

ESTUDIOS

Los nacionales no comunitarios en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea

DAVID ORDÓÑEZ SOLÍS*

Magistrado, doctor en Derecho

SUMARIO: I. Introducción. II. El proceso de constitucionalización del espacio de libertad, seguridad y justicia y los nacionales de terceros países en la Unión Europea: A) La libre circulación de los nacionales de terceros países y el acervo de Schengen. 1) La creación del espacio europeo de Schengen (1985-1999). 2) La integración del acervo de Schengen en el Derecho de la Unión Europea (1999-2004). 3) Las excepciones a la aplicación del acervo de Schengen: Reino Unido, Irlanda y Dinamarca y el período transitorio de la ampliación de la Unión Europea en 2004. B) Las políticas de inmigración, visados y asilo en la Unión Europea (1992-2004). III. La política de inmigración en la Unión Europea: A) La política de inmigración y los nacionales de terceros países en el Derecho de la Unión Europea. B) Las cuestiones administrativas y financieras de la política de inmigración en la Unión Europea. 1) La colaboración entre la Comisión y las Administraciones nacionales en la política europea de inmigración. 2) La financiación de la política de inmigración en la Unión Europea. IV. El estatuto jurídico de los nacionales de terceros países en la Unión Europea: A) El control de las fronteras, los visados y la residencia de los nacionales de terceros países en la Unión Europea. B) El asilo y los refugiados en la Unión Europea. C) Los derechos de los nacionales de terceros países en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: 1) Los derechos de los nacionales de terceros países que han celebrado tratados internacionales con la Comunidad Europea. 2) Los derechos de los nacionales de terceros países vinculados a los ciudadanos de la Unión Europea. V. Conclusión.

Resumen

El estatuto de los extranjeros no comunitarios en la Unión Europea se ha ido configurando a través de un proceso de constitucionalización que gira en torno al denominado espacio de libertad, seguridad y justicia:

* Este artículo constituye la base de la ponencia desarrollada en el Seminario sobre «La inmigración y el estatuto de los extranjeros en España en el contexto de la Unión Europea» que bajo el patrocinio del Instituto Nacional de Administración Pública se desarrolló en Madrid los días 27, 28 y 29 de octubre de 2004.

en 1992 el Tratado de Maastricht al mismo tiempo que adoptaba el estatuto de ciudadanía europea estableció las bases para la realización de lo que el Tratado de Ámsterdam de 1997 consagrará como «Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia» y que ha sido incorporado al Tratado constitucional europeo de 29 de octubre de 2004. Desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam el 1 de mayo de 1999 se ha llevado a cabo un programa de realización del espacio de libertad, seguridad y justicia, adoptado en octubre de 1998 por el Consejo Europeo de Tampere, que propugna la aplicación de una política comunitaria de inmigración y delimita claramente el estatuto de los ciudadanos de terceros países en la Unión Europea; el programa de La Haya, adoptado por el Consejo Europeo de noviembre de 2004, pretende fortalecer el espacio de libertad, seguridad y justicia. El acervo jurídico así adoptado ya está siendo incorporado a los ordenamientos nacionales y en gran medida comienza a ser interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

I. INTRODUCCIÓN

El «espacio de libertad, seguridad y justicia» es un término ya habitual en la Unión Europea pero fue acuñado recientemente y con el mismo se expresa el estadio actual de la integración europea. En efecto, en la propia integración europea pueden identificarse dos etapas: la primera cubre aproximadamente el período comprendido entre 1952 y 1992 y, en realidad, supone la realización del mercado común y del mercado interior europeo desde una perspectiva meramente económica. En cambio, la segunda etapa, que se inicia con la adopción del Tratado de Maastricht el 7 de febrero de 1992, gira en torno al nuevo concepto de ciudadanía europea y a la ampliación de las competencias de la Unión al ámbito de cooperación de «Justicia y Asuntos de Interior» (JAI). Y es precisamente como resultado de los primeros pasos de la cooperación en materia de la Justicia y en los Asuntos de Interior cuando se delimita un ámbito, ya no sólo económico sino también político, al que se identifica como espacio de libertad, seguridad y justicia ¹.

El Tratado de la Unión Europea entró en vigor el 1 de noviembre de 1993 con el fin de consolidar los logros alcanzados en la aplicación del programa de realización del mercado interior europeo impulsado por el Acta Única de 1986 así como ampliar las competencias de las Comunidades Europeas. La Unión Europea se levantó a partir de tres pilares: el primero, que continúa siendo esencial, es el pilar comunitario habiéndose fundado en los tres Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas de los años 50; pero, además, creó un segundo pilar de carácter intergubernamental dedicado a la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) que supuso una continuación de la Cooperación Política Europea del Acta Única; y, por último, el Tratado de la Unión estableció en 1992 un tercer pilar, también intergubernamental, encargado de la cooperación en materia de Justicia y Asuntos de Interior (JAI). En los nuevos

¹ Véanse más detalles sobre su evolución en mi estudio «El espacio judicial de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 119, enero-marzo de 2003, pp. 447-483.

pilares intergubernamentales el Tratado de la Unión Europea estableció procedimientos de adopción de decisiones, recurriendo por lo general a la unanimidad del Consejo, y formas de los actos y normas diferenciados de los tradicionales del marco comunitario europeo.

Inicialmente el pilar intergubernamental JAI estaba pensado para contribuir a alcanzar uno de los objetivos de la Unión: «la creación de un espacio sin fronteras interiores» (art. B del Tratado de la Unión Europea) y, más en particular, el artículo K.1 del TUE señalaba: «Para la realización de los fines de la Unión, en particular de la libre circulación de personas, y sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, los Estados miembros consideran de interés común los ámbitos siguientes», enumerando expresamente «la política de asilo; las normas por las que se rigen el cruce de personas por las fronteras exteriores de los Estados miembros y la práctica de controles sobre esas personas; la política de inmigración y la política relativa a los nacionales de terceros Estados [...]; la cooperación judicial en materia civil; la cooperación judicial en materia penal; la cooperación aduanera; la cooperación policial para la prevención y la lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas y otras formas graves de delincuencia internacional, incluidos, si es necesario, determinados aspectos de la cooperación aduanera en conexión con la organización, a escala de la Unión, de un sistema de intercambios de información dentro de una Oficina Europea de Policía (Europol)».

Fue el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997, que entró en vigor el 1 de mayo de 1999, el que consagró el nuevo concepto de espacio de libertad, seguridad y justicia. Con este fin insertó un nuevo párrafo en el preámbulo del Tratado de la Unión Europea del siguiente tenor: «Resueltos a facilitar la libre circulación de personas, garantizando al mismo tiempo la seguridad y la protección de sus pueblos, mediante el establecimiento de *un espacio de libertad, seguridad y justicia*, de conformidad con las disposiciones del presente Tratado»². Y en el artículo 2 del TUE se estableció como nuevo objetivo de la Unión «mantener y desarrollar la Unión como un *espacio de libertad, seguridad y justicia*, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia». Y a partir de Ámsterdam los desarrollos de este espacio se hacen descansar tanto en el pilar intergubernamental de cooperación policial y judicial en materia penal (art. 29 Tratado UE) como en las previsiones constitucionales del Tratado CE sobre «Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas» (arts. 61 a 69 Tratado CE).

El Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, constituye la consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia. Los artículos III-257 a III-277 del nuevo Tratado constitucional regulan el espacio de libertad, seguridad y justicia y lo articulan en torno a las «políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración», la «cooperación judicial en materia civil», la «cooperación judicial en materia penal» y la «cooperación policial». Aunque el Tratado constitucional mantiene algunas peculiaridades «intergubernamen-

² Para un análisis completo de la negociación y de los términos en que se acordó el establecimiento del espacio de libertad, seguridad y justicia en Ámsterdam remitimos al estudio de HENRI LABAYLE, «Le Traité d'Amsterdam: Un espace de liberté, de sécurité et de justice», *Revue trimestrielle de Droit européen* 33 (4) octubre-diciembre de 1997, pp. 813-881.

tales» en la cooperación policial y judicial penal, elimina la estructura de pilares y el régimen relativo a la forma de los actos y, sin conseguirlo completamente, el proceso de adopción de decisiones se corresponde con el de los demás ámbitos de la integración europea.

Así pues, el espacio de libertad, seguridad y justicia es el concepto fundamental de evolución de la integración europea en la última década y sus desarrollos constitucionales han sido alentados por una importante actividad de planificación y propuesta de la Comisión Europea donde el comisario de Justicia y Asuntos de Interior ha cobrado un protagonismo inusitado como ejemplifica la labor realizada en el período 1999-2004 António Vitorino; aunque finalmente la adopción de las decisiones corresponda al Consejo.

A continuación se analiza de qué modo la realización del espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea afecta a los nacionales de terceros países, es decir, a ciudadanos no comunitarios. Con este fin examino, en primer lugar, el proceso de constitucionalización del espacio que surge como consecuencia del denominado «acervo de Schengen» y como resultado de los sucesivos cambios constitucionales operados en Maastricht, Ámsterdam y que se consolidarán con la entrada en vigor del Tratado de Roma por el que se establece una Constitución para Europa. En segundo lugar presento los elementos configuradores de la actual política de inmigración de la Unión Europea en cuanto se refiere a la legislación, la programación y la cooperación administrativa y financiera. Por último, esbozo las líneas normativas fundamentales en las se inscribe el actual estatuto de los nacionales de terceros países dentro de la Unión Europea.

II. EL PROCESO DE CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ESPACIO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA Y LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES EN LA UNIÓN EUROPEA

La realización del espacio de libertad, seguridad y justicia es la consecuencia de los desarrollos de la consagración constitucional del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de la Comunidad Europea, tal como fueron adoptados y modificados, particularmente, en Maastricht en 1992 y en Ámsterdam en 1997. La adopción el 29 de octubre de 2004 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa supone la consolidación y la simplificación y la mejora del marco constitucional europeo en este ámbito.

El embrión del espacio de libertad, seguridad y justicia puede apreciarse en el desarrollo, fuera del marco comunitario europeo y entre 1985 y 1999, del denominado «acervo de Schengen» que a partir de 1999 ha pasado a formar parte del Derecho de la Unión contribuyendo, de este modo, a definir más claramente la política europea de inmigración y el estatuto de los nacionales de los terceros países en la Unión Europea.

A) LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES Y EL ACERVO DE SCHENGEN

Todos los esfuerzos de las Comunidades Europeas hasta 1992 se centraron en la realización del mercado común y del mercado interior europeo lo que supuso, en realidad, una tarea de asegurar y facilitar la libre circulación de los trabajadores comunitarios. En el Tratado de Maastricht se produce una importante inflexión al considerar lograda la dimensión económica de la libre circulación y preocuparse por la ciudadanía de la Unión y por la libre circulación de las personas, ciudadanos comunitarios y de terceros países.

El espíritu que alienta el régimen de libre circulación de personas en la Unión Europea tiene su origen en el denominado «acervo de Schengen» que fue creado en 1985 fuera del marco de las Comunidades Europeas y que el Tratado de Ámsterdam de 1997 ha absorbido y establecido como Derecho propio de la Unión Europea en un proceso transitorio de cinco años (1999-2004). Precisamente, una vez concluida la integración del acervo de Schengen en el Derecho de la Unión se ha producido la ampliación de la Unión Europea a 10 nuevos países que plantea problemas especialmente relevantes, aunque sea transitoriamente, en relación con su estatuto jurídico.

1. La creación del espacio europeo de Schengen (1985-1999)

El acervo de Schengen constituye en estos momentos una parte esencial del ordenamiento de la Unión Europea pero se creó, a partir de 1985, fuera del marco de las Comunidades Europeas. En efecto, el origen de este acervo es el Acuerdo, firmado en Schengen el 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes que vinculaba a Alemania, Francia, Bélgica, Holanda y Luxemburgo. A este tratado internacional se fueron adhiriendo sucesivamente otros Estados comunitarios: Italia (el 27 de noviembre de 1990), España y Portugal (el 25 de junio de 1991), Grecia (el 6 de noviembre de 1992), Austria (el 28 de abril de 1995); y Dinamarca, Finlandia y Suecia (el 19 de diciembre de 1996)³.

Con el Acuerdo de Schengen de 1985 sus cinco Estados parte pretendían, fundamentalmente, facilitar la libre circulación de los nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas; y a estos efectos se propusieron, en primer lugar y a través de las denominadas «medidas aplicables a corto plazo», reducir y facilitar los controles en el cruce de las fronteras e intentaron «coordinar, en el plazo más favorable posible, sus políticas en materia de visados, con el fin de evitar las consecuencias negativas en materia de inmigración y seguridad que pueda originar la reducción de controles en las fronteras comunes» (arts. 1 a 16 del Acuerdo). Pero esto exigía, además, que se adoptasen «medidas aplicables a largo plazo» (arts. 17 a 27 del Acuerdo) y así, por ejemplo, el artículo 17 del Acuerdo de Schengen disponía:

«En materia de circulación de personas, las Partes tenderán a suprimir los controles en las fronteras comunes y transferirlos a sus fronteras exter-

³ BOE núm. 181, de 30 julio 1991; donde se recoge el texto del Acuerdo de Schengen; DOCE núm. L 239, de 22 de septiembre de 2000, p. 13.

nas. Con estos fines, se esforzarán, previamente, por armonizar, en caso necesario, las disposiciones legislativas y reglamentarias relativas a las prohibiciones y restricciones en que se basan los controles, y por tomar medidas complementarias para salvaguardar la seguridad y para impedir la inmigración ilegal de nacionales de Estados no miembros de las Comunidades Europeas.»

El 19 de junio de 1990 se firmó también en Schengen el Convenio de aplicación del Acuerdo y entró en vigor el 1 de marzo de 1994 para siete países, Alemania, Francia, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Italia y España⁴. En el Convenio de Schengen se define al extranjero en el artículo 1 del modo siguiente: «Toda persona que no sea nacional de los Estados miembros de las Comunidades Europeas»; pero también se recogen otros conceptos fundamentales como frontera interior, frontera exterior, etc. También en el Convenio de aplicación se establecen medidas cuyo objetivo es la «supresión de los controles en las fronteras interiores y circulación de personas», lo que incluye precisiones sobre las fronteras interiores, sobre las fronteras exteriores, sobre visados, permisos de residencia o responsabilidades del examen de las solicitudes de asilo (arts. 2 a 38 del Convenio de Schengen).

También en el Convenio de aplicación se establecen reglas detalladas en materia de cooperación policial (arts. 39 a 47), sobre la asistencia judicial penal (arts. 48 a 53 del Convenio de Schengen), etc. Asimismo, el Convenio de aplicación prevé la puesta en marcha de un Sistema de Información de Schengen (SIS) que, de acuerdo con el artículo 92.1 «permitirá que las autoridades designadas de las Partes contratantes, mediante un procedimiento de consulta automatizado, dispongan de descripciones de personas y de objetos, al efectuar controles en la frontera y comprobaciones y otros controles de policía y de aduanas realizados dentro del país de conformidad con el derecho nacional, así como, únicamente en relación con la categoría de la inscripción mencionada en el artículo 96, a efectos del procedimiento de expedición de visados, de expedición de permisos de residencia y de la administración de extranjeros en el marco de la aplicación de las disposiciones sobre la circulación de personas».

Las anteriores previsiones convencionales fueron desarrolladas en el marco institucional establecido por el Acuerdo y por el Convenio de aplicación que se estructuraba en torno al Comité ejecutivo y a la Secretaría⁵.

2. La integración del acervo de Schengen en el Derecho de la Unión Europea (1999-2004)

El Tratado de Ámsterdam contiene un Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea y en virtud del cual todos los países de la Unión Europea, con la excepción del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca

⁴ BOE núm. 81, de 5 abril 1994, donde también se recoge el texto del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen; en el DOCE núm. L 239, de 22 de septiembre de 2000, p. 19.

⁵ Decisiones del Comité Ejecutivo de Schengen que fueron recopiladas y publicadas en el DOCE núm. L 239, de 22 de septiembre de 2000, pp. 127-473.

«establece[n] entre sí una cooperación reforzada en el ámbito de aplicación de dichos acuerdos y disposiciones relacionadas, recogidos en el anexo del presente Protocolo y denominados en los sucesivo ‘acervo de Schengen’. Esta cooperación se llevará a cabo en el marco institucional y jurídico de la Unión Europea y respetando las disposiciones pertinentes del Tratado de la Unión Europea y del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea».

Así pues, la adaptación del acervo de Schengen tanto al Tratado UE como al Tratado CE fue llevada a cabo nada más entrar en vigor el Tratado de Ámsterdam y a estos efectos, por ejemplo, la Decisión 1999/436/CE del Consejo, de 20 de mayo de 1999, determinó, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen el acervo de Schengen⁶.

Esta integración en el Derecho de la Unión ha permitido que el Acuerdo y el Convenio de aplicación de Schengen así como los actos adoptados en el antiguo marco convencional sean objeto de modificación o ampliación mediante las correspondientes normas europeas, sean Reglamentos, Directivas o Decisiones cuando se trate del ámbito comunitario, o, en su caso, Posiciones comunes, Decisiones marco o Decisiones, es decir, cuando se refieran al pilar intergubernamental de cooperación policial y judicial en material penal.

A título de ejemplo, en el marco comunitario se ha adoptado el Reglamento (CE) número 1091/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la libre circulación con visado para estancias de larga duración que supone una modificación del artículo 18 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen⁷. Pero también el Reglamento (CE) número 2424/2001 y la Decisión del Consejo, de 6 de diciembre de 2001, se refieren al Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II) y mediante tales disposiciones comunitarias se sustituye el viejo SIS por otro nuevo en el que se encarga la gestión a la Comisión Europea⁸. En fin, la Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, completa las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación que se refiere a la obligación de los transportistas de devolver al lugar de procedencia a los nacionales de terceros países⁹.

La misma integración e idéntico desarrollo se lleva a cabo en el marco intergubernamental de la cooperación policial y judicial en materia penal donde, por ejemplo, se ha adoptado la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, que se refiere a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros¹⁰; o la Decisión 2003/725/JAI del Consejo, de 2 de octubre de 2003, modifica los apartados 1 y 7 del artículo 40 del Convenio de aplicación sobre persecución policial y asistencia judicial transfronteriza¹¹.

⁶ DOCE núm. L 176, de 10 de julio de 1999, p. 17.

⁷ DOCE núm. L 150, de 6 junio de 2001.

⁸ DOCE núm. L 328, de 13 diciembre de 2001.

⁹ DOCE núm. L 187, de 10 julio de 1999.

¹⁰ DOCE núm. L 190, de 18 de julio de 2002.

¹¹ DOUE núm. L 260, de 11 octubre de 2003.

3. Las excepciones a la aplicación del acervo de Schengen: Reino Unido, Irlanda y Dinamarca y el período transitorio de la ampliación de la Unión Europea en 2004

El acervo de Schengen se aplica en toda la Unión Europea con las salvedades siguientes: la primera se refiere a la particular situación del Reino Unido, Irlanda y Dinamarca; la segunda se aplica a aquellos países que acaban de integrarse en la Unión Europea; y por último, como consecuencia de la realización del Espacio Económico Europeo, dos países como Noruega e Islandia han asumido participar en gran parte del acervo de Schengen.

Por una parte, Reino Unido e Irlanda no participan, en principio, en el Derecho de Schengen sino que tienen un régimen especial derivado precisamente del Protocolo sobre la aplicación de determinados aspectos del artículo 7-A del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea al Reino Unido y a Irlanda, así como del Protocolo sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda, adoptados en Ámsterdam.

En el caso del Reino Unido participa en algunos ámbitos del acervo de Schengen y en los términos establecidos por la Decisión del Consejo, de 29 de mayo de 2000, donde se detallan las disposiciones específicas del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen (por ejemplo, arts. 26, 27, 39, 40; arts. 42 y 43 en la medida en que estén relacionados con el art. 40; arts. 44, 46 y 47, excepto la letra c) del apartado 2 del art. 47; arts. 48 a 51; arts. 52 y 53; arts. 54 a 58; art. 59; arts. 61 a 66; arts. 67 a 69; arts. 71 a 73; arts. 75 y 76; etcétera)¹².

Irlanda se ha visto forzada, por sus estrechos lazos con el Reino Unido, a seguir un régimen de exclusión muy similar, aun cuando la Decisión del Consejo, de 28 de febrero de 2002, establezca previsiones sobre la participación en ámbitos bien determinados por el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen como, por ejemplo, los relativos a sus artículos 26 y 27, artículo 39, artículo 44, artículos 46 y 47, excepto la letra c) del apartado 2 del artículo 47, artículos 48 a 51, artículos 52 y 53, artículos 54 a 58, artículo 59, artículos 61 a 66, artículos 67 a 69, artículos 71 a 73, artículos 75 y 76, etc.¹³.

En cambio, el régimen aplicable en Dinamarca responde a la voluntad de este Estado miembro de la Unión Europea de no participar en el acervo de Schengen más que en la medida en que sea objeto de una cooperación intergubernamental. De algún modo Dinamarca sólo está dispuesta a asumir obligaciones en los términos establecidos por el viejo pilar intergubernamental JAI, tal como resultaba con anterioridad a la entrada en vigor de Ámsterdam.

No obstante, Dinamarca y los otros países escandinavos, incluidos los dos del Espacio Económico Europeo (Noruega e Islandia) han obtenido la aplicación de un régimen particular en los términos establecidos por la Decisión del Consejo, de 1 de diciembre de 2000, relativa a la puesta en aplicación del acervo de Schengen en Dinamarca, Finlandia y Suecia, así como en Islandia y Noruega a partir del 25 de marzo de 2001¹⁴.

¹² DOCE núm. L 131, de 1 junio de 2000.

¹³ DOCE núm. L 64, de 7 marzo de 2000.

¹⁴ DOCE núm. L 309, de 9 de diciembre de 2000.

La reciente adhesión de los 10 países de Europa central y oriental ha exigido el establecimiento de un complejo período transitorio, salvo Chipre y Malta que aplican desde el primer momento el régimen comunitario, en el Tratado de Adhesión. En este sentido, la Comisión ha reconocido las extraordinarias consecuencias de la integración de los nuevos socios señalando, en particular, lo siguiente:

«La ampliación crea también ciertos retos específicos para algunas políticas, como el *refuerzo de las fronteras exteriores*, la instauración de la *segunda generación del sistema de información Schengen* y, en general, la *preparación de los nuevos Estados miembros a participar plenamente en el acervo Schengen* en la perspectiva de la supresión de los controles en las fronteras interiores¹⁵.»

El período transitorio se ha escalonado en tres etapas –hasta el 1 de mayo de 2006, hasta el 1 de mayo de 2009 y hasta el 1 de mayo de 2011– con distintos efectos, cada vez más restrictivos frente a las excepciones al principio de aplicación general, según cada uno de los nuevos países y haciéndolo depender, en gran medida, de la voluntad de los antiguos socios de la Unión Europea¹⁶.

Así pues y sin perjuicio del período transitorio, desde la adopción en Ámsterdam del Protocolo de Schengen se han vedado otras excepciones permanentes que no sean las ya admitidas. Por eso el artículo 8 del referido Protocolo dispone: «A efectos de las negociaciones para la admisión de nuevos Estados miembros en la Unión Europea, se considerará que el acervo de Schengen y otras medidas adoptadas por las instituciones en su ámbito han de aceptarse en su totalidad como acervo por todo Estado que sea candidato a la adhesión».

B) LAS POLÍTICAS DE INMIGRACIÓN, VISADOS Y ASILO EN LA UNIÓN EUROPEA (1992-2004)

Antes de que entrase en vigor el Tratado de Ámsterdam, las políticas de inmigración, visados y asilo estaban ancladas fundamentalmente al pilar intergubernamental JAI y sólo tímidamente quedaban vinculadas mediante un complejo mecanismo al pilar comunitario.

En efecto, el tercer pilar de la Unión Europea daba cobertura a la cooperación en materia de justicia y asuntos de interior, mientras que en el Tratado CE el artículo 100C del Tratado CE se refería a «los terceros países cuyos nacionales deban estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros». No obstante, también se preveía una transformación de los instrumentos intergubernamentales en normas comunitarias pero, como señalaba el apartado 7 del mismo artículo 100C del Tratado CE, «las disposiciones de los convenios vigentes entre los Estados miembros relativas a materias contempladas en el presente artículo permanecerán en vigor mientras no se sustituya su contenido por directivas o medidas adoptadas de confor-

¹⁵ Comisión Europea, *Comunicación sobre el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: balance del programa de Tampere y futuras orientaciones*, COM (2004) 401 final, de 2 de junio de 2004, p. 6.

¹⁶ ERWAN LANNON, «Le Traité d'adhésion d'Athènes. Les négociations, les conditions de l'admission et les principales adaptations des traités résultant de l'élargissement de l'Union européenne à vingt-cinq États membres», *Cahiers de Droit européen*, 2004, núm. 1-2, pp. 15-95; en relación con la libre circulación de trabajadores, pp. 76-82.

midad con el presente artículo». Asimismo, se preveía la posibilidad de «comunitarizar» la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior de modo que, por ejemplo, el artículo 100D del Tratado CE autorizaba la intervención en el ámbito comunitario del Comité de Coordinación, compuesto por altos funcionarios y constituido conforme al artículo K.4 del Tratado UE.

Esta articulación establecida por el Tratado de Maastricht supuso, sin duda, un importante avance en la integración europea; pero en aquel momento el punto de partida de las políticas relativas a la inmigración y al asilo arraigaba a partir de un confuso tercer pilar intergubernamental de la JAI¹⁷.

Por eso en el Tratado de Ámsterdam de 1997 se introdujo un nuevo Título en la Tercera parte del Tratado CE con el siguiente tenor: «Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas», donde se establecieron las bases «comunitarias» para la realización de espacio de libertad, seguridad y justicia, que ya sólo dejaba en el pilar intergubernamental subsistente aquellas cuestiones relacionadas únicamente con la «cooperación policial y judicial en materia penal».

A partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam el 1 de mayo de 1999, las competencias básicas del espacio de libertad, seguridad y justicia del Tratado CE se refieren, por lo que ahora interesa, a «la libre circulación de personas, de conformidad con el artículo 7A, conjuntamente con las medidas de acompañamiento directamente vinculadas con aquélla y relativas a los controles en las fronteras exteriores, el asilo y la inmigración» y a «otras medidas en los ámbitos del asilo, la inmigración y la protección de los derechos de los nacionales de terceros países» (arts. 62 y 63 del Tratado CE).

Ahora bien, el Tratado de Ámsterdam estableció un período transitorio de cinco años con un calendario detallado que debía ser desarrollado, por lo general, por el Consejo que debía decidir por unanimidad; en cambio, al término de los cinco años, es decir, el 1 de mayo de 2004, la competencia legislativa correspondería también con carácter general al Parlamento y al Consejo que deberían decidir conforme al procedimiento de codecisión (art. 67 del Tratado CE).

Tanto en el Tratado de Maastricht como en el Tratado de Ámsterdam las competencias jurisdiccionales del Tribunal de Justicia quedaron limitadas en el espacio de libertad, seguridad y justicia; lo que resulta obvio en el marco de la cooperación intergubernamental (JAI) tal como dispone el artículo 35 del Tratado de la Unión Europea¹⁸; pero

¹⁷ Sobre la cooperación intergubernamental, la integración supranacional «comunitaria» y la aplicación nacional de las políticas de migración, véanse las consideraciones, algunas realmente discutibles, de VIRGINIE GUIRAUDON, «European Integration and Migration Policy: Vertical Policy-making as Venue Shopping», *Journal of Common Market Studies*, vol. 38, núm. 2, junio de 2000, pp. 251-271.

¹⁸ TJCE, sentencia de 12 de mayo de 1998, Comisión / Consejo recurso de anulación contra la Acción Común de 4 de marzo de 1996, adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre el régimen del tránsito aeroportuario C-170/96, Rec. p. I-2763; no obstante, el Tribunal de Justicia tuvo que comprobar el alcance de su competencia y a estos efectos señaló: «interpretado a la luz de la letra d del artículo 3 del Tratado, el concepto ‘cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros’, que figura en el apartado 1 del artículo 100 C, se refiere, en un aeropuerto, al paso de tales fronteras por un puesto de control fronterizo, que permita al titular del visado entrar y circular en el mercado interior [dado que en el caso concreto] el visado de tránsito aeroportuario afecta a la situación del pasajero de un avión procedente de un país tercero que hace escala en el aeropuerto del Estado miembro en el que el avión haya aterrizado para embarcar en el mismo avión o en otro distinto con destino a otro país tercero. Por lo tanto, la imposición de dicho visado, en virtud del artículo 1 del acto del Consejo, implica que su titular permanece en la zona internacional de ese aeropuerto sin autorización para circular

también, lo que no llega a comprenderse, en el propio ámbito comunitario en los términos del artículo 68 del Tratado CE¹⁹.

El Tratado de Niza, de 26 de febrero de 2001, apenas si aportó algún pequeño retoque del pilar de cooperación policial y judicial penal (el art. 31.2 del Tratado UE relativo a Eurojust y la nueva regulación de las cooperaciones reforzadas en este ámbito del artículo 40 del Tratado UE) y aún es menor la modificación introducida en el pilar comunitario del espacio de libertad, seguridad y justicia (únicamente se añadió el actual artículo 67.5 del Tratado CE que amplía las materias sometidas al procedimiento de codecisión).

Los desarrollos políticos y normativos en materia de inmigración y de políticas relacionadas con los nacionales de terceros países se producen, fundamentalmente, a partir del Tratado de Ámsterdam. Así, por ejemplo, el 3 de diciembre de 1998 y con el fin de preparar la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam se adoptó el Plan de Acción de Viena del Consejo de Justicia y Asuntos Interiores que constituye el primer documento en el que se establecen muy detalladamente las prioridades y las medidas del espacio de libertad, seguridad y justicia²⁰. En este Plan de Viena se hace referencia a las «Medidas en los ámbitos del asilo, las fronteras exteriores y la inmigración» y se pormenorizan las medidas que se adoptarán lo antes posible (apartado 37 del Plan), las medidas que se tomarán en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de lo previsto en Ámsterdam (apartado 36) y aquéllas medidas para las que se prevé agotar el plazo de cinco años (apartado 38).

Una vez que el Tratado de Ámsterdam entró en vigor el 1 de mayo de 1999, el Consejo Europeo de Tampere, de octubre de 1999, confirió el impulso definitivo al espacio de libertad, seguridad y justicia. En efecto, en las Conclusiones del Consejo Europeo se recogen el programa y los instrumentos para la aplicación y el desarrollo

por el territorio del Estado miembro de que se trate»; por lo que el acto del Consejo, basado correctamente en el Tratado de la Unión Europea, no era una medida que debiese ser regulada de conformidad con el artículo 100C del Tratado CE apartados 19 a 33.

¹⁹ Conforme al artículo 68 del Tratado CE «1. El artículo 234 será de aplicación al presente título en las siguientes circunstancias y condiciones: Cuando una cuestión sobre la interpretación del presente título o sobre la validez o la interpretación de actos de las instituciones comunitarias basados en el presente título se plantee en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano jurisdiccional pedirá al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. 2. El Tribunal de Justicia no tendrá en ningún caso competencia alguna sobre las medidas o decisiones adoptadas con arreglo al punto 1 del artículo 62 relativas al mantenimiento del orden público y a la salvaguardia de la seguridad interior. 3. El Consejo, la Comisión o un Estado miembro podrá pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre una cuestión de interpretación del presente título o de actos de las instituciones comunitarias basados en el presente título. El fallo emitido por el Tribunal de Justicia en respuesta a tal petición no se aplicará a sentencias de órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que tengan fuerza de cosa juzgada». En aplicación de tal previsión el Tribunal de Justicia, en su auto de 10 de junio de 2004, Magali Warbeck / Ryanair C-555/03, Rec. p. I-, ha declarado la inadmisibilidad de una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal de trabajo belga en relación con el Reglamento núm. 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil dado que tal Reglamento «fue adoptado con fundamento en el artículo 61 CE, letra c, que figura en la tercera parte, título IV, del Tratado CE. Siendo así [en virtud de lo dispuesto en el artículo 68.1 del Tratado CE], sólo un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno puede solicitar al Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre una cuestión de interpretación de ese Reglamento» apartado 13.

²⁰ *Plan de Acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, adoptado por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 3 de diciembre de 1998 DOCE núm. C 19, de 23 de enero de 1999, p. 1.

del espacio²¹. Y en cuanto se refiere a la inmigración y a los nacionales de terceros países, el Consejo Europeo de Tampere proclamó este objetivo:

«Esta libertad no debería considerarse dominio exclusivo de los ciudadanos de la Unión. Su propia existencia ejerce un poder de atracción para muchos otros ciudadanos de todo el mundo que no pueden gozar de la libertad que los ciudadanos de la Unión dan por descontada. Sería, además, contrario a las tradiciones europeas negar esta libertad a aquellas personas a las que sus circunstancias conducen justificadamente a tratar de acceder a nuestro territorio. Por esta razón, *la Unión ha de desarrollar políticas comunes en materia de asilo e inmigración, teniendo en cuenta al mismo tiempo la necesidad de llevar a cabo un control coherente de las fronteras exteriores para poner fin a la inmigración ilegal y para luchar contra quienes la organizan y cometen delitos internacionales conexos*. Los principios en los que deben basarse estas políticas han de ser claros para nuestros propios ciudadanos y, además, han de ofrecer garantías a las personas que busquen protección en la Unión Europea o traten de entrar en ella» (apartado 3).

Transcurridos los cinco años previstos en el Tratado de Ámsterdam, la Comisión Europea ha hecho un balance, como siempre optimista, de la aplicación de las previsiones del Consejo Europeo de Tampere²². Ahora bien, en el seno de la Convención constitucional se había puesto de manifiesto, tal como lo estudió y propuso el Grupo de Trabajo X, la necesidad de una reformulación y de una ampliación de las bases jurídicas para las políticas de inmigración, de asilo y el desarrollo de un sistema integrado de gestión de fronteras²³. Respondiendo a este propósito el Tratado constitucional de 2004 articula el espacio de libertad, seguridad y justicia en torno a las «políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración», la cooperación judicial en materia civil, la cooperación judicial en materia penal y la cooperación policial (arts. III-257 a III-277 del Tratado de Constitución europea), estableciendo unas bases jurídicas mucho más sencillas, generalizando el método comunitario en cuanto a la forma de las normas (leyes, leyes marco, etc.) y, salvo en los antiguos ámbitos de la cooperación policial y judicial penal, aplicando el procedimiento común de adopción de decisiones (codecisión del Consejo y del Parlamento Europeo).

En fin, el Consejo Europeo, celebrado en Bruselas los días 4 y 5 de noviembre de 2004, adoptó el *Programa de La Haya* para el fortalecimiento de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea, estableciendo las líneas programáticas de lo que serán los desarrollos futuros del espacio europeo²⁴.

²¹ CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones de la Presidencia*, Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999.

²² COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación sobre el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: balance del programa de Tampere y futuras orientaciones*, COM 2004 401 final, de 2 de junio de 2004, ya citado.

²³ *Informe final del Grupo X «Libertad, Seguridad y Justicia»*, CONV 426/02 WG X 14, de 2 de diciembre de 2002, pp. 5-6.

²⁴ CONSEJO EUROPEO, *Conclusiones de la Presidencia, Bruselas 4 y 5 de noviembre de 2004*, Anexo 1, 14292/1/04 REV 1, pp. 11-42.

III. LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

La política comunitaria en materia de inmigración ha girado en torno a tres ejes fundamentales: la *admisión de los nacionales de terceros países* (condiciones de entrada, condiciones de circulación y de estancia en la Unión), la *integración social de los inmigrantes* (reagrupación familiar y acceso al empleo, a una actividad retribuida independiente y a actividades no retribuidas), y la *lucha contra la inmigración ilegal* (la lucha contra la entrada, la estancia y el empleo ilegales y organización de la expulsión y de la repatriación de personas en situación irregular, así como la lucha contra el tráfico de seres humanos).

Desde el punto de vista constitucional el artículo 63.3 del Tratado CE se refiere a la «política de inmigración» y en la misma incluye los siguientes ámbitos: «Condiciones de entrada y de 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» y «La inmigración y la residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales». Pero también debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 62 del Tratado CE que habilita para la adopción de medidas que garanticen «la ausencia de controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores, tanto de los ciudadanos de la Unión como de los nacionales de terceros países», «medidas sobre el cruce de las fronteras exteriores de los Estados miembros» y medidas que establezcan las condiciones en las que los nacionales de terceros países puedan viajar libremente en el territorio de los Estados miembros durante un período no superior a tres meses». En fin, el artículo 63.4 del Tratado CE se refiere a las «medidas que definan los derechos y las condiciones con arreglo a los cuales los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro puedan residir en otros Estados miembros».

A diferencia de la confusa regulación actual que debe tener en cuenta no sólo los artículos del Tratado CE sino también la regulación de la cooperación policial y judicial en materia penal del Tratado UE, el artículo III-267.1 del Tratado constitucional de 2004 define en los siguientes términos la competencia de la Unión Europea en esta materia:

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

También el artículo III-267.2 del Tratado constitucional es más explícito refiriéndose a las medidas que se pueden desarrollar en este ámbito de la política europea de inmigración:

- a) las condiciones de entrada y residencia y las normas relativas a la expedición por los Estados miembros de visados y permisos de residencia de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar;
- b) la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las con-

diciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros;

c) la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación ilegal;

d) la lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños.»

Así pues, la futura regulación de la Constitución europea resulta mucho más explícita y ordenada y, a pesar de las limitaciones que establece, traza claramente cuál es la competencia de la Unión Europea en materia de política de inmigración (acuerdos con terceros países, integración social y políticas de admisión nacionales).

En fin, el Tratado constitucional consagra los dos principios aplicables a las «políticas de controles en las fronteras, asilo e inmigración» en el espacio de libertad, seguridad y justicia: el principio de equidad en el trato de los extranjeros y el principio de solidaridad entre los Estados miembros.

Por una parte, el artículo III-257.2 del Tratado constitucional exige que «la política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores [e]sté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa para con los nacionales de terceros países». Por otra parte, el artículo III-268 insiste, por lo que se refiere al principio de solidaridad, en exigir que «las políticas de la Unión mencionadas en la presente Sección y su ejecución se [ijan] por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, también en el aspecto financiero».

La política europea de inmigración se manifiesta, fundamentalmente, a través de la adopción de un marco normativo, de la programación, la coordinación y la financiación de acciones que llevan a cabo las instituciones europeas y las autoridades nacionales. Tanto en el ámbito normativo como en el operativo debe recordarse que la Comisión Europea ha sido la impulsora del espacio de libertad, seguridad y justicia, al tiempo que ha procurado identificar los elementos fundamentales que deben definir la política comunitaria de inmigración.

A) LA REGULACIÓN DE LA INMIGRACIÓN Y LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

En materia de inmigración los desarrollos legislativos en la Unión Europea se producen, fundamentalmente, a partir de la entrada en vigor y del desarrollo del Tratado de Ámsterdam. La Comisión Europea ha cumplido una importante función de propuesta legislativa y de control de la aplicación de las normas comunitarias adoptadas.

En la política de inmigración los avances se han producido mediante la adopción de varias Directivas que pretenden armonizar las actuaciones de las autoridades nacionales en materia de inmigración ofreciendo, por lo general, un amplio margen de discrecionalidad para que cada Estado de la Unión Europea ²⁵.

²⁵ Así lo subraya Eugenia RELANO PASTOR, «¿Sancionar al inmigrante o proteger las fronteras?: Un análisis crítico de la Ley de extranjería 14/2003, de 20 de noviembre, y la política de inmigración común de la Unión Europea» (I y II), *La Ley*, núm. 6017 y 6018, de 13 y 14 de mayo de 2004, p. 1.

Así, por ejemplo, la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, contiene las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y se refiere a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida. La transposición de esta Directiva, que se aplica en el Reino Unido pero no en Irlanda ni Dinamarca, ya terminó el 31 de diciembre de 2002.

Del mismo modo, la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, define la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares y pretende armonizar las infracciones y sanciones relacionadas con la inmigración clandestina²⁶. A estos efectos la Directiva pretende la armonización de dos tipos de infracciones con el siguiente tenor:

«cualquier persona que intencionadamente ayude [con ánimo de lucro] a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar a través de éste, vulnerando la legislación del Estado de que se trate sobre entrada o tránsito [o sobre estancia] de extranjeros.»

La Directiva 2002/90/CE también prevé que los Estados miembros adopten «las medidas necesarias para que las [anteriores] infracciones estén sometidas a sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias». El plazo de transposición termina el 5 de diciembre de 2004 lo que, en ese momento, supondrá la derogación del artículo 27.1 del Convenio de Schengen de 1990. En esta Directiva participan Reino Unido e Irlanda, así como Islandia y Noruega, pero no Dinamarca.

Asimismo, el 29 de abril de 2004 el Consejo adoptó las Directivas 2004/81/CE y 2004/82/CE relativas a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes, y a la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas²⁷. Estas Directivas deberán transponerse antes del 5 de septiembre de 2006 y el 6 de agosto de 2006, respectivamente; en la primera participan Reino Unido e Irlanda, pero no Dinamarca; y en la segunda ninguno de los tres países.

De manera complementaria, la Decisión marco del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, refuerza el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares²⁸. En este caso, la armonización de las legislaciones penales adoptada en el marco de la cooperación policial y judicial penal del Tratado UE, persigue «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» para lo cual exige que «sean punibles con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias que puedan dar lugar a extradición».

²⁶ DOCE núm. L 328, de 5 de diciembre de 2002, p. 17.

²⁷ DOUE núm. L 261, de 6 de agosto de 2004, pp. 19 y 24, respectivamente.

²⁸ DOCE núm. L 328, de 5 de diciembre de 2002, p. 1.

B) LAS CUESTIONES ADMINISTRATIVAS Y FINANCIERAS DE LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

La cooperación administrativa y financiera constituye un elemento esencial de la realización del espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea. Por esa razón y de manera expresa lo recoge el Tratado de Constitución europea de 2004 hasta el punto de que el artículo I-42.1.c) se refiera expresamente a «la cooperación operativa de las autoridades competentes de los Estados miembros, incluidos los servicios de policía, de aduanas y otros servicios especializados en la prevención y detección de infracciones penales». Obviamente, en este ámbito cobra una dimensión especial el principio de solidaridad entre los Estados miembros, particularmente en cuanto se refiere al apoyo financiero.

1. La colaboración entre la Comisión y las Administraciones nacionales en la política europea de inmigración

La Comisión Europea y las autoridades nacionales han desempeñado una función esencial en la aplicación del espacio de libertad, seguridad y justicia y constituyen el punto de referencia en la adopción y en la aplicación de una política comunitaria de inmigración.

Por una parte, la Comisión Europea ha desplegado su actuación en torno a una programación de la política de la Unión Europea en materia de inmigración. A la vista de los programas y documentos adoptados, la labor de la Comisión Europea ha sido por el momento bastante modesta y ha consistido en ordenar, racionalizar y proponer la dirección a seguir en materia de inmigración, tal como resulta, por ejemplo, de la Comunicación sobre la inmigración, la integración y el empleo presentada en 2003²⁹ o como se deduce del Primer Informe anual sobre la migración y la integración adoptado en 2004³⁰.

Precisamente una de las preocupaciones de la Comisión Europea es contar con datos suficientes para poder adoptar una política coherente de inmigración. A estos efectos, la Comisión Europea ha elaborado un Plan de acción para la recogida y el análisis de estadísticas comunitarias en el ámbito de la migración donde propone la adopción de normas europeas para armonizar la recogida de datos y estadísticas³¹.

Tampoco la Comisión Europea ha querido perder sus competencias de ejecución en el ámbito del espacio de libertad, seguridad y justicia lo que ha determinado, por ejemplo, que haya llevado al Consejo ante el Tribunal de Justicia por haberse reservado competencias de ejecución en los Reglamentos 789/2001 y 790/2001 relativos al examen de solicitudes de visado y de controles y vigilancia en las fronteras (C-257/01). El Abogado General Philippe Léger ha propuesto en sus Conclusiones de 27 de abril

²⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación sobre la inmigración, la integración y el empleo*, COM (2003) 336 final, de 3 de junio de 2003.

³⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Primer Informe anual sobre la migración y la integración*, COM (2004) 508 final, de 16 de julio de 2004.

³¹ COMISIÓN EUROPEA, COM (2003) 179 final, de 15 de abril de 2003.

de 2004 dar la razón a la Comisión Europea al considerar que el Consejo no motivó convenientemente la asunción de competencias de ejecución.

Por otra parte, la colaboración de las autoridades nacionales, administrativas y policiales, resulta de excepcional importancia en la aplicación de la política de inmigración dada la dimensión administrativa y práctica de gran número de normas europeas. Tal es el caso, por ejemplo, en el ámbito de aplicación del acervo de Schengen del Manual común relativo al cruce de fronteras exteriores y de la Instrucción consular común referida a los visados y dirigida a las misiones diplomáticas y oficinas consulares³². De hecho, en algunos casos se han creado estructuras específicas de coordinación como puede ser, por ejemplo, la red de funcionarios de enlace de inmigración³³.

Con el mismo objetivo se han adoptado programas de colaboración, de coordinación y de formación de funcionarios nacionales. Así, ya en el marco del pilar intergubernamental adoptó para el período 1998-2002 el programa Odysseus³⁴ y en el marco comunitario europeo la Decisión del Consejo, de 13 de junio de 2002, aprobó el programa Argo relativo a la cooperación administrativa en los ámbitos de las fronteras exteriores, visados, asilo e inmigración³⁵. El programa de acción Argo tiene como objetivo «promover la aplicación uniforme del Derecho comunitario para armonizar las decisiones tomadas por los servicios nacionales de los Estados miembros, evitando así disfunciones que puedan perjudicar el establecimiento progresivo de un espacio de libertad, seguridad y justicia». Este programa, que cubre el período comprendido entre 2002 y 2006, es gestionado por la Comisión Europea y cuenta con una financiación europea de 25 millones de euros.

La cooperación entre las instituciones y organismos europeos y las autoridades nacionales incluye la lucha contra la delincuencia en materia de inmigración. Es precisamente uno de los objetivos de la cooperación policial y judicial en materia penal y requiere la implicación de Europol y Eurojust, así como de la Fiscalía Europea, una vez que se ponga en funcionamiento tal como prevé el artículo III-274 del Tratado constitucional de 2004. La Comisión Europea ha recordado la importancia de esta dimensión de la política europea de inmigración:

«La credibilidad de un enfoque común positivo y abierto en el ámbito de la inmigración dependerá asimismo en gran medida de la capacidad de la Unión Europea para controlar la inmigración ilegal. El futuro Tratado Constitucional, así como el desarrollo de una verdadera política de retorno y readmisión, facilitarán el refuerzo de la lucha contra la trata de seres humanos. En este caso como en otros, la eficacia de la acción dependerá en gran medida de una fuerte solidaridad³⁶.»

³² DOCE núm. C 313, de 16 de diciembre de 2002, p. 97 y 1, respectivamente.

³³ Reglamento (CE) núm. 377/2004 del Consejo, de 19 de febrero de 2004 (DOUE núm. L 64, de 2 marzo de 2004, p. 1).

³⁴ Acción Común, de 19 de marzo de 1998, adoptada por el Consejo, sobre la base del artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea, por la que se establece un programa de formación, de intercambios y de cooperación en el ámbito de las políticas de asilo, inmigración y cruce de las fronteras exteriores (Programa ODYSSEUS) (DOCE núm. L 99, de 31 marzo de 1998).

³⁵ Decisión 2002/463/CE del Consejo, de 13 de junio de 2002, por la que se adopta un programa de acción relativo a la cooperación administrativa en los ámbitos de las fronteras exteriores, visados, asilo e inmigración (programa Argo) (DOCE núm. L 161, de 19 de junio de 2002, p. 11).

³⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación sobre el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: balance del programa de Tampere y futuras orientaciones*, ya citado, p. 10.

En el mismo sentido, en relación con el control de fronteras exteriores de la Unión Europea el Grupo X de la Convención constitucional estudió una propuesta consistente en «la posible creación de un cuerpo común de policía de fronteras europea»; e incluso en el Informe final del Grupo constitucional se aportaron sugerencias del siguiente tenor:

«Podría empezarse por medidas de carácter más inmediato (como la cooperación reforzada, una cooperación más estrecha entre servicios de los Estados miembros, la instrucción y formación comunes, la utilización de equipos en común, los equipos conjuntos compuestos por funcionarios de distintos Estados miembros, con el fin de aumentar la eficacia del control de las fronteras exteriores)^{37.}»

Si bien se trata de iniciativas que no tuvieron una traducción directa en el Tratado constitucional, el 1 de mayo de 2005 entrará en funcionamiento la Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, creada por el Consejo en octubre de 2004 y que pretende «facilitar la aplicación de las medidas comunitarias existentes y futuras relativas a la gestión de las fronteras exteriores, garantizando para ello la coordinación de las actuaciones de los Estados miembros destinadas a aplicar dichas medidas^{38.}»

2. La financiación de la política de inmigración en la Unión Europea

La financiación europea de la política de inmigración ha sido hasta el momento realmente insignificante. No obstante, parece que se está produciendo un cambio tal como refleja, por una parte, el Informe final del Grupo X «Libertad, Seguridad y Justicia» de la Convención constitucional donde se apuntó:

«que, aun cuando se reconozcan las responsabilidades de los Estados miembros, se consagre en el tratado el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad (incluidas las repercusiones financieras) entre los Estados miembros, que se aplicaría como principio general de las políticas de asilo, inmigración y control de fronteras de la Unión. Una base jurídica específica debería permitir la adopción de las medidas concretas necesarias para llevar a efecto este principio^{39.}»

El Tratado de Constitución europea asumió tales propuestas y ha desarrollado el principio de solidaridad, tal como fue consagrado en el artículo III-257.2 y, en particular, tal como ha sido especificado por el artículo III-268 que se refiere expresamente a la solidaridad «en el aspecto financiero».

La Comisión Europea ha tenido en cuenta ya este principio de tal modo que, por ejemplo, en cuanto se refiere al sistema integrado de gestión de las fronteras y de la política de visados considera que «deberá regirse por el *principio de solidaridad* y de reparto equitativo de responsabilidades entre los Estados miembros, incluso desde el

³⁷ Informe final del Grupo X «Libertad, Seguridad y Justicia», ob. cit., p. 17.

³⁸ Reglamento CE núm. 2007/2004 del Consejo, de 26 de octubre de 2004 (DOUE núm. L 349, de 25 de noviembre de 2004, p. 1).

³⁹ Informe final del Grupo X «Libertad, Seguridad y Justicia», ob. cit., p. 4.

punto de vista financiero. Concretar este principio debería conducir a movilizar fondos consecuentes»⁴⁰. Asimismo, la Comisión Europea ha reiterado la importancia que para el espacio de libertad, seguridad y justicia supone el apoyo financiero y a estos efectos considera: «Los futuros instrumentos financieros, cuyo importe es significativo, vendrán a completar el dispositivo jurídico tanto existente como futuro, especialmente mediante el refuerzo del *aspecto operativo* de las políticas en los ámbitos de libertad, seguridad y justicia»⁴¹.

De todas maneras, por el momento los apoyos financieros han sido escasos aunque la Comisión Europea remita a la financiación del Fondo Social Europeo, del Fondo Europeo para los Refugiados y del Proyecto experimental para la integración (INI) destinado a apoyar específicamente las políticas de integración de los inmigrantes⁴².

El único instrumento financiero comunitario significativo y que se ocupa directamente de la aplicación de una parte de la política de inmigración es el Fondo Europeo para los Refugiados. Se trata de un instrumento financiero creado en 2000 que pretende «apoyar y fomentar los esfuerzos de los Estados miembros en la acogida de refugiados y personas desplazadas y en la asunción de las consecuencias de dicha acogida»⁴³. En el período 2000-2004 se destinaron 216 millones de euros del Presupuesto europeo al Fondo Europeo para los Refugiados⁴⁴, encomendándose su gestión compartida a la Comisión y a las autoridades nacionales⁴⁵.

La intervención financiera del Fondo Europeo para los Refugiados sigue el modelo de cofinanciación comunitaria y nacional (50 por 100 o incluso el 75 por 100); el procedimiento de financiación, tal como establece el artículo 9.2 de la Decisión, es como sigue: «los proyectos, que no deberán tener fines de lucro, serán presentados, tras un concurso público de propuestas, por administraciones públicas (nacionales, regionales o locales, centrales o descentralizadas), centros de enseñanza o investigación, organismos de formación, interlocutores sociales, organizaciones gubernamentales, organizaciones internacionales u organizaciones no gubernamentales, individualmente o en asociación, con el fin de obtener financiación del Fondo». Asimismo, un 5 por 100 de los recursos disponibles se reserva expresamente para «acciones innovadoras o de interés comunitario, incluidos estudios, intercambios de experiencia y medidas destinadas a promover la cooperación a nivel comunitario así como la evaluación de la ejecución de las medidas y la asistencia técnica».

⁴⁰ COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación sobre el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: balance del programa de Tampere y futuras orientaciones*, ob. cit., p. 9.

⁴¹ Comisión Europea, *Comunicación sobre el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: balance del programa de Tampere y futuras orientaciones*, ob. cit., p. 17.

⁴² COMISIÓN EUROPEA, *Primer Informe anual sobre la migración y la integración*, COM (2004) 508 final, de 16 de julio de 2004, pp. 8-9 y 21-22.

⁴³ Decisión 2000/596/CE del Consejo, de 28 de septiembre de 2000, por la que se crea el Fondo Europeo para los Refugiados (*DOCE* núm. L 252, de 6 octubre).

⁴⁴ Decisión de la Comisión, de 20 de marzo de 2001, que establece las normas de ejecución de la Decisión 2000/596/CE del Consejo por lo que se refiere a la admisibilidad de los gastos y a los informes de ejecución en el marco de las acciones cofinanciadas por el Fondo Europeo para los Refugiados (*DOCE* núm. L 95, de 5 abril); y también la Decisión de la Comisión, de 18 de diciembre de 2001, por la que se establecen disposiciones de ejecución de la Decisión 2000/596/CE del Consejo por lo que se refiere a los sistemas de gestión y control así como a los procedimientos de aplicación de las correcciones financieras en el marco de las acciones cofinanciadas por el Fondo Europeo para los Refugiados (*DOCE* núm. L 106, de 23 abril).

⁴⁵ En el caso de España véase, por ejemplo, la Resolución de 2 de agosto de 2004, de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes, por la que se acuerda hacer pública la convocatoria de propuestas para su financiación por el Fondo Europeo para los Refugiados en el ejercicio 2004 (*BOE* núm. 211 de 1 de septiembre de 2004).

La Comisión Europea ya ha propuesto establecer un nuevo Fondo Europeo para los Refugiados con una dotación de 687 millones de euros repartidos en el sexenio 2005-2010 y destinados a apoyar las acciones de los Estados miembros para la acogida, integración y retorno voluntario de nacionales de terceros países o apátridas que obtengan el estatuto de apátridas⁴⁶.

De manera complementaria, el Reglamento (CE) número 491/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2004, ha aprobado el programa Aeneas que canaliza la asistencia financiera y técnica en favor de terceros países en los ámbitos de la migración y el asilo y que cuenta con una dotación financiera de 250 millones de euros para el período 2004-2008⁴⁷.

En fin, con vistas al período 2007-2013 la Comisión Europea ha presentado su propuesta de Perspectivas financieras donde incluye un «programa relacionado con la libre circulación y la solidaridad en las fronteras exteriores, el asilo y la inmigración [que] favorecerá la aplicación de un enfoque solidario y representará el grueso de la financiación para los aspectos relacionados con la libertad, la seguridad y la justicia» que se canalizará a través de la Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, que acaba de adoptarse⁴⁸.

IV. EL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES EN LA UNIÓN EUROPEA

Los elementos fundamentales del estatuto de los ciudadanos extranjeros en la Unión Europea se han construido en torno al régimen de los visados, del asilo y al régimen de residencia y de libre circulación de los nacionales no comunitarios en la Unión Europea. En la adopción de este estatuto puede apreciarse una primera etapa que comprende el período de 1992 a 1999 y que tiene una marcada impronta intergubernamental del Tratado de Maastricht; en cambio, la segunda fase, como consecuencia de la aplicación del programa de Ámsterdam y de la adopción principalmente del «método comunitario», resulta más fructífera y en este período, de 1999 a 2004, se logra adoptar un estatuto de nacionales de terceros países en la Unión Europea mucho más definido. Precisamente, la realización de esta última etapa y de sus propósitos queda reflejada en las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere:

«El estatuto jurídico de los nacionales de terceros países debería aproximarse al de los nacionales de los Estados miembros. A una persona que haya residido legalmente en un Estado miembro durante un período de tiempo por determinar y que cuente con un permiso de residencia de larga duración, se le debería conceder en ese Estado miembro un conjunto de derechos de carácter uniforme lo más cercano posible al de los

⁴⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Decisión del Consejo por la que se establece el Fondo Europeo para los Refugiados para el período 2005-2010*, COM (2004) 102 final, de 12 de febrero; véase la favorable acogida del Comité Económico y Social europeo en su Dictamen, de 2 de junio de 2004 (*DOUE*, núm. C 241, de 28 de septiembre de 2004, p. 27).

⁴⁷ *DOUE* núm. L 80, de 18 marzo de 2004, p. 1.

⁴⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Perspectivas financieras 2007-2013*, COM (2004) 487 final, de 14 de julio de 2004, p. 23.

ciudadanos de la Unión, que contenga, por ejemplo, el derecho a residir, recibir educación y trabajar por cuenta ajena o propia, sin olvidar el principio de no discriminación respecto de los ciudadanos del Estado de residencia. El Consejo Europeo hace suyo el objetivo de ofrecer a los nacionales de terceros países que hayan residido legalmente durante un período prolongado la posibilidad de obtener la nacionalidad del Estado miembro en que residen» (apartado 21).

Conviene, por tanto, examinar la regulación de la Unión Europea aplicable a los nacionales de terceros países relativa a los visados, al asilo y a los refugiados, y a los derechos de residencia y de libre circulación. En realidad se trata de un estatuto de muy reciente creación por lo que corresponderá, sin duda, al Tribunal de Justicia en los próximos años perfilar su interpretación más apropiada.

El Tratado constitucional de 2004 ha consagrado expresamente en el artículo III-257.2 el principio de equidad en el trato a los ciudadanos de terceros países lo que constituye el núcleo esencial del estatuto de los nacionales no comunitarios en la Unión Europea y exige de las instituciones europeas y de las autoridades nacionales la observancia de los derechos fundamentales y una actitud abierta y humanitaria en el control de fronteras, la expedición de visados, la concesión de asilo, la acogida de los refugiados, etc., que, desde luego, constituye la manifestación de la mejor tradición política europea.

A) EL CONTROL DE LAS FRONTERAS, LOS VISADOS Y LA RESIDENCIA DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES EN LA UNIÓN EUROPEA

El artículo 62 del Tratado CE detalla el contenido de la política de visados que, en particular, incluye medidas encaminadas a garantizar la ausencia de controles sobre las personas en el cruce de las fronteras interiores, tanto de los ciudadanos de la Unión como de los nacionales de terceros países, las medidas sobre el cruce de las fronteras exteriores y las medidas que establezcan las condiciones en las que los nacionales de terceros países puedan viajar libremente en el territorio de los Estados miembros durante un período no superior a tres meses. También, tal como antes recordamos en relación con la política europea de inmigración, el artículo 63.4 del Tratado CE contiene la base jurídica relativa a las «medidas que definen los derechos y las condiciones con arreglo a los cuales los nacionales de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro puedan residir en otros Estados miembros».

El Tratado constitucional de 2004 resulta mucho más claro y transparente al establecer las bases jurídicas en materia de controles en las fronteras y de visados; así, el artículo III-265 se refiere a la política cuyos objetivos serán: «a) garantizar la ausencia total de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores; b) garantizar los controles de las personas y la vigilancia eficaz en el cruce de las fronteras exteriores; c) instaurar progresivamente un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores». Y los elementos de esta política común serán: «a) la política común de visados y otros permisos de residencia de corta duración; b) los controles a los cuales se someterá a las personas que crucen las fronteras exteriores; c) las condiciones en las que los nacionales de terceros países podrán circular libremente por la Unión durante un corto período; d) cualquier medi-

da necesaria para el establecimiento progresivo de un sistema integrado de gestión de las fronteras exteriores; e) la ausencia de controles de las personas, sea cual sea su nacionalidad, cuando crucen las fronteras interiores».

Pues bien, de las realizaciones en materia de visados podría destacarse la regulación de un modelo uniforme, tal como fue establecido por el Reglamento (CE) número 1683/1995 del Consejo, de 29 de mayo de 1995⁴⁹; el artículo 5 de este Reglamento define el término visado del siguiente modo:

«A efectos del presente Reglamento, se entenderá por «visado», una autorización concedida o una decisión tomada por un Estado miembro, exigida para entrar en su territorio, para:

- una estancia prevista en dicho Estado miembro o en varios Estados miembros, por un período cuya duración total no sea superior a tres meses,
- el tránsito a través del territorio o de una zona de tránsito de aeropuerto de dicho Estado miembro o de varios Estados miembros.»

Asimismo, el Reglamento (CE) número 1091/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, se refiere a la libre circulación con visado para estancias de larga duración y, en particular, modifica la redacción del artículo 18 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen en cuanto se refiere a los visados para una estancia superior a tres meses. En virtud de este Reglamento se pretende «facilitar la libre circulación de los titulares de un visado nacional para estancia de larga duración mientras se tramita su permiso de residencia, previendo que este visado, que únicamente permite en la actualidad transitar una sola vez por el territorio de los demás Estados miembros para dirigirse al territorio del Estado que expidió el visado, tenga valor concomitante de visado uniforme para estancias de corta duración, a condición de que el solicitante cumpla las condiciones de entrada y de residencia previstas en el Convenio de aplicación»⁵⁰. De manera más específica el Reglamento (CE) número 415/2003 del Consejo, de 27 de febrero de 2003, regula la expedición de visados en la frontera, incluidos los de marinos en tránsito⁵¹.

Por otra parte, corresponde a la Comunidad Europea determinar la lista de terceros países cuyos nacionales están obligados a obtener visado por entrar en la Unión Europea así como de aquellos que están exentos para períodos inferiores a tres meses⁵².

En cuanto a la residencia de los nacionales de terceros países en la Unión europea se ha establecido un modelo uniforme de permiso de residencia de tal modo que, como indica el Reglamento (CE) número 1030/2002, «los permisos de residencia expedidos por los Estados miembros a nacionales de terceros países se ajust[e]n a un modelo uniforme y ten[ga]n espacio suficiente para la información mencionada»⁵³.

⁴⁹ *DOCE* núm. L 164, de 14 julio de 1995, p. 1; este Reglamento ha sido modificado parcialmente y ha sido completado por los Reglamentos (CE) núm. 333/2002 y 334/2002 del Consejo, de 18 de febrero de 2002 (*DOCE* núm. L 53, de 23 febrero de 2002).

⁵⁰ *DOCE* núm. L 150, de 6 junio de 2001.

⁵¹ *DOUE* núm. L 64, de 7 marzo de 2003, p. 1.

⁵² Reglamento (CE) núm. 539/2001 por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (*DOCE* núm. L 81, de 21 marzo de 2001, p. 1); que ya ha sido modificado en varias ocasiones).

⁵³ Reglamento (CE) núm. 1030/2002 del Consejo, de 13 de junio de 2002, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países (*DOCE* núm. L 157, de 15 junio 2002).

La Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, contiene el estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración⁵⁴. Por una parte, la Directiva se refiere a «las condiciones de concesión y retirada del estatuto de residente de larga duración, y derechos correspondientes, otorgado por un Estado miembro a los nacionales de terceros países que residen legalmente en su territorio»; y, por otra parte, detalla «las condiciones de residencia en Estados miembros distintos del que les haya concedido el estatuto de larga duración de los nacionales de terceros países que gocen de dicho estatuto». Por regla general tal estatuto se concede a aquellos nacionales no comunitarios que hayan residido legalmente en el territorio de un Estado miembro de la Unión en los cinco últimos años. El plazo de transposición de la Directiva termina el 23 de enero de 2006, que, sin embargo, no se aplica en el Reino Unido, Irlanda ni Dinamarca⁵⁵.

De manera complementaria la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, consagra el derecho a la reagrupación familiar⁵⁶. Esta Directiva pretende «fijar las condiciones en las cuales se ejerce el derecho a la reagrupación familiar de que disponen los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros». La definición de reagrupación es muy significativa y comprende: «la entrada y residencia en un Estado miembro de los miembros de la familia de un nacional de un tercer país que resida legalmente en dicho Estado miembro con el fin de mantener la unidad familiar, con independencia de que los vínculos familiares sean anteriores o posteriores a la entrada del reagrupante». El plazo de transposición de esta Directiva, que tampoco se aplica en Reino Unido, Irlanda ni Dinamarca, termina el 3 de octubre de 2005.

B) EL ASILOY LOS REFUGIADOS EN LA UNIÓN EUROPEA

El artículo 63 del Tratado CE establece el alcance de la política comunitaria de asilo que, en particular, se refiere a las medidas de asilo, las medidas relativas a los refugiados y personas desplazadas y las medidas que definan los derechos y las condiciones con arreglo a los cuales los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro puedan residir en otros Estados miembros.

También en este caso el artículo III-266.1 del Tratado constitucional resulta mucho más apropiado que la vigente regulación comunitaria al consagrar «una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución». Y, a continuación, en el apartado 2 del mismo artículo, la Constitución europea detalla las medidas que integran esta política: «a) un estatuto uniforme de asilo para nacionales de terceros países, válido en toda la Unión; b) un estatuto uniforme de protección subsidiaria para los nacionales de terceros países que, sin obtener el asilo europeo,

⁵⁴ DOUE núm. L 16, de 23 enero 2004, p. 44.

⁵⁵ ELENA CRESPO NAVARRO, «La Directiva 2003/109/CE del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros Estados residentes de larga duración y la normativa española en la materia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 18, mayo-agosto de 2004, pp. 531-552; y STEVE PEERS, «Implementing equality? The Directive on long-term resident third-country nationals», *European Law Review* vol. 29, agosto de 2004, pp. 437-460.

⁵⁶ DOUE núm. L 251, de 3 octubre 2003, p. 12.

necesiten protección internacional; c) un sistema común para la protección temporal de las personas desplazadas, en caso de afluencia masiva; d) procedimientos comunes para conceder o retirar el estatuto uniforme de asilo o de protección subsidiaria; e) criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable de examinar una solicitud de asilo o de protección subsidiaria; f) normas relativas a las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo o de protección subsidiaria; g) la asociación y la cooperación con terceros países para gestionar los flujos de personas que solicitan asilo o una protección subsidiaria o temporal».

Hasta el momento en materia de asilo los desarrollos normativos se corresponden con la evolución del régimen propio de la etapa de integración meramente económica y mediante mecanismos convencionales tradicionales y cuya realización más importante es el Convenio de Dublín hasta el momento actual en que el espacio de libertad, seguridad y justicia se comunitariza y mediante el Reglamento (CE) número 343/2003, se establecen los criterios y los mecanismos del asilo⁵⁷. El preámbulo del nuevo Reglamento reconoce la evolución de la legislación europea y las dos etapas referidas en los términos siguientes:

«En el marco de la realización en fases sucesivas de un sistema europeo común de asilo que puede conducir, a largo plazo, hacia un procedimiento común y un estatuto uniforme, válido para toda la Unión, a las personas a las que se conceda asilo, conviene en esta fase, al mismo tiempo que se aportan las mejoras necesarias a la luz de la experiencia, confirmar los principios en que se basa el Convenio relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las Comunidades Europeas, firmado en Dublín el 15 de junio de 1990 (denominado en lo sucesivo Convenio de Dublín), cuya aplicación ha impulsado el proceso de armonización de las políticas de asilo» (apartado 5).

El Convenio de Dublín, relativo a la determinación del Estado responsable del estudio de las solicitudes de asilo presentadas en uno de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, fue firmado el 15 de junio de 1990 y no entró en vigor hasta el 1 de septiembre de 1997⁵⁸. La aplicación del Convenio de Dublín fue completada con la adopción del Reglamento (CE) número 2725/2000 del Consejo, de 11 de diciembre de 2000, en virtud del cual se creó el sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares que en estos momentos sigue en vigor en relación con el Reglamento (CE) número 343/2003.

El Reglamento (CE) número 343/2003 del Consejo, de 18 de febrero de 2003, estableció 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 y se aplica a las solicitudes de asilo presentadas a partir del 1 de septiembre de 2003⁵⁹. El Reglamento 343/2003 sustituyó al Convenio de Dublín y se aplica en el Reino Unido e Irlanda pero, dadas las particularidades constitucionales a las que se acoge Dinamarca, en las relaciones con este país se seguirá aplicando únicamente el Convenio de Dublín «hasta tanto se celebre un acuer-

⁵⁷ *DOUE* núm. L 50, de 25 febrero.

⁵⁸ *BOE* núm. 183, de 1 de agosto de 1997.

⁵⁹ La Comisión adoptó el Reglamento (CE) núm. 1560/2003, de 2 de septiembre de 2003, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) núm. 343/2003 (*DOUE* núm. L 222, de 5 septiembre de 2003).

do que permita la participación de Dinamarca en el presente Reglamento». La regulación comunitaria en materia de asilo se aplica en Noruega e Islandia⁶⁰.

La Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, aprueba normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros⁶¹. Esta Directiva regula las condiciones de acogida (información, documentación, residencia y libertad de circulación, familias, reconocimiento médico, escolarización, empleo, formación profesional, atención sanitaria) y se refiere a la reducción del beneficio de las condiciones de acogida. El plazo de incorporación de la Directiva termina el 6 de febrero de 2005.

Por lo que se refiere al estatuto del refugiado se ha regulado también sucesivamente dentro del pilar intergubernamental JAI y, en estos momentos, en el marco comunitario europeo.

En un primer momento, la Posición común, de 4 de marzo de 1996, del Consejo, aplicó armonizadamente, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, una definición del término «refugiado» conforme al artículo 1 de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados⁶².

Una vez *comunitarizado* gran parte del espacio de libertad, seguridad y justicia, el Consejo adoptó la Directiva 2004/83/CE, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatus de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida⁶³. Esta Directiva establece unas pautas sobre la evaluación de las solicitudes de protección internacional, detalla los requisitos para ser refugiado y para obtener protección subsidiaria, así como el estatuto de los refugiados y de las personas con derecho a protección subsidiaria. El plazo para la transposición de la Directiva termina el 10 de octubre de 2005. Esta Directiva se aplica también al Reino Unido y a Irlanda, pero no a Dinamarca.

C) LOS DERECHOS DE LOS NACIONALES DE TERCEROS PAÍSES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

El impulso del Tratado de Maastricht y la configuración constitucional en el Tratado de Ámsterdam del espacio de libertad, seguridad y justicia resultan muy cercanos como para que se haya podido desarrollar ampliamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en este ámbito como resultado, en particular, de la cooperación prejudicial con los tribunales nacionales. No obstante, el Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los derechos conferidos a los nacionales de terceros países y del propio acervo de Schengen.

⁶⁰ Decisión del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa a la conclusión del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Islandia y el Reino de Noruega relativo a los criterios y mecanismos para determinar el Estado responsable de examinar las peticiones de asilo presentadas en un Estado miembro o en Islandia o Noruega (DOCE núm. L 93, de 3 de abril de 2001).

⁶¹ DOUE núm. L 31, de 6 febrero de 2003.

⁶² DOCE núm. L 63, de 13 marzo de 1996.

⁶³ DOUE núm. L 304, de 30 de septiembre de 2004, p. 12.

Así, por ejemplo, resulta especialmente significativa la sentencia de 11 de febrero de 2003 donde el Tribunal de Justicia interpreta el alcance del artículo 54 del Convenio de Aplicación de Acuerdo de Schengen que consagra el principio *non bis in ídem* en materia penal⁶⁴. En este supuesto el Tribunal de Justicia debió determinar cuáles eran los efectos de un procedimiento de extinción de la acción pública en virtud del cual el ministerio fiscal ordenaba el archivo sin intervención de un juez de un proceso penal sustanciado en un Estado miembro.

Uno de los dos asuntos enjuiciados se refería a un nacional turco, Gözütok, que residía en Holanda, donde fue objeto de diligencias penales, por estar en posesión de distintos tipos de droga, que fueron archivadas como consecuencia de la intervención y la decisión del Ministerio fiscal; sin embargo, poco después Gözütok fue detenido en Alemania donde se le acusó ante los tribunales alemanes de haberse dedicado al tráfico de estupefacientes. El Tribunal alemán de Colonia que conocía del asunto se planteó si en este supuesto era aplicable el artículo 54 del Convenio de aplicación de Schengen. Las premisas de las que partió el razonamiento del Tribunal de Justicia resultan sumamente elocuentes:

«A este respecto, procede señalar, por un lado, que, como se desprende del artículo 2 UE, párrafo primero, cuarto guión, mediante el Tratado de Ámsterdam la Unión Europea se impuso como objetivo mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas.

Además, tal como se desprende del párrafo primero del preámbulo del Protocolo, la aplicación en el marco de la Unión Europea del acervo de Schengen, del que forma parte el artículo 54 del CAAS, pretende potenciar la integración europea y hacer posible, en particular, que dicha Unión se convierta con más rapidez en el espacio de libertad, seguridad y justicia que tiene por objetivo mantener y desarrollar.

El artículo 54 del CAAS, que pretende evitar que una persona, por el hecho de que ejerza su derecho a la libre circulación, se vea perseguida por los mismos hechos en el territorio de varios Estados miembros, sólo puede contribuir eficazmente al íntegro cumplimiento de tal objeto si se aplica también a las decisiones por las que se archivan definitivamente las diligencias penales en un Estado miembro, aun cuando se adopten sin intervención de un órgano jurisdiccional y no adopten la forma de una sentencia» (apartados 36 a 38).

Ahora bien, deben subrayarse los límites a los que queda sometido el Tribunal de Justicia tanto en el pilar comunitario como, más en particular, en el tercer pilar de la cooperación policial y judicial penal. Precisamente tales límites si bien no se eliminan por completo desaparecerán en gran medida una vez que entre en vigor el Tratado de Constitución Europea de 29 de octubre de 2004⁶⁵.

Aparte del anterior y significativo ejemplo, hasta ahora los desarrollos más importantes de la jurisprudencia comunitaria relativa al estatuto de nacionales no comu-

⁶⁴ TJ CE, sentencia de 11 de febrero de 2003, Gözütok y Brügger (C-187/01 y C-385/01, Rec. p. I-1345).

⁶⁵ STEVE PEERS, «Who's Judging the Watchmen? The Judicial System of The "Area of Freedom, Security and Justice"», *Yearbook of European Law vol. 18*, Oxford, 1998, pp. 337-413.

nitarios se refieren a los derechos que derivan de tratados internacionales celebrados por las Comunidades Europeas con los respectivos países terceros y a los derechos de libre circulación y residencia conferidos por tener vínculos familiares con ciudadanos comunitarios que ejercen el derecho de libre circulación en la Unión Europea.

1. Los derechos de los nacionales de terceros países que han celebrado tratados internacionales con la Comunidad Europea

Han sido numerosos los asuntos que ha resuelto el Tribunal de Justicia como consecuencia de reenvíos prejudiciales sobre la interpretación de tratados internacionales celebrados por la Comunidad Europea con terceros países y que confieren derechos a los ciudadanos no comunitarios.

Así, por ejemplo, en la sentencia, de 19 de noviembre de 2002, el Tribunal de Justicia compendia la jurisprudencia anterior especialmente prolífica en relación con la aplicación del Acuerdo de asociación con Turquía⁶⁶. El asunto principal se ventilaba ante los Tribunales alemanes ante los que había recurrido Kurz, un nacional turco a quien el Land de Baden-Württemberg le había denegado un permiso de residencia indefinida y le había expulsado de Alemania. El Tribunal de Justicia ofreció la siguiente interpretación:

«El artículo 6, apartado 1, de la Decisión número 1/80, de 19 de septiembre de 1980, relativa al desarrollo de la Asociación, adoptada por el Consejo de Asociación creado por el Acuerdo de Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía, debe interpretarse en el sentido de que un nacional turco autorizado a entrar en el territorio de un Estado miembro con un visado «válido tan sólo para una formación», al que se le ha entregado posteriormente una autorización de residencia provisional limitada a la actividad desempeñada en el marco de su formación profesional con un empresario determinado y que, en este contexto, ha ejercido legalmente una actividad económica real y efectiva para el citado empresario como contrapartida de la cual ha percibido una retribución correspondiente al trabajo realizado es un trabajador que forma parte del mercado legal de trabajo del citado Estado miembro y ocupa en él un empleo legal en el sentido de la referida disposición» (apartado 61).

Aun cuando en esta sentencia el tribunal alemán consideraba que era aplicable una Ley alemana de extranjería, el Tribunal de Justicia le recordó los principios de primacía y efecto directo del tratado internacional en cuanto que formaba parte del Derecho comunitario, de tal modo que «los Estados miembros no pueden adoptar una normativa en materia de policía de extranjeros ni aplicar una medida relativa a la residencia en su territorio de un nacional turco que pueda obstaculizar el ejercicio de los derechos que el Derecho comunitario reconoce expresamente a dicho nacional» (apartado 67).

También el Tribunal de Justicia ha aplicado disposiciones de otros tratados internacionales, como por ejemplo los celebrados por la Comunidad Europea con Polonia,

⁶⁶ TJ CE, sentencia, de 19 de noviembre de 2002, Kurz, (C-188/00, Rec. p. I-10691).

República checa y Bulgaria, en las sentencias de 27 de septiembre de 2001, Gloszczuk (C-63/99), Barkoci y Malik (C-257/99) e Ivanova Kondova (C-235/99), respectivamente. En estas sentencias, a petición de la High Court of Justice inglesa, el Tribunal de Justicia debió distinguir entre el régimen aplicable a los ciudadanos comunitarios y el régimen aplicable en la misma materia de libertad de establecimiento reconocida por un tratado internacional a un ciudadano no comunitario, llegando a esta conclusión:

«es compatible con el artículo 58, apartado 1, del Acuerdo de asociación el hecho de que las autoridades competentes del Estado miembro de acogida denieguen una solicitud presentada con arreglo al artículo 44, apartado 3, de dicho Acuerdo basándose en que, en el momento de su presentación, el solicitante residía ilegalmente en su territorio, debido a falsas declaraciones realizadas ante dichas autoridades con el fin de obtener una autorización inicial de entrada basada en otros motivos o al incumplimiento de una condición expresa a la que se había sometido dicha entrada y que se refería a la duración autorizada de su estancia en dicho Estado miembro» (apartado 77 de la sentencia Gloszczuk) ⁶⁷.

En fin, la sentencia, de 11 de mayo de 2000, del Tribunal de Justicia había planteado la aplicación a los esposos de nacionalidad turca, Sr. y Sra. Savas, del derecho de establecimiento reconocido en el Acuerdo de asociación de la Comunidad con Turquía ⁶⁸. En este caso el Tribunal de Justicia, en respuesta a las cuestiones planteadas por la High Court of Justice inglesa, precisó las diferencias entre el estatuto de los nacionales comunitarios y de los nacionales turcos:

«en el estado actual del Derecho comunitario, las disposiciones relativas a la Asociación CEE-Turquía no invaden la competencia de los Estados miembros para regular tanto la entrada en su territorio de los nacionales turcos como las condiciones de su primer empleo, sino que únicamente regulan la situación de los trabajadores turcos ya legalmente integrados en el mercado de trabajo de los Estados miembros (véase, en particular, la sentencia de 23 de enero de 1997, Tetik, C-171/95, Rec. p. I-329, apartado 21).

A continuación, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que, a diferencia de los nacionales de los Estados miembros, los trabajadores turcos no tienen derecho a circular libremente dentro de la Comunidad, sino que gozan únicamente de ciertos derechos en el Estado miembro de acogida en cuyo territorio han entrado legalmente y han ejercido un empleo legal durante un período determinado (véase, en particular, la sentencia Tetik, antes citada, apartado 29).

Por último, es cierto que *estos derechos conferidos a los trabajadores turcos en el ámbito laboral implican necesariamente la existencia de un correlativo derecho de residencia a favor de los interesados, pues en otro caso quedaría privado de eficacia el derecho a acceder al mercado de trabajo y a ejercer un empleo* (véanse las sentencias Sevince, antes citada,

⁶⁷ Véase mi comentario «Ciudadanos de la Unión, trabajadores no comunitarios y libre circulación: tendencias constitucionales y desarrollos jurisprudenciales en la Unión Europea», *Unión Europea Aranzadi vol. XXIX*, núm. 1/2002, enero de 2002, pp. 5-13.

⁶⁸ TJ CE, sentencia de 11 de mayo de 2000, Savas (C-37/98, Rec. p. I-2927).

apartado 29; de 16 de diciembre de 1992, Kus, C-237/91, Rec. p. I-6781, apartado 29; de 6 de junio de 1995, Bozkurt, C-434/93, Rec. p. I-1475, apartado 28, y de 10 de febrero de 2000, Nazli, C-340/97, aún no publicada en la Recopilación, apartado 28), y que éstos tienen por tanto derecho a que se prorrogue su residencia en el Estado miembro de que se trate con el fin de seguir ejerciendo en él una actividad por cuenta ajena legal (véanse, en particular, las sentencias Kus, antes citada, apartado 36; de 30 de septiembre de 1997, Günaydin, C-36/96, Rec. p. I-5143, apartado 55, y Ertanir, C-98/96, Rec. I-5179, apartado 62, y de 26 de noviembre de 1998, Birden, C-1/97, Rec. p. I-7747, apartado 69). No obstante, de esta misma jurisprudencia se desprende que la legalidad del empleo de un nacional turco en el Estado miembro de acogida supone una situación estable y no precaria en el mercado de trabajo de dicho Estado miembro e implica, por tanto, un derecho de residencia no discutido (sentencias Sevince, apartado 30; Kus, apartados 12 y 22, y Bozkurt, apartado 26, antes citadas)» (apartados 58 a 60).

Aunque el Tribunal de Justicia no fue tajante y dejó en manos del juez inglés la solución, subraya que el ciudadano turco que ha ejercido actividades profesionales por cuenta propia infringiendo la normativa nacional sobre inmigración no puede beneficiarse del derecho conferido por el Acuerdo de asociación.

2. Los derechos de los nacionales de terceros países vinculados a los ciudadanos de la Unión Europea

Los derechos conferidos por el Derecho comunitario a los ciudadanos de la Unión también se extienden, en una cierta medida, en favor de los miembros de sus familias⁶⁹. La aplicación de estos derechos, vinculados a los ciudadanos comunitarios, exige que por estos últimos se haya ejercido el derecho a la libre circulación en la Unión Europea⁷⁰. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta especialmente ilustrativa en este ámbito al aplicar una interpretación protectora de la familia y al tener en cuenta los desarrollos jurisprudenciales llevados a cabo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aplicación del Convenio Europeo de protección de los derechos humanos.

Resulta presupuesto ineludible de tales derechos que el ciudadano comunitario haya ejercido la libre circulación en la Unión Europea. Así lo ha precisado el Tribunal de Justicia en la sentencia de 25 de julio de 2002 relativa a la asociación belga Movimiento contra el Racismo, el Antisemitismo y la Xenofobia (MRAX):

«la normativa comunitaria relativa a la libre circulación de los trabajadores, a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento no puede aplicarse a situaciones que no presenten algún punto de conexión con alguna de las situaciones contempladas por el Derecho

⁶⁹ PILAR JIMÉNEZ BLANCO, «Las libertades de circulación y de residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea», *La Ley*, año XXIV, núm. 5771, 30 de abril de 2003, p. 1.

⁷⁰ FRANCISCO ALONSO PÉREZ, «Entrada y permanencia en España de ciudadanos de países miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo y de nacionalidad suiza: innovaciones introducidas por el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero», *La Ley* año XXIV, núm. 5826, de 17 de julio de 2003, p. 1.

comunitario. En consecuencia, dicha normativa no puede aplicarse a la situación de personas que no hayan ejercido nunca dichas libertades (véanse, en particular, las sentencias de 16 de diciembre de 1992, Koua Poirrez, C-206/91, Rec. p. I-6685, apartados 10 a 12, y de 11 de julio de 2002, Carpenter, C-60/00, Rec. p. I-0000, apartado 28)»⁷¹.

En esta sentencia el Tribunal de Justicia respondía a varias cuestiones prejudiciales formuladas por el Consejo de Estado belga que examinaba la legalidad de una circular del Gobierno nacional en relación con determinados visados de reagrupación familiar. A estos efectos, el Tribunal comunitario explicó:

«los artículos 3 de la Directiva 68/360 y 3 de la Directiva 73/148, así como el Reglamento número 2317/95, considerados a la luz del principio de proporcionalidad, deben interpretarse en el sentido de que un Estado miembro no puede denegar, en la frontera, la entrada a un nacional de un país tercero, cónyuge de un nacional de un Estado miembro, que intente entrar en su territorio sin disponer de un documento de identidad o de un pasaporte válido o, en su caso, de un visado, cuando dicho cónyuge pueda probar su identidad, así como el vínculo conyugal, y si no concurren circunstancias que permitan demostrar que representa un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la salud pública en el sentido de los artículos 10 de la Directiva 68/360 y 8 de la Directiva 73/148» (apartado 62).

En segundo lugar, el Tribunal de Justicia se pronunció sobre la proporcionalidad de la sanción impuesta al nacional de un país tercero que era cónyuge de un ciudadano de la Unión:

«una decisión denegatoria del permiso de residencia y, con mayor motivo, una medida de expulsión basadas exclusivamente en el incumplimiento por el interesado de las formalidades legales relativas al control de extranjeros menoscaban la propia esencia del derecho de residencia, directamente reconocido por el Derecho comunitario, y resultan manifiestamente desproporcionadas en relación con la gravedad de la infracción (véase, por analogía, la sentencia Royer, antes citada, apartado 40)» (apartado 79).

Por último, el Tribunal de Justicia reconoció que el incumplimiento de las exigencias del Derecho de extranjería puede ser sancionado de acuerdo con el principio de proporcionalidad por el Estado comunitario de acogida. No obstante, el Tribunal comunitario también interpretó:

«en el caso de un nacional de un país tercero sujeto a la obligación de poseer un visado, la expedición de un permiso de residencia a su favor no puede quedar supeditada al requisito de que el visado siga siendo válido. Esta conclusión se impone con mayor razón si se tiene en cuenta que, como declaró el Tribunal de Justicia en los apartados 22 y 23 de la sentencia Giagounidis, antes citada, los Estados miembros están obligados a conceder el derecho a permanecer en su territorio a los trabajadores

⁷¹ TJ CE, sentencia de 25 de julio de 2002, MRAX, (C-459/99, Rec. p. I-6591, apartado 39).

indicados en el artículo 1 de la Directiva 68/360 que puedan presentar una tarjeta de identidad o un pasaporte válido, con independencia del documento al amparo del cual hayan entrado en el territorio de dichos Estados miembros» (apartado 89)⁷².

Con frecuencia se ha planteado ante el Tribunal de Justicia la cuestión relativa al matrimonio de nacionales de terceros países con ciudadanos comunitarios. Así, por ejemplo, este tipo de problemas fue examinado por la sentencia de 23 de septiembre de 2003 (Akrich)⁷³ que, a su vez, precisa la doctrina sentada en una sentencia anterior, de 7 de julio de 1992, relativa a un ciudadano hindú, Surinder Singh, que había contraído matrimonio con una ciudadana británica y que habían trabajado en Alemania⁷⁴. En la sentencia Akrich el Tribunal de Justicia resumió su jurisprudencia anterior en los siguientes términos:

«En esa sentencia [Singh], el Tribunal de Justicia declaró que las disposiciones del artículo 52 del Tratado CEE (posteriormente artículo 52 del Tratado CE, actualmente artículo 43 CE, tras su modificación) y las de la Directiva 73/148 deben interpretarse en el sentido de que obligan a un Estado miembro a autorizar la entrada y la residencia en su territorio del cónyuge, sea cual fuere su nacionalidad, del nacional de dicho Estado que se desplaza, con dicho cónyuge, al territorio de otro Estado miembro para ejercer en él una actividad por cuenta ajena en el sentido del artículo 48 del Tratado CEE (posteriormente artículo 48 del Tratado CE, actualmente artículo 39 CE, tras su modificación) y que regresa para establecerse, en el sentido del artículo 52 del Tratado, en el territorio del Estado cuya nacionalidad posee. Según el fallo de dicha sentencia, el cónyuge debe disfrutar, cuando menos, de los mismos derechos que le otorgaría el Derecho comunitario si su esposo o esposa entrase y residiese en el territorio de otro Estado miembro.

Las mismas consecuencias se desprenden del artículo 39 CE si el nacional del Estado miembro de que se trate proyecta regresar al territorio de éste para ejercer en él una actividad por cuenta ajena.

Por consiguiente, cuando el cónyuge es nacional de un país tercero, debe disfrutar, cuando menos, de los mismos derechos que le otorgaría el artículo 10 del Reglamento número 1612/68 si su esposo o esposa entrase y residiese en el territorio de otro Estado miembro» (apartados 47 y 48).

Ahora bien, al referirse al asunto concreto de Hacene Akrich, el ciudadano marroquí que se había casado con una ciudadana británica, residía en Dublín y deseaba regresar al Reino Unido de donde había sido expulsado, el Tribunal de Justicia precisó en la sentencia ya citada:

⁷² ALBERT FERRER GÓMEZ, «Derecho de entrada de nacionales de países terceros cónyuges de nacionales de Estados miembros. Comentario a la sentencia del TJCE de 25 de julio de 2002, asunto MRAX (C-459/99)», *La Ley*, año XXIII, núm. 5666, 29 de noviembre de 2002, p. 1.

⁷³ TJ CE, sentencia de 23 de septiembre de 2003, Akrich (C-109/01, Rec. p. 1-).

⁷⁴ TJ CE, sentencia de 7 de julio de 1992, Singh (C-370/90, Rec. p. I-4265).

«No obstante, el Reglamento número 1612/68 sólo se refiere a la libre circulación en el interior de la Comunidad. Nada dice respecto a la existencia de derechos de un nacional de un país tercero, cónyuge de un ciudadano de la Unión, en cuanto al acceso al territorio de la Comunidad.

Para poder disfrutar, en una situación como la controvertida en el litigio principal, de los derechos contemplados en el artículo 10 del Reglamento número 1612/68, el nacional de un país tercero, cónyuge de un ciudadano de la Unión, debe residir legalmente en un Estado miembro cuando se traslada a otro Estado miembro al que emigra o ha emigrado el ciudadano de la Unión.

Esta interpretación es conforme con la sistemática de las disposiciones comunitarias destinadas a garantizar la libre circulación de los trabajadores en la Comunidad, cuyo ejercicio no debe penalizar al trabajador migrante ni a su familia.

Cuando un ciudadano de la Unión establecido en un Estado miembro, casado con un nacional de un país tercero con derecho a residir en ese Estado miembro, se traslada a otro Estado miembro para ejercer en él un trabajo por cuenta ajena, este traslado no debe traducirse en la pérdida de la posibilidad de vivir legalmente juntos, razón por la cual el artículo 10 del Reglamento número 1612/68 concede a dicho cónyuge el derecho a instalarse en ese otro Estado miembro.

Por el contrario, cuando un ciudadano de la Unión establecido en un Estado miembro, casado con un nacional de un país tercero sin derecho a residir en ese Estado miembro, se traslada a otro Estado miembro para ejercer en él un trabajo por cuenta ajena, el hecho de que su cónyuge no sea titular, con arreglo al artículo 10 del Reglamento número 1612/68 del derecho a instalarse con él en ese otro Estado miembro no puede constituir un trato menos favorable que el que se les dispensaba antes de que dicho ciudadano de la Unión hiciera uso de las facilidades que le ofrece el Tratado en materia de circulación de las personas. Por consiguiente, la falta de tal derecho no puede disuadir al ciudadano de la Unión de ejercitar los derechos de circulación reconocidos por el artículo 39 CE.

Lo mismo cabe decir cuando el ciudadano de la Unión, casado con un nacional de un país tercero, regresa al Estado miembro del que es nacional para ejercer en él un trabajo por cuenta ajena. Si su cónyuge dispone de un derecho de residencia válido en otro Estado miembro, se aplica el artículo 10 del Reglamento número 1612/68 a fin de no disuadir al ciudadano de la Unión de que ejerza su libertad de circulación regresando al Estado miembro del que es nacional. Si, por el contrario, su cónyuge no dispone ya de un derecho de residencia válido en otro Estado miembro, la falta de derechos, deducidos de dicho artículo 10, a instalarse con el ciudadano de la Unión no tiene efecto disuasorio a este respecto (apartados 49 a 54)⁷⁵.

⁷⁵ RICHARD PLENDER, «Quo vadis? Nouvelle orientation des règles sur la libre circulation des personnes suivant l'affaire Akrich», *Cahiers de Droit européen*, 2004, núm. 1-2, pp. 261-288.

En esta misma sentencia Akrich el Tribunal comunitario reconoció los posibles abusos que suponen los matrimonios de conveniencia, señalando en particular:

«Por el contrario, se cometería un abuso si las facilidades que ofrece el Derecho comunitario a los trabajadores migrantes y sus cónyuges se invocaran en casos de matrimonios de conveniencia celebrados para eludir las disposiciones relativas a la entrada y a la residencia de los nacionales de países terceros» (apartado 57).

En fin, el Tribunal de Justicia terminó recordando que en este tipo de asuntos sería aplicable el Convenio Europeo de Derechos Humanos tal como ha sido interpretado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a estos efectos puntualizó:

«Cuando el matrimonio es auténtico y, en la fecha del regreso del ciudadano de la Unión al Estado miembro del que es nacional, su cónyuge, nacional de un país tercero y con el que convivía en el Estado miembro que abandona, no reside legalmente en el territorio de un Estado miembro, debe, no obstante, tenerse en cuenta el derecho al respeto de la vida familiar, en el sentido del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «Convenio»), que forma parte de los derechos fundamentales que, conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, reafirmada, además, en el preámbulo del Acta Única Europea y en el artículo 6 UE, apartado 2, están protegidos por el ordenamiento jurídico comunitario.

Aunque el Convenio no garantiza como tal ningún derecho en favor de un extranjero a entrar o residir en el territorio de un país determinado, excluir a una persona de un país en el que viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar protegido por el artículo 8, apartado 1, del Convenio. Tal injerencia infringe el Convenio si no cumple los requisitos del apartado 2 del mismo artículo, a saber, que esté «prevista por la ley» y motivada por una o más finalidades legítimas con arreglo a dicho apartado, y que, «en una sociedad democrática, sea necesaria», es decir, que esté justificada por una necesidad social imperiosa y sea, en especial, proporcionada a la finalidad legítima perseguida (sentencia de 11 de julio de 2002, *Carpenter*, C-60/00, Rec. p. I-6279, apartado 42).

Los límites de lo necesario «en una sociedad democrática», cuando el cónyuge ha cometido una infracción, fueron interpretados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus sentencias *Boultif c. Suiza* de 2 de agosto de 2001 (*Recueil des arrêts et décisions* 2001-IX, § 46 a 56) y *Amrollahi c. Dinamarca* de 11 de julio de 2002 (aún no publicada en el *Recueil des arrêts et décisions*, § 33 a 44)» (apartados 58 a 60).

Aparte de las citadas sentencias, la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en este ámbito es de especial importancia y así, por ejemplo, su doctrina queda muy bien resumida en la sentencia de 15 de julio de 2003, *Mokrani c. Francia*, relativa a un argelino que había nacido y que vivía en Marsella. En su sentencia del Tribunal Europeo consideró:

«el Convenio no garantiza, en cuanto tal, ningún derecho de un extranjero de entrar o de residir en el territorio de un país determinado.

No obstante, excluir a una persona de un país en el que viven sus parientes próximos puede constituir una injerencia en el derecho al respeto de la vida familiar, tal como está protegido por el artículo 8.1 del Convenio (Moustaquim c. Bélgica, sentencia de 18 de febrero de 1991, serie A número 193, p. 18, § 36). El Tribunal considera, del mismo modo que el Gobierno, que la medida de expulsión adoptada contra el ahora recurrente, constituye una injerencia en su derecho a la vida privada y familiar garantizado por el artículo 8 del Convenio»⁷⁶.

Por eso el Tribunal Europeo determina los casos en que estaría justificada tal injerencia, de tal modo que en la misma sentencia Mokrani c. Francia explicó:

«Una injerencia de esta naturaleza es contraria al Convenio si no cumple las exigencias del apartado 2 del artículo 8. Es, por tanto, necesario indagar si estaba «prevista por la ley», inspirada por un o varios fines legítimos respecto de dicho apartado y si es «necesaria en una sociedad democrática».

[...]

El Tribunal recuerda que corresponde a los Estados parte asegurar el orden público, en particular en el ejercicio de su derecho de controlar, en virtud de un principio de Derecho internacional bien establecido y sin perjuicio de los compromisos a los que están vinculados por los tratados, la entrada y estancia de los no nacionales. A estos efectos tienen la facultad de expulsar, entre otros, a los delincuentes. No obstante, sus decisiones en esta materia en la medida en que afecten a un derecho protegido por el artículo 8.1, deben ser necesarios, en una sociedad democrática, es decir, deben estar justificados por una razón social imperiosa y, particularmente, deben ser proporcionados al fin legítimo perseguido (Amrollahi c. Dinamarca, número 56811/00, 11 de julio de 2002, § 33; Boultif, antes citado, § 46; Adam c. Alemania (decisión), número 43359/98, 4 de octubre de 2001)» (sentencia Mokrani c. Francia, §§ 24 y 27).

En la sentencia de 17 de abril de 2003, Yilmaz c. Alemania, el Tribunal Europeo había aplicado el principio de proporcionalidad de la expulsión de Alemania de un turco. El punto de partida del razonamiento del Tribunal Europeo se formuló en estos términos:

«Así pues, la tarea del Tribunal consiste en determinar si la denegación de renovar la autorización de residencia del ahora recurrente ha respetado un equilibrio adecuado entre los intereses en juego, es decir, de una parte, el derecho del interesado al respeto de su vida familiar, y, de otra parte, la protección del orden público y la prevención de las infracciones penales⁷⁷.»

A continuación el Tribunal Europeo explicó los vínculos familiares del ciudadano turco en Alemania, un inmigrante de segunda generación que había nacido en Alemania donde vivían sus padres y sus dos hermanas, donde tenía un hijo de una ciudadana alemana y que apenas contaba con vínculos en su país de origen; no obstan-

⁷⁶ TEDH, sentencia de 15 de julio de 2003, Mokrani c. Francia, § 23.

⁷⁷ TEDH, sentencia de 17 de abril de 2003, Yilmaz c. Alemania, § 43.

te, los delitos cometidos estaban relacionados con el tráfico de drogas por lo que el Tribunal Europeo consideró que eran suficientemente graves. Ahora bien, lo que reprochó el Tribunal Europeo a Alemania no era la expulsión sino que ésta no estuviese limitada en el tiempo lo que, a la vista del caso concreto, era «desproporcionada respecto de los fines legítimos perseguidos».

En suma, por cuanto se refiere al estatuto de los nacionales no comunitarios será necesario tener en cuenta, en primer lugar, la interpretación del Derecho comunitario por el Tribunal de Justicia en colaboración con los Tribunales nacionales⁷⁸. Pero también, en segundo lugar, deben aplicarse los derechos consagrados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos tal como ha sido interpretado por su Tribunal Europeo. En fin, tampoco debe olvidarse el resto del ordenamiento internacional especialmente relevante en este ámbito de la extranjería⁷⁹.

V. CONCLUSIÓN

El espacio de libertad, seguridad y justicia es probablemente el elemento más importante del progreso constitucional de la Unión Europea en la última década. Por una parte, constituye el desarrollo natural de la consecución del mercado común europeo y de la consagración de la ciudadanía de la Unión y en virtud del mismo se explican los desarrollos habidos en el marco del Acuerdo de Schengen en 1985 y 1990, la nueva dimensión abierta con el Tratado de Maastricht en 1992 y su consolidación en el Tratado de Ámsterdam de 1997. Ahora bien, por otra parte, estos procesos se superponen, convergen y se desarrollan a muy distinto ritmo y en muy diversos ámbitos, primero incluso fuera del marco de la integración europea, como es el caso del acervo de Schengen hasta que entra en vigor el 1 de mayo de 1999 el Tratado de Ámsterdam; y en el marco del pilar intergubernamental JAI y, ahora en mayor medida, en el marco del pilar comunitario, al tiempo que ofrecen nuevas dimensiones y nuevas perspectivas políticas, económica y jurídicas⁸⁰.

El Tratado por el que se adopta una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, supone la superación de la estructura por pilares y difumina las diferencias entre los instrumentos normativos e institucionales de la etapa previa, lo que implica un «retorno a la lógica comunitaria». Asimismo, el Tratado de Constitución Europea fortalece la aplicación de los dos principios inspiradores de las políticas de la Unión Europea relativas a los nacionales de los terceros países: *el principio de trato equitativo o justo de los nacionales de terceros países* y *el principio de solidaridad entre los Estado miembros*, incluida la solidaridad financiera. En contrapartida, el Tratado constitucional perpetúa los regímenes especiales a los que, incomprensiblemente,

⁷⁸ La sentencia del Tribunal Supremo español, de 10 de junio de 2004 (Sala 3.ª, Sección 6.ª, ponente: Puentes Prieto), amparándose fundamentalmente en la jurisprudencia comunitaria, anula el artículo 2.º, párrafo primero y el artículo 11.3.C.4.º del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

⁷⁹ GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA, «Inmigrantes menores de edad y su situación jurídica en España: algunas cuestiones controvertidas», *La Ley* año XXIV, núm. 5714, de 7 de febrero de 2003, p. 1.

⁸⁰ HANS LINDAHL, «Finding a Place for Freedom, Security and Justice: the European Union's claim to territoriality unity», *European Law Review* vol. 29, agosto de 2004, pp. 461-484.

se aferraron Dinamarca, Reino Unido e Irlanda. Los regímenes de inclusión o de exclusión voluntarias –*opting-in* y *opting out* de los tres países— representan una grave deficiencia en la realización del espacio de libertad, seguridad y justicia y en todos los supuestos requieren un examen pormenorizado del régimen aplicable.

Desde el punto de vista del Derecho derivado, la realización del espacio de libertad, seguridad y justicia en cuanto se refiere a los nacionales de terceros países ha progresado espectacularmente en el período comprendido entre 1999 y 2004 en aplicación de las previsiones del Tratado de Ámsterdam. No obstante, el mantenimiento de la estructura por pilares adoptada en Maastricht permite la convivencia de Reglamentos, Directivas y Decisiones de la Comunidad Europea, las más numerosas por cierto, con Posiciones comunes, Decisiones marco o Decisiones del pilar intergubernamental. El ejemplo más significativo se observa en la integración del acervo de Schengen en el Derecho de la Unión, es decir, tanto en el pilar comunitario como en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal.

Los avances del espacio de libertad, seguridad y justicia en materia organizativa y financiera son, por el momento, mucho más modestos. Aun cuando se ha subrayado en todo momento que, desde una perspectiva administrativa y financiera, es necesario establecer cauces de cooperación entre la Comisión Europea y las distintas Administraciones nacionales, los logros de la cooperación operativa son muy limitados y la financiación con cargo al Presupuesto de la Unión es comparativamente escasa, para lo que basta examinar la dotación financiera del Fondo Europeo para los Refugiados con los Fondos agrícolas o estructurales. No obstante, las perspectivas son especialmente alentadoras y el 1 de mayo de 2005 empezará a funcionar la nueva Agencia para la gestión de las fronteras exteriores, lo que parece que se acompañará de una creciente financiación europea. En este sentido, la Comisión Europea en su propuesta de Perspectivas financieras 2007-2013 ha vinculado a los flujos migratorios una rúbrica específica «Ciudadanía europea» para el Presupuesto europeo cuyo elemento central es la realización del espacio de libertad, seguridad y justicia.

Así pues, los nacionales de terceros países en la Unión Europea constituyen una dimensión especialmente relevante de las políticas y de las normas europeas, necesitadas en muchos casos de desarrollos legislativos nacionales y que en todo caso requerirán la aplicación administrativa y judicial en los Estados miembros de la Unión. Es muy probable que en los próximos años los desarrollos más importantes del Derecho europeo estén vinculados a la definición y a la aplicación del estatuto de los nacionales no comunitarios en la Unión Europea.

La presente evolución de la integración europea revela, por lo demás, los elementos configuradores de un Derecho supranacional en el que es preciso que los distintos estatutos personales converjan como ya está ocurriendo en el seno de la Unión Europea donde ya difícilmente se puede considerar a los ciudadanos de la Unión como extranjeros, pero donde los extranjeros también deben dejar de serlo cuanto más se aproximan y más se relacionan y reclaman un trato más equitativo y justo en lo que se ha denominado «espacio jurídico global»⁸¹.

⁸¹ SABINO CASSESE, «Lo spazio giuridico globale», *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, núm. 2/2002, pp. 323-339.