasn't me! The Luxembourg Court Orders on the EU-Turkey Refugee Seal. *Centre for European Policy Studies. Policy Insights*, 15, 1-13. Disponible en: <https://is.gd/WS6B6a>.
- Carrera, Sergio y Guild, Elspeth (2008). The French Presidency's European Pact on Immigration and Asylum: Intergovernmentalism vs. Europeanisation? Security vs. Rights? *Centre for European Policy Studies. Policy Brief*, 170, 1-10. Disponible en: <https://is.gd/js0l3s>.
- Chamon, Merji (2024). Soft Law and Challenges to Access to Justice. En Melanie Fink (ed.). *Redressing Fundamental Rights Violations by the EU: The Promise of the «Complete System of Remedies»* (pp. 366-390). Cambridge: Cambridge University Press. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/9781009373814.021>.
- D'Aspremont, Jean (2008). Softness in International Law: A Self-Serving quest for New Legal Materials. *European Journal of International Law*, 19 (5), 1075-1093. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/ejil/chn057>.
- Díez Peralta, Eva (2021). La política convencional de la UE sobre readmisión de inmigrantes irregulares: una cooperación opaca y con implicaciones graves para los derechos humanos. *Revista Española de Derecho Internacional*, 73 (2), 69-84. Disponible en <https://doi.org/10.17103/redi.73.2.2021.1a.04>.
- De Coninck, Joyce (2023). Shielding Frontex 2.0: The One with the Impossible Proof. *Verfassungblog. On Matters Constitutional*. [blog] 30-01-2024. Disponible en: <https://doi.org/10.59704/dd78417e1b8c5a76>.
- Demirbaş, Elif y Miliou, Christina (2024). Looking at the EU-Turkey Deal: The Implications for Migrants in Greece and Turkey. En Ricard Zapata-Barrero e Ibrahim Awad (eds.). *Migrations in the Mediterranean* (pp. 11-27). Cham: Springer. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-3-031-42264-5_2.
- Dupuy, Pierre-Marie (1991). Soft Law and the International Law of the Environment. *Michigan Journal of International Law*, 12 (2), 420-435. Disponible en: <https://is.gd/aASbKc>.

- European Migration Network. (2022). *Bilateral readmission agreements*. EMN Inform. Brussels: European Migration Network. Disponible en: <https://is.gd/HOHUoE>.
- Fajardo del Castillo, Teresa (2024). *El soft law en el Derecho Internacional y Europeo: su capacidad para dar respuesta a los desafíos normativos actuales*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Frasca, Eleonora (2021). More or Less (Soft) Law? The Case of Third Country Migration Cooperation and the Long-Term Effects of EU Preference for Soft Law Instruments. *Queen Mary Law Journal*, 1, 1-32. Disponible en: <https://is.gd/2zZpSp>.
- Fernández Arribas, Gloria (2016). The EU-Turkey Agreement: A Controversial Attempt at Patching up a Major Problem. *European Papers*, 3 (1), 1097-1104. Disponible en: <https://doi:10.15166/2499-8249/80>.
- Fernández-Rojo, David (2020). Los poderes ejecutivos de la Guardia Europea de Fronteras y Costas: del Reglamento 2016/1624 al Reglamento 2019/1896. *Revista Catalana de Dret Públic*, 60, 181-195. Disponible en: <https://doi.org/10.2436/rcdp.i60.2020.3385>.
- García Andrade, Paula (2015). An Overview of Forms of EU Cooperation with Third Countries on Migration and Asylum. En Paula García Andrade e Iván Martín (eds.). *EU Cooperation with Third Countries in the Field of Migration* (pp. 22-50). Brussels: Study LIBE Committee, Parlamento Europeo.
- García Andrade, Paula (2016). The Distribution of Powers between EU Institutions for Conducting External Affairs through Non-Binding Instruments. *European Papers*, 1 (1), 115-125. Disponible en: <https://is.gd/u6F0Kc>.
- García Andrade, Paula (2018). The Role of the European Parliament in the Adoption of Non-Legally Binding Agreements with Third Countries. En Juan Santos Vara y Soledad R. Sánchez-Tabernero (eds.). *The Democratization of EU International Relations Through EU Law* (pp. 115-131). Nueva York: Routledge. Disponible en: <https://doi.org/10.4324/9781315178721-7>.
- García Andrade, Paula (2022a). The External Dimension of the EU Immigration and Asylum Policies Before the Court of Justice. *European Papers*, 7 (1), 109-126. Disponible en: <https://is.gd/EwTaKp>.
- García Andrade, Paula (2022b). EU Cooperation with Third Countries within the New Pact on Migration and Asylum: New Instruments for a «Change of Paradigm»? En Daniel Thym y Odysseus Academic Network (eds.). *Reforming the Common European Asylum System. Opportunities, Pitfalls, and Downsides of the Commission Proposals for a New Pact on Migration and Asylum* (pp. 223-238). Baden-Baden: Nomos. Disponible en: <https://doi.org/10.5771/9783748931164>.
- García Andrade, Paula y Frasca, Eleonora (2024). The Memorandum of Understanding between the EU and Tunisia: Issues of procedure and substance on the informalisation of migration cooperation. *EU Immigration and Asylum Law and Policy*. Disponible en: <https://is.gd/wS5hu5>.
- Gatti, Mauro (2016). La dichiarazione UE-Turchia sulla migrazione: un trattato concluso in violazione delle prerogative del Parlamento? *Eurojus.it*, 1.

- Giuffré, Mariagiulia (2020). *The Readmission of Asylum Seekers under International Law*. Oxford: Hart Publishing. Disponible en: <https://doi.org/10.5040/9781509902514>.
- González García, Inmaculada (2006). El Acuerdo España-Marruecos de readmisión de inmigrantes y su problemática aplicación: las avalanchas de Ceuta y Melilla. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 22, 255-284. Disponible en: <https://doi.org/10.15581/010.22.28386>.
- Guzman, Andrew T. y Meyer, Timothy L. (2010). International Soft Law. *Journal of Legal Analysis*, 2, 171-225. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/jla/2.1.171>.
- Gkliati, Mariana (2024). Shaping the Joint Liability Landscape? The Broader Consequences of *WS v Frontex* for EU Law. *European Papers*, 9 (1), 69-86. Disponible en: <https://is.gd/YMdrpE>.
- Jordana Santiago, María Esther (2025). Crisis migratorias y guerra híbrida en la frontera exterior de la Unión Europea. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 49, 95-122. Disponible en: <https://doi.org/10.36151/reei.49.04>.
- Jordana Santiago, María Esther y Serra Gironès, Anna (2023). Los derechos en el ámbito de las migraciones. En María Esther Jordana Santiago (dir.). *El respeto de los derechos humanos en el Estado español. Análisis crítico desde una perspectiva de derecho internacional* (pp. 229-260). Barcelona: Entidad Autónoma del Diario Oficial y de Publicaciones.
- Keohane, Robert O. (1986). Reciprocity in International Relations. *International Organization*, 40 (1), 1-27. Disponible en: <https://doi.org/10.1017/S0020818300004458>.
- Lafuente Sánchez, Raúl (2021). Decisiones de retorno contra nacionales de terceros Estados que se encuentren en situación irregular en España: consecuencias de la (supuesta) incompatibilidad de la Ley de extranjería con la Directiva 2008/115 y de su ausencia de efecto directo vertical. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13 (1), 388-407. Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5964>.
- Lehner, Roman (2018). The EU-Turkey «deal»: Legal Challenges and Pitfalls. *International Migration*, 57 (2), 176-185. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/imig.12462>.
- Limone, Luigi (2017). EU-Afghanistan «Joint Way Forward on migration issues»: another «surrealist» EU legal text? *European Area of Freedom Security and Justice*, 11-12-2017. Disponible en: <https://is.gd/vXbd3v>.
- Martín Arribas, Juan José (2023). Los acuerdos de retorno y readmisión de migrantes de la UE: entre la legitimidad y la utilidad. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 45. Disponible en: <https://is.gd/y1SIL5>.
- Moreno-Lax, Violeta (2022). Towards a Thousand Little Morias: The EU (Non-) Rescue Scheme-Criminalising Solidarity, Structuralising Defection. En Daniel Thym y Odysseus Academic Network (eds.). *Reforming the Common European Asylum System. Opportunities, Pitfalls, and Downsides of the Commission Proposals for a New Pact on Migration and Asylum* (pp. 161-186). Baden-Baden: Nomos. Disponible en: <https://doi.org/10.5771/9783748931164>.

- Moreno-Lax, Violeta (2024a). EU constitutional dismantling through strategic informalisation: Soft readmission governance as concerted dis-integration. *European Law Review*, 30, 29-59. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/eulj.12506>.
- Moreno-Lax, Violeta (2024b). Crisis as (Asylum) Governance: The Evolving Normalisation of Non-access to Protection in the EU. *European Papers*, 9 (1), 179-208. Disponible en: <https://is.gd/mwcGRY>.
- Moraru, Madalina (2022). The Future Architecture of the EU's Return System Following the Pact on Asylum and Migration: Added Value and Shortcomings. En Daniel Thym y Odysseus Academic Network (eds.). *Reforming the Common European Asylum System. Opportunities, Pitfalls, and Downsides of the Commission Proposals for a New Pact on Migration and Asylum* (pp. 187-208). Baden-Baden: Nomos. Disponible en: <https://doi.org/10.5771/9783748931164>.
- Ott, Andrea (2017). EU-Turkey Cooperation in Migration Matters: A Game Changer in a Multilayered Relationship? *CLEER Papers*, 29. Disponible en: <https://is.gd/7aJYNC>.
- Ott, Andrea (2020). Informalization of EU Bilateral Instruments. *Yearbook of European Law*, 39, 569-601. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/yel/yeaa004>.
- Peers, Steve; Guild, Elspeth; Acosta Arcarazo, Diego; Groenendijk, Kees y Moreno-Lax, Violeta (2015). *EU Immigration and Asylum Law (Text and commentary)*. Leiden: Brill Nijhoff.
- Provera, Marco (2020). External dimension of the Return Directive. En Karolina Eisele (ed.). *The Return Directive 2008/115/EC. European Implementation Assessment* (pp. 135-264). Brussels: European Parliamentary Research Service.
- Raustiala, Kal (2005). Form and Substance in International Agreements. *The American Journal of International Law*, 99 (3), 581-614. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1602292>.
- Reinicke, Wolfgang H. y Witte, Jan Martin (2000). Interdependence, Globalisation, and Sovereignty: The Role of Non-Binding Legal Accords. En Dinah Shelton (ed.). *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System* (pp. 75-114). Oxford: Oxford University Press.
- Reslow, Natasja (2013). *Partnering for mobility? Three-level games in EU external migration policy* [tesis doctoral]. Universidad de Maastricht. Disponible en: <https://doi.org/10.26481/dis.20130905nr>.
- Santos Vara, Juan (2019). Soft International Agreements on Migration Cooperation with Third Countries. En Sergio Carrera, Juan Santos Vara y Tineke Strik (eds.). *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis Legality, Rule of Law and Fundamental Rights Reconsidered* (pp. 21-38). Cheltenham: Edward Elgar Publishing. Disponible en: <https://doi.org/10.4337/9781788972482>.
- Santos Vara, Juan (2021). *La gestión de las fronteras exteriores de la UE: los nuevos poderes de la Agencia Frontex*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Santos Vara, Juan y Sánchez-Tabernero, Soledad R. (2018). The Democratic Legitimacy of EU International Relations: An Introduction. En Juan Santos Vara y

- Soledad R. Sánchez-Tabernero (eds.). *The Democratization of EU International Relations Through EU Law* (pp. 1-18). London: Routledge. Disponible en: <https://doi.org/10.4324/9781315178721-1>.
- Sardu, Alessandra (2021). L'Informal International Lawmaking in materia di riammissione: prassi e implicazioni sul rapporto tra diritto internazionale e diritto dell'Unione europea. *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, 2, 324-350.
- Saurugger, Sabine y Terpan, Fabien (2015). Studying Resistance to EU Norms in Foreign and Security Policy. *European Foreign Affairs Review*, 20, 1-20. Disponible en: <https://doi.org/10.54648/EERR2015022>.
- Senden, Linda (2004). *Soft Law in European Community Law*. Portland: Hart Publishing.
- Spijkerboer, Thomas (2016). Fact Check: Did the EU-Turkey Deal Bring Down the Number of Migrants and of Border Deaths? *Border Criminologies* [blog], 28-9-2016. Disponible en: <https://is.gd/QOICiu>.
- Stefan, Oana (2012). European Union Soft Law: New Developments Concerning the Divide Between Legally Binding Force and Legal Effects. *The Modern Law Review*, 75 (5), 879-893. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/j.1468-2230.2012.00928.x>.
- Stefan, Oana (2024). Preserving the Rule of Law Through Transnational Soft Law: The Cooperation and Verification Mechanism. *Hague Journal on the Rule of Law*, 16, 671-692. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s40803-024-00222-7>.
- Stutz, Philipp y Trauner, Florian (2022). The EU's «return rate» with third countries: Why EU readmission agreements do not make much difference. *International Migration*, 60 (3), 154-172. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/imig.12901>.
- Tafani, Irene y Riccaboni, Massimo (2025). The impact of the EU-Turkey agreement on the number of lives lost at sea. *Humanities and Social Sciences Communications*, 12 (1), 1-12. Disponible en: <https://doi.org/10.1057/s41599-025-04900-1>.
- Terpan, Fabien (2015). Soft Law in the European Union - The Changing Nature of EU Law. *European Law Journal*, 21 (1), 68-96. Disponible en: <https://doi.org/10.1111/eulj.12090>.
- Tittel-Mosser, Fanny (2018). Reversed Conditionality in EU External Migration Policy: The Case of Morocco. *Journal of Contemporary European Research*, 14 (4), 349-363. Disponible en: <https://doi.org/10.30950/jcer.v14i3.843>.
- Tittel-Mosser, Fanny (2020). *Implementing EU Mobility Partnerships: Putting Soft Law into Practice*. London: Routledge. Disponible en: <https://doi.org/10.4324/9781003009665>.
- Thürer, Daniel (2009). Soft Law. *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Tribunal de Cuentas Europeo. (2021). *Cooperación de la UE con terceros países en materia de readmisión: las acciones han sido pertinentes, pero han tenido resultados limitados*. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.
- Tsourdi, Lilian (2020). Beyond the «migration crisis»: three key challenges for Frontex and EASO. *University of Maastricht Law Blog*, 11-2-2020. Disponible en: <https://is.gd/8BpoTF>.

- Wessel, Ramses A. (2021). Normative transformations in EU external relations: The phenomenon of «soft» international agreements. *West European Politics*, 44 (1), 72-92. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/01402382.2020.1738094>.
- Wolff, Sarah (2014). The Politics of Negotiating the EU Readmission Agreements: Insights from Morocco and Turkey. *European Journal of Migration and Law*, 16, 69-95. Disponible en: <https://doi: 10.1163/15718166-00002049>.
- Zoomers, Annelies; van Noorloos, Femke y van Liempt, Ilse (2018). Will Tailor-Made Migration Deals help to solve the European Migration «Crisis»? En Dina Siegel y Veronika Nagy (eds.). *The Migration Crisis? Criminalization, Security and Survival* (pp. 105-130). The Hague: Eleven International Publishing. Disponible en: <https://is.gd/ncjBeh>.