

LA INMIGRACIÓN Y EL ASILO EN LA UNIÓN EUROPEA: PRESENTE Y FUTURO*

José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES

Catedrático de Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales de la Universidad de La Rioja
Titular de la cátedra *Jean Monnet* de Derecho Comunitario Europeo

SUMARIO: I. Aspectos generales: el largo camino hacia el «redil comunitario».—II. Hacia una política europea de inmigración: 1. Los caracteres generales de la política de inmigración: la obsesión por la inmigración ilegal. 2. El cruce de las fronteras para estancias de corta duración: 2.1 La realización de controles; 2.2 Las normas sobre visados: a) Listados de Estados; b) Procedimientos y condiciones para la expedición de visados; c) Normas para un modelo uniforme de visados. 3. El cruce de las fronteras para estancias de larga duración: 3.1 El alcance de la competencia comunitaria; 3.2 Las acciones comunitarias.—III. Hacia una política europea de asilo: 1. Aspectos generales: el carácter limitado de la competencia comunitaria. 2. Alcance de las acciones comunitarias: 2.1 Acciones ya aprobadas: a) Determinación del Estado responsable del examen de la demanda de asilo; b) Normas mínimas para la acogida de solicitantes de asilo; c) Protección temporal en caso de afluencia masiva y reparto equitativo; 2.2 Normas pendientes de aprobación.—IV. La inmigración y el asilo en la futura constitución europea.—V. Consideraciones finales

I. ASPECTOS GENERALES: EL LARGO CAMINO HACIA EL REDIL COMUNITARIO

NI la inmigración ni el asilo son fenómenos nuevos y exclusivos de nuestros tiempos. Durante siglos, Occidente ha conocido movimientos migratorios, frecuentemente masivos, motivados según los casos por circunstancias económicas, políticas, bélicas, religiosas, o simplemente naturales. Y lo propio ocurre con el asilo. Sin necesidad de remontarnos a las disposiciones sobre «extradición de refugiados» contenidas en el tratado de paz de Kadesh concluido en torno al año 1278 a. C. entre el faraón Ramsés II y el rey de los hititas Hatusil III o a sus frecuentes referencias en la Biblia, el asilo era una institución que fue plenamente

AFDUAM 7 (2003), pp. 93-118

* Este trabajo se inserta dentro de un proyecto más amplio financiado por el Gobierno de La Rioja (ANGI 2001/18) y responde en lo básico al contenido de la conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid el 30 de enero de 2003.

asumida por las culturas antiguas y desarrollada por el Derecho internacional clásico (1).

Con todo, por causas de muy diferente índole, la cuestión de la inmigración y el asilo ha entrado de lleno en los últimos años en las agendas políticas –y lo que es peor, también en las electorales– de los Estados occidentales. Y la Unión Europea no podía permanecer al margen de este importante fenómeno. En primer lugar, porque sus Estados miembros se han visto afectados directamente por ello, bien sea convirtiéndose en verdaderos *immigration countries* (Alemania, Francia, Austria, Países Bajos), bien sea porque han abandonado su tradicional condición de países emigrantes para convertirse en receptores de inmigración (España, Italia).

En segundo lugar, porque en un contexto de creciente internacionalización resulta absolutamente insuficiente la respuesta meramente nacional a un fenómeno que reclama una respuesta común.

En tercer lugar, porque el silencio de los tratados constitutivos de las Comunidades Europeas no fue óbice para que surgieran buen número de conflictos jurídicos ante el Tribunal de Justicia que tenían como protagonistas a extranjeros no comunitarios, en particular nacionales procedentes de países con los que la Comunidad Europea había concluido algún tipo de acuerdo de asociación o cooperación (2).

Y en cuarto lugar, y probablemente más relevante, porque difícilmente podía resultar compatible la desaparición de los controles en las fronteras interiores derivada de la instauración de un mercado único (art. 14 TCE) con la total ausencia de una regulación comunitaria sobre los nacionales de países terceros. Habiendo desaparecido las fronteras interiores y estando garantizada la libertad de circulación de las personas, mal se puede distinguir en el cruce fronterizo interno entre ciudadanos comunitarios y extracomunitarios (ambos con regímenes jurídicos radicalmente diferentes) y mucho menos puede hacerse compatible con que el nacional de un determinado Estado tercero tenga una diferente exigencia de entrada (visado) en la Unión según lo haga por uno u otro Estado miembro. La pretendida existencia de diferentes regímenes jurídicos nacionales sobre visados o controles fronterizos de entrada se convierte en ficticia desde el momento en que desaparecen las fronteras interiores entre los Estados miembros e invita, en caso de inactividad legislativa comunitaria, a evidentes fraudes de ley.

Sin embargo, pese a la evidente conveniencia de una intervención comunitaria en la materia, los Estados miembros de la Unión Europea han mostrado en todo momento una particular resistencia a perder el poder de reglamentación en una materia que consideraban prerrogativa regaliana e indisolublemente unida a su concepto de soberanía territorial e identidad nacional y, por ende, de su exclusiva

(1) Sobre los orígenes históricos del asilo puede verse REALE, E.: «Le droit d'asile», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1938, I (vol. 63), pp. 469-601, especialmente pp. 473-493.

(2) Para profundizar sobre esta cuestión nos remitimos, entre otros, a ALEXANDER, W.: «Free Movement of Non-EC Nationals-A Review of the Case-Law of the Court of Justice», *European Journal of International Law*, 1992, pp. 53-64; STANGOS, P. N., «La jurisprudence récente de la Cour de Justice des Communautés européennes concernant les travailleurs migrants, ressortissants de pays tiers», *Revue des Affaires Européennes*, 2000, pp. 107-117; WEILER, J. H. H., «Thou Shalt Not Oppress a Stranger: On the Judicial Protection of the Human Rights of Non-EC Nationals-A Critique», *European Journal of International Law*, 1992, pp. 65-91.

competencia. De ahí que el Derecho de la Unión Europea haya permanecido hasta fechas bien recientes ajeno a toda competencia en materia de inmigración y asilo (3).

Los tratados constitutivos hablan efectivamente desde su redacción originaria en la década de los cincuenta de la libertad de circulación de *personas*, pero bajo ella se incluían tan sólo la «emigración» de los trabajadores o prestadores de servicios que ostentasen la nacionalidad de alguno de los Estados miembros, las denominadas libertad de circulación de trabajadores (arts. 39 a 42 TCE) y libertad de prestación de servicios (arts. 49 a 55 TCE). Los extranjeros no comunitarios eran un grupo absolutamente ignorado por el Derecho Comunitario y constituían lo que posteriormente se ha denominado –no sin cierta dosis crítica- la *seizième nation* de la Unión (4), la «nación difusa» (5), o los *denizens* y *marginzens* (6). Con todo, el paso del tiempo hizo evidente la necesidad de un régimen común en materia de inmigración y asilo, de manera que, tras no pocos avatares, las primeras tentativas de regulación de la materia en el ámbito de lo intergubernamental (Tratado de Maastricht) (7) o incluso *extra muros* de los tratados constitutivos (acuerdos Schengen) (8) desembocaron finalmente con el Tratado de Ámsterdam en su inclusión dentro de la disciplina comunitaria, pero fuera del estatuto de ciudadanía (arts. 17 a 22 TCE) reservado a los nacionales de Estados miembros (9).

(3) Sobre la progresiva inclusión de los temas de inmigración y el asilo en el ámbito de la Unión Europea, puede consultarse nuestro trabajo *La inmigración y el asilo en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2002, pp. 31-138.

(4) WITTHOL DE WENDEN, C., *La citoyenneté européenne*, Presses de Sciences Politiques, París, 1997, p. 99.

(5) OLIVÁN LÓPEZ, F., «La nación difusa: la inmigración y la búsqueda de los derechos políticos», *Studia Carande*, 1999, pp. 229-247, especialmente pp. 229-232.

(6) MARTINELLO, M., «European Citizenship, European Identity and Migrants: Towards the post-National State», en Miles, R., y Thranhardt, D. (eds.), *Migration and European Integration-The Dynamics of Inclusion and Exclusion*, Pinter Publishers, Londres, 1995, pp. 37-52, en particular pp. 47-48.

(7) Sobre esta evolución puede verse, por todos, LOKOWICZ, W. DE, «Intergovernmental Cooperation in the Field of Migration-From the Single European Act to Maastricht», en Monar, J./Morgan, R. (eds.), *The Third Pillar of the European Union-Cooperation in the Fields of Justice and Home Affairs*, European Interuniversity Press, Bruselas, 1994, pp. 91-122.

(8) Entre la abundante literatura existente sobre Schengen puede destacarse BIEBER, R., «Das Abkommen von Schenge über den Abbau der Grenzkontrollen», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1994, p. 294.; GAUTIER, Y., «Accords de Schengen», *Juris-Classeur Europe* (1996), vol. 1, fasc. 408, pp. 1-26; HREBLAY, V., *Les accords de Schenge-Origin, fonctionnement, avenir*, Bruylant, Bruselas, 1998; *ib.*, *La libre circulation des personnes: les accords de Schengen*, Presses Universitaires de France, París, 1994; Meijers, H. et al. (eds.), *Schengen: Internationalisation of Central Chapters of the Law on Aliens, Refugees, Privacy, Security and the Police*, Stichtin NJCM-Boekerij, 2.ª ed., Leiden, 1992; O'KEEFFE, D., «The Schengen Convention: A Suitable Model for European Integration?», *Yearbook of European Law*, 1991, pp. 185-219; Pauly, A. (ed.), *Schengen en panne*, European Institute of Administrative Law, Maastricht, 1994; Pauly, A. (ed.), *Les accords de Schengen: Abolition des frontières intérieures ou menace pour les libertés politiques?*, European Institute of Administrative Law, Maastricht, 1993; STOBBE, E., *Das Schengener Übereinkommen-Inhalt, Wirksamkeit und Bedeutung*, Vorträge, Reden und Berichten aus dem Europa-Institut, Nr. 156, Saarbrücken, 1989; TASCHNER, H. C., *Schengen-Die übereinkommen zum Abbau der Personenkontrollen an den Binnengrenzen von EU-Staaten*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1997.

(9) Existe una amplia bibliografía que critica esta situación y propugna una ciudadanía que incluya a los inmigrantes; puede verse, por ejemplo, la aportación de Javier DE LUCAS, «Hacia una

Así, como consecuencia de «comunitarizar» buena parte de lo que tras el Tratado de Maastricht se encontraba en el denominado tercer pilar (Asuntos de Interior y Justicia) y del propio fenómeno de conducción del acervo Schengen al ámbito jurídico e institucional de la Unión (la que se dice «ventilación» del acervo Schengen) se introdujo en el Tratado de la CE un nuevo título IV sobre «visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas» (arts. 61 a 69 TCE) encaminado a crear junto a la Cooperación Policial y Judicial en Materia Penal del tercer pilar (arts. 29 a 42 TUE) lo que de manera bastante pomposa se denominó un *espacio de libertad, seguridad y justicia* (10).

Eso sí, la comunitarización del Tratado de Ámsterdam se hizo pagando el precio de una fragmentación o disgregación jurídica a la que el Tratado de Niza no ha puesto coto (11). Fragmentación que lejos de ser puntual afecta tanto a las dimensiones material y temporal, como también a la espacial, procedimental y hasta de control judicial (12). En lo material por la existencia de una cláusula de salvaguardia (art. 64.1 TCE) en favor de los Estados (mantenimiento del orden público y salvaguardia de la seguridad interior) y otra cláusula de emergencia en caso de llegada repentina de inmigrantes (art. 64.2 TCE). En lo temporal porque para la mayor parte de las nuevas atribuciones competenciales se establece un período de cinco años (art. 67.1 TCE) y para otras no se establece plazo alguno (art. 63.4 *in fine*). En lo espacial porque Reino Unido, Irlanda y Dinamarca quedan totalmente fuera del ámbito de aplicación del nuevo título IV TCE con regímenes de posible incorporación (protocolos propios) diferentes según los casos (13). En lo procedi-

ciudadanía europea inclusiva. Su extensión a los inmigrantes», *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 2001, núm. 53, en www.cidob.es/Castellano/Publicaciones/Afers/53.html; vide igualmente *supra* notas 4 a 6.

(10) En general, sobre este espacio de libertad, seguridad y justicia puede verse, entre la abundante literatura existente, LIÑÁN NOGUERAS, D. J., «El espacio de libertad, seguridad y justicia», en MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 2002, pp. 685-706. Por lo que se refiere en particular al título IV TCE, puede subrayarse con carácter general VALLE GÁLVEZ, A., «La libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia», en López Escudero, M., y Martín y Pérez de Nanclares, J. (coords.), *Derecho Comunitario Material*, McGraw Hill, Madrid, 2000, pp. 41-63; igualmente ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «El régimen de visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas», en *Derecho Comunitario*, www.iustel.com. Por lo que se refiere en concreto a la cooperación policial y judicial en materia penal, puede verse también, con carácter general, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES J., «La cooperación policial y judicial en materia penal (I): aspectos jurídicos e institucionales generales» y «La cooperación policial y judicial en materia penal (II): principales actuaciones», en *Derecho Comunitario*, www.iustel.com; igualmente, CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., «La cooperación policial y judicial en materia penal: componente del espacio de libertad, seguridad y justicia», *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja*, 1998, núm. 2, suplemento, pp. 7-16.

(11) Cfr., por todos, MONAR, J., «Justice and Home Affairs in the Treaty of Amsterdam: Reform at the Price of Fragmentation», *European Law Review*, 1998, pp. 320-335.

(12) Para profundizar en estas cuestiones nos remitimos al capítulo sobre los elementos fragmentadores recogido en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *op. cit.* (*La inmigración y el asilo...*), pp. 99-137; igualmente, LABAYLE, H., «Un espace de liberté, de sécurité et de justice», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1997, pp. 813-881.

(13) Cfr. HEDEMANN-ROBINSON, M., «The Area of Freedom, Security and Justice with Regard to the UK, Ireland and Denmark: The “opt in opt-outs” under the Treaty of Amsterdam», en O’Keefe, D., y Twomey (eds.), *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Hart, Oxford, 1999, pp. 289-321; TOTH, A. G., «The Legal Effects of the Protocols Relating to the UK, Ireland and Den-

mental, porque se establece un procedimiento legislativo propio en el que se resquebraja el monopolio de iniciativa legislativa de la Comisión (compartida con los Estados), existe un uso desproporcionado de la unanimidad en el seno del Consejo y el Parlamento Europeo queda totalmente relegado (14). En lo relativo al control judicial por el Tribunal de Justicia, se introducen serias matizaciones a la posibilidad del uso de la cuestión prejudicial (art. 68.1 TCE) y se crea un nuevo recurso (art. 68.3 TCE) (15). Por no hacer mención a la posibilidad del uso del mecanismo de cooperación reforzada, sea mediante el mecanismo ordinario, sea mediante el uso de la cooperación reforzada en el sistema Schengen (16).

El resultado de este progresivo proceso de comunitarización de las cuestiones de inmigración y asilo es un marco jurídico de Derecho originario de extrema complejidad y opacidad. El inabarcable reguero de regímenes jurídicos resultantes hace extremadamente farragoso el seguimiento normativo y representa también en cierto sentido un serio riesgo de disgregación del sistema jurídico resultante en materia de libertad, seguridad y justicia. Es de esperar, por ello, que el proyecto de Constitución que presente la Convención sobre el futuro de la Unión y el Tratado constitucional que apruebe finalmente la Conferencia Intergubernamental de 2004 se haga eco de estos serios déficit y dé el paso final en el largo proceso de comunitarización de las cuestiones de inmigración y asilo.

En este marco general, la intención de este trabajo es ofrecer un breve análisis del actual estado de desarrollo de las acciones comunitarias en materia de asilo e inmigración. No desconocemos que la inmigración y el asilo son cuestiones bien diferentes. Tanto en su raíz conceptual como en sus exigencias de réplica y protección jurídica. Pero el desarrollo de los hechos en las últimas décadas, el mismo régimen jurídico recogido en el título IV del TCE y el propio tratamiento doctrinal correlativo (17) han provocado que en el ámbito europeo se haga «necesario desarrollar una política común de la Unión Europea» que englobe a ambos fenómenos (18).

mark», en Heukels, T. (ed.), *The European Union after Amsterdam. A Legal Analysis*, La Haya, 1998, pp. 227-252.

(14) Cfr. SMITH, B. y WALLACE, W., «Constitutional Deficits of EU Justice and Home Affairs: Transparency, Accountability, and Judicial Control», en Monar, J., y Wessels, W. (eds.), *The European Union after the Treaty of Amsterdam*, Continuum, Londres-Nueva York, 2001, pp. 125-149.

(15) Véase URREA CORRES, M.: «El espacio de libertad, seguridad y justicia y la competencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: hacia una jurisdicción flexible», *Boletín de la Facultad de Derecho-UNED*, 2003, pp. 65-101; igualmente GONZÁLEZ ALONSO, L. N., «La jurisdicción comunitaria en el nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1998, pp. 501-545; también VALLE GÁLVEZ, A., «La refundación de la libre circulación de personas, tercer pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1998, pp. 41-78, en particular pp. 62-70.

(16) Sobre la cooperación reforzada en este ámbito puede consultarse, por todos, el completo trabajo de URREA CORRES, M., *La cooperación reforzada en la Unión Europea. -concepto, naturaleza y régimen jurídico*, Colex, Madrid, 2002, especialmente pp. 284-296.

(17) Tras el Tratado de Amsterdam se ha intensificado la tendencia a estudiar conjuntamente ambas cuestiones; véase, por ejemplo, HAILBRONNER, K., *Immigration and Asylum Law and Policy of the European Union*, Kluwer, La Haya, 2000; BERGER, N., *La politique européenne d'asile et d'immigration. Enjeux et perspectives*, Bruylant, Bruselas, 2000. Por nuestra parte nos remitimos al ya citado trabajo *La inmigración y el asilo en la Unión Europea*, op. cit.

(18) Cfr. Consejo Europeo de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, Conclusiones de la Presidencia; SN 200/99. Sobre la incidencia de este importante Consejo Europeo en la materia aquí

Así, en una primera parte del trabajo presentaremos los principales avances en materia de inmigración (II) y asilo (III) para, a continuación, en la segunda parte ofrecer *de lege ferenda* unos breves trazos sobre la atención que las cuestiones de inmigración y asilo podrían merecer en la futura Constitución europea de 2004 (IV). Para finalizar, concluiremos con unas breves consideraciones finales (V).

II. HACIA UNA POLÍTICA EUROPEA DE INMIGRACIÓN

1. Los caracteres generales de la política de inmigración: la obsesión por la inmigración ilegal

Como ya se ha apuntado, el Tratado de Ámsterdam trajo consigo la comunitarización de la política de inmigración (art. 63.3 TCE), la cual antes se desenvolvía en el marco de la cooperación intergubernamental del tercer pilar (antiguo art. K.1.3 TUE). Las atribuciones competenciales recogidas en el Tratado son de carácter más amplio que las referidas al asilo. Así, a diferencia de lo que se refiere al asilo, donde tan sólo existe atribución competencial para establecer «normas mínimas» (19), en lo relativo a la inmigración se atribuye a la Comunidad la fijación en su integridad de las condiciones de entrada y residencia [art. 63.3.a) TCE], las medidas contra la inmigración y residencia ilegales [art. 63.3.b) TCE] y la definición de los derechos y las condiciones para que los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro puedan viajar (art. 62.3 TCE) o residir en otros Estados miembros (art. 63.4 TCE). Todo ello teniendo presente que se trata de una competencia de naturaleza compartida (entre la Unión y los Estados miembros) y no de una competencia de mero carácter complementario a la competencia de los Estados (20).

A partir de estas atribuciones competenciales de carácter compartido, la actuación que hasta el momento ha emprendido la Comunidad Europea se fundamenta en dos vectores básicos. Por un lado, en la clara diferenciación entre estancias de corta y de larga duración, situándose en los tres meses el límite entre ambas. En consonancia con ello conviven en el Tratado dos atribuciones competenciales diferentes. Una primera para regular el cruce de las fronteras exteriores para estancias que superen los tres meses (art. 62.2 TCE) y una segunda para armonizar las condiciones de entrada y residencia de los nacionales de países terceros para un período de tiempo superior a los tres meses [art. 63.3.a) TCE].

tratada puede verse ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «La reciente evolución de la problemática del asilo y la inmigración en la Unión Europea: algunas notas sobre la Cumbre de Tampere», en *Tiempo de Paz*, 1999, núm. 55, pp. 41-49.

(19) *Vide, infra*, III, 1.

(20) Véase, entre otros, ROLDÁN BARBERO, J., «La Unión Europea y los nacionales de terceros Estados: la posible política de inmigración comunitaria», en Olesti Rayo, A. (coord.), *Las incertidumbres de la Unión Europea después del Tratado de Ámsterdam*, ed. Bosch, Barcelona, 2000, pp. 237-270, especialmente pp. 256-258.

Por otro lado, el segundo vector orientador de la acción comunitaria en materia de inmigración es la evidente preocupación por el combate de la inmigración ilegal. Aunque no se desprenda de manera evidente del articulado del Tratado [art. 63.3.b) TCE], basta un lectura de las conclusiones del Consejo Europeo de Sevilla (21 y 22 de junio de 2002) (21) o un análisis del contenido de las principales actuaciones emprendidas hasta el momento para concluir sin gran temor de equivocación que, en realidad, la lucha contra la inmigración ilegal es el verdadero motor de la intervención de la Comunidad en materia de inmigración. Es, por tanto, la imposibilidad de combatir la inmigración ilegal en el plano estrictamente nacional la que mueve a los Estados miembros a «consentir» una competencia comunitaria en un plano tan sensible como el de la inmigración y erigirla casi en una permanente obsesión a la que subordina el desarrollo de la política comunitaria de inmigración en su conjunto. Incluso, es la causa que explica que el Reino Unido haya decidido hacer uso de su particular (y generosa) cláusula de incorporación al título IV del que en principio queda fuera para incorporarse a algunas relevantes acciones comunitarias.

2. El cruce de la fronteras para estancias de corta duración

No cabe duda que el cruce de las fronteras para estancias de corta duración es el ámbito en el que con mayor intensidad se ha desarrollado la actuación emprendida por la Unión hasta el momento. Sin ánimo de exhaustividad y conscientes de dejar fuera aspectos relevantes como la libertad de residencia (art. 63.4 TCE), podrían distinguirse dos ámbitos fundamentales, a saber, la realización de controles (2.1) y las normas sobre visados (2.2).

2.1 LA REALIZACIÓN DE CONTROLES

La importante competencia comunitaria prevista en el Tratado para adoptar medidas que establezcan las normas y los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para la realización de controles sobre las personas en el momento del cruce de las fronteras exteriores [art. 62.2.a) TCE] se ve acompañada por la inclusión en este mismo marco de las disposiciones del sistema Schengen que ya regulaban antes del Tratado de Ámsterdam para sus trece Estados signatarios (todos los Estados miembros salvo Reino Unido e Irlanda) y que permite que buena parte del trabajo legislativo pendiente se haya realizado ya mucho antes de que expire el plazo de los cinco años.

Con todo, a la hora de realizar un primer balance de la actuación comunitaria no puede ocultarse un cierto desencanto, ya que la principal norma en esta materia, una Directiva de junio de 2001 (22) (en la que sí participa el Reino Unido), lejos

(21) Conclusiones de la Presidencia, SN 200/02. Un resumen del mismo se encuentra en *Boletín Europeo de la Universidad de La Rioja*, 2002, núm. 10, p. 9.

(22) Directiva 2001/51/CE, del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, *DO L 187*, de 10 de julio de 2001, pp. 45-46.

de subsanar las duras críticas que habían sufrido algunas cuestiones del acervo Schengen ahonda en ellas. Sirvan como botón de muestra las obligaciones de corte cuasi policial impuestas a las empresas de transporte que trasladan a nacionales extranjeros al territorio de los Estados miembros con el objetivo de combatir la inmigración ilegal. A la obligación de devolución y cargar con los costes de la misma o incluso de los costes de la estancia si no resulta posible la devolución inmediata (arts. 2 y 3), establece una serie de sanciones mínimas a los transportistas (art. 4) –se dice que son «disuasorias, efectivas y proporcionales» y oscilan entre los 3.000 y los 500.000 euros–, dejando libertad a los Estados miembros para mantener o establecer obligaciones o sanciones adicionales para esos transportistas (art. 5). De hecho, su transposición (el plazo finalizó conforme al art. 7 de la Directiva el 7 de febrero de 2003) ha servido de base para justificar en algunos Estados miembros (y el nuestro no es una excepción) (23) reformas para endurecer el régimen de control anterior.

Por otro lado, también resulta especialmente criticable que todavía no se haya aprobado un Reglamento para reestructurar por completo el denominado Manual común y adaptarlo a las nuevas exigencias del Tratado. Ciertamente, se han adoptado un elenco de Decisiones por el Consejo para solventar las deficiencias más acuciantes, como eran la necesidad de levantar el secreto (24), actualizar (25) o desclasificar (26) algunas de sus partes. No obstante, sigue reinando una gran opacidad y disgregación jurídica, que exigen una pronta actuación en la materia (27).

Por último, no pueden tampoco pasarse por alto las dudas jurídicas surgidas a propósito de algunas de las iniciativas (piloto) emprendidas con el apoyo de ODYSSEUS (ARGO) para realizar operaciones conjuntas en las fronteras exteriores mientras se espera la adopción de una normativa europea para la gestión integrada de las fronteras exteriores de los Estados miembros (28).

2.2 LAS NORMAS SOBRE VISADOS

La competencia atribuida a la Comunidad para adoptar medidas sobre normas y procedimientos a aplicar por los Estados miembros para la realización de controles en las fronteras exteriores se ve necesitada forzosamente de una competencia añadida que permita a la Comunidad adoptar también las correspondientes normas sobre visados. Así, esta competencia se plasma en cuatro cuestiones básicas: el

(23) Con cierta reiteración se viene haciendo alusión en determinados círculos políticos de nuestro país a la conveniencia de reformar la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (modificada a su vez por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre), para, entre otros aspectos, clarificar las obligaciones de los transportistas.

(24) DO L 303, de 1 de diciembre de 2000, p. 29.

(25) DO L 116, de 26 de abril de 2001, p. 32.

(26) DO L 123, de 9 de mayo de 2002, p. 49.

(27) Se esperaba para los primeros meses de 2003 una propuesta de la Comisión, pero ésta no se ha realizado, que sepamos, hasta el momento de redactar estas líneas.

(28) Cfr. la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo en materia de gestión integrada de las fronteras exteriores de los Estados miembros de la UE, COM (2002) 233, de 7 de mayo de 2002. Para consultar la Resolución del Parlamento Europeo al respecto, A5/2002/449; igualmente, *Boletín* 1-2/2003, apdo. 1.4.4.

establecimiento de listados que fijen los nacionales que tengan la necesidad de disponer de un visado para atravesar la frontera exterior; los procedimientos y condiciones para su expedición; la fijación de un modelo uniforme de visado, y las normas para un visado uniforme [art. 62.2.b) TCE].

a) *Listados de Estados*

El Tratado de Ámsterdam tuvo el mérito de zanjar la polémica anterior sobre el alcance de la competencia comunitaria recogida en el antiguo artículo 100C TCE y dejó claro que la competencia de la Comunidad para determinar los nacionales de terceros países a quienes se les exigirá visado abarca tanto la dimensión negativa (lista de quienes no podrán acceder si no disponen de un visado) como la más polémica lista positiva (listado de quienes «están exentos de esa obligación»). Es decir, si se nos permite la expresión, la Comunidad tiene competencia sobre la «lista blanca» y la «lista negra» de extranjeros exentos u obligados a disponer de un visado. Contiene, por tanto, la *obligación* de elaborar lo que suele calificarse como un «instrumento único exhaustivo» y no una armonización progresiva como se había previsto anteriormente por la Comisión y el Consejo (29).

Haciendo uso de esta atribución competencial, el Consejo aprobó en 2001 un importante Reglamento (30) que sustituyó al anterior Reglamento de 1999 (31) [dictado dos meses antes de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam conforme a la previsión del antiguo art. 100C TCE y en sustitución del anterior Reglamento 2317/95 (32) que había sido anulado por el Tribunal de Justicia en 1997 (33)], y modifica parcialmente las versiones definitivas de la Instrucción Consular Común (ICC) y del Manual Común (MC) tal y como resultaron de la Decisión del Comité Ejecutivo de Schengen de 28 de abril de 1999 (34). Este Reglamento, modificado por última vez en 2003 para incluir a los ecuatorianos en la lista de Estados cuyos nacionales necesitan visado (35) –Ecuador pasa, pues, del anexo II al anexo I– fue concebido como una armonización *total* y como una

(29) BERGER, N., *op. cit.* (*La politique européenne d'asile et...*), p. 101.

(30) Reglamento 539/2001, del Consejo, de 15 de marzo de 2001, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación, *DO* L 81, de 21 de marzo de 2001, pp. 1-7.

(31) Reglamento 574/99, del Consejo, de 12 de marzo de 1999, *DO* L 72, de 18 de marzo de 1999, p. 2.

(32) Reglamento 2317/95, del Consejo, de 25 de septiembre de 1995, *DO* L 234, de 3 de octubre de 1995, p. 1.

(33) Sentencia de 10 de junio de 1997, *Parlamento/Consejo* (C-392/95, *Rec.*, p. I-3213).

(34) SCH/Com-ex (99) 13.

(35) Reglamento 453/2003, del Consejo, de 6 de marzo de 2003, *DO* L 69, de 13 de marzo de 2003, p. 10. Este Reglamento, atendiendo a los cambios producidos en el Derecho Internacional Público, modifica también la situación Timor Oriental que dentro del anexo I pasa de la parte 2 (entidades territoriales) a la parte 1 (Estados). Igualmente, como consecuencia de que el Acuerdo sobre libre circulación de personas entre la CE y sus Estados miembros, por una parte, y Suiza, por otra parte, prevé la circulación con exención de visado de los nacionales suizos y de los nacionales de Estados miembros ya no existen razones para incluir a Suiza en el anexo II del Reglamento 539/2001, por lo que este Estado es suprimido de la parte 1 de dicho anexo II.

prolongación (comunitaria) del acervo Schengen (36). Obviamente, supuso un avance notable.

Contiene, en efecto, tanto la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar una frontera exterior (anexo I), como los de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (anexo II), solucionando, con ello, el problema existente con el Reglamento de 1999, en el que existía una profunda divergencia entre la lista negativa existente en el sistema Schengen y la recogida en el Reglamento (37). Se soluciona igualmente la anterior polémica a propósito de si resultaba posible exigir algún tipo de visado para el tránsito por las zonas internacionales de los aeropuertos al excluir el nuevo Reglamento expresamente el tránsito del concepto de visado (art. 2), lo cual cohonesta bien con la jurisprudencia establecida por el Tribunal de Justicia (38). El Reglamento intenta solventar igualmente la situación de los refugiados y los apátridas. De la remisión explícita a las obligaciones derivadas del Acuerdo Europeo relativo a la exención de visados para los refugiados (39) se deduce un principio general de exención de visado para este colectivo. Sin embargo, sí quedan sometidos a la obligación de visado cuando residen en un país tercero que figure en la lista del anexo de Estados a cuyos nacionales se les exige visado (anexo I). Por último, el Reglamento no incluye la polémica cláusula anterior que reservaba a los Estados la posibilidad de ir más allá de la lista fijada añadiendo a la misma nuevos Estados (40).

La segunda lista, inexistente hasta ahora, contiene los Estados cuyos nacionales quedan exentos de visado siempre que la duración total de la estancia no supere los tres meses (art. 1.2), esto es, las estancias de corta duración objeto de estudio en el presente apartado. Esta exención queda sometida al principio de reciprocidad, por lo que se prevé expresamente un mecanismo comunitario que permita su puesta en marcha en caso de que alguno de los terceros países que figura en el anexo II decidiera someter a la obligación de visado a los nacionales de uno o más Estados miembros (art. 1.4).

Obviamente, este Reglamento no afecta a las competencias de los Estados miembros en cuanto al reconocimiento de Estados y entidades territoriales, así

(36) Cfr. los considerandos segundo y duodécimo del Reglamento 539/2001, *cit.*

(37) Mientras la lista negativa de Schengen contenía 130 Estados cuyos nacionales no podrán acceder a la Comunidad sin el correspondiente visado, la lista del Reglamento de 1999 contenía 28 Estados menos. La situación *prima facie* podría solventarse sin mayor dificultad jurídica en favor de la lista prevista en el Reglamento, pero ello no resulta tan sencillo si se tiene presente que el Reglamento contenía una remisión al *sistema* Schengen en lo que afecta a la definición de visado (art. 5) y, sobre todo, incluye una polémica cláusula que permite a los Estados ir más allá de la lista (art. 6).

(38) Recuérdese que el Tribunal de Justicia había establecido que «un visado de tránsito aeroportuario no autoriza a su titular a cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros en el sentido del artículo 100C TCE»; sentencia de 12 de mayo 1998, *Comisión/Consejo* (C-170/96, *cit.*), apartado 12.

(39) Acuerdo de 20 de abril de 1959 para la abolición de los visados para los refugiados, Consejo de Europa, *European Treaty Series*, núm. 31. En vigor desde el 4 de abril de 1960.

(40) Se suponía que limitado a aquellos Estados incluidos en la lista Schengen y excluidos de la lista que incluía el Reglamento 574/99. Actualmente, las únicas excepciones posibles que pueden establecer los Estados a la obligación de visado son las previstas en el artículo 4, básicamente para titulares de pasaportes diplomáticos y tripulación civil de buques y aeronaves.

como en materia de pasaportes, documentos de identidad o de viaje que hayan sido expedidos por las autoridades de los mismos (art. 6). Así, los nacionales de nuevos terceros países surgidos de países que figuren en los listados de los anexos I y II están lógicamente sujetos a las respectivas obligación o exención de visado que pesaba sobre el Estado originario hasta que el Consejo adopte una decisión pertinente (art. 1.3).

b) *Procedimientos y condiciones para la expedición de visados*

Tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, la Comunidad se hizo igualmente competente para establecer, en este caso bajo la exigencia de la unanimidad en el seno del Consejo, normas que regulen los procedimientos y las condiciones para la expedición de los visados [art. 62.2.b), apdo. ii TCE], resultando obvio que siguen siendo los Estados los competentes para expedirlos. La Comunidad tiene, pues, competencia únicamente para armonizar las condiciones y el procedimiento, esto es, básicamente cuestiones como la determinación del Estado competente, las condiciones materiales para su concesión, los recursos, las garantías de repatriación o la cobertura de gastos por accidente o enfermedad.

Recuérdese, conforme a lo analizado al tratar los controles en las fronteras exteriores, que si bien los Estados podrían conceder visados por causas humanitarias o como consecuencia de obligaciones internacionales sus titulares únicamente estarían legitimados para residir en el territorio de ese Estado sin posibilidad de desplazarse al resto. Igualmente, podrían negar el acceso por motivos excepcionales aunque el afectado dispusiera de todos los documentos en regla, pero téngase también presente que nunca podrá negársele el tránsito si dispone de un visado concedido por otro Estado miembro. Con todo, no estaría de más que se aprovechara la nueva competencia para armonizar con carácter prioritario en un instrumento jurídico comunitario *ad hoc* todo lo relativo a las condiciones de concesión de los visados y se hicieran desaparecer dentro de lo posible las frecuentes cláusulas excepcionales en manos de los Estados que suelen existir en este tipo de materias.

A propósito del desarrollo comunitario de esta competencia, puede destacarse un reciente Reglamento de 2003, promovido a iniciativa de España (41), sobre expedición de visados en frontera, incluidos los marinos en tránsito (42). Su objetivo es aclarar y actualizar las normas para la expedición de visados en la frontera a los marinos en tránsito, en particular para que puedan expedirse en las fronteras visados colectivos de tránsito a los marinos que son de la misma nacionalidad y viajan en grupos, siempre que el período de tránsito sea limitado (43). El Reglamento incluye una instrucción para regular el intercambio de información entre las autoridades competentes de los Estados miembros que aplican el acervo Schengen

(41) *DO C* 139, de 12 de junio de 2002, p. 6.

(42) Reglamento (CE) núm. 415/2003, del Consejo, de 27 de febrero de 2003, *DO L* 64, de 7 de marzo de 2003, p. 1.

(43) Por tanto, este Reglamento sustituye a las normas incluidas en la Decisión del Comité Ejecutivo Schengen, de 19 de diciembre de 1996, relativa a la expedición de visados a marinos en tránsito, SCH/Com-ex (96) 27, *DO L* 239, de 22 de septiembre de 2000, p. 182 (art. 5).

respecto a los marinos en tránsito sujetos a visado (anexo I) y una descripción detallada del impreso a utilizar (anexo II).

Por último, podría recordarse también la aprobación de otros dos Reglamentos recientes sobre documentos en tránsito (44).

c) *Normas para un modelo uniforme de visados*

De forma muy semejante a lo que ocurría en materia de listados, la nueva competencia comunitaria para establecer un modelo uniforme de visados [art. 62.2.b), apdo. iii TCE] es el punto final en el que confluyen el Reglamento 1683/95, dictado al amparo del (limitado) antiguo artículo 100C TCE, una acción común elaborada en el ámbito del tercer pilar sobre un modelo uniforme de permiso de residencia (45) y las correspondientes disposiciones existentes sobre la materia en el *sistema* Schengen (arts. 10 y 11 CAS), ahora plenamente comunitarizado. En este caso, sin embargo, no se detectan problemas de entidad. El objetivo común claramente definido de lograr un modelo uniforme de visado (art. 5 del Reglamento 1683/95 y art. 10.1 CAS) y la sustitución del modelo Schengen por el recogido en el Reglamento garantizaba una plena armonía (46). El Reglamento 1683/95 supuso un importante paso adelante. Tanto en la armonización de la política de visados como en lo referente a la profundización en el objetivo básico de la seguridad. Así, respecto a esto último, el artículo 2 atribuía a la Comisión competencia para aprobar «especificaciones técnicas encaminadas a impedir la imitación o falsificación del visado», fruto de la cual la Comisión adoptó dos decisiones sobre especificaciones complementarias técnicas del modelo uniforme de visados (47). Este avance no significa, sin embargo, que no se haga necesaria la intervención comunitaria a partir de la base competencial del nuevo artículo 62.2 TCE.

A diferencia de lo que ocurría con el apartado tercero del antiguo artículo 100C TCE (atribuía competencia única y exclusivamente para adoptar medidas relativas al modelo uniforme de visado), la formulación más amplia del artículo 62 TCE permite también la armonización de los criterios sobre expedición de visados (48).

Por otro lado, el nuevo instrumento normativo comunitario debería contener plenas garantías jurídicas respecto a los procedimientos «secretos» que se utilicen (49) para fijar las especificaciones técnicas que se trate, más allá de la lógica

(44) Reglamentos 693/2003 y 694/2003, del Consejo, de 14 de abril de 2003, *DO L* 99, de 17 de abril de 2003, pp. 8 y 15, respectivamente.

(45) Acción común de 3 de diciembre de 1998 relativa a las normas comunes para la cumplimiento del modelo uniforme de permiso de residencia, *DO L* 333, de 9 de diciembre de 1998, p. 8. Véase, más recientemente, COM (2003) 558.

(46) No coinciden, sin embargo, las cuatro categorías de visado que se fijan en una Instrucción Consular Común del sistema Schengen con las recogidas en el Reglamento (CE) núm. 1683/95, del Consejo, de 29 de mayo de 1995, por el que se establece un modelo uniforme de visado (*DO L* 164, de 14 de julio de 1995, p. 1), reformado por el Reglamento (CE) núm. 334/2002, (*DO L* 53, de 23 de febrero de 2002, p. 7; cfr. HAILBRONNER, K., *op. cit. (Immigration and Asylum Law and...)*, p. 142.

(47) Por motivos obvios de seguridad estas Decisiones, de 7 de febrero de 1996 y de 27 de diciembre de 2000, no se publicaron.

(48) HAILBRONNER, K., *op. cit. (Immigration and Asylum...)*, p. 142.

(49) Lógicos en esta materia para evitar falsificaciones o fraudes de cualquier tipo y asegurar una inmediata incorporación de los nuevos avances tecnológicos para garantizar la seguridad de la etiqueta.

exigencia de que sean eso, exigencias técnicas, y no afecte en modo alguno a datos personales de los afectados. Debería, en suma, servir para incrementar, de acuerdo con lo establecido en las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, medidas de seguridad adicionales a las del Reglamento de 1995, como serían, por ejemplo, dictar normas sobre expedición del modelo uniforme de visado para que la etiqueta adhesiva del visado tenga la misma forma en todos los Estados miembros, así como el establecimiento de las condiciones para la custodia de las etiquetas adhesivas del visado en blanco y el establecimiento igualmente de medidas para combatir las imitaciones y las falsificaciones. Esta tarea corresponde a la Comisión, asistida por el comité establecido en el artículo 6 del referido Reglamento. Con todo, los Estados miembros, en concertación con la Comisión, deberán poner en práctica todas las medidas que sean necesarias para garantizar que el tratamiento de datos personales respete, como mínimo, el grado de protección contemplado en la Directiva comunitaria sobre protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos (50). Como complemento de estas normas, aunque con base jurídica diferente (art. 63.3 TCE) (51), existe igualmente otro Reglamento que establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países (52).

A este respecto, a juicio de la Comisión, la base jurídica del artículo 62.2.b), apartado iii, es la adecuada para dictar igualmente normas sobre un *impreso standard* como parte integrante del propio modelo uniforme (53). Así, en febrero de 2002, se aprobó un Reglamento que regula un modelo uniforme de impreso para la colocación del visado expedido por los Estados miembros a titulares de un documento de viaje no reconocido por el Estado miembro que expide el impreso (54).

En parecido orden de cosas, la Comunidad dispone, por último, de competencia para establecer un visado uniforme [art. 62.2.b), apdo. iv TCE) para todos los Estados miembros de la Comunidad de manera que su titular pudiera viajar con él por todos los Estados miembros de la Comunidad. En tanto éste no se elabore, los Estados miembros siguen obligados a reconocerse mutuamente los visados concedidos por cada uno de ellos.

En consonancia con esta atribución competencial recogida en el Tratado de Ámsterdam, ha desaparecido la necesidad de incluir un principio de reconocimiento mutuo de los visados, ya que el visado uniforme expedido según las condiciones y procedimientos comunes ahora previstos será per se válido en todos los Estados miembros (55).

(50) Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, *DO* L 281, de 23 de noviembre de 1995, p. 31.

(51) *Vide, infra*, III.3.

(52) *DO* L 157, de 15 de junio de 2002, p. 1.

(53) COM (2001) 157 final, de 23 de marzo de 2001, pp. 3-4.

(54) *DO* L 53, de 23 de febrero de 2002, p. 4.

(55) Recuérdese que el Comité Ejecutivo Schengen había incluido el visado de tránsito aeroportuario entre los diferentes tipos de visado uniforme Schengen; véase BERGER, N., *op. cit.* (*La politique européenne...*), p. 104 y nota 58.

3. El cruce de las fronteras para estancias de larga duración

3.1 ALCANCE DE LA NUEVA COMPETENCIA COMUNITARIA

La verdadera novedad del Tratado de Ámsterdam fue la inclusión, junto a la competencia comunitaria para regular el cruce de las fronteras exteriores para estancias de corta duración (menos de tres meses), de una competencia para armonizar igualmente las condiciones del cruce de las fronteras exteriores que se haga con la intención de permanecer en territorio comunitario por un período de tiempo superior a los tres meses (art. 63.3 TCE). Realmente, esta atribución competencial es la que en puridad constituye el verdadero núcleo de una política de inmigración que merezca tal calificativo. Su alcance concreto abarca tanto las condiciones de entrada y residencia y normas sobre procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar [art. 63.3.a) TCE], así como la inmigración la residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales [art. 63.3.b) TCE].

Se trata, sin embargo, de una competencia flexible en lo temporal y parca en la material. Flexible en lo temporal porque, a diferencia del resto de disposiciones, no se encuentra sometida al plazo general de los cinco años (art. 63.4, *in fine*, TCE). Y parca en lo material porque, carente de toda ambición, no aborda sino la armonización de los aspectos más irrenunciables de una política de inmigración. En realidad, tan sólo los aspectos imprescindibles para evitar las distorsiones derivadas de una efectiva libertad de circulación de todas las personas que exige la desaparición de los controles en las fronteras interiores.

Por tanto, el estatuto jurídico de estos extranjeros no comunitarios no es en absoluto común a todos ellos. Existe una progresiva gradación de los derechos de acceso al territorio de la Comunidad que se traduce no sólo en la posibilidad de disfrutar de un derecho de residencia en territorio de la Unión, aspecto central por lo que a este trabajo se refiere, sino a todo su estatuto jurídico: acceso al mercado laboral, disfrute de los derechos asistenciales y sociales, derecho de reunificación familiar, etc. (56).

El mayor o menor grado de intensidad en el disfrute de esos derechos –de cercanía al estatuto del ciudadano de la Unión, si se quiere– lo marca su vínculo con una complicada tríada de dispares elementos, que combina los lazos de parentesco con una persona titular de un derecho propio de residencia, el ejercicio de determinadas actividades profesionales y la existencia de actividad convencional *ad hoc* entre la Comunidad y sus respectivos Estados de origen. La horquilla de la gradación oscila, por tanto, entre los extremos integrados por quienes ostentan lazos de parentesco con ciudadanos comunitarios, titulares del mayor grado de intensidad en su estatuto jurídico, y quienes provienen de países terceros con los que no existe convenio de ningún tipo, cuyo estatuto jurídico comunitario resulta muy cercano a un mínimo apenas perceptible y para quienes su derecho de acceso y residencia queda sujeto a la discrecionalidad de los Estados. Entre ambos extremos se sitúan,

(56) Véase STAPLES, H., *The Legal Status of Third Country Nationals Residents in the European Union*, Kluwer, La Haya, 1999, en particular pp. 83-128.

a su vez, los ciudadanos extracomunitarios ya («legalmente») residentes en un Estado miembro y los procedentes de Estados con los que existe algún tipo de convenio, sea de asociación, cooperación u otro tipo. A partir de esta compleja y dispersa situación jurídica en otra sede hemos clasificado a los ciudadanos de terceros países en tres categorías: *extranjeros privilegiados*, *extranjeros semiprivilegiados* y *extranjeros no privilegiados* (57).

3.2 LAS ACCIONES COMUNITARIAS

A este respecto, la acción comunitaria emprendida hasta el momento por la Unión puede resumirse en dos grupos. Por un lado, la de los logros ya conseguidos y, por otro, la de las propuestas de próxima aprobación.

En el primero de los grupos destaca el Reglamento de 2002 por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países (58). Su objetivo principal, como ya es tónica habitual en la mayor parte de las acciones en materia de inmigración, es la «prevención de la inmigración y residencia ilegales y la lucha contra las mismas» de manera que se refuerza «la protección de los permisos de residencia contra la imitación y la falsificación» (considerandos 5 y 6 y arts. 5 y 6). Resulta, por ello, necesario que el Reglamento recoja tan sólo las especificaciones más generales, debiendo completarse con otras de carácter secreto para evitar falsificaciones.

También dentro de ese primer grupo de acciones y con idéntica finalidad represiva de la inmigración ilegal puede destacarse la Directiva de finales de 2002 destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (59), cuyo período de transposición finaliza el 5 de diciembre de 2004 (art. 4). Su objetivo básico es «combatir la ayuda a la inmigración clandestina, tanto la que se refiere al cruce irregular de la frontera en sentido estricto como la que se presta para alimentar las redes de explotación de seres humanos» (considerando 2). Por eso, prevé una tipificación general (art. 1) que recoja la incitación, participación y tentativa de la ayuda a la entrada o estancia ilegales (art. 2) y conlleve «sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias» (art. 3).

Dentro de este mismo tipo de normas comunitarias puede entresacarse una Directiva de 2001 que, como desarrollo del acervo Schengen ventilado en el TCE, completa lo previsto en el artículo 26 del Convenio de Aplicación de Schengen con «objeto de luchar eficazmente contra la inmigración ilegal», para lo cual «resulta esencial que todos los Estados miembros cuenten con un sistema para determinar las obligaciones de los transportistas que trasladan a nacionales extranjeros al territorio de los Estados miembros» (60). Sin duda, fruto de la transversalidad

(57) Para el estudio de su complejo contenido jurídico, según los casos, nos remitimos a MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *op. cit.* (*La inmigración y el asilo en la Unión Europea...*) pp. 173-200.

(58) Reglamento (CE) núm. 1030/2002, del Consejo, de 13 de junio de 2002, *DO L* 157, de 15 de junio de 2002, p. 1.

(59) Directiva 2002/90/CE, del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, *DO L* 328, de 5 de diciembre de 2002, p. 17.

(60) Directiva 2001/51/CE, del Consejo, de 28 de junio de 2001, *DO L* 187, de 10 de julio de 2001, p. 45.

entre pilares, esta norma se ve completada con otras dictadas en el ámbito del tercer pilar relativo a la cooperación policial y judicial en materia penal (61).

Por otro lado, en el segundo grupo relativo a las acciones que aún se encuentran en proceso de elaboración, destaca por encima de todas la propuesta de Directiva del Consejo sobre derecho de reagrupamiento familiar (62) que previsiblemente se aprobará a finales de 2003. Su objetivo es «fijar las condiciones en las cuales se ejerce el derecho de reagrupación de familiar de que disponen los nacionales de países terceros que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros» (art. 1). Se aplicaría «cuando el reagrupante sea un nacional de un país tercero que resida legalmente en un Estado miembro, titular de un permiso de residencia expedido por ese Estado miembro de un período de validez superior o igual a un año y tenga una perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia duradera, si los miembros de su familia son nacionales de países terceros, independientemente del estatuto jurídico de éstos» (art. 3) y considerándose miembros de la familia el cónyuge, los hijos menores (art. 4).

Igualmente sobresalientes son la propuesta de Directiva relativa a los requisitos de entrada y estancia de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, de formación profesional o voluntariado (63) y la relativa a los efectos de empleo (64).

Con ello quedan perfiladas grosso modo las farragosas y dispersas líneas generales de actuación de la CE en materia de inmigración, por lo que nos encontramos en situación de abordar el segundo de los soportes del título IV TCE, a saber, el asilo.

III. HACIA UNA POLÍTICA EUROPEA DE ASILO

1. Aspectos generales: el carácter limitado de la competencia comunitaria

Desde la aparición del concepto de Estado-nación, con el territorio, la nacionalidad y la soberanía como elementos centrales, la prerrogativa soberana de poder autorizar la entrada y permanencia en su territorio a los nacionales de otros Estados se erigió en la base sobre la que se ha fundamentado durante largo tiempo toda la regulación en la materia (65). De esta manera se convirtió en un principio asen-

(61) A este respecto destacan con luz propia las decisiones marco relativas a la lucha contra la trata de seres humanos (Decisión marco del Consejo, de 19 de julio de 2002, *DO L* 203, de 1 de agosto de 2002, p. 1) y para reforzar el marco legal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (Decisión marco del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, *DO L* 328, de 5 de diciembre de 2002, p. 1). De manera ya más alejada, pero que también puede afectar de manera indirecta a la inmigración, pueden destacarse las decisiones marco en materia de lucha contra el terrorismo (Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, *DO L* 164, de 22 de junio de 2002, p. 3) y la relativa a la orden detención europea (Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, *DO L* 190, de 18 de julio de 2002, p. 1).

(62) Propuesta modificada de Directiva de la Comisión de 2 de mayo de 2002, COM (2002) 225 final y *DO C* 203E, de 27 de agosto de 2002, p. 136. Anteriormente, COM (2000) 624 final.

(63) COM (2002) 548 final y *DO C* 45E, de 25 de febrero de 2003, p. 18.

(64) COM (2001) 386 final.

(65) Cfr., por ejemplo, ISA y, E., «De la nationalité», *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*, 1924, pp. 429-468.

tado que cada Estado es competente para determinar bajo qué condiciones un extranjero puede ser autorizado a entrar en su territorio. Por tanto, a propósito de la inmigración, ha sido clásico hablar de una competencia regaliana y respecto del asilo de la inexistencia de límites al derecho estatal (soberano) de rechazar las peticiones de asilo. Aún hoy sigue constituyendo una prerrogativa netamente estatal. Ciertamente, la Declaración Universal de Derechos del Hombre recoge el derecho a buscar y disfrutar de asilo en otros Estados miembros si se sufre persecución (art. 14). Mas ese derecho en el Convenio de 28 de julio de 1951 sobre la situación de los refugiados políticos se traduce únicamente en una codificación del más modesto principio del *non refoulement* (art. 33).

Sin embargo, en un espacio sin fronteras en el que se pretende que los nacionales de terceros países también puedan desplazarse libremente de un Estado a otro parece del todo punto necesaria la existencia de una cierta armonización de las normas de admisión de refugiados y demandantes de asilo. De lo contrario se crearían evidentes distorsiones y desequilibrios en la presentación de demandas de asilo que obviamente se concentrarían en los Estados con regímenes jurídicos más favorables y soslayando así a los Estados con regímenes más estrictos. Además, en caso de denegación de la solicitud de asilo por un Estado miembro, se crearían fácilmente casos de lo que se ha venido llamando *asylum-shopping* y refugiados en órbita.

Con todo, la regulación del asilo en las normas comunitarias introducidas por el Tratado de Ámsterdam y mantenida por el Tratado de Niza están muy lejos de representar una competencia general en la materia. Se limita únicamente a recoger una serie de atribuciones competenciales a favor de la Comunidad (art. 63.1 TCE) en áreas muy concretas y detalladas. El resto, obviamente, sigue en manos de los Estados (66).

En concreto, estas medidas comunitarias lo son de «carácter mínimo», esto es, al Consejo no se le atribuye competencia para dictar una normativa armonizadora completa y amplia sobre el procedimiento de asilo o sobre el régimen de acogida, sino únicamente «normas mínimas» (67). Y se limita a la determinación del Estado miembro responsable de examinar la solicitud de asilo, normas de acogida, normas para la concesión del estatuto de refugiado y normas para los procedimientos de concesión o retirada del estatuto de refugiado. Todo ello respetando, como ya se ha apuntado, el Convenio de Ginebra de 1951 y el propio Convenio Europeo de Roma de 1950, el cual, aunque no contiene expresamente ninguna referencia al asilo, ha servido para que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haga una interpretación de su artículo 3 (prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes) que afectan notablemente a la materia (68).

(66) Véase *in extenso* STERN, B., *L'Europe et le droit d'asile*, L'Harmattan, París, 2001.

(67) Sobre el concepto de normas mínimas de armonización, véase WAGNER, M., *Das Konzept der Mindestharmonisierung*, Duncker & Humblot, Berlín, 2001, especialmente pp. 110-112.

(68) Cfr. FORTEAU, H., «L'application préventive de l'article 3 CEDH aux étrangers», en Forteau, H. (ed.), *L'application de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit interne des États membres. L'impact des garanties européennes contre la torture, les traitements inhumains et dégradants*, Librairie Générale de Droit et de la Jurisprudence, París, 1996, pp. 213-265; GUSY, C., «Zur Bedeutung von Artikel 3 EMRK im ausländerrecht», *Zeitschrift für*

En concreto, la Comunidad goza de competencia suficiente para establecer los criterios necesarios para determinar el Estado miembro que asume la responsabilidad de examinar una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, así como para dictar «normas mínimas» para la acogida de solicitantes de asilo en los Estados miembros, para la concesión del estatuto de refugiado a nacionales de terceros países, para los procedimientos que deban aplicar los Estados miembros para conceder o retirar el estatuto de refugiado y para conceder, en lo relativo a los refugiados y personas desplazadas, protección temporal y fomentar un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros (art. 63.1 y 2 TCE). Sin embargo, el uso que de estas competencias han hecho las instituciones comunitarias presenta notables claroscuros. Como se mostrará a continuación (apartado 2), junto a logros de relevante importancia (2.1), existen aún importantes ámbitos sobre los que, como es el caso del propio concepto de refugiado o de la protección subsidiaria, no se ha alcanzado el necesario acuerdo (2.2).

2. Alcance de las acciones comunitarias

2.1 NORMAS YA APROBADAS

En efecto, el alcance de las acciones comunitarias emprendidas por la Comunidad hasta el momento es muy desigual. Se acerca la fecha final de período de cinco años previsto en el Tratado (1 de mayo de 2004) y todavía quedan pendientes normas de especial trascendencia. Se han aprobado, empero, importantes acciones que merecen una breve reseña en esta sede. Sirvan, en todo caso, como pórtico valorativo de casi todas ellas dos apuntes previos. Por un lado, la falta de ambición en su regulación; algunas de ellas se limitan a convertir en un acto jurídico comunitario (reglamento o directiva) lo que antes se encontraba regulado *extra muros* de los tratados (ej. mediante convenio) sin apenas modificaciones materiales. Y por otro lado la inspiración claramente restrictiva y tendente a combatir, de manera paralela a lo visto anteriormente a propósito de la inmigración (ilegal), las demandas fraudulentas de asilo.

a) *Determinación del Estado responsable del examen de la demanda de asilo*

No cabe duda que para evitar los fenómenos del refugiado en órbita, esto es aquellos solicitantes de asilo que «peregrinan» de un Estado a otro sin que ninguno examine su solicitud de asilo, y del refugiado múltiple (*asylum shopping*), consistente en presentar solicitud de asilo en varios Estados para incrementar la probabilidad de concesión, ha sido una prioridad de la Unión adoptar medidas que fijen claramente los criterios para determinar el Estado responsable de examinar una solicitud de asilo, de manera que sólo un único Estado de la Unión resul-

Ausländerrecht 1993, pp. 63-70; SCHUTTER, O. de, «La Convention européenne des droits de l'homme et l'asile», *Revue de Droit des Étrangers*, 1994, núm. 80/81, pp. 471-480.

te responsable exclusivo del examen. No es de extrañar, pues, que ya antes del Tratado de Ámsterdam los Estados miembros aprobaran con este fin fuera de los tratados el denominado Convenio de Dublín, firmado el 15 de junio de 1990 y en vigor desde el 1 de enero de 1997 (69). No es momento de detenernos en el estudio concreto de su contenido, pues ya ha sido hecho con anterioridad (70). Nos limitaremos a subrayar que en fecha reciente se ha dictado un Reglamento (71) que «sustituye» al citado Convenio (art. 24.1) y que resultará aplicable «a las solicitudes de asilo presentadas a partir del primer día del sexto mes siguiente a su entrada en vigor» (en vigor desde el 18 de marzo de 2003)» (art. 29), siéndolo el Convenio hasta esa fecha. El Reino Unido sí participa en este Reglamento (72), no así Dinamarca (73).

Este importante Reglamento se inspira en la conveniencia de garantizar «la continuidad entre el sistema de determinación del Estado responsable establecido por el Convenio de Dublín y el establecido por el presente Reglamento» (considerando 10), por lo que su contenido apenas introduce modificaciones respecto al régimen anterior. En realidad, en lo básico, se limita a favorecer «la tramitación conjunta de las solicitudes de asilo de los miembros de una misma familia por un único Estado miembro» y preservar «la unidad de las familias», permitiéndose «agrupar a miembros de una familia, así como a otros familiares dependientes, por razones humanitarias» (considerandos 6 y 7 y arts. 6, 8 y 15) y manteniendo el resto de criterios.

Por otro lado, para una correcta aplicación de este Reglamento y, en particular, para garantizar el control necesario que evite la presentación de sucesivas solicitudes de asilo, resulta de particular importancia una efectiva comparación e intercambio entre los Estados de las impresiones dactilares de los respectivos solicitantes.

(69) *DO C 254*, de 19 de agosto de 1997, p. 1.

(70) ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., «El Convenio de aplicación de Schengen y el Convenio de Dublín: una aproximación al asilo desde la perspectiva comunitaria», *RIE*, 1993, pp. 53-100; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., *op. cit.* (*La inmigración y el asilo...*), pp. 226-235; MARINHO, C./HEINONEN, M., «Dublín after Schengen: Allocating Responsibility for Examining Asylum Applications in Practice», *EIPASCOPE*, 3/1998, pp. 2-13; STEFANINI, P./DOUBLET, F., «Le droit d'asile en Europe: La Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée auprès d'un État membre des Communautés Européennes», *Revue de Marché Común et de l'Union Européenne*, 1991, pp. 391-399.

(71) Reglamento (CE) núm. 343/2003, del Consejo, de 18 de febrero de 2003, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país, *DO L 50*, de 25 de febrero de 2003, p. 1. Un primer comentario sobre él se encuentra en CARRERA HERNÁNDEZ, J., «Comentario al Reglamento por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país», *Revista General de Derecho Europeo*, 2003, núm. 1, www.iustel.com.

(72) Mediante carta de 30 de octubre de 2001, el Reino Unido manifestó su deseo de participar en la adopción y aplicación del presente Reglamento. Curiosamente, la exposición de motivos del Reglamento contiene a este respecto una errata al referirse a «la presente Directiva» cuando en realidad es un Reglamento (considerando 17).

(73) Como ya se apuntó en su momento a partir de lo previsto en los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al TUE y al TCE, este país no queda vinculado por las acciones que adopte la CE en virtud del título IV TCE.

tes de asilo. Por ello, EURODAC, creada en el 2000 mediante un Reglamento (74) y desarrollada en 2002 (75), resulta un instrumento imprescindible.

Con ello, se ha logrado el abandono del ámbito extracomunitario del Convenio para reconducirlo plenamente al «redil comunitario». Que no es poco.

b) *Normas mínimas para la acogida de solicitantes de asilo*

Un segundo ámbito de gran relevancia es el relativo a la acogida de los solicitantes de asilo. Como consecuencia de la obligación de examinar la solicitud de asilo, recién expuesta, existe una obligación derivada de tomar a cargo al solicitante con independencia de que el resultado final conduzca a la entrega del solicitante a otro Estado miembro por resultar, conforme al Reglamento citado, responsable del examen. Pero, como quiera que entre los diferentes Estados miembros existen notables diferencias en el grado de protección, especialmente en lo que atañe a la dimensión social (alojamiento, subsidios, asistencia médica y psicológica, posibilidad de acceso al mercado laboral, duración de los beneficios, etc.), se producen serias distorsiones en el reparto de los solicitantes de asilo entre los Estados miembros; se produce lo que eufemísticamente suele denominarse «movimientos secundarios de los solicitantes de asilo debidos a la diversidad de las condiciones de acogida». Resulta, por ello, conveniente una armonización de la materia que, de acuerdo con la atribución competencial introducida por el Tratado de Ámsterdam, consiste en adoptar normas comunes a todos los Estados miembros para concretar el alcance de los derechos y obligaciones derivados de la acogida de los solicitantes de asilo [art. 63.1.b) TCE].

Tras no pocas dificultades de acuerdo derivadas del muy diferente listón de protección existente en los diferentes Estados, a principios de 2003 se ha aprobado una Directiva en la materia (76), cuyo (largo) período de transposición expirará el 6 de febrero de 2005 (art. 26). El Reino Unido sí participa de la Directiva, mientras que no lo hacen ni Irlanda ni Dinamarca (considerandos 19 a 21). Su objeto es, pues, «establecer normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros» (art. 1), con el fin de «garantizarles un nivel de vida digno y unas condiciones de vida comparables en todos los Estados miembros» (considerando 7). Tales normas se centran en las condiciones de acogida, destacando los derechos de información sobre los beneficios existentes u organizaciones que pue-

(74) Reglamento (CE) núm. 2725/2000, del Consejo, de 11 de diciembre de 2000, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín, *DO L 316*, de 15 de diciembre de 2000, p. 1.

(75) Reglamento (CE) núm. 407/2002 del Consejo, de 28 de febrero de 2002, por el que se establecen determinadas normas de desarrollo del Reglamento (CE) núm. 2725/2000 relativo a la creación del sistema «Eurodac», *DO L 62*, de 5 de marzo de 2002, p. 1. Este Reglamento, entre otros aspectos, establece un formato (digitalizado) para el intercambio de datos relativos a las impresiones dactilares (anexo 1), un formulario común de impresiones dactilares (anexo 2) y la ejecución de la comunicación entre los Estados miembros y la Unidad Central (arts. 3 a 5).

(76) Directiva 2003/9/CE, del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros, *DO L 31*, de 6 de febrero de 2003, p. 18. Un primer comentario sobre esta Directiva se encuentra en GORTÁZAR ROTAECHE, C. J., «Comentario a la Directiva 2003/9/CE», *Revista General de Derecho Europeo*, 2003, núm. 1, www.iustel.com.

dan ayudarles (art. 5), de que se les proporcione documentación (art. 6), residencia y libertad de circulación (art. 7), mantener la unidad familiar (art. 8), reconocimiento médico y atención sanitaria (arts. 9 y 13), escolarización y educación (art. 10), acceso al empleo (art. 11) o formación profesional (art. 12). Igualmente se prevé una particular protección para aquellas personas que, como los menores (art. 18), los menores no acompañados (art. 19) o las víctimas de la tortura y la violencia (art. 20), presentan necesidades particulares.

Al tratarse de «normas mínimas», nada impide la existencia en algunos Estados de disposiciones más favorables (art. 4). Ocurre, sin embargo, que el texto final aprobado responde a «normas mínimas sobre el mínimo posible» habiendo reducido al máximo el alcance de algunos de los derechos citados y rebajado notablemente el nivel de protección (ya de por sí prudente) que presentaba la propuesta de la Comisión (77). Por resaltar tan sólo algunos casos podrían entresacarse algunos ejemplos. La libertad de circular libremente por el territorio del Estado miembro se puede limitar a «una zona que les haya asignado dicho Estado miembro» (art. 7.1). El derecho de escolarización y educación se limita a los «hijos menores de los solicitantes de asilo» y en «condiciones similares a las de los nacionales del Estado miembro de acogida» (art. 10.1) –y no en «iguales condiciones»–; podrá además retrasarse hasta «tres meses a partir de la fecha de presentación de la solicitud de asilo de los menores o de sus padres» (art. 10.2) y no afecta a la formación profesional, la cual queda como posibilidad en manos de cada Estado miembro (art. 12). Las condiciones de acogida quedan totalmente abiertas en su determinación, estableciéndose únicamente que «los Estados miembros velarán por que los solicitantes de asilo puedan disponer de las condiciones de acogida cuando presenten su solicitud de asilo» (art. 13.1) y determinando que las prestaciones inherentes a las condiciones de acogida «podrán proporcionarse en especie o en forma de asignaciones financieras o vales o combinando ambas posibilidades» (art. 13.5), pero sin ningún tipo de concreción material; no hay por ejemplo ninguna referencia a la vivienda o a las cantidades mínimas necesarias para la alimentación. Por lo que afecta al derecho de atención sanitaria, se deja también en manos de los Estados concretar qué se entiende por el mínimo encarnado por «los cuidados de urgencia y tratamiento básico de las enfermedades» (art. 15). Igualmente criticable resulta el acceso al mercado de trabajo que, sin aceptar ni siquiera la propuesta de la Comisión de fijar un plazo máximo de seis meses a partir de la presentación de la solicitud de asilo, queda totalmente abierto en manos de los Estados (art. 11.1) e incluso en el supuesto de «no haberse resuelto en primera instancia una solicitud de asilo transcurrido un año desde su presentación y siempre que esta demora no pueda atribuirse al solicitante» son los Estados miembros quienes tendrán que decidir «las condiciones en las que puede concederse al solicitante el acceso al mercado de trabajo» (art. 11.2); el único aspecto preceptivo es que no podrá privarse al solicitante el acceso al mercado de trabajo cuando se interponga un recurso que tenga efectos suspensivos contra una decisión negativa tomada en un procedimiento ordinario (art. 11.3). En idéntica tendencia restrictiva, el concepto de «miembros de la familia» se limita al cónyuge o la pareja de hecho con relación

(77) *DO C 213*, de 31 de julio de 2001, p. 286.

duradera con el solicitante y los hijos menores [art. 2.d)], y aun estos últimos limitados a los supuestos en que no estén casados y sean dependientes. Para cerrar esta lista de aspectos que escoran las normas de acogida hacia un «mínimo realmente mínimo» podría destacarse que el loable principio general de prestar una particular atención a las personas con necesidades particulares (menores, menores no acompañados, personas con discapacidades, personas de edad avanzada, mujeres embarazadas, familias monoparentales con hijos menores, personas que hayan padecido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual) queda absolutamente en manos de los Estados, que como obligación general simplemente «tendrán en cuenta la situación específica» de estas personas especialmente vulnerables (art. 17.1) y como obligaciones específicas «procurarán» que los menores tengan acceso a los servicios de rehabilitación y atención psicológica adecuada, «mantendrán» unidos a los hermanos (menores no acompañados) «en la medida de lo posible» (art. 19.3) y «velarán» para que las víctimas de tortura y violencia reciban el tratamiento preciso para reparar los daños producidos por tales actos (art. 20). Incluso en lo referido al (procedimiento de) acceso a la justicia gratuita en el ámbito de los recursos contra las decisiones en esta materia, «lo establecerá el Derecho nacional» (art. 21.2), sin que la Directiva sea en modo alguno taxativa a la hora de considerar la justicia gratuita como un derecho.

Obviamente, la presente Directiva no será de relevancia cuando se apliquen las disposiciones de la Directiva ya existente para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas (art. 3.2).

c) *Protección temporal en caso de afluencia masiva y reparto equitativo de cargas*

En efecto, como complemento de la Directiva descrita en el apartado anterior existe una Directiva previa, de julio de 2001, que al amparo de la atribución competencial del artículo 63.2 TCE recoge las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida (78). Su período de transposición finalizó el último día de 2002 (art. 32.1) y el Reino Unido sí participa de la aprobación y aplicación de la presente Directiva (considerando 24), del mismo modo que es previsible que Irlanda solicite también en el futuro su participación. Dado el carácter excepcional de este tipo de situaciones, la condición de afluencia masiva de personas desplazadas se determinará en cada caso concreto mediante una Decisión del Consejo adoptada por mayoría cualificada a propuesta de la Comisión y de obligado cumplimiento para todos los Estados miembros (art. 5). El mecanismo de solidaridad para fomentar un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros en estos supuestos de acogida en caso de afluencia masiva presenta dos vertientes, una de carácter financiero y otra basada en la acogida de las personas en los Estados miembros (arts. 8 a 16), sin perjuicio de que esta protección temporal sea compatible con la presentación posterior de una solicitud de asilo (arts. 17 a 19) y de los correspondientes mecanismos

(78) Directiva 2001/55/CE, del Consejo, de 20 de julio de 2001, DO L 212, de 7 de agosto de 2001, p. 12.

de cooperación administrativa (arts. 24 a 26). Las medidas contempladas en esta Directiva se beneficiarán del Fondo Europeo para los Refugiados que fue creado en 2000 (79) (para el período 2000-2004), y cuya función es precisamente «apoyar y fomentar los esfuerzos de los Estados miembros en la acogida de refugiados y personas desplazadas» con un importe de referencia de 216 millones de euros.

2.2 NORMAS PENDIENTES DE APROBACIÓN

Con ser relevante la tarea desplegada por las instituciones comunitarias, al elenco de acciones aprobadas le resta aún un buen trecho para acercarse a lo que podría considerarse una política común en materia de asilo. En lo meramente cuantitativo faltan aún importantes acciones, como las relativas a las normas mínimas para establecer un procedimiento común para conceder o retirar la condición de refugiado (80) o para regular la protección subsidiaria de quienes no se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la Convención de Ginebra de 1951, pero sí son merecedores de cierta protección (81). Y en lo cualitativo, además de subrayar una vez más el carácter realmente mínimo de los contenidos aprobados, podría pensarse en cierta forma, como hace Cristina J. Gortázar Rotaèche, que se ha «comenzado la casa por el tejado», ya que «la Directiva relativa a la interpretación del concepto de refugiado y a la noción y estatuto de la protección subsidiaria habría de ser la piedra angular del proceso de armonización normativa sobre asilo que se sigue en el seno de la UE» (82).

IV. LA INMIGRACIÓN Y EL ASILO EN LA FUTURA CONSTITUCIÓN EUROPEA

A la hora de echar la mirada hacia el futuro de las cuestiones de inmigración y asilo no basta con detectar y calibrar las acciones que restan por adoptar antes de que expire el período de cinco años previsto en el título IV TCE (1 de mayo de 2004), aunque efectivamente en algunos casos la falta de consenso en el Consejo y la preocupación casi exclusiva por la inmigración ilegal y el combate del uso fraudulento del asilo inviten a la preocupación.

Antes de concluir este trabajo resulta también ineludible referirse *de lege ferenda* al tratamiento que la inmigración y el asilo merecerán en la Constitución

(79) Este Fondo se creó mediante Decisión 2000/596/CE, del Consejo, de 28 de septiembre de 2000, *DO L* 252, de 6 de octubre de 2000, p. 12.

(80) En junio de 2002 la Comisión presentó una propuesta de Directiva en la materia que hasta el momento no parece haber encontrado en el Consejo respaldo suficiente para su aprobación, si bien podría resultar finalmente aprobada en junio de 2003; COM (2002) 326 final, de 18 de junio de 2002.

(81) Existe una propuesta de Directiva, presentada por la Comisión ya en septiembre de 2001, sobre normas mínimas sobre los requisitos y el estatuto al que pueden optar ciudadanos de países terceros y personas apátridas para ser refugiados o beneficiarios de otro tipo de protección internacional, la cual podría encontrar en los próximos meses el consenso necesario para su aprobación en el seno del Consejo; COM (2001) 510 final, de 12 de septiembre de 2001.

(82) GORTÁZAR ROTAÈCHE, C. J., *loc. cit.* («Directiva 2003/9/CE...»), apdo. II, *in fine*.

europea que apruebe la próxima Conferencia Intergubernamental prevista para finales de este año 2003. Es obviamente muy temprano para ofrecer una valoración de conjunto, puesto que en el momento de redactar estas líneas aún ni siquiera existe una propuesta final de Constitución (o, mejor dicho, tratado constitucional) por la Convención sobre el futuro de la UE (83). Sí puede, empero, recordarse que el Grupo de Trabajo constituido en el seno de la Convención para estudiar las posibles reformas del «espacio de libertad, seguridad y justicia» presentó en diciembre de 2002 un informe final (84) en el que se proponen diversas reformas. Algunas de carácter general y otras de carácter particular.

Entre las propuestas de carácter general destaca por encima de todas la propuesta de un marco jurídico general común que haga desaparecer la actual dicotomía entre el primer pilar (título IV TCE) y el tercer pilar (título VI TUE) y reúna todas las disposiciones relativas al *espacio europeo de libertad, seguridad y justicia* en un único título del Tratado. Ello no significa necesariamente que los procedimientos de la Unión tengan que aplicarse de modo idéntico en todas las materias, ya que podrían variar en función de la actuación prevista, es decir, cabría el mantenimiento de ciertas peculiaridades procedimentales en materias actualmente reguladas en el tercer pilar (85). En este mismo ámbito de las propuestas de carácter general se propone una mayor claridad en la distinción entre tareas legislativas (instrumentos jurídicos, procedimientos legislativos, etc.) y tareas operativas, aspecto éste íntimamente ligado también con las propuestas que, por su parte, ha realizado el Grupo de trabajo dedicado a la simplificación en orden a diferenciar entre actos legislativos, no legislativos y actos de delegación (86).

Por otro lado, entre las propuestas de carácter particular específicamente referidas a la regulación recogida en el actual pilar comunitario, y prescindiendo de todo aquello que afecte específicamente a la cooperación en el ámbito del Derecho civil, podrían establecerse cuatro grupos de propuestas: inmigración, política de visados, un sistema integrado de gestión de fronteras y asilo.

En primer lugar, en relación con la *inmigración*, no se proponen cambios sustanciales de las bases jurídicas existentes en los apartados 3 y 4 del artículo 63, si bien proponen que se consagre en el tratado constitucional el objetivo de una política común sobre inmigración y que se establezca una base jurídica que permita a la Unión la adopción de medidas de incentivo y apoyo para asistir a los Estados miembros en sus esfuerzos por fomentar la integración de los nacionales de países terceros que residen legalmente. Igualmente proponen el paso al voto por mayoría cualificada y el empleo del procedimiento de codecisión.

En segundo lugar, por lo que afecta a la *política de visados*, se considera suficiente la base jurídica actualmente existente [art. 62.2.b) TCE], pero se propone una supresión de la diferenciación actual (listados de Estados cuyos nacionales precisan visado, procedimientos y condiciones para la expedición de visados, un

(83) Se prevé que la Convención presente su propuesta de Constitución el 20 de junio de 2003, de manera que durante el segundo semestre del año 2003 la Conferencia Intergubernamental pueda discutirla y, en su caso, aprobarla conforme al mecanismo de revisión previsto en el TUE (art. 48).

(84) CONV 426/02, de 2 de diciembre de 2002.

(85) *Ib.*, pp. 2-3.

(86) CONV 424/02, de 29 de noviembre de 2002.

modelo uniforme de visados y normas para un visado uniforme) a favor de una base jurídica única y simplificada que permita por mayoría cualificada y mediante el procedimiento de codecisión la adopción de todas las medidas necesarias para la política común de visados. Esta propuesta, a la vista del avanzado estado de desarrollo de esta materia, no parece que deba plantear especiales dificultades para su inclusión en el texto final del tratado constitucional.

En tercer lugar, en el ámbito de la *gestión de fronteras*, se propone reformular la actual base jurídica para adoptar las normas y procedimientos que deban aplicar los Estados miembros para la realización de controles sobre la personas en las fronteras externas [art. 62.2.a) TCE] para crear una base jurídica general que permita la adopción de todas las medidas que resulten necesarias para lograr lo que el Consejo Europeo de Sevilla denominó un «sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores». Obviamente debería arrastrar de manera correlativa un refuerzo de la colaboración operativa.

Y en cuarto lugar, respecto al *asilo, refugiados y personas desplazadas* se propone la introducción del voto por mayoría cualificada y el procedimiento de codecisión, la reformulación de los apartados 1 y 2 del artículo 63 TCE, para crear una base jurídica general que permita la adopción de las medidas necesarias para implantar un sistema común de asilo y una política común en materia de refugiados y desplazados, así como la consagración de una base jurídica efectiva que permita materializar de manera eficaz el principio de solidaridad y reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La conclusión final parece evidente. El actual sistema regulador del *espacio de libertad, seguridad y justicia* reclama una reforma en profundidad. El sistema resulta excesivamente complejo en su regulación; la construcción en pilares le resta coherencia a la vez que plantea problemas de bases jurídicas, lo hace opaco e ignora la transversalidad existente entre, por ejemplo, las cuestiones de inmigración (pilar comunitario) y seguridad (pilar extracomunitario); el procedimiento decisorio y el régimen de unanimidad predominante amenaza permanentemente con el bloqueo de acciones imprescindibles para lograr los fines perseguidos, y, por último, más allá de la regulación jurídica en cuestión, falta una visión política de conjunto en las intervenciones comunitarias que reviste al resultado final de una elevada dosis de fragmentación e inclinación permanente hacia las cuestiones de seguridad en detrimento de las propias de los elementos también esenciales de libertad y justicia.

Descendiendo a peldaños más cercanos a los concretos ámbitos de la inmigración y el asilo tratados en este trabajo podrían extraerse algunas conclusiones muy generales. Por lo que se refiere a la inmigración, las bases jurídicas que introdujo el Tratado de Ámsterdam parecen potencialmente suficientes para desplegar una amplia política en materia de inmigración. Sin embargo, los Estados miembros han mostrado, a diferencia de lo que anticipaba el Consejo Europeo de Tampere, un interés casi exclusivo en la adopción de las acciones necesarias para luchar con-

tra la inmigración ilegal, relegando el resto de cuestiones a un muy segundo plano. Así, cuestiones como la admisión de ciudadanos de terceros países y, sobre todo, la regulación del estatuto jurídico de los nacionales de terceros países con residencia legal (prolongada) en la Unión en materias como derecho de residencia, acceso al mercado de trabajo, el principio de no discriminación o las condiciones de acceso al sistema de educación, han quedado totalmente en manos de los Estados, a pesar de que en Tampere se propugnaba una legislación comunitaria en la materia. Podría pensarse, como se abogó por un importante sector de los miembros del Grupo de Trabajo constituido en el seno de la Convención, en la introducción de una nueva base jurídica explícita en el futuro tratado constitucional para la adopción de dicho estatuto jurídico. Mas de poco serviría esa inclusión por sí misma ya que mientras no cambie el actual rumbo de los Estados miembros quedaría en una mera inclusión formal, como de hecho se intuye que hará la Convención en su propuesta final de tratado constitucional.

En lo que atañe al asilo el Consejo Europeo de Tampere fue ambicioso al decidir los Jefes de Estado y de Gobierno crear un «sistema europeo común de asilo» que exigía la adopción a corto plazo de una serie de iniciativas legislativas muy concretas y a más largo plazo un verdadero procedimiento común de asilo y un estatuto uniforme para las personas a las que se les conceda un derecho de asilo que fuera válido en toda la Unión Europea. Con la realidad puesta ya muy lejos del año 1999 en el que se establecía el ambicioso programa legislativo de Tampere, el balance de logros resulta especialmente magro y dista aún un gran trecho hasta lograr la referida política común de asilo. La regla de la unanimidad, apenas modificada por el Tratado de Niza al preverse la posibilidad del voto por mayoría cualificada y el procedimiento de codecisión sólo una vez que el Consejo haya adoptado por unanimidad una legislación comunitaria que recoja las normas comunes y los principios esenciales en esta materia, ha ralentizado en exceso el proceso de toma de decisiones y ha dotado a las normas ya aprobadas de un contenido de mínimos, que en algunos casos resulta especialmente preocupante. Va de suyo que una vez materializada la adhesión de diez nuevos Estados en mayo de 2004, la necesidad de la unanimidad supondría un serio riesgo de bloqueo institucional por lo que tampoco parece aventurado prever que el proyecto de tratado constitucional, recogerá una atribución competencial única en la materia, en la que la adopción de las acciones necesarias para lograr un sistema europeo común de asilo se adopten por mayoría cualificada y mediante el procedimiento de codecisión.

Resulte como resulte, la propuesta final que presente la Convención y por muy ajustado y técnicamente adecuado que resulte el texto jurídico que proponga, será difícil que por sí mismo contribuya a colmar la falta de visión política de conjunto que los Estados miembros han mostrado en la materia desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam. En los asuntos de inmigración y asilo no todo puede reconducirse a la «seguridad».